

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVI, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2003



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
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	

En este número han colaborado en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Máximo Juan Pérez García y Beatriz Fernández Gregoraci.

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/Iván HEREDIA CERVANTES: «La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de ley aplicable»	969
Álvaro Rodrigo VIDAL OLIVARES: «La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales»	993
Elda GARCÍA-POSADA GÓMEZ: «El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español»	1043
Mónica NAVARRO MICHEL: «Sobre la aplicación de la regla <i>res ipsa loquitur</i> en el ámbito sanitario»	1197
Jacobo B. MATEO SANZ: «Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil»	1231

Luis Antonio SANZ VALENTÍN: «En torno al concepto de bienes de naturaleza duradera y su incardinación en las garantías de la venta» ..	1357
--	------

Bibliografía

LIBROS

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. ^a LOURDES: «Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español. (Estudio doctrinal y jurisprudencial)», por M. ^a Teresa Alonso Pérez	1395
ORTEU CEBRIÁN, Fernando/ALIAS GAROZ, Isabel: «Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. (Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo)», por Juan Pozo Vilches	1396
RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual», por Máximo Juan Pérez García	1399

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1405
-------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Belén CASADO CASADO: «La aceptación tácita por los padres de la herencia de los hijos menores de edad. (A propósito de la STS 801/2002, de 26 de julio)»	1439
--	------

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, María Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, Albert RUDA GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Mònserrat VERGÉS VALL-LLOVERA	1461
--	------

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 LVI, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2003

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2003

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): 007-03-033-7
NIPO (M. de Justicia): 051-03-018-5
Depósito Legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de ley aplicable ¹

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Castilla-La Mancha

IVÁN HEREDIA CERVANTES

Profesor de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Planteamiento del problema y anticipación de las soluciones.*—2. *Cesión única: relaciones contractuales entre cedente, cesionario y deudor:* 2.1 Relaciones contractuales entre cedente y cesionario. 2.2 Posición del deudor. 2.3 Alcance jurídico-real: a) El ámbito material del CR 1980. b) La ley aplicable a la eficacia jurídico-real de la cesión.—3. *Pluralidad de cesiones.—Bibliografía citada.*

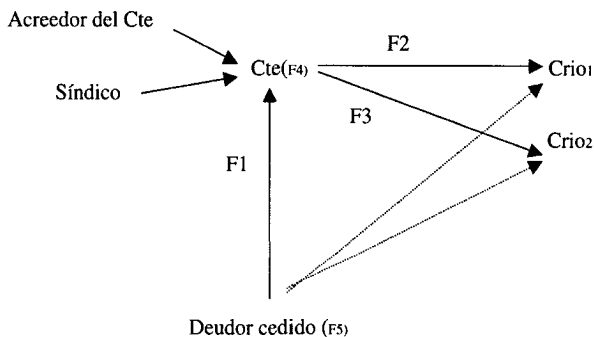
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ANTICIPACIÓN DE LAS SOLUCIONES

1. Imaginemos un supuesto internacional de cesión de créditos. La situación podría describirse con estos cinco elementos. Primero: el contrato que une al cedente y al deudor cedido queda sujeto a la ley de un Estado cualquiera (F1). El crédito objeto de cesión deriva de dicho contrato y, por lo tanto, esta sometido también al Derecho de F1 (*Forderungsstatut*, o ley del crédito cedido). Segundo: el cedente celebra un contrato de cesión con un primer cesionario (Cri01) y escogen como ley aplicable (*Verpflichtungsstatut*, o estatuto obligacional) el Derecho de otro Estado distinto (F2). Ter-

¹ Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación DC 06-541A-Q-640, subvencionado por UAM-SCH y en el Proyecto de Investigación BJV 2002-00590 financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Los autores quieren manifestar su agradecimiento a aquellas personas que han tenido la paciencia de leerlo y de comentar las tesis principales.

cero: el mismo cedente celebra un contrato de cesión del mismo crédito con un segundo cesionario (Crio2) y escogen como ley aplicable el Derecho de F3; esto es, se produce una doble cesión del mismo crédito sujeta cada una a su propio Derecho. Cuarto: el cedente reside en F4, donde tiene varios acreedores (e incluso puede llegar a caer en quiebra). Y quinto: el deudor cedido vive en F5. Nos encontramos, así, con cinco leyes potencialmente aplicables a la pluralidad de relaciones que se presentan en este ejemplo.

Gráficamente:



La ley que rige el crédito cedido (*Forderungstatut*) es la de F1
 La ley que rige el contrato de cesión al Crio1 (*Verpflichtungsstatut*) es la de F2
 La ley que rige el contrato de cesión al Crio2 (*Verpflichtungsstatut*) es la de F3
 La ley de residencia del cedente es la de F4
 La ley de residencia del deudor cedido es la de F5

2. El objeto de este trabajo es analizar los problemas que plantea esta concurrencia normativa. En particular nos vamos a ocupar de: a) la eficacia «jurídico-real» de la operación; esto es, las cuestiones relativas a la transmisión de la propiedad del crédito o a la constitución de un derecho real sobre él y, en consecuencia, de los aspectos relativos a la oponibilidad de esa transmisión frente a terceros (acreedores del cedente o incluso al síndico de éste); b) la posición del deudor, y c) el conflicto entre cesionarios del mismo crédito.

Advertencia.—Aunque pueda discutirse el empleo del término «jurídico-real» en esta sede, lo hemos preferido mantener, ya que no sólo resulta más breve que otras alternativas, sino que es bastante habitual en la doctrina internacional-privatista². De todos modos, ha de evitarse caer en los prejuicios que, a la hora de buscar soluciones, el empleo de este término suele conllevar (p. ej., la búsqueda de un *situs* de la deuda).

² Por todos, MOSHINSKY, pp. 594-595; KOPPONEL-LAFORCE, p. 133.

Para analizar estas cuestiones vamos a seguir un camino muy sencillo. Primero vamos a analizar el supuesto de cesión con un único cesionario; ahí estudiaremos los aspectos contractuales de la operación (§ 2) y su eficacia jurídico real (§ 3). A continuación estudiaremos los supuestos de cesiones múltiples y el conflicto entre cesionarios (§ 4).

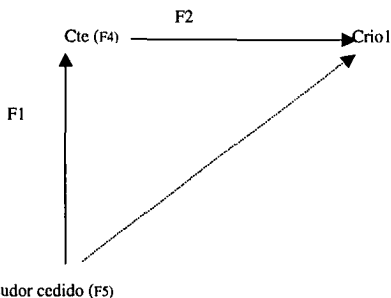
3. Al lector apresurado le podemos adelantar las conclusiones a las que vamos a llegar: *a)* la eficacia «jurídico real» de la operación de cesión debe quedar sujeta a la ley que rige el contrato de cesión, F2, en el primer caso, y F3, en el segundo; *b)* la posición del deudor va a quedar sujeta en todo caso al Derecho de F1; *c)* el conflicto entre cesionarios sujetos a leyes contradictorias se va a resolver a favor de aquel que adquirió primero su derecho según la ley que le fuese aplicable. Algunas de estas conclusiones valen, como veremos, mientras no se ratifique el *Convenio de UNCITRAL sobre cesión de créditos*.

2. CESIÓN ÚNICA: RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE CEDENTE, CESIONARIO Y DEUDOR

2.1 Relaciones contractuales entre cedente y cesionario

4. Vamos a comenzar con el supuesto más sencillo. Una cesión única de un crédito sometido al Derecho de F1.

Gráficamente:



La ley que rige el crédito cedido (*Forderungstatut*) es la de F1

La ley que rige el contrato de cesión al Crio1 (*Verpflichtungstatut*) es la de F2

La ley de residencia del cedente es la de F4

La ley de residencia del deudor cedido es la de F5

La determinación de la ley aplicable a los *aspectos contractuales* de una cesión de crédito (*Verpflichtungstatut*) no presenta graves dificultades. Según el artículo 12.1 del Convenio de Roma

sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR 1980)³: *las obligaciones entre el cedente y el cesionario de un crédito se registrarán por la ley que, en virtud del presente Convenio, se aplique al contrato que les ligue*. Por consiguiente, para determinar la ley que rige ese contrato no hay más que aplicar las reglas generales del Convenio. Si las partes han escogido, por ejemplo, el Derecho de F2, ésta será la ley aplicable (art. 3). En defecto de elección, se aplicará la ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato (art. 4); el artículo 4.2 presume que esos vínculos se presentan con la ley del Estado donde resida la parte que tiene a su cargo la prestación característica.

Advertencia.—La ley que rige la relación entre cedente y cesionario es la ley aplicable al contrato (o negocio de obligación) del cual trae causa esa cesión. A este respecto, hay cuatro cuestiones que son importantes: *a)* en principio, a la hora de concretar la cláusula de los vínculos más estrechos, la conexión con el crédito cedido tiene poca importancia y por consiguiente el estatuto del crédito cedido también; precisamente, esto es lo que nos viene a decir el artículo 12 cuando establece el principio de separación (la relación frente al deudor va por un lado y las relaciones entre cedente y cesionario por otro, más adelante volveremos sobre ello). *b)* La prestación característica no es necesariamente la del cedente, sino la que lo sea conforme al contrato base. En los casos de permuta de créditos (p. ej., *swaps*), en principio, no hay prestador característico, por lo que se debe acudir directamente a la cláusula general; en los contratos de *Factoring* en los que sólo participa una empresa de *Factoring (one factor system)*, existe cierta unanimidad a la hora de identificar a ésta y no al cliente como aquella parte a quien corresponde la prestación característica del contrato⁴. *c)* Bajo las condiciones del artículo 3.1, *in fine*, las partes pueden separar, por un lado, la ley aplicable a los aspectos contractuales de la cesión (p. ej., las garantías dadas por el cedente sobre la transferibilidad del crédito o la solvencia del deudor; el compromiso de aceptar la devolución del crédito en el caso de que el deudor discuta el pago, el derecho del cesionario a quedarse con los productos del crédito o a adquirir los accesorios de éste, etc.), y, por otro, la ley que rige el resto de cuestiones derivadas del contrato base. *d)* Como también veremos más adelante, el CR 1980 no es aplicable al negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*); lo cual no quiere decir que ambos (el *Verpflichtungsgeschäft* o negocio obligacional y el *Verfügungsgeschäft* o negocio de disposición) no puedan quedar sujetos al mismo ordenamiento; de hecho, ésta es la solución propugnada en el presente trabajo.

³ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma de 19 de junio de 1980 (*BOE* de 19 de julio de 1993; corrección de errores en *BOE* de 9 de agosto de 1993).

⁴ Las referencias doctrinales pertinentes pueden verse en REQUEJO ISIDRO, p. 182.

5. La ley así designada (esto es, el *Verpflichtungsstatut*), rige las obligaciones entre cedente y cesionario, la responsabilidad del cedente y sus consecuencias. También rige la interpretación del contrato [art. 10.1.a) CR 1980]. Como veremos más adelante, esta ley nos acabará determinando, también, si la cesión es abstracta o causal.

6. La forma del contrato y su prueba se someten a las reglas generales. El contrato será válido en cuanto a su forma si reúne las condiciones de la ley aplicable al fondo (F2, en el ejemplo) o de la ley del país donde se haya celebrado. En los contratos celebrados a distancia, vale la ley de cualquiera de los países (art. 9 CR 1980).

El contrato podrá ser acreditado por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del foro o bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 9, conforme a la cual el contrato sea válido en cuanto a su forma (art. 14 CR 1980).

Convenio de UNCITRAL.—Esta misma solución sigue el *Convenio de UNCITRAL sobre cesión de créditos*⁵. El Convenio tiene por objeto principal establecer unas reglas sustantivas uniformes aplicables a la cesión de créditos. Para que sea aplicable el Convenio tienen que darse las siguientes condiciones: a) que el cedente esté situado en un Estado contratante [art. 1.1.a)]; y b) que se trate de una cesión de créditos internacionales o de una cesión internacional de créditos. El Convenio considera que un crédito es internacional si en el momento de celebrarse el contrato originario el cedente y el deudor están situados en diferentes Estados, mientras que entiende por cesión internacional aquella en la que el cedente y el cesionario están situados en Estados distintos en el momento de celebrarse el contrato originario (art. 1.1 y art. 3). En todo caso, las reglas del Convenio no se aplican a los derechos y obligaciones del deudor si, en la fecha de celebrarse el contrato originario, éste no estaba situado en un Estado contratante o la ley aplicable al contrato originario no era la de un Estado contratante (art. 1.3).

Como decíamos, dentro de este ámbito de aplicación, el Convenio establece una serie de reglas sustantivas aplicables a la cesión. No obstante, también incluye: a) por un lado, y ante la incapacidad de alcanzar un acuerdo sobre la eficacia de la cesión frente a terceros, una norma de conflicto relativa a la ley aplicable a las «prelaciones» del cesionario frente a otros cesionarios o terceros acreedores del cedente (art. 22, *infra*, núm. 22); b) por otro lado, el capítulo V contiene una «mini-codificación» de normas de conflicto que resulta aplicable tanto a las cesiones incluidas en el ámbito territorial del Convenio (aunque sólo a aquellos aspectos carentes de regulación material) como a las excluidas (pero, en este segundo caso, sólo a las «cesiones internacionales» en los tér-

⁵ El texto, que todavía no está en vigor, puede consultarse en www.uncitral.org. Sobre los aspectos conflictuales del Convenio resulta muy esclarecedor WALSH, *passim*.

minos antes descritos)⁶. Entre estas normas, ahora nos interesa el artículo 28, que contiene una solución paralela al artículo 12.1 CR 1980: «1. Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley que éstos hayan elegido. 2. A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, sus derechos y obligaciones recíprocos derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado». Obsérvese, no obstante, que el artículo 28, a diferencia del artículo 12.1 CR, no recurre a una presunción para concretar el criterio de los vínculos más estrechos. En cuanto a la forma, el artículo 27 del Convenio contiene también una regla semejante a la del artículo 9 CR 1980.

2.2 Posición del deudor

7. Desde el punto de vista del deudor, el principio del que parte el CR 1980 es muy sencillo: la cesión del crédito no puede perjudicar al *deudor*; o, dicho de otro modo, la posición del deudor no está a disposición del cedente⁷. Éste es el objeto del artículo 12.2, donde se establece que la ley que rija el crédito cedido (F1 en nuestro ejemplo) determinará los siguientes aspectos.

a) El carácter transferible del mismo: en principio, la ley que rige el crédito determina tanto su intransferibilidad legal o convencional, así como las consecuencias del incumplimiento de un pacto de *non cedendo*⁸.

Advertencia.—Quizá no esté de más señalar que el Convenio UNCITRAL altera en gran medida la solución tradicional en muchos ordenamientos (como en el español), ya que no atribuye eficacia jurídico-real, salvo supuestos tasados, al pacto de *non cedendo* (*vid.* art. 9).

b) Las relaciones entre el cesionario y el deudor, incluidas las excepciones que el deudor puede oponer al cesionario derivadas del contrato bilateral con el cedente o las condiciones de oponibilidad de cualquier otro negocio jurídico relativo a la existencia o alcance

⁶ El artículo 39 del Convenio otorga a los Estados la posibilidad de no quedar vinculados por el capítulo V.

⁷ LAGARDE, p. 335; MOSHINSKY, p. 618; EINSELE, p. 432; KIENINGER, p. 704; KOPPEL-NOL-LAFORCE, p. 136; STADLER, p. 106; MANGOLD, p. 132; REQUEJO ISIDRO, pp. 127-168 (subrayando, todos ellos, la importancia de este principio en su dimensión conflictual).

⁸ No obstante, una vez que se determina que el crédito es transferible, la eficacia jurídico-real de la cesión no sólo escapa del ámbito del artículo 12.2.º, sino que incluso queda fuera del CR (*vid.*, *infra* núms.10 ss.).

del crédito cedido que hubiese celebrado con el cedente; naturalmente, las consecuencias que ello pudiese tener sobre la relación entre cedente y cesionario quedan sometidas a la ley aplicable a esta última⁹;

c) Las condiciones de *oponibilidad de la cesión al deudor*, es decir, la verificación del cumplimiento de aquellos requisitos y formalidades al margen del propio contrato de cesión (notificación de la cesión, entrega de una copia del acto de cesión, etc.), que permiten invocar ésta frente al *debitor debitoris*.

d) El carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor, incluidas las reglas sobre carga de la prueba de la buena o mala fe en el pago al deudor aparente, así como las posibilidades de que dispone el deudor cuando le resulte incierto a quién ha de realizar el pago.

También rige el *Forderungsstatut* las condiciones de oponibilidad de una compensación (frente al cedente o frente al propio cesionario)¹⁰. En definitiva, el deudor debe cumplir en las condiciones de la ley que rige su crédito (en nuestro ejemplo, el Derecho de F1).

8. La determinación de la ley que rige el crédito se hace también conforme a las reglas generales del Convenio (siempre, claro está, que el crédito sea contractual).

Advertencia.—Quizá convenga adelantar que la ley que rige el crédito cedido, individualmente considerado, nos determina «el carácter transferible del crédito», como dice el artículo 12.2; pero si el crédito, conforme a esa ley, es transferible, las condiciones en las que se transfiere no quedan sometidas esa ley, sino a la ley que rige el contrato entre cedente y cesionario.

Convenio de UNCITRAL.—Por su parte, en su capítulo V, el Convenio de UNCITRAL contiene también una regla paralela al artículo 12.2 CR 1980. Según el artículo 29: «La ley por la que se rija el contrato originario determinará los efectos de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, las rela-

⁹ Se discute, no obstante si quedaría comprendida dentro de las cuestiones reguladas por el artículo 12.2.º la cuestión de si el cedente *debe necesariamente* participar en el proceso entablado por el cesionario frente al deudor, tal y como se establece en algunos ordenamientos. En nuestra opinión, con independencia de la naturaleza procesal o material del problema, la inclusión en el artículo 12.2.º parece estar avalada por el Informe Giuliano-Lagarde, según el cual, las condiciones bajo las cuales puede ser invocada la cesión, abarcan también los *procedimientos* requeridos para dar efecto a la cesión frente al deudor (*vid. MOSHINSKY*, pp. 619-620).

¹⁰ Esto no se modifica por el hecho de que el crédito que opone el deudor cedido para compensar quede sometido a un ordenamiento distinto. En nuestro Derecho internacional privado la ley que rige el derecho a compensar es la ley aplicable al crédito que se pretende extinguir mediante compensación (*vid. art. 6 del Reglamento europeo de insolvencia, precepto que se debe extender también fuera de la quiebra*).

ciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en las que podrá oponerse la cesión al deudor y la cuestión de si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones».

En cuanto a la compensación, la regulación material del Convenio de UNCITRAL se limita a reconocer la posibilidad de que el deudor oponga una compensación frente al cesionario, tanto si ésta deriva del contrato originario o de cualquier otro contrato vinculado con la misma operación (art. 19.1.º), como si está basada en un derecho independiente (art. 19.2.º). Siguiendo una diferenciación habitual en el Derecho comparado¹¹, en el primer caso la compensación podrá ser opuesta en cualquier momento, mientras que en el segundo el deudor sólo podrá oponer la compensación cuando hubiera podido ya invocar el derecho del que derive ésta en el momento de recibir la notificación. Quedan fuera de la regla material uniforme, y su regulación corresponde por tanto al ordenamiento nacional designado por el artículo 29, el resto de cuestiones, como la determinación de las defensas materiales y de los deudas excluidas de la compensación (p. ej., las de alimentos o las derivadas del salario), la exigencia o no de liquidez de la deuda, la manera en que tendrá lugar la compensación (de forma automática no) o, incluso, la determinación del momento desde el cual el deudor puede invocar el derecho a compensar—que, tal y como se acaba de apuntar, constituye una cuestión esencial para poder recurrir al art. 19.2.º—).

9. De todo lo anterior se puede sacar una conclusión muy sencilla: el artículo 12 lo que viene a establecer es un claro *principio de separación* entre «lo que sucede arriba» y «lo que sucede abajo». El primer apartado nos dice que por arriba sucede lo que quieran los interesados (cedente y cesionario); el segundo apartado nos dice que lo que pase *por arriba* no perjudica la posición del de *abajo* (el deudor). Este esquema analítico nos va a ser muy útil para resolver el problema principal que presentan este tipo de operaciones: su eficacia jurídico-real.

2.3 Alcance jurídico-real

10. Lo dicho hasta ahora es relativamente pacífico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Las mayores dificultades se presentan a la hora de determinar la ley aplicable, no ya a las cuestiones contractuales, sino a los aspectos jurídico-reales de la operación; esto es, a la hora de fijar *la ley aplicable a la transmisión de la propiedad sobre el crédito, y a la consiguiente oponibilidad de esa transmisión a los acreedores del cedente* (lo mismo vale, *muta-*

¹¹ Vid. Korz, pp. 88-93.

tis mutandi, cuando se pretende constituir un derecho real limitado sobre ese crédito).

Advertencia.—Antes de continuar, es necesario advertir de que, sobre este punto, se han defendido todas las soluciones imaginables. Para unos, esa cuestión está resuelta en el CR 1980, sin embargo, no se ponen de acuerdo sobre si se somete al apartado primero del artículo 12 o al apartado segundo. Para otros, esa cuestión no está resuelta en el CR 1980, porque queda fuera de su ámbito material de aplicación. Eso obliga a buscar la respuesta en las normas de conflicto nacionales. El problema es que no suele ser habitual que los Derechos nacionales den una respuesta expresa, lo que ha conducido a defender soluciones muy dispares¹²: la ley de residencia del cedente, la ley de residencia del deudor cedido o la misma ley que rige el crédito de este último. Esto nos demuestra, en definitiva, que, para resolver esta cuestión, hay que ir despacio, porque la confusión es notoria¹³.

11. Lo primero que tenemos que determinar es si esta cuestión, esto es, la «eficacia jurídico-real» de la cesión, es un aspecto que cae dentro del ámbito de aplicación material del CR 1980 o no. La razón no se le escapa a nadie. Si la respuesta fuese afirmativa, la consecuencia sería que la solución debemos buscarla en ese texto; si la respuesta fuese negativa, la respuesta ha de buscarse en las normas de conflicto nacionales.

a) *El ámbito material del CR 1980*

12. Sobre el problema de si el ámbito material del CR 1980 alcanza la eficacia jurídico-real de la cesión se han defendido tres soluciones:

a) Una solución afirmativa: el CR 1980 sí alcanza esa cuestión, y el problema, entonces, se reduce a decidir si es aplicable al apartado primero o el apartado segundo del artículo 12 (esto es, la ley que rige el contrato entre cedente y cesionario o la ley del crédito cedido).

b) Una solución negativa: el CR 1980 no se aplica a esa cuestión y, por lo tanto, hay que acudir a las normas de Dpr nacionales.

c) Una solución intermedia: el CR 1980 sólo se aplica al efecto traslativo *inter partes*, pero no frente a terceros (*i.e.*, acreedores del cedente); este aspecto queda sujeto a las normas de Dpr nacionales.

¹² El Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM (2002), 654, pp. 43 y 44, se hace eco de este problema.

¹³ Esto comienza a ser una queja común entre los autores, *vid.* WALSH, p. 162, con más referencias.

13. Pues bien, aunque el texto del CR 1980 guarda silencio, *i.e.*, no resuelve expresamente el problema de la eficacia jurídico-real de la cesión, los argumentos más convincentes nos conducen a entender que estamos ante un silencio elocuente: *el CR 1980 guarda silencio porque no se aplica a esta cuestión*¹⁴.

En primer lugar, y así aparece reflejado en su título (ley aplicable a las obligaciones contractuales), el CR no regula la eficacia real de *ningún contrato* –de hecho, la *lex contractus* designada a través de sus normas de conflicto, ni siquiera regulan la totalidad de las cuestiones contractuales (*vid.* art. 10)–, sin que exista motivo alguno que induzca a pensar que se ha pretendido realizar una excepción con la cesión de créditos.

En segundo lugar, y con ello se refuerza lo anterior, la exclusión de los aspectos reales parece también deducirse del *argumento genético*¹⁵. Los proyectos iniciales del CR 1980 incluían expresamente una referencia a la eficacia frente a terceros de la cesión (e incluso a su eficacia frente al deudor); estas referencias fueron eliminadas precisamente para excluir cualquier posible efecto jurídico-real del ámbito de aplicación del Convenio¹⁶. Por otro lado, las continuas referencias en el Informe Giuliano/Lagarde a que «la interpretación de esta disposición no plantea ninguna dificultad» no se entienden si en él se hubiesen pretendido regular los aspectos jurídico-reales (pues es evidente que respecto a este extremo sí que plantea dudas y dificultades)¹⁷.

¹⁴ Así, EINSELE, pp. 430-435; LAGARDE, p. 335; SINAY-CYTERMANN, p. 43; MOSHINSKY, p. 615; GOODE, p. 1229; MAYER, p. 488; KIENINGER, p. 690; STRUYCKEN, pp. 353-354; SINAY-CYTERMANN, pp. 39 ss.

¹⁵ Para un desarrollo de este argumento, con las referencias apropiadas, *vid.* KIENINGER, pp. 687-691.

¹⁶ Al parecer, la referencia a los efectos frente a terceros se eliminó a raíz de la intervención de las delegaciones danesa e irlandesa, para las cuales la eficacia frente a terceros no era una cuestión que debiese contemplarse en un convenio cuyo objeto se limita a obligaciones contractuales; otros Estados aceptaron esta idea, e incluso añadieron que el Convenio tampoco debía aplicarse a los conflictos entre distintos cesionarios (los documentos están citados en KIENINGER, p. 690).

¹⁷ Es cierto que el tenor del Informe explicativo que acompaña al CR 1980 (el Informe Giuliano/Lagarde, publicado en el *DOCE*, serie C, de 11 de diciembre de 1992) no es todo lo claro que se quisiera. En él se señala lo siguiente: «Aunque el objeto y sentido de la disposición apenas planteen dudas, cabría preguntarse por qué el Grupo no ha redactado esta disposición de una manera más sencilla y, por consiguiente, más elegante. Por ejemplo, ¿por qué no decir que la transferencia de un crédito por convenio se rige, entre las relaciones entre cedente y cesionario, por la ley aplicable a dicho convenio? Efectivamente, una formulación de este tipo hubiera satisfecho en principio a la mayoría de las delegaciones. Pero más adelante fue abandonada a causa de las dificultades de interpretación que hubiera podido ocasionar en Derecho alemán, donde la expresión «transferencia de un crédito por convenio» incluye los efectos de la cesión con respecto al deudor, lo que, por el contrario, esta excluido de manera expresa en el apartado 2 del artículo 12». Al margen de la confusión terminológica, lo que parece que pretendían los delegados era formular un sistema que, sin entrar en los aspectos jurídico-reales, pudiese funcionar tanto para los siste-

En tercer lugar, esta interpretación encajaría mejor con un principio de neutralidad convencional. Hay ordenamientos que tienden a contemplar la cesión de créditos desde una perspectiva puramente contractual (sin perjuicio de que, si contractualmente se cumplen todos los requisitos, sea oponible a terceros), mientras que hay otros que tienden a desgajar los aspectos jurídico-reales de la cesión y someterlos a una conexión autónoma (derivada, por ejemplo, de la *lex rei sitae*)¹⁸; el silencio del CR 1980 confirmaría que se ha querido mantener neutral en este punto y lo único que ha pretendido es establecer unas reglas aplicables a los aspectos contractuales que sirviesen para ambos sistemas.

14. Es cierto que en contra de esta interpretación se han alegado dos argumentos: el de la uniformidad y el de la futilidad del artículo 12.1. Conforme al primero, la remisión de estos aspectos a los Dipr nacionales pone en peligro el objetivo de certeza y uniformidad normativa que persigue el Convenio¹⁹. No obstante, este argumento no es convincente. Por un lado, el propio CR 1980 admite cierta diversidad de soluciones en la medida en que hay otros aspectos de la relación contractual que no regula (p. ej., la capacidad). Por otro lado, la diversidad de interpretaciones, incluso dentro del propio CR 1980, sobre qué ley se aplica a los aspectos jurídico-reales, demuestra que esta vía hermenéutica tampoco asegura esa certeza y uniformidad normativa²⁰.

Conforme al segundo argumento, si el artículo 12, y en concreto su apartado primero, no regulase los aspectos jurídico-reales de la cesión, ese precepto sería absolutamente fútil, ya que no añadiría nada: es obvio que los aspectos contractuales de la relación entre el cedente y el cesionario se rigen por la ley que rija su contrato²¹. No obstante, tampoco este argumento es definitivo. Se podría entender que la función propia del artículo 12 es establecer ese principio de separación, de tal modo que, salvaguardado el interés del deudor, la ley que rige el contrato entre cedente y cesionario se determina de manera autónoma: las partes pueden elegir libremente la ley aplicable, sin quedar vinculados por el *Forderungsstatut* y la cláusula de los vínculos más estrechos tampoco queda condicionada necesaria-

mas que siguiesen el *Trennungsprinzip* o principio de separación (abstractos o causalistas) como para los que se fundasen en el principio de unidad o *Einheitprinzip* (vid., KIENINGER, p. 689; vid., sin embargo, LANDO, p. 47). Uno de los autores del Informe confirmó posteriormente esa interpretación (LAGARDE, p. 335).

¹⁸ Muy elocuente, sobre esta doble forma de aproximarse al problema, STEVEN/STRUYCKEN, p. 16; MOSHINSKY, p. 594.

¹⁹ Insiste en este argumento el Hoge Raad, en su sentencia de 16 de mayo de 1997, en *N.I.L.Rev.*, 1998, pp. 129 ss.

²⁰ Vid. STADLER, *passim*.

²¹ También emplea este argumento el Hoge Raad en la decisión citada.

mente por este último (*supra* núm. 4)²². Esto es, la función inmediata del artículo 12.1 sería decirnos que no hay una conexión accesorio del estatuto obligacional de la cesión con el estatuto del crédito cedido.

15. Dicho esto, hay dos datos que son importantes, sobre todo el segundo:

a) En primer lugar, y según se adelantó al comienzo, no tendríamos ningún inconveniente en aceptar la solución contraria. Es más, la veríamos con buenos ojos. Aunque, como hemos explicado, los datos objetivos llevan hacia una respuesta negativa, *i.e.* el CR 1980 deja fuera de su ámbito de aplicación los aspectos jurídico-reales de la cesión, aceptaríamos sin problemas una respuesta afirmativa. A nosotros no nos interesa ahora tanto que se aplique una norma u otra, cuanto la solución final; esto es, la determinación de la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de la cesión (sea dentro o fuera del CR 1980).

Decimos que «la veríamos con buenos ojos» porque pensamos que, una vez dentro del CR 1980, es más fácil justificar la solución mantenida en este trabajo que es, recuérdese, el sometimiento de todos los aspectos jurídico-reales a la ley que rige las relaciones entre el cedente y el cesionario. El llegar por fuera del CR 1980 a ese resultado, como vamos a comprobar, requiere un mayor esfuerzo argumentativo.

b) El que no quede cubierta por el CR 1980 esa cuestión *no significa que necesariamente la solución conflictual sea una ley distinta de la designada en el artículo 12*. El CR 1980 guarda silencio y, por lo tanto, se mantiene neutral sobre si los Estados pueden establecer una conexión autónoma para los aspectos jurídico-reales de la transacción o no. Ello implica que el Dipr nacional puede establecer una conexión autónoma para los aspectos traslaticios; o puede considerarlo como una cuestión sometida a la *lex contractus*. De hecho, la construcción dominante en Alemania es la que afirma que es una cuestión que queda fuera, pero sometida a la misma ley que la que señala el artículo 12.2. Nosotros vamos a comprobar que, pese a quedar fuera, va a estar sometida a la misma ley que señala el 12.1.

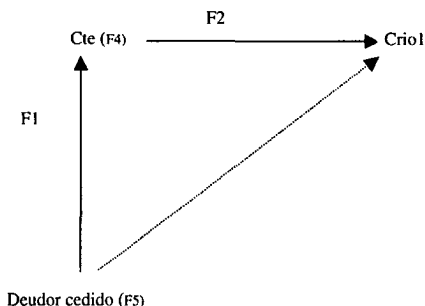
b) *La ley aplicable a la eficacia jurídico-real de la cesión*

16. Tal y como ya hemos avanzado, a la hora de determinar la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de esta operación se han

²² KIENINGER, p. 689

propuesto básicamente cuatro soluciones: a) aplicar la ley que rige la relación entre el cedente y el cesionario; b) aplicar la ley que rige el crédito cedido (*Forderungsstatut*); c) aplicar la ley del domicilio del cedente; d) aplicar la ley del domicilio del deudor cedido.

Si volvemos un momento a nuestro ejemplo gráfico:



La primera opción nos llevaría a aplicar el Derecho de F2; la segunda, el Derecho de F1; la tercera, el Derecho de F4 y la última el Derecho de F5.

A partir de aquí vamos a comprobar que los argumentos sustantivos de mayor calado desaconsejan claramente la segunda y la cuarta opción, mientras que, entre las dos restantes, existen argumentos de mayor peso que aconsejan optar por la ley que rige la relación entre el cedente y el cesionario, en detrimento de la aplicación de la ley del domicilio del cedente. Nuestro objetivo consistirá en probar que, en ausencia de una solución expresa por parte de nuestro legislador, ésta es la que debe regir en nuestro Derecho vigente²³. Y para ello el camino que vamos a seguir es el siguiente: primero señalaremos los argumentos que sostienen el recurso a la ley del contrato de cesión (básicamente, el interés de los sujetos participantes y la prevención de problemas de ajuste), y a continuación veremos que ni el interés del deudor ni el de terceros acreedores del cedente pueden invocarse para refutarla.

17. En primer lugar, no cabe duda de que el interés del cedente y el interés del cesionario hablan a favor de aplicar la ley que rige su contrato; esto es, de que el *Verfügungsstatut* o estatuto dispositivo no tenga una conexión autónoma (y objetiva), sino que quede sujeto a la misma ley que rige el *Verpflichtungsstatut* o estatuto obligacional²⁴.

²³ En este mismo sentido, aunque por otro camino y para otros ordenamientos, EINSELE, p. 433 (con límites); KOPPENEL-LAFORCE, p. 136; STADLER, *passim*; y la decisión del Hoge Raad, de mayo de 1997; más referencias en KIENINGER, pp. 692-693.

²⁴ Que esta solución es la más adecuada para los intereses de las partes es reconocido incluso por autores que apuestan por otras conexiones a la hora de regular las cuestiones reales (*vid. v. gr.*, REQUEJO, p. 221, o KIENINGER, p. 693, con referencias a la doctrina alemana).

En la medida en que la ley aplicable al contrato se determina conforme a las reglas generales del CR 1980, esta solución les permite elegir la ley que mejor se ajusta a sus necesidades transaccionales. Esto es particularmente importante para la planificación de operaciones de financiación empresariales muy comunes, como son la cesión global de créditos o la cesión de créditos futuros, pues las partes pueden someter la cesión de una pluralidad de créditos a un mismo ordenamiento y además escoger como ley aplicable la que ofrezca una mejor regulación de estas figuras. Reduce, además, los costes de información, ya que no tendrán necesidad de informarse de otra ley. Garantiza la certeza y, consiguientemente, la previsibilidad. Y, por último, esta solución sirve para señalar a los Estados cuál es la regulación mas adecuada a las necesidades operativas del mercado (por ejemplo, ha servido para que algún legislador se dé cuenta de que hacer de la notificación al deudor un requisito constitutivo de la cesión es absolutamente disfuncional²⁵).

18 En segundo lugar, esta solución previene problemas de ajuste. La sumisión al mismo ordenamiento de los aspectos contractuales y de los aspectos jurídico-reales evita los problemas de ajuste, pues ambos aspectos de la operación quedan gobernados por la misma ley²⁶.

19 En tercer lugar, y desde el punto de vista dogmático, esa solución encaja mejor en aquellos sistemas que, como el español: a) no distinguen entre un negocio obligacional y un negocio traslativo (al no ser necesario un negocio traslativo unitario e independiente del obligacional²⁷, tampoco en sede conflictual se ve necesario establecer una conexión autónoma para él); b) y donde, además, el negocio obligacional es típicamente traslativo (al ser materialmente suficiente el consentimiento de cedente y cesionario para que se produzca la cesión, su reflejo conflictual es que se aplique la ley que rige la relación entre ellos)²⁸.

20 Por último, la aplicación de la ley del contrato de cesión permite soslayar los problemas que plantean algunas modalidades contractuales caracterizadas por la existencia de una permuta de los créditos (p. ej., los *swaps*). Al poder elegir el derecho aplicable, las

²⁵ *Vid.*, de nuevo, la decisión del Hoge Raad de 16 de mayo de 1997. Algunos autores, no obstante, desconfían de la idoneidad de esta «competencia entre sistemas legales» al entender que con ella se produciría una *race to the bottom* en relación con la protección de los derechos de los terceros (*vid.* WALSH, C., p. 172). Como veremos en breve (*infra* núm. 22), este argumento tiene poca justificación.

²⁶ Señalando la trascendencia práctica de estos problemas, STADLER, p. 107; cfr. KIE-NINGER, pp. 694-695.

²⁷ Por todos, PANTALEÓN, 1988, pp. 1033-1131, *passim*.

²⁸ STADLER, p. 106.

partes gozan de la posibilidad de someter el marco jurídico-real de ambas cesiones a un único ordenamiento, evitando de esta forma los problemas que plantearía la aplicación de una ley diferente para cada crédito, algo que en absoluto garantizan el resto de alternativas expuestas.

21. Tal y como ya avanzamos, en contra de esta solución *no se debería invocar el interés del deudor*. Es cierto que la doctrina mayoritaria en otros países, especialmente en Alemania, considera que la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de la cesión es la ley que rige el crédito cedido (*i.e.*, el *Forderungsstatut*)²⁹. Y esto se suele justificar a partir del interés del deudor. La ley aplicable al crédito cedido asegura que la cesión se produzca bajo las condiciones previstas por la ley que rige los derechos y obligaciones del deudor. Pero, a poco que se reflexione, este argumento resulta escasamente convincente. Por un lado, esta solución, al igual que cualquier otra vinculada al crédito cedido (p. ej., la ley de situación del *debitor debitoris*), haría enormemente costosas, o incluso imposibles, operaciones de financiación empresarial muy comunes en la práctica, como la cesión de créditos futuros (en el momento de celebración del contrato de cesión puede ser imposible de saber la ley que vaya a regir el crédito) o globales (donde puede haber muchos créditos sometidos a distintas leyes).

Pero, por otro lado, el argumento no se sostiene por sí mismo, ya que al deudor no se le protege a través de reglas jurídico-reales, esto es, de reglas vinculadas al acto de cesión de la propiedad sobre el crédito³⁰. Una cosa es la eficacia jurídico-real de la cesión, lo cual no concierne al deudor si el crédito es transferible, y otra cosa distinta son el elenco de derechos y obligaciones que tiene el deudor y las condiciones en las que queda liberado. Éstas son las que conciernen al deudor. Y como se le protege es asegurando la aplicación del *Forderungsstatut* a estos aspectos. Ésa es la función del artículo 12.2. del CR 1980. Pero nada más; ir más allá perjudicaría notablemente el tráfico jurídico sin beneficiar realmente al deudor (de hecho, le acabaría perjudicando desde una perspectiva *ex ante*, ya que las rémoras a su transferibilidad aumentarían el precio del

²⁹ Vid. REITMANN/MARTINY, núm. marg. 300; MUNCHKOMM/MARTINY, núm. marg. 2; Von BAR, núms. margs., 565-567; recientemente, MANGOLD, *passim* (salvo *inter partes*) y la sentencia del BGH de 8 de diciembre de 1998, en JZ, 1999, p. 404; *vid.* más referencias en KIENINGER, p. 695. También la jurisprudencia inglesa parece haber seguido esta dirección, STEVENS, p. 200; MOSHINSKY, p. 591; STRUYCKEN, p. 349.

³⁰ Vid. EINSELE, p. 431; STADLER, p. 106; KOPPONL-LAFORCE, p. 136; *vid.*, también, *Report of the working group organized by the Hague Conference on Private International Law in cooperation with the UNCITRAL. Assignment of receivables*, pfo. 4.4 (puede consultarse en www.uncitral.org).

crédito). Como dijimos, si el crédito es transferible y se respeta la posición del deudor (incluidas las condiciones en las que se libera), lo que pase «por arriba», esto es, quién sea propietario, es algo que no le concierne. No hay razón, entonces, para sujetar este aspecto a la ley del crédito cedido.

La incorrecta comprensión del «principio de no empeoramiento del deudor cedido» ha provocado la sujeción de todos los aspectos jurídico-reales al ordenamiento del crédito cedido y, subsidiariamente, el fraccionamiento de las conexiones. Conforme a esta opción, se propone que la ley aplicable a los «aspectos jurídico-reales» sea distinta en función de los sujetos implicados: frente al deudor cedido rige la ley del crédito siempre, frente a terceros (p. ej., acreedores del cedente) pueden admitirse otras conexiones³¹. Esta opción debe rechazarse³². No sólo por las dificultades que introduce, sino sobre todo porque desenfoca el problema: la tutela del deudor cedido, como hemos dicho, no requiere acudir a reglas jurídico-reales.

22. La única dificultad que podría presentar la tesis de la aplicación de la ley que rige las relaciones cedente-cesionario se vincula a la *tutela del interés de terceros*. Al fin y al cabo, el acto de disposición a quien verdaderamente puede perjudicar no es al deudor (que queda amparado por el art. 12.2 CR 1980), sino a los terceros acreedores del cedente. Desde el momento en que se produce el cambio de titularidad, el crédito sale del patrimonio del cedente y entra en el del cesionario; consiguientemente, los acreedores del cedente no podrán ya realizar ese crédito para satisfacer los suyos. Es más, se añade, la aplicación de conexiones subjetivas (basadas en la autonomía de la voluntad) facilitaría la connivencia entre cedente y cesionario para perjudicar a los acreedores de aquél. Con el objeto de evitar esto no quedaría otro remedio que buscar conexiones objetivas «próximas» al cedente y a sus acreedores³³.

Advertencia.—Para agotar los argumentos, también se ha alegado que una conexión vinculada a la persona del cedente (su domicilio o residencia) facilita la planificación de operaciones financieras como la cesión en masa, en la medida en que permite someter la totalidad de las cesiones a un único ordenamiento, o la cesión de créditos futuros, donde la utilización de conexiones vinculadas a la persona del deudor resulta imposible en gran número de casos, dado que generalmente se desconoce su identidad en el momento de la cesión³⁴. No

³¹ *Vid.*, entre otros, SYNAY-CYTERMANN, pp. 40 ss.

³² Así, también, KIENINGER, *passim*; STRUYCKEN, p. 358; REQUEJO ISIDRO, p. 211.

³³ En esta línea, KIENINGER, pp. 702-703; REQUEJO, p. 222; VON WILMOWSKY, pp. 429-432; WALSH, pp. 171-175.

³⁴ *Vid.*, p. ej., GOODE, R., p. 1128; MOSHINSKY, p. 611; WALSH, C., p. 174.

obstante, y como ya hemos visto, este argumento sólo podría invocarse frente a quienes defiendan la aplicación de la ley del crédito cedido; no frente a quienes, como nosotros, defiendan la aplicación de la ley que vincula al cedente y al cesionario. En este caso, no cabe duda de que la aplicación de esta ley es la que mejor permite la planificación de ese tipo de operaciones.

Sin embargo, como vamos a ver, una reflexión detenida sobre este argumento tampoco nos termina de convencer.

Antes de nada, conviene subrayar que el interés de terceros no justifica en absoluto la aplicación de la ley del crédito cedido (*Forderungstatut*)³⁵. La razón es evidente. Desde la perspectiva de los terceros acreedores del cedente, tan manipulable y ajeno les es esta conexión como la aplicación del *Verpflichtungstatut*. Si volvemos un momento a nuestro ejemplo gráfico, para los acreedores del cedente, tan ajeno y manipulable es el Derecho de F1, que convienen libremente el deudor cedido y el cedente, como el Derecho de F2; su interés, por lo tanto, no justifica que se aplique ni el segundo ni el primero. Por la misma razón, menos aún se justifica la aplicación de la ley del domicilio del deudor cedido (*debitor debitoris*).

Advertencia.—Esto nos permite comprender por qué están abocados al fracaso todos los intentos de resolver este problema en lógica de *lex rei sitae*. Aplicando esta lógica, algunos autores, e incluso cierta jurisprudencia extranjera, han hecho la siguiente construcción³⁶: la *lex rei sitae* nos conduce al lugar donde se va a poder realizar/ejecutar el derecho real, en el caso de los créditos, el lugar de realización/ejecución es el del domicilio del deudor (*debitor debitoris*), luego ahí es donde se ha de entender localizado el crédito y ésa es la ley aplicable a la constitución de derechos reales sobre él. En nuestro ejemplo, este razonamiento nos llevaría a aplicar el Derecho de F5. El problema es que esa lógica funciona muy bien para los bienes tangibles, pero no lo hace igual de bien para los créditos. No sólo porque un crédito se pueda ejecutar, potencialmente, en cualquier Estado donde el deudor tenga bienes (viva en él o no), o porque esa regla no funcione para cesiones de créditos futuros o globales³⁷, sino fundamentalmente porque, como hemos visto, a ninguno de los sujetos directa o indirectamente afectados en la operación les interesaría la aplicación de esa ley³⁸.

Admitido esto, es necesario advertir también de que el artículo 2.g) del Reglamento comunitario de insolvencia no debe llevarnos a otra conclusión³⁹. Aunque es cierto que contiene una regla sobre

³⁵ Vid. KIENINGER, pp. 697-699; STEVEN/STRUYCKEN, p. 16.

³⁶ Vid. las referencias en GOODE, p. 1129; MOSHINSKY, pp. 605-609; KIENINGER, p. 702.

³⁷ MOSHINSKY, p. 610; STEVEN/STRUYCKEN, pp. 16-17

³⁸ Así, también, KIENINGER, pp. 700-701.

³⁹ Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DOCE de 30 de junio de 2000).

localización de créditos y, además, que se remite al Estado del deudor cedido⁴⁰, este precepto no tiene como finalidad determinar la ley aplicable a la constitución de derechos reales. Esto es una cuestión previa que queda fuera del Reglamento⁴¹. La única finalidad de ese precepto es delimitar hasta dónde alcanza territorialmente la masa de la quiebra⁴².

Rechazada tanto la aplicación de la ley que rige el crédito cedido como la de la ley del domicilio del deudor cedido, el interés de los acreedores del cedente sólo nos llevaría, se dice, a un resultado: *la aplicación de una conexión objetiva, no disponible por libre acuerdo del cedente y del cesionario, y vinculada a su persona; normalmente el domicilio o establecimiento del cedente*⁴³. En nuestro ejemplo gráfico, la ley de F4.

Convenio UNCITRAL.—Ésta es la solución que se ha recogido en el Convenio UNCITRAL sobre cesión de créditos (art. 22) y que, por consiguiente, sería la regla positiva si fuese ratificado por España.

No obstante, mientras el legislador no la suscriba expresamente, esta solución, como hemos dicho, no nos acaba de convencer. Para evitar precomprensiones equivocadas, quizá convenga recordar algunas cosas. En primer lugar, en términos agregados y prospectivos, no se ve muy bien por qué hay que proteger a los acreedores del cedente y no proteger, por ejemplo, a los acreedores del cesionario. No olvidemos que el problema se reduce a decidir cuál de los dos se queda con la propiedad del crédito. En segundo lugar, el hecho de que salga un crédito del patrimonio del cedente no significa necesariamente que dicho patrimonio se reduzca; es más, si el contrato es sinalagmático y voluntario, lo más natural es que se incremente (lo cual beneficiaría a sus acreedores). En tercer lugar, también en términos prospectivos todo acreedor puede ser privilegiado y, por consiguiente, si quiere asegurarse el cobro sobre el crédito de su deudor, siempre puede pignorararlo o adquirirlo como garantía (en los sistemas que se permita)⁴⁴.

⁴⁰ El artículo 2.g) a la hora de definir dónde se encuentra un bien afirma que los créditos se han de reputar situados en «el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales del deudor», esto es, típicamente donde resida el *debitor debitoris*.

⁴¹ *Vid. infra* núm. 24.

⁴² Detenidamente, VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *passim*.

⁴³ KIENNINGER, pp. 678 ss.; Von WILMOWSKY, pp. 429 ss.; STRUYCKEN, p. 357; WALSH, pp. 171 ss.; aparentemente también, REQUEJO, *passim*. Limitándolo a las cesiones globales, GOODE, p. 1128.

⁴⁴ En el sistema español, pese al intenso debate doctrinal que esta cuestión ha suscitado, la atribución de efectos reales a la prenda de créditos es aceptada por la mejor doctrina (*vid.* PANTALEÓN, P., «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador con-

No creemos necesario insistir en que los acreedores, en general, no tienen un derecho a impedir que el deudor reduzca su patrimonio (salvo las reglas especiales de fraude); y, si quieren tenerlo, el ordenamiento les da la clave: que constituyan ellos un derecho real.

El corolario de las afirmaciones anteriores, en términos de ley aplicable, es fácil de apreciar: los terceros no tienen unas expectativas protegidas a cobrarse sobre los créditos del *cedente* con base en lo que disponga su ley⁴⁵. Las expectativas que pudiesen fundarse en la apariencia, cuando se trata de bienes tangibles, no se dan en el caso de los créditos (o dicho de otro modo, los terceros «no ven» los créditos en el domicilio del cedente); tan es así, que los requisitos exigidos por los Derechos materiales no suelen asegurar la publicidad frente a futuros acreedores⁴⁶. Y el cedente es libre de disponer de su patrimonio como quiera; la regla es la libre transmisibilidad. Por ello, la aplicación de la ley del cedente limitaría significativamente la autonomía de los sujetos interesados, sin apoyarse en razones sustantivas.

Entre quienes abogan por la aplicación de la ley de residencia del cedente se suele invocar el siguiente argumento⁴⁷: la ley del lugar donde vive el cedente es a donde deberán mirar los futuros acreedores, o incluso futuros cesionarios, para saber si el crédito está ya cedido; esa ley, además, contará con un sistema de registro que garantice certeza a las partes. Pues bien, este argumento es muy relativo. La primera parte no es verdad, ya que no basta con «mirar a una ley» para saber si el crédito está ya cedido. Para saber esto, normalmente, los acreedores tendrán que dirigirse al cedente y preguntárselo. La segunda parte tampoco es cierta: hay muchos ordenamientos que no tienen un sistema de registro; con lo cual, para cedentes ahí localizados el argumento no funciona⁴⁸. De todos modos, *ex ante* a quien más interesa dar una imagen de solvencia será al propio cedente, por ello, si quiere asegurar a futuros acreedores (o cesionarios) que el crédito no está cedido, lo más probable es que él mismo escoja como ley aplicable la suya o la de otro Estado donde tengan un sistema de registro.

cursal», *Revista Jurídica Española La Ley* 1997, D 316, pp. 1460 ss.), ha sido ya reconocida por la Jurisprudencia (SSTS de 19 de abril de 1997 (RAJ 3429), de 7 de octubre de 1997 (RAJ 7101) y de 13 de noviembre de 1999 (RAJ 9046) y parece haber sido confirmada definitivamente por la Ley Concursal (art. 90.1.6.º), al otorgarla idéntico tratamiento que a la prenda ordinaria (privilegio especial).

⁴⁵ Así, STADLER, p. 108.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ MOSHINSKY, p. 617; *vid.*, también, aunque crítica, KIENINGER, p. 694.

⁴⁸ Especialmente revelador el trabajo de SCHWARCZ, pp. 455-476; *vid.*, asimismo, WALSH, pp. 183-184. La inexistencia de un sistema de registro en gran parte de Estados es, de hecho, el motivo por el que el § 9-307 (c) del UCC establece que si el cedente reside en un Estado extranjero que no tiene un sistema de registro, se le considerará domiciliado en el Distrito de Columbia (y, por consiguiente, si no se registra allí la cesión –pagando el canon correspondiente, claro está–, no va a gozar de preferencia, aunque la tuviese conforme a la ley del cedente).

Por último, también puede alegarse que la conexión con la residencia del cedente puede ser difícil de identificar cuando éste tiene varios establecimientos repartidos en diferentes países⁴⁹ y, además, es mudable (el cedente puede cambiarla), lo cual plantea nuevos problemas⁵⁰.

23. La única parte de verdad que hay en el argumento de los terceros es la posibilidad de manipulación que permite la sujeción de los aspectos jurídico-reales al *Verpflichtungsstatut*⁵¹. Pero esto no justifica que la prevención de fraude se convierta en el objetivo único de la regla. Para prevenir el fraude es suficiente con la aplicación de las reglas generales (las acciones de impugnación de actos en fraude de acreedores o las acciones de impugnación en el caso de la quiebra), las cuales tienen su propio régimen conflictual (normalmente, acaban conduciendo a la ley del cedente). Las acciones concursales de impugnación de los actos celebrados en fraude de acreedores, por ejemplo, lo más habitual es que se sometan a la *lex fori concursus* [vid. art. 4.2.m) del Reglamento comunitario de insolvencia, aunque vid. también art. 13]. La *lex fori concursus* coincidirá con la ley del cedente y, en este sentido, los acreedores quedan amparados por dicha ley. Pero su interés no justifica ir más allá (esto es, no justifica someter todo el régimen jurídico-real a esa misma ley, pues el fraude no es la conducta típica).

Téngase en cuenta, también, que la ley del cedente tampoco evita completamente el oportunismo *ex post*, pues el cedente puede trasladar su domicilio de un país a otro cuya ley le sea más favorable.

24. En definitiva, en el sistema de Derecho internacional privado vigente, el silencio sobre la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de la cesión debe colmarse extendiendo (*praeter* Derecho nacional) el artículo 12.1 CR 1980 y sujetándolos, por consiguiente, a la ley que rige la relación entre cedente y el cesionario.

Advertencia 1.—Esto significa que la prueba de la cesión también quedará sujeta a las reglas generales del CR 1980 (*supra* núms. 4 ss.).

Advertencia 2.—En el caso de cesiones limitadas o de prendas de créditos, es aplicable el mismo razonamiento. La eficacia jurídico-real de la prenda queda sometida a la misma ley que rige el contrato base.

⁴⁹ El Convenio de UNCITRAL sobre cesión de créditos es consciente de este problema. Según el artículo 5.h), el lugar de situación de una persona es el de su centro de negocios; ahora bien, en el caso de que el cedente o el cesionario tuvieran un centro de negocios en más de un Estado, el lugar relevante será aquél desde el cual se ejercitara la administración central. Lo cual no deja de plantear problemas de concreción.

⁵⁰ MANGOLD, p. 195.

⁵¹ MOSHINSKY, pp. 604-605.

3. PLURALIDAD DE CESIONES

25. En los supuestos de pluralidad de cesiones, la solución que proponemos en este trabajo nos puede plantear algunas dificultades en el caso de que el contrato del que derivara cada una de las cesiones quedara sometido a un ordenamiento diferente (en nuestro ejemplo, la del Crio1 al Derecho de F2 y la del Crio2 al Derecho de F3), dificultades que han sido esgrimidas por parte de la doctrina como argumentos a favor de la bondad de otras conexiones como la aplicación de la ley del cedente⁵² o la ley del crédito cedido⁵³. En nuestra opinión, sin embargo, al margen de que las otras dos alternativas pueden plantear también problemas en los supuestos de doble cesión⁵⁴, las dificultades que presenta la aplicación de la ley del contrato de cesión son fácilmente subsanables.

Advertencia.—En algunos ordenamientos el problema de la doble cesión y los conflictos de prioridad entre cesionarios se considera una cuestión relativa a la transferibilidad del crédito y no una cuestión de naturaleza real, al entenderse que una vez cedido un crédito, el cedente ya no posee ningún tipo de derecho sobre él, y, por tanto, no podría transferirlo de nuevo, lo que podría inducir a pensar que estas cuestiones quedarían incluidas dentro del ámbito de aplicación del CR y que su regulación correspondería al artículo 12.2.º⁵⁵. Tal interpretación debe, sin embargo, ser rechazada⁵⁶. Como ya hemos señalado, la función del artículo 12.2.º es una función de protección de la posición del deudor, y, por tanto, el elenco de cuestiones por él reguladas debe limitarse a lo estrictamente necesario para garantizar que el marco de los derechos y obligaciones del *debitor debitoris* no se vea alterado como consecuencia de la incertidumbre asociada a la existencia de más de un cesionario, manteniendo inmutables las condiciones en las que quedaría liberado de su obligación. De esta forma, lo realmente relevante para el deudor en los supuestos de doble cesión no es pagar al verdadero propietario sino tener la certeza de que quedará liberado de su deuda. En consecuencia, queda dentro del artículo 12.2.º y sometido a la ley del crédito cedido el comportamiento que puede adoptar en los casos en los que dude de la identidad de su verdadero acreedor (consignación de la deuda, posibilidades de notificación a los eventuales acreedores, etc.); ahora bien, una vez determinado que el crédito es transmisible por no existir ningún tipo de limitación legal o contractual a la cesión, el sujeto

⁵² KIENINGER, p. 703.

⁵³ STADLER, p. 109

⁵⁴ En el caso de la ley del crédito cedido, se mantiene el problema de su inadaptación a las cesiones (dobles en este caso) en masa y de créditos futuros. En cuanto a la ley del cedente, podría suceder, por ejemplo, que éste trasladara su Estado en el intervalo comprendido entre una y otra cesión, con lo que los efectos reales de cada cesión también podrían quedar regulados por diferentes Derechos.

⁵⁵ MOSHINSKY, pp. 621-622.

⁵⁶ Así, STRUYCKEN, p. 357, nota núm. 51.

a quien realmente se haya transmitido el crédito resulta –o debe resultar– indiferente para el deudor, y, por tanto, también para el artículo 12.2.º

A las críticas a la aplicación de la ley de la relación entre el cedente y el cesionario, nuestra respuesta sería la siguiente: *a)* si el resultado material de aplicar ambas leyes coincide, ha de seguirse esa solución (p. ej., ambas, F2 y F3, dan preferencia al cesionario que hizo constar la cesión en escritura pública; si, por ejemplo, el Crio1 cumplió con ese requisito mientras que el Crio2 no lo hizo, prevalece, entonces, el derecho del primero). *b)* Si el resultado material es diferente, deberá prevalecer el derecho de aquél que haya adquirido primero conforme a la ley aplicable a su cesión (p. ej., conforme a F2 prevalece la primera cesión que conste en escritura pública, mientras que conforme a F3 prevalece la primera que le fuese notificada al deudor; asumamos que el Crio1 celebró la escritura pública antes que el Crio2; pero éste le notificó antes al deudor; pues bien, en este caso tendrá preferencia el derecho sobre el crédito del Crio1 si éste celebró la escritura antes de que el Crio2 realizara la notificación, y, viceversa, prevalecerá el derecho del Crio2 si realizó la notificación antes de que el otro cesionario celebrara su escritura).

Convenio UNCITRAL.—El Convenio de UNCITRAL ha optado por una solución distinta. En principio, la eficacia «jurídico-real» se ha querido someter a la ley donde esté situado el cedente, aunque el tenor del precepto no emplea esos términos (*vid.* art. 22 refiriéndose a la preferencia o prelación frente a cualquiera que alegue un derecho sobre el mismo crédito⁵⁷). Si se revisa la génesis del Convenio, se aprecia que esa conexión se formuló con el objeto principal de resolver los conflictos de prioridad entre varios cesionarios; pero finalmente se generalizó para evitar establecer conexiones diferentes según entre quienes se plantease el conflicto (cedente/cesionario, cesionario/acreedores del cedente o cesionario1/cesionario2). También se argumentó a su favor que esta solución eliminaría en gran medida el recurso al orden público o a la aplicación de normas imperativas, ya que lo más habitual sería que el foro donde se litiga sea el del domicilio del cedente; así como que la *lex concursus* o la ley aplicable a la impugnación de actos en fraude de acreedores condujesen a ese mismo ordenamiento. Mientras este Convenio no sea parte de nuestro Derecho positivo, creemos que esta solución no es aceptable de *lege lata*. Sobre su aceptabilidad de *lege ferenda*, tenemos nuestras dudas, por los argumentos sustantivos invocados *supra* núms. 17 ss.

⁵⁷ *Vid.* WALSH, pp. 188-189 (explicando que el término «prelación» se quiso emplear como sinónimo de eficacia jurídico-real de la cesión).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- EINSELLE: «Rechtswahlfreiheit im internationale Privatrecht», *RabelsZ*, 1996, pp. 419 ss.
- GOODE: *Commercial Law*, 2.^a ed., 1995.
- KIENINGER: «Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten», *RabelsZ*, 1998, pp. 678 ss.
- KOPPONEL-LAFORCE: «The Proprietary Aspects of an International Assignment and Article 12 Rome Convention», *NILR*, 1998, pp. 129 ss.
- KOTZ: «Rights of Third Parties. Third Parties Beneficiaries and Assignment», *IECL*, cap. XIII (1990), pp. 88-93.
- LAGARDE: «Le nouveau droit international privé après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1991, pp. 335 ss.
- LANDO: «The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Noncontractual Obligations», *RabelsZ*, 1974, pp. 6 ss.
- MANGOLD: *Die Abtretung im Europäischen Kollisionsrecht*, 2001.
- MAYER: *Droit international privé*, 1994.
- *Münchener Kommentar zum BGB-Martiny*, 3.^a ed., 1998.
- MOSHINSKY: «The Assignment of Debts in the Conflict-of-Laws», *LQRev.*, 1992, pp. 591 ss.
- PANTALEÓN PRIETO: «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, pp. 1033 ss.
- «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997, D 316, pp. 1460 ss.
- REQUEJO ISIDRO: *La cesión de créditos en el comercio internacional*, 2002.
- SCHWARZ: «Towards a centralized perfection system for cross-border receivables financing», *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 1999, pp. 455 ss.
- SINAY-CYTERMANN: «Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1992, pp. 43 ss.
- STADLER: «Der Streit um das Zessionsstatut-eine endlose Geschichte?», *IPRax*, 2000, pp. 104 ss.
- STEVENS: «The Law Applicable to Priority in Shares», *LQR*, 1996, pp. 198 ss.
- STEVEN/STRUYCKEN: «Assignment and the Rome Convention», *L. Q. Rev.*, 2002, pp. 15 ss.
- STRUYCKEN: «The Proprietary Aspects of International Assignments of Debts and the Rome Convention», *LMCLQ*, 1998, pp. 345 ss.
- VIRGÓS: «Las cosas y los Derechos reales», en GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.^a ed., 1995, pp. 241 ss.
- VIRGÓS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Comentario al Reglamento Europeo de insolvencia*, Madrid, 2003 (en prensa).
- VON WILMOWSKY: *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 1996, pp. 429 ss.
- WALSH: «Receivables Financing and the Conflicts of Laws: the UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade», *Dick. L. Rev.*, 2001, pp. 159 ss.

La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales

ÁLVARO RODRIGO VIDAL OLIVARES
Universidad Católica de Valparaíso

SUMARIO: *Introducción.*—I. *La integración de las lagunas preter legem y los principios generales de la CVCIM:* A) Historia del establecimiento del artículo 7 CVCIM y su antecedente en la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de 1964 (LUCI): 1. El mecanismo de integración adoptado en la LUCI. 2. Historia del establecimiento del artículo 7 (2) CVCIM. B) La integración de lagunas en la CVCIM a través de los principios generales: 1. Finalidad de la integración por medio de los principios generales en que se basa la CVCIM. 2. Límite de la integración por medio de los principios generales. 3. Función integradora de los principios generales en que se basa la CVCIM. 4. Metodología aplicable en la definición de los principios generales en que se basa la CVCIM: 4.1 Consagración positiva del principio. 4.2 Principio implícito en una disposición específica de la CVCIM. 4.3 Principios generales que se infieren del contexto de la CVCIM. 5. Los Principios de UNIDROIT y la integración de las lagunas en la CVCIM ex artículo 7(2): 5.1 Justificación del objeto de estudio. 5.2 Naturaleza y función de los Principios de UNIDROIT. 5.3 Los Principios de UNIDROIT y el artículo 7(2) CVCIM.—*Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

1. Desde el momento que la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías —en adelante CVCIM— adquiere fuerza obligatoria en España, todos los contratos de compraventa, en que concurren las condiciones de aplicabilidad de este cuerpo normativo, se someten a sus disposiciones, con prescindencia

cia del derecho interno que regla sobre la materia. Dentro de las referidas condiciones se destacan: *a)* que se trate de una compraventa de mercaderías, excluyéndose aquellas que tienen por objeto mercaderías compradas para uso familiar, personal o doméstico (compraventa de consumo); realizadas en subastas; las judiciales, las de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio o dinero; de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; y de electricidades (véase art. 2 CVCIM); *b)* que las partes del contrato tengan su establecimiento en Estados contratantes diversos; o, que por aplicación del Derecho internacional privado, resulte aplicable el Derecho de un Estado contratante [*Vid.* art. 1(1) CVCIM].

2. La Convención de Viena regula exclusivamente –como lo dispone su art. 4– la formación del contrato y los derechos y obligaciones del vendedor y el comprador, quedando al margen de su regulación la validez del mismo, o de sus estipulaciones o usos, y los efectos que pudiese producir en la propiedad de las mercaderías vendidas [*Vid.* art. 4, letras *a)* y *b)*, CVCIM]. Asimismo, no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías (*Vid.* art. 5 CVCIM).

Estas materias expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Convención quedan sometidas al derecho interno, aplicable conforme lo resuelva la norma de conflicto del Derecho internacional privado. Sobre el particular, cabe destacar que existe una Convención de La Haya del año 1964 sobre derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, la que a la fecha no ha sido ratificada por España.

3. El problema de las lagunas y de su integración en el ámbito de la Convención no dice relación con las materias excluidas, sino con supuestos en los que una cuestión, pese a estar dentro del ámbito de aplicación de la Convención, ésta no la resuelve expresamente. Aquí debe darse respuesta a la interrogante: ¿cómo se suple esta laguna?

El derecho uniforme hace prevalecer la autointegración de su normativa sobre su heterointegración. En efecto, la Conferencia de las Naciones Unidas, a la hora de decidir cómo se integran las lagunas que pudiese presentar la Convención, prefiere que éstas se suplan por medio de la aplicación del propio derecho uniforme, ya no entendido como norma específica, sino como principio de derecho en que ella se apoya. El recurso al derecho interno, aplicable conforme la norma conflictual, sólo está autorizado en casos en que sea posible encontrar la solución en los principios en los que se inspiran sus preceptos específicos.

Por esta razón, el párrafo (2) del artículo 7 dispone que las materias no resueltas –pero que se hallan dentro del ámbito de aplica-

ción de la Convención— se someterán a los principios generales en los que ésta se funda o inspira. Sólo cuando ello no fuese posible, el operador jurídico —entiéndase el juez o arbitro— podrá resolverlas aplicando la norma de derecho interno.

4. La integración de la Convención de Viena no debe confundirse con la construcción de la regla contractual: compraventa internacional de mercaderías.

a) La construcción de la regla contractual supone el despliegue de una actividad compleja por parte del operador jurídico, que consta de dos etapas. En la primera, nos situamos en el ámbito de interpretación del contrato —*declarativa e integradora*; cuyo objeto es desarrollar la voluntad contractual de las partes, aplicando, principalmente, las reglas de hermenéutica previstas en el artículo 8 de la Convención; la segunda, de integración de la regla contractual por el derecho supletorio de la voluntad de las partes (*Vid.* el art. 6 CVCIM), la que presupone el agotamiento de la primera etapa que nos lleva a la conclusión que hay una laguna en la regla contractual y que debe suplirse por la norma supletoria: la Convención.

b) Por su parte, la integración de la Convención como ordenamiento jurídico, en cambio, nos ubica en la esfera del derecho objetivo aplicable. Si no hay precepto que resuelva la cuestión, surge el problema de la integración, ya no de la regla contractual, sino del propio derecho uniforme. En este supuesto aparece justificado el recurso al artículo 7(2). Ya no se habla de una laguna de la regla contractual, sino de la propia ley supletoria, la que recibe el nombre de laguna *preater legem*.

A mayor abundamiento, la afirmación sobre la existencia de una laguna o vacío contractual supone que se ha concluido la labor de hermenéutica, en sus dos funciones: declarativa e integradora; debiendo suplirse por la norma dispositiva de la Convención, que en ese momento adquiere la fuerza normativa que le es propia. Aquí puede acontecer que no haya norma expresa que resuelva el asunto, surgiendo la cuestión que nos ocupa: la de integración de la Convención.

5. En las líneas que siguen estudiaremos el sistema general de integración de las lagunas *preater legem*, previsto en el derecho uniforme sobre compraventa internacional, haciendo objeto de estudio su artículo 7(2). Enseguida se estudiará, en detalle, el mecanismo de integración a través de los principios generales en que se inspira la Convención y su finalidad, y los principios generales más relevantes, tanto en la jurisprudencia, como por la doctrina que comenta el citado precepto. Finalmente, definiremos la relación que existe entre la Convención de Viena y los Principios

de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales y su posible consideración como principios generales en que se basa la primera, para efectos de su integración.

I. LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS *PREATER LEGEM* Y LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA CVCIM

GENERALIDADES ACERCA DEL ARTÍCULO 7(2) CVCIM

1. Como ya se ha expresado, el artículo 7 CVCIM, además de disponer sobre la interpretación de sus preceptos [párrafo (1)], ¹ en su párrafo (2) regula la forma como se integran, o suplen, las lagunas que ellos presenten. Se trata de cuestiones relativas a materias que están dentro del ámbito de la Convención, sin embargo, carentes de una regulación expresa ².

El concepto de laguna, como indica Larenz, no señala, en absoluto, el límite del posible y admisible desarrollo del derecho, pero sí el límite del desarrollo de un derecho inmanente a la ley, que se mantiene vinculado a la intención reguladora, al plan y a la teleología consustancial a la ley ³. En nuestro caso, la expresión laguna alude a una incompletez en la regulación de las materias que se hallan dentro del ámbito de la CVCIM.

¹ «(1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.» [art. 7 (1) CVCIM].

² En la doctrina se afirma que esta disposición reconoce que la CVCIM no pretende regular exhaustivamente la compraventa internacional de mercaderías, haciendo posible su adecuación a los cambios de las circunstancias en el comercio internacional. Sobre el particular, FERRARI nos dice: «una de las razones de la elaboración de la CVCIM fue la creación de un cuerpo uniforme de derecho para el evento que las partes no consideren, o no convengan, el derecho aplicable a su contrato. Sin embargo, la CVCIM no constituye un cuerpo de reglas exhaustivo [...], sino que su regulación se limita a la formación del contrato y los derechos y obligaciones de las partes resultantes del contrato de compraventa (art. 4 CVCIM)»; FRANCO FERRARI, «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 1994, núm. 2, pp. 215-216. Cfr. PHANESH KONERU, «The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles», *Minnesota Journal of Global Trade* (1997), núm. 6, pp. 105-152, par. II. Por su parte, M. BONELL afirma que la existencia de lagunas dentro de la CVCIM obedece, principalmente, a que sus redactores estaban muy limitados a causa de las presiones que provenían de los representantes de los distintos sistemas de derecho interno, lo cual, en ocasiones, llevó a omisiones, o lagunas, conscientes o intencionadas, cuando no se lograba llegar a un acuerdo sobre un punto en concreto. M. BONELL, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG –Alternatives or Complementary Instruments?», *Uniform Law Review-Revue du Droit Uniforme*, 1996 (pp. 26-39), p. 28.

³ KARL LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Vierte, ergänzte, Auflage, 1979), trad. y rev. Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel Derecho, 1.ª edic., 1994, pp. 363-365.

2. En el derecho uniforme sobre la compraventa internacional, podemos encontrar dos tipos de lagunas: *i*) lagunas *intra legem*, referidas a aquellas materias que exceden del ámbito de la CVCIM, y que, por esa razón, no están expresamente regladas, y *ii*) lagunas *preater legem*, que inciden en cuestiones que, a pesar de pertenecer al citado ámbito, no han sido expresamente reguladas por ella ⁴. El artículo 7(2) CVCIM dispone sobre la integración de esta última clase de lagunas. Tratándose de las primeras, ellas se suplen directamente por el derecho interno aplicable, conforme las normas del Derecho internacional privado ⁵.

⁴ Para definir el ámbito de aplicación de las disposiciones de la CVCIM, primeramente debemos observar lo dispuesto en el artículo 4 CVCIM, que ordena que la Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato; y agrega: «salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: *a*) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; *b*) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas». Adicionalmente, el artículo 5 excluye del ámbito de su aplicación la responsabilidad del vendedor por la muerte, o las lesiones corporales, causadas a una persona por las mercaderías. Cfr. con Bernard AUDIT, *La vente Internationales de Marchandises*, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Droit des Affaires, LGDJ, París, 1990, par. 54; NIVES POVRSENIC, *Interpretación and Gap-Filling under the United Nations Conventions on contracts for the international sale of goods*, University of Zagreb Faculty of Law, Zagreb, Croatia, par. 4. En todo caso, la delimitación precisa entre las materias que están dentro del ámbito de aplicación de la CVCIM y las que no lo están, fuera de los casos en que hay absoluta claridad (art. 5 CVCIM), es sumamente compleja. Como afirma MAGNUS: «Yet, except for the cases clearly exempt from the CISG (such as the transfer of property), the borderline between legal issues subject to the CISG and those not governed by it often is rather uncertain». ULRICH MAGNUS, *General Principles of UN-Sales Law*, en *Rabels Zeitschrift*, en honor a los sesenta años de Hein Kötz, vol. 59 (1995), trad. por Lisa Haberfellner, p. 4. En un mismo sentido: HERBER, artículo 7, par. 28, *Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods (CISG)*, AA.VV., Schlechtriem Peter (Ed.), Second Edition in translation, Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press-Oxford, 1998; Alejandro M. GARRO, «The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG», *Tulane Law Review*, vol. 69, 1995 (pp. 1149-1990), p. 1156.

⁵ Así se recoge: FRANCO FERRARI, *op. cit. supra*, p. 217. El autor afirma que la disposición [art. 7(2) CVCIM] no se refiere a las lagunas *intra legem*, es decir, a las materias que están excluidas del ámbito de aplicación de la CVCIM, tales como las previstas en los artículos 4 y 5 CVCIM; sino que a las lagunas *preater legem*, es decir, a materias a las que la CVCIM se aplica, pero no están expresamente reguladas. También, WILLEM VIS, «Aspectos de los contratos de compraventa internacional de mercaderías no comprendidos por la Convención de Viena de 1980. En el Coloquio Internacional de Derecho mercantil: La Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías», *Anuario Jurídico de México*, 1983, vol. X, *op. cit.*, p. 11.

El autor afirma que en la literatura jurídica suele distinguirse las *lacunae intra legem* (o *laguna externa*), de las *lacunae preater legem* (o *laguna interna*); las primeras aluden a aquellos supuestos no regidos por la Convención; y las segundas, a aquellos otros que, estando regidos por ella, no reciben una solución expresa. Finalmente, Adame Godard, distingue entre «falsas lagunas» y «verdaderas lagunas», reservando esta última terminología a las lagunas que nosotros denominamos *preater legem*. Jorge ADAME GODARD, «Reglas de Interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de mercaderías», *Revista Diritto Internazionale*, 1990, p. 109.

El presupuesto de la norma del artículo 7(2) CVCIM es la presencia de una laguna (*preater legem*) y su función es la de desarrollar el derecho inmanente en la ley [CVCIM]. Por ende, su aplicación reclama de la concurrencia copulativa de dos requisitos: a) la materia debe ser una de aquellas que pertenecen al ámbito de aplicación de la CVCIM (arts. 4 y 5 CVCIM), y b) no debe estar expresamente regulada por sus disposiciones (incompletez) ⁶.

3. Desde el ángulo de la técnica legislativa, el legislador puede optar por uno de tres mecanismos de integración de lagunas normativas (*lagunas preater legem*): i) la integración mediante la aplicación de los principios generales subyacentes en el mismo derecho. De acuerdo con este mecanismo, la solución normativa para el caso no reglado se induce de las disposiciones que integran el referido derecho (*True Code approach*); ii) la integración de la laguna, aplicando normas positivas, o principios, pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos (*Meta Code approach*); y iii) uno ecléctico, que combina los anteriores, aplicando, primeramente, los principios que subyacen en el derecho que adolece de la laguna; y si ello no es posible se autoriza el recurso subsidiario a normas positivas, o principios, externos ⁷.

Los redactores de la CVCIM, alejándose de la LUCI ⁸, optan por el tercer mecanismo (*ecléctico*), previendo en el artículo 7(2) ⁹ la posibilidad de estas lagunas, regulando en ella los mecanismos para su integración por medio de dos fuentes; *en primer lugar*, los principios generales en que se basa la Convención y, en segundo, de forma

⁶ Cfr. M. BONELL, artículo 7, «Commentary on the International Sales Law», *The 1980 Vienna Sales Convention*, AA. VV., B y C. M. Bianca & M. J. Bonell, Giuffrè, Milan, 1987, par. 2.3.1; Nives Povrsenic, *op. cit. supra*.

⁷ Cfr. con referencia a la CVCIM: FRANCO FERRARI, «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 1994, núm. 2, p. 218; ALBERT KRITZER, *Guide to Practical Applications of the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods* (1989), p. 117. Este último autor habla de «*internal analogy*» y de «*reference to external legal principles*». Con respecto al UCC norteamericano: WILLIAM D. HAWKLAND, «Uniform Commercial Code Methodology», U. III. L. F., 1962, pp. 291-292. [de este autor se recoge la terminología «*True Code approach*»: «a true code is comprehensive in that it is sufficiently inclusive and independent to enable it to be administered in accordance with its own basic policies»]; ROBERT A. HILLMAN, «Construction of the Uniform Commercial Code: UCC», §1-103 and *Code Methodology*, B. C. Ind. & Comm. L. rev. núm. 18, 1977, pp. 655-657; y STEVE H. NICKLES, «Problems of Sources of Law Relationships under Uniform Commercial Code» – Part. I: «The Methodological Problem and Civil Law Approach», *Ark. Law Review*, núm. 31, 1977, p. 1 (*de este autor se toma la expresión «Meta Code approach»*).

⁸ Como se estudiará a continuación, en los artículos 2 y 17 de la LUCI, se acoge el primer mecanismo *True Code approach*. Lo mismo, respecto de los Principios de UNIDROIT, en su artículo 1.6 (2).

⁹ «(2) *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado.*» (Art. 7 CVCIM).

subsidiaria, el derecho interno, aplicable, según lo dispuesto por las normas de conflicto del Derecho internacional privado¹⁰.

A) Historia del establecimiento del artículo 7 CVCIM y su antecedente en la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de 1964 (LUCI)¹¹

1. El mecanismo de integración adoptado en la LUCI

En la LUCI, el problema de las lagunas *preater legem* se resuelve por los artículos 2 y 17, que consagran el primero de los mecanismos, antes indicados; esto es, la integración de la laguna por medio de los principios generales que subyacen en sus disposiciones¹².

El artículo 2 LUCI ordena: «Rules of private international law shall be excluded for the purposes of the application of the present Law, subject to any provision to the contrary in the said Law»¹³; y el artículo 17: «Questions concerning matters governed by the present Law which are

¹⁰ FERRARI opina que en el artículo 7(2) la CVCIM sigue la tercera aproximación, que combina adecuadamente el recurso a los Principios generales, con un eventual recurso a las reglas del Derecho internacional privado; solución que, en su opinión, está basada en la consideración que la independencia absoluta respecto del derecho interno, como la pretendida en LUCI, no es alcanzable. FRANCO FERRARI, *op. cit. supra*, p. 220. En la misma dirección encontramos a ALBERT KRITZER, *op. cit. supra*.

¹¹ Para un estudio detallado del antecedente del artículo 7 CVCIM en la LUCI y de la historia de su establecimiento: *Vid.*: JAN HELLMER, «Gap-Filling by Analogy, art. 7 of the UN Sales Convention in Its Historical Context, Studies in International Law: Festschrift til Lars Hejner [Stockolm, 1990]», pp. 219-233; M. BONELL, artículo 7, *International Sales Law*, *op. cit.* nota 6, par. 1, pp. 65-71; PHANESH KONERU, «The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods»: *op. cit.*, par. II; y NIVES POVRSENIC, «Interpretación and Gap-Filling under the United Nations Conventions on contracts for the international sale of goods», *op. cit.*, par. 2.

¹² Estas disposiciones han sido fuertemente criticadas, por cuanto la integración de las lagunas por medio de los «principios generales» es inadecuada desde que éstos no están sistematizados en ninguna disposición de la Ley Uniforme, lo que se traduce en una gran incertidumbre, sobre todo, si el derecho interno, aplicable conforme al Derecho internacional privado, es capaz de proveer una norma expresa que solucione el problema. Es inaceptable una separación tan tajante entre el cuerpo de ley uniforme y el derecho interno. Para una crítica de estas disposiciones y del sistema adoptado en la LUCI, *Vid.*: WAHL, artículo 17 LUCI, Dölle Kommentar, *op. cit.*, HAROLD J. BERMAN, «The Uniform Law on International Sale of Goods: A Constructive Critique», *Law & Cont. Probs.*, núm. 30, 1965, pp. 354-359. Pero, estas disposiciones no sólo han sido objeto de críticas, sino que se ha llegado a afirmar que constituyen una de las razones más importantes del rechazo de la Ley Uniforme en la comunidad internacional. *Vid.*: FRANCO FERRARI, *op. cit. supra*, p. 219, nota núm. 196; ISAAK DORE & JAMES DEFranco, «An Comparison of the Non-Sustantive Provisions of the Uncitral Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code», *Harvard International Law Review*, núm. 23, 1982, p. 63. «ULIS's failure to outline an acceptable method of dealing with omissions was a factor contributing to its rejection».

¹³ «Para los propósitos de la presente Ley, se excluye la aplicación de las reglas del Derecho internacional privado, salvo cualquier contraria de la misma.» (Art. 2 LUCI).

not expressly settled therein shall be settled in conformity with the general principles on which the present Law is based»¹⁴.

De lo dispuesto por los preceptos transcritos, se infiere que los redactores de la LUCI persiguen que ésta fuese un cuerpo normativo autosuficiente para la regulación de la compraventa internacional de mercaderías¹⁵; cuyas lagunas se suplieran autónomamente, con exclusión de cualesquiera disposición de derecho interno designada por la norma de conflicto¹⁶. En la opinión de TUNC estas reglas son esenciales (sobre todo la del art. 17 LUCI), ya que, de otra manera, las partes siempre alegarían que las disposiciones del derecho uniforme, invocadas por la otra parte; o no eran absolutamente claras o simplemente no cubren el caso concreto de que se trata, argumentando a favor de aplicar el derecho interno más conveniente, desde la perspectiva de sus intereses¹⁷.

2. Historia del establecimiento del artículo 7 (2) CVCIM¹⁸

1. Revisión del artículo 17 de la LUCI¹⁹.

Durante la discusión del artículo 17 LUCI, en el seno de UNCITRAL, en la

¹⁴ «Las cuestiones relacionadas con las materias gobernadas por la presente Ley que no están reguladas expresamente en ella se regirán de acuerdo con los principios generales en que se basa la presente Ley.» (Art. 17 LUCI).

¹⁵ Así se recoge: ERIC E. BERGSTEIN, «Basic Concepts of the UN Convention on the International Sale of Goods», en *Das UNCITRAL-Kaufrecht im Verleich zum Österreichischen Recht*, Doralt ed. (Vienna 1985), p. 16. El autor declara: «ULIS was intended to be a self-contained law of sales, divorced from the surrounding law of the countries of the buyer and the seller, and especially divorced from the law of the forum in case of litigation. If there was a problem which fell within its general scope but which was not to turn to the law that would otherwise have governed the transactions».

¹⁶ Así se recoge: PETER WISHIP, «Private International Law and the UN Sales Convention», *Cornell International Law Journal*, 1988, vol. 21, pp. 487-292. El artículo 17 de la LUCI contiene «the general principles underlying the (1964) Uniform Law are to be used to fill the law's gaps. This has the intended negative implication that courts may not refer to the domestic law of the country whose law would otherwise apply under the rules of private international law».

¹⁷ ANDRÉ TUNC, «Commentary of the Hague Conventions», *op. cit.*, p. 44. El autor afirma que: «The reference to the general principles of the Law does not seem involve any perils. It is to be observed, in the first place, that the law is very detailed so that true omissions will doubtless only be rarely found in it». En esta misma dirección: GRAVESON, COHN & GRAVESON, «The Uniform Laws on the International Sales Act 1967», *op. cit.*, p. 62. «Its (de la norma) principal purpose is to exclude entirely the application of any rule of a single national law to the relations between the parties. The answer to any questions not dealt with by the Law must therefore not be sought simply in the provisions of any national law or any decisions of the courts made under these laws. It is expected that the Law will produce fresh case law which will assist in filling the gaps which the Law has left...».

¹⁸ Para un estudio de la historia del establecimiento de la Convención de Viena, *Vid.*: JOHN O. HONNOLD, «Documentary History of the Uniform Law for International Sales, The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Conventions with introductions and explanations», Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands.

¹⁹ Doc. A(1), I Yearbook 176-202, A/CN.9/35, Working Group, First Session, 1970, pp. 181-183.

Primera Sesión del Grupo de Trabajo, algunos representantes sugieren que las materias no reguladas expresamente por la LUCI, que estaban dentro de su ámbito, no podían ser resueltas de acuerdo a los principios generales en que ella se basa, toda vez que resulta muy difícil, o imposible, identificarlos. La referencia a unos principios generales que no se especifican da lugar a una situación de ambigüedad e incertidumbre que no es aconsejable (par. 57)²⁰.

Al mismo tiempo, otro grupo de representantes apoya el precepto, afirmando que los redactores del artículo 17 LUCI pretenden liberar a los jueces de la tarea de buscar, en su propio ordenamiento jurídico interno (*lex fori*), la solución a los problemas no resueltos expresamente por la LUCI; considerando que este último camino podía conducir a la falta de uniformidad en su interpretación y aplicación. Se añade que los principios generales, a los que alude el artículo 17 LUCI, son: «*las ideas o máximas generales que inspiran al derecho Uniforme; pudiendo extraerse, de sus disposiciones específicas, de la historia de su establecimiento y de los comentarios que sobre ella se escribiesen*» (par. 59)²¹.

2. *Propuestas de modificación.* En la Primera Sesión se formulan varias propuestas de modificación del artículo 17 de la LUCI, dentro de las cuales cabe destacar: i) por un lado, se sugiere que el texto sea redactado nuevamente, como sigue: «*The present Law shall be interpreted and applied so as to further its underlying principles and purposes, including the promotion to uniformity in the law of international sales*» (par. 63)²²; ii) por otro, se propone la eliminación del precepto, o su modificación, de modo tal que disponga expresamente que: «*private international law shall apply to questions governed but not settled by*

²⁰ Adhiriendo a esta postura, algunos representantes sugieren la eliminación del precepto. En cambio, otros eran partidarios de que su texto fuese modificado de modo tal que dispusiera que las lagunas, o problemas no resueltos por la ley, fueren integrados por las normas indicadas por el Derecho internacional privado, o la ley del foro. *Op. cit. supra*, par. 58.

²¹ Algunos representantes indican que desde que el artículo 1 de la Convención declara que el derecho uniforme será incorporado a los derechos internos existe el peligro que los jueces no puedan dar plena eficacia a sus disposiciones, teniendo en cuenta su origen internacional. Por esta razón, el artículo 17 era de gran utilidad como un recordatorio que las disposiciones del derecho uniforme reflejaban elementos comunes, a los que se había llegado como resultado de las negociaciones entre las numerosas delegaciones. *Op. cit.*, par. 60.

²² En apoyo a esta propuesta se recuerda la discusión anterior acerca de los peligros de interpretar una legislación internacional uniforme en términos de reglas de derecho interno. La propuesta no autoriza la extensión del ámbito de la Convención; y sólo se relaciona con los problemas que caen dentro de su ámbito. Se agrega que el lenguaje de la propuesta podrá ser útil para incentivar una aproximación internacional y unificadora de la Ley y para que los Tribunales consulten la historia legislativa del derecho uniforme. *Op. cit.*, par. 64.

ULIS»²³. iii) Finalmente, otros plantean la combinación de las dos propuestas, añadiendo a la primera la frase que sigue: «*otherwise, the rules of private international law shall apply*». Al final ninguna de las proposiciones es apoyada por la mayoría del Grupo de Trabajo.

3. *Discusión sobre la norma de integración durante la Segunda Sesión del Grupo de Trabajo en 1971*²⁴. i) El Grupo de Trabajo decide eliminar la referencia a los «*principios generales en los que se basa la presente Ley*», manifestando que era una regla demasiado imprecisa, desde que el derecho uniforme no especificaba tales principios y su referencia podía conducir a que los Tribunales aplicaran sus propias normas nacionales en el convencimiento que correspondían a los principios generales subyacentes en la Ley Uniforme. ii) Varios representantes opinan que, cualquiera que sea la disposición que se adopte, es necesaria la inclusión de una regla que se haga cargo del problema de lagunas del derecho uniforme y de su integración, sugiriendo la adopción del siguiente párrafo: «*Questions concerning matters governed by the presente law which are not expressly settled by it shall be settled in conformidad con sus principios y propósitos subyacentes*» (par. 131). Alternativamente, se plantea agregar la frase: «*Private international law shall apply to questions not settled by the Uniform Law*».

Finalmente, los miembros del Grupo de Trabajo reconocen que se trata de una discusión de fondo y que ella debe ser decidida por la Comisión²⁵.

4. *Discusión en la Cuarta Sesión en 1971*. La Comisión adopta la disposición propuesta por el Grupo de Trabajo [«*In interpreting and applying the provisions of this Law, regard shall be had*

²³ Se hace presente que la propuesta anterior (par. 66) daba una solución de aplicación general, tanto para las materias incluidas en el ámbito de la Ley Uniforme, pero no reguladas, como para aquellas materias excluidas del citado ámbito. En efecto, la propuesta tenía el siguiente tenor: «*Private international law shall apply to questions not settled by ULIS*». *Vid.*, par. 68.

²⁴ Doc. A(3), II Yearbook 50-65, A/CN.9/52, Working Group, Second Session, 1970. En esta sesión se recomendó una nueva versión del artículo 17 LUCI: «*In interpreting and applying the provisions of this Law, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity (in its interpretation and application)*». Debe tenerse presente que una disposición similar a ésta fue adoptada unánimemente en la reunión del Grupo de Trabajo de agosto de 1970 sobre la Prescripción y aparece como artículo 5 de la Ley Uniforme sobre Prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CN.9/50) y que actualmente corresponde al artículo 7 de la citada Convención, que tiene el siguiente tenor: «*En la interpretación y aplicación de las disposiciones de la presente Convención, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su uniformidad*».

²⁵ En la Tercera Sesión del Grupo de Trabajo se acuerda que el texto del artículo 17 será el que sigue: «*In interpretation and applying the provisions of this Law, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity (in its interpretation and applying)*». Doc. A(5), Yearbook III, 77-95, A/CN.9/62, p. 92.

to its international character and to the need to promote uniformity (in its interpretation and application)»]. Al mismo tiempo, se plantea que el precepto, necesariamente, debe complementarse de modo que resuelva el problema de las lagunas en el derecho Uniforme. En la discusión, unos prefieren el recurso a los principios generales en que se basa la ley; otros apoyan la integración a través de las reglas de derecho internacional privado. Nuevamente se aplaza la decisión final sobre el particular.

5. *El Proyecto sobre compraventa (Sales Draft) de 1977 y el Proyecto de Convención de 1978.* El artículo 13 del Proyecto dispone: «In interpreting and applying the provisions of this Law, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity»; y que, finalmente, pasa a ser el artículo 6 del Proyecto de Convención de 1978²⁶; precepto que reza: «In the interpretation and application of this Convention regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity and the observance of good faith in international trade»²⁷.

6. *Discusión del artículo 6 del Proyecto de Convención de 1978 en la Conferencia Diplomática*²⁸. Durante la Conferencia se presentan varias modificaciones al precepto de nuestro interés; algunas puramente formales; otras, por el contrario, modificaciones que inciden en el fondo de la cuestión, cuyo objeto es añadir un nuevo párrafo que resuelva el problema de las lagunas normativas. Hagámonos cargo de esta última discusión. Se formulan varias soluciones, que tienen en común el recurso a la ley nacional para suplir las lagunas que presente el texto de la Convención²⁹. La propuesta de

²⁶ Doc. C (1), Official Records, 5-14, 1978 UNCITRAL Draft, p. 5, par. C.7.

²⁷ En la Novena sesión del Grupo de Trabajo, durante la revisión de LUF, se adopta una nueva disposición, que no estaba contenida en la LUF, y que corresponde al párrafo (1) de la proposición de Hungría (A/CN.9/WG.2/WP.28, par. 60) y que tiene el siguiente tenor: «In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith». (Art. 5) El precepto fue objeto de larga discusión. Los que proclamaban su eliminación manifestaban que las normas de trato justo y la buena fe, aunque eran muy deseables en el comercio internacional, eran demasiado vagas. También observaron que la aplicación de semejante disposición por los Tribunales nacionales sería influenciada por sus propias tradiciones legales y sociales y, por consiguiente, se pondría en serio peligro la uniformidad del Derecho uniforme. Dentro de todas las propuestas relacionadas con esta norma, la solución que recibió mayor aceptación fue la de incorporar el principio de la observancia de la buena fe en el artículo sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el nuevo texto consolidado en el Proyecto de Convención de UNCITRAL no prevé la norma del citado artículo 5. [Doc. A(14), IX Yearbook 61-83, A/CN.9/142, Working Group, Session núm. 9, 1977; Doc. B (3), IX Yearbook, 39-45, A/33/17, Annex I, p. 35, pars. 42-60]

²⁸ Doc. C(4), Official Records, 236-433, Diplomatic Conference, First Committee Deliberations, 5th Meeting, 1980, pp. 254-259, pars. 4-62.

²⁹ La enmienda de Bulgaria (A/CONF.97/C.1/L.16) sugiere que las cuestiones inciertas deben decidirse según «la ley del lugar del establecimiento del vendedor», esto es, aplicando el punto de contacto de la prestación característica, ello porque normalmente se cree que el vendedor es una parte cuya obligación se considera característica. [ii] Según la pro-

Italia es la más detallada (A/CONF.97/C.1/L.49 /L.59)³⁰. Al finalizar, se llega a una solución de compromiso que combina la propuesta italiana y la checoslovaca (A/CONF.97/C.1/L.15), que declara que las lagunas se integran conforme con la «*la ley aplicable según las reglas del Derecho internacional privado*». Esta solución pasa a ser el párrafo (2) del artículo 6 del Proyecto de 1978³¹ [actual art. 7(2)] y que se lee como sigue: «Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.»³².

B) La integración de lagunas en la CVCIM a través de los principios generales

1. Finalidad de la integración por medio de los principios generales en que se basa la CVCIM

El artículo 7(2) CVCIM insta un sistema de integración ecléctico de las lagunas (*preater legem*), que consta de dos fuentes jurídicas de integración, de aplicación subsidiaria: principios generales en que se basa la CVCIM y el derecho interno designado por la norma de conflicto.

puesta de modificación de Checoslovaquia (A/CONF.97/C.1/L.15) las lagunas deben regularse de acuerdo con «la ley aplicable según las reglas del Derecho internacional privado».

³⁰ «Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled therein shall be settled in conformity with the general principles on which this Convention is based or, in the absence of such principles, by taking account of the national law of each of the parties».

³¹ Refiriéndose a la redacción final del artículo 7 de la CVCIM, ROSENBERG, afirma que éste es «a compromise more favourable to the supporters of artículo 17 of ULIS than its opponents». MARK N. ROSENBERG, «The Vienna Convention: Uniformity in Interpretation for Gap-filling-An Analysis and Application», *Australian Bus. L.R.* (1992), núm. 20, p. 450.

³² El actual artículo 7 CVCIM ha sido incluido, como norma de interpretación e integración, en recientes convenciones sobre Derecho privado: Convención de Agencia en la Venta Internacional de Mercaderías de 17 de febrero de 1983 [art. 6 (2), publicada en *Rev. Droit Uniforme*, 1983 I-III, pp. 133-137]; la Convención sobre Financiación de Leasing Internacional, de 22 de mayo de 1988 [art. 6 (2), publicada en *RablesZ 51*, 1987, p. 730] y la Convención sobre el Factoring Internacional, de 28 de mayo de 1988 [art. 4 (2), publicada en *RablesZ 53*, 1989, p. 733]. Lo mismo ocurre en materia de Normas uniformes para la contratación internacional. Los Principios de la UNIDROIT, en su artículo 1.6 (Interpretación e Integración de los Principios): «(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional, así como sus propósitos, incluida la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Aquellas cuestiones que, sin estar expresamente resueltas por los Principios, se encuentren dentro de su ámbito de aplicación se resolverán en lo posible de acuerdo con sus principios subyacentes». La omisión de la observancia de la buena fe se explica porque en estos principios la buena fe es elevada al carácter de obligación general de las partes (art. 1.7).

1. *Relación entre la regla de integración [art. 7(2)] y la de interpretación [art. 7(1)].* El sistema adoptado por el artículo 7(2) CVCIM concuerda plenamente con el principio de interpretación del artículo 7(1), que insta la promoción de la uniformidad en la aplicación de la CVCIM, teniendo en cuenta su carácter internacional³³. En efecto, al hacer prevalecer los principios generales sobre el derecho interno, las lagunas se suplen, primeramente, a través de sus propios contenidos normativos específicos —en forma de principios generales—, permitiéndose el desarrollo jurisprudencial de un derecho uniforme, que respeta, por encima de todo, su carácter autónomo e independiente respecto de los derechos internos de los Estados contratantes³⁴.

La finalidad del artículo 7(2) no dista mucho de la perseguida por el párrafo (1), que consiste, en último término, en que la CVCIM se aplique uniformemente a través del desarrollo de sus propios contenidos³⁵. Desde este ángulo, el artículo 7(2) constituye una aplicación particular del precepto del párrafo (1), siendo su objeto integrar la Convención, considerando la necesidad de pro-

³³ Así se recoge: JAN HELLNER, «Gap-filling by Analogy», *Hjerner Festskrift (Stockholm 1990)*, p. 220. El comentarista expresa: «Interpretation of the Convention should be autonomous, in the sense that it should not depend on principles and concepts derived from any national legal system. In a similar spirit, the article provides for gap-filling through analogy, which shall be given priority over the application of national rules».

³⁴ Así se recoge: JOHN HONNOLD, «Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention», par. 102, *Second Edition, Kluwer Law International, Philadelphia*, 1991: «One should follow an approach designed to reconcile the two competing values embodied in article 7(2): (1) That the Convention should be developed in the light of its general principles and (2) that this development would be subject to limits. This approach responds to the reference in article 7(2) to the principles on which the Convention "is based" by requiring that general principles to deal with new situations be moored to premises that underlie specific provisions of the Convention. [...] like the inductive approach employed in case law development [...]». El mismo autor junto a WILLIAM A. SCHNADER, «Uniform Words and Uniform Application. The 1980 Sales Convention and International Juridical Practice», *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, AA. VV., Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht, 16/17.2.1987, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 123. En igual dirección: BERNARD AUDIT, «The Vienna Convention Sales Convention and the Lex Mercatoria, en *Lex Mercatoria and Arbitration*», *Thomas E Carbonneau* (Ed), Transnational IURIS Publications, Inc., 1990, New York (pp. 139-160), pp. 155 y 156. ULRICH MAGNUS, «General Principles of the UN-Sales Law», *op. cit.*, p. 5

³⁵ Cfr. FRANCO FERRARI, «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 1994, núm. 2, pp. 216 y 217, 222. «Si existe una laguna, debe intentar encontrarse la solución en la misma Convención, solución que cumple con la finalidad última del artículo 7(1) CVCIM, esto es, la promoción de la aplicación uniforme de la Convención»; y también con: GYULA EÖRSI, «International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», AA. VV., Nina M. Galston & Hans Smit (Ed.), Matthew Bender, New York, 1984, General Provisions, Chapter 2, par. 2-9. EÖRSI, se pronuncia sobre la relación que existe entre los dos párrafos del artículo 7 CVCIM, y afirma que si se detecta una laguna en la CVCIM el problema debe resolverse por la vía de la interpretación de la Convención; debiendo ser, esta última, el medio por el cual las lagunas sean suplidas.

mover la uniformidad en su aplicación, objeto que se alcanza con el recurso inmediato a los principios subyacentes en ella³⁶. La Jurisprudencia, que aplica la CVCIM, ha fallado que la invitación del artículo 7(2) a desarrollar el contenido de la Convención a través de los «principios generales en que ella se basa» es una condición necesaria para que se cumpla el mandato del artículo 7(1)³⁷.

2. *Finalidad de la remisión a los principios generales con preferencia al derecho interno según la norma de conflicto.* La remisión a los principios generales minimiza la posibilidad de la aplicación mecánica del derecho interno por parte del operador jurídico; derecho que nace y se desarrolla, sin considerar las necesidades específicas del comercio internacional, siendo, por ende, inapropiado para la solución de las lagunas en materia de compraventa internacional³⁸.

Esta remisión tiene por propósito –como acertadamente afirma Koneru– poner a disposición del operador jurídico un instrumento de integración flexible, cuya aplicación es consecuente con el carácter internacional de la CVCIM³⁹. El remedio de la aplicación del derecho interno tiene el inconveniente de la incertidumbre, porque ofrece soluciones variables, dependiendo del sistema, o familia

³⁶ Véase: PETER SCHLECHTRIEM, «From the Hague to Vienna», *Progress in Unification of the Law of International Sales?*, AA. VV., The Transnational Law of International Commercial Transactions, Norbert Horn & M. Schmitthoff, Kluwer, Deventer, 1982, pp. 125 ss.

³⁷ *Vid.*: Sentencia dictada el 6 de diciembre de 1995 en Estados Unidos de Norteamérica por la U.S. Circuit Court of Appeals (2d. Cir.), en el caso núm. Nos. 185, 717, Dockets 95-7182, 95-7186, caratulado Delchi Carrier, S.p.A. *Vid.* Rotorex Corp, original en inglés publicado en Circuit Court of Appeals. 71 F.3d, p. 1024 (1995); District Court: UNILEX (E.1995-). Extracto en inglés en CLOUT, caso núm. 138; en francés en *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal* (1995), p. 753: «A generous response to the invitation of article 7(2) to develop the Convention through the “general principles on which it is based” is necessary to achieve the mandate of article 7(1) to interpret the Convention with regard to the need to promote uniformity in its application [...]».

³⁸ Así se recoge en BERNARD AUDIT, *op. cit. supra*. «L’art. 7.2 tend à prévenir ce risque en invitant à se référer d’abord aux principes généraux dont la convention s’inspire; à défaut seulement, l’interprète pourra se tourner vers un droit interne autement applicable». En el mismo sentido: NIVES POVRSENIC, «Interpretación and Gap-Filling under the United Nations Conventions on contracts for the international sale of goods», *op. cit.*, par. 4.B

³⁹ PHANESH KONERU, «The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles», *op. cit.* par. II. «Otherwise [si el artículo 7(2) no existiese] it would be an invitation to disregard [la Convención] for those who would wish to avoid its application». Cfr. con MICHAEL BONELL, «Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts», *Ame. J. Comp. L.*, núm. 40, 1992, pp. 617, 627. ALEJANDRO M. GARRO, «The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG», *op. cit.* pp. 1153 y 1154. Refiriéndose a la conveniencia de aplicar los Principios de UNIDROIT, antes que el derecho interno, los autores expresan que con ellos se obtiene mayor imparcialidad, porque evitando su aplicación se está evitando que la disputa se resuelva por reglas que probablemente son más accesibles para una de las partes que otra.

jurídica a que pertenezca, siendo un serio tropiezo con relación a la aspiración de uniformidad de la CVCIM ⁴⁰.

El juez, o árbitro, debe buscar la solución normativa, para la materia no reglada, en la misma *Convención*: en su texto, en su estructura e, incluso, en los antecedentes de la historia de su establecimiento; garantizando a las partes que esa solución será coherente con los principios y conceptos en los que ella descansa. Por ende, el operador jurídico debe eludir, en lo posible, aplicar la norma de derecho interno, ajena al citado sistema, porque ello puede suponer una distorsión del mismo ⁴¹.

Consecuentemente, uno de los principios en que se basa la Convención está dirigido al propio operador jurídico (juez o árbitro) y consiste en que éste, al aplicar sus disposiciones específicas (interpretación e integración), debe prescindir, en la medida de lo posible ⁴², del uso de conceptos legales e instituciones jurídicas del derecho interno ⁴³.

⁴⁰ En todo caso, la referencia que el artículo 7(2) hace a las normas de derecho interno, aplicable en virtud del Derecho internacional privado, en teoría no ofrece ningún peligro, porque, el juez o el árbitro concernidos (operadores jurídicos), antes de aplicar la norma de Derecho internacional privado, debe detectar la laguna en el texto y si es generoso con él, en el sentido que lo entienda y conozca todos los antecedentes del mismo (historia, doctrina y jurisprudencia), siempre podrá encontrar la solución integradora, siendo improbable el recurso a las citadas normas del derecho interno. El peligro real de la referencia a las normas del derecho interno es que los Tribunales, sin necesidad alguna, recurran a este derecho antes de detectar alguna laguna, ni mucho menos de buscar su solución en el cuerpo de derecho Uniforme. En este sentido: PETER WINSHIP, «Private International Law and the UN Sales Convention», *op. cit.*, p. 843.

⁴¹ Cfr. M. BONELL, artículo 7, «International Sales Law», *op. cit.* nota 6, par. 23. «In accordance with the basic criteria established in paragraph (1) [art. 7(1) CVCIM], first part, for the interpretation of the Convention in general, not only in the case of ambiguities or obscurities in the text, but also in the case of gaps, courts should to the largest possible extent refrain from resorting to the different domestic laws and try to find a solution within the Convention».

⁴² Decimos, «en la medida de lo posible», porque si hay una laguna y no es posible inducir un principio general que la resuelva, no queda más remedio que acudir a la norma de conflicto conforme lo dispone el artículo 7(2) CVCIM.

⁴³ El principio se infiere de la interpretación conjunta de los dos párrafos del artículo 7 y del texto del Preámbulo de la Convención: «Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados; estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional». Preámbulo de la CVCIM. Reconociendo este principio: ENDERLEIN & MASKOW, artículo 7, «International Sales Law», *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, PARA. 58-59, Oceana Publications, New York, 1992. «Gaps should be closed in the first place from within the Convention. This is on line with the aspiration to unify the law which, in a way, is established in the Convention itself (paragraph 3 of the preambular part, article 7, paragraph 1) as one of its underlying principles»; y PHANESH KONERU, «The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles», *Minnesota Journal of Global Trade* (1997), núm. 6, par. II

2. Límite de la integración por medio de los principios generales

La aplicación de los principios generales permite el desarrollo jurisprudencial de las normas que integran el derecho uniforme. Sin embargo, este desarrollo tiene su límite en la propia CVCIM y consiste en que el operador jurídico sólo puede aplicar aquellos principios en los que ella se basa; o —empleando la terminología de los Principios de UNIDROIT⁴⁴— subyacentes en sus disposiciones.

Como declara Schlechtriem, la interpretación de la ley —en sentido amplio⁴⁵— constituye generalmente una actividad creativa y cuando el artículo 7(2) CVCIM exige que los principios generales tengan su base en la Convención, está imponiéndose un límite a esa actividad⁴⁶.

De este modo, el operador jurídico está legitimado para recurrir a un determinado principio y aplicarlo al caso particular no resuelto, en la medida que, o se halle consagrado expresamente en CVCIM (v. gr. art. 6 CVCIM)⁴⁷, o pueda inducirse de una, o más, de sus disposiciones específicas, o de su propio contexto. Si no hay vinculación entre el principio que pretende aplicarse y el texto, o estructura de la Convención, el recurso a él será arbitrario, conculcándose la finalidad de promover la uniformidad en su aplicación e interpretación [art. 7 (1) CVCIM]⁴⁸.

Entonces, será arbitrario el uso de cualquier principio, norma general o particular, que provenga de un ordenamiento distinto al del derecho uniforme, como, por ejemplo, normas de derecho comparado, costumbre interna, principios jurídicos pertenecientes a

⁴⁴ Artículo 1.6 (2), Principios UNIDROIT: «... se resolverán en lo posible de acuerdo con sus principios generales subyacentes».

⁴⁵ La interpretación en sentido amplio corresponde a la aplicación de la ley, que es una actividad compleja, en la que se entremezclan las funciones propiamente interpretativas (*sentido y alcance de la norma*), con las integradoras. Sobre la dificultad de discernir entre interpretar una ley ambigua u oscura; y una que es incompleta (*laguna*), *Vid.*: HERBER, artículo 7, «Schlechtriem Commentary», *op. cit.* nota 4, par. 15.

⁴⁶ *Vid.*: PETER SCHLECHTRIEM, «From the Hague to Vienna», *Progress in Unification of the Law of International Sales?*, *op. cit.*, pp. 125 ss. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en la sentencia de 6 de diciembre de 1995, dictada en Estados Unidos de Norteamérica por la U.S. Circuit Court of Appeals (2d. Cir.), en el caso núms. 185, 717, Dockets 95-7182, 95-7186, caratulado *Delchi Carrier, S.p.A. vid. Rotorex Corp. Cit. infra*.

⁴⁷ Se advierte que, en estricto rigor, estas disposiciones no constituyen principios generales en que se basa la CVCIM [art. 7 (2) CVCIM]; sin embargo, como se verá en las próximas líneas, la doctrina es conteste en considerarle como tales.

⁴⁸ ULRICH MAGNUS, «General Principles of UN-Sales Law», *op. cit.*, p. 5. «The wording of art. 7(2) CISG allows only consideration of those principles on which the Convention “is based”, whereas the French version uses the somewhat weaker “dont elle s’inspire”. Thus, the fact that a particular general principle shall apply to the Convention has to be expressed in the Convention itself or has to result from it with sufficient clarity. Without such a link to text and structure of the Convention the utilization of general principles becomes arbitrary and the goal of uniform interpretation is more endangered than furthered».

otros sistemas de derecho, aun cuando cualquiera de éstos sean internacionales ⁴⁹. En la parte final de este trabajo nos ocuparemos del problema de si es posible, o no, integrar las lagunas de la Convención recurriendo a los Principios de UNIDROIT.

Cuando ni la letra ni el espíritu de la CVCIM ofrezca una solución para el caso concreto que se plantea y éste se encuentre dentro de su ámbito de aplicación, concurre el presupuesto de la segunda regla de integración del artículo 7(1) CVCIM, que consiste en la aplicación de la norma de derecho interno designada por el Derecho internacional privado ⁵⁰.

3. *Función integradora de los principios generales en que se basa la CVCIM*

En cuanto a la función integradora de los principios generales, ella adopta dos modalidades:

a) la primera, simplemente de integración de la laguna, creando y definiendo una regla particular para dar solución al caso concreto no resuelto expresamente. Aquí, el principio crea la regla y la define; y

b) la segunda, supone la existencia de una disposición específica aplicable para el caso concreto; empero *es incompleta*, por lo que es menester complementarla o desarrollarla, mediante un principio general, que define el contenido del precepto incompleto en términos tales que sólo cuando medie esta definición podrá aplicarse al citado caso.

Así, por ejemplo, tratándose del principio de lo razonable subyacente en la CVCIM, la norma de su artículo 79 sólo se remite al estándar de lo razonable, pero no determina ni su contenido ni cómo debe apreciarse. El operador jurídico, antes de aplicar el precepto al caso concreto, debe definir su contenido, lo que obliga recurrir al principio de lo razonable y hacerlo actuar en sede de integración.

⁴⁹ HERBER afirma que: «Comparative Law is of no assistance in gap-filling. Considerations derived from comparative law may be used with precaution in connection with the interpretation, but if an interpretation points to a gap, it may be filled only in conformity with principles of the CISG and not by applying general considerations». HERBER, artículo 7, «Schlechtriem Commentary», *op. cit.* nota 4, par. 35. Sobre la consideración del derecho comparado: MAGNUS ULRICH, *op. cit. supra*; ENDERLEIN & MASKOW, artículo 7, *op. cit.* nota 43, par. 2; HERBER/CZERWENKA, artículo, 7, *op. cit.*, par. 11; BONELL, artículo 7, *op. cit.*, par 2.3.2.2.

⁵⁰ Cfr. con ALLAN FARNSWORTH, *The perspective of the Common Law Countries*, *op. cit.*, pp. 8-10; JAN HELLMER, «Gap-filling by Analogy, Hjernern Festschrift» (Stockholm 1990), p. 220. El último autor expresa: «... through reference to rules of private international law which point to national legal systems, it is admitted that all questions cannot be settled by the method of analogy...».

4. Metodología aplicable en la definición de los principios generales en que se basa la CVCIM

Los «principios generales» son aquellas normas, o máximas jurídicas, inspiradoras del derecho uniforme, que subyacen en él, pudiendo aplicarse en forma de norma jurídica a un supuesto no resuelto expresamente; y que se extraen, por aplicación del método inductivo ⁵¹, tanto de sus disposiciones específicas como de su contexto, considerándose dentro del mismo los antecedentes de la historia de su establecimiento ⁵².

La CVCIM, al igual que otros ordenamientos jurídicos en que los principios generales son fuente integradora de derecho, no prevé una disposición específica que enumere, o contenga un listado, de los principios en que ella se inspira, siendo de cargo de la jurisprudencia y la doctrina su establecimiento y definición ⁵³.

Los principios generales pueden deducirse de la CVCIM, aplicando las siguientes aproximaciones metodológicas:

4.1 Consagración positiva del principio

En el articulado de la CVCIM encontramos algunas disposiciones que reclaman explícitamente su aplicabilidad general, como ocu-

⁵¹ Así se recoge: Alfonso Luis CALVO CARAVACA, artículo 7, «La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena», p. 111, Luis, Díez-Picazo y Ponce León (Director y Coordinador), AA. VV., Editorial Civitas S.A. Madrid, 1998, España; JOHN HONNOLD, «Uniform Law», *op. cit.* nota 34, par. 102. Los citados autores declaran que los principios rectores de la CVCIM se obtienen por inducción, a partir de la normativa convencional.

⁵² Cfr. con HERBER, artículo 7, «Schlechtriem Commentary», *op. cit.* nota 4, par. 36; UNCITRAL, Doc. A(1), 1 Yearbook 176-202, A/CN.9/35, Working Group, First Session, 1970, pp. 181-183, par. 59

⁵³ *Vid.*: ULRICH MAGNUS, «General Principles of UN-Sales Law», *op. cit.*, pp. 5-6. El autor ofrece un listado de veintiseis principios generales en que se basa la Convención: 1) Party Autonomy (art. 6 CVCIM); 2) Pacta sunt servanda (arts. 30, 53, 71-73 y 79 CVCIM); 3) Good Faith [art. 7(1) CVCIM]; 4) Reliance protection [arts. 16(2), 29(2); 35(2) b); 42 (2) b) CVCIM]; 5) standar of reasonableness [arts. 39(1); 8 (3); 9 CVCIM]; 6) Forfeiture [art. 46 (1) CVCIM]; 7) Prevalence of Usages (art. 9 CVCIM); 8) Lack of form requirements (arts. 11, 96 y 12 CVCIM); 9) Favor contractus (arts. 25, 34, 37, 47, 48, 49, 63, 64 CVCIM); 10) Duty to avoid damages (arts. 77 y 85 CVCIM); 11) General duty to cooperate (arts. 34, 37, 48, 60, 85, 86 CVCIM); 12) Duty to pay damages [arts. 45(1) b), 61(1) b) y 74 CVCIM]; 13) Concurrent performance [art. 58(1) y (3) CVCIM]; 14) Set-off of claims arising under the Convention [art. 84(2) CVCIM]; 15) Retention Right (art. 71 CVCIM); 16) Passing of risk only in case of identification of the goods to the contract [arts. 67(2) y 69(3) CVCIM]; 17) Passing of encumbrances and fruits with passing of risk; 18) Calculation of time limit [art. 20 (2) CVCIM]; 19) Theory of dispatch (art. 27 CVCIM); 20) Theory to receipt [art. 15, 18 (2) CVCIM]; 21) Maturity without request (art. 59 CVCIM); 22) Imputation of third party conduct and knowledge [art. 79(2) CVCIM]; 23) Currency (art. 54 CVCIM); 24) Place of performance for payment claims (art. 57 CVCIM); 25) Interest [arts. 78 y 84 (1) CVCIM]; y 26) Burden proof [arts. 79(1), 44, 26 CVCIM].

re con el artículo 6 (principio de la autonomía de la voluntad), el artículo 7 (principio de la buena fe en materia de interpretación de sus disposiciones), el artículo 11 (principio de la falta de requerimientos de forma), artículo 27 (principio de la eficacia de las notificaciones entre las partes desde su envío: «Doctrina de la recepción»). En estos casos, el carácter de disposición general se infiere tanto de su redacción como de su ubicación en el texto de la Convención ⁵⁴.

En estricto rigor estas disposiciones no puede considerarse principios generales en el sentido del artículo 7(2) CVCIM, porque no responden a la noción de principios generales, los que, por definición, están implícitos en la ley y son el resultado de la aplicación del método inductivo. Pero, como se trata de normas que en razón de la fundamental importancia de su contenido extienden su aplicabilidad más allá de su propio tenor literal, se justifica que la doctrina y la jurisprudencia los consideren dentro de los «principios generales en que se basa la CVCIM» ⁵⁵.

4.2 Principio implícito en una disposición específica de la CVCIM

En segundo lugar, los «principios generales» pueden colegirse de varias disposiciones particulares de la CVCIM. Se debe averiguar si las normas contenidas en ellas son, o no, expresión de un principio más general, en términos tales que admitan su aplicación a supuestos diversos de los específicamente regulados.

En esta aproximación la disposición específica constituye la fuente de un principio general, porque se la considera una manifestación o concreción del mismo. Para descubrir estos principios debemos recurrir al método inductivo, considerando las disposiciones específicas de la CVCIM y los supuestos que ellas regulan. Si subyace la misma regla, ésta será considerada principio general. La disposición específica es, al mismo tiempo, norma y principio.

⁵⁴ Estas disposiciones se ubican dentro de las Disposiciones Generales de la Parte I (Ámbito de aplicación y disposiciones generales), capítulos II y II (arts. 6, 7 y 11) y de la Parte II (Compraventa de mercaderías), capítulo I (art. 27).

⁵⁵ En este sentido: MICHAEL BONELL, artículo 7 CVCIM, par. 2.3.2.2.; HERBER, artículo 7 CVCIM, «Schlechtriem Commentary», *op. cit.* nota 4, par. 36; HERBER/CZERWENKA, artículo 7, *op. cit.*, par. 12. Igualmente, la jurisprudencia considera dentro de los principios generales en que se basa la CVCIM, sus disposiciones de aplicación general. *Vid.* Dictamen de 29 de abril de 1996, dictado en México, por COMPROMEX, Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México, en caso núm. M/21/95, caratulada: «Conservas la Costeña S.A.» de CVCIM; *Vid.* «Lanis San Luis S.A.» & «Agroindustrial Santa Adela S.A.», original en español publicado en Diario Oficial, 16 de julio de 1996, pp. 12-17; y en UNILEX [E.1996-5.2.1]. Extracto en inglés en UNILEX (D.1996-5.2.1.) En el dictamen se reconoce como principio general en que se basa la CVCIM, la no exigencia de formalidades consagrado expresamente en su artículo 11 CVCIM.

En la doctrina la mayoría de los autores sostiene que la primera tarea del intérprete, para integrar una *laguna preater legem*, es buscar si existe en la CVCIM alguna disposición específica que regule un supuesto semejante al no reglado; si ello es posible, la laguna se integrará por la extensión analógica del precepto específico a la situación no prevista ⁵⁶.

Dentro de esta corriente de opinión, algunos autores conciben a la analogía en un sentido amplio, comprendiendo tanto aquellas situaciones en que verdaderamente hay aplicación analógica de una norma específica como aquéllas en las que se induce un principio, o regla básica, de dos o más disposiciones específicas ⁵⁷.

En todo caso, esta distinción es meramente teórica. Como veremos, la jurisprudencia resuelve las lagunas por extensión analógica de una disposición, amparándose en la letra del artículo 7(2) y declara que la norma es aplicable a ese caso por constituir un principio general en el que se basa la CVCIM ⁵⁸. Empero, nosotros

⁵⁶ Así se recoge: BERNARD AUDIT, «The Vienna Convention Sales Convention and the Lex Mercatoria», en *Lex Mercatoria and Arbitration*, *op. cit.*, p. 156. El autor afirma que según el método de los «*principios generales*» del artículo 7(2), una laguna en la Convención debe integrarse o suplirse, primero, tratando de equiparar la materia no regulada con una similar, pero específicamente regulada, infringiendo de esta última un principio general. El mismo autor en: *La vente internationale*, *op. cit.*, par. 55. «La disposition autorise en premier lieu à recourir au raisonnement par analogie: on résoudra la question soulevée comme l'est une question voisine expressément prévue». M. BONNEL, artículo 7, *op. cit.*, par. 2.3.1; Jorge ADAME GODARD, «Reglas de Interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de mercaderías», *Revista Diritto Internazionale*, 1990, p. 113J; FRANCO FERRARI, «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 1994, núm. 2, p. 223; JOHN HONNOLD, *Uniform Law*, *op. cit.* nota 34, par. 102.; PHANESH KONE-RU, *op. cit.*, par. II; NIVES POVRSENIC, «Interpretación and Gap-Filling under the United Nations Conventions on contracts for the international sale of goods», *op. cit.*, par. 4. Con una opinión distinta: HUBER, artículo 7, *op. cit. supra*, par. 34. El autor sostiene categóricamente que sólo puede hablarse de «*principios generales*» cuando se trate de una máxima expresada en varias disposiciones, excluyendo expresamente la extensión analógica. No obstante, reconoce que es irrelevante fijar el límite preciso entre los primeros y la segunda, en tanto dentro de la CVCIM no existe objeción alguna respecto del uso de la analogía.

⁵⁷ JAN HELLNER no hace la distinción entre la integración de la ley por la vía analógica y la que se produce por medio de los principios generales, y sostiene que el párrafo (2) del artículo 7 CVCIM contiene una disposición de integración de las lagunas de la ley por analogía. JAN HELLNER, «Gap-Filling by Analogy, artículo 7 of the U.N. Sales Convention in this Historical Context, in *Studies in International Law: Festschrift til Lars Hjermer*», Estocolmo, 1990, pp. 219-233. Por su parte, ENDERLEIN & MASKOW (art. 7, *op. cit.* nota 43, 58-59), también adoptando este concepto amplio de analogía, expresan: «Such gap-filling can be done [...] by applying such interpretation methods as extensive interpretation and analogy. The admissibility of analogy is directly addressed in the wording contained in the CISG because it is aimed at obtaining, from several comparable rules, one rule for a not expressly covered fact and/or a general rule under which the fact can be subsumed. When one interpretation reaching this far beyond the wording of the law is expressly approved by the Convention's text, then this must all the more apply to an extensive interpretation».

⁵⁸ En efecto, la Jurisprudencia ha extraído Principios Generales, tanto de varias disposiciones inspiradas en la misma norma como de una disposición específica cuya aplica-

igualmente haremos la distinción, y hablaremos de aplicación, o extensión, analógica de una disposición específica, diferenciándola de aquellos supuestos en que la integración de la laguna se hace por medio de un principio general subyacente en la CVCIM (principio general propiamente tal) ⁵⁹.

1. *La extensión analógica de una disposición específica a un supuesto no reglado.* En esta hipótesis una disposición específica contiene una norma susceptible de aplicarse analógicamente a situaciones similares a las expresamente previstas. La justificación de esta aplicación es que, atendiendo la *ratio legis* que informa al precepto específico, el asunto no resuelto debería haber recibido la misma regulación. La regulación contenida en una disposición específica dada para un supuesto se traslada a otro no previsto en ella ⁶⁰. En esta materia se aplica el adagio jurídico: «donde existe la misma razón, se aplica la misma disposición».

En la doctrina se sostiene que, ante un supuesto de laguna normativa, el operador jurídico primeramente debe recurrir a la analogía y sólo si ella no puede aplicarse deberá buscar la solución en los

ción se extiende a situaciones similares (analogía propiamente dicha). En otras palabras, para la jurisprudencia el mecanismo de integración de las lagunas de la CVCIM del artículo 7(2) (principios generales en que se basa la CVCIM) encierra la extensión analógica de sus disposiciones. *Vid.*, especialmente: a) sentencia de 21 de mayo de 1996, dictada en Alemania por el *Oberlandesgericht Köln*, en causa núm. 22 U 4/96, original en alemán publicado en UNILEX (E.1996-5.5.) y extracto en inglés en UNILEX (D.1996-5.5.); y b) sentencia de 2 de julio de 1993, dictada en Alemania por el *Oberlandesgericht Düsseldorf*, en causa núm. 17 U 73/93, original en alemán publicado en *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1993, p. 845 y en UNILEX (E.1993-21); traducida al inglés y publicada en A.H. Kritzer, *Guide to practical applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer, Kluwer, vol. 2, Suplemento 9, 1994. Extracto en inglés publicado en UNILEX (D.1993-21). Comentada por Peter SCHLECHTRIEM, en A.H. Kritzer, *op. cit. supra*.

⁵⁹ Formulando esta distinción: MICHAEL BONELL, artículo 7, *op. cit. supra*, par. 2.3.2.2. El recurso a los «principios generales», como medio para suplir las lagunas de la CVCIM, difiere del razonamiento por analogía, en tanto el primero constituye un intento para encontrar una solución para el caso que se plantee, no por una mera extensión de disposiciones específicas relacionadas con casos análogos, sino sobre la base de reglas y principios que, debido a su carácter general, pueden aplicarse a una escala más amplia. Por su parte, NIVES POVRSENIC (*Interpretación and Gap-Filling, op. cit.*, pars. 4, 4.A, 4.B) afirma que la diferencia entre la aplicación de disposiciones específicas de la Convención por analogía y el recurso a los «principios generales en que se basa la Convención» consiste: para el primero, existe una relación más estrecha entre el caso concreto y la disposición establecida para casos similares; mientras que los principios generales pueden aplicarse en una escala mucho más amplia. En el mismo sentido: Jorge ADAME GODARD, «Reglas de Interpretación», *op. cit. supra.*; FRANCO FERRARI, «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *op. cit. supra*.

⁶⁰ La analogía es el traslado de una regla dada expresamente en la ley para un supuesto a otro no previsto en ella, pero que, atendida la *ratio legis*, o el principio que la informa, debería haber sido solucionado, de la misma manera que el supuesto regulado. Cfr. con KARL LARENZ, «Metodología de la Ciencia del Derecho», Barcelona, 1980, pp. 374 ss.

principios generales en que se basa la CVCIM ⁶¹. Pueden servirnos como ejemplo de esta metodología:

a) *El artículo 20 (2) CVCIM*: Acorde con el precepto, los feriados generalmente no extienden el período para hacer la declaración, excepto si la respectiva noticia no podía ser entregada debido al feriado. Esta norma puede generalizarse y afirmarse que los feriados están incluidos en todos los plazos que se fijen en días (ejemplo, para la entrega de las mercaderías, documentos o para el pago del precio), excepto si la respectiva acción no podía haber tenido lugar debido al feriado. En este caso, el límite del tiempo se extiende igualmente a otros supuestos similares, en los que algunas de las partes está obligada a ejecutar algún acto dentro de un determinado plazo ⁶².

b) *El artículo 57(1).b) CVCIM*: El precepto dispone que el comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo en el establecimiento del vendedor, infiriéndose que el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones de las partes debe efectuarse en el establecimiento del acreedor ⁶³.

c) Finalmente, y relacionado con el principio de lo razonable, el artículo 79(1) CVCIM autoriza la exoneración de responsabilidad del deudor si la causa del incumplimiento ha sido un impedimento razonablemente imprevisible e insuperable; declarándose en el párrafo (5), del mismo artículo, que la exoneración sólo incide en el remedio de la indemnización de daños, quedando a disposición del acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho o acción, incluido el del cumplimiento específico. La aplicación analógica párrafo (1), permite imponer un límite al ejercicio del remedio del cumplimiento específico cuando el deudor acredite una causa de exoneración y que consiste en que el acreedor no podrá hacer uso del mismo, en tanto las consecuencias del impedimento sean razonablemente insuperables [art. 79(3) CVCIM] ⁶⁴.

⁶¹ En este sentido, entre otros: Jorge ADAME GODARD, «Reglas de Interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de mercaderías», *op. cit. supra.*; FRANCO FERRARI, «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *op. cit. supra.*; Alfonso Luis CALVO CARAVACA, artículo 7, «La compraventa internacional de mercaderías», AA. VV., Luis Díez-PICAZO (Dir. y Coord), *op. cit.* nota 51, p. 110; NIVES POVRSENIC, «Interpretación and Gap-Filling under the United Nations Conventions on contracts for the international sale of goods», *op. cit. supra.*

⁶² MAGNUS cita esta norma como expresión del principio «*calculation of the time*». ULRICH MAGNUS, *op. cit. supra.*, p. 9. En el mismo sentido: HERBER & CZERWENKA, artículo 20, *op. cit.*, par. 7.

⁶³ Así se recoge: Jorge ADAME GODARD, *op. cit. supra.*; FRANCO FERRARI, «Uniform Interpretation», *op. cit. supra.* En contra, citándolo como ejemplo de aplicación de un principio general: NIVES POVRSENIC, *Interpretación and Gap-Filling*, *op. cit. supra.*, par. 4

⁶⁴ Así lo reconocen, aunque sin hacer mención a esta idea de la extensión analógica del artículo 79(1), sino aplicándolo directamente en materia de cumplimiento específico: Louis F. DEL DUCA, EGON GUTTMAN & Alphonse M. SQUILLANTE, «Problems and Materials», *SALES under Uniform Commercial Code and Convention on International Sale of Goods*, *op. cit.*, pp. 458 y 459. «In addition, the aggrieved party would continue to have a right to specific performance after the extinction or termination of the event on which the exemption was based, even though for a period of time failure to perform was due to an unforeseen "impediment beyond his control"».

1.1 *Jurisprudencia sobre la analogía entendida como manifestación de un principio general.* En los casos que se citan existe una laguna *praeter legem* y su integración se hace por medio de la extensión analógica de una «disposición específica» que regula una materia similar. Es decir, el Tribunal emplea esta metodología para suplir una laguna en la CVCIM, fundando su resolución en su artículo 7(2). La Jurisprudencia, entonces, considera la aplicación analógica de sus disposiciones específicas como expresión de un principio general subyacente en la Convención.

a) Laudo arbitral del año 1997, dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el procedimiento arbitral núm. 8611/1997⁶⁵.

Aquí, el comprador, ante la demanda por el pago del precio de las mercaderías entregadas, interpone demanda reconventional, demandando, entre otras cosas, la entrega de ciertos repuestos de los equipos industriales, objeto del contrato. Con relación a esta pretensión del comprador, el Tribunal considera que a pesar de que la obligación no constaba en el contrato, dicha entrega constituye una «práctica establecida entre las partes» según el artículo 9(1) CVCIM, por lo que el vendedor estaba obligado a cumplir, entregando las piezas de repuesto exigidas, dentro de un *tiempo razonable*, que es el plazo supletorio de la voluntad para la entrega de las mercaderías. El Tribunal fundamenta su fallo, invocando como normas aplicables el artículo 33.c) (plazo para la entrega) con relación al artículo 7(2) CVCIM.

b) Sentencia de 23 de octubre de 1996, dictada en Francia por la *Cour d'appel Grenoble*, en el caso núm. 94/3859 caratulado «Scea. Gaec des Beauches B. Bruno v. Société Teso Ten Elsen»⁶⁶.

⁶⁵ Original en alemán publicado en UNILEX (E.1997-3), traducido al inglés. Este fallo se clasifica conforme los criterios de la UNCITRAL: «7C2 [Recourse to general principles on which Convention is based, reference to «reasonable time» for delivery of the goods in article 33(c) deemed applicable to delivery of spare parts]». Extracto en inglés en UNILEX (D.1997-3). Un vendedor alemán y un comprador español celebran un contrato que dispone que el comprador será el distribuidor exclusivo en España de ciertos equipos industriales producidos en Alemania. Las partes celebraron varios contratos de compraventa dentro de este acuerdo marco de distribución. Cuatro años más tarde la compañía alemana informa al comprador español que debido a la insuficiencia de las últimas compras venderían su producto en España a través de otra compañía. Posteriormente, ante la negativa del comprador de pagar el precio correspondiente a entregas ya realizadas, el vendedor inicia un procedimiento arbitral en su contra, demandándole el pago de las sumas de dinero adeudadas.

⁶⁶ Original en francés publicado en CISG-France: <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/231096.htm>; *Revue Critique de Droit International Privé* (1997), p. 762; UNILEX (E. 1996-10). Extracto en inglés en CLOUT, caso núm. 205 y en UNILEX (1996-10). Sentencia clasificada conforme a los criterios de UNICITRAL: 7C22 (Recourse to general principles on which Convention is based: rule set forth in article 57 is an expression of the general principle that obligations to pay are to be performed at the place of business). Un comprador francés ordena unos equipos y maquinarias a un vende-

La Corte declara que el lugar del pago del precio es el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento [art. 57(1).a) CVCIM] y que la interpretación usual que se hace de esta disposición es que en ella se expresa el principio general, con arreglo al cual, las obligaciones deben cumplirse en el establecimiento del comprador (*acreeedor*). Se reconoce expresamente que el artículo 57 CVCIM es expresión de un principio general en el que se basa la CVCIM [art. 7(2) CVCIM].

2. *Principios subyacentes en dos, o más, disposiciones: principio general propiamente dicho.* En esta hipótesis, de dos, o más, disposiciones específicas de la CVCIM, se induce una máxima susceptible de aplicarse, con el carácter de general, a casos no previstos expresamente por la ley. Esas disposiciones específicas responden a una misma norma, o máxima, general. En este caso, también puede afirmarse que la aplicación del citado adagio en el numerando anterior, en tanto la *ratio legis* de las disposiciones relevantes, es la misma y es ella la que resuelve la laguna. Es del caso destacar, como manifestaciones de estos principios, los que siguen.

a) *El principio de la identificación de las mercaderías:* Los artículos 67(2) y 69(2) CVCIM disponen la identificación de las mercaderías, como presupuesto de la transmisión del riesgo al comprador, pudiendo extenderse a aquellos casos en los que la cuestión no se resuelve expresamente, como ocurre en el artículo 68 CVCIM. De estas dos disposiciones se infiere el principio general de la necesidad de la identificación de las mercaderías para que se produzca la transmisión del riesgo y ésta despliegue sus efectos jurídicos (art. 66 CVCIM) ⁶⁷.

b) *El principio de la compensación integral:* La jurisprudencia ha reconocido que uno de los principios generales en los que se basa la CVCIM es el de indemnización plena del daño sufrido por

dor alemán. Este último confirma la orden sobre la base de las condiciones generales impresas al reverso de su formulario tipo. Después de la entrega y de haberse pagado el precio, el comprador demanda la restitución de parte del precio, porque considera que las cantidades pagadas exceden el importe de la factura. *Vid.:* sentencia de 2 de julio de 1993, dictada en Alemania por el *Oberlandesgericht Düsseldorf*, en causa núm. 17 U 73/93, cit. *supra*. En la sentencia se reconoce, como principio general en el que se basa la CVCIM, la regla que ordena que el pago de las obligaciones se debe realizar en el establecimiento del acreedor. Ello se infiere del artículo 57(1).a) CVCIM.

⁶⁷ Así lo reconoce: ULRICH MAGNUS, «General Principles UN-Sales Law», *op. cit.*, p. 9. El autor expresa: «articles 67(2) and 69(3) CISG provide that the risk does not pass unless the goods are clearly identifiable to a specific contract. Although art. 68 (passing of risk in case of goods sold in transit) does not contain this rule, as a general principle it has to apply also to this case and similar situations». En el mismo sentido H6, artículo 68, Schlechtriem Commentary, *op. cit.* nota 4, par. 6; Peter SCHLECHTRIEM, «Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods», Volume/Band 9, *op. cit.*, p. 83, *Law Economics International Trade*, Viena, 1986.

el acreedor (*full compensation for the damage suffered*) y que éste se extrae de los artículos 74 y 78 CVCIM. En efecto, así lo declara expresamente la *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer dere gewerblichen Wirtschaft – Wien*, en dos procedimientos arbitrales diferentes: i) Laudo Arbitral de 15 de junio de 1994, dictado en procedimiento arbitral núm. SCH 4366 ⁶⁸; ii) Laudo Arbitral de 15 de junio de 1994, dictado en procedimiento arbitral núm. SCH 4318 ⁶⁹. El árbitro declara que «la compensación integral» del acreedor afectado por el incumplimiento es uno de los principios generales en que se basa la CVCIM y ello se deduce de sus artículos 74 y 78 CVCIM. En la sentencia se declara: «One of the general legal principles underlying the CISG is the requeriment of “full compensation” of the loss caused (cfr. art. 74 of CVCIM)» ⁷⁰.

c) *El principio de la lealtad negocial*: La Jurisprudencia reconoce que el artículo 40 CVCIM es expresión del principio de lealtad negocial (buena fe) que subyace, también, en otras disposiciones de la CVCIM y que por su misma naturaleza constituye un principio general aplicable a las obligaciones contractuales en virtud del artículo 7(2). El citado principio se reconoce en el Laudo arbitral de 5 de junio de 1998, dictado por la Cámara de Comercio de Estocolmo, en procedimiento arbitral caratulado «Beijing Light Automobile Co., Ltd v. Connell Limited Partnership» ⁷¹.

⁶⁸ Original en alemán publicado *Recht Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1995, pp. 590-591; traducida al italiano y publicada en *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, pp. 543-547; y al inglés en UNILEX (E.1994-14). Extracto publicado en inglés en UNILEX (D.1994-14); CLOUT, caso núm. 93, Forum des Internationalen Rechts/The International Legal forum (Edición en inglés), núm. 1 (1996), p. 210; en francés *Revue de Droit des Affaires Internationales*, (1995), pp. 1010-1011. Comentada por Peter SCHLECHTRIEM, en «Recht Internationalen Wirtschaft (RIW)», 1995, pp. 592-594; y por A. VENEZIANO, «La Convenzione sulla vendita internazionale e i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, in due recenti lodi della Corte Arbitrale della Camera di Commercio di Vienna», *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, pp. 547-560.

⁶⁹ Original en alemán publicado *Recht Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1995, pp. 591-592; traducida al italiano y publicada en *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, pp. 537-541; y al inglés en UNILEX (E.1994-13). Extracto publicado en inglés en UNILEX (D.1994-13). Comentada por Peter SCHLECHTRIEM, en *Recht Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1995, pp. 592-594; y por A. VENEZIANO, «La Convenzione sulla vendita internazionale e i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, in due recenti lodi della Corte Arbitrale della Camera di Commercio di Vienna», *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, pp. 547-560.

⁷⁰ FERRARI critica la aplicación de este principio en materia de intereses, ya que atenua la distinción que el propio artículo 78 CVCIM hace entre el pago de intereses y la indemnización de daños. FRANCO FERRARI, «Tasso degli interesse ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale, Rivista di Diritto Civile», 1995, núm. 13, p. 287, nota núm. 55. MAGNUS, sin llegar a formular la crítica, diferencia el principio de la indemnización de daños, de aquel referido al pago de intereses. ULRICH MAGNUS, *op. cit. supra*, pp. 9, 11.

⁷¹ Original en inglés publicado en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980605s5.html> y extracto en inglés en CLOUT, caso núm. 237. La jurisprudencia, aplicando implícitamente este principio, ha reconocido que debe darse una mayor protección jurídica al comprador negligente, antes que a un vendedor que actúe fraudulentamente. Este principio se induce de los artícu-

Un fabricante norteamericano celebra un contrato con un *Joint Venture* en la República Popular de China para la venta de una prensa. El contrato garantizaba que la prensa sería fabricada con «the best materials with first class workmanship, brand new and unused». Durante el proceso de manufactura el vendedor sustituye el plato «lockplate» por uno distinto al descrito en los documentos de diseño entregados por el comprador, sin informar a éste sobre ello; ni tampoco da las instrucciones para la correcta instalación del plato. El comprador recibe la prensa y la ensambla, pero instala incorrectamente el plato (lockplate). Cuatro años después el citado plato (lockplate) se rompe, causando daños significativos a la prensa. El comprador, inmediatamente notifica de ello al vendedor y recurre al arbitraje, iniciando el correspondiente procedimiento. El árbitro reconoce el derecho del comprador, a pesar de no haber observado las cargas de los artículos 38 y 39(1) CVCIM, fundando su decisión en el artículo 40 CVCIM, en cuanto expresión del principio de lealtad negocial, que había sido vulnerado por el vendedor, al no informar lo pertinente para evitar el daño sufrido por el comprador.

d) *El «onus probandi» en materia de falta de conformidad de las mercaderías.* En virtud del principio se le asigna al comprador la carga de la prueba de la falta de conformidad y del hecho de haberse efectuado la noticia al vendedor. Así lo ha declarado la Jurisprudencia, aplicando los artículos 38 y 39 CVCIM, en conexión con el artículo 7(2) CVCIM; específicamente, la sentencia de 9 de septiembre de 1993, dictada en Suiza por el *Handellsgerecht Zurich*, en el caso núm. HG930138.U/HG93 ⁷².

El caso recae sobre una compraventa, celebrada entre un vendedor italiano (V) y un comprador suizo (C), cuyo objeto era la venta de muebles. El (V) demanda al (C), exigiéndole el cumplimiento específico de la obligación de pagar el precio de compra; y este último –(C)– se defiende alegando que los muebles eran defectuosos y que no acepta la oferta del (V) en orden a subsanar cualquier defecto de las mercaderías, ni tampoco pagar el precio de compra. El Tribunal resuelve que está implícito en la CVCIM que el comprador

los 35 (3), 40, con relación con el 7 CVCIM (buena fe negocial). *Vid.*: sentencia del 21 de mayo de 1996, dictada en Alemania por el *Oberlandesgericht Köln*, en causa núm. 22 U 4/96. *Cit supra*. El Tribunal sostiene que, aun cuando el comprador no podía ignorar la falta de conformidad en el tiempo de la celebración del contrato [art. 35 (3) CVCIM], debía protegerse frente a su vendedor que ha obrado fraudulentamente.

⁷² Original en alemán publicado en UNILEX (E.1993-22), extracto en inglés en CLOUT, caso núm. 97 y en UNILEX (E. 1993-22); y en alemán en *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, núm. 2, 1995. (Corte Comercial del Canton de Zurich), redactado por Monique JAMETTI GREINER. Cfr. Laudo arbitral del año 1997, dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el procedimiento arbitral núm. 861 I/1997. *Cit. supra*. El Tribunal, sin hacer mención al principio general sobre la «carga de la prueba» en materia de falta de conformidad, hace aplicación del mismo, negando lugar a la demanda de indemnización en razón de que el comprador no había probado el incumplimiento.

debe probar la existencia de los defectos en las mercaderías (*falta de conformidad*) y la circunstancia de haber dado noticia al vendedor de la falta de conformidad, dentro de un plazo razonable. El sentenciador apoya su resolución en los artículos 7(2), 38 y 39 CVCIM y declara que de ellos se colige que la carga de la prueba (*onus probandi*), en materia de falta de conformidad, corresponde al comprador que la alega. En la opinión del Tribunal, al no haber rendido esta prueba el comprador, éste había perdido el derecho a invocar la falta de conformidad, estando obligado a pagar íntegramente el precio de las mercaderías.

En este caso, el Tribunal aplica el método inductivo y declara que la carga de la prueba de la falta de conformidad corresponde al comprador, siendo éste uno de los principios generales en que se basa la CVCIM ⁷³.

4.3 Principios generales que se infieren del contexto de la CVCIM

Finalmente, el contexto general de la CVCIM permite extraer ciertas reglas, o máximas básicas, que se asumen implícitamente como principios generales que la informan ⁷⁴. Así, por ejemplo:

a) *La regla de la distribución de los riesgos contractuales al momento de la celebración del contrato* ⁷⁵. La CVCIM concibe el contrato de compraventa como un mecanismo de distribución y aseguramiento de riesgos; en virtud de lo cual, cuando las partes lo celebran asumen parte de dichos riesgos, independientemente de si son conscientes de ello, o no. Por esta razón, resulta más apropiada-

⁷³ En contra: NIVES POVRSENIC, «Interpretación and Gap-Filling», *op. cit.*, pars. 4, 4.A, 4.B. La autora cita este caso jurisprudencial como ejemplo en el que el Tribunal recurre a la aplicación analógica de una disposición específica. Sin embargo, se equivoca, porque, precisamente, se trata de un caso donde claramente el sentenciador aplica la CVCIM en forma de principio general en el que ella se basa. Los artículos 38 y 39 CVCIM no regulan la «carga de la prueba» (*onus probandi*), sino el examen de las mercaderías y la posterior denuncia de su falta de conformidad. Lo que sucede es que el Tribunal, aplicando el método inductivo, afirma la existencia de un principio general en el que se basa la CVCIM, consistente en que la parte que alega la falta de conformidad tiene la carga de probarla.

⁷⁴ Cfr. con ULRICH MAGNUS, *op. cit. supra*, p. 6. «... the overall context can show that a certain basic rule is implicitly assumed...»; vinculando esta metodología con la idea de un desarrollo creativo de la CVCIM: ENDERLEIN & MASKOW, *op. cit. supra*. «But it seems as though the Convention goes one step further permitting decisions which themselves go beyond analogy and reach into the area of a creative continuation of the development of the law. It also appears to be admissible under the Convention that decisions can be the result of principles which the Convention itself formulates and which do not necessarily have to be reflected in individual rules...». En igual sentido: Peter SCHLECHTRIEM, *From the Hague to Vienna, op. cit. supra*, p. 126.

⁷⁵ Cfr. PHANESH KONERU, «The International Interpretation of the UN Convention», *op. cit.*, par. II. El autor afirma que uno de los principios en que se basa la CVCIM es la fijación de la distribución de los riesgos entre las partes en el momento de la celebración del contrato, y que está presente en varias disposiciones de la CVCIM, citando las siguientes disposiciones: artículos 10(a); 31(b); 42(1); 42(2); 55; 68; 73(2); 74; 79(1).

do decir que, a falta de un acuerdo, la CVCIM asigna riesgos a las partes, las que deben soportar las consecuencias jurídicas de su eventual realización. Este principio tiene especial relevancia en materia de atribución de responsabilidad por incumplimiento [*ex art. 79(1) CVCIM*] e imputación objetiva de daños contractuales (*ex art. 74 CVCIM*). Sin embargo, el ámbito del principio se extiende más allá de estas materias, manifestándose en otros ámbitos, como el de la transmisión de riesgo de deterioro o pérdida de las mercaderías, con relación a la falta de conformidad de las mismas (arts. 36 y 66-70 CVCIM)⁷⁶.

b) *La regla del «pacta sunt servanda»*⁷⁷. Ninguna disposición de la CVCIM establece expresamente esta regla, sin embargo ella constituye la base sobre la que se apoyan varias instituciones del derecho uniforme; a vía ejemplar, el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento del contrato (cumplimiento específico en cualquiera de sus modalidades) (arts. 46 y 62 CVCIM); la exoneración de responsabilidad del artículo 79(1) CVCIM, según éste, el contrato es una ley para las partes y obliga al deudor mientras no inter venga un impedimento fuera de su control, y en la medida que las consecuencias del mismo sean razonablemente insuperables [art. 79(3) CVCIM]⁷⁸.

c) *La regla «favor contractus»*: Ésta también constituye un principio general que se infiere del contexto de la CVCIM y se traduce en que la Convención prefiere la subsistencia de la relación contractual, ya constituida, antes que su resolución o extinción. A lo largo del articulado de la CVCIM encontramos un sinnúmero de preceptos en los que subyace esta máxima, cuyo propósito es velar por la conservación del negocio jurídico (compraventa internacional). Se reconoce que el deudor, además de estar obligado a la prestación, tiene derecho a cumplir su obligación; y ello se manifiesta en el reconocimiento expreso del derecho para subsanar el incumplimiento (art. 48 CVCIM). Adicionalmente, el acreedor,

⁷⁶ Sobre la regla distributiva del artículo 36 CVCIM véase: Antonio Manuel MORALES MORENO, artículo 36 CVCIM, *La compraventa Internacional de Mercaderías, op. cit.*, p. 312. El autor nos habla de una distribución temporal de los riesgos en materia de falta de conformidad de las mercaderías.

⁷⁷ En los Principios de UNIDROIT se consagra expresamente esta máxima en el artículo 1.3 (efecto vinculante del contrato): «Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro modo dispuesto en los Principios».

⁷⁸ MAGNUS agrega los artículos 30 y 53 que prevén la obligación de entregar las mercaderías; y los artículos 71 a 73 y 79, que demuestran que el efecto obligatorio del contrato no puede eliminarse en casos de simple cambio de las circunstancias o frustración del contrato, salvo que concurren las exigencias enumeradas en estas disposiciones. ULRICH MAGNUS, *op. cit.*, p. 6.

ante la dificultad de prueba del incumplimiento esencial del deudor, debe preparar la resolución del contrato, debiendo conferir a su deudor un plazo suplementario, de duración razonable, para que cumpla su obligación o subsane el cumplimiento defectuoso (arts. 47-49 y 63-64 CVCIM).

Sin embargo, el principio que nos ocupa cede en situaciones de incumplimientos muy graves [incumplimiento esencial *ex art.* 25, en relación con los arts. 49(1) y 64(1) CVCIM]; o en las que el deudor no está dispuesto a cumplir [arts. 49(2) y 64(2) CVCIM]; auto-riándose, en ambas hipótesis, la resolución del contrato.

Otra muestra de este principio es la del remedio del cumplimiento específico cuyo ejercicio depende, en principio, de la existencia del mero incumplimiento contractual, cualquiera que sea su gravedad. (Cfr. con arts. 45 y 61; 28, 46 y 62 CVCIM.)

Finalmente, a nuestro juicio una de las manifestaciones más importantes del principio analizado es la imposición al deudor afectado por impedimento [*ex art.* 79(1) CVCIM] del deber jurídico de superar sus consecuencias en la medida de lo razonable, imponiéndosele, inclusive, el cumplimiento de su obligación a través de un sustituto comercialmente razonable.

d) *El principio de responsabilidad del deudor por el hecho de los terceros que integran su esfera de control*⁷⁹. Durante los trabajos preparatorios del artículo 66 CVCIM se considera innecesaria la inclusión de la frase final del artículo 96 LUCI (antecedente inmediato de la norma), referida a que el deterioro o pérdida de las mercaderías fuere causado por actos de alguna persona por la que el deudor sea responsable. Y se considera innecesaria, porque uno de los principios en que se basa la CVCIM es que dentro de los hechos (actos u omisiones) del deudor se entienden comprendidos aquéllos de los terceros de cuya conducta el primero sea responsable, y su establecimiento en una disposición específica, para un supuesto aislado, podía mover a confusión. Este principio igualmente se halla implícito en los párrafos primero y segundo del artículo 79.

e) *El principio de lo razonable*. Finalmente, debemos incluir el «principio de lo razonable» (*Reasonableness*). La doctrina mayoritaria comparte que el estándar de lo razonable constituye

⁷⁹ MAGNUS considera el principio y le denomina «imputation of third party conduct and knowledge», afirmando que el principio se extrae del artículo 79(2) CVCIM en relación con su párrafo (1), expresando: «The provision expresses –beyond its wording– that a party will be imputed the conduct and knowledge of her own people and such third persons “whom she has engaged to perform the whole or part of the contract”». En el mismo sentido: HERBER, artículo 4, *Schlechtriem Commentary, op. cit.*, nota 4, par. 24; ENDERLEIN & MASKOW, artículo 79, *op. cit.* nota 43, par. 7.2.

uno de los principios generales en que se basa la CVCIM y que, en cuanto tal, cumple la tarea que le asigna el artículo 7(2), esto es, la de integrar las lagunas, o vacíos, de que adolece este cuerpo normativo, llegándose a definir como un principio fundamental en el que se apoya el derecho uniforme sobre compraventa internacional⁸⁰.

Considerando las disposiciones específicas que se remiten a este estándar y aplicando el método inductivo, es posible llegar a este principio general que deben observar las partes (vendedor-comprador) durante la vigencia de la relación contractual. En efecto, en la Convención existe un mandato implícito de comportarse conforme

⁸⁰ Entre otros: Bernard AUDIT, *La vente internationale*, op. cit. supra., par. 55. El autor enumera dentro de los principios generales en los que se basa la CVCIM, el test de lo razonable, es decir, lo que haría una persona normalmente diligente, ubicada en las mismas circunstancias y que está presente en todo momento en la CVCIM: especialmente respecto de los actos que debe ejecutar una parte, o las comunicaciones que deben realizarse entre ellas sin un retraso razonable [arts. 18(2); 33 c); 38(1); 39(1); 43(1); 47; 49(2); 63(1); 64(2) b); 65(1), y 65(2); 72(2); 73(2); 75 CVCIM]. ULRICH MAGNUS, *General Principles of the UN-Sales Law*, op. cit., p. 7. El autor considera entre los principios en que se basa la CVCIM [ex art. 7(2)] el *Standard of Reasonableness* (*estándar de lo razonable*), afirmando que en numerosas disposiciones de la CVCIM se emplea el término: «reasonable/raisonnable» que es traducido al alemán, parcialmente, como «vernünftig», parcialmente como «asgemessen» [arts. 16(2) b); 18(2); 25; 33 c); 39(2); 43(1); 47; 49(2); 63(1); 64(2) b); 65(2); 72(2); 73(2); 75, 77, 79(1) y (4); 85, 86(1) y (3); también irrazonable: arts. 86(2); 87; 88(2)]. En algunas ocasiones el término se refiere al «límite de tiempo» que debe ser razonable [art. 39(1)]. Otros preceptos se relacionan con la «conducta de la parte» que tiene que ajustarse a lo razonable. En cualquier caso tiene que aplicarse la regla general del artículo 8(2) y (3) CVCIM. M. BONELL, artículo 7, op. cit., par. 2.3.2.2. Según el comentarista, uno de los métodos para la definición de los principios generales en que se basa la CVCIM [art. 7(2)], consiste en considerar varias disposiciones particulares que constituyan la expresión de un principio más general, de forma que pueda aplicarse a casos diversos de aquéllos específicamente previstos. Así, agrega, en varias ocasiones la CVCIM se refiere a lo razonable, lo cual demuestra que en ella el *estándar de lo razonable* constituye un criterio general para evaluar el comportamiento de las partes, pudiendo recurrirse a él, aun ante la ausencia de una norma específica. Pascal PICHONNAZ, op. cit., par. 1731. Para el autor en la CVCIM lo razonable ha sido elevado al nivel de un estándar jurídico de aplicación general. En el mismo sentido: P. H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, 1992, par. 59; Alfonso Luis CALVO CARAVACA, artículo 7, *La compraventa internacional de mercaderías*, AA. VV., Luis Díez-Picazo (Dir. y Coord), op. cit. nota 51, p. 111; ENDERLEIN & MASKOW, artículo 7, op. cit. nota 43, p. 59, par. 9.1; John HONNOLD, *Uniform Law*, op. cit. nota 34, par. 95; y en National Reports para el Congreso de 1986 sobre Derecho comparado, Gen. Rep. Comp. L. Cong, Freiburg Colloque, pp. 139 y 140; Peter SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law*, op. cit. nota 67, p. 39. En contra: HERBER, artículo 7, *Commentary*, op. cit., pars. 26, 35 y nota núm. 57. El autor reconoce que la *razonabilidad* es considerado un principio bajo la LUCI, por cuanto, cuando no existía un principio general en el que ésta se basaba, el juez podía recurrir, recién en ese momento, a esta *consideración de la razonabilidad* (Cfr. SCHLECHTRIEM & MAGNUS, art. 17 LUCI, par. 2, op. cit., en nota 57). Sin embargo, acorde lo dispuesto por el artículo 7(1) CVCIM, cuando la solución no puede encontrarse en algún principio general en el que se base la CVCIM, no procede recurrir a esta *consideración general* de la razonabilidad, sino que la laguna debe suplirse por aplicación del derecho interno. El único papel que reconoce a esta *consideración general* es en materia de interpretación de las disposiciones de la CVCIM

lo haría una persona razonable. En este derecho se adopta un estándar externo de conducta, al que se le da vida a través del modelo de lo razonable, asumiendo que ésta es la conducta que acatarán las partes en el curso de su relación contractual ⁸¹.

En la venta internacional, cada una de las partes confía firmemente en la conducta razonable de la otra y apoya toda su actuación, dentro de la relación contractual, en esa confianza. Desde esta perspectiva, la finalidad de las disposiciones específicas, la imponen la observancia del estándar, es, precisamente, proteger esa confianza, prescribiendo las consecuencias jurídicas, para el caso que una de las partes no ajuste su conducta concreta a ese modelo.

En nuestra opinión el «principio de lo razonable» incluye al «principio de la buena fe», norma de conducta, en tanto en la CVCIM sólo existe un estándar jurídico de conducta, el de «la persona razonable» que, por definición, comprende la observancia de la buena fe objetiva en todas sus manifestaciones.

5. *Los Principios de UNIDROIT y la integración de las lagunas en la CVCIM ex artículo 7(2)* ⁸²

5.1 Justificación del objeto de estudio

Actualmente, tanto en la doctrina que comenta la CVCIM, como en la jurisprudencia que la interpreta y aplica, se plantea la

⁸¹ Cfr. con TRS ALLAN, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*. «The Rt. Hon. Lord Steyn», *The Law Quarterly Review*, vol. 113, July, 1997, Sweet & Maxwell, p. 433.

⁸² Ante el amplio apoyo que recibe la CVCIM, la UNIDROIT abandona la idea de crear un instrumento vinculante y, en su lugar, decide elaborar un cuerpo similar al *Restatement of Law* de los Estados Unidos, pero a nivel internacional. Se forma un grupo de expertos (Grupo de Trabajo), que incluye representantes de los principales sistemas legales y socioeconómicos del mundo, cuya tarea es la preparación de un texto que contenga los *Principios de Contratos Comerciales Internacionales*. El Grupo de Trabajo nunca considera que la tarea de la formulación de los Principios le correspondía a ellos exclusivamente, sino que sistemáticamente invita a que se formulen comentarios y observaciones desde afuera. Para estos efectos, los borradores sucesivos circulan junto a una lista de materias más conflictivas, en los círculos de académicos y hombres de negocios de todo el mundo. El resultado de estos esfuerzos: los Principios de UNIDROIT, que es un conjunto de reglas uniformes, cuyo objeto es la ordenación general de los contratos comerciales internacionales y su aplicación depende de la decisión privada de las partes contractuales de someterse a ellos, en cuanto derecho aplicable. Como afirma ULRICH MAGNUS (General Principles of the UN-Sales Law, *op. cit.*, p. 11): «Los principios intentan reunir todas las críticas a las legislaciones internacionales para unificar el derecho y crear un instrumento más flexible y adaptable que una Convención o un Modelo de Derecho». Para un estudio detallado de la historia del establecimiento de los Principios de UNIDROIT, véase M. BONELL, *The UNIDROIT: «Principles of International Commercial Contracts and CISG» –Alternatives or Complementary Instruments?*, *Uniform Law Review– Revue du Droit Uniforme*, 1996,

discusión sobre si dentro del concepto de «principios generales en que se basa la Convención» del artículo 7(2) CVCIM, se entienden comprendidos los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales. Existen dos opiniones contrapuestas, contando cada una con apoyo jurisprudencial.

En el presente apartado, preliminarmente estudiaremos los lineamientos generales sobre la naturaleza normativa de los Principios de UNIDROIT. Enseguida, definiremos las condiciones de las que depende su aplicación –como precepto– a un contrato comercial internacional particular. Finalmente, informaremos sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la CVCIM y en la doctrina, e intentaremos llegar a una solución del problema planteado.

Se advierte al lector que un estudio comparativo detallado de estos Principios y de la CVCIM excede del objeto de este trabajo. Por ello, nos limitaremos a analizar el punto concreto que motiva su inclusión.

5.2 Naturaleza y función de los Principios de UNIDROIT

Los Principios de UNIDROIT, sobre contratos comerciales internacionales, no son de naturaleza vinculante u obligatoria, en tanto no constituyen ordenamiento jurídico, o ley aplicable, a diferencia de lo que sucede con las normas de la CVCIM. Estos principios sólo representan un cuerpo, asimilable al *Restatement of Law (on Contracts)* de los Estados Unidos de Norteamérica⁸³, que con-

pp. 26-30; y el mismo autor en: *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT: Principles of International Commercial Contracts*, Second Enlarged Edition, Transnational Publishers, Inc., New York 1997; Alejandro M. GARRO, *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG*, *Tulane Law Review*, vol. 69, 1995, pp. 1149-1990.

⁸³ Cfr. con E. ALLAN FARNSWORTH, «The American Provenance of the UNIDROIT Principles», *Tulane Law Review*, vol. 72, 1985, (pp. 1985-1994), p. 1988. El autor hace un paralelo entre el *Uniform Commercial Code (2)* y el *Restatement of Law (Second)*, norteamericanos; y la CVCIM y los Principios de la UNIDROIT; y afirma que la CVCIM, al igual que el UCC (2), son cuerpos legislativos cuya regulación se limita a la compraventa de mercaderías; y que los Principios de la UNIDROIT, al igual que el *Restatement of Law (Second)*, no es legislación y su alcance no se limita a la compraventa, sino que se extiende a todos los contratos comerciales. Consecuentemente, los Principios de UNIDROIT es un cuerpo equivalente al *Restatement of Law*, pero referido a los contratos comerciales internacionales. El mismo autor en: E. ALLAN FARNSWORTH, «An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *op. cit.*, p. 3. El mismo autor en: *An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Baltimore Law Review*, vol. núm. 26, 1997, (pp. 1-7), p. 3. «What –if anything– do the Principles restate? According to the Introduction: «For the most part the UNIDROIT Principles reflect concepts to be found in many, if not all, legal systems», but «they also embody what are perceived to be the best solutions, even if still not generally adopted». Sources of the Principles include the Vienna Convention generally recognized principles of common law systems, including the Uniform Commercial Code and the Restatement (Second) of Contracts». En desacuerdo con la idea de considerar a los Principios una especie de *Restatement of Law*: ULRICH MAGNUS, *General Principles of the UN-Sales Law*,

tiene reglas de aplicación general a todos los contratos comerciales internacionales en la medida que concurra alguna de las condiciones que determinan su aplicabilidad y consecuente obligatoriedad ⁸⁴.

Por ende, estos principios no crean directamente ni norma de derecho ni un modelo de derecho internacional que deba ser aceptado o rechazado, sino meramente recopilan un conjunto de reglas que sirven de pauta para la interpretación de las normas jurídicas internacionales, como la CVCIM; o como un instrumento de ayuda a los operadores del tráfico, al momento de redactar o cumplir sus contratos internacionales ⁸⁵. Como afirma Leon Steffens, los Principios contienen una nomenclatura moderna de derecho internacional privado, que no está compuesta por normas de conflicto, sino que encierra normas materiales, o sustanciales, especialmente previstas para los contratos comerciales internacionales. Sin embargo, agrega el autor, la novedad que presenta este cuerpo normativo, radica en que a través de la autonomía de la voluntad, las partes pueden someterse a los principios que contiene y no a un determinado ordenamiento jurídico estatal ⁸⁶.

op. cit., p. 11. El autor afirma que el método desarrollado por los Principios es nuevo, sin que pueda afirmarse que constituya, ni un *Restatement* de principios comunes de todos los sistemas legales más importantes, ni un cuerpo de términos comerciales estándar. Además, ellos son el resultado del intento de extraer principios de instituciones comunes de un selecto grupo normativo, considerado razonable desde una perspectiva teórica y práctica; integrado, tanto de sistemas legales nuevos [*UCC, Restatement (Second) of the Law of Contracts; NBW, El nuevo Civil Code de Quebec; etc.*], como también de convenciones importantes, tales como la CVCIM.

⁸⁴ Preámbulo (Propósito de los Principios), Principios de UNIDROIT, par. 1: «Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos internacionales». El carácter general de los principios se relaciona con la circunstancia de que su ámbito se extiende a todos los contratos comerciales internacionales, cuya definición está contenida en los Comentarios al Preámbulo, considerando su internacionalidad y mercantilidad. Pero este carácter general no debe confundirse con la idea de derecho común o supletorio en materia de contratación internacional; es decir, que los Principios de UNIDROIT suplen los silencios lagunas que presentan los instrumentos internacionales uniformes, pero de carácter especial (*lex specialis*). Los citados principios no tienen tal carácter supletorio, a menos que las partes del contrato, en el ejercicio de su libertad de pacto, se lo confieran para el caso concreto. Con una opinión diversa: Alejandro M. GARRO, «The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG», *op. cit.*, p. 1155. El autor afirma que los Principios de la UNIDROIT constituyen la pieza central de las convenciones internacionales sobre contratos internacionales específicos, llegando a sostener que puede extenderse analógicamente al rol supletorio que cumplen los cuerpos de normas generales, respecto de los que se ocupan de reglar contratos específicos. Como lo veremos, a partir de este argumento el autor construye la fuerza normativa supletoria de los Principios respecto de la CVCIM.

⁸⁵ Cfr. ULRICH MAGNUS, *op. cit. supra*, p. 11. «Los Principios de UNIDROIT no crean directamente ni norma de derecho sustantivo, ni un modelo de derecho internacional que deba ser aceptado o rechazado; sino que recopila un conjunto de reglas que tiene por finalidad servir de pauta y modelo en tres contextos diferentes: como modelo para las legislaciones nacionales e internacionales; una pauta para la interpretación e integración de las lagunas respecto de las Convenciones internacionales, o en caso que la ley aplicable no pueda ser determinada; y como un instrumento de ayuda para las partes de los contratos de comercio internacional cuando redactan y cumplen sus contratos. Sin embargo, los *Principles* son legalmente obligatorios en la medida que las partes acuerden su aplicación para el contrato concreto».

⁸⁶ Avelino LEON STEFFENS, «Principios para Contratos Comerciales internacionales: algunas consideraciones de Derecho Internacional Privado en torno al proyecto de UNIDROIT», *op. cit.*, pp. 45-46.

En el Preámbulo, que antecede a los principios, se confirma lo afirmado, al declarar que éstos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rige por los «principios generales del derecho», la *lex mercatoria* u otras expresiones semejantes ⁸⁷.

Consiguientemente, estamos ante un cuerpo de disposiciones cuya aplicabilidad depende de la voluntad de las partes contratantes o, más precisamente, de la regla contractual que la contiene; sea porque las partes se someten expresamente a ellos (*lex contractus*), sea porque su observancia constituya una práctica establecida entre ellas en contratos similares, o porque tales principios, o una parte de ellos, constituyan uso del comercio aplicables. Y serán uso del comercio aplicables en razón que son conocidos por las partes, o una persona razonable de su condición, y en las mismas circunstancias, los habría conocido. Consiguientemente, los Principios no obligan en cuanto tales, sino en cuanto integran la regla contractual concreta.

Sin embargo, al tratarse de un cuerpo de reglas especialmente elaboradas para regular los contratos comerciales internacionales, considerando las características del comercio internacional y las necesidades específicas de los operadores del mismo, es conveniente que las partes sometan su contrato a los Principios de UNIDROIT, bien en una cláusula de ley aplicable, bien en la cláusula compromisoria (*arbitraje*), excluyendo la aplicación de la *lex fori*, o de la norma de derecho interno aplicable según el derecho internacional privado ⁸⁸. Por ejemplo, en el

⁸⁷ Así lo reconoce expresamente: M. BONELL, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?», *op. cit.*, p. 27: «After focusing on the different nature of the two instruments, i.e. the binding nature of CISG adopted in the form of an international convention, and the non-binding nature of the UNIDROIT Principles to be considered at most as a sort of international “restatement” of contract law (Part I)...»; y M.ª del Pilar PERALES VISCASILLAS, «La Determinación del Tipo de Interés en la Compraventa Internacional», *op. cit.*, nota núm. 17: «Los Principios se aplican en la medida en que las partes hayan decidido someterse a ellos, como cuerpo normativo que regirá su relación contractual, siendo, pues, necesario que exista a esos efectos un acuerdo expreso. A falta de acuerdo de las partes, los Principios pueden valer como punto de apoyo o referencia doctrinal». Se advierte que en la opinión de la autora, a falta de acuerdo de voluntad expreso de sometimiento a los Principios, no admite ningún otro conducto que le confiera fuerza normativa, como, por ejemplo, a través del artículo 9 CVCIM (*prácticas o usos*). Allan FARNSWORTH, «An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *op. cit.*, p. 3. En el mismo sentido: Philippe KAHN, «Les Principes UNIDROIT comme Droit Applicable aux Contrats Internationaux», AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, M. BONELL & Franco BONELLI I [Dir], Giuffrè Editore, Milán, 1997, [pp. 41-55], p. 43.

⁸⁸ Así se recoge: Preámbulo (*Propósito de los Principios*), Principios UNIDROIT, Comentario 4, a): «Los principios constituyen un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional. Existen razones de peso para que las partes decidan expresamente adoptar los Principios como derecho aplicable al contrato, en lugar de una ley determinada». En el comentario, se refieren a la utilidad de incluir de combinar la cláusula de derecho aplicable con un compromiso de arbitraje. «La conveniencia de esta combinación radica en que la libertad para escoger ley aplicable al contrato suele estar limitada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, la selección de los Principios sería normalmente considerada, como un simple acuerdo destinado a incorporarlos al contrato, mientras que el derecho aplicable al mismo tendría que determinarse sobre la base de las reglas del derecho internacional privado del foro. Los Principios serían obligatorios entonces para las partes sólo en la medida en que no afectarían las disposiciones del derecho aplicable que las partes no pueden derogar».

caso de la compraventa internacional, podría acordarse la derogación parcial del artículo 7(2) CVCIM y convenir, en su reemplazo, que: «en caso de una laguna en la CVCIM, cuya integración no sea posible a través de los principios generales en que ella se basa, deberá resolver conforme lo dispuesto en los Principios de UNIDROIT».

Como sostiene el profesor Garro, uno de los escenarios prácticos en los que actúan los Principios es el de la interpretación, o integración, de los instrumentos internacionales de derecho uniforme, como la CVCIM. La idea principal –agrega el autor– es excluir el fácil recurso a la norma de derecho interno, manteniéndose la resolución de las controversias dentro de su *hábitat internacional*. Los principios ofrecen reglas para los contratos comerciales internacionales que, probablemente, son más adecuadas que las del derecho interno ⁸⁹.

Finalmente, en el párrafo cuarto del citado preámbulo se prevé un supuesto en que se reconoce la aplicación de los Principios, proporcionando una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable al contrato ⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. con Alejandro M. GARRO, «The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG», *op. cit.*, pp. 1153 y 1154. La integración de los instrumentos internacionales de derecho uniforme por medio de los Principios de UNIDROIT tiene la ventaja de aumentar la consecuencia e imparcialidad de la resolución de las disputas comerciales internacionales. Consecuentemente, es probable que para el juez, o árbitro, sea más conveniente confiar en reglas que son consecuentes con los propósitos del comercio internacional, más que integrar las lagunas de la CVCIM con las reglas y los criterios que ofrece el derecho interno. Recurriendo a los principios de UNIDROIT, antes que a las reglas de derecho interno permite una mayor imparcialidad, porque evitando la aplicación de la ley del foro o la ley indicada por las normas del derecho internacional privado, se está evitando, al mismo tiempo, que la disputa se resuelva por reglas que, probablemente, son más accesibles sólo para una de las partes del contrato. En el mismo sentido: M. BONELL, «Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Principles for International Commercial Contract», *American Journal Comp. Law.*, núm. 40, 1992, pp. 617, 627.

⁹⁰ En Estados Unidos de Norteamérica existe un caso en el que, el árbitro ante la pluralidad de normas aplicables, entre ellas tres estatales y dos nacionales, opta por aplicar los Principios de la UNIDROIT, invocándose el citado apartado Preámbulo. Se trata de un caso en que no estaba claro cuál era el derecho aplicable. La disputa se produce entre un fabricante de cable de las telecomunicaciones del medio oriente y un proveedor norteamericano de sistemas de telecomunicaciones. De acuerdo a las reglas de conflicto concurrían cinco jurisdicciones diferentes aplicables al caso. Los jueces árbitros someten la contienda a las reglas de la Cámara Internacional del Comercio y decide aplicar el derecho de Nueva York, junto con los Principios de UNIDROIT. El Tribunal caracteriza a los Principios como una fuente de reglas generales para los contratos internacionales, de mucha utilidad, y declara que los árbitros internacionales están plenamente autorizados para optar por tales Principios. Véase: *International Dispute Resolution*, vol. 10, núm. 1, p. 3 (White & Case March, 1997). Caso citado y comentado por E. Allan FARNSWORTH, «An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *Baltimore Law Review*, vol. núm. 26, 1997 [pp. 1-7], p. 3. El autor afirma que éste podría referirse al caso cuando la ley aplicable al contrato es incierta; o cuando no siéndolo, carece de una regla clara que solucione el punto controvertido.

5.3 Los Principios de UNIDROIT y el artículo 7(2) CVCIM

1. *Los Principios de UNIDROIT como pauta en la interpretación e integración de los instrumentos internacionales de derecho uniforme.* Entre los propósitos de los principios de la UNIDROIT está el «servir de pauta en la interpretación e integración de los textos internacionales de derecho uniforme»⁹¹. La doctrina sostiene que la finalidad de los principios concuerda con la regla contenida en convenciones recientemente aprobadas. Esta regla ordena interpretar, integrar y aplicar sus disposiciones, teniendo en cuenta su carácter internacional y con ello promover su uniformidad; debiendo preferirse aquel significado que sea consecuente con los elementos que integran el ámbito de su aplicación –el internacional–, sobre aquel que le atribuyen las normas del derecho interno⁹².

Tratándose de la CVCIM, este fin adquiere mayor relevancia porque sus disposiciones constituyen el antecedente inmediato de los Principios de UNIDROIT, los que en su mayoría o son idénticos o poseen su mismo contenido⁹³. Por ello, el operador jurídico, que interpreta, o integra las disposiciones de la CVCIM, deberá incluir estos Principios y sus comentarios entre los elementos jurídicos en que se apoye su fallo o resolución.

2. *Discusión sobre el rol de los Principios de UNIDROIT en materia de integración de las lagunas de la CVCIM.* Actualmente, se plantea, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la cues-

⁹¹ Preámbulo, Principios UNIDROIT, par. 5.

⁹² Cfr. Michael BONELL, «Methodology in Applying Uniform Law for International Sales Under the UN Convention (Wien 1980)», in *Italian Reports to 12th International Congress of Comparative Law*, Sydney, 1986, pp. 43-46; Alejandro M. GARRO, «The Gap-Filling Role of the UNIDROIT», *Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG*, op. cit., p. 1154. El último autor afirma: «Esto significa que los conceptos y principios que integran estos instrumentos se le deben dar un significado consecuente con su contexto internacional, antes que el significado que pueda tener estos conceptos y principios en un sistema legal en particular».

⁹³ Así lo reconoce expresamente: M. BONELL, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?», op. cit., p. 30. «En vista de los méritos y la amplia aceptación mundial de la CVCIM era obligatorio, por supuesto, tener sus disposiciones como punto de referencia en la preparación de los Principios de la UNIDROIT. En la medida que dos instrumentos regulan la misma materia, las reglas establecidas en estos principios normalmente son tomadas, o literalmente, o al menos, en lo sustantivo de las disposiciones correspondientes de la CVCIM siendo excepcionales los casos en que ellos se alejan de ésta». El mismo autor en: «An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», op. cit. supra; J. M. PERILLO, «UNIDROIT Principles of the International Contracts: The Black Letter Text and a Review», *Fordham Law Review*, núm. 43, 1994, (pp. 281 ss), p. 282. Ulrich MAGNUS, *General Principles of the UN-Sales Law*, op. cit., p. 12; el mismo autor en: «Editorial Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement CISG artículo 7», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.htm>.; E. Allan FARNSWORTH, *The American Provenance of the UNIDROIT Principles*, op. cit., p. 1988.

ción sobre si los Principios de UNIDROIT tienen la calidad de fuentes integradoras de la CVCIM dentro de su artículo 7(2) CVCIM. En otras palabras ¿puede el operador jurídico de la CVCIM integrar una laguna *preater legem*, aplicando directamente los principios en estudio con preferencia al derecho interno aplicable según el derecho internacional privado? En síntesis, debemos desvelar cuál es el valor normativo de los Principios en el ámbito de la compraventa internacional.

2.1 *Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia.* En la doctrina hallamos dos opiniones, cada una con la correspondiente apoyatura jurisprudencial. a) De un lado, una que, a pesar de reconocer el carácter no vinculante de los Principios, defiende su naturaleza de norma general supletoria en materia de contratos internacionales; y, de otro, b) una que afirma que estos Principios integran las lagunas que presente la CVCIM, en la medida que pueda demostrarse en juicio que la disposición específica de los primeros, es una manifestación de los principios generales en los que se basa la segunda.

Primera tesis: los Principios de UNIDROIT como fuente supletoria de las disposiciones de la CVCIM. Esta tesis es defendida por el profesor Garro, quien construye la función de fuente integradora o supletoria de los Principios respecto de la CVCIM a partir de su generalidad, asimilándolos a los principios generales en que ella se basa [art. 7(2) CVCIM]. Veamos cuáles son los principales argumentos en que apoya su posición ⁹⁴.

Como se ha expresado, el punto de partida de la tesis del autor es que las reglas contenidas en los Principios de UNIDROIT, son de carácter general, siendo aplicables a toda clase de contratos comerciales internacionales, salvo que sean desplazados por una regla de derecho que sea aplicable a un contrato particular como *lex specialis*. En este último caso, los Principios pueden integrar la CVCIM, cuando ello sea consecuente con la intención de las partes y los usos de comercio aplicables. Esta última frase *prima facie* concuerda plenamente con lo que se ha afirmado porque pareciese que la aplicabilidad de los Principios deriva o porque las partes lo han querido o porque estaban obligadas a observarlos, por constituir usos de comercio interna-

⁹⁴ Alejandro M. GARRO, «The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG», *Tulane Law Review*, vol. 69, 1995, pp. 1152-1157. En el mismo sentido: Arthur I. ROSETT, «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts», *Am. J. Comp. L.*, núm. 46, 1998, pp. 347, 354, nota núm. 9; Klaus Peter BERGER, «International Arbitration Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts», *Am. J. Comp. L.*, núm. 46, 1998, pp. 129, 137.

cional [*ex art. 9(2) CVCIM*]. Sin embargo, si se sigue el discurso del autor, se descubre cuál es el verdadero significado que él atribuye a dicha frase.

El comentarista afirma que el eventual empleo de los Principios de UNIDROIT como medio de integración de la CVCIM debe examinarse a la luz del artículo 7(2) CVCIM, precepto que, como sabemos, dispone la integración a través de los principios generales en que ella se basa⁹⁵, observando que en la CVCIM existe un gran número de materias no reguladas y la razón principal de estas lagunas fue la falta de acuerdo en UNCITRAL.

Con base en lo anterior, el autor concluye que entre los «Principios generales» subyacentes en la CVCIM [*ex art. 7(2) CVCIM*] debe considerarse a los Principios de la UNIDROIT. Seguidamente, si los Principios ofrecen una solución a estas materias no reguladas, deberá aplicarse la disposición que la contiene, integrando el vacío, o laguna, de la Convención; eso sí, asumiendo que las partes no han elegido cualquier fuente integradora de la ley, y que la aplicación de los principios de la UNIDROIT no entra en conflicto con la intención de las partes y los usos aplicables.

a) *Jurisprudencia que sigue esta tesis.* En la Jurisprudencia de la CVCIM hay un caso del año 1995 que aplica esta doctrina, declarando expresamente que, tanto los Principios de UNIDROIT como los PDCE (Principios de Derecho de los Contratos Europeo) son «Principios generales» en los que se basa la CVCIM, a efectos de integrar sus lagunas conforme el artículo 7(2) CVCIM.

Laudo arbitral de 1995, dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el procedimiento arbitral núm. 8128/1995⁹⁶.

⁹⁵ El autor, critica a la Convención porque en ella no se contiene un listado de las disposiciones que constituyen *principios generales* en los que ella se basa. Esta observación nos causa bastante sorpresa, en cuanto, el cuerpo normativo, respecto del que él predica su fuerza integradora de los instrumentos *jurídicos internacionales uniformes*, sólo tienen el nombre de *Principios*, toda vez sus disposiciones [artículos] no difieren en nada, desde el punto de vista de la técnica legislativa, de las contenidas en aquellos instrumentos, en especial, en la CVCIM; muchas de las cuales fueron recogidas literalmente por el Grupo de Trabajo de la UNIDROIT. Prueba de lo que se afirma es el propio artículo 1.6(2) [*Interpretación e Integración de los Principios*], norma idéntica al artículo 7(2), con la única diferencia de que reemplaza la expresión *en que ella se basa*, por la palabra *subyacentes*. Y lo más curioso es que revisando el articulado de los Principios, no se encuentra disposición alguna que prevea el listado de *principios generales subyacentes* que el autor echa en falta en la CVCIM.

⁹⁶ Véase: Parte Especial, capítulo I, Caso 3.3 *infra*. Refiriéndose a la materia que nos ocupa, Michael Joachim BONELL [The unidroit Principles in Practice -the Experience of the First Two Years, en sitio web de UNIDROIT, <http://www.unidroit.org/english/principles/>], expresa: «the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce - refer to the UNIDROIT Principles in order to fill a gap in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The case concerns a sales contract between an Austrian and a Swiss company. The contract was governed by CISG, and the sole arbitrator filled the gap to be found in the Convention as to the applicable rate of interest by applying the annual London International Bank Offered Rate (LIBOR) plus 2%. In doing so the arbitrator expressly referred to the rule laid down in art. 7.4.9(2)

El Tribunal declara expresamente que las reglas contenidas en los Principios de la UNIDROIT y en los Principios de Derecho de los Contratos Europeo (PDCE), en la especie, los artículos 7.4.9⁹⁷ y 4.507⁹⁸, respectivamente. Dicha aplicabilidad deriva de la circunstancia que deben considerarse «principios generales en los que se basa la CVCIM», de acuerdo con lo que dispone el artículo 7(2) CVCIM. Aquí, el Tribunal aplica los citados principios para determinar la tasa de interés que debe aplicarse al reembolso de ciertos costos como resultado de la resolución parcial del contrato (arts. 78 y 81 CVCIM)⁹⁹.

En segunda instancia se confirma la sentencia y se declara aplicable, además, el artículo 6.1.6 de los Principios de UNIDROIT, aduciendo el Tribunal de alzada que por estar incorporada a dicho cuerpo normativo, se extiende a todos los contratos comerciales internacionales, incluido el contrato de compraventa internacional¹⁰⁰.

of the UNIDROIT Principles (as well as to the same rule contained in art. 4.507(1) of the Principles of European Contract Law) which he defined as “one of the general principles according to art. 7(2) CISG”».

⁹⁷ «(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta. (2) El tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquel tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago. (3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional por los mayores daños que le haya causado la falta de pago» [art. 7.4.9 (Intereses por falta de pago de dinero)].

⁹⁸ «(1) If payment of a sum of money is delayed, the aggrieved party is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the contractual currency of payment at the place where payment is due. (2) The aggrieved party may in addition recover damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section» [article 9:508 (*ex art.* 4.507): Delay in Payment of Money].

⁹⁹ Alejandro M. GARRO (*op. cit. supra*), aludiendo al supuesto discutido en el caso jurisprudencial, declara que si surge un problema sobre la tasa de interés que debe aplicarse a una obligación monetaria que se debe en virtud de un contrato de compraventa internacional regulado por la CVCIM, uno puede correctamente recurrir a los principios de la UNIDROIT para los propósitos de determinar tal tasa, antes que acudir a la aplicación de la ley de derecho interno determinada por las reglas del derecho internacional privado. En tanto, la CVCIM únicamente establece la obligación de pagar intereses, los principios de la UNIDROIT [art. 7.4.9 (2)] disponen que el interés aplicable será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago.

¹⁰⁰ Sentencia de 23 de octubre de 1996, dictada en Francia por la *Cour d'appel Grenoble*, en el caso núm. 94/3859 caratulado *Scea. Gaec des Beauches B. Bruno v. Société Teso Ten Elsen*, original en francés publicado en CISG-France: <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/231096.htm>; *Revue Critique de Droit International Privé* (1997), p. 762; UNILEX [E. 1996-10]. Extracto en inglés en CLOUT, caso núm. 205, y en UNILEX [D. 1996-10]. Comentada por Michael Joachim BONELL, The unidroit Principles in Practice the Experience of the First Two Years, en sitio web de UNIDROIT, <http://www.unidroit.org/english/principles>. El autor expresa: «it (la sentencia) based itself on the general principle that monetary obligations are to be performed at the obligee's place of business, which could be extracted not only from art. 57(1) CISG, but also –and more convincingly– from art. 6.1.6 of the UNIDROIT Principles».

b) *Comentario crítico a esta tesis.* El problema que ofrece la tesis del autor es su amplitud, en tanto que si la llevamos a su extremo, puede darse una situación tan poco deseada, como la del recurso indiscriminado al derecho interno. En efecto, siguiendo al autor, el operador jurídico ante una laguna *preater legem*, podría aplicar directamente los Principios de UNIDROIT, en circunstancias que el punto controvertido tuviese una solución diversa, aplicando alguno de los principios generales en que se basa la Convención.

Una tesis como ésta prescinde de las consideraciones más elementales en materia de fuentes del Derecho, al autorizar la integración de la CVCIM, que es ley aplicable, mediante un instrumento privado no vinculante. Distinto es el supuesto en que los Principios integran la regla contractual, por cualquiera de los medios que hemos indicado. Verdaderamente, son insospechadas las dificultades que podrían generarse en la práctica judicial, de ser acogida esta doctrina ¹⁰¹.

Segunda tesis: las disposiciones de los Principios de UNIDROIT como fuente integradora de la CVCIM cuando corresponden a alguno de los «Principios generales» en que ella se basa. Los que comparten esta opinión reconocen el carácter no vinculante de los Principios de UNIDROIT, pero ven en ellos una valiosa herramienta para los operadores jurídicos, en la tarea de interpretar e integrar la CVCIM. En el primer caso, servirán como parte de la argumentación jurídica del intérprete; en el segundo, la laguna tiene su respuesta en la propia Convención, en un principio subyacente en ella y los Principios de UNIDROIT le dan forma de disposición específica, aplicable a la materia no regulada.

a) *La opinión de M. Bonell* ¹⁰²

El autor afirma que, aun cuando se trate de un contrato de compraventa regulado por la CVCIM, los Principios de UNIDROIT

¹⁰¹ Mostrándose poco partidaria de la tesis de GARRO: M.^a del Pilar PERALES VISCASILLAS, *La Determinación del tipo de Interés en la Compraventa Internacional*, op. cit., par. I.A.5. La autora propone aplicar el principio que se extrae del artículo 57(1), que dispone que el cumplimiento de las obligaciones debe hacerse en el establecimiento del acreedor y por lo tanto será ésa la ley aplicable en materia de intereses, así «se evita también la discusión acerca del papel que desarrollan los Principios de UNIDROIT en relación con la Convención, concretamente el papel que se les atribuye de resultar un componente de los principios generales de la Convención (art. 7.2 CNUCCIM)».

¹⁰² M. BONELL, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG –Alternatives or Complementary Instruments?», *Uniform Law Review – Revue du Droit Uniforme*, 1996, pp. 34-37. El mismo autor: *Il Progetto dell' UNIDROIT per i Contratti Commerciali Internazionali*, AA. VV., «Principi per Contratti Commerzia-

pueden jugar un rol importante, facilitando enormemente al intérprete su tarea de cumplir con el mandato del artículo 7(1) CVCIM. Por ejemplo, ante un supuesto de «incumplimiento esencial de contrato» (*ex art. 25 CVCIM*), éste podría recurrir al artículo 7.3.1(2) de los principios, que fija los factores a considerar para decidir si ha habido, o no, incumplimiento esencial ¹⁰³.

En materia de integración, el autor declara que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7(2) CVCIM, las lagunas se suplen por los «principios generales en que ella se basa», siendo de cargo del operador jurídico la misión de determinar, caso a caso, cuál es el principio general aplicable y la solución que dirima la contienda específica planteada. El recurso a los Principios de la UNIDROIT podría facilitar esta última tarea, pudiendo aplicar algunas de sus disposiciones, en forma de principio. Pero, esta aplicación exige que el operador jurídico justifique que dicha disposición es expresión de un «principio general subyacente en la CVCIM» ¹⁰⁴. Si esta condición no concurre, será la norma del derecho interno la que resuelva el vacío normativo.

le Internazionali» e il Sistema Giuridico Latinomericano, M. BONELL & S. SCHIPANI, «Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero», *Università di Roma «Tor Vergata»*, Cedam, Padova, 1996, pp. 9-19; y en *Unification Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, AA. VV., Symposium Contract Law in a Changing World, *J. Am. Com.p Law.*, 1992, núm. 3 [pp. 617-633], pp. 627-628

¹⁰³ Dentro de los ejemplos que cita el autor, en un su afán de demostrar la utilidad que pueden ofrecer los Principios al intérprete, cita los artículos 7.4.1 y 7.4.9, sosteniendo que en la CVCIM no queda claro si los intereses se deben, igualmente, cuando ha obrado una causa de exoneración [*ex art. 79(1) CVCIM*]; también el artículo 7.1.7 que, menciona expresamente los remedios no afectados por la ocurrencia de un impedimento; excluyendo tácitamente el derecho a exigir el cumplimiento específico, dejándolo más claro que en el artículo 79(5). M. BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG*, *op. cit.*, pp. 35-36. Estimamos que los ejemplos ofrecidos por el autor son poco afortunados, desde que si interpretamos estas disposiciones de la CVCIM, dentro del contexto de los efectos del incumplimiento, se llega a soluciones jurídicamente acertadas y mucho más claras que las ofrecidas por los preceptos de UNIDROIT. Con relación a los intereses, nadie pone en duda que la CVCIM no les considera daños y les somete a un régimen especial, poniendo a disposición de cualquiera de las partes, acreedora, de una suma de dinero; por ende, cuando el artículo 79(5) dispone que la exoneración sólo afecta al remedio de los daños, precisamente está autorizando el ejercicio de cualquier otro remedio (*acción y derecho*); y en cuanto al remedio del cumplimiento específico, la respuesta sobre su admisibilidad en los casos de exoneración depende de los efectos del impedimento y de la superación de sus consecuencias; mientras éstas sean insuperables, lógicamente, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada; pero una vez que éste cese [*art. 79(3) CVCIM*], la disponibilidad de este remedio se une a la de los restantes. Desde esta perspectiva, es criticable la solución adoptada por los Principios, en tanto, en casos de impedimentos temporales, el acreedor que aún tenga interés en la prestación, tendrá serios problemas a la hora de demandar su cumplimiento específico.

¹⁰⁴ El autor ilustra su tesis, recurriendo al artículo 7.4.9 de los Principios, afirmando que a través de él puede llegar a integrarse la laguna del artículo 78, en tanto pueda vincularse con uno de los principios generales en que se basa la CVCIM. M. BONELL, «Il Progetto dell' UNIDROIT per i Contratti Commerciali Internazionali», *op. cit.*, pp. 16 y 17.

b) *La opinión de Ulrich Magnus* ¹⁰⁵

La doctrina del autor tiene como punto de partida la limitación que impone el artículo 7(2) CVCIM a la función integradora mediante los principios generales, toda vez que ella sólo se admite, en la medida que estos principios sean de aquéllos en los que la CVCIM se basa. De no darse esta vinculación, el recurso a los principios generales será arbitrario, debiendo resolverse la laguna conforme al derecho interno aplicable según la norma conflictual [art. 7(2), segunda parte] ¹⁰⁶.

Acto seguido, el autor se plantea el siguiente interrogante: ¿esta limitación alcanza a los Principios de UNIDROIT? Según él, los Principios persiguen, entre otras cosas, el propósito de servir de pauta, o guía para la interpretación e integración de las lagunas en las Convenciones internacionales de derecho uniforme, referidas a contratos comerciales. Sin embargo, esta intención contenida en el Preámbulo de los Principios no es suficiente para llegar a considerarlos principios en los que se basa la CVCIM. No obstante, opina que deben considerarse como principios adicionales dentro del contexto de la CVCIM, ya que ellos en gran medida corresponden, tanto a las disposiciones respectivas de CVCIM, como a los principios generales que de ella se derivan.

Concluye, afirmando que la CVCIM provee de un conjunto básico de reglas que han sido el resultado de una intensa comparación de los distintos sistemas legales y, adicionalmente, de un compromiso político entre los mismos. En consecuencia, la CVCIM puede y debe constituir la base para la creación de un derecho general para los contratos internacionales. Sus disposiciones deben generalizarse para integrar las nuevas materias que vaya ofreciendo la práctica comercial internacional, de manera que haya coherencia entre dichas materias y sus soluciones, de un lado, y las necesidades del comercio internacional, de otro. El Grupo de trabajo de UNIDROIT ha procedido teniendo en mente esta idea. Por ello, si sus resultados corresponden a la formulación de principios generales que no puedan derivarse directamente de la CVCIM, éstos pueden ser utilizados para suplir sus lagunas.

c) *Comentario crítico.* Las dos opiniones que anteceden no son idénticas. La doctrina de Magnus más bien se sitúa en un lugar

¹⁰⁵ Ulrich MAGNUS, «General Principles of the UN-Sales Law», *op. cit.*, pp. 5 y 6, 10-12.

¹⁰⁶ Sin embargo, el comentarista admite la posibilidad que la CVCIM sea integrada por medio de principios generales básicos que se hayan desarrollado bajo una coordinación internacional y que sean efectivamente aceptados, como tales, dentro de este ámbito; pudiendo, incluso, no corresponder a ninguno de los principios generales en que la CVCIM se basa inicialmente; en tanto como se trate de un desarrollo sobrevenido dentro del comercio internacional, no puede privársele del mismo. En este sentido, apoyando, en general, un cierto *desarrollo creativo* de la CVCIM y sin referirse a los Principios de la UNIDROIT: ENDERLEIN & MASKOW, artículo 7, *op. cit.*, nota 43, par. 2; HERBER & CZERWENKA, artículo, 7, *op. cit.*, par. 11.

intermedio entre la de Garro, y Bonell. En efecto, ella, de un extremo, rechaza la integración de la CVCIM por principios que no se encuentren vinculadas a ella; pero, de otro, admite la aplicación de los Principios de UNIDROIT cuando regulen materias que en la CVCIM no pudieron preverse por corresponder a un desarrollo subsecuente del comercio internacional, que reclama de una solución normativa. El problema es: *¿cuáles son estas materias? y ¿cómo se determinan?*

En nuestra opinión, la solución ofrecida por el comentarista alemán es una construcción meramente teórica de difícil materialización en el terreno práctico, sin llegar a confundirse con la doctrina del autor argentino. Siendo así, nos inclinamos por la tesis de Bonell que, reconociendo las limitaciones de los Principios, ofrece una solución clara, de fácil implementación en la *praxis* judicial. Se trata de una opinión jurídicamente sostenible.

d) *Jurisprudencia que sigue la tesis de Bonell.* Confirma lo indicado la circunstancia que en la jurisprudencia de la CVCIM encontramos dos laudos arbitrales, que acogen la tesis del autor, en tanto, de un extremo, integran la laguna de la CVCIM conforme a su artículo 7(2) CVCIM, aplicando alguno de los principios generales subyacentes en ella y, de otro, recurren a los Principios de UNIDROIT para el solo efecto de apoyar la decisión, dando forma de disposición específica al citado principio general. Los dos laudos fueron dictados en procedimientos arbitrales diferentes, por la *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft-Wien*: i) Laudo Arbitral de 15 de junio de 1994, dictado en procedimiento arbitral núm. SCH 4366¹⁰⁷; ii) Laudo Arbitral de 15 de junio de 1994, dictado en procedimiento arbitral núm. SCH 4318¹⁰⁸.

En ambos casos jurisprudenciales, el Tribunal arbitral cita el artículo 7.4.9 de los Principios de la UNIDROIT, con la mera finalidad de confirmar que su resolución, apoyada en un principio general subyacente en la CVCIM, coincide con el precepto, sin llegar a asignarle una función integradora con relación a la fijación de la tasa de interés aplicable (art. 78 CVCIM). El Tribunal resuelve la cuestión, acudiendo a los principios generales en que se basa la CVCIM¹⁰⁹. En razón que la CVCIM es la ley aplicable a los dos contratos y en ninguno de ellos las partes definen la tasa

¹⁰⁷ Laudo arbitral cit. *supra*.

¹⁰⁸ Laudo arbitral cit. *supra*.

¹⁰⁹ Cfr. Michael Joachim BONELL, «The unidroit Principles in Practice -the Experience of the First Two Years, en sitio web de UNIDROIT», <http://www.unidroit.org/english/principles>; M.ª del Pilar PERALES VISCASILLAS, «La Determinación del tipo de Interés en la Compraventa Internacional», *op. cit.*, par. I.A.5.

de interés aplicable a las sumas adeudadas, el árbitro suple esta laguna según el artículo 7(2) CVCIM, aplicando el principio general de la «plena compensación por el daño sufrido», que se infiere de los artículos 74 y 78 CVCIM. En ambos litigios, el sentenciador declara el interés medio preferencial aplicado a los créditos bancarios a corto plazo, otorgados en la moneda de pago del país del establecimiento del acreedor (al ser éste el lugar donde debía hacerse el pago), manifestando que a esta misma solución se llegaría aplicando el artículo 7.4.9(2) de los Principios de UNIDROIT¹¹⁰.

2.3 *Nuestra opinión.* Antes de llegar a una conclusión sobre el papel que juegan los Principios de UNIDROIT dentro de la CVCIM, es menester hacer algunas precisiones sobre el modo cómo actúa el sistema de fuentes de interpretación e integración en la Convención, tanto de la declaración contractual concreta, como de las disposiciones específicas de la misma.

Sobre la base del carácter dispositivo de las disposiciones de la CVCIM y conforme a lo dispuesto en los artículos 6, 8, 9 y 7 CVCIM, puede decirse que en la construcción de la regla contractual (contrato de compraventa concreto) intervienen: i) la declaración de voluntad o negocial (art. 6 CVCIM); ii) las fuentes de interpretación declarativa de la voluntad [art. 8 (1) y (3) CVCIM]; iii) las fuentes de interpretación integradora de esta última, a saber, las prácticas establecidas entre las partes y los usos del comercio [art. 8 (2) y (3); art. 9 (1) y (2)]; iv) las fuentes dispositivas que suplen el silencio de las partes, esto es, los preceptos de la CVCIM, cuya aplicación depende de que las partes no las hayan excluido, o modificado, para el contrato particular; v) las fuentes de interpretación de tales disposiciones dispositivas [art. 7(1) CVCIM], y vi) las fuentes de integración de las lagunas de la CVCIM, cuando la materia no reglada cae dentro de su ámbito (*laguna preter legem*) [art. 7(2) CVCIM]

La noción de regla contractual concreta hace alusión a un contrato de compraventa de mercaderías específico. El juez, o el árbitro, que conoce un conflicto sobre los efectos jurídicos de una compraventa, debe realizar una actividad compleja con la finalidad de

¹¹⁰ El Tribunal arbitral declara: «The arbitrator observed that the application of article 7.4.9 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts would lead to the same result. The interest rate awarded was the average prime rate in the seller's country (Austria), with respect to the currencies of payment (US dollars and German marks).» Y agrega: «It follows that, in the event of failure to pay a monetary debt, the creditor, who as a business person must be expected to resort to bank credit as a result of the delay in payment, should therefore be entitled to interest at the rate commonly practiced in its country with respect to the currency of payment, i.e. the currency of the creditor's country or any other foreign currency agreed upon by the parties (cf. art. 7.4.9 of the Principles of International Commercial Contracts prepared by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)» (Laudo Arbitral del 15 de junio de 1994, dictado por la *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer dere gewerblichen Wirtschaft-Wien*, en causa núm. SCH 4366).

construir la regla contractual que ella contiene, actividad de mayor extensión que la mera interpretación contractual.

a) El operador jurídico, primero que todo, fija el contenido de la declaración negocial, es decir, determina la voluntad de las partes al momento de celebrar el contrato; en esta tarea –interpretativa – participan, con la misma intensidad, tanto elementos subjetivos, como objetivos; los primeros permiten desvelar el sentido y alcance de la voluntad manifestada por las partes [interpretación meramente declarativa, *ex art.* 8(1) y (2) CVCIM]; y los segundos recurren al estándar de lo razonable, teniendo especial relevancia en su definición, las prácticas y usos que integran, completan o desarrollan, objetivamente la declaración [interpretación integradora, arts. 8(2) y 9(1) y (2) CVCIM] ¹¹¹.

b) Habiéndose interpretado la declaración de voluntad (sentido amplio), el operador jurídico se traslada a una segunda etapa; debe averiguar en qué medida las partes han regulado su relación contractual y, consecuentemente, qué disposiciones de la CVCIM suplen el silencio de las mismas. La Convención se aplica en todos los aspectos no regulados especialmente por las partes. Sin embargo, puede suceder que uno de estos aspectos no sea resuelto en la CVCIM, pese a estar dentro de su ámbito. En tal evento, como sabemos, tiene aplicación el artículo 7(2) CVCIM. Ya no se trata de suplir el silencio de la *norma dispositiva*, sino aquél de la ley aplicable a esa voluntad (CVCIM). En esta sede, la solución, primeramente, debe buscarse en la misma Convención, aplicándola en forma de principio general; y, si ello no es posible, el precepto que integra la CVCIM [art. 7(2)] y, a su vez, que suple el silencio de las partes, es el que determina la norma de conflicto del derecho internacional privado.

De esta compleja operación resulta la *regla contractual concreta*, norma privada sustantiva (*ley del contrato*) conforme a la que el operador jurídico dirime la contienda entre partes.

Volviendo al tema que nos interesa, debe darse respuesta a dos interrogantes: *a)* ¿cuándo los Principios de UNIDROIT son obligatorios respecto de una regla contractual concreta?; y *b)* ¿tienen los Principios de UNIDROIT la consideración de principios generales en que se basa la CVCIM? La respuesta a estas interrogantes presupone considerar que la fuerza obligatoria, o vinculante, de los Principios de UNIDROIT proviene de la regla contractual concreta. Desde este punto de vista, tales Principios sólo pueden aspirar a ser obligatorios respecto de las partes de un contrato en particular, en

¹¹¹ Sobre la distinción de interpretación contractual meramente declarativa e interpretación integradora en el contrato de compraventa internacional de mercaderías [CVCIM] véase: Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías», *Rev. Der. Mercantil*, núm. 225, 1997, pp. 1207-1233 y en, artículo 7 CVCIM, *La compraventa Internacional de Mercaderías*, AA. VV., Luis Díez-Picazo (Dir. y Coord), *op. cit.*, nota 51, pp. 113-131.

la medida que concurra alguna de las condiciones que determinen su aplicabilidad.

a) *El primer interrogante.* Los Principios de UNIDROIT obligan en la medida que formen parte de la regla contractual concreta, distinguiéndose tres hipótesis: i) *acuerdo de las partes:* las partes del contrato, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, en la especie, la libertad de pacto, acuerdan someter su contrato, en todo o parte, a los Principios de UNIDROIT. Estamos en el ámbito del artículo 6 CVCIM; las partes excluyen total, o parcialmente, la aplicación de los preceptos de la Convención y se someten a la de los citados Principios¹¹². Obviamente, los contratantes podrían acordar la aplicación de estos principios, para el caso que la CVCIM no regule expresamente alguna materia (*laguna preater legem*); en cuyo evento, la norma excluida es la del artículo 7(2); ii) *prácticas establecidas entre las partes:* puede acontecer que las partes, al celebrar un contrato de compraventa, guarden silencio respecto del derecho supletorio, o dispositivo, aplicable; sometiéndose a la CVCIM, en todo lo no previsto por ellas; pero, igualmente, puede llegarse a la aplicación de los Principios de UNIDROIT, si una de ellas alega y prueba que esta aplicación constituye una práctica establecida por las partes en contratos de la misma naturaleza y celebrados con anterioridad. Lo anterior, prescindiendo de la circunstancia que aún esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones que de ellos dimanan [art. 9(1) CVCIM]. Por ejemplo, en materia de comunicaciones entre las partes, éstas se han sometido a la norma de la recepción (art. 1.9 UNIDROIT), excluyendo la del artículo 27 CVCIM (expedición)¹¹³; y iii) *usos comerciales:* las partes celebran el contrato, sin convenir el derecho aplicable, pero dentro del sector del tráfico a que pertenecen existe el uso de someter tales, o cuales, materias a las disposiciones de los Principios de UNIDROIT. Si las partes no han acordado quedar obligadas por ese uso (hipótesis «i»), igualmente lo estarán, si concurren las siguientes condiciones [art. 9(2) CVCIM]: se trata de un uso del que tenía conocimiento, o una persona razonable de su condición y en sus mismas circunstancias lo hubiese conocido; que sea ampliamente conocido en el comercio internacional; y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el sector del tráfico de que se trate. Concurriendo estas tres exigencias, se considera que las partes han hecho aplicable al contrato tal uso. Debemos reconocer que, tratándose de los Principios de UNIDROIT, será complicado probar la concurrencia de estas tres condiciones sin embargo, es uno de los caminos por los que tales principios pueden adquirir fuerza obligatoria.

¹¹² Como se indicó precedentemente, ello se materializa, sea a través del establecimiento de una cláusula independiente [derecho aplicable]; sea en una cláusula compromisoria, en la que las partes, además de pactar someter cualquier controversia a arbitraje, convienen que tales controversias se resolverán de conformidad a los Principios de UNIDROIT.

¹¹³ Se excluyen de este supuesto los casos en que las partes declaran expresamente en el contrato que se someten a las prácticas observadas en contratos anteriores, en tanto se está en la primera hipótesis.

La importancia de estas tres hipótesis es que los Principios de UNIDROIT prevalecen respecto de las normas de la CVCIM, o en el supuesto del artículo 7(2) CVCIM, de los principios generales en que ella se basa, o de las normas de derecho interno aplicable.

b) Con relación a la segunda pregunta, alusiva al problema que nos interesa y que motiva estas líneas. Después de examinar el valor normativo de los Principios respecto a la regla contractual concreta (*contrato de compraventa*) y considerando las opiniones doctrinales y la jurisprudencia sobre la materia, llegamos al convencimiento, que los Principios, tantas veces citados, no forman parte, de los *Principios generales en los que se basa la Convención* y, por consiguiente, no integran las lagunas que ésta presente. A lo más, siguiendo la jurisprudencia y la opinión de Bonell, que coincide con la primera, admitimos el recurso a los Principios con el simple objeto de dar forma específica a un principio general en los que se basa la Convención; y como manifiesta Bonell, siempre y cuando la disposición que se emplee constituya una manifestación, o aplicación, de ese principio.

En defensa de nuestra opinión se puede decir lo que sigue:

i) los Principios de UNIDROIT sólo tienen la denominación de tales, porque en ellos se contiene una regulación detallada y exhaustiva de una materia en concreto: los contratos comerciales internacionales. No proporcionan un listado de máximas, o principios, generales del derecho de los contratos, simplemente son normas o disposiciones específicas¹¹⁴. Confirma nuestra apreciación la circunstancia que dentro del articulado de los *Principios*, encontramos el artículo 1.6 (*Interpretación e Integración de los Principios*), disposición cuyo párrafo (2) prevé como mecanismo de integración de lagunas, el recurso a los *principios generales subyacentes*¹¹⁵.

ii) Igualmente, nuestra opinión coincide con lo expresado en el propio Preámbulo de los Principios, que considera la posibilidad que éstos sean utilizados para *interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme*. Ahora bien, quedándonos con esta frase, pareciese que esta declaración de intención ordena la fuerza normativa, u obligatoria, de los Principios en cuanto integradores

¹¹⁴ Muchas de las cuales presentan una redacción excesivamente detallada, que incluso llega a entorpecer su inteligencia por ejemplo, la disposición del artículo 7.1.5; (*plazo adicional para el cumplimiento*); si la comparamos con la norma de la CVCIM, que constituye su antecedente inmediato, se aprecia claramente que esta última tiene una redacción más simplificada, lo que constituye una ayuda para el operador jurídico al momento de interpretarla y aplicarla.

¹¹⁵ Apoyando nuestra opinión: Avelino LEÓN STEFFENS, «Principios para Contratos Comerciales internacionales: algunas consideraciones de Derecho Internacional Privado en torno al proyecto de UNIDROIT», AA. VV., «Principi per Contratti Commerciale Internazionali» e il Sistema Giuridico Latinomericano, M. BONELL & S. SCHIPANI, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma «Tor Vergata», Cedam, Padova, 1996, (pp. 45-57), p. 46. El autor sostiene que la solución aportada por los Principios es novedosa, pero al mismo tiempo perturbadora. Y es perturbadora, porque no obstante la utilización de la palabra *Principios*, que hace pensar inmediatamente en verdades, proposiciones o máximas que gobernarían los contratos internacionales. Incluso la voz puede asociarse a la idea de principios generales del Derecho. En el caso de UNIDROIT, se trata de principios que no están caracterizados por su generalidad y, por tanto, constituyen más bien una normativa particular y casi exhaustiva de contratos internacionales.

(*suplementar*) de las lagunas que presenten otros textos internacionales. Sin embargo, si se va a los comentarios del apartado la apariencia desaparece ¹¹⁶. En ellos se confirma que, tratándose de la CVCIM, existe una norma que abandona el método tradicional de integración por el derecho interno y ordena al operador jurídico buscar la solución en sus principios, evitando la aplicación directa del citado derecho. En sitio alguno se afirma que los Principios de UNIDROIT integrarán las lagunas que la Convención presente, sino simplemente que serán de utilidad a la hora de aplicar el artículo 7(2) CVCIM e integrar sus lagunas conforme lo dispuesto en ella ¹¹⁷.

Finalmente, se advierte que lo expresado acerca del papel de los Principios de UNIDROIT en materia de integración, no es óbice a que el operador jurídico de la CVCIM recurra a éstos, a efectos de considerarlos dentro de los elementos de juicio al interpretar sus disposiciones. Por ejemplo, al aplicar el artículo 8(3), que deja abierta la enumeración de las circunstancias relevantes del caso, en materia de interpretación de la declaración contractual, será de gran utilidad el recurso al artículo 4.3 (*Circunstancias relevantes*), disposición que viene a desarrollar el contenido del citado artículo de la CVCIM, en cuanto a las circunstancias que debe tener en cuenta el intérprete ¹¹⁸.

CONCLUSIONES

I. La principal fuente de integración de la Convención de Viena son los principios generales en que ella se apoya. Sólo a falta

¹¹⁶ En ellos se señala que actualmente, tanto en los jueces, como en los árbitros, están abandonando los métodos nacionales tradicionales –consistentes en interpretar e integrar las lagunas de los textos internacionales aplicando normas o principios de derecho interno–, percibiéndose la tendencia hacia una interpretación e integración de textos internacionales sobre la base de principios uniformes, autónomos e internacionales, siendo éste el enfoque aprobado expresamente en las convenciones más recientes, citándose el caso del artículo 7 CVCIM; afirmándose que el Derecho uniforme, aun después de su incorporación al derecho interno, no pierde su naturaleza de cuerpo legislativo autónomo, elaborado en el ámbito internacional y que aspira a ser aplicado uniformemente. Preámbulo [Propósito de los Principios], UNIDROIT, Comentario núm. 4.

¹¹⁷ Confirmando lo expresado, durante el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado y pronunciándose sobre la interacción entre los Principios de la UNIDROIT y los instrumentos internacionales de derecho uniforme, el Relator General [General Reporter] sugiere que las disposiciones de los Principios pueden emplearse para interpretar e integrar una convención internacional vinculante, incluso preexistente, cuando dichas disposiciones *reflejen un principio general también subyacente en la convención internacional*. A new approach to International Commercial Contracts: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, XVth International Congress of Comparative Law, Bristol, del 26 de julio al 1.º de agosto de 1998. <http://www.unidroit.org/english/principles>, p. 2.

¹¹⁸ Algo similar ocurre respecto del artículo 25 CVCIM [*incumplimiento esencial*] y el artículo 7.3.1 [*derecho a dar por terminado (resuelto) el contrato*], cuyo párrafo (2) enumera las circunstancias que deberán tenerse en cuenta para determinar si hubo incumplimiento esencial de contrato.

de tales principios, el operador jurídico estará autorizado a recurrir a la norma de derecho interno, aplicable conforme el derecho internacional privado.

II. Este mecanismo de integración se encuentra en armonía con el propósito del legislador del derecho uniforme sobre compraventa internacional de asegurar el carácter internacional de sus disposiciones y su autonomía con relación a la norma del derecho interno, ajena a las características propias de una operación de tráfico internacional.

III. Los Principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales no constituyen fuente de integración de las lagunas que presente la Convención de Viena. Sólo tendrán dicha fuerza normativa, en tanto integren la regla contractual concreta, sea por la voluntad declarada de las partes, sea porque su observancia constituye una práctica establecida entre las partes o un uso en el sector del tráfico de que se trate.

IV. No obstante lo anterior, el operador jurídico de la CVCIM está autorizado a recurrir a los citados principios, a efectos de considerarlos dentro de los elementos de juicio a la hora de interpretar sus disposiciones y con el objeto de dar forma de precepto particular a un principio en que se apoya la Convención.

El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español

ELDA GARCÍA-POSADA GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El concepto de convivencia no matrimonial antes de las regulaciones legislativas:* 1. Concepto restringido: 1.1 Consideraciones generales: noción no institucional y comparación con el matrimonio. 1.2 Elementos objetivos, subjetivos y formales: A) Elementos objetivos: la convivencia-comunidad de vida al modo marital. B) Elementos subjetivos. C) Elementos formales. 1.3 Conclusión: concepto de pareja no casada como realidad familiar no institucional alternativa al matrimonio. 2. Concepto amplio.—III. *El concepto de convivencia no matrimonial en las regulaciones legislativas:* 1. Concepto restringido: 1.1 Las Leyes autonómicas de parejas no casadas: A) La pareja estable legal: concepto y elementos, B) Crítica de la regulación. 1.2 La proyectada regulación estatal (el contrato de unión civil): A) Concepto y elementos. B) Crítica de la regulación. 2. Concepto amplio: las «otras» convivencias no matrimoniales (situaciones convivenciales de ayuda mutua y acogimiento de personas mayores): A) Concepto y elementos. B) Naturaleza de la relación y aplicaciones prácticas.—IV. *Consecuencias: convivientes excluidos de las regulaciones; el problema de su régimen jurídico:* A) Primer grupo: las parejas atípicas. B) Segundo grupo: las uniones «no juridificables».

I. INTRODUCCIÓN

Resulta ya tópico señalar cómo en los últimos veinte años el fenómeno social de la convivencia no matrimonial ha dado lugar a una suerte de «big-bang jurídico»¹. El punto de inflexión puede

¹ NAVARRO-VALLS, R.: «Las uniones de hecho en el Derecho comparado», en Marti-nell, J. M., y Areces-Piñol, M. T. (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, p. 27.

con toda probabilidad situarse en la celebración en Messina del primer (y único) Congreso Internacional de Parejas no Casadas en el año 1982: a partir de entonces la atención por parte del legislador y los operadores jurídicos ha ido en aumento, y la profusión de estudios doctrinales sobre el tema, tanto en nuestro país como en el extranjero, ha hecho de él una materia inabarcable.

Al debate sobre la atribución de efectos jurídicos a esta realidad se ha unido, como cuestión previa, el interrogante sobre el *supuesto de hecho normativo*. Huelga decir que no toda convivencia «de hecho» entre personas no unidas por vínculo matrimonial es «convivencia no matrimonial» en sentido técnico-jurídico, apta para que le sea aplicada la pertinente normativa de origen legal o jurisprudencial. Desde un primer momento se ha impuesto, por tanto, la necesidad de perfilar un concepto de la convivencia no matrimonial jurídicamente relevante.

¿Cuáles son las características que debe reunir una situación de convivencia no matrimonial para ser tutelable por el Derecho? (Esto es, cuáles son los *elementos objetivos* que han de concurrir en la relación para ser calificada como tal.) ¿Qué requisitos deben exigirse a las personas integrantes de la misma? (O, dicho de otro modo, cuáles son los *elementos subjetivos* de esa relación.) ¿Es —o ha de ser— la ausencia de *elementos formales* el único factor diferencial respecto del matrimonio? Éstos han sido los puntos examinados a la hora de acotar el sustrato cuyo tratamiento normativo estaba en estudio.

La propia labilidad de una realidad fáctica y prejurídica ha venido a complicar la respuesta a las anteriores cuestiones. Las principales dudas se han suscitado en dos frentes. Del lado de los elementos objetivos, el problema consiste en decidir si la atención ha de ceñirse a las uniones que desarrollan un comportamiento análogo al de los cónyuges (las clásicas parejas no casadas), o si por el contrario también las relaciones que no participan de ese rasgo de la maritalidad han de estar contempladas por las normas de convivencia no matrimonial. La pregunta sobre el *tipo* de unión conduce así a una primera subdivisión entre un *concepto restringido* y otro *amplio* de convivencia no matrimonial.

Pero, además, la unión que de acuerdo con lo anterior se tome en cuenta, ha de ser delimitada en cuanto a los elementos subjetivos, a fin de que en ella no encuentren acomodo hipótesis cuya tutela deba descartarse. Y aquí se encuentra el principal caballo de batalla, pues las posturas en torno a qué concretos convivientes (por lo que hace a su edad, sexo, estado civil, etc.) han de ser admitidos al concepto dependen en estrecha medida de cuál sea considerado el fundamen-

to último de tutela de la convivencia no matrimonial. ¿Se trata de configurar una institución paralela al matrimonio (en cuyo caso habrán de requerirse requisitos análogos a los de éste), o bien de tutelarla en cuanto realidad no institucional alternativa al mismo?

Dos décadas después de aquella eclosión del fenómeno en el mundo del Derecho, la discusión sobre el concepto jurídico de convivencia no matrimonial (y con ello sobre los intereses merecedores de protección) sigue vigente. A las caracterizaciones que hasta ahora se habían venido haciendo en doctrina y jurisprudencia, así como en alguna norma legal concreta, se han superpuesto –sin, como se verá, desplazar a las anteriores– las definiciones que las primeras regulaciones legislativas específicas sobre la materia (las Leyes autonómicas de parejas) se han aventurado a introducir. Y seguramente no es muy arriesgado identificar, precisamente en esta delimitación legal de un concepto, uno de los aspectos más criticables de estas regulaciones, a su vez en estrecha conexión con el propio *modo* de acometer la regulación. Y es que, si a estas alturas el debate sobre la necesidad de intervenir legislativamente en materia de convivencia no matrimonial parece contestado en sentido afirmativo, lo que vuelve sin embargo a reavivar la polémica, y acaso a ocasionar más disfunciones que la misma ausencia de regulación, son los presupuestos y el concepto de que dichas regulaciones parten.

Al análisis de estos problemas va destinado el presente trabajo. En él se examinan sucesivamente el concepto que ha ido siendo esbozado antes de las regulaciones legislativas específicas sobre el tema (II) y el que posteriormente acogen estas regulaciones o proyectos de regulación (III), para acabar con una reflexión sobre las consecuencias originadas por la consagración de este último concepto legislativo específico de convivencia no matrimonial, sobre todo teniendo en cuenta la pervivencia del concepto anterior, con el que a partir de ahora va a coexistir (IV).

II. EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA NO MATRIMONIAL ANTES DE LAS REGULACIONES LEGISLATIVAS

Los preceptos legislativos y resoluciones judiciales que, en ausencia de una regulación legal de conjunto, han concedido efectos a la convivencia no matrimonial, no han delimitado, en general, de modo preciso su ámbito subjetivo de aplicación. Los primeros han partido de una fórmula genérica (la convivencia marital, la pareja en relación de afectividad análoga a la conyugal) sin proporcionar una defi-

nición explícita. Las segundas también han partido con frecuencia de una noción que daban por supuesta, y en muy pocas ocasiones han identificado expresamente los elementos que deben integrarla para que aquella convivencia despliegue consecuencias jurídicas².

Así las cosas, el concepto de convivencia no matrimonial ha sido en buena parte fruto de las reflexiones y propuestas de regulación avanzadas por la doctrina que ha estudiado el fenómeno, con el referente que han aportado tanto las soluciones del Derecho extranjero como las que subyacen al casuismo jurisprudencial.

Posteriormente³ (y sin perjuicio de que su valor sea ante todo simbólico) han proporcionado un concepto explícito, al establecer requisitos de acceso a la inscripción, las diversas normas reguladoras de los denominados Registros municipales y autonómicos de uniones civiles: requisitos que en buena medida recogen los elementos identificadores del concepto perfilado en sede jurisprudencial y doctrinal.

En cualquier caso, durante esta fase el concepto y caracterización de la convivencia no matrimonial (tanto en la doctrina, como en los Tribunales y en los textos normativos que atribuyen algún efecto concreto) es un «concepto jurídico difuso»⁴, no sencillo de identificar mediante una precisa delimitación. Esto se explica tanto por la diversidad de situaciones que éste cobija, como por la misma diversidad de efectos que según los casos produce, de tal manera que el presupuesto fáctico de las variadas normas, de origen legal o jurisprudencial, que de algún modo contemplan la convivencia sin matrimonio no siempre es el mismo⁵. No hay, en definitiva, un con-

² Vid. VEGA SALA, C.: «Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, Madrid, 1996, pp. 107-141; y ÁLVAREZ LATA, N.: «Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, pp. 8-17.

³ Desde la constitución del primer Registro municipal de uniones civiles en España, el del Ayuntamiento de Vitoria, por Decreto del Alcalde de 28 de febrero de 1994.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1990, p. 1.061.

⁵ A esto hay que añadir la dispersión de las definiciones dadas por los citados Registros municipales de uniones civiles, dado el elevado número existente de los mismos (MARTÍN CASALS da noticia de la creación de veintidós, sólo en Cataluña, y de marzo a septiembre de 1994: vid. «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, XLVIII, vol. IV, p. 1711). Y es que, a pesar de que los requisitos fijados por aquéllos suelen coincidir —por haberse inspirado casi todos los respectivos Decretos de creación en el antes citado del Registro de Vitoria—, en algunos casos se han introducido modificaciones concretas, que se han de reseñar en su momento. Por otra parte hay que tener en cuenta la eficacia jurídica limitada de la inscripción en estos Registros, circunscrita al ámbito municipal (fundamentalmente en relación con la concesión de beneficios sociales por el Ayuntamiento), de un valor en gran medida simbólico, que de ningún modo agota los medios probatorios, y en ningún caso constitutiva de la pareja. Como señala Gallego Domínguez, la delimitación de las uniones libres hecha por los Registros es a efectos de acceso a los mismos, y por tanto el problema de dicha delimitación ni de lejos se cierra con la aparición de tales Registros: GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las Parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 50.

cepto rígido y de validez general, pues tal concepto no parece posible cuando la convivencia no matrimonial no es regulada en sí misma, sino simplemente tomada en cuenta por la norma concreta como presupuesto de su aplicación, y dada la variedad de efectos que a dicha toma en consideración se vinculan⁶.

Una muestra de esta ductilidad es la propia evolución del concepto en las dos últimas décadas a lo largo de las cuales se ha ido perfilando. Porque, en una primera aproximación, puede decirse que aquellos textos, sentencias y reflexiones han partido de lo que hemos llamado un *concepto restringido de convivencia no matrimonial*; esto es, aquel que engloba únicamente a las parejas no casadas que conviven de un modo similar a como lo haría un matrimonio. A su vez, en un primer momento, la restricción fue máxima, por cuanto la atención se centró en las parejas «más similares» a las casadas: las parejas heterosexuales. Sólo después, mediada la década de los noventa, y en vista de las previsiones legislativas que tanto en el Derecho comparado como en el nuestro van diluyendo el requisito de la heterosexualidad, la noción de convivencia no matrimonial se ensancha para incluir también a las parejas homosexuales.

Una ulterior ampliación del ámbito subjetivo se observa en algunas Leyes y proyectos legislativos —españoles y extranjeros— más recientes, a los que se hará referencia más adelante⁷, pero no ha sido objeto de atención jurisprudencial y resulta todavía poco frecuente en la doctrina: como se verá enseguida, sólo algún autor⁸ maneja un *concepto amplio de convivencia no matrimonial* que no se circunscribe a la pareja que mantiene una relación análoga a la marital.

1. CONCEPTO RESTRINGIDO

1.1 Consideraciones generales: noción no institucional y comparación con el matrimonio

Centrándonos para empezar en la pareja no casada que convive *more uxorio*, en su caracterización suele partirse de una serie de elementos, requisitos o rasgos peculiares que identifican a dicha

⁶ Así lo señala Llebaría Samper precisando que «la variedad de efectos vinculados a la inclusión normativa de aquella unión viene condicionada por un mosaico heterogéneo de casos de difícil y hasta desaconsejable reducción a la homogeneidad [...] ¿Hay que exigir el mismo tipo y naturaleza de convivencia [...] para adoptar a un menor que para extinguir el beneficio del *any de plor* de uno de los convivientes?» (LLEBARÍA SAMPER, S., *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, p. 32

⁷ Vid. *infra* II 2.

⁸ Vid. los que se citarán *infra* en núm. 197.

pareja, para ulteriormente proporcionar por abstracción una definición genérica del supuesto de hecho tutelable⁹. Al respecto hay que hacer dos observaciones preliminares.

La primera es que esta definición, se añade a veces, se referiría a un «tipo ejemplar» de parejas no casadas, hecha la previa advertencia de la heterogeneidad que caracteriza a estas uniones. Heterogeneidad que no se refiere tanto al sustrato material (pues en este sentido también son heterogéneos los matrimonios), sino a su consideración jurídica¹⁰. Lo que se quiere a fin de cuentas poner de relieve es que el concepto en este estadio manejado no supone una *institucionalización* de la convivencia no matrimonial en sí, sino simplemente una referencia de base para una *normalización* de la misma¹¹. Como puntualiza la STS de 18 de mayo de 1992, al enunciar un concepto de pareja no casada el objetivo que se persigue es que «a estas uniones se les aplique la normativa legal» —en los casos en que esté prevista— «a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida desborde y desvirtúe la aplicación del Derecho». Se trata, en definitiva, de establecer unas exigencias mínimas en aras de la seguridad jurídica y de la necesidad de evitar fraudes de ley¹².

En segundo lugar, y justamente a causa de esta consideración no institucional de la pareja no casada, aquellos elementos (objetivos, subjetivos y formales) son los que han de concurrir¹³ en una situación de convivencia, que ha existido y que puede o no continuar en la actualidad, a efectos de calificar la misma como relación

⁹ Vid. ad. ex. ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2.ª edic. act. y ampl., Madrid, 1991, pp. 51 ss.; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, 1992, pp. 100 ss.; GALLEGOS, *Las parejas...*, cit., pp. 47 ss.; LACRUZ, «Convivencia...», cit., p. 1067; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid, 1996, pp. 119-120; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, vol. XLI, 1989, pp. 492-494.

¹⁰ En este sentido, LACRUZ («Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1.066), al decir que «la unión libre no es una situación, sino una constelación de situaciones que tienen como nota común la convivencia *more uxorio*», pero cuidándose de precisar que esa diversidad se debe a la falta de una normativa de conjunto, de un estatuto que, como el del matrimonio, proporcione unidad. (Con lo que se salva la objeción de que también el sustrato fáctico del matrimonio es, obviamente, heterogéneo.) También se ha dicho que ante «la diversidad esencial del fenómeno [...] el estudio debe ser no del concubinato sino de los concubinatos» (CERDÁ GIMENO, J., «La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, núm. 1482, p. 610); por lo que la noción a la que se llegue posee un carácter instrumental (SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 492).

¹¹ La distinción en De Valkerner, recogido por NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, 1994, p. 88, y en «Las uniones de hecho...», cit., p. 32.

¹² ÁLVAREZ LATA, «Las parejas de hecho...», cit., p. 10.

¹³ Los elementos objetivos y subjetivos, pues la ausencia de elementos formales en sentido estricto es por definición una característica de la convivencia no matrimonial (al menos antes de las regulaciones orgánicas), si bien pueden darse algunos elementos formales en sentido amplio, en cualquier caso opcionales: vid. *infra* 1.2.C).

de pareja extramatrimonial tutelable por el Derecho (en la extensión que se decida otorgar a esta tutela). En particular, respecto a los elementos subjetivos o personales, conviene precisar que no se trata de requisitos de constitución de la unión al modo de los matrimoniales, de manera que «mirando al futuro» se les exigieran a los convivientes para iniciar su relación dentro de un peculiar estatus. Por definición, en ausencia de una regulación orgánica (y tómesese nota de esta precisión), la concesión de efectos se orienta esencialmente al pasado –y en su caso al presente–, pero no crea un estatus de futuro. Con el establecimiento de un elenco aproximado de requisitos se trata de ver cuándo una situación de convivencia ha de ser objeto de atribución de efectos *ex post facto*, así como cuándo debe permitirse su continuación.

En este sentido, estos requisitos, en cuanto que objetivos y subjetivos, tienen un doble fundamento. Por un lado, los requisitos objetivos atienden en resumidas cuentas a la necesidad de que la convivencia sea marital (esto es, que venga cualificada por el rasgo distintivo de la *affectio maritalis*), puesto que se considera en general –sin dejar de haber opiniones en contra– que esa naturaleza demanda un tratamiento jurídico diferenciado del de otro tipo de convivencias¹⁴. Por otro lado, los requisitos subjetivos obedecen a razones de orden público que han de limitar la libertad para unirse *extramatrimonialmente*: y ahí reside el riesgo de confusión con los requisitos *ad nuptiam*, cuyo fundamento se halla también en el orden público, pero que limitan la libertad para unirse *matrimonialmente*. Aunque esto último parezca una tautología, importa al efecto de recordar que una y otra libertad son distintas¹⁵, y distintos han de ser por tanto aquellos requisitos subjetivos (o alguno de ellos, según la funcionalidad de cada uno de ellos en uno y otro tipo de unión, la matrimonial y la no matrimonial).

Lo que ocurre es que la «analogía» con el modo de vida conyugal que comportan los elementos objetivos ha constituido con frecuencia un importante factor de confusión, llevando a establecer una analogía también con los requisitos de constitución del matrimonio. Aquí aparece una de las contradicciones más notorias en el discurso que comúnmente se refiere a este tema¹⁶. Por un lado se ha afirmado a menudo la necesidad de analogía máxima entre

¹⁴ Vid. *infra* II.2.

¹⁵ Vid. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 99.

¹⁶ Denunciado por varios autores: vid. *ad. ex.*, LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 38; y sobre todo TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, 1999, pp. 34-44, en relación con la exigencia de heterosexualidad.

matrimonio y pareja no casada (y por tanto analogía no sólo con el modo de vida material propio de aquél, sino también con los requisitos para acceder al mismo en tanto que institución). Por otro lado, se ha insistido hasta la saciedad en que el matrimonio y la pareja no casada «no son situaciones análogas ni equivalentes»: afirmación consagrada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria ¹⁷, y seguida con fervor por la doctrina más reacia a la concesión de un régimen «matrimonial» a la pareja no casada. Resulta sin embargo curioso comprobar cómo es esa misma doctrina la que exige de modo más rotundo una equivalencia perfecta (salvo, lógicamente, en lo que a forma de constitución se refiere) con el matrimonio, lo que le lleva a rechazar de plano las «convivencias no análogas» (v. gr. por la homosexualidad de sus integrantes o por concurrir en ellos algún impedimento matrimonial). Y entonces el argumento es que sólo las convivencias análogas al matrimonio pueden obtener efectos matrimoniales... que se habían excluido en un primer momento.

Este galimatías aparente tiene en realidad una solución muy sencilla si se parte de un empleo más preciso y menos equívoco de los términos. Acertadamente se ha avisado ¹⁸ sobre la necesidad de proceder a una distinción entre analogía, en sentido técnico-jurídico, y semejanza, en sentido material ¹⁹. Hecha la misma, se puede dar una formulación no contradictoria a la realidad evidente de que, aun siendo cierto que matrimonio y convivencia no matrimonial no son figuras equiparables, por no haber analogía desde el punto de vista jurídico-formal, existe una incuestionable semejanza en el desarrollo material de la relación ²⁰, que es lo que permite calificarla de marital o *more uxorio* (sinécdoques referidos respectivamente al elemento masculino o femenino de la pareja). Esta semejanza del elemento objetivo (la convivencia) es de hecho el presupuesto de que a la hora de la verdad se conceda algún efecto previsto para el matrimonio (y en particular operando, si no con la analogía *legis*,

¹⁷ La falta de equivalencia entre matrimonio y convivencia *more uxorio*, a efectos de negar el recurso a la analogía para aplicar la normativa propia de aquél, queda clara en la jurisprudencia del TC que gira en torno a sus dos sentencias más conocidas y emblemáticas sobre el tema: la STC 184/1990 y la STC 222/1992. En términos aún más rotundos se pronuncia el TS: *vid.* especialmente las SSTs de 21 de octubre de 1992 y de 22 de julio de 1993.

¹⁸ TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 44.

¹⁹ Así, si la analogía es un mecanismo jurídico de autointegración de las normas, la semejanza es una característica que resulta de la comparación entre supuestos de hecho. La segunda, en su caso, posibilitará el recurso a la analogía si entre los supuestos de hecho comparados existe además identidad de razón, en cuanto segunda condición de aplicación de aquel mecanismo (*vid.* ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre el uso de la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986, en especial pp. 32-41 y 180-187; recogido en TALAVERA FERNÁNDEZ, *ibid.*)

²⁰ *Vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 44.

con la analogía *iuris*) sobre todo cuando dicho efecto, al estar incluido en la normativa matrimonial, no tiene como fundamento el matrimonio en sí, como institución, sino la situación de convivencia afectiva que acompaña a éste, la cual es común (semejante) con la de la pareja no casada. Es, por lo tanto, con la relación de afectividad con la que se establece la analogía (en sentido impropio), no con la institución y sus requisitos²¹. Precizando más, la similitud de los elementos objetivos no implica (siempre) identidad de los elementos subjetivos, según se va a tener ocasión de ver en páginas posteriores.

Todo esto, claro, siempre que de verdad estemos hablando de pareja no casada y no de una modalidad de matrimonio. Y es que, sin perjuicio de que sobre ello haya de volverse con insistencia más adelante, no debe olvidarse que lo que se pretende en ausencia de una regulación orgánica es delimitar cuál es el supuesto de hecho de la tutela y la admisibilidad, pero no la creación de una nueva institución matrimonial (matrimonio sin forma) o cuasi matrimonial (unión con requisitos matrimoniales, quizá formalizada, y con efectos matrimoniales atenuados)²².

1.2 Elementos objetivos, subjetivos y formales

A) *Elementos objetivos: la convivencia-comunidad de vida al modo marital*

Como primer elemento, consustancial a la propia idea, se halla la situación fáctica de la convivencia. Es usual traer a colación las palabras de Lacruz al respecto cuando observa que si es pensable un matrimonio sin convivencia, no ocurre lo mismo con la unión libre²³, ya que es ese elemento material el que suple, a efectos de apreciar la existencia de la relación, la falta del vínculo formal que

²¹ Porque, como señala LLEBARÍA, «la convivencia entre dos personas no tiene por qué ser distinta por la circunstancia de no haber contraído nupcias, pero [...] sin embargo sí son distintas las razones por las cuales no lo han hecho» (*Hacia la familia...*, cit., p. 38).

²² Sobre la distinción con esas realidades, *vid.* el apartado sobre los elementos formales de la pareja no casada [*infra* 1.2.C)], y posteriormente la crítica a las regulaciones legislativas (III.1).

²³ LACRUZ, «Convivencia...», cit., p. 1067. En el mismo sentido se dice que la vida común es más precisa para la unión libre que para el matrimonio, el cual puede seguir existiendo sin ella (LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil I. Derecho de Familia*, vol. 2.º, 5.ª edic., Barcelona, 1997, p. 402). O, dicho de otro modo, igual que en el matrimonio la vida común es una consecuencia, en la unión libre es una condición (RAYMOND, cit. en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 103, núm. 244).

en el matrimonio mantiene aquella relación aunque la convivencia cese.

Pero además la convivencia, dado que de un concepto restringido de convivencia no matrimonial se trata, ha de poder merecer el calificativo de marital. Éste ha sido el único elemento genéricamente mencionado por las primeras normas que han otorgado algún tipo de relevancia jurídica a la convivencia no matrimonial, aludiendo a la *semejanza material* con el modo de vida matrimonial. (Que no, según lo dicho, analogía formal, a pesar de la terminología con frecuencia empleada: «relación de afectividad *análoga* a la conyugal».) Dichas normas, de las que se ofrece un listado a continuación, no definen sin embargo en qué consiste esa maritalidad.

A) *Normas jurídico-civiles*

– Los artículos 101 y 320.1.º CC hablan de «(con)vivir maritalmente».

– La disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se refiere a quienes «hubieren vivido como tal [matrimonio]».

– La disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC en materia de adopción, al igual que los artículos 12, 16, 24 y disposición transitoria 2.ª de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, toman como elemento definidor la convivencia en relación de afectividad *análoga* a la conyugal.

– Finalmente, la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo), en la nota 2 a la tabla I de su anexo (introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) utiliza la expresión «uniones conyugales de hecho», ciertamente desafortunada, pero con la que igualmente se quiere sugerir esa semejanza con la relación matrimonial.

B) *Normas en materia no civil*

– La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incide también en la similitud o equivalencia: «situación de hecho asimilable» al vínculo matrimonial (arts. 219 y 461) o «situación de hecho equivalente» (art. 391).

– En numerosas normas ha cuajado asimismo la alusión a la relación de afectividad y convivencia *análoga* a la conyugal. *Vid.:*

– Artículos 23, 153, 424, 443, 444, 454 y 617 CP;

– Artículo 10 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado; artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de Hábeas Corpus;

– Artículo 1.2 de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales;

- Artículo 2.2 de la Ley de 30 de mayo de 1995, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad;
- Artículo 2.3. a) de la Ley 30/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual; y
- Artículo 3 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo

Al respecto se ha entendido que la convivencia, para ser marital, debe traducirse en un compartir la existencia diaria, el domicilio y en su caso los recursos económicos de modo similar a como lo hace una pareja casada. La comunidad de vida y de cuidados que se establece entre los miembros de la pareja apunta así a la idea de *consortium omnis vitae* propia de la relación conyugal²⁴, que aparece transida por el componente de la *affectio maritalis*. Éste es en última instancia el elemento absolutamente fundamental, cuya presencia da vida a la relación de pareja y cuya desaparición la extingue²⁵. La *affectio* es en definitiva el *elemento constitutivo* de la relación, que suple la falta de un *acto constitutivo* como el matrimonio, y que se traduce en consentimiento continuamente renovado sobre el hecho mismo de la convivencia y del desarrollo de una comunidad de vida y de cuidados, una voluntad enderezada al mantenimiento de una relación íntima de pareja. Consentimiento que no es matrimonial, en cuanto no comporta la asunción del estatuto y régimen propios de éste y no genera vínculo jurídico (de haber tal consentimiento matrimonial, pero carente de forma, estaríamos ante un matrimonio consensual o por comportamiento: *vid. infra C*).

La jurisprudencia, en la primera ocasión en que ha detallado expresamente los elementos (objetivos: no, curiosamente, los subjetivos) constitutivos de la relación de pareja no casada se remite al contenido básico de la *affectio* al señalar que «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria [...] creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar» (STS de 18 de mayo de 1992). Lo cual ha sido reiterado posteriormente por el propio TS o por tribunales inferiores, para los cuales la convivencia marital se caracteriza por la constitución de «una comunidad de vida en el núcleo de

²⁴ De *communio tori, mensae et habitationis* habla la jurisprudencia italiana: ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 63. *Vid. ad rem* también GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 60; y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 103-104

²⁵ Perfectamente lo resume ESTRADA cuando lo conceptúa como «la causa primera de la unión extramatrimonial», su «fundamento último», sin el cual aquélla no puede nacer ni perdurar (*vid. Las uniones...*, cit., p. 74). El concepto, desarrollado por la doctrina italiana de formación romanista y acogido por alguna jurisprudencia francesa, no reviste, sin embargo, señala el autor antes citado, tanta importancia en la doctrina alemana, que se centra en los aspectos económicos.

un mismo hogar» (SAP de Asturias de 16 de enero de 1993), de «un modelo de vida que coincide con el que acostumbran a realizar los cónyuges» (SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995); o de «una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos [...] de todo lo que se derivó en un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente» (STS de 16 de diciembre de 1996). Otros pronunciamientos –la mayoría–, en lugar de referirse al contenido de la *affectio* resuelven la cuestión insistiendo simplemente en la semejanza material con el matrimonio, requiriendo que la pareja viva como si fueran «marido y mujer» (SAP de Baleares de 25 de noviembre de 1996), «como si de un matrimonio de hecho se tratase» (SAP de Asturias de 16 de enero de 1996), «en relación *cuasi* matrimonial» (STS de 22 de julio de 1993) o «a semejanza de la matrimonial» (STS de 10 de marzo de 1998). El término *affectio* aparece explícitamente mencionado en algunas sentencias (SSTS de 30 de diciembre de 1994 y de 20 de octubre de 1997), mientras que otras emplean expresiones que denotan la misma idea («vínculos de afectividad análogos a la relación conyugal» –SAP de Cantabria de 29 de julio de 1996–, «vínculos de solidaridad y apoyo mutuo» –SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998–...).

En la noción de *affectio* reside la clave (y a la vez, según se verá, el problema) de la distinción entre el concepto restringido y el concepto amplio de convivencia no matrimonial ²⁶, y su presencia determina otra serie de rasgos que continúan cualificando la convivencia que sirve de situación de base, configurándola como lo que se ha dado en llamar «institución-sombra» del matrimonio ²⁷. Dichos rasgos son: la estabilidad, la continuidad, la exclusividad, el cumplimiento de los deberes matrimoniales y la notoriedad y publicidad de la relación. A ellos se añaden por algunos autores la presencia de relaciones sexuales, así como la constitución de un entramado de relaciones económicas entre los convivientes.

a) La estabilidad

Que la convivencia haya de ser estable entraña una voluntad de permanencia ²⁸, lo que excluye uniones concebidas ya desde un

²⁶ La ausencia de *affectio maritalis* ha sido traída a colación por algunas sentencias para excluir relaciones convivenciales de pura amistad (sin una «intensidad tal para integrar una convivencia *more uxorio*»: SAP de Madrid de 24 de abril de 1998) u otras no semejantes a las conyugales (como la «derivada de la prestación del servicio doméstico, desarrollada a lo largo de muchos años»: SAP de Pontevedra de 29 de abril de 1994).

²⁷ Es decir, el resto de los requisitos que, dentro de la dimensión objetiva de la relación, se analizan, no constituyen sino un derivado de la existencia de *affectio* (ESTRADA, *ibid.*).

²⁸ LACRUZ, «Convivencia...», cit. p. 1.067.

principio como efímeras o pasajeras, sin intención inicial «de compartir vida con vida»²⁹.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de insistir en este requisito. Ya en la Sentencia 184/1990, el TC exigió la existencia de una «unidad de convivencia estable» y el TS, en la citada STS de 18 de mayo de 1992, dijo que «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años» (cursiva añadida). Asimismo, varias de las normas atributivas de efectos concretos a la convivencia precisan que los convivientes han de hallarse ligados «de forma permanente» o «estable». (Emplean la expresión «permanente» la disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del CC en materia de adopción, y los preceptos antes reseñados de la LAU, la Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, y la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo. El adjetivo «estable» aparece en el CP de 1995.)

Sin embargo, la posibilidad de disolución de este tipo de uniones llevaron con frecuencia en el pasado a negar su carácter estable³⁰. Una vez que aquella posibilidad deja de ser la nota diferencial respecto del matrimonio, con la admisión del divorcio, algunos autores siguen no obstante haciendo hincapié en la menor estabilidad de la pareja no casada, subrayando que la estabilidad que ha de admitirse respecto de las mismas lo es por oposición a los encuentros sexuales esporádicos (o, habría que añadir, reiterados «pero saltuarios: el mes de vacaciones de verano...»³¹), dado que todos éstos se han excluido del concepto. Pero, insisten, la estabilidad de la unión libre, por contraposición al matrimonio, no deja de ser meramente una estabilidad referida a la convivencia pasada y actual, y cuya proyección hacia el futuro carece en cambio de la naturaleza institucional que caracteriza a aquél³². Es decir, si la disolubilidad es hoy por hoy común a matrimonio y parejas no casadas, continúa caracterizando a las segundas una mayor facilidad para la ruptura, posible incluso por la voluntad unilateral de uno de los componentes, sin necesidad de dejar transcurrir plazo desde la separación –pues la propia separación extingue la convivencia, siempre que no sea una separación circunstancial debi-

²⁹ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 68.

³⁰ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 66.

³¹ LACRUZ, «Convivencia...», cit. p. 1.067.

³² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 119-120, y en especial nota 104, donde recalca que «desde ahora es importante no confundir esta estabilidad *ex ante*, que se dirige al futuro de forma meramente proyectiva, con la estabilidad institucionalmente dirigida hacia el futuro propia del matrimonio. De carácter proyectivamente estable habla también LACRUZ: «Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1.066.

da a motivos laborales u otros extrínsecos a la relación de pareja: *vid. infra b*)—, sin alegación de causa y sin trámites formales.

De hecho éste es para muchos el elemento esencial que permite distinguir entre matrimonio y parejas no casadas³³. Pero en ocasiones el análisis va más allá, y encuentra en esa libertad de ruptura el reflejo de lo que realmente constituiría la diferencia de fondo con la realidad matrimonial. Dicha diferencia estribaría en la intensidad del compromiso asumido, o *rectius*, en la ausencia de un compromiso efectivo en la relación de pareja no casada, ya que no se trata de un compromiso de futuro³⁴.

Cabe oponer a esta argumentación, en primer lugar, que la misma parte de una concepción de la pareja no casada como aquella que rechaza el matrimonio, cuando ello no siempre es así, ni puede presumirse en todo caso³⁵. Incluso en supuestos de rechazo

³³ *Vid. ad. ex.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «La libertad de elección entre matrimonio y unión libre», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 79, si bien este autor enfoca la cuestión desde la necesidad, para obtener el divorcio, de alegar y probar que concurre justa causa. Sin embargo lo cierto es que en la actualidad dicho divorcio causal, o bien ha desaparecido—como es el caso de algunas legislaciones extranjeras—, o bien, como en nuestro país, su subsistencia, heredera de las anteriores consideraciones de culpabilidad, es algo puramente formal, dada la relajación del control de las causas de divorcio en sede judicial, y el hecho de que algunas de esas causas consistan precisamente en el cese efectivo de la convivencia conyugal o separación fáctica, consentida por ambos cónyuges [art. 86. 3.ª a)] o no (art. 86. 4.ª). Con lo cual, en definitiva, por una vía o por otra, se abre la puerta al divorcio unilateral, que sólo requeriría el transcurso de un plazo desde la separación, más o menos largo según los casos. (*Vid.* en este sentido, en relación con su análisis del «vaciado de contenidos institucionales del matrimonio», REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, 1996, pp. 13 ss., en especial 15 y 23). Por eso parece más exacta la identificación que de la característica diferencial de la unión libre, frente al matrimonio, hace LACRUZ («Convivencia...»), cit., p. 1066): la *informalidad* de la disolución, sin trámites y sin transcurso de plazo, y, ulteriormente, su *baratura*, en una doble vertiente: por un lado, al no haber trámites no hay costes; y por otro, no habría en principio pensiones e indemnizaciones a cargo de uno de los convivientes. (Esto último, no obstante, resulta matizado por las resoluciones judiciales que en ocasiones, más allá de la compensación por enriquecimiento injusto, han fijado una pensión compensatoria en virtud de la aplicación analógica del art. 97 CC, así como, sobre todo, por la pensión indemnizatorio-alimenticia que las legislaciones autonómicas de parejas no casadas establecen con carácter imperativo para la ruptura de la relación: *vid. infra* III.1.)

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., pp. 125-137: en estas páginas desglosa el autor esta su idea clave, poniendo de relieve el distinto papel que en matrimonio y unión libre juegan la voluntad (dirigida a la asunción de un compromiso de futuro en los cónyuges), el compromiso, el vínculo (como plasmación jurídica de ese compromiso) y la forma. En términos coincidentes, LACRUZ («Convivencia *more uxorio*...»): «falta en la unión paramatrimonial, un vínculo jurídico contractual, como el del matrimonio...», ya que los consentimientos que entrecruzan los convivientes en orden a vivir juntos «no vinculan a la persistencia de lo que se promete como persistente».

³⁵ Nunca debe perderse de vista la diversidad de causas que subyacen a la convivencia sin matrimonio, que incluye supuestos en que los convivientes ven obstaculizado su deseo de casarse por un impedimento jurídico o de otro tipo. (Sobre esta diversidad de causas *vid. ad. ex.* SERRANO MORENO, J. L., «Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio (I)», *AC*, núm. 27, 1987, pp. 1719-1727; SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., pp. 488-489; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 35-44; SIMÓ SANTOJA, V. L., *Vida jurídica de las parejas no casadas*, Valencia, 1986, cit., pp. 17-18; BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 113-123.

de la institución matrimonial como tal no cabe excluir la voluntad de un compromiso de futuro y tendencialmente perpetuo que simplemente se rehúsa formalizar o institucionalizar de aquella manera³⁶. Por otra parte, y a la inversa, el progresivo acercamiento del matrimonio a las uniones no matrimoniales se deja sentir también en este punto, dado que, cuanto más flexible se hace el procedimiento de divorcio³⁷, el compromiso de los cónyuges se acerca bastante al de los convivientes³⁸. Compromiso que no parece residir tanto en la juridicidad o formalidad del vínculo cuanto en la voluntad día a día renovada de continuar con la comunidad de vida existente³⁹.

En todo caso el *animus* de permanencia de los convivientes implica la voluntad de compartir vida y hogar por tiempo indefinido⁴⁰, y en esto coinciden con los cónyuges, independientemente de

³⁶ En esta línea, las corrientes que se rebelan, no tanto contra el contenido material del matrimonio, sino contra su rigidez formal; o bien aquellas que defienden la constitución de una relación caracterizada por un compromiso de igual o superior validez ética: superioridad que derivaría precisamente de la no necesidad de sancionarlo mediante un vínculo jurídico-formal.

³⁷ Hasta ser posible a petición de uno de los cónyuges tras un breve tiempo de reflexión (seis meses en las legislaciones escandinavas y algunas estadounidenses) y sin alegación de causa.

³⁸ Tanto que se ha escrito que ya ni siquiera el matrimonio ha de ser tendencialmente perpetuo, que «nuestro régimen positivo permite, en la práctica, modalidades de matrimonio a ensayo o a prueba» (GARCÍA CANTERO, G., «Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)», en *Proycción Social*, núm. 2, 1994, p. 44), a pesar de que el artículo 45 CC considera irrelevante el matrimonio *ad tempus*. Este autor concluye, siguiendo a MEULDERS KLEIN, que si se avanza en esa dirección, la eficacia del vínculo matrimonial es menor que la de cualquier contrato, «es mero compromiso social que puede fácilmente eludirse». O se parecería mucho, cabe añadir, al «singular contrato» al que se refiere LACRUZ en relación con la convivencia no matrimonial: singular en cuanto que entre otras cosas su cumplimiento queda al arbitrio de las dos partes contratantes, «pero contrato no menos existente» («Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1068).

Ésta es la razón de que en algunos Ordenamientos –v. gr. el del Estado de Luisiana en EEUU– se asista actualmente al peculiar fenómeno del *matrimonio opcional*, consistente en la introducción de un matrimonio indisoluble, o de disolución por causas tasadas, al lado del matrimonio estándar (al cual se aplica un divorcio de fácil consecución). Es esta una de las manifestaciones de lo que NAVARRO-VALLS llama «el retorno del matrimonio» (vid. el artículo que lleva este título en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 29, 1999, pp. 159-170): el matrimonio que retorna –en un contexto donde el propio concepto de matrimonio ya no es unívoco– es el configurado según el modelo clásico, canónico, en el que subsistiría en estado puro aquella diferencia atinente al vínculo y al compromiso, y el que por cierto tienen *in mente* quienes siguen resaltando esa diferencia.

³⁹ En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, en el Prólogo a la obra de LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 19.

⁴⁰ LACRUZ; SANCHO REBULLIDA, *et alii*, *Elementos...*, cit., p. 402: «la convivencia es muchas veces por tiempo largo, indefinido, y en la voluntad de bastantes parejas para siempre» (subrayado añadido). Aunque también añaden que este «siempre» no suele pasar de un período corto o medio de tiempo. Al contrario, señala ESTRADA que la idea de estabilidad se refuerza ante el dato fáctico de que existen parejas que han continuado la relación toda su vida (*Las uniones...*, cit., p. 66).

esta posibilidad de poner término a la unión en cualquier momento de modo unilateral⁴¹. En esto consiste el compromiso de la pareja no casada, pues, frente a las opiniones aludidas, en la mayoría de las ocasiones lo hay, aunque sea un compromiso no juridificado y formalizado. Compromiso de convivir indefinidamente, por más que ello no signifique necesariamente «de por vida» (como tampoco porta este significado en el matrimonio civil actual). Compromiso de estabilidad, en definitiva.

Ahora bien, dada la ausencia de formalización de dicha voluntad de permanencia (salva la celebración, aún poco frecuente en nuestro Derecho, de un pacto escrito), ¿cómo comprobar si concurre? Al efecto algunos autores⁴² ven signos de la estabilidad requerida en la realización conjunta por los miembros de la pareja de determinados actos concluyentes: el reconocimiento de un hijo, la compra de una vivienda, la explotación común de negocios, o la apertura de una cuenta bancaria. También pueden tomarse en cuenta otros datos, siempre desde el presupuesto de la libertad de medios probatorios: v. gr. un certificado de empadronamiento expedido por los servicios municipales^{43, 44}.

Pero sin duda los índices de estabilidad más empleados han sido el transcurso de un plazo durante el cual la convivencia se haya prolongado y, con carácter acumulativo o disyuntivo, la existencia de hijos comunes de la pareja. Se ha seguido con ello el modelo proporcionado por las legislaciones y decisiones judiciales extranjeras, que a menudo exigen uno de estos dos requisitos,

⁴¹ Y es que a la hora de la verdad la relativa facilidad de disolución, en el matrimonio actual, no contradice la prohibición del artículo 45 CC de que aquél se sujete a término o condición –pese a lo argumentado por GARCÍA CANTERO– pues ésta se refiere a la intención inicial. Tampoco parece admisible la temporalidad, prevista *ab initio* de la unión libre. (En contra, sin embargo, LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, et alii, *Elementos...*, cit., p. 402, donde se afirma que la duración de aquélla puede convenirse o sobreentenderse limitada; así como alguna jurisprudencia extranjera, citada en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106, núm. 259.)

⁴² V. los citados por ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 66, núm. 81.

⁴³ SÁNCHEZ LORENZO (*Las parejas...*), p. 493), quien asimismo apunta cómo en las situaciones de tráfico externo los certificados de concubinatos o atestados de unión libre expedidos por las autoridades extranjeras (frecuentes desde hace un tiempo en Francia) pueden hacer fe en España en las condiciones establecidas por los artículos 600 y 601 LEC. (Igualmente, MERINO GUTIÉRREZ, «Las uniones libres y su perspectiva actual», *La Ley*, vol. I, 1988, p. 1007. Sobre el valor en sí de dichos certificados, similares en cierto modo a la inscripción en nuestros Registros de uniones civiles, vid. MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1723.)

⁴⁴ No faltan ejemplos de esta índole en sede judicial, que la antes citada STS de 18 de mayo de 1992 condensa en la presencia de «acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados». En el supuesto concreto dichas actividades en común consistieron en «el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron; la existencia y manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de sus actividades negociales compartidas».

o los dos, para conceder efectos a la convivencia de las parejas no casadas⁴⁵.

Éste es el criterio que sigue en nuestro Derecho la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, únicas normas que, antes de las regulaciones orgánicas, introducen requisitos que precisan la escueta definición de la pareja como aquella permanentemente ligada por una relación de afectividad análoga a la conyugal: dicha relación ha de haberse prolongado «durante, al menos, dos años, salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». (Vid. arts. 12, 16, 24 y disposición transitoria 2.ª LAU y 2.3 a) Ley 35/1995. Más recientemente repite los mismos criterios la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo (art. 3). Ninguno de estos requisitos aparece, en cambio, en los Decretos de los Registros de uniones civiles, para acceder a los cuales basta la simple declaración de los interesados de que conviven de forma estable.

A favor de exigir un plazo de duración de la convivencia se manifiestan diversos autores, arguyendo que resulta preciso para confirmar la seriedad del proyecto de comunidad de vida y garantizar una mínima seguridad jurídica cuando se trata de conceder efectos a la convivencia no matrimonial tanto en las relaciones *inter partes* como frente a terceros⁴⁶. En contra de esta postura se ha subrayado lo arbitrario de fijar un tiempo mínimo por debajo del cual una convivencia no se tome en consideración⁴⁷. Asimismo, se

⁴⁵ Vid. ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 67; GALLEGU, *Las parejas...*, cit., pp. 63-64; SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 493. El primero observa que las legislaciones extranjeras oscilan entre uno y quince años, y que esta exigencia de plazo es una constante en las legislaciones iberoamericanas, mientras que otros países adoptan soluciones más flexibles, como simplemente la fórmula de «un largo período de tiempo» de la legislación yugoslava.

⁴⁶ Así, ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 67, considera prudente la fijación de *lege ferenda* de un plazo de cinco años. Le sigue en este punto GALLEGU, *Las parejas...*, cit., p. 65, si bien más matizadamente, con conciencia de que ya en el momento en que éste escribe algunas normas de nuestro Derecho señalan un plazo sensiblemente más corto; pero subrayando en cualquier caso que a diferencia del matrimonio «la unión libre no desarrolla verdaderamente sus consecuencias sino tras un cierto período de tiempo, variable según las circunstancias, sin perjuicio de que llegados a ese punto puedan atribuirse efectos retroactivos a tales efectos» (pp. 62-63). Otros autores expresamente favorables a la exigencia de un plazo: BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106 (vid. *infra*, núm. 49); ESCOBAR JIMÉNEZ, «Convivencia de hecho y pensión de viudedad: una visión sobre la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 15, 1992, p. 118; MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1801; OSSORIO SERRANO, en BERCOVITZ, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 378-379; GARCÍA VILLALUENGA, L., «Las uniones familiares de hecho en el Derecho civil», *Actualidad Civil*, 41, 1996, p. 899.

⁴⁷ NOIR-MASNATA, C., *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber de sostenimiento entre esposos separados*, trad. esp. de CAMPOS COBO, Madrid, 1986, p. 30: «todo depende de las circunstancias: existen uniones queridas como estables que duran poco tiempo, como existen matrimonios de corta duración». También expresamente en contra del establecimiento de un plazo: MIRALLES GONZÁLEZ, I., «A pro-

ha hecho hincapié en que la estabilidad debe valorarse desde un punto de vista interno, en atención a la *affectio* de los convivientes, a su voluntad de vivir en pareja de modo marital⁴⁸: lo cual habría de probarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, siempre desde una perspectiva de flexibilidad⁴⁹: esta misma idea subyace al planteamiento de quienes no rechazan frontalmente el establecimiento de un plazo pero consideran que no es el mejor sistema, dado que en todo caso hay que analizar el significado y contenido de los años de convivencia transcurridos⁵⁰.

Jurisprudencialmente no se han prescrito plazos concretos⁵¹, pero se observa una tendencia a estimar una larga duración de la convivencia como argumento de peso para apreciar la estabilidad de la misma y para justificar la necesidad de tutela⁵².

En cuanto a la existencia de hijos comunes, la misma constituye otro indicio de que concurre la necesaria voluntad de perma-

pósito de la STC 222/1992, de 11 de diciembre. Las relaciones de hecho. Una lectura civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1993, pp. 677-678; y RIVERO, «La institución matrimonial y las uniones paramatrimoniales» (cit. en LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, p. 85, núm. 15).

⁴⁸ El elemento subjetivo, intencional, es determinante, de manera que, si bien es claro que esa intención se manifiesta en que la convivencia se haya prolongado en el tiempo, también podrá apreciarse cuando lleve manteniéndose durante un corto período pero sea evidente y público el propósito de los convivientes de establecer una comunidad de vida (Vid. LACRUZ, «Convivencia...», cit., p. 1067: «publicidad acaso a través de una recepción de las amistades en el hogar común o en un establecimiento *ad hoc*, equivalente al banquete de bodas». Ahora bien, poco después matiza que, por una exigencia de equidad, una unión proyectada como indefinida, que acaba sin embargo durando unos pocos meses, no ha de producir las mismas consecuencias que una que haya durado muchos años: a diferencia del matrimonio, que despliega iguales efectos desde el momento de su celebración con independencia de cuánto haya durado.

⁴⁹ JEANMART, cit. en BLANCO PÉREZ RUBIO, p. 105, núm. 257. Esta última autora objeta sin embargo que la *affectio* no es un elemento susceptible de medición, por lo que prefiere verificar la estabilidad en los términos externos de duración de la convivencia, mediante el establecimiento de un plazo: p. 106.

⁵⁰ OSSORIO y GALLARDO, cit. en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106, núm. 258. En resumidas cuentas, al igual que en tantas otras hipótesis, el dilema se presenta entre las opciones de seguridad, pero rigidez, y flexibilidad, pero incertidumbre. Hay que precisar no obstante que autores partidarios, en línea de principio, de la exigencia de plazo no descartan el recurso a otros medios, si bien advirtiendo que «los Jueces, en este tema, han de ser especialmente rigurosos» (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 68).

⁵¹ En la SAP de Baleares de 18 de mayo de 1998 se dice que, «en lo que se refiere a la nota de estabilidad o duración que debe presidir la relación de que se trate para poder ser tenida como verdadera “unión de hecho”, es evidente la variabilidad en cada caso, sin que exista prefijado de antemano un límite temporal mínimo (un año, tres años, tres meses)...».

⁵² En la STS de 20 de octubre de 1994 se afirmó «esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, como la presente, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación»; y la STS de 24 de diciembre del mismo año calificó una unión de «estable y duradera, puesto que alcanzó catorce años». Ello sin perjuicio de que en otras ocasiones también se hayan amparado relaciones convivenciales de duración notoriamente inferior (v. gr. de apenas dos años: *vid.* STS de 21 de octubre de 1992), cuya estabilidad, sin embargo, ha podido en ocasiones ser rechazada por tribunales inferiores (Vid. v. gr. SAT de Barcelona de 21 de noviembre de 1988, que no juzgó suficiente al efecto un plazo de tres años).

nencia. Ahora bien, es preciso recalcar que su toma en consideración se hace sólo a estos efectos, para determinar la relevancia que la unión tiene para el Derecho. Lo cual es algo distinto de que, además, la filiación haga surgir relaciones jurídicas entre los progenitores y los hijos (deberes de patria potestad –arts. 154 ss. CC– y/o de cuidado y alimentos –arts. 110 y 142 ss. CC–, principalmente): relaciones verticales, diferenciadas de las relaciones horizontales entre los miembros de la pareja, que existen por otra parte con independencia de estas últimas (es decir, con independencia de que los progenitores convivan en pareja), y que son iguales a las que surgen de la filiación matrimonial, por imperativo del principio de igualdad. Pero la tutela de la pareja en sí (de las relaciones horizontales) no ha de estar condicionada a la existencia de hijos comunes de la misma⁵³. En primer lugar porque, si el modelo de referencia es el del matrimonio, tampoco la filiación es imprescindible en él: su tutela jurídica hoy en día es incluso independiente de la posibilidad, expectativa o intención de tener descendencia. La función esencial del matrimonio ha dejado de ser la procreación⁵⁴. En segundo lugar, es de notar que el artículo 39.1 CE (donde es comúnmente admitido que se reconoce implícitamente la convivencia no matrimonial) no alude a la filiación, que es objeto de los dos siguientes apartados⁵⁵. Por lo tanto, también hay pareja no casada productora de efectos jurídicos aunque no existan hijos comunes: lo que ocurre es que, si existen éstos, será más fácil apreciar la estabilidad requerida y flexibilizar así el requisito de la duración.

⁵³ Recuerda ESTRADA cómo parte de la doctrina italiana confunde ambos aspectos, al sostener que la atribución de consecuencias jurídicas a la unión libre depende de la procreación: frente a ello distingue entre *familia natural*, que existe por la consanguinidad –y en la que, cabría añadir, no es precisa la convivencia– y *familia de hecho* o unión libre, fundada en la convivencia y circunscrita a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, con independencia de que exista filiación, y en la que ésta como se ha dicho, se toma como indicativo de la estabilidad de la convivencia. (Sobre la distinción entre ambos conceptos, *vid.* también BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 112-113.)

De todas formas, el prejuicio es pertinaz, también en nuestra doctrina: por ello no es unánime la consideración como familia de la pareja no casada sin hijos (aunque se le reconozcan efectos), pese a que de la jurisprudencia del TC se desprende claramente que lo es (*vid.* por todas STC 222/1992).

⁵⁴ Como confirma la desaparición del antiguo impedimento de impotencia [*vid.* GARCÍA CANTERO, en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*; t. II; arts. 42 a 107 CC; Madrid, 1982, pp. 45 ss.].

⁵⁵ La disociación pareja-hijos camina, pues, en dos sentidos: ni la convivencia en pareja (matrimonial o no) es «para» tener hijos, ni para ello hace falta vivir en pareja. Así lo demuestra la proliferación de familias monoparentales, reforzada por la autorización que la ley concede a un soltero para que, individualmente, pueda adoptar, o a una mujer soltera para que, también individualmente, pueda recurrir a las técnicas de reproducción asistida (*vid.* art. 175 CC y Ley 35/1988, de 22 de noviembre, arts. 6 y 8.2).

b) La continuidad

Distinta en rigor de la estabilidad, aunque relacionada con ella, es la exigencia de que la convivencia sea además continua⁵⁶. En sentido estricto, si se parte de la premisa ya vista de que la convivencia es constitutiva de la unión libre (no una consecuencia, como en el matrimonio), una interrupción de aquélla provocaría la desaparición de ésta. Sin embargo, es precisa una cierta flexibilidad en este requisito. En este sentido se ha precisado que «la continuidad de la relación debe mostrarse [...] no tanto por su realidad material, sino por la voluntad tendencial de estar juntos»⁵⁷. De modo que no debe apreciarse ruptura de la continuidad por el hecho de que existan separaciones ocasionales debidas a motivos externos (v. gr. a causa de razones laborales, militares o presidiarias⁵⁸, o en supuestos de enfermedad⁵⁹), sin que haya voluntad de disolución. Esta discontinuidad «circunstancial» (a la que se ha referido algún pronunciamiento judicial: *vid. ad. ex.* SAP de Granada de 5 de marzo de 1996 o STS de 16 de diciembre del mismo año) no interrumpe, pues, la comunidad de vida⁶⁰.

c) La exclusividad

Que la convivencia no matrimonial, en su sentido restringido, ha de ser exclusiva⁶¹, se manifiesta en la propia identificación de esta noción con la de pareja no casada, apuntando, por tanto, a una relación bímembre. La exclusividad no es en general requerida explícitamente por las normas o decisiones judiciales, que simple-

⁵⁶ Recuérdese que se han excluido del concepto las uniones denominadas por LACRUZ «saltuarias», que se repiten intermitentemente por temporadas.

⁵⁷ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 68. Para llegar a esta conclusión aduce que, ya que el parámetro es la vida conyugal, no puede, por lógica, exigirse más a los convivientes que a los esposos, a los cuales se les permiten separaciones por «motivos laborales, profesionales u otros de naturaleza análoga» que no implican cese efectivo de la convivencia conyugal (art. 87.II CC). Con ser ello cierto, también lo es que el cese efectivo de la vida conyugal no supone el fin del matrimonio, como sí el de la pareja no casada, dada la función sustitutiva de esta situación fáctica respecto del vínculo formal.

⁵⁸ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 65.

⁵⁹ BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 4; GALLEGU, *Las parejas...*, cit., p. 61.

⁶⁰ Esto es lo que vienen a decir las interpretaciones generadas en la doctrina francesa a propósito del artículo 340. 4.º CC, relativo al concubinato notorio. Éste, al exigir «en defecto de comunidad de vida, relaciones estables y continuas», parece significar que la comunidad de vida y la continuidad de las relaciones son cosas distintas, cuando en rigor lo segundo integra lo primero. En realidad donde dice «comunidad de vida» entienden los autores que quiere decirse «cohabitación», la cual puede quedar en suspenso si se configura la exigencia de continuidad del modo flexible que se ha visto (*Ad rem vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, pp. 64-65, y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 104 y 105, en especial núm. 248).

⁶¹ MALAURIE-AYNES, cits. en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 106; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 69.

mente la presuponen. (Tan sólo en algún Registro de uniones civiles, como v. gr. en el de la Comunidad andaluza –*vid.* Decreto 3/1996, de 9 de enero– se concreta en la prohibición de efectuar una inscripción cuando alguno de los miembros de la pareja conste inscrito como integrante de una unión civil en otro Registro similar).

Esta exigencia responde a un doble orden de razones:

– En primer lugar, la falta de este requisito puede derivar de, y señalar, la ausencia de estabilidad y, por tanto, de una verdadera comunidad de vida.

– En segundo lugar, se dice, el hecho de que la convivencia deba desarrollarse conforme al modelo matrimonial conlleva una exigencia de monogamia, pues ésta es una característica esencial del matrimonio en nuestro sistema⁶².

Ahora bien, es preciso distinguir tres situaciones que a menudo aparecen mezcladas al hablar de este requisito:

1.^a La relación extramatrimonial que se simultanea con una matrimonial o bien con una situación de convivencia de hecho. La consideración como pareja de aquella relación no es posible por faltarle el propio y esencial requisito de la convivencia⁶³.

2.^a La pareja en la cual uno de sus miembros está aún casado con otra persona, de la que se encuentra separado, legalmente o de hecho. Esta situación se estudiará al analizar los componentes subjetivos del concepto de pareja no casada. Basta señalar, de momento, que la misma no comporta, a diferencia de la anterior, ausencia de exclusividad, pues supone que ha cesado la comunidad de vida con el cónyuge, y se ha establecido en su lugar con el conviviente.

3.^a Las relaciones propiamente poligámicas (o poliándricas), en que se establecen relaciones simultáneas con varias personas, con cada una de las cuales, sin embargo, existe comunidad de vida

⁶² BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 107; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 69; GALLEGU, *Las parejas...*, cit., p. 53. La STS de 24 de diciembre de 1994 requiere, para que la convivencia sea semejante al matrimonio, que entre los convivientes exista «relación sexual monogámica».

⁶³ En este sentido aclaran LACRUZ /SANCHO REBULLIDA que no integran el concepto de pareja no casada «las relaciones sexuales continuadas pero limitadas a la comunidad de lecho: el caso más frecuente, el del marido que vive en familia y visita todos los días a otra mujer, a la que mantiene» (*Elementos...*, cit., p. 401). En algún ejemplo de esta concurrencia entre relación matrimonial y extramatrimonial se ha negado la calificación de convivencia *more uxorio*: *vid.* S. de 5 de marzo de 1990 del Juzgado de 1.^a instancia núm. 4 de Córdoba (recogida por GALLEGU, *Las parejas...*, cit., p. 53). Asimismo, BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 103, recalca que los integrantes de la relación deben formar un hogar, pues si no estamos en presencia simplemente de lo que en términos vulgares se conoce como amantes.

y habitación. En estos casos podría haber varias relaciones extra-matrimoniales⁶⁴, o bien coexistir una relación matrimonial con otras que, o tampoco lo son, o no tienen esta consideración conforme al Ordenamiento estatal, a pesar de sí constituir matrimonio de acuerdo con una confesión religiosa que admita la poligamia. En el supuesto se aprecian, pues, subdivisiones, no irrelevantes desde el punto de vista de su consideración jurídica, como enseguida se precisará.

Esta hipótesis plantea problemas. Su exclusión del concepto, que realizan la mayor parte de los autores⁶⁵, no obedece al primer orden de razones antes apuntadas, en cuanto aquí parece perfectamente posible la existencia de una comunidad de vida, estable y duradera, bajo un mismo techo, de las varias personas que entran en relación. La negación, entonces, del reconocimiento jurídico de esta convivencia parece basarla la generalidad de la doctrina en la aplicación de esquemas matrimonialistas, esto es, en una exigencia de analogía respecto del modelo conyugal. Ahora bien, si la analogía no se establece con la institución matrimonial en sí misma considerada y, por lo tanto, con los requisitos que deben concurrir en su formación, sino con la relación de afectividad y la comunidad de vida, ha de tenerse en cuenta que en una relación poligámica son perfectamente posibles tanto un afecto de esa intensidad como la existencia de un *consortium omnis vitae*⁶⁶.

Sin embargo, la inclusión de este tipo de situaciones en el concepto de convivencia no matrimonial en sentido restringido puede rechazarse no ya desde la comparación con el matrimonio como institución, sino desde la comparación con la relación de afectividad, si entendemos que ésta, para ser análoga a la conyugal, exige, según nuestra conciencia social y jurídica, la exclusividad⁶⁷. Esta

⁶⁴ V. gr. convivencia de un hombre con dos concubinas, como en el caso de la sentencia de la *Cour de Cassation* de París de 18 de noviembre de 1932, que concedió indemnización a aquellas dos por muerte del primero y que suscitó el comentario de que los tribunales franceses «amparaban no ya la unión libre, sino la misma poligamia» (recogido por ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 70; y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 107, núm. 262).

⁶⁵ Vid. autores citados en núm. 62.

⁶⁶ *Ad rem vid.* GAVIDIA, *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995, p. 23, si bien este autor se refiere a una cuestión más amplia, dentro de su concepto extensivo de unión libre que habrá ocasión de comentar más adelante (*infra* II.2.). Directamente, en relación con el supuesto que nos ocupa, ALENDA SALINAS («Poligamia musulmana y unión de hecho», en MARTINELL y ARECES PIÑOL (eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998), de quien procede la siguiente afirmación: «me resulta costoso aceptar que una relación de afectividad como tal, tan intensa como la matrimonial, no pueda tenerse por parte de un islámico respecto de su segunda o tercera mujer, esto es, que basándonos únicamente en el número de componentes pueda excluirse un afecto análogo al matrimonial» (pp. 104 y 105).

⁶⁷ ALENDA SALINAS, «Poligamia...», *ibid.*

explicación parece más plausible, y enlazaría con razones de orden público que se tendrían en cuenta, igual que para negar la compatibilidad de dos vínculos matrimoniales simultáneos, para rechazar tanto dos «vínculos» extramatrimoniales como uno matrimonial y otro extramatrimonial, con la justificación de que esa circunstancia es contraria a las convicciones sociales. En este último caso (concurrentia de unión matrimonial y extramatrimonial) la exclusión se basaría además en la monogamia del sistema matrimonial en sí y, por tanto, actuaría como un mecanismo de protección del primer matrimonio⁶⁸.

Ahora bien, todavía dentro de la hipótesis de simultaneidad matrimonio-unión de hecho, habría que hacer una matización si la segunda fuera matrimonio para el sistema confesional correspondiente. Porque ese caso demanda un especial cuidado en su tratamiento, dada la constitución de la relación al amparo de la herencia cultural y religiosa. Y con ello no quiere decirse que negarle efectos violara la libertad de religión⁶⁹, puesto que esta encuentra su límite precisamente en el orden público, y parece indudable que conforme a nuestro entorno social y jurídico el contenido concreto de ese orden público vendría aquí representado *inter alia* por otros derechos fundamentales como la igualdad de sexos y la dignidad de la persona (generalmente la mujer), contra los que la admisión de la poligamia (aun cuando el cauce de esa admisión no fuera el reconocimiento del segundo o ulteriores matrimonios, sino el de su consideración como unión de hecho con relevancia jurídica) chocaría. No parece que un escrutinio estricto, obligado cuando se trata de restricciones a derechos fundamentales y de colisión entre varios de ellos, permita conducir a otra conclusión.

De todos modos, el no reconocimiento como pareja no casada de estas uniones (entendido como medida tendente a desincentivarlas para el futuro) no debería identificarse con una total privación de efectos mientras, en todo caso, sigan existiendo al margen del Derecho, pues con ello se hace un flaco favor a la persona (en la práctica la mujer) cuya igualdad y libertad, jurídicas y teóricas, se toman como punto de partida, pero que normalmente no serán «reales y efectivas» (art. 9.2 CE), dado el peso de aquella tradición social,

⁶⁸ Nuevamente, ALEDA SALINAS, «Poligamia...», cit., p. 110.

⁶⁹ ESTRADA parece abrir la puerta a una excepción a la exigencia de monogamia en la unión libre al decir que «también ha de pretenderse, en la medida que no se contradiga la libertad religiosa proclamada en el artículo 16 de la Constitución, que la relación sea monogámica» (p. 69, subrayado añadido). Esto entroncaría con la consideración como unión de hecho que los matrimonios religiosos no reconocidos, sin efectos civiles, tienen en algunos Ordenamientos, de que el mismo autor da noticia (pp. 41 y 43). Sin embargo no aborda directamente el problema.

cultural y religiosa. Si las exigencias de protección de la parte más débil son el *telos* en que coincide prácticamente toda la doctrina (independientemente de cuál sea su postura acerca de una regulación de la convivencia no matrimonial, más o menos intensa, y sobre el cauce normativo para ello), está claro que no pueden soslayarse en circunstancias especialmente delicadas como ésta. El problema estriba en cómo coordinar esas exigencias, que implican la concesión de particulares efectos jurídicos al respecto, con la imposibilidad de otorgar relevancia jurídica a la relación *in complexu* por las razones señaladas. Una solución podría hallarse en la inclusión de estas hipótesis dentro del concepto amplio de convivencia no matrimonial, lo cual será objeto de examen más adelante⁷⁰. Otra sería, *de lege ferenda*, que aquellos efectos pudieran consagrarse incluso legislativamente, siguiendo el ejemplo que en este punto proporciona el Derecho canónico⁷¹. En última instancia siempre cabría la remisión a la justicia del caso concreto.

d) El cumplimiento de los deberes matrimoniales

El siguiente interrogante que suele plantearse la doctrina estudiosa del tema es el de si, para que la convivencia pueda tildarse de marital, la pareja ha de observar los deberes de tipo personal propios de los cónyuges, enunciados en nuestro Derecho, esencialmente, en los artículos 67 y 68 CC: deber de respeto, ayuda y socorro mutuos, de actuación en interés de la familia, de vivir juntos y de guardarse fidelidad.

En la práctica es el deber de fidelidad el que ha suscitado más dudas, pues los demás resultan inescindibles de la propia idea de la convivencia y de la comunidad de vida y cuidados⁷². Lo único que hay que destacar, una vez más, es que, en cuanto elementos integrantes de esa comunidad de vida, no resultan aquí una consecuen-

⁷⁰ *Infra*, II.2.

⁷¹ *Vid.* canon 1.148, donde se concede una mínima protección al cónyuge o cónyuges «apartados»:

«1.148.1. Al recibir el bautismo en la Iglesia Católica un no bautizado que tenga simultáneamente varias mujeres tampoco bautizadas, si le resulta duro permanecer con la primera de ellas, puede quedarse con una de las otras, apartando de sí las demás. Lo mismo vale para la mujer no bautizada que tenga simultáneamente varios maridos no bautizados.
[...]

3. Teniendo en cuenta la condición moral, social y económica de los lugares y de las personas, el Ordinario del lugar ha de cuidar de que, según las normas de la justicia, de la caridad cristiana y de la caridad natural, se provea suficientemente a las necesidades de la primera mujer y de las demás que hayan sido apartadas.»

⁷² Alguna jurisprudencia se ha referido, como elemento constitutivo de la unión libre, al cumplimiento voluntario y espontáneo no de deberes matrimoniales, sino de deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos (*vid.* SAP de Palma de Mallorca de 15 de mayo de 1998).

cia de un vínculo formal que por definición no existe, sino la condición misma o elemento constitutivo de la relación de pareja. De ahí que no se configuren como deberes propiamente dichos, sino como elementos cuya observancia espontánea y voluntaria da vida a la convivencia no matrimonial⁷³.

En cuanto al deber de fidelidad, tampoco en la práctica debería ocasionar problemas, dado que, si de lo que se trata es de comprobar si la relación de afecto es similar a la conyugal, basta con que aquél tenga la misma virtualidad que en el matrimonio: esto es, como deber fundamentalmente moral, cuya infracción es en gran medida una cuestión personal de los cónyuges. Nuevamente no ha de exigirse más a los convivientes que a los esposos, en principio⁷⁴. Ahora bien, también aquí la existencia de matrimonio es relevante en cuanto que el vínculo que éste crea subsiste a pesar del incumplimiento de los deberes mientras no haya disolución formal, mientras que para los convivientes ese incumplimiento es capaz de producir la desaparición de la situación de comunidad de vida. En este sentido una infidelidad reiterada puede dar lugar (además de como es obvio a la decisión de la otra parte de extinguir la relación) a que la convivencia no se tenga por marital, en cuanto aquella infidelidad sea indicativa de la ausencia de *affectio*⁷⁵.

Por otro lado, la infracción de estos deberes no vendrá lógicamente acompañada de las sanciones indirectas que recibe en el matrimonio, en tanto que causa de separación y divorcio, de desheredación y de pérdida del derecho a alimentos⁷⁶. Pero podrían los convivientes celebrar un contrato en el que se previesen al menos estas dos últimas consecuencias (no la primera, pues la extinción de la unión ha de ser libre por definición, al margen de que *de facto* ese incumplimiento sea un motivo comprensible de ruptura): supresión de los efectos sucesorios⁷⁷ y alimenticios que se hubieran

⁷³ Cobra así sentido la afirmación de que la falta de cumplimiento de los deberes del artículo 67 y 68 CC, en cuanto no tienen para la pareja de hecho más que una fuerza moral cimentada en la gratitud y la responsabilidad, no acarrea sanción jurídica, pero sin embargo priva de los efectos favorables que el Derecho deba otorgar a la pareja (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 56). Si priva de estos efectos es precisamente porque no se considera que haya pareja.

⁷⁴ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 58 y 59, quien cita, sin embargo, opiniones según las cuales la fidelidad en la unión libre ha de ser más fuerte que en el matrimonio mismo.

⁷⁵ Vid. BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 107 y los que cita. Las opiniones aludidas en la nota anterior probablemente puedan interpretarse en este sentido: una conducta tendencialmente fiel es constitutiva, en tanto que integrante de la *affectio*, de la convivencia *more uxorio*.

⁷⁶ Vid. respectivamente artículos 82.1.ª (y 86), 855.1.ª y 152.4.ª CC.

⁷⁷ Puede sorprender la referencia a efectos sucesorios acordados, ya que el Derecho civil español común (no así algunos Derechos forales) prohíbe los pactos sucesorios (art. 1271.II CC). Sin embargo, esta regla podría derogarse para la convivencia no matrimo-

acordado. Esta posibilidad, que hasta ahora venía vedada por el parecer mayoritario de la doctrina de que los contratos entre convivientes sólo podían versar sobre asuntos económicos, comenzó a ser tomada en cuenta ante la previsión de los Registros de uniones civiles de que las partes regulasen por pacto los aspectos patrimoniales y *personales* de su relación, lo que ha llevado a algunos autores incluso a permitir su aseguramiento mediante una cláusula penal, que sería moderable, en todo, caso en sede judicial ⁷⁸.

e) La notoriedad y publicidad

Con este requisito se alude a la necesidad de que la relación sea conocida por el entorno y los terceros. La varias veces citada STS de 18 de mayo de 1992 considera que la convivencia *more uxorio* ha de ser «practicada de forma externa y pública» y la también con anterioridad aludida STS de 16 de diciembre de 1996 tuvo en cuenta que la «convivencia [...] creó [...] un claro reconocimiento social». Las decisiones de Tribunales inferiores recogen asimismo esta nota (hablando, v. gr. de «la proyección pública de la comunidad de vida» –SAP de Asturias de 4 de noviembre de 1994– o del «carácter público y notorio de la probada convivencia, si bien con ausencia de forma» –SAP de Córdoba de 15 de junio de 1992–) ⁷⁹.

Quedarían así excluidas de tutela las relaciones ocultas o secretas ⁸⁰, en tanto dicha ocultación puede denotar la ausencia de un auténtico modo de vida marital, a la par que la publicidad representa un medio de prueba del hecho de la convivencia ^{81, 82}.

nial, en sentido amplio, si finalmente fuera aprobada la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil (*vid. infra* III.1.2), que permite a las partes incluir en el mismo aquellos efectos (art. 1.5). Así lo advierte JORDANO BAREA, J. B., «Matrimonio y unión libre», *Actualidad Civil*, núm. 6, 1999, p. 189.

⁷⁸ *Vid. ad. ex.* BERNARD MAINAR, R., «Uniones o matrimonios de hecho: nuevos intentos legislativos», en *Proyecto Social*, núm. 6, 1998, p. 67.

⁷⁹ Los actos concluyentes y conjuntos de los interesados que ayudaban a considerar una pareja como estable (al margen de la duración de la convivencia y de la presencia de hijos: *vid. supra*) son también elementos que permiten constatar la publicidad de la convivencia: *vid.* en este sentido nuevamente la STS de 18 de mayo de 1992.

⁸⁰ ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 52; BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 110.

⁸¹ SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 494.

⁸² No obstante, el «secreto» no supone rotundamente la negación de todo efecto jurídico. Pueden por el contrario producirse ciertos efectos en las relaciones internas entre los sujetos (v. gr. indemnizaciones recíprocas, entregas materiales en cumplimiento de una obligación natural que jugaría como causa, etc. Junto a ello cabe pensar en supuestos en que, a pesar de la falta de una notoriedad «social», haya una notoriedad «relativa», cuando los terceros concretos que se relacionan con los convivientes conocen su condición. Respecto a esos terceros habrían de deducirse los efectos positivos o negativos que en cada caso fueran pertinentes, pues la buena fe que se pretende salvaguardar no concurriría si el tercero en cuestión alega ignorancia de la relación, basándose en la intención, incluso fraudulenta, de los convivientes de ocultarla, si a pesar de

Aparte de esta función probatoria, la notoriedad no añade mucho al resto de los elementos⁸³, sino que simplemente los refuerza. Y es que, aunque se haya llegado a hablar, en relación con este elemento, de la necesidad de una *posesión de estado* matrimonial, integrada por la consabida tripartición de *nomen, tractatus y fama*⁸⁴, esto no parece exacto, desde el momento en que no es en absoluto necesario (ni tampoco relativamente frecuente) que los miembros de la pareja utilicen el mismo nombre (*nomen*), ni que se hagan pasar por esposos (*fama*)⁸⁵. Tan sólo el *tractatus* (comportamiento de la pareja de acuerdo con el patrón matrimonial) sería relevante⁸⁶. Pero ni el mismo configura por sí solo aquella posesión de estado, ni es distinto del elemento de la *affectio*, con el que en definitiva coincide.

f) Las relaciones sexuales

El carácter marital de la relación se ha anudado con cierta frecuencia a que sus miembros mantengan relaciones sexuales entre sí. Sin embargo, éstas no son imprescindibles en el matrimonio (desde que se abandonó el requisito de la consumación): con lo cual este representa otro aspecto donde se ha exigido más a los convivientes que a los esposos⁸⁷. Las relaciones sexuales, se dice, tienen que haber existido en algún momento. Más aún, ese sería el factor diferencial respecto de las convivencias entre estudiantes,

todo se demuestra que llegó a conocerla. (Vid. sobre estas cuestiones, GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 71).

Por otro lado, apunta TALAVERA FERNÁNDEZ, que determinadas circunstancias pueden impedir, siquiera temporalmente, la publicidad: v. gr. la religión de uno de los convivientes, exigencias del trabajo, etc. Asimismo, recuerda que ha de hacerse compatible este requisito con el derecho a la intimidad y con la existencia del matrimonio secreto del artículo 54 CC (*Fundamentos...*, cit., p. 32, núm. 61).

⁸³ BLANCO, *ibid.*

⁸⁴ PUIG PEÑA, citado en ESTRADA, *Las uniones...*, p. 52.

⁸⁵ Una apariencia matrimonial debería antes al contrario ser evitada o desmentida, puesto que causa confusión para los terceros, y lo que debería manifestarse es precisamente el régimen de coexistencia diaria como pareja no casada (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 53). En contra, SÁNCHEZ LORENZO, *ibid.*, quien estima que los convivientes no tienen por qué mostrar su condición, y que cabe incluso que la oculten en una apariencia matrimonial. Por nuestra parte cabe señalar que una completa posesión de estado, con aquellos tres elementos, indica la presencia de un *matrimonio consensual*, si hay además consentimiento: y éste es un fenómeno que no se confunde con el de la pareja no casada: *vid. infra* C).

⁸⁶ ESTRADA, *ibid.*

⁸⁷ Resulta típico citar la conocida frase de RODIÈRE de que «hay matrimonios Blancos, no concubinatos blancos»: *vid. ad. ex.* ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 70; BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 109; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 77; SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 23. También suele recurrirse a la propia etimología del término concubinato (*de cum cubare*); y a las connotaciones del adjetivo «libre» aplicado a la unión de estas características (libre, por permitir una relación sexual fuera del matrimonio). Como cualquier argumento etimológico, resulta discutible y poco convincente.

amigos, etc.⁸⁸. Se admite, sin embargo, que luego cesen por cualquier causa, sin que ello lleve a no considerar como pareja no casada a los convivientes.

Compartimos, por el contrario, la opinión de que las relaciones sexuales, aunque se presumen y son elemento frecuente en la convivencia no matrimonial en sentido restringido, no son determinantes ni configuradoras de la misma⁸⁹. En primer lugar, huelga decir que no son susceptibles de prueba, pues pertenecen a la esfera privada y de libertad de la persona, por lo que, en virtud del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, nunca podría condicionarse la calificación como marital de una convivencia a la comprobación de su práctica. En segundo lugar, además, no tiene por qué excluirse *a priori* la voluntad de la pareja de prescindir de ellas⁹⁰. Y en tercer lugar, no parece que algo que «haya sucedido en algún momento», y que posteriormente pueda dejar de existir durante largo tiempo, incluso toda la vida, tenga entidad suficiente para cualificar la convivencia. Reiteramos en cambio que el componente cualificador está en la *affectio maritalis*, de la cual las relaciones sexuales son elemento *natural*, pero no *esencial*. La *affectio*, por así decirlo, presupone una apertura a la relación sexual, una dimensión sexual o de atracción mutua, la cual no tiene, sin embargo, por qué manifestarse en una relación carnal⁹¹. Si la ausencia de relaciones sexuales se toma como indicador de la falta de *affectio*, ello, en todo caso, deberá hacerse en conjunción con otras circunstancias.

⁸⁸ Su inicio, opina ESTRADA, «convierte la mera convivencia en unión libre» (*ibid.*). Asimismo, BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., para quien sin este elemento sería difícil configurar una verdadera y propia unión libre y su relativa problemática jurídica (*Parejas no casadas...*, cit., p. 113).

⁸⁹ De este parecer, NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales...*, cit., p. 30, a quien sigue SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 494.

⁹⁰ Esto es, de mantener «relaciones puramente espirituales» (BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 109). No se trata de un supuesto meramente teórico: RUBELLIN-DEVICHI (cit. en CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», cit., p. 568) da cuenta de parejas en las que los convivientes habían tenido una larga vida matrimonial precedente y no deseaba mantener relaciones carnales para el futuro. La unión libre sin relación sexual podría derivar también simplemente de inconsumación: GAZZONI, cit. en ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 71.

⁹¹ La SAP de Toledo de 2 de noviembre de 1994 no entendió necesario el requisito de las relaciones sexuales, al estimar compatible la incapacidad permanente absoluta de uno de los convivientes con la existencia de una convivencia *more uxorio*. Al respecto recordó que «las relaciones sexuales no constituyen obviamente un requisito de la convivencia matrimonial, pues ello implicaría que la misma cesa cuando lo hace la aptitud de los cónyuges para mantenerlas, lo que puede ocurrir por propia determinación de la voluntad de uno o de ambos como a causa de otros factores como la edad o el estado físico de los esposos, sin que en tales supuestos sea admisible negar esta convivencia; además, las relaciones de tal carácter no se restringen al acto del coito, por lo que, en principio, nada impide el mantenimiento de tal clase de relaciones con independencia del estado de salud».

A la inversa es importante apereibirse de cómo una convivencia consistente en el mero hecho de compartir vivienda, sin intención de desarrollar una comunidad de vida y de cuidados, no se convierte en convivencia marital sólo porque además los convivientes mantengan relaciones sexuales⁹².

g) Las relaciones económicas

La comunidad de vida propia de una relación de pareja suele conllevar una puesta en común de recursos económicos, y de hecho la existencia de un entramado económico entre sus miembros, su participación conjunta en actividades económicas, y datos similares pueden ser un indicio de esa comunidad de vida. Las relaciones económicas entre convivientes son, por otro lado, uno de los aspectos más estudiados por la doctrina que ha dedicado atención a las parejas no casadas.

Sin embargo, no es algo que venga exigido por el carácter marital de la convivencia, dado que en el propio matrimonio pueden los cónyuges optar por una separación de sus respectivas economías⁹³. De hecho, ante la falta de un régimen legal, la separación se presume en línea de principio, y para derogar esa situación es preciso un pacto expreso o implícito al respecto, con todas las modalidades que respecto de uno u otro han ido admitiendo doctrina y jurisprudencia, y los problemas que éstos plantean⁹⁴.

⁹² La SAP de Toledo citada en la nota anterior continúa diciendo que, «por el contrario, tampoco la existencia de contactos sexuales, cualquiera que sea su naturaleza, es sinónimo de convivencia matrimonial, puesto que es perfectamente concebible la existencia de aquéllos sin ningún otro tipo de aditamento típico de ésta». Resultan en este sentido sumamente expresivas las palabras de GAVIDIA («La libertad de elección...», cit., p. 125), que se transcriben a modo de conclusión: «lo que sí está claro es que si se pretende que el carácter marital de la convivencia resulte de que [los convivientes] mantengan relaciones sexuales entre ellos, además de ser vano el intento en el terreno probatorio [...], es que [...] no haría marital una convivencia de (dos) estudiantes que se limitan a compartir un piso y unos gastos, aunque practicasen sexo juntos hasta la extenuación, ya que esta unión no está planteada como familiar [...]; ni dejaría de ser una unión familiar la de quienes se cuidan recíprocamente, y anteponen el interés del otro al propio, por el hecho de que no mantengan relaciones sexuales entre sí».

El problema reside entonces en si esa sola presunción no contrastable y esa sola hipotética apertura a la sexualidad justifican la distinción entre un concepto restringido y un concepto amplio de convivencia no matrimonial: sobre ello se reflexiona más adelante (*vid. infra* II.2).

⁹³ GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 68.

⁹⁴ Contrato de sociedad universal de ganancias, comunidad de bienes, sociedad de hecho tácita, sociedad civil irregular... Los problemas más relevantes al efecto derivan, por un lado, de la propia noción de pactos tácitos, a menudo no suficiente para desvirtuar, desde un punto de vista riguroso, la citada presunción de separación de economías, y mediante la cual los tribunales han recurrido con frecuencia a la extracción de una voluntad en realidad ficticia de las partes, a fin de «camuflar» la aplicación de soluciones de equidad. Por otro lado, los eventuales pactos expresos suscitan problemas de admisibilidad de su contenido y extensión: en concreto el de la posibilidad (en ausencia de una norma habi-

B) *Los elementos subjetivos*

En relación con los sujetos que conviven, cuatro cuestiones suelen ser examinadas: las relativas al sexo de los mismos (si es preciso que, como en el matrimonio, sean de sexo opuesto), a la edad requerida para integrar una relación de este tipo, a la necesidad de que no se hallen ligados a otra persona por vínculo matrimonial previo, y a la ausencia de impedimentos matrimoniales.

El referente inevitable de este análisis son los requisitos de capacidad e impedimentos establecidos para el matrimonio⁹⁵. No obstante, ya se ha advertido del riesgo de desembocar en una nueva definición del matrimonio (un «redescubrimiento» del mismo, parafraseando a Lacruz⁹⁶) por esta vía, con olvido del punto de partida fundamental: se trata de situaciones distintas^{97, 98}. Al respecto

litadora como las que hoy están incluidas en las regulaciones orgánicas) de acordar el sometimiento a un régimen matrimonial como tal. *Vid.* por todos GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 125-224; y últimamente MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho: análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Pamplona, 1999, pp. 106-117, 121-149, 197-216.

⁹⁵ Seguiremos aquí la distinción, que efectúa GARCÍA CANTERO, entre requisitos de capacidad e impedimentos en sentido estricto (*Vid.* Comentario a los arts. 42 a 107 del CC, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 81). Los primeros se refieren a la abstracta facultad nupcial de contraer matrimonio con cualquier persona, y se formulan de modo negativo, como *prohibiciones absolutas*: son los contenidos en el artículo 46 CC, que veda el matrimonio a los menores de edad no emancipados y a los ligados por vínculo matrimonial. Los segundos, en cambio, presuponen la capacidad matrimonial, pero, en tanto que prohibiciones *relativas*, obstaculizan el matrimonio entre personas determinadas: se trata de los que recoge el artículo 47 CC al establecer que «tampoco pueden contraer matrimonio *entre sí*» (subrayado añadido) los parientes próximos (en línea recta por consanguinidad o adopción y en línea colateral por consanguinidad hasta el tercer grado) y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Sin embargo, puesto que es usual hallar la denominación de «impedimento», en sentido amplio, aplicada a las prohibiciones o requisitos de capacidad del artículo 46, también en lo que sigue se hablará ocasionalmente del «impedimento» de edad o del de vínculo matrimonial previo.

Por otro lado, como *prius* de los requisitos de capacidad y de los impedimentos de los artículos 46 y 47 CC, se encuentra el asimismo requisito subjetivo de la diferencia de sexos entre los contrayentes: principio que da por supuesto el artículo 44 CC, que a su vez sigue al artículo 32. I CE. (*Vid.* asimismo GARCÍA CANTERO, *loc. cit.*, p. 70; e *infra* a continuación p. 31). La identidad de sexo no se configura por tanto como un impedimento, ya que, al aludir positivamente a la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio regulado por el Código, éste no considera necesario excluir lo que ya de por sí está excluido de la propia definición.

⁹⁶ «Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1062.

⁹⁷ La confusión, que como se tendrá oportunidad de comprobar se ha trasvasado a las regulaciones legislativas orgánicas en nuestro Derecho, ha venido en buena parte propiciada por el hecho de que la exigencia de condiciones de capacidad iguales a las del matrimonio es una constante en los Ordenamientos hispanoamericanos que reconocen efectos jurídicos a la convivencia no matrimonial. Sin embargo, se trata en rigor de un fenómeno diferente: a las uniones de hecho, existentes en ese contexto social y jurídico a causa de la falta de medios económicos de sus integrantes, se les otorga en general la categoría de matrimonios: informales, pero matrimonios al fin y al cabo. [Sobre esta distinción, *vid. infra*, C)].

⁹⁸ En realidad, según sugieren REINA/ MARTINELL (*Las uniones...*, cit., pp. 38 y 39), las posturas favorables a extenderle los mismos «impedimentos» y requisitos de capacidad que al matrimonio presuponen, en el fondo, la negación del reconocimiento de la pareja no casada como tal. En efecto aquellas posturas alegan la coherencia del propio Ordenamiento

conviene, desarrollando ideas que ya se han ido avanzando, tener presentes dos cosas, ambas relacionadas.

En primer término, para el matrimonio los requisitos subjetivos (principio de heterosexualidad de los arts. 32 CE y 44 CC, y prohibiciones e impedimentos de, respectivamente, los arts. 46 y 47 CC) actúan como condiciones de ingreso en una institución definida legalmente. Son requisitos constitutivos, por tanto, de una situación institucional. Para la pareja no casada en cambio no son sino parámetros de la licitud de una convivencia ya constituida, o dicho de otro modo, consecuencias de la noción de orden público conforme a la cual hay que dilucidar si esa convivencia marital puede permitirse, y, a partir de ahí, tutelarse en alguno o algunos de sus aspectos (en atención a los intereses que se estimen dignos de protección, las opciones de política legislativa, etc.). Son requisitos en definitiva no constitutivos, sino de admisibilidad y tutela *a posteriori* de una situación fáctica⁹⁹.

En segundo lugar, aparte del distinto momento en que los requisitos operan (*ex ante* en el matrimonio, *ex post facto* en la pareja no casada), los propios requisitos no pueden ser idénticos. No tiene sentido aplicar a la pareja no casada los mismos que al matrimonio, ya que la libertad para unirse no es, no puede ser la misma, en uno y otro caso¹⁰⁰. Habrá que examinar, por consiguiente, cuál es el alcance y qué específicos límites deben acotar la libertad de dos

jurídico, arguyendo que supondría un fraude de ley atribuir efectos «matrimoniales» a uniones que el Derecho impide ser matrimoniales. A la crítica que a este planteamiento realizan los citados autores habría que añadir que el error está en ese punto de partida, en pensar que los efectos que se atribuyen a la pareja no casada son matrimoniales (cuando en realidad «la equiparación o no [...] obedece a razones distintas conexas a su vez con la institución a que se aplica»). Sorprende que sean precisamente quienes de modo más claro niegan una extensión analógica de la normativa matrimonial a la pareja no casada los que luego argumenten esa analogía para justificar que no pueda darse entrada a personas inhabilitadas para contraer matrimonio entre sí. A la hora de la verdad da la sensación de que los reacios a la concesión de efectos a la pareja no casada, ante el hecho inevitable e irreversible de que esos efectos se están concediendo y ampliando, intentan «contener» o limitar lo más posible esa concesión, siquiera en cuanto al ámbito subjetivo. Dicho de otro modo, aquéllos, alarmados por el posible debilitamiento de la institución matrimonial, tratan de que la pareja no casada «se parezca» lo más posible al matrimonio: con lo cual lo que se viene a admitir en definitiva es una suerte de «mini-matrimonio» o matrimonio informal.

⁹⁹ Pues, como observa CERDÁ GIMENO, «carece de sentido hablar de requisitos de capacidad o de impedimentos *para constituir válidamente una relación concubinaria*» («Reflexiones jurídicas sobre el concubinato», en *Estudios sobre Derecho de Familia*, Madrid, 1993, p. 532, subrayado añadido).

¹⁰⁰ En esta línea se ha dicho que la posibilidad de que algunas personas afectadas por impedimentos matrimoniales puedan ser parte de una pareja no casada no reconocida viene impuesta por la propia naturaleza del fenómeno (REINA/ MARTINELL, *Las uniones...*, cit., p. 39). Es decir, el ámbito subjetivo de la noción jurídica de pareja no casada es por definición más amplio que el de la institución del matrimonio. Así lo corroboraría alguna jurisprudencia, a tenor de la cual se incluyen «todos los supuestos en los que se acredite la convivencia *more uxorio*, tanto si a sus miembros les hubiera resultado posible contraer matrimonio entre sí como si así no fuera» (SAP de Madrid de 28 de marzo de 1995).

personas para convivir maritalmente sin estar casadas, a fin de concretar qué requisitos, de los establecidos para el matrimonio, son aplicables también a esta relación de pareja extramatrimonial.

a) El sexo

Durante un tiempo fue dominante en la dogmática civilista la idea de que la heterosexualidad era un elemento definidor o un requisito de la convivencia *more uxorio*¹⁰¹. Se aducían al respecto varias razones:

1.^a La más tradicional partía de la analogía o paralelismo entre la relación matrimonial y la extramatrimonial. Silogísticamente se argumentaba que si la relación había de ser, para desplegar efectos, análoga a la matrimonial, siendo la heterosexualidad un rasgo esencial del matrimonio, también la pareja no casada debía estar compuesta por personas de sexo diferente¹⁰².

La heterosexualidad del matrimonio en nuestro sistema, que constituye la segunda premisa del silogismo, parece difícil de discutir. Las interpretaciones que en ocasiones se han esgrimido atendiendo al estricto tenor literal del artículo 32.1 CE (cuya fórmula prácticamente repite el art. 44 CC) ni han prosperado¹⁰³, ni resisten

¹⁰¹ Dicho requisito se halla implícito asimismo en la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales, como pone de relieve ÁLVAREZ LATA, quien cita a este efecto varios ejemplos (vid. «Las parejas de hecho...», cit., pp. 11 y 12). Sin embargo, TALAVERA FERNÁNDEZ (*Fundamentos...*, cit.) observa que en la única definición expresa más o menos completa dada por el TS, la de la sentencia de 18 de mayo de 1992, no se incluye la heterosexualidad como componente esencial de la convivencia *more uxorio*. En realidad lo que ocurre es que, como también recuerda la primera autora citada (p. 11, núm. 4) los casos planteados ante las Salas de lo Civil han sido de convivientes heterosexuales, por lo que la cuestión de la homosexualidad no se ha llegado a plantear ni siquiera hipotéticamente, salvo en algún caso aislado (SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993, que se citará nuevamente más adelante). Por otra parte, las Salas de lo Social, ante las que sí se han presentado demandas de parejas homosexuales, han desestimado las mismas, pero no por ser homosexuales los demandantes, sino por no haber matrimonio, que era el presupuesto de los derechos que se reclamaban (pensión de viudedad o permiso por matrimonio).

En cuanto a las referencias legislativas, las normas que durante los años ochenta y primera mitad de los noventa toman en consideración la convivencia no matrimonial y que se han citado anteriormente, están pensadas para parejas heterosexuales, aunque la diferencia de sexo no se exija explícitamente más que en la norma que permite la adopción conjunta (vid. disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que se refiere «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente...»).

¹⁰² Vid. ad. ex. LACRUZ, «Convivencia *more uxorio*...», cit., p. 1061; GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia», en *Homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz Berdejo*, vol. 1, Barcelona, 1992, p. 348; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 50; y en general los citados en TALAVERA, *Fundamentos...*, cit., p. 35, núm. 66. Esta interpretación permitía concluir que las normas aludidas en la nota anterior, al hablar de «maritalidad» o de «relación de afectividad análoga a la conyugal», tenían como referente exclusivo la convivencia heterosexual.

¹⁰³ La conocida Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1988 denegó la inscripción a una pareja homosexual que entendía que el derecho constitucional del «hombre y la

una exégesis conforme a los debates constitucionales¹⁰⁴. El TC de momento ha zanjado la cuestión en este punto, declarando la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del matrimonio¹⁰⁵.

Pero es en la premisa inicial del razonamiento donde radica el error: ya se ha dejado constancia de la confusión que se produce entre la analogía con el matrimonio como institución, que por definición no se da en la pareja no casada, y la semejanza material con el modo de vida y la afectividad matrimoniales, que porta, también por definición, la convivencia no matrimonial en sentido estricto. No hace falta por tanto insistir en ello, y sí sólo en cómo esa confusión, acaso deliberada, ha tenido como fundamental consecuencia el arraigo en un sector doctrinal de la idea de que la diferencia de sexos es imprescindible no sólo para casarse, sino también para formar una pareja productora de efectos jurídicos)¹⁰⁶.

mujer» a contraer matrimonio no implicaba que tuvieran que hacerlo «entre sí», por haberse omitido esa precisión en el precepto en cuestión. A esto la resolución citada opone otro argumento gramatical —el art. 32 es el único que se refiere explícitamente a los dos sexos, en lugar de haber utilizado una expresión genérica, como en otros artículos («todos», «toda persona», etc.)—, un argumento histórico —el concepto tradicional de matrimonio tiene como contenido esencial la heterosexualidad—, y un argumento sistemático, apoyado en la interpretación de acuerdo con los textos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE), que asimismo acogen ese criterio.

¹⁰⁴ Como recuerda LLAMAZARES, a la hora de la aprobación del texto constitucional se accede por la derecha parlamentaria a que el matrimonio quede disociado de la idea de familia (art. 32 vs. 39) a cambio de que por la izquierda se acepte la configuración tradicional de aquel como heterosexual [LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del Estado (Derecho de la libertad de conciencia)*, 2.ª ed. rev., Madrid, 1991, p. 745].

¹⁰⁵ Auto 222/1994, comentado por DE VERDA Y BEAMONTE («Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubi*», en MARTINELL-ARECES PIÑOL, *Uniones de hecho*, cit., pp. 477-495).

Estima, por el contrario, que ese principio heterosexual es inconstitucional, PÉREZ CÁNOVAS, N., («El derecho de las parejas gays y lesbianas a la vida familiar», en *Jueces para la Democracia*, núm. 30, noviembre 1997, pp. 25-32; y más ampliamente *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996), en cuanto contrario a los principios de igualdad (art. 14) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1). Esto, desde el entendimiento de que aquel principio no viene exigido por el artículo 32 (pues no hay normas constitucionales inconstitucionales en nuestro Derecho), si se acude a una interpretación teleológica (no gramatical, que además no es concluyente) y acorde con el sistema de valores superiores en que descansa el Ordenamiento (art. 1.1). Por otra parte, la interpretación histórica ha sido contestada por BORRILLO, D. («Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial», en *Jueces para la democracia*, núm. 35, julio 1999, pp. 15-19), quien propone ejemplos de uniones homosexuales formalizadas en épocas pasadas.

¹⁰⁶ TALAVERA FERNÁNDEZ sugiere que la insistencia sobre la afinidad conceptual entre matrimonio y pareja no casada ha ido precisamente dirigida a consagrar la heterosexualidad de ésta (*Fundamentos...*, cit.). Este argumento de la analogía ha influido también en los operadores jurídicos en Derecho comparado. Así v. gr.:

a) La jurisprudencia alemana, a la pregunta de «cómo de similar al matrimonio» debe ser la relación, responde diciendo que «ha de existir una convivencia a la cual le falte sólo el certificado matrimonial»; y ello lleva a excluir inicialmente del concepto las hipótesis en las cuales el matrimonio no es posible: *inter alia*, porque los convivientes sean del mismo sexo. Si bien el reconocimiento de que esa limitación no es intrínseca a la materia conduce a una ulterior distinción entre convivencias «especialmente paramatrimoniales» y

Ahora bien, el problema que puede subsistir es el de si la necesidad, no de analogía en sentido estricto, sino de semejanza material entre los supuestos de hecho, permite conceptualizar la relación homosexual como convivencia *more uxorio*. Dicho de otro modo, si la relación afectiva entre dos personas del mismo sexo puede considerarse análoga a la conyugal. En este sentido, no parece que quepa duda de que en una convivencia entre homosexuales se dan los elementos objetivos ya vistos (comunidad de vida, estable y duradera, exclusiva, etc.) que basculan en torno a la idea central de la *affectio*¹⁰⁷. La semejanza viene, sin embargo, matizada por una serie de peculiaridades unidas al propio hecho de la homosexualidad que dan pie a la siguiente razón alegada para excluir a la pareja homosexual del concepto, ya sea a fin de configurarla (o de al menos dejar apuntada la posibilidad de configurarla) como una categoría aparte, con una tutela jurídica diversa, ya sea a efectos de negarle toda relevancia jurídica.

«menos paramatrimoniales»: las segundas no producen efectos en el ámbito del Derecho social (GRZIWOTZ, «Rechtsprechung zum nichtehelichen Lebensgemeinschaft», *FamRz*, 1999, 7, p. 413).

b) La mayor parte de las regulaciones australianas de convivencia no matrimonial —con excepción de la *Domestic Relationships Act* del Territorio de la Capital Australiana, sobre la que se volverá más adelante— limitan la protección a «la más similar al matrimonio [*marriage-like*] de las relaciones domésticas informales»: la convivencia heterosexual (*vid.* BAILEY-HARRIS, R., «Financial rights in relationships outside marriage: a decade of reforms in Australia», *International Journal of Law and the Family*, 9, 1995, p. 241).

c) En Francia la interpretación del término legal *concubinage* como unión estable y continua *con apariencia de matrimonio* ha llevado hasta fechas recientes a restringir su ámbito a la convivencia entre un hombre y una mujer (*vid.* MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1723, y S. de la *Cour de Cassation* de 17 de diciembre de 1997). Cuando la legislación de este país finalmente ha contemplado también a la pareja homosexual mediante el PACS (*vid. infra* 1.2, p. 46) el concepto de *concubinage* (que persiste como unión de hecho, contrapuesta a la unión contractual que es el PACS) se ha ampliado para incluir a las parejas del mismo sexo (*vid.* art. 515.8 *Code Civil*, introducido por la Ley 99-944, de 15 de noviembre, relativa al pacto civil de solidaridad).

d) Otros países donde la comparación con el matrimonio ha llevado a centrar la atención en la pareja heterosexual —aunque la homosexual haya ido gradualmente abriéndose paso a ciertos efectos— son Inglaterra (*vid.* MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., p. 1739; y PARRY, M., *The Law relating to Cohabitation*, London, 1993, pp. 4 y 244) e Italia (donde la expresión «familia de hecho» se reserva a la pareja heterosexual, mientras que la homosexual queda englobada en la más amplia de «unión libre»: *vid.* ROVIRA SUEIRO, M. E., «La familia de hecho en Italia: estado actual de la cuestión», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 273).

¹⁰⁷ Sobre la concurrencia de la *affectio maritalis* en la pareja homosexual, *vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., pp. 48-52. Algún problema podría suscitar el elemento de la notoriedad, dada la relativa clandestinidad en que todavía tienen que permanecer muchas de estas parejas, pese al cambio de moral y costumbres. No obstante, ya se ha dicho que el secreto de la relación (que en última instancia no priva siempre de efectos a ésta) se valora negativamente en cuanto denote la ausencia de un modo de vida marital. A *contrario* puede concluirse que no tendrá esa eficacia excluyente si responde a otras razones atendibles, como sería el caso, mientras los demás elementos estén presentes.

2.^a Esta razón –se ha argumentado– estriba en la problemática específica a aquella aparejada ¹⁰⁸. Problemática específica que puede resumirse en tres aspectos ¹⁰⁹:

1. Imposibilidad de unirse en matrimonio:

El discutible argumento derivado del juego de las presunciones –sólo es pareja no casada quien libremente rechaza la opción matrimonial– conduce a negar esta consideración a quien no tiene dicha opción ¹¹⁰. Algo falla en esta deducción: en el fondo lo que subyace a ese extraño concepto de pareja no casada del que se parte es la analogía con el matrimonio como institución y, por tanto, con sus requisitos subjetivos.

Claro que esta circunstancia también se ha alegado a efectos de establecer un régimen específico para la pareja homosexual. Pero, en todo caso, en rigor, de ahí se inferiría la necesidad de un tratamiento más favorable, dada la «situación de inferioridad» que la caracteriza ¹¹¹. No obstante, esta última observación puede llevar a confundir dos planos distintos:

a) Por un lado, la posibilidad de «establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio», admitida *de lege ferenda* por el Auto 222/1994 del TC ¹¹². Es decir, la institucionalización jurídica de la convivencia homosexual, sea con el *nomen iuris* de matrimonio o con otro alternativo ¹¹³, que

¹⁰⁸ Así, ESTRADA estima que las uniones homosexuales y lesbiánicas son «dignas de un trabajo independiente» por sus especiales características (*Las uniones...*, cit., p. 69). La misma idea parece inspirar el trabajo de GALLEGO, lo que explicaría la aparente contradicción entre su afirmación inicial de que la similitud *material* entre matrimonio y pareja no casada impone la heterosexualidad de ésta, y el hecho de que a renglón seguido reconozca que en la práctica existen parejas homosexuales que desarrollan una comunidad de vida en todo semejante a las heterosexuales (*Las parejas...*, cit., pp. 50-53). Del mismo modo, REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 34-35, quienes ven en la pareja homosexual una «realidad distinta» que por eso mismo requiere un tratamiento jurídico también diferenciado, «aunque» –añaden– «en ciertos aspectos concretos [...] se pudiera eventualmente llegar a soluciones más o menos equivalentes».

¹⁰⁹ Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 57-66.

¹¹⁰ Así lo concluye CERVILLA, «Las uniones de hecho de parejas homosexuales: breves reflexiones sobre su posible admisión en nuestro Derecho», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, pp. 91 y 92.

¹¹¹ Así, TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 59.

¹¹² En un sentido parecido, pero apuntando una solución que no requeriría reforma legislativa, la antes citada SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993: tras negar la aplicación analógica de la normativa matrimonial a las parejas heterosexuales (que era el problema planteado), aduce que en cambio esa aplicación analógica sí tendría sentido en el caso de las parejas homosexuales «siempre que acreditaran su voluntad de comportarse a modo de tal matrimonio».

¹¹³ Sobre la urgencia de proceder a dicha institucionalización jurídica, PANTALEÓN PRIETO, F., «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», en MARTINELL-ARECES PIÑOL, *Uniones de hecho*, cit., pp. 69 y 70, precisando que, si bien la Constitución no la impone, el

permitiese a los homosexuales que así lo quisiesen formalizar su relación.

b) Por otro lado, la necesidad de proteger una relación de convivencia no formalizada (independientemente de cuáles sean las causas de esa no formalización), de solventar los problemas e injusticias que una falta de atención puede generar. Aquí el presupuesto fáctico es el mismo –la situación de convivencia–, y por ello no se ve la necesidad de diferenciar el tratamiento ¹¹⁴.

Esta confusión, sin embargo, ha propiciado la creencia de que la reivindicación de una tutela para las parejas no casadas es un «invento» de los homosexuales ¹¹⁵, derivada del hecho de que, a falta de una reforma legislativa que prevea el matrimonio homosexual o institución jurídica equivalente, la consideración de la pareja homosexual como convivencia marital sea la única vía de tutela de su relación (independientemente de que, de poder hacerlo, quisieran o no casarse). Se pasa así por alto que la decisión de convivir en pareja da vida a una situación que reclama de por sí una protección específica, como lo demuestra la conflictividad existente ante los Tribunales, y que las reclamaciones en estos conflictos provienen mayoritariamente de parejas heterosexuales, pues son éstas las que más quieren una comunidad de vida sin pasar por el matrimonio ¹¹⁶. Lo que ocurre es que la tutela debería diferenciar esos dos planos y, bien junto a una eventual institucionalización jurídica de la pareja homosexual en el sentido indicado, o bien independientemente de ella, habría de proporcionar un marco (legislativo o no) adecuado para las parejas, heterosexuales u homosexuales, que conviviesen sin formalizar su unión mediante matrimonio o mediante la institu-

estado actual de las circunstancias la hace conveniente; y vaticinando incluso que la evolución de la conciencia social puede en un futuro próximo hacer de ello una exigencia constitucional. También Joan MIQUEL (intervención en coloquio en *Uniones de hecho*, p. 84) se ha mostrado partidario de aquella institucionalización, pero sin utilizar el *nomen* de matrimonio. En contra, GAVIDIA, quien parece sugerir que el legislador no puede extender el matrimonio (o institución equivalente) a otros supuestos (*La libertad de elección...*, cit., pp. 109-110).

¹¹⁴ Vid. en este sentido, TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., pp. 57-60. Lo intuye también GALLEGO, cuando, a pesar de haber excluido inicialmente a la pareja homosexual del estudio, sin embargo dice más adelante que «las soluciones que se basen en la convivencia, la estabilidad y la singularidad deberían, en general, extenderse a ambos tipos de parejas» (*Las parejas...*, cit., p. 53).

¹¹⁵ Como rotundamente afirma CANTERO NÚÑEZ, sin ocultar su rechazo frontal de cualquier regulación del fenómeno («Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho», *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1995, pp. 221 y 224). Más matizadamente, pero con la misma idea de que «la pretensión de regulación de las uniones de hecho está sobre todo alentada en los últimos tiempos por los autollamados «colectivos gays y de lesbianas», ROCA GUILLAMÓN, «Las cargas de la familia de hecho», en HERRERA CAMPOS (Dir.), *Parejas de hecho*, Granada, 1996.

¹¹⁶ Vid. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 94.

ción equivalente para homosexuales¹¹⁷. Pero si una tutela (legislativa) de la pareja no casada sigue el modelo de la institucionalización, basándose en que ésta es una reivindicación de muchas parejas homosexuales, y lo extiende a la pareja heterosexual, entonces, además de ser innecesaria esta extensión, quedarían sin proteger esos otros intereses: los de las parejas, heterosexuales u homosexuales, que no acudiesen a la institución matrimonial o cuasi matrimonial¹¹⁸. Y, en este sentido, es cierto que las propuestas de regulación y las regulaciones acabadas no siempre o no del todo han respetado la distinción, lo que ha provocado distorsiones importantes¹¹⁹.

¹¹⁷ La referida confusión se refleja, además, en la falta de rigor técnico con la que a menudo, cuando se aborda el tema de la «pareja de hecho» homosexual, se traen a colación las regulaciones extranjeras que supuestamente la tienen por objeto: fundamentalmente en Europa, las escandinavas. Se citan así las «Leyes parejas registradas» (Ley danesa de 7 de junio de 1989, Ley noruega de 1 de agosto de 1993, Ley sueca de 23 de junio de 1994 y Ley islandesa de 27 de junio de 1996), olvidándose, con no poca frecuencia, que dichas leyes lo que regulan es una institución paralela al matrimonio a la que pueden acogerse los homosexuales que así lo deseen, y que produce todos los efectos de aquél —la técnica empleada es de hecho la remisión en bloque a la normativa matrimonial—, con la salvedad de lo relativo a adopción, patria potestad conjunta y técnicas de reproducción asistida. Al margen de estas leyes, los países respectivos aplican sus propias soluciones a las parejas realmente «de hecho», tanto heterosexuales como homosexuales, que ni se casan ni registran su relación de pareja homosexual. Soluciones, en general, de origen jurisprudencial o recogidas en concretos preceptos legales, pero que también, en algún caso, como el de Suecia, han dado lugar a una ley *ad hoc*. De manera que, según esta articulación de disposiciones normativas, la pareja homosexual, igual que la heterosexual tiene la alternativa entre el matrimonio y la convivencia de hecho, puede elegir entre formalizar su relación y obtener así un estatuto matrimonial, o convivir sin formalizarla, acogiéndose a la tutela específica y a los efectos más limitados de esta situación, idénticos para los convivientes con independencia de que sean del mismo o de distinto sexo. (Sobre el Derecho escandinavo sobre convivencia no matrimonial y sobre «matrimonio» homosexual, *vid. ad. ex.* AGELL, A., *Äktenskap, samboende, partnerskap*, 2.ª ed., Uppsala, 1998; NIELSEN, «Family rights and the registered partnership in Denmark», *International Journal of Law and the Family*, núm. 4, 1990, pp. 297-315; PEDERSEN, I. M., «Features of Danish Law concerning property rights and obligations of unmarried cohabitants», *Scandinavian Studies in Law*, núm. 25, 1981, pp. 130-15; STRØM, K., «Non-marital cohabitation in Norway», *SSL*, núm. 30, 1986, pp. 29-48.)

Un caso peculiar es el de Holanda, donde la Ley de parejas registradas de 5 de julio de 1997 produce los mismos efectos que el matrimonio (salvo en materia de adopción), pero no se equipara a él en cuanto subsiste la libertad de ruptura sin trámites formales y, por otro lado, institucionaliza no sólo la convivencia homosexual, sino también la heterosexual (*vid.* SCHRAMA, W., «Registered partnership in the netherlands», *International Journal of Law and the Family*, 13, 1999, pp. 315-327). Junto a ello, el 1 de abril de 2001 ha entrado en vigor la Ley que extiende el matrimonio como tal a los homosexuales y les permite incluso la adopción conjunta. También Alemania (2001) y Bélgica (2003) han regulado una institución cuasi matrimonial para parejas del mismo sexo.

Otra modalidad de «matrimonio» homosexual (que, aunque no produce todos los efectos del matrimonio heterosexual, sí requiere de trámites análogos de divorcio) son las «Civil Unions» del Estado norteamericano de Vermont, la Ley reguladora de las cuales se halla en vigor desde el 1 de julio de 2000.

¹¹⁸ Así lo advertía algún autor *de lege ferenda*: *vid.* LLEBARÍA, *Hacia la familia*, p. 94.

¹¹⁹ Distorsiones consistentes en que, por un lado, la institucionalización de la convivencia homosexual deja fuera a las «parejas de hecho» homosexuales, que no formalicen su relación; y, por otro, en que la institucionalización (aun con distinta intensidad) se extiende a la pareja heterosexual, lo que no era ni necesario ni conveniente, y en última instancia deja también fuera a un número de «parejas de hecho» heterosexuales. Sobre todo ello, *vid. infra* III.

2. Imposibilidad de tener descendencia biológica:

El hecho de que «en la pareja heterosexual se encierra también la idea de núcleo natural para la descendencia»¹²⁰ se ha aducido como segundo argumento que justificaría una distinción o, incluso, una negación de efectos a la pareja homosexual¹²¹.

Certeramente se ha refutado este planteamiento¹²². Como se ha visto en páginas anteriores, el reconocimiento y protección de la pareja no casada heterosexual, y su consideración como familia, no ha de estar en relación con el hecho de la filiación, del mismo modo que tampoco ello es así para el matrimonio. Ahora bien, también se ha comentado que ello no obstaría en su caso a un refuerzo de esa protección para las parejas con hijos, biológicos o adoptivos: y esas parejas, salvo en Derecho navarro, sólo pueden ser heterosexuales¹²³. Pero se insiste en que sería la existencia efectiva de hijos la que justificaría ese trato favorable: no la mera posibilidad¹²⁴.

¹²⁰ REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 35.

¹²¹ En este último sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien, partiendo de la premisa de que la función que tienen asignada el matrimonio y la familia es la procreación y la educación de los hijos en orden a la supervivencia de la sociedad, y que esto es lo que fundamenta su tutela jurídica, la unión homosexual, en tanto que naturalmente estéril, «no interesa a la sociedad ni tampoco al Derecho». «Es más» –añade–, «el interés estaría, en todo caso, en desincentivarlas, dada su evidente disfuncionalidad» (*Diagnóstico...*, cit., pp. 158-168). No puede compartirse tal opinión, que considera que la afectividad en sí no tiene trascendencia jurídica, sino sólo en cuanto tenga como consecuencia la procreación («pero entonces con gran intensidad e institucionalmente»: p. 168). De acuerdo con lo que se dirá a continuación, no parece ser aquella la función *esencial* del matrimonio o de la familia en nuestros días –aunque no puede tampoco negarse que sea una de sus funciones *naturales* o posibles–, y la crítica a la «concepción subjetiva e individualista de sexualidad y familia» (p. 159), que, por cierto, hace a aquel autor ser también poco favorable a las parejas no casadas heterosexuales, olvida la utilidad social que la familia, matrimonial o no, está llamada a desempeñar en cuanto comunidad de cuidados y solidaridad recíprocos. Por otro lado, alguna contradicción late en el planteamiento si se tiene en cuenta que la defensa de la conveniencia de desincentivar también las parejas no casadas heterosexuales (a causa de que su menor estabilidad, derivada de la ausencia de compromiso, no las hace aptas para cumplir esa función procreadora y educativa del modo más idóneo) se hace con la precisión de que no han de generarse injusticias, no sólo para los hijos, *sino para los propios convivientes* (pp. 137-142). ¿Por qué evitar situaciones de injusticia para los convivientes heterosexuales y no para los homosexuales? El trasfondo homófobo parece evidente.

¹²² Vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., pp. 60-62.

¹²³ El derecho a adoptar no se concede a las parejas homosexuales ni antes (*vid.* disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *a contrario*) ni después de las regulaciones orgánicas (arts. 6 LUEP y 10 LPENC), con la salvedad de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio y de la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (*vid.* art. 8 de ambas). Contra las mismas se han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad. Claro que cabe que un homosexual que viva en pareja adopte individualmente: el artículo 28 de la Ley de la Infancia valenciana (Ley 7/1994, de 5 de diciembre) recalca que la concesión de la adopción debe hacerse sin consideraciones al «tipo de núcleo de convivencia familiar» del solicitante. Lo mismo puede decirse de la mujer que tenga una relación homosexual y se someta a las técnicas de reproducción asistida.

¹²⁴ Vid. GAVIDIA, *La libertad de elección...*, cit., pp. 129-135: si bien también aboga por medidas de discriminación positiva en otros órdenes para las parejas homosexuales, que compensarían ese trato favorable dispensado a las parejas heterosexuales con hijos.

3. Insuficiente aceptación social:

Finalmente, la exclusión de la pareja homosexual del concepto jurídico de pareja no casada ha venido también justificada desde una perspectiva sociológica¹²⁵. En los últimos tiempos, sin embargo, parece haberse avanzado notoriamente hacia el respeto de este tipo de relación, lo que no ha sido obstáculo para argüir que no basta la simple tolerancia y que al reconocimiento jurídico pleno ha de preceder el reconocimiento social¹²⁶.

Pero puede muy bien defenderse lo contrario: que precisamente es la difícil situación de los homosexuales en un entorno todavía homófobo lo que demanda medidas de acción positiva por parte de los poderes públicos (art. 9.2 CE), a fin de impulsar la integración social de estas personas y sus respectivas parejas¹²⁷. Y es que si bien es cierto que el esfuerzo de cualquier ley por transformar estructuras y conciencias suele ser vano cuando el cambio social de base no se ha producido, si ese cambio está en marcha puede sin embargo ser dinamizado por un legislador atento al signo de los tiempos¹²⁸. En este sentido, el contexto social propicio, que se traduce *prima facie* en una actitud general de tolerancia, viene reflejado en y reforzado por la evolución de las propias normas: desde la despenalización de la homosexualidad hasta los hitos legislativos más recientes en el contexto nacional e internacional¹²⁹.

Por otra parte, el que no sea un modelo totalmente establecido desde el punto de vista social podría, como mucho, utilizarse como razón que aconseje diferir una institucionalización jurídica de la pareja homosexual (y aun esto es discutible si se tiene en cuenta la anterior consideración sobre la relación recíproca entre Derecho y

¹²⁵ ESTRADA habla de «su todavía escandalosa consideración social» (*Las uniones...*, cit., p. 69); BLANCO estima que, aun reuniendo los elementos objetivos, no constituye un modelo socialmente establecido, por lo que habría de quedar «en un nivel de relevancia meramente individual» (*Parejas no casadas...*, cit., p. 108); VALPUESTA FERNÁNDEZ entiende que su consideración jurídica «debe venir auspiciada por la consolidación de cierta permisividad social» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «La institucionalización jurídica de la pareja de hecho. Registro de parejas de hecho», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, p. 54).

¹²⁶ En este sentido, RIVERO, *La institución matrimonial...*, cit., pp 5 y 6. (Inédito: referencia en LLEBARÍA, *Hacia la familia*, p. 91, núm. 23).

¹²⁷ Máxime si se considera, como hace GAVIDIA siguiendo a KOPPELMAN, que la secular discriminación en el orden social, laboral y familiar de los homosexuales es un caso de discriminación por razón de sexo (*La libertad de elección...*, cit., pp. 117-120). Por otro lado, es de notar que esa dificultad de integración debida a la presión social explica algún rasgo, como la menor estabilidad, del que algunos autores acusan a estas parejas, también para justificar la conveniencia de no tutelarlas (v. gr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico...*, cit., p. 168).

¹²⁸ Vid. Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 310-312.

¹²⁹ Vid., sobre esta evolución, PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad...*, cit., pp. 39-100.

cambio social), o bien (y esto parece que tiene mayor fundamento) como medida de prudencia a la hora de prever efectos que impliquen consecuencias para terceros necesitados de especial tutela (sustancialmente la cuestión de la adopción conjunta). Pero no se ve cómo aquello haya de servir para denegar la protección de la situación fáctica de convivencia, no sólo lícita (de esto ya no cabe duda alguna a la luz de los principios constitucionales), sino también materialmente igual a la situación también fáctica de convivencia heterosexual, y que a causa de esa igualdad origina análogos problemas. Si en este caso no se trata (o no debería tratarse) de institucionalizar nada, sino de resolver o evitar injusticias, ¿cómo denegar esa protección? Ése ha de ser, además, el paso siguiente a la admisión de la licitud de la convivencia homosexual (imposibilidad de alegar contrariedad al orden público, por tanto), como lo fue en su tiempo para la pareja heterosexual ¹³⁰.

Por todo lo dicho, no es de extrañar que, desde aproximadamente mediados de los noventa, no pocos autores defiendan la inclusión de la pareja homosexual en el concepto de convivencia marital ¹³¹. La precisión sobre la fecha es importante, ya que coincide con el reconocimiento jurídico explícito de esa pareja a diversos efectos en nuestro Derecho positivo, a su vez en el marco de un contexto europeo que da pasos en el mismo sentido ¹³². Así, la LAU de 1994

¹³⁰ Como dice LLEBARÍA (*Hacia la familia...*, cit., p. 95): «a estas altura también puede resultar un tanto hipócrita o fuera de tono invocar valores éticos, principios naturales o condicionamientos sociales, para no incluir en la pareja de hecho que se quiere proteger aquella integrada por dos personas del mismo sexo. Si un pretendido derecho al sexo se apoya en el artículo 10.1 CE, la justificación normativa debe llevarse hasta sus últimas consecuencias [...] Además, la protección que pretende arbitrarse tiene en consideración esencial, y casi única, la lesión que la ruptura de la convivencia puede ocasionar a una persona, para lo cual no creo que pueda afirmarse que entre homosexuales nunca hay ruptura, o habiéndola nunca hay lesión». «Claro que» –añade– «la arbitraria negación es fácil colocarla mucho más al principio: ahí ni tan siquiera puede haber pareja». Prejuicio de fondo que persiste en la resistencia a considerar «familia» en el sentido del artículo 39.1 CE a la pareja homosexual –como hasta cierto punto ocurre también con la pareja heterosexual sin hijos–, y que se ha inmiscuido en las regulaciones orgánicas (v. *infra* III). En ello en definitiva late, por increíble que pueda parecer, una identificación de la familia con el matrimonio, el cual además estaría fundamentalmente orientado a la procreación: un anclaje en el pasado enteramente disconforme con la evolución social y jurídico-constitucional.

¹³¹ *Vid. ad. ex.* GARCÍA VILLALUENGA, «Las Uniones familiares de hecho...», cit., p. 900; GAVIDIA, *La unión libre...*, cit., pp. 34-35; LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 91-95; LLEDÓ YAGÜE, F., «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1994, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 37, 1995, p. 351; PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad...*, cit., *passim*; TALAVERA, *Fundamentos...*, cit., *passim* y, en especial, pp. 21-68.

¹³² Del salto que se produce a mitad de la década dan prueba las palabras que todavía en el año 1994 escribe el profesor PANTALEÓN, quien, pese a defender la autorregulación de la convivencia homosexual en vista de su licitud –e incluso de *lege ferenda* la institucionalización jurídica de la misma: *vid. supra* núm. 113– no puede sino concluir que, dado que «carece de cualquier reconocimiento por parte del Derecho positivo» (subrayado añadido) y «atendidas las concepciones sociales aquí y ahora mayoritarias» no tiene la consideración de familia en el sentido del artículo 39.1 CE, «por más que» –como con clarividencia

(arts. 12, 16, 24 y disposición transitoria 2.^a) ya contempla indistintamente a la pareja heterosexual y a la homosexual, al añadir, a la mención del conviviente ligado con el arrendatario en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, el discutible inciso «con independencia de su orientación sexual»: expresión que hará fortuna y será repetida por leyes inmediatamente posteriores¹³³. Por otro lado, y paralelamente, los Registros de uniones civiles permiten sin ambages la inscripción de las parejas homosexuales¹³⁴. En último lugar cabe citar alguna sentencia que rompe el anterior silencio jurisprudencial sobre el tema y que, recogiendo este estado actual de la cuestión, incluye a la convivencia homosexual en la definición de unión de hecho: *vid.* la SAP de Baleares de 15 de mayo de 1998 o la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 1996¹³⁵.

b) La edad

Dado que la convivencia ha de desarrollarse en condiciones similares al matrimonio, la mayoría de los autores y de las decisiones judiciales juzgan que la edad de los convivientes ha de coinci-

añade— «esta situación pueda cambiar con extraordinaria rapidez en la línea de una equiparación con la convivencia heterosexual, como parece ya anunciar el éxito de los registros municipales de convivencia» (voz «Compañero/Compañera», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 1161). El contexto europeo está conformado, de una parte, por las aludidas Leyes tanto de «matrimonio» como de convivencia no matrimonial homosexual, (*vid. supra* núm. 117), a las que hay que añadir la Ley belga y la francesa que se citarán más adelante; así como por la práctica judicial que, en los países sin legislación específica, va otorgando efectos a la pareja homosexual. Todo ello se encuadra en la tónica marcada por la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, de 8 de febrero de 1994. (Si bien hay que advertir de la involución que más tarde representó la Resolución del mismo Parlamento sobre protección de las familias y de los grupos familiares de 14 de diciembre de 1994, al no incluir dentro del ámbito de la familia a las parejas del mismo sexo, y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de febrero, que niega la equiparación a efectos de beneficios laborales entre el matrimonio heterosexual y la relación estable homosexual.) *Vid.* TALAVERA, *Fundamentos...*, cit., pp. 69-78.

¹³³ La Ley de 30 de mayo de 1995 de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad (art. 2.2) y la Ley 30/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual [art. 2.3 a)].

¹³⁴ El artículo 2 del citado Decreto de constitución del Registro de Vitoria, que ha sido seguido por todos los demás, señala que «se inscribirán las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales de convivencia entre parejas, *incluso del mismo sexo...*». (Subrayado añadido). La creación de este Registro, por sus repercusiones no jurídicas, sino en la opinión pública, ha sido por ello calificada como «el acontecimiento más importante, y punto de inflexión en la situación jurídica de las uniones homosexuales» (PÉREZ CÁNOVAS, *El derecho de las parejas gays...*, cit., p. 27).

¹³⁵ La inclusión en la primera sentencia citada es, sin embargo, a modo de *obiter dicta*, pues el conflicto a dirimir se planteaba, una vez más, en una pareja heterosexual. (También ocurría esto en la SAP de Madrid de 2 de febrero de 1999, que quizá por ello sigue aferrada, en la definición que recoge, a la idea de la «convivencia entre un hombre y una mujer».) La segunda resolución, por el contrario, sí resuelve *in concreto* la pretensión de una pareja homosexual.

dir con la edad núbil ¹³⁶. Es importante, empero, resaltar que esta conclusión, que compartimos, no deriva de aplicar analógicamente uno de los requisitos de aquel instituto, sino de la constatación de que en definitiva la capacidad física e intelectual ha de ser semejante, pues semejante es la comunidad de vida que se instaura ¹³⁷. En nuestro Ordenamiento, tal edad es la de la emancipación (art. 46.1.º CC *a contrario*), es decir, los dieciséis años (arts. 319 y 320), si bien cabe la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce (art. 48.II), en cuyo caso el matrimonio del menor producirá a su vez la emancipación (art. 316). Puesto que esa edad es la que se estima suficiente, en cuanto al grado de madurez para asumir las responsabilidades derivadas del matrimonio ¹³⁸, también ha de serlo para las que origina la convivencia extramatrimonial.

Esta última referencia a las responsabilidades podría no obstante llevar a pensar que, como el grado de compromiso en la unión libre es menor, también puede ser inferior la edad precisa para asumirlo. Nuevamente resulta problemática la referencia a una supuesta distinta intensidad del compromiso, basada en la formalización o no del mismo; pero en cualquier caso no incide sobre el contenido sustantivo de la convivencia mientras ésta dura tanto en el matrimonio como en la relación no matrimonial ¹³⁹: en ambos casos, dicha convivencia entraña idénticas responsabilidades materiales. Responsabilidades dimanantes del hecho de decidir convivir en pareja y hacerlo efectivamente, y vinculadas así a una aptitud que, dado el alcance de los artículos 322 y 323 CC, es razonable referir a la emancipación. Además de que es lógico que a dicha decisión vaya aparejada la vida independiente que requiere el artículo 319 para considerar al menor emancipado «de hecho». ¹⁴⁰

¹³⁶ *Vid. ad. ex.* BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., pp. 111 y 112; CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», p. 612; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 55; LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 95-97. En cuanto a la jurisprudencia, a pesar de que son escasos los pronunciamientos sobre la capacidad para vivir como pareja no casada, del conjunto de ellos se desprende la necesidad de la madurez física y psíquica que se requiere, por lo menos, en el cónyuge: *vid.* ÁLVAREZ LATA, *Las parejas de hecho...*, cit., p. 10. Las normas reguladoras de los Registros de uniones civiles permiten el acceso a los mismos de las parejas formadas por mayores de edad o menores emancipados: *vid.* por todos artículo 3 del Decreto de constitución del Registro de Vitoria.

¹³⁷ Esta precisión la hace, entre otros, SÁNCHEZ LORENZO, *Las parejas no casadas...*, cit., p. 493.

¹³⁸ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 77.

¹³⁹ «La intensidad del compromiso, su contenido cualitativo, no se mide por las formas o cauces [...] en que una relación puede quedar disuelta, sino por el contenido y significado que la relación es capaz de proyectar mientras dure sobre la esfera personal y patrimonial de los convivientes. Y, en este sentido, no veo claro que la diferencia de edad quede justificada» (LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 96).

¹⁴⁰ LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 95 y 96.

Por otra parte, y en la línea de los autores que postulan atender, más que a una edad fija, al grado de madurez psico-física de los miembros de la pareja ¹⁴¹, la presencia de esa madurez *in casu* podría permitir en supuestos excepcionales considerar como pareja no casada aquella en que uno de sus integrantes fuera menor de dieciséis años, igual que cabe la dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio ^{142, 143}.

En contra de lo dicho se manifiestan algunos partidarios de fijar una edad superior a la matrimonial, que coincidiría con la mayoría de edad ¹⁴⁴. No se comprende muy bien esta exigencia, como no sea por el hecho de que la edad matrimonial se juzga de por sí excesivamente temprana, no significativa de la aptitud precisa para afrontar la vida en pareja. Sin embargo, de aceptarse este planteamiento —de por sí discutible, dada la capacidad que la ley reconoce en general al emancipado: *vid.* art. 323— se podría defender una reforma legislativa que también exigiese la mayor edad para contraer matrimonio, pero no una diferenciación entre convivencia matrimonial y no matrimonial en este punto.

Como tercera postura puede citarse la que considera que, teniendo en cuenta la posibilidad de autorregulación de la unión libre, la edad requerida ha de ser la que otorga capacidad para contratar ¹⁴⁵. En este caso sería también la de la emancipación, con las

¹⁴¹ *Vid.* los citados en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 111.

¹⁴² Podría si cabe seguirse incluso una mayor flexibilidad ante una unión no matrimonial, dado que, se reitera, partimos de una situación de hecho sobre la que hay que decidir, conforme a las reglas del orden público, si debe admitirse su continuación en aras de su pertinente tutela: no estamos, mediante la identificación de un concepto no plasmado en una regulación legislativa orgánica, configurando una institución (una categoría matrimonial en definitiva) con requisitos rígidos y prefijados de antemano.

No obstante —huelga decirlo— aquellas serán hipótesis muy escasas, no sólo por la infrecuencia de uniones constituidas por menores, sino también porque es difícil concebir la suficiente capacidad en edades inferiores a la señalada (ya puede de por sí resultar criticable que se admita legislativamente la posibilidad de contraer matrimonio entre los catorce y los dieciséis años). Recuérdese, en este sentido, la previsión del CC de que el ejercicio de la patria potestad por parte del menor emancipado que tenga hijos sea con asistencia de los padres o tutor —o, en su caso, del juez—; y que como límite máximo infranqueable operaría la edad de doce años, por debajo de la cual no puede consentirse válidamente a una relación sexual (cfr. art. 181.2.1.º CP). (Ésta es, además, la edad mínima requerida en nuestro Derecho histórico para el matrimonio de la mujer, cuando aquélla se ligaba, no a la madurez intelectual, sino a la física, o capacidad para la procreación: DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema...*, cit., *ibid.*.)

¹⁴³ No obstante ha de tenerse en cuenta, como recuerda también LLEBARÍA (*Hacia la familia...*, cit., p. 96), que «dispensar» del requisito de edad a partir de los catorce años supondría una coexistencia con el régimen de patria potestad o tutela, con las contradicciones que ello ocasionaría. (Y es que si «el matrimonio produce de Derecho la emancipación» —art. 316—, también, por tanto, a partir de los catorce años, no ocurre lo mismo con la convivencia constitutiva de una vida independiente, pues el art. 319 exige el mínimo de los dieciséis años.)

¹⁴⁴ *Vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 73. La SAP de Córdoba de 15 de junio de 1992 exigió, asimismo, la mayoría de edad.

¹⁴⁵ *Vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 73 y 74, y BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 112, y los citados por ambos.

limitaciones del artículo 323 CC. Ahora bien, en relación con los pactos que no regulasen todo el estatuto convivientes (es decir, que no fueran propiamente «contratos de convivencia»), sino sólo aspectos patrimoniales concretos conforme a las reglas de Derecho común, esa capacidad no tendría nada que ver con el propio concepto de pareja no casada (se trataría simplemente de contratos otorgados entre dos personas como lo podrían hacer también si no conviviesen), por lo que no sería necesaria la concurrencia de los restantes elementos conformadores de ese concepto. No obstante, en la medida en que esos pactos se asemejasen a las capitulaciones matrimoniales, y su contenido consistiera en someter las relaciones económicas de la pareja al régimen de la sociedad de gananciales, habría de tenerse en cuenta la norma de capacidad del artículo 1.329 CC¹⁴⁶. Se requeriría así el concurso y consentimiento de los padres o tutor del menor emancipado en ese supuesto (no cuando en aquellas capitulaciones se limite a pactar el régimen de separación o participación).

Al margen de la referencia a la edad, los Registros de uniones civiles –*vid.* por todos art. 3 del Decreto de constitución del Registro de Vitoria– exigen que los sujetos no hayan sido declarados incapaces para emitir el consentimiento necesario e inscribirse como pareja: limitación que, como todas las relativas a la incapacidad, habrá de interpretarse restrictivamente.

c) La ausencia de vínculo matrimonial

La operatividad de este requisito es problemática, y se halla en conexión con el requisito de la exclusividad analizado páginas atrás¹⁴⁷. Entonces se dijo que había que diferenciar tres hipótesis: en primer lugar, la relación de una persona casada, que sigue conviviendo con su cónyuge, con otra persona, con la que no convive

¹⁴⁶ Esta posibilidad de someterse al régimen de gananciales ha sido admitida por la jurisprudencia en distintas ocasiones, a partir de la conocida SAP de Córdoba de 21 de abril de 1986, pero es rechazada en general por la doctrina, que estima que para pactar el sometimiento a un régimen matrimonial es presupuesto indispensable la existencia de matrimonio (*vid.* GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 134-142). Según esta postura, lo que puede hacer la pareja no casada, en su lugar, es constituir una sociedad universal de ganancias, con lo que obtiene efectos muy similares a la sociedad de gananciales. La particularidad está entonces en que para ello no rige, según las reglas del CC sobre la sociedad civil, ninguna limitación específica a la capacidad del menor emancipado (fuera de las que se desprenden del art. 323), como sí para acogerse al régimen de gananciales mediante capitulaciones matrimoniales.

¹⁴⁷ Pero no se confunde con él: obsérvese que bajo el examen de aquel requisito se trataba de dar respuesta a si cabe una relación extramatrimonial que se simultanea con otra, también extramatrimonial o matrimonial. Ahora se trata sólo de este segundo supuesto: concurrencia de una unión matrimonial y otra que no lo es.

pero tiene encuentros sexuales más o menos continuados; en segundo lugar, la relación propiamente poligámica, donde –en lo que aquí nos interesa– coexisten un matrimonio legítimo y otras relaciones que, aun formalizadas de acuerdo con un Ordenamiento confesional, son extramatrimoniales conforme al ordenamiento estatal; y en tercer lugar, la persona que, hallándose separada legalmente o de hecho de su cónyuge, ha pasado a convivir maritalmente con otra persona, sin haberse disuelto todavía el matrimonio anterior.

De la primera se dijo que, al margen de su ilicitud civil, no podía en absoluto conceptuarse como convivencia no matrimonial, precisamente por la ausencia del elemento material esencial de la convivencia-comunidad de vida. En relación con la segunda se concluyó que también había de quedar fuera del concepto restringido de convivencia no matrimonial, a pesar de sí haber en este caso comunidad de vida. (La expulsión resultaba obligada en vista de la *communis opinio* de que en nuestro sistema una convivencia, para ser marital, exige la exclusividad). Ahora es momento de abundar en –y matizar– esa exclusión desde el punto de vista, no ya de los elementos objetivos, sino del subjetivo que se encarna en el impedimento de vínculo matrimonial. Éste ha de operar para impedir, no sólo la constitución de otra unión matrimonial, sino también el reconocimiento de la o las uniones extramatrimoniales que concurren con el primer (y único válido) matrimonio, por razones de orden público y de protección de ese matrimonio y del carácter monógamo que reviste en nuestro Derecho.

En lo tocante a la tercera situación reseñada, el problema de su licitud y su subsiguiente reconocimiento de efectos jurídicos suele enfocarse desde la perspectiva del deber de fidelidad¹⁴⁸: el examen de si éste persiste entre esposos separados.

Un análisis de las normas del CC parece conducir a una respuesta negativa. Al respecto se pueden ir haciendo sucesivamente varias consideraciones:

1.^a Aquel deber de fidelidad no puede sino cesar tras la separación legal, como consecuencia lógica de la suspensión de la vida común de los casados que se produce por la sentencia de separación (art. 83 CC).

¹⁴⁸ Deber que es jurídico y no meramente moral: aunque su infracción ya no acarrea por supuesto sanción penal (Ley de 26 de mayo de 1978, de despenalización del adulterio y del amancebamiento), constituye un ilícito civil, y en cuanto tal opera como causa de separación y divorcio (art. 86 en relación con el 82.1.º), de desheredación (art. 855.1.º) y de pérdida del derecho a alimentos (art. 152.4.º, en relación con el anterior). No genera, sin embargo, responsabilidad civil: *vid. ad. ex.* STS de 30 de julio de 1999, que desestima la demanda sobre indemnización de daños morales ejercitada por el marido contra su esposa, al estar acreditada la infidelidad conyugal.

2.^a Por otra parte, tampoco parece subsistir el deber de fidelidad en la hipótesis de separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges ¹⁴⁹ o impuesta por uno de ellos, dado que este último cónyuge en el segundo caso, o cualquiera de los dos en el primero, no pueden invocar la infidelidad como causa de separación legal (art. 82.1.^a II) ¹⁵⁰: sería, en definitiva, admisible que, o bien ambos, o bien el cónyuge al que se le impuso la separación de hecho, pasasen a convivir maritalmente con otra persona.

3.^a Yendo más allá, si se considera que el propio cónyuge que impuso la separación de hecho puede solicitar la separación judicial cuando aquélla se haya prolongado por un período de tres años (art. 82.6.^a), no es descabellado deducir que para él termina también el deber de fidelidad, si es él el que convive ahora con otra pareja ¹⁵¹.

Hay que recordar, además, que la no existencia de deber de fidelidad entre esposos separados queda en cierto modo corroborada por el cese de la presunción de paternidad del esposo respecto a los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho (*vid.* art. 116, *a contrario*).

¹⁴⁹ Lo que incluye tanto la separación inicial de mutuo acuerdo como la separación en principio impuesta por uno de los cónyuges pero consentida posteriormente, de modo expreso o tácito, por el otro: *arg. ex. art. 82.5.^a*

¹⁵⁰ Esta previsión demostraría que «en tal caso, o ha dejado de existir el deber de fidelidad entre los cónyuges, o, si existe, por cuanto privado de su sanción típica, lo hace de tal manera «desjuridificado» que no cabe ya reconocerle virtualidad bastante para calificar de ilícita la convivencia *more uxorio* contraria al mismo» (PANTALEÓN, *La autorregulación...*, cit. p. 123).

¹⁵¹ Es decir, a partir de ese momento se presume *iuris et de iure* que el matrimonio ha fracasado, y se le permite al cónyuge «extinguir» el deber de fidelidad. Ahora bien, si es posible «derogarlo», la situación de convivencia con otra persona ha de estimarse de por sí lícita, pues no es razonable que lo sea sólo en cuanto se realicen los trámites de separación. Así lo interpreta nuevamente PANTALEÓN (*La autorregulación...*, cit., *ibi.*), quien concluye que «la convivencia *more uxorio*, aun estando uno de los miembros de la pareja previamente casado, o es ya plenamente lícita a su inicio, o está llamada a serlo en un plazo breve de tiempo». (Siempre que se trate de verdadera convivencia *more uxorio*, pues no merece esta calificación «la situación, sin duda civilmente ilícita, [...] de quien, conviviendo con su cónyuge, mantiene relaciones sexuales más o menos periódicas con un o una amante al o a la que, por utilizar el dicho popular, «ha puesto un piso»: es decir, la primera hipótesis que se excluía del concepto por no ir ligada a una convivencia y comunidad de vida.)

A favor de la cesación del deber de fidelidad se manifiestan también, entre otros, FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, t. II, vol. I, Barcelona, 1982, pp. 81 ss., GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 56; ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 60-62; LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 99; REINA/MARTINELL, *Las uniones...*, cit., pp. 39 y 40. En contra, ALBALAEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Derecho de Familia, 6.^a ed., Barcelona, 1994, p. 129, si bien advierte que el mantenimiento de tal deber «es una tesis pura y exclusivamente platónica». Otros fundamentan su vigencia en la posibilidad de reconciliación, si bien reconociendo que el artículo 84 nada dice al respecto: CASTÁN, ESPÍN, SANCHO REBULLIDA, citados por ESTRADA (p. 60, núm. 61), quien opone que aquella reconciliación no queda impedida por una eventual conducta infiel. No se pronuncian claramente, con relación a la separación judicial, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 106.

Avanzando en al análisis de la situación del cónyuge separado, es de destacar que la sola admisión de la demanda de separación hace cesar asimismo la obligación de vivir juntos y la presunción de convivencia conyugal (art. 102.1.º), e interrumpe la normal vinculación de los respectivos patrimonios (art. 102.2.º): todo lo cual se refuerza tras la sentencia (*vid.* arts. 83 y 95). En definitiva, se ha observado, el casado separado se halla en condiciones de desarrollar una comunidad de vida con otra persona, dado que esa comunidad de vida ya no existe con su cónyuge. En esto consiste la libertad necesaria para integrarse en una unión no matrimonial, que es distinta de la requerida para contraer matrimonio: para llegar a ésta es imprescindible la ausencia de vínculo matrimonial (por lo que, de existir, debe esperarse hasta su total anulación, sin que baste la separación); mientras que aquélla se identifica con «la posibilidad de cumplir espontáneamente con los postulados propios de una vida familiar»¹⁵².

La posición contraria al reconocimiento de la unión no matrimonial en la cual uno de sus miembros está casado y separado podría apoyarse en la disposición adicional 10.ª, 2.ª, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que en materia de prestaciones de la Seguridad Social equiparó al cónyuge a la persona que hubiera convivido con el difunto, cuando no hubiera podido contraer matrimonio con él por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha. De tal manera que en la actualidad el separado, en vista de que la legislación ahora vigente le permite el divorcio, no tendría derechos como conviviente *more uxorio*. Pero esta postura lo que niega es en general el reconocimiento jurídico de las parejas no casadas, y también de aquéllas en las que sus dos componentes están solteros, con base en el consabido razonamiento de que quien no se casa, siendo libre para hacerlo, rechaza cualquier normativa para su relación¹⁵³.

¹⁵² LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 99. Es decir, puesto que el separado no tiene la obligación de convivencia ni de fidelidad para con su cónyuge, puede proyectar esta convivencia y fidelidad hacia otra persona. La «situación intermedia» consistente en defender que no puede disponer de ellas a favor de persona distinta al cónyuge, aun aceptando que no está obligado para con éste, «limita innecesariamente una libertad que encaja más en el artículo 10.1 que en el 32 CE»: *op. cit.*, p. 100.

¹⁵³ Tal razonamiento subyace a un buen número de resoluciones judiciales, que fundan en él la inaplicabilidad por analogía de las normas matrimoniales «en este caso entre personas sin impedimento legal para contraer matrimonio» (STS de 27 de mayo de 1994) o «que pudieron contraer matrimonio» (STS de 24 de noviembre de 1994). A la inversa, y en la misma dirección de la disposición adicional 10.ª citada, se ha justificado la concesión de efectos cuando «al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, deben reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial» (STC 155/1998, de 13 de julio).

Claro que con la lógica de la anterior argumentación se llega en ocasiones a la tesis de que debe reconocerse la unión libre entre dos personas si alguna de ellas, separada, no ha podido todavía conseguir el divorcio, por no haber transcurrido los plazos o no haber recaído sentencia: es decir, una «convivencia de hecho provisional»¹⁵⁴. Sin embargo, dicha tesis adolece de una contradicción interna: si se parte de aplicar esquemas matrimonialistas a las parejas no casadas (y de, por tanto, en el fondo no reconocerlas como tales), exigiendo de primeras el requisito de la ausencia de vínculo, ¿por qué establecer una excepción? Es decir, si se considera necesario que aquéllas vengán sujetas a los mismos impedimentos que el matrimonio por coherencia con el sistema, la propia coherencia impediría su reconocimiento aun en esa situación transitoria, pues si durante la misma no se le permite casarse, tampoco se le podría permitir soslayar esa prohibición acogiéndose a los efectos «paramatrimoniales» de la unión de hecho.

Por demás, hay que recordar posturas que, como la de Estrada o Gallego antes vistas, abogan por un plazo de cinco años para otorgar efectos a la convivencia, argumentando *inter alia* que es el tiempo máximo necesario en nuestro Derecho para obtener el divorcio (art. 86.4.ª CC). Sin embargo, con ello no exigen que efectivamente el matrimonio anterior, de existir, proceda a disolverse, por lo que el mencionado plazo no es sino indicativo de la seriedad e irrevocabilidad de la decisión de vivir en pareja, independientemente de que haya o no vínculo previo¹⁵⁵.

Una razón que a primera vista podría parecer más aceptable para excluir del ámbito de tutela a la pareja integrada por un casado separado es la que advierte del riesgo de solapamiento con el régimen del matrimonio subsistente. No obstante tampoco puede acogerse por los siguientes motivos:

1.º La separación, como se ha visto, hace cesar numerosos efectos del matrimonio y del régimen matrimonial¹⁵⁶, por lo que el hipotético ámbito de conflicto se reduce sobremanera.

2.º En los supuestos en que se produjera una coincidencia de efectos patrimoniales (*v. gr.* sucesorios¹⁵⁷) hacia las dos relaciones,

¹⁵⁴ Así llamada por HAUSER: citado en BLANCO, *Parejas no casadas...*, cit., p. 115.

¹⁵⁵ LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 98 y 99. Sobre las críticas que, además, cabe hacer al recurso a ese plazo, *vid. ibid.*, núm. 38.

¹⁵⁶ Y no sólo la legal, sino que también la de hecho está siendo considerada por las normas y la jurisprudencia como causa determinante en la práctica del cese de esos efectos, según hace notar GALLEGO (*Las parejas...*, cit., p. 57).

¹⁵⁷ LLEBARÍA SAMPER pone el ejemplo, referido al Derecho catalán, de reclamación por el cónyuge supérstite de la cuarta viudal, en una hipótesis en que la condición de sucesor testado recayera sobre el compañero o compañera.

la matrimonial no disuelta y la no matrimonial, bastaría con hacer la salvedad de que los derechos derivados del anterior matrimonio no pueden perjudicarse¹⁵⁸. No obstante, esta conclusión tampoco es en sí tajante y dependerá del tipo de efecto, de lo prolongado de la convivencia de hecho –con paralelo y prolongado cese efectivo de la convivencia conyugal– y, en su caso, de otras circunstancias que habrá que ponderar adecuadamente¹⁵⁹.

3.º La concurrencia de situaciones ya ha sido resuelta parcialmente por el legislador en el sentido de suprimir ciertos efectos positivos del anterior matrimonio para el cónyuge separado: concretamente el derecho a la pensión compensatoria del artículo 97 CC (*vid.* art. 101 I CC). Aquí se pone de paso de manifiesto otro de los fallos de la antes referida tesis de la incoherencia (la supuesta incoherencia con el sistema que según algunos se produce con la admisión de que un separado forme una pareja de hecho productora de efectos): para la perplejidad de los devotos de la misma, la propia lógica del sistema aconsejaría justo la solución contraria, esto es, que si al hecho de «vivir maritalmente con otra persona» se le concede una eficacia negativa para con el matrimonio anterior, aún no disuelto, sea razonable conferirle también efectos positivos en lo que toca a las relaciones entre los convivientes. Y ello por una elemental exigencia de protección de la persona que pierde el derecho a aquella pensión. (Recuérdese que la protección de la parte más necesitada constituye el *leit-motiv* de todas las propuestas de concesión de efectos jurídicos a la convivencia *more uxorio*.)

Porque ¿cuál es el fundamento de esta pérdida determinada por la ley¹⁶⁰? Caben las siguientes posibilidades:

a) Se trata de una sanción por la infracción del deber de fidelidad. Sin embargo se ha rechazado que dicho deber persista (y mucho más cuando hay separación judicial, como es el caso). Además el artículo 101 no se refiere específicamente a infidelidad o adulterio, sino a una conducta distinta, la convivencia marital¹⁶¹.

¹⁵⁸ GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 56.

¹⁵⁹ En este sentido, las reclamaciones del cónyuge anterior pueden tener –y de hecho han tenido en la práctica de los Tribunales en alguna ocasión– la consideración de abuso de Derecho. Así, en la STS de 13 de junio de 1986, donde se estimó como acto contrario a la buena fe la petición de los derechos de viudedad aragonesa por una esposa de quien el fallecido llevaba separado de hecho, mediando acuerdo mutuo, más de cuarenta años, tiempo durante el cual había pasado a convivir con otra mujer. (*Vid.* VIDAL MARTÍNEZ, «Relación no matrimonial: reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho, buena fe y equidad. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 de junio de 1986», en *Revista General de Derecho*, núm. 508 y 509, 1987, pp. 33-47).

¹⁶⁰ Acerca de dicho fundamento, *vid.* autores citados en GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 438.

¹⁶¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 106.

Por otra parte, cabe señalar que, *a contrario*, la concesión de esa pensión es independiente de que el cónyuge que tiene derecho a ella al quedar en peor situación haya sido el «causante» de esa separación por su conducta infiel ¹⁶².

b) El precepto se basa en una presunción de que quien convive maritalmente con otra persona está recibiendo adecuado sustento y ha desaparecido la situación de desequilibrio que motivó la concesión de la pensión. Esta parece ser la interpretación más extendida ¹⁶³, ¹⁶⁴. Sin embargo esta presunción no va acompañada de una obligación paralela de mantenimiento entre convivientes, ni la norma tiene en cuenta si realmente el compañero está atendiendo a las necesidades del cónyuge separado: la extinción es, por el contrario, automática ante el hecho de la convivencia ¹⁶⁵. Y esto es justamente lo que apoya la juridificación de ese derecho-deber de mantenimiento entre convivientes, por más que éste se cumpla espontáneamente durante la relación (no así a la ruptura de la misma) ¹⁶⁶. Podría alegarse que para conseguir esos efectos existe

¹⁶² Sobre esta «irrelevancia de la culpa» *vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*, Madrid, 1995, pp. 144-145.

¹⁶³ *Vid.* ESTRADA, *Las uniones...*, pp. 303-312, donde se hace un repaso de las normas de origen legal o jurisprudencial que en otros Derechos suprimen de modo análogo las pensiones por separación o divorcio ante la ulterior unión extramatrimonial del acreedor. (También, en GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 435-438; y más ampliamente en NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales...*, cit., *passim*.) Estas normas se han justificado en ocasiones mediante el increíble principio, seguido en una época por jurisprudencia y doctrina alemanas, de que «el marido divorciado no tiene por qué financiar el concubinato de su ex esposa». (Lo cual también se ha alegado en ocasiones en Derecho español: *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada», *Separata del libro-homenaje al prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 229.) Pero, en general, se fundan en la desaparición de la situación de necesidad, si bien no siempre o no a menudo implican una comprobación de que ello, efectivamente, es así, ni mucho menos originan una obligación jurídica de asistencia recíproca entre los convivientes. (*Vid.* texto a continuación.) La *ratio* última de esta atribución de eficacia negativa a las uniones extramatrimoniales viene a ser así el evitar una propagación de éstas motivada por el deseo de no perder ventajas económicas en caso de segundo matrimonio. El mismo fin inspira las disposiciones que prevén la extinción de la pensión de viudedad en las mismas circunstancias (en Derecho español, la disposición adicional 10.ª, apartado 5.º, de la Ley 30/1981, de 7 de julio).

¹⁶⁴ Hay que tener en cuenta, no obstante, que la naturaleza de la pensión compensatoria del artículo 97 no es exactamente alimenticia —como sí lo son muchas de las prestaciones que se conceden en el Derecho comparado—, y por tanto, observan Díez-PICAZO y GULLÓN, no sustituye ni resulta incompatible con los alimentos que se hubieran acordado en caso de separación: si bien a renglón seguido precisan que «en tal caso se disminuiría considerablemente la apreciación del desequilibrio» (*Sistema...*, cit., p. 138). Hace esta apreciación sobre el carácter de la pensión, ya en relación con lo dispuesto en el artículo 101, TORRES LANA, J. A., en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios a las reformas del Título IV del Código Civil*, coordinados por LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1982, p. 791.

¹⁶⁵ Critican esta regulación GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 438 —quien por eso afirma que la justificación es sólo parcial—, y GARCÍA RUBIO, *Alimentos...*, cit., p. 205. El primero no obstante opina que se evitan así los posibles fraudes derivados de las dificultades de prueba; en sentido parecido a ESTRADA (*vid.* nota siguiente).

¹⁶⁶ ESTRADA, que explica la extinción automática como modo realista de resolver las dudas que podía plantear el tener que calibrar el estado de necesidad (según la antigua pen-

ya la vía matrimonial, dado que el fin de la norma fue precisamente conjurar los fraudes ocasionados por no contraer nupcias para no perder la pensión, a pesar de hallarse cubiertas las necesidades del perceptor. Pero la objeción no puede ser acogida, pues supondría una inadmisibles constrictión de la libertad, en contra de la doctrina del TC que veta que desde la legislación se impongan dificultades excesivas a quien decide vivir en pareja sin casarse. Dicho de otro modo, el argumento aún podría considerarse si no se hubiera otorgado esa eficacia negativa a la convivencia extramatrimonial por el artículo 101 CC, o si aquella dependiera de la real cobertura de las necesidades. Pero puesto que ello no ha sido así, y en vista de los problemas que esta última alternativa entrañaría, parece razonable autorizar la conversión del efecto positivo «fáctico», que la norma toma como presupuesto de su efecto negativo, en efecto positivo jurídico¹⁶⁷.

sión de alimentos por separación), a cambio fundamenta, en la línea de la jurisprudencia italiana, una obligación natural de asistencia entre compañeros, basada en los principios de justicia, equidad y solidaridad: *vid.* pp. 310 y 311. Pero ello sigue sin justificar aquella extinción automática, dada precisamente la no exigibilidad de una obligación natural, que únicamente operaría como «justa causa», a los efectos del artículo 1.901, de las atribuciones espontáneamente realizadas, y daría lugar a la *soluti retentio*. El autor parece por ello condicionar aquella extinción a que la obligación natural en efecto se cumpla: «Cumplida [...] cesará temporalmente la obligación alimentaria del otro cónyuge». Y dice «temporalmente» porque a continuación especifica que «cuando la unión marital termine y cese la asistencia recíproca entre convivientes –aunque el art. 101 no disponga nada al respecto– ha de entenderse que renace con ello el derecho a percibir la pensión (de separación o divorcio) suspendida. De no ser así se dejaría al *ex cónyuge* en la más absoluta de las miserias, salvo que [...] tuviera derecho a percibir una indemnización del *ex conviviente*» (p. 311). *Vid.* también GALLEGU, *Las parejas...*, cit., p. 442 y 443, que no cree que se pueda llegar a esa solución –suspensión y posterior renacer de la pensión– con la letra de la Ley, aunque estima que sería de justicia; y GITRAMA, *Notas...*, cit., pp. 229 y 230, quien postula remitir cada caso concreto a los Tribunales.

¹⁶⁷ Ahora bien, que sea conveniente no significa que la consecuencia positiva se pueda extraer directamente de la norma que atribuye el efecto negativo, pues, como subraya GARCÍA RUBIO (*Alimentos...*, cit., p. 205), tal razonamiento supone un salto lógico inaceptable. Pero igual que resulta chocante que la convivencia marital no sirva para conceder la pensión de viudedad y en cambio sí para perder el derecho a la pensión del 97 (GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, 1992, p. 21), también lo es negar la posibilidad de configurar una obligación recíproca de mantenimiento entre convivientes. Sorprende también –abundando en las contradicciones y aunque esto no se refiera ya sólo al supuesto de que uno de los convivientes esté separado, sino a la convivencia de hecho en general–, que los gastos que genera esta última no se incluyan en el concepto de «carga familiar» a los efectos de reclamar el subsidio por desempleo (RD 625/1985, de 2 de abril, art. 18) o que tampoco compute a efectos del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 3.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, y art. 8, modelo Anexo I, del RD 3103/1996, de 20 de septiembre). Parece con ello que en muchos casos el legislador presupone que sólo ingresan, gastan, se alimentan y se ayudan entre sí quienes están casados (LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 28): y, sin embargo, el mismo legislador deja de presuponerlo cuando de suprimir la pensión compensatoria se trata.

Por otra parte, el artículo 101 CC no hace referencia a la situación inversa, esto es, a que el que conviva maritalmente con otra persona sea el obligado a satisfacer la pensión. Desde la doctrina se estima en general que una eventual reducción de dicha pensión *ex artículo 100* sólo vendría justificada por la presencia de hijos en la unión extramatrimo-

Por otro lado, existe en la legislación española otra norma, de entre las que atribuyen algún efecto a la convivencia no matrimonial, que prevé la eventualidad del vínculo matrimonial subsistente de alguno de los unidos de hecho: se trata de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que en la nota 3 a la Tabla I de su anexo (relativa a la concesión de indemnizaciones por muerte) indica que «en los supuestos de concurrencia [de cónyuge separado o divorciado que, por tener derecho a la pensión compensatoria del art. 97 CC, lo tiene también a indemnización] con uniones conyugales de hecho [...] la indemnización fijada [...] se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les hubiera correspondido de no haber concurrencia.» El concepto de «unión conyugal de hecho» a esta previsión subyacente, según el cual tienen cabida en el mismo los casados separados, concuerda así con las directrices contenidas en la memoria explicativa que acompaña a la Recomendación R(88) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como pareja no casada y de sus disposiciones testamentarias¹⁶⁸. En este texto se indica que, si bien el Comité no ha formulado un concepto de pareja no casada, por estimar que ello corresponde a la legislación nacional, se tiene presente la relación entre un hombre y una mujer que viven juntos fuera del matrimonio, «estén o no casados con otra persona».

En cuanto a la postura de la jurisprudencia, es de señalar que en ella el vínculo matrimonial previo subsistente no ha sido en general un obstáculo para apreciar la existencia de una unión extramatrimonial: *vid. ad. ex.* la SAP de Granada de 28 de junio de 1993 («Al margen de que la señora M. estuviese casada con un tercero, y subsistiese el vínculo matrimonial, es lo cierto que de modo ininterrumpido convivió desde la fecha dicha con el señor O. [...] el hecho de que la señora M.A. ostentase la condición de casada, por no haberse disuelto su anterior matrimonio, en nada le impedía adquirir bienes en común con el señor O.»); o las SSAP de Asturias de 22 de junio y de 4 de noviembre de 1994, las cuales, a pesar de en ambos casos hallarse una de las partes separada de su cónyuge,

nial del obligado, pero no en ausencia de los mismos, dada la primacía legal de la unión matrimonial (ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 311 y 312, y GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 444). La conclusión es discutible, pues esa unión matrimonial está en trance de extinguirse o se ha extinguido, y en todo caso no constituye ya una familia: no parece razonable que un residuo de familia prime rotundamente sobre la familia actual. Sería preferible sopesar las necesidades respectivas de sustento y de capacidad económica, en la línea de alguna jurisprudencia y doctrina italiana (citada en aquellos autores).

¹⁶⁸ *Vid.* BIMJ, núm. 1531, de 25 de junio de 1989, pp. 2727 a 2730.

se afirma rotundamente la existencia de sendas uniones *more uxorio* con el actual conviviente, al concurrir los requisitos enunciados por la STS de 18 de mayo de 1992. Recuérdesse, de hecho, que la definición dada por esta sentencia no excluye explícitamente a nadie de la posibilidad de constituir una pareja no casada, al centrarse sólo en los elementos objetivos de la relación: las personas admitidas se entiende por tanto que lo serán en función de su capacidad de desarrollar efectivamente esos elementos objetivos ¹⁶⁹.

Las normas reguladoras de los Registros administrativos de uniones civiles no mantienen, sin embargo, una postura uniforme sobre la cuestión: si bien la mayoría no exige el requisito de la ausencia de ligamen previo, existe algún ejemplo en que así ocurre: *vid.* artículo 4 del Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, del Gobierno asturiano, que crea el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias.

d) La no concurrencia de impedimentos matrimoniales en sentido estricto

Finalmente, suele señalarse como requisito de configuración de la unión libre, la no concurrencia de impedimentos matrimoniales entre los miembros de la pareja ¹⁷⁰. La remisión obligaría a excluir a las parejas en que uno de los miembros estuviera afectado por alguna de las prohibiciones (relativas) del artículo 47 CC: impedimentos de parentesco (arts. 47.1.º y 2.º CC) y conyugicidio (art. 47.3.º) ¹⁷¹.

Al respecto no ha sido infrecuente destacar que su virtualidad en la convivencia no matrimonial en sentido restringido guarda cierta relación con su carácter dispensable o no para el matrimonio. Es decir, los impedimentos dispensables para el matrimonio (parentesco colateral de tercer grado y conyugicidio: *vid.* art. 48 CC) deberían serlo también para la pareja no casada, si bien respecto a ella no puede hablarse de una propia dispensa (como tampoco hay impedimento en sentido técnico): se trataría simplemente de permitir la existencia de

¹⁶⁹ No obstante, la también varias veces citada SAP de Baleares de 18 de mayo de 1998, que inserta una definición de unión de hecho tomada, a decir del juzgador, de «la mejor doctrina», sí acoge la necesidad de la ausencia de vínculo matrimonial subsistente (a pesar de que «la mejor doctrina», como se acaba de ver, no coincide en la exigencia de este requisito). Esto, sin embargo, no tiene trascendencia en el fallo concreto.

¹⁷⁰ *Vid. ad. ex.* HERNÁNDEZ RUIZ y otros, «Las uniones extramatrimoniales estatales y libres», en *Anuario de la Escuela Judicial* (1970), VIII (citado en ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 75); LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, 1994, pp. 29 y 32.

¹⁷¹ Hay que precisar que a menudo, cuando se aborda este punto, se toma la noción de impedimento en sentido amplio, comprensiva, por tanto, también de las prohibiciones (absolutas) del artículo 46 CC (*vid. ad. ex.* REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 38-41). Examinadas ya éstas en los apartados anteriores, aquí resta sólo por considerar los impedimentos en sentido estricto, enunciados en el artículo 47 CC.

una unión conformada por personas en quien concurra una de esas circunstancias, calibrando en su caso la conveniencia y la licitud de la continuación de la situación en función de las circunstancias ¹⁷², y concederle los efectos que en general se otorgan a las parejas no casadas.

Por lo que hace a los impedimentos no dispensables, la noción de orden público arraigada en la conciencia social y jurídica impone que también se excluyan del ámbito subjetivo de la convivencia no matrimonial en sentido restringido las uniones incestuosas (entre parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta el segundo) ¹⁷³, sin perjuicio de los efectos que desde otro punto de vista –pero no en cuanto pareja no casada– surjan de aquéllas ¹⁷⁴.

El planteamiento que se acaba de exponer coincide con la exigencia, constante en los Registros administrativos de uniones civiles, de que los miembros de las parejas no sean «entre sí parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral» (*vid.* por todos el art. 3 del Decreto creador del Registro de Vitoria ¹⁷⁵).

C) Elementos formales

a) Ausencia de forma constitutiva y delimitación de otras figuras

Hablar de los elementos formales del concepto de pareja no casada supone, en primer término, destacar precisamente la ausen-

¹⁷² LLEBARÍA se muestra en este punto aún más rotundo, pronunciándose a favor de la admisibilidad, sin más, de una unión de estas características: «En la medida en que dichos impedimentos sean dispensables [...], no veo motivo para que impidan la unión libre, pues actuarían por ley, en protección de la institución matrimonial, como refuerzo ético y del libre acceso a la misma». (*Hacia la familia...*, cit., p. 103). No obstante, ha de tenerse en cuenta lo chocante que de por sí resulta el hecho de que un impedimento como el de conyugido se configure en la ley como dispensable sin necesidad de alegar justa causa: *vid.* GARCÍA CANTERO, Comentario a los artículos 42 a 107 del CC, en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 89. (Entienden que es precisa la alegación de justa causa, pese al silencio del Código, Díez-PICAZO /GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 79.)

¹⁷³ *Vid.* nuevamente LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia...*, cit., *ibid.* También ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 76; FOSAR BENLLOCH, «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1982, p. 920; REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 40 y 41. Estos últimos señalan que en estos casos, ciertamente excepcionales, el impedimento existente repugna a la conciencia social, como lo demuestra el hecho de que no sólo no es dispensable, sino que tampoco existe, para el matrimonio, la posibilidad de establecer una «solución legal alternativa», como sí ocurre con el otro impedimento no dispensable –que se examina en el texto a continuación–, el de vínculo matrimonial previo, cuya «solución» es el divorcio.

¹⁷⁴ *V. gr.* sobre todo la especial tutela que se dispensa al nacido de ellas y que le permite invalidar la determinación no consentida de su filiación (art. 125 CC).

¹⁷⁵ Decreto del Alcalde de Vitoria de 28 de febrero de 1994 (B.O. del Territorio Histórico de Álava núm. 30, de 11 de marzo de 1994).

cia de formalidades solemnes constitutivas de la relación. Y es que la pareja no casada se constituye como consecuencia del desarrollo material de una comunidad de vida semejante a la de los cónyuges. Esta circunstancia salta a primera vista como una de las diferencias esenciales entre matrimonio y pareja no casada¹⁷⁶, lo que se deja sentir en alguna de las denominaciones empleadas para esta última figura: «matrimonio sin papeles», «matrimonio informal», «*Ehe ohne Trauschein*», etc.

Estos gráficos términos no son, sin embargo, exactos, inducen a error y enturbian una adecuada delimitación con otras realidades. En efecto, la utilización del *nomen* de matrimonio y la insistencia en la ausencia de formalización como (sola) nota diferencial, sin matizar, entronca nuevamente con la confusión entre semejanza (del elemento objetivo de la relación) y analogía con el matrimonio. Y ello en rigor lleva a exigir idénticos requisitos subjetivo, sin que los efectos sean a pesar de todo análogos...

Porque si lo fueran estaríamos en presencia de una figura distinta: el matrimonio consensual o por comportamiento. Éste sí es, en los sistemas donde se admite en la actualidad o se admitió en el pasado, un auténtico «matrimonio al que sólo le falta el certificado». Es lógico, por tanto, que los requisitos subjetivos sean los mismos, porque también lo son los efectos¹⁷⁷.

En el Derecho pretridentino se admitía con frecuencia esta posibilidad, como herencia del modelo romano de matrimonio privado, y de la que son ejemplos el matrimonio «a iuras» español (prohibido por Felipe II en 1564) o el impropriamente denominado «*Common Law marriage*» (*marriage by mere consent, marriage by living and repute*) anglosajón, abolido definitivamente (tras el Decreto Tametsi de 1563) en Inglaterra por la Lord Hardwick's Act de 1753 (en Escocia se prolongó sin embargo, hasta 1940: Marriage Scotland Act, 1939).

El *Common Law marriage* subsiste en los Estados norteamericanos de Alabama, Colorado, Idaho (para los constituidos antes de del 1 de enero de 1996), Iowa, Kansas, Montana, Ohio, (para los constituidos antes del 10 de octubre de 1991), Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Texas y Utah (New Hampshire lo reconoce sólo parcialmente, a efectos sucesorios). Los requisitos básicos de estas legislaciones estadounidenses son, junto a la convivencia por un período de tiempo significativo, el consentimiento matrimonial («intending to be married») y una auténtica (ahora sí)

¹⁷⁶ Vid. ESTRADA, *Las uniones...*, cit., p. 53; GALLEGU, *Las parejas...*, cit., p. 69, y los que citan.

¹⁷⁷ Como recalca GALLEGU, «la diferencia jurídica material que existe entre matrimonio consensual y unión de hecho es la misma que existe entre matrimonio y no matrimonio: el matrimonio genera un *status* especial en los cónyuges, situándolos en un entramado de obligaciones y derechos predeterminados por la ley» (*Las parejas...*, cit., p. 75).

«posesión de estado» matrimonial («holding out as a married couple»), que incluye el *nomen* y la *fama*. Este matrimonio produce todos los efectos del matrimonio formal y, en particular, sólo puede ser disuelto por divorcio ordinario, judicial (no hay «*Common Law divorce*»). Las diferencias con la «*unmarried cohabitation*» son, pues, en principio claras, si bien no deja de apreciarse confusión en los profanos: es relativamente frecuente la creencia de que el hecho de convivir en pareja durante un tiempo da lugar a un matrimonio. Las dudas y dificultad de prueba sobre la intención de las partes dan lugar a no pocos conflictos, en los que en ocasiones se trata de convertir lo que en rigor era una pareja no casada en un «*Common Law marriage*». Esto, y el hecho de en definitiva tratarse de un anacronismo poco justificable en la actualidad, han llevado a la mayoría de los Estados a suprimir la figura de sus regulaciones.

Se acercan al fenómeno del matrimonio consensual, a pesar de llevar legislativamente el nombre de uniones de hecho, los supuestos de asimilación al matrimonio de las regulaciones iberoamericanas. Algunas de éstas, al tender «puentes de oro» para la conversión de uniones no formalizadas en matrimonios, otorgándoles los plenos efectos de este de modo retroactivo una vez se ha producido el registro o aprobación judicial de las mismas, hacen de ellas un matrimonio consensual durante el tiempo en que han durado hasta su registro, y un matrimonio formal a partir de éste. Aunque en ocasiones la regulación está dispuesta de tal forma que del matrimonio consensual se pasa al matrimonio forzoso, al no requerirse solicitud de ambas partes (consentimiento matrimonial, por tanto) para solicitar el registro: v. gr. en Panamá, Guatemala o Cuba (no así en Bolivia). (vid. Müller-Freienfels, «*Cohabitation...*», cit., p. 264). Lo mismo ocurriría en la propuesta de regular el «matrimonio por comportamiento» en el Código Civil del Estado mexicano de Oaxaca (Ortiz Urquidi, R.: «El matrimonio por comportamiento», en *Centenario del Código Civil*, Pinoso, 1989, pp. 257-271).

Otro ejemplo de matrimonio consensual «*ex post facto*» lo suministra la regulación de la República de Cabo Verde, que asimismo concede efectos retroactivos a la *união de facto* previa solicitud de ambos convivientes: lo cual aparece en aquella legislación diferenciado del derecho que asiste a la compañera de solicitar efectos similares a los del divorcio, incluyendo pensión alimenticia, a la ruptura de una unión de hecho que *no* se ha convertido en matrimonio. (Vid. Müller-Freienfels, W., «*Cohabitation and marriage law. A comparative study*», *International Journal of Law and the Family*, 1, 1987, p. 265.)

Esto conduce asimismo a hablar, como supuestos de matrimonio y no de verdadera pareja no casada, del reconocimiento *a posteriori* de matrimonios contraídos bajo la presión de los acontecimientos, sin respeto de las prescripciones formales (así, en la República Federal de Alemania, tres leyes del año 1950: la Ley de 17 de marzo sobre la situación jurídica de los deportados y refugiados, la Ley de 23 de junio sobre el reconocimiento de los matrimonios de hecho de personas perseguidas por motivos raciales y políticos y sobre el reconocimiento *a posteriori* de matrimonios de

urgencia: *vid.* Müller-Freienfels, en *Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés*. Actes du onzième colloque de droit européen, Estrasburgo, 1982, p. 82).

Finalmente, aunque no produce todos los efectos del matrimonio oficial, suele citarse el ejemplo del matrimonio consensual tradicional japonés («*naien*»), al cual, una vez introducido un sistema de matrimonio público, de registro obligatorio, se le concede el trato de una unión de hecho cualificada, con muchas consecuencias análogas a las del matrimonio, y que permanece diferenciada de la simple convivencia («*dohsei*»): *vid.* Müller-Freienfels, «Cohabitación...», pp. 278 y 279).

Esta delimitación no siempre se realiza, e incluso en ocasiones se vincula expresamente la noción de unión de hecho con la de matrimonio consensual¹⁷⁸, quizá en parte con el influjo de las regulaciones hispanoamericanas (y del *nomen iuris* utilizado por las mismas). Debe sin embargo insistirse en que en nuestro Ordenamiento el matrimonio es siempre un acto solemne, y que además en nuestro contexto social y geográfico las razones de la existencia de uniones libres, aun siendo en sí variadas, no pueden reconducirse a las que en otros entornos aconsejan una asimilación al matrimonio¹⁷⁹. Porque en última instancia, cualesquiera que sean los motivos de índole individual subyacentes a la decisión de convivir en pareja sin casarse, todos entrañan una voluntad objetiva contraria al matrimonio. Esta afirmación no supone admitir el tópico de que «quien no se casa, pudiendo hacerlo, es porque no quiere...»: la voluntad contraria al matrimonio no tiene por qué ser permanente o de principio, ni se identifica con el rechazo de una o toda disciplina. Pero sí implica que el consenso sobre el hecho de la convivencia que deriva de la *affectio* no es igual al consentimiento matrimonial, esto es, al que recae sobre el ingreso en la institución definida por la ley, con aceptación de sus consecuencias igualmente predefinidas de modo legal. Lo cual se traduce en que «la ausencia

¹⁷⁸ *Vid. ad. ex.* LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *Las uniones paramatrimoniales...*, cit., p. 28: «existiendo convivencia con carácter de matrimonio, con consentimiento por ambas partes para mantener esta unión *more uxorio*, existe en realidad un matrimonio consensual, aunque no formal, y es precisamente esto lo que hace que la pareja tenga determinados derechos y obligaciones entre sí, al formar una unión paramatrimonial».

¹⁷⁹ La delimitación ha quedado clara también en sede judicial: la STS de 16 de diciembre de 1996 recalca que en nuestro contexto jurídico y social las parejas no casadas «no constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del derecho romano que terminó imponiéndose a las formas solemnes o como el matrimonio *a iuras* del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia, hasta la disciplina derivada del Concilio de Trento que instituyó la forma como requisito necesario para la existencia del matrimonio. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio y, en otros, una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia».

de forma no es un elemento puramente objetivo, sino que viene concebido por un factor subjetivo»¹⁸⁰. A diferencia del verdadero matrimonio consensual en el que –justamente porque se trata de un matrimonio, y no de una forma de convivencia que se presenta, siquiera temporal o circunstancialmente, como alternativa al mismo–, sí existe consentimiento matrimonial (manifestado en privado y sin formalidades oficiales)¹⁸¹. La comparación con el matrimonio consensual permite subrayar también otra «carencia formal» de la pareja no casada: y es que si aquél es informal en su comienzo, no lo es en la disolución en vida, que tiene que seguir el procedimiento ordinario; mientras que en ésta no sólo la «constitución», sino tampoco la ruptura siguen trámite alguno¹⁸².

No obstante, la nitidez de la distinción, que se mantiene dentro de un concepto de convivencia no matrimonial (en sentido restringido) no institucionalizador de la misma, sino instrumental y flexible, correspondiente a una toma en consideración del fenómeno por parte del Derecho que tenga el propósito de tutelarlos por razones de justicia, vuelve a difuminarse ante propuestas y regulaciones acabadas que a la postre efectúan esa institucionalización. Aunque ello va a ser objeto de atención en el próximo capítulo, puede adelantar-

¹⁸⁰ SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», cit., p. 494.

¹⁸¹ Lo hasta aquí dicho no empece la conexión del fenómeno de la convivencia no matrimonial con la reacción a la rigidez de la forma matrimonial (siendo aquí «forma» una noción más amplia que la de formalidad, equivalente a institución), que en parte subyace a y explica el mismo. Esto ha llevado a la doctrina a sondear en la evolución histórica del matrimonio desde su consideración como una situación fáctica, un acto privado y consensual en las fuentes romanas, hasta su institucionalización según el modelo canónico, que trae consigo *inter alia* la exigencia de una forma constitutiva de celebración. (Vid. REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., pp. 13, 14, 31 y 32; NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, cit., pp. 65 ss.; Se detienen en especial a analizar las razones de aquella exigencia, LÓPEZ-BURNIOL, J. J., «La Ley catalana de uniones estables de pareja», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, pp. 18-23, y los allí citados). La pareja no casada se presenta así, ponen de relieve aquellos autores, como una alternativa al matrimonio legal e institucional no sólo carente de forma, sino de otros elementos configuradores de aquella institución, como otro modo de encauzar una realidad semejante, en el fondo la misma. Sólo en este sentido «sociológico», que atiende al sustrato material de una y otra relación, deben entenderse afirmaciones como las de que «está muy extendida la convicción de que lo único que diferencia la simple unión de hecho [...] del matrimonio reside en que este último se ha celebrado con los requisitos de forma y solemnidades prescritos por la legalidad vigente...» (VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal*, cit. en LÓPEZ BURNIOL, «La ley catalana...», cit., p. 15). No cabe duda, no obstante, de que ese trasfondo alude a una realidad compleja, en la que se entrecruzan los procesos de jurificación de la pareja no casada y desjurificación del matrimonio, y que acaba desembocando en las propuestas de redimensión del entero fenómeno familiar (REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 124) y en las predicciones sobre una futura absorción del matrimonio y la unión libre dentro de una concepción de la familia en sentido natural (CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», cit., p. 560).

¹⁸² Vid. *supra* núm. 33 sobre la informalidad de la disolución como nota diferencial entre matrimonio y unión libre, y p. 53 sobre la inexistencia de un «divorcio de *Common Law*».

se que surge así una figura híbrida, una categoría intermedia, que ni es unión de hecho (porque introduce requisitos matrimoniales que dejan fuera supuestos, lícitos y necesitados de tutela, que entran en el concepto según todo lo hasta ahora examinado), ni matrimonio consensual, porque ni produce todos los efectos de un matrimonio, ni en todos los casos están ausentes los elementos formales constitutivos.

Dejando esto aparte, y volviendo a la cuestión de la distinción entre pareja no casada y otras figuras, suele en segundo término aludirse a cómo la misma ausencia de forma, que denota a su vez una falta de consentimiento matrimonial, permite diferenciar la primera de los llamados matrimonios putativos. En ellos —regulados en nuestro Derecho en el artículo 79 CC— hay consentimiento matrimonial de al menos una de las partes (llamadas precisamente «contrayentes»), y se requiere un mínimo de forma o apariencia matrimonial. Sólo el caso de matrimonio nulo en que concurra mala fe por parte de ambos sujetos (con falta absoluta de consentimiento matrimonial, por tanto) podría tener la consideración de pareja no casada, si concurren sus rasgos definitorios¹⁸³.

Finalmente, existen uniones en que al consentimiento indubitablemente matrimonial va aparejada una forma solemne, pero no oficial, y no se constituye un matrimonio a efectos civiles. Es el caso de los matrimonios religiosos no reconocidos, de los que un tanto apresuradamente se dice que tienen la consideración de uniones de hecho¹⁸⁴. Esta afirmación, que se sustenta en la propia ambigüedad del término, requiere ser matizada: no cabe duda de que siempre serán uniones *de mero hecho*, en tanto que su existencia puramente fáctica, al margen del Derecho, es inevitable (salva la hipótesis de persecución o represión). Pero que además entren o no en el concepto de pareja jurídicamente relevante dependerá de que en ellas concurren los elementos objetivos y subjetivos que integran aquel. Esto permitía excluir, *v. gr.*, el segundo o sucesivos matrimonios en supuestos de poligamia, que son un ejemplo claro de matrimonios religiosos sin efectos civiles¹⁸⁵.

¹⁸³ Por lo que hace a las relaciones entre dichos sujetos, puesto que respecto de los hijos se mantienen los efectos ya producidos del matrimonio nulo, a pesar de la mala fe, según el citado artículo 79. V. GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 74, quien señala cómo el Derecho argentino contempla expresamente la conversión en «mero concubinato» del matrimonio nulo con mala fe (art. 223 del Código Civil).

¹⁸⁴ Así, NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales...*, cit., p. 33; GALLEGO, *Las parejas...*, cit., p. 76.

¹⁸⁵ En realidad, la respuesta de los distintos Ordenamientos al problema de los matrimonios celebrados conforme a ritos religiosos, raciales o tradicionales no reconocidos es variada. En ocasiones se posibilita su conversión en matrimonios con efectos retroactivos (tal es el caso de los matrimonios musulmanes en Turquía tras la introducción del matrimo-

b) Elementos formales en sentido amplio

En la pareja no casada se señala también la presencia de elementos formales en un sentido no técnico. Así, en primer lugar, algunos autores estudian en este apartado aspectos que aquí se han referido como calificadores del elemento objetivo de la convivencia marital: concretamente la notoriedad y publicidad o incluso la estabilidad¹⁸⁶.

Por otro lado, la redacción de un contrato de convivencia, incluso otorgado ante notario, o la inscripción en un registro (como los municipales o autonómicos de uniones civiles, en España) introducen una cierta dimensión formal: pero estas «formas», *antes de (algunas) regulaciones legislativas (v. infra III)*, son en todo caso opcionales y *ad probationem*, nunca *ad solemnitatem*. El reconocimiento de consecuencias jurídicas de las uniones de hecho no debiera estar condicionado a la constancia formal de las mismas por alguno de esos medios¹⁸⁷, pues ello desvirtuaría el propio concepto.

1.3. Conclusión: concepto de pareja no casada como realidad familiar no institucional alternativa al matrimonio; exclusiones del concepto

Recapitulando, puede concluirse que la noción de convivencia no matrimonial en sentido restringido subyacente a las normas,

nio civil obligatorio: MÜLLER-FREIENFELS, «Cohabitation...», cit., pp. 266-267). En otras se les da el trato de unión libre, acaso privilegiada (v. gr. matrimonios religiosos celebrados en Italia entre 1866 y 1929. Aquí cabría incluir también el fenómeno del *naïen* japonés: vid. ESTRADA, *Las uniones...*, cit., pp. 42-43). En España, casi todos los matrimonios religiosos pueden inscribirse sin problemas, y cuando eso no es posible, por razones de orden público, muy probablemente esas mismas razones impedirán la consideración también de pareja no casada, como en el ejemplo del matrimonio poligámico. La aplicación de la doctrina de la convivencia no matrimonial en sentido restringido puede ser de utilidad en algunos supuestos marginales, v. gr. el matrimonio celebrado según el rito gitano. (Vid. SERRANO MORENO, «Una propuesta para la tutela jurídica...», cit., p. 1722).

¹⁸⁶ Vid. GALLEGO, *Las parejas...*, cit., pp. 71-72; CERDÁ GIMENO, «La situación actual...», cit., pp. 574-575.

¹⁸⁷ REINA/MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 37. Y es que, en ausencia de una regulación orgánica, para probar la existencia de la relación de convivencia pueden emplearse cualquiera de los medios admitidos en Derecho: prueba testimonial o confesión judicial, a través de declaraciones juradas; informes de la policía municipal; certificados de los Ayuntamientos con apoyo en el padrón municipal; y pruebas documentales diversas (cartas, fotografías, cuentas corrientes comunes...). La inscripción en un Registro municipal de uniones civiles puede incrementar el valor probatorio que antes derivaba del padrón municipal, aunque sin tener ni mucho menos la eficacia de una inscripción en el Registro civil. (Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C., «Los Registros municipales de uniones civiles», en MARTINELL-ARECES PIÑOL, *Uniones de hecho*, cit., p. 517).

jurisprudencia y doctrina anterior a las regulaciones orgánicas, hace referencia a la pareja no casada compuesta por dos personas de distinto o (en las aproximaciones más avanzadas) del mismo sexo, que conviven de modo semejante a como lo hacen los cónyuges en el matrimonio, pero sin formalizar su convivencia acudiendo a esta institución legal. La semejanza de su relación con el matrimonio alude al sustrato material de éste: el establecimiento de una comunidad de vida y de cuidados, cualificada por la presencia de la *affectio maritalis* o consenso diariamente renovado de vivir una relación de tal índole. La maritalidad de esa convivencia presta a la misma las notas de su estabilidad, exclusividad y, generalmente, de su notoriedad, así como entraña una dimensión sexual que se presume (sin tener que manifestarse en una relación carnal) y, en su caso, una puesta en común de recursos económicos. La diferencia con el matrimonio (la falta de analogía en sentido técnico, por tanto) estriba en la falta de vínculo jurídico-formal, que se traduce en la informalidad también de la ruptura y en la no sujeción *ex lege* a un estatuto de contenido institucional: no basta, pues, la ausencia de formalidades en la constitución.

Así las cosas, la delimitación del concepto se hace partiendo de un doble criterio positivo y negativo, que se infiere de la misma expresión «pareja no casada»: positivo en cuanto a la presencia de una serie de elementos propios de la relación de «pareja»; negativo en cuanto a la ausencia de matrimonio: «no casada»¹⁸⁸. Y esta doble alusión al patrón matrimonial, con el cual la pareja no casada está en relación de semejanza, pero no de analogía surge de la constatación de que:

a) La realidad humana, sustantiva, que subyace a ambas figuras es la misma: la relación familiar que surge a partir del compromiso personal de formarla.

b) Esa misma realidad puede canalizarse, bien a través de la institución matrimonial, que recoge ciertos caracteres de esa realidad –con exclusión de otros– para legalizarlos e imprimirles un perfil definido jurídicamente, bien a través de una forma alternativa de convivencia, no institucionalizada, que precisamente por esa falta de institucionalización resulta más amplia en su ámbito subjetivo y más flexible en su constitución, extinción y consecuencias jurídicas.

¹⁸⁸ Vid. FALZEA, «Rapport général», en *Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés*. Actes du onzième colloque de droit européen, Estrasburgo, 1982; y CERDÁ GIMENO, *La situación actual...*, cit., pp. 154-156; pp. 558 y 559.

De lo cual se desprenden, también a modo de resumen de todo lo dicho, dos consecuencias importantes:

1.^a La pareja no casada es familia, entendiéndose por familia esa comunión natural entre personas que preexiste al matrimonio y no depende de él ¹⁸⁹, y que en nuestra sociedad y Derecho actuales tampoco está condicionada a la filiación o consanguinidad. Las resistencias a catalogar como familia a la pareja sin hijos, o a la pareja homosexual, son un residuo de esa doble asociación familia-matrimonio y familia-procreación, que debe estimarse poco acorde con los principios constitucionales vigentes.

2.^a La pareja no casada no es matrimonio, en cuanto el vínculo intersubjetivo, el compromiso recíproco, que sin duda existe, no se formaliza en la manera dispuesta por el legislador, no se convierte en el vínculo legal creado por éste cuando institucionaliza una forma de convivencia. Por eso, *inter alia*, los requisitos subjetivos y formales no coinciden con los fijados legalmente para el matrimonio, pues no se añaden, como éstos, a la realidad preexistente, sino que simplemente la identifican.

¿Qué ocurre entonces con las situaciones excluidas del concepto? ¿No constituye esa exclusión una contradicción, puesto que aquellas situaciones son supuestos fácticos que ahora se marginan de una definición que precisamente se dirigía a una realidad fáctica? ¿No se están así introduciendo requisitos añadidos, como en el matrimonio, y procediendo a una nueva institucionalización? Cabe hacer dos observaciones:

1.^a La respuesta es negativa, y no hay institucionalización, si se tiene en cuenta que la facticidad de una parte de las situaciones excluidas es distinta: nos referimos a aquellas que no cumplen requisitos como el objetivo de la exclusividad o el subjetivo de la ausencia de los impedimentos de parentesco próximo. En la tarea de acotación se advierte que no integran la realidad familiar preexistente, *de acuerdo con nuestra noción de ella, que no sólo es jurídica* (y que además sólo lo es desde el momento en que el Derecho decide prestarle atención, más allá de la que ya prestaba a una parte de esa realidad, la institucionalizada mediante el matrimonio), *sino fundamentalmente social y cultural* ¹⁹⁰. Son

¹⁸⁹ Así, RIVERO HERNÁNDEZ, en el «Prólogo» a la obra de LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia...*, cit., p. 15.

¹⁹⁰ En este sentido debe entenderse la afirmación de la STS de 18 de mayo de 1992 de que los requisitos que han de exigirse a las uniones *more uxorio* para que produzcan efectos «se derivan de su propia naturaleza». De acuerdo, siempre que esa «naturaleza» se tome no en sentido ontológico sino determinada por el contexto social y cultural. Que la familia no es un producto natural, sino cultural, con lo cual el concepto cambia de una

pues, en último término las coordinadas sociales y culturales las que determinan la exclusión de la realidad que se toma como supuesto de hecho (la realidad familiar). El Derecho no viene aquí a añadir nada ni a hacer restricciones ulteriores, sino simplemente a confirmar lo que de aquellas coordinadas (que el concepto de orden público traduce en la esfera jurídica) se deduce. Y ello con independencia de que algunas de éstas tengan carácter universal (las que motivan la exclusión de las uniones incestuosas) o más conectado a un entorno histórico y geográfico concreto (las que dan lugar a la exclusión de las uniones poligámicas, o las de tipo esporádico, etc.).

2.^a Tampoco hay realmente institucionalización por el empleo de parámetros de estabilidad como el del transcurso de un plazo determinado. Ciertamente que ello puede dar lugar a la exclusión de parejas que reúnen todos los elementos, que pueden en particular ser efectivamente estables aunque no haya transcurrido el plazo fijado legal o jurisprudencialmente (dada la relativa arbitrariedad que dicha fijación siempre conlleva). Pero ello no es sino consecuencia de la necesidad de introducir factores de seguridad jurídica (aunque pueda ser más o menos discutible el medio empleado para ello) como condición de la atribución de determinados efectos.

Un principio de institucionalización, sin embargo, se apunta en los Registros de uniones civiles, en cuanto algunos de ellos imponen requisitos (fundamentalmente el relativo a la ausencia de vínculo matrimonial) que suponen la exclusión o marginación de un buen número de parejas no casadas. A pesar de su eficacia jurídica limitada, esta vía ha propiciado la evolución ulterior hacia el concepto institucional que se configura en las regulaciones legislativas orgánicas. Concepto que ya no recoge el fenómeno de la pareja extramatrimonial como realidad social prejurídica, sino que circunscribe su ámbito a determinadas parejas (las que cumplan los requisitos legales) y conduce así a una nueva división y diferenciación de tratamiento jurídico que, junto al matrimonio y a la pareja no casada en sentido tradicional («de hecho»), hace aparecer la figura intermedia de la pareja legalizada ¹⁹¹.

sociedad a otra y de un momento histórico a otro, en DÍEZ-PICAZO, L., «Familia y Derecho», en *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 20-25.

¹⁹¹ Así lo vaticinaba ya, a la vista de ciertas regulaciones de los Registros municipales, VILLAGRASA ALCAIDE, «Los Registros municipales de uniones civiles», en *Uniones de hecho*, cit., p. 523.

2. CONCEPTO AMPLIO

¿Cabe ensanchar la noción de convivencia no matrimonial hasta aquí vista, integrada por las relaciones de pareja que se desarrollan de forma similar a las matrimoniales, e incluir las convivencias de tipo no marital?

A juzgar por muchas de las caracterizaciones anteriores la respuesta es negativa, o más aún puede decirse que la pregunta no se llega a plantear. La insistencia de una parte de la doctrina en las relaciones sexuales como elemento configurador de aquella noción iba precisamente dirigida a establecer una diferenciación de «otras convivencias»¹⁹². Incluso cuando se concluye que la práctica efectiva de relaciones sexuales no es determinante para que la convivencia sea marital, con ello se está afirmando que la convivencia *ha de ser* marital para recibir tutela jurídica. Se contraponen a la relación de pareja así configurada las situaciones de simple amistad o compañerismo, las cuales, se da por hecho, nunca podrían generar consecuencias jurídicas. Parece, en suma, a tenor de estas ideas, que, si no es preciso que haya matrimonio para que se aprecie la existencia de una familia (y al margen por supuesto de la relación familiar constituida por filiación-parentesco), sí tendría que haber « semejanza al matrimonio »: es decir, maritalidad.

Es más, la hipótesis de que aquellas aludidas situaciones quedan amparadas por un estatuto familiar es utilizada como argumento *ab absurdum* desde las posturas más reacias a la regulación de la convivencia no matrimonial. Porque, se argumenta, si se opta por extender la lógica y la normativa propias del Derecho de Familia a las parejas no casadas con el único fundamento de la convivencia más la afectividad (de contenido presumiblemente –que no contrastablemente– sexual), sin generalizar ese tratamiento a las convivencias por razones de amistad o economía carentes de base sexual, ello «podría interpretarse como un discutible intento de primar las relaciones por razón de sexo con respecto a las no sexuales»¹⁹³. Con ser esto cierto, también lo es que la conclusión puede ser justamente la contraria: que si no se halla un fundamento específico que justifique la tutela jurídico-familiar de lo no matrimonial, pero marital, sea obligada la extensión de la misma regulación a la convivencia no marital¹⁹⁴.

¹⁹² Vid. *supra* núm. 88.

¹⁹³ NAVARRO-VALLS (*Matrimonio y Derecho*, cit., p. 87), a quien sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*Diagnóstico...*, cit., pp. 151-152).

¹⁹⁴ Como advierte MARTÍN CASALS de cara a una regulación de la unión no matrimonial «debe evitar[se] también, en la medida de lo posible, la discriminación de aquellas

¿Existe ese fundamento específico de tutela? Caben dos opciones:

1.^a Según la concepción más tradicional, la convivencia marital se protegería en cuanto manifestación *material* de la función típicamente familiar de procreación y educación de los hijos, en la que sólo faltaría un vínculo *formal*. Pero esta razón decae desde que se admite que esa ya no es hoy en día la esencia del matrimonio, lo cual exime del requisito de la presencia de filiación para que la convivencia no matrimonial sea atendible y, a su vez, permite la entrada en el concepto de la unión homosexual.

(Ahora bien, la pervivencia, pese a todo, de esta concepción tradicional, lleva a no aceptar de buen grado la calificación como «familia» no sólo de las parejas heterosexuales sin hijos, sino sobre todo de las parejas homosexuales, así como de que la convivencia de estas últimas se reputé «marital». Y en este contexto emerge una de las virtualidades de un concepto amplio –y neutro– de convivencia no matrimonial, que serviría para proporcionar un cauce a estas relaciones sin que haya que reconocer en voz alta la institucionalización de las mismas. Sobre esto se volverá enseguida).

2.^a El elemento esencial es la comunidad de vida, cuidados y responsabilidades recíprocos que desarrollan los miembros de la pareja, y que va más allá de compartir una vivienda y una economía. Esta descripción sin embargo conduce a una ampliación de los supuestos encuadrables en el concepto de convivencia no matrimonial, ya que un proyecto de vida en común de tales características puede darse entre más de dos personas y con independencia no sólo de su sexo, sino de que mantengan relaciones sexuales y de que sean o no parientes. Lo decisivo es que convivan juntas de modo permanente, con exclusión de otras comunidades de la misma clase, y que entre ellas se establezcan vínculos internos determinantes de una recíproca disponibilidad para ayudarse y socorrerse ¹⁹⁵. El fun-

comunidades de vida familiar [...] que únicamente se diferenciarían por la falta de relaciones sexuales. Debe decirse de modo muy claro que si más allá del matrimonio se tutelan otras relaciones de pareja y no otras comunidades familiares o afectivas, se puede hacer primar la convivencia sexual por sobre la que no lo es y obligar así al común de los ciudadanos a subvencionar con sus impuestos las pensiones, bonificaciones y exenciones que entonces sólo disfrutarían las convivencias afectivas basadas en la relación sexual» («Informe...», cit., p. 1799).

¹⁹⁵ GAVIDIA, *La unión libre...*, cit., pp. 25-26. La concepción de la comunidad de vida no matrimonial procede de la jurisprudencia alemana (v. S. del *BverfG* de 17-11-1992, seguida por la S. del *BG* de 13-01-1993), que sin embargo la utiliza para efectuar una distinción entre la comunidad de vida no matrimonial sin más («*nichteheliche Lebensgemeinschaft*») y la comunidad de vida análoga al matrimonio («*eheähnliche Lebensgemeinschaft*»). La segunda, a la que se aplican determinados efectos no extensibles a la segunda, estaría formada por un hombre y una mujer sin impedimento para contraer matrimonio, y se plantearía como duradera, exclusiva (en el sentido de ser incompatible con otras del mismo

damento de su consideración jurídica estaría en la utilidad social de estas comunidades, fruto de la relación de solidaridad entre quienes las integran ¹⁹⁶.

Desde este enfoque las uniones maritales (de constitución bipersonal –parejas– y ligadas por una relación de afecto de contenido sexual) serían un subconjunto dentro de un fenómeno más amplio: la unión libre ¹⁹⁷. Queda por ver si como tal subconjunto han de recibir todavía un trato diferenciado precisamente por su carácter marital.

En realidad, desde el momento en que lo marital se define en términos objetivos y en buena medida se independiza de la relación sexual, la diferencia entre uniones maritales y las que no lo son se diluye bastante, y lo que predomina es ese denominador común constituido por el proyecto de vida conjunta. La diferencia radicaría sólo en el estrato subjetivo: dos personas entre las que se presume una relación sexual, pero sin que esta sea requisito en sí ¹⁹⁸. Un paso más consiste en eliminar toda referencia a la sexualidad, presumida, presumible o no, y contemplar el fenómeno globalmente,

tipo) y productora de vínculos internos fundantes de responsabilidades y cuidados recíprocos («*Verantwortungs- und Einstehengemeinschaft*»). De esta categoría quedan, pues, excluidas tanto las comunidades integradas por dos personas del mismo sexo (en cuanto categoría intermedia de convivencias «menos análogas al matrimonio», que comparten algunos de aquellos efectos con exclusión de otros: *vid. supra* n.106), como las que reúnen a varias personas, o a parientes consanguíneos. El autor citado acoge esa doctrina en cuanto a la identificación de los elementos objetivos –la comunidad de vida–, mas no por lo que respecta a la restricción en los elementos subjetivos, por entender que la descripción de aquella comunidad de vida es perfectamente aplicable a las relaciones entre las personas que luego la misma doctrina excluye del supuesto de hecho. (Comentarios a dicha jurisprudencia se encuentran en varios de sus trabajos: *La unión libre...*, cit., p. 24; «La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años», *DPyC*, núm. 6, 1995, 195-211, *passim* y en especial, pp. 205-206; «La libertad de elección...», cit., p. 73). Repárese también en que esta concepción de la unión libre permite incluir uniones poligámicas o poliándricas, dada la modulación del requisito de la exclusividad (una unión poligámica es a estos efectos exclusiva si es incompatible con otras uniones poligámicas). Lo cual podría proporcionar una cauce de solución de algunos problemas por ellas planteados.

¹⁹⁶ *Vid.* GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 129.

¹⁹⁷ Defienden este concepto amplio, además del tantas veces citado GAVIDIA, SALVADOR/LLOVERAS/SEUBA «Amor et caritas. La parella de fet en el dret successori de Catalunya», *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, Barcelona, 1994, pp. 218-220), al incluir relaciones de dependencia, asistencia y auxilio gratuitas entre personas no ligadas por vínculos matrimoniales o de parentesco y entre las que no hay vida marital.

¹⁹⁸ La objeción de la imposibilidad de distinguir una relación afectiva de otra establecida por amistad o interés tendría así una fácil respuesta, o incluso carecería de fundamento: «Toda convivencia en pareja que reúna los requisitos objetivos fijados para calificarla como marital [...] será considerada una convivencia *more uxorio*. Al Derecho no le interesan los motivos subjetivos (amistad, interés, afecto...) que pueden constituir una unión de hecho, como tampoco le interesan en el caso del matrimonio. Sólo debe verificar la existencia de requisitos objetivos» (TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos...*, cit., p. 62). Por supuesto que en muchos casos seguirán quedando excluidas las convivencias entre estudiantes, compañeros de piso, etc. pero por la nota de su transitoriedad o en general por la ausencia de proyecto de vida en común.

haciendo caso omiso de las distintas estructuras subjetivas y de los diversos motivos (sexuales, de amistad, de conveniencia, etc.) observables en cada una de sus manifestaciones¹⁹⁹. Lo único relevante sería que la comunidad de vida desarrollada se ajustara a la descripción objetiva vista.

Esta concepción es en rigor la más acorde con los principios y valores constitucionales. Porque por un lado el ejercicio de la sexualidad pertenece a la esfera íntima de la persona y por ello mismo no sólo no es comprobable ni exigible, sino que tampoco ha de canalizarse en una relación de pareja, matrimonial o no. Porque por otro lado, el valor de la libertad y el principio del libre desarrollo de la personalidad garantizan que cada individuo pueda organizar su vida convivencial y afectiva del modo que prefiera (y así elegir entre vivir en matrimonio, en pareja no casada, con amigos, con otros parientes, o en soledad). Un concepto tal de unión libre, desvinculado de lo sexual (y por tanto sin reminiscencias del control secularmente ejercido por el Estado en este ámbito), e interesado sólo en los lazos de solidaridad, proporcionaría al individuo (y a «los grupos en que se integra»: art. 9.2 CE) un cauce lo suficientemente holgado como para que esa libertad de elección no se viera constreñida.

Asimismo acaso sería más coherente con la disociación constitucional entre matrimonio y familia, y contribuiría a conjurar la polarización de lo no matrimonial en torno al referente hasta ahora inexorable del matrimonio. No tendría por otro lado que suponer un problema su encaje en el concepto de familia de la Constitución, dado el carácter abierto de éste: más bien reflejaría una ulterior evolución del mismo, ahondando en la idea de la realidad familiar como ámbito doméstico y marco vital de realización, desarrollo y socialización de la persona²⁰⁰. Habría de este modo un «objetivo

¹⁹⁹ Según GAVIDIA en realidad lo erróneo estribaría en el propio empleo del término «marital», que no cuadraría a ninguna convivencia en la que precisamente falte el matrimonio (vid. «La libertad de elección...», cit., p. 125). Pero con ello, así como con la crítica a la expresión equivalente «relación de afectividad análoga a la conyugal», el autor está aludiendo a la falta de analogía en sentido técnico (vid. *La unión libre...*, cit., pp. 21 y 28). Lo destacable es que, cuando luego dice que, si no analogía, sí hay por supuesto semejanza (vid. «La libertad de elección...», cit., p. 77), esa semejanza la ve posible también en uniones libres no maritales según el concepto tradicional (pluripersonales, entre parientes), al no hacerla depender en absoluto del matiz sexual, sino de la intensidad del afecto. Intensidad que se manifiesta en la exclusividad —que no significa monogamia, sino simplemente, como se ha adelantado, incompatibilidad con otras convivencias simultáneas del mismo tipo— y en la permanencia de la unión: vid. *La unión libre...*, cit., pp. 21 y 22. Esa independencia de la sexualidad hace que, v.gr., una unión libre integrada por parientes próximos no contrarie de por sí el orden público (*ibid.*, p. 26).

²⁰⁰ Que parecen ser, respectivamente, el sentido y la función más importantes del grupo familiar en el momento actual: vid. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema...*, cit., pp. 30 y 34.

familiar», de apoyo y sustento material y espiritual entre individuos, que se podría alcanzar a través de diversas vías: el matrimonio, la pareja o esta unión libre en sentido amplio²⁰¹.

Sin embargo esta concepción, minoritaria, se enfrenta a la realidad evidente de que por ahora a las uniones no maritales no se les prodiga apenas atención, y ni mucho menos se acepta que originen una relación familiar, impregnada todavía ésta de la idea de la sexualidad. Y como corolario, cuando en alguna ocasión se considera la posibilidad de su existencia, se rechaza un tratamiento paritario respecto de las uniones maritales, reaccionando contra la inclusión de ambas en el «cajón de sastre» de la unión libre²⁰².

La explicación de estos tres hechos, estrechamente relacionados entre sí, es sin duda sociológica. La escasez todavía constatable de uniones libres de carácter no marital (que sean verdaderas uniones libres y no meras situaciones de vivienda compartida no planteadas como familiares), y el dato de que el cauce escogido por la mayoría de los ciudadanos para formar una familia sea la vida en pareja (aun con las opciones de que esta sea matrimonial o no, y heterosexual u homosexual) ha hecho que haya sido la convivencia *more uxorio* la que ha planteado los conflictos desencadenantes del debate en torno a la convivencia no matrimonial²⁰³. A su vez la reproducción por

²⁰¹ Unión libre que GAVIDIA conceptúa como «tercera fuente de la relación jurídica familiar, junto al parentesco y al matrimonio» (*La unión libre...*, cit., p. 45).

²⁰² *Vid. ad ex.* las siguientes afirmaciones: «Reducir a una única realidad [...] tanto a las convivencias que tienen un fundamento marital (uniones homosexuales o heterosexuales), como a las que se generan exclusivamente por motivos de conveniencia, sin ningún tipo de relación afectiva, resulta insostenible. En efecto, obviar esa diferencia supone caer en el grave error de identificar la convivencia *afectiva* con la convivencia *lucrativa*. No podemos confundir los términos y desorientar el debate de las uniones de hecho. La auténtica reivindicación social pretende conseguir efectos jurídicos para unas convivencias en pareja que tienen un móvil afectivo sexual, y que al desarrollarse como convivencias *more uxorio* se asemejan al matrimonio y reclaman ser su figura alternativa». (TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., «El reconocimiento de las uniones homosexuales en la “Ley de uniones estables de pareja” de Catalunya», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 1. *Vid. también*, en el mismo sentido, *Fundamentos...*, cit., pp. 97-100).

²⁰³ Con ocasión de la reforma actualmente en tramitación de la legislación sueca sobre convivencia no matrimonial, se ha planteado en ese país la necesidad de extender el ámbito de aplicación a supuestos de «comunidad doméstica» («*hushållsgemenskap*») distintos de los que ahora cubre (la pareja no casada, heterosexual u homosexual). Del estudio seguido al respecto se ha llegado a la conclusión de que las personas que conviven con alguien que no sea su cónyuge o pareja estable constituyen un grupo limitado, y que dicha convivencia en muchos casos se establece de forma provisional y por razones prácticas (así, entre compañeros de trabajo, estudiantes, inquilinos...). En los casos, menos frecuentes, de convivencia tendencialmente estable (entre hermanos de edad avanzada o entre hijos adultos y sus padres) la comunidad de economía que de ellos surge no se considera equivalente a la que se da entre cónyuges o compañeros para la construcción del hogar común (y que constituye el principal aspecto regulado por la legislación de parejas). En cuanto a la conveniencia de una protección jurídica especial, los propios encuestados se inclinaron por una respuesta negativa. A la vista de todo ello, el Comité de expertos no ha estimado necesario formular propuestas, ni de regulación de las relaciones internas entre estos «otros convivientes», ni de normas específicas de seguridad

parte de ésta de un esquema de comportamiento matrimonial, en el que se repiten determinadas relaciones de dependencia y distribución de roles todavía presentes incluso en sociedades avanzadas, hace que algunas soluciones de equidad, reequilibrio, etc. estén pensadas para estas relaciones, en cuanto toman en consideración a la parte más débil o perjudicada.

Se comprende así la afirmación de que el estrato subjetivo sigue siendo relevante, y que impide la consideración unitaria de una pluralidad de casos heterogénea, sin que la nota que comparten del proyecto de comunidad de vida tenga capacidad suficiente para actuar como denominador común. Aunque no se rechaza la eventualidad de una atención legislativa para las uniones no maritales, se duda de que éstas deban o incluso quieran recibir la misma que la pareja no casada²⁰⁴. Y esto entronca con el reparo a que gocen, como ésta, de la consideración de familia²⁰⁵.

Porque puede augurarse que, una vez haya una demanda social lo suficientemente significativa, se produzca una intervención del legislador al respecto, como de hecho hay ya alguna muestra²⁰⁶,

social para los mismos. (Vid. A.A V.V., *Nya samboregler betänkande av Samboendekommittén*, Stockholm, 1999, pp. 24-25).

²⁰⁴ LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia...*, cit., pp. 87-88.

²⁰⁵ Para LLEBARÍA «no toda comunidad de vida, por más que quede protegida por otra norma constitucional, alcanza el supuesto del artículo 39. La «familia» expresa una determinada forma de comunidad de vida [...] fundada (origen que no destino) en una relación afectiva de pareja, con o sin matrimonio, de la que precisamente se ramifican vinculaciones con otras personas». (*Hacia la familia...*, cit., p. 88, núm. 20). Sorprende que en el fondo persista una concepción tradicional de la familia, con el patrón material del matrimonio y la posibilidad de tener descendencia como puntos de mira, que en puridad no cuadra con la inclusión de la pareja homosexual, sin embargo tempranamente defendida por el mismo autor.

Tampoco especifica cuál es esa norma constitucional que ampararía la comunidad de vida no familiar: si es el libre desarrollo de la personalidad, hay que recordar que este mismo era el fundamento de la ampliación de la noción de familia, originariamente de base matrimonial y heterosexual. Resulta también curioso, dentro de esta misma idea, comprobar cómo en un contexto (EEUU) en el que se parte de la «*freedom of intimate association*» para el reconocimiento y tutela de la unión no matrimonial, el TS federal no ha considerado constitucionalmente protegidos los acuerdos de vida en común carentes de contenido sexual: vid. A.A V.V., «The Constitution and the Family», *Harvard Law Review*, vol. 93-6 (1980), p. 1272. Nuevamente el dato sociológico puede arrojar alguna luz: al igual que la pareja homosexual no era (o es) (totalmente) reconocida, incluso una vez superada en teoría esa vinculación entre matrimonio o pareja y procreación, sobre todo por el hecho de no ser un modelo socialmente establecido, lo mismo parece ocurrir con la unión no marital.

²⁰⁶ En nuestro país, la Ley catalana de situaciones convivenciales de ayuda mutua, comentada más abajo (vid. III 2). Con anterioridad, GAVIDIA recoge algunos ejemplos de normas de rango reglamentario que pudieran dar cabida a un concepto amplio de unión libre, pues su tenor literal parece admitir una constitución pluripersonal: vid. el Decreto 5/1994, de 20 de enero, del Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre el procedimiento de adjudicación de viviendas de protección oficial de promoción pública y el Decreto andaluz 413/1990, de 26 de diciembre, sobre adquisición de viviendas de protección oficial, que consideran miembros de la unidad familiar a «las personas» (el primero) o al «conjunto de personas» (el segundo) que conviven de manera estable con una antigüedad

que de momento seguirá esas pautas *de lege ferenda* relativas a la no asimilación y no familiarización del estatuto. Sólo a medida que efectivamente se ensanche el concepto social de familia ocurrirá lo propio con el correlativo concepto jurídico.

Ahora bien, pese a lo dicho, las últimas tendencias legislativas parecen acoger un concepto amplio de convivencia no matrimonial, no basado en la relación de pareja y en la maritalidad. Se trata sin embargo de un concepto indiferenciado, que formalmente puede ser visto como expresión de ese estadio en que la unión libre se toma como fenómeno global, eliminando el componente sexual y fundando la protección en el modelo de comunidad de vida. Pero en realidad la razón de ser de esta emergente configuración legislativa no es tutelar las uniones no maritales en cuanto comunidades de vida y equipararlas en virtud de esa característica a las maritales. Más bien el objeto siguen siendo las relaciones maritales (y la prueba es que el número de componentes se suele limitar a dos) para las que no obstante se desea evitar esa denominación, así como reconocer abiertamente su condición de familia: en particular, la condición marital y familiar de la convivencia homosexual. El aludido concepto amplio se revela de este modo como un instrumento neutro y aséptico para conseguir ese pudoroso propósito.

Responde a esta idea, en nuestro Derecho, la Proposición de ley orgánica sobre contrato de unión civil (*vid. infra* III 1.2). En el Derecho comparado hay varios ejemplos:

a) La *Domestic Relationships Act* de 1994 del Territorio de la Capital de Australia, que regula la «relación personal, distinta del

de, respectivamente, dos y un año, antes de la solicitud. (*Vid. arts. 7.2.b)* y 8.1, citados en *La unión libre...*, cit., pp. 22 y 23).

Por otro lado, antecedentes de este concepto podrían hallarse en las comunidades familiares de los Derechos forales (v. gr. compañía familiar gallega o comunidades familiares de hecho navarras), en cuanto formas de asociación entre familias o entre miembros de una gran familia constituidas sobre una base tanto material (patrimonio común, comunidad de trabajo, explotación colectiva) como espiritual (solidaridad afectiva y comunidad de vida): *vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A., Derecho de familia, II, Barcelona, 1975, pp. 243-250. Ligadas a presupuestos socioeconómicos de épocas pasadas, su pérdida de vigencia en la actualidad no impide —comentan los autores citados— su posible y futura virtualidad de adaptación a otras estructuras económicas y sociales, distintas de las que ocasionaron en principio su existencia. En particular, entendemos aquí, a la disciplina de comunidades de vida integrantes de este concepto amplio de unión libre, en ausencia de legislación específica. Lo mismo puede decirse, en cuanto al Derecho común, de figuras como la sociedad civil universal (arts. 1665 ss. CC), de la que expresamente se ha llegado a decir que, a pesar de estar incardinada en el CC entre las sociedades, «sólo con una cierta violencia interpretativa puede estimarse que su causa reside en el ánimo de lucro. La significación causal [...] consiste en proporcionar una estructura patrimonial a ciertas comunidades de vida» (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Comentario al art. 1665, en *Comentario del Código Civil*, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1308, subrayado añadido). Así el requisito del ánimo de lucro, interpretado generosamente por la doctrina más moderna, puede de acuerdo con esta tesis ser incluso completamente eliminado, lo que da luz verde al empleo de la figura en este ámbito familiar.*

matrimonio legal, entre dos adultos, en la cual uno aporta un compromiso personal o financiero y ayuda de carácter doméstico en beneficio material del otro, lo cual incluye el matrimonio de hecho» [Sec.3(1)]. (Compromiso que, según se desprende de la Memoria que acompañó al Proyecto, va más allá de la amistad o de las relaciones de buena vecindad entre compañeros de piso, grupos de personas que viven en una casa, empleados internos y otros empleados de hogar). Es decir, comprende, pero en teoría no se limita a la relación marital. Ahora bien, si se repara en que la constitución ha de ser bipersonal, y que la relación marital, en el resto de las regulaciones australianas, es únicamente la heterosexual, sale a flote el significado de la Ley. Su enfoque, comenta Bailey-Harris, tiene ventajas políticas considerables: por un lado, permite evitar el delicado tema de incluir la convivencia homosexual dentro de una definición de relación análoga al matrimonio; por otro, soslaya la acusación de que la institución formal del matrimonio se resiente como resultado de la normativa («Financial rights in relationships...», cit., pp. 242-243).

b) La Ley belga de 23 de noviembre de 1998 (*Loi instaurant la cohabitation légale*), que proporciona una reglamentación mínima a la situación de vida en común de dos personas mayores y capaces que hagan la pertinente declaración expresa. Esa vida en común puede serlo entre parientes, tanto en línea recta como colateral, o entre extraños, y de naturaleza heterosexual, homosexual o «asexuada», ya que no se exige una relación afectiva (tan sólo se establece el impedimento de vínculo matrimonial previo o cohabitación legal previa). En la doctrina de ese país se ha hablado de la torpeza de los parlamentarios por no poder separarse de un razonamiento analógico respecto de la pareja monogámica, lo que entra en contradicción evidente con ese carácter «asexuado» (vid. De Page, Ph., «La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale», *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 2/1999, pp. 196-197). ¿Revela eso la verdadera preocupación de la Ley?

c) En el mismo sentido iba encaminada la propuesta de un *Pacte d'intérêt commun* (PIC) realizada en Francia por el profesor Hauser, que abarcaría a cualquier pareja de convivientes (dos amigos, dos hermanos). Sin embargo la Ley aprobada en el país vecino (Ley núm. 99-944 de 15 de noviembre de 1999) regula el denominado *Pacte Civil de Solidarité*, reservado en la concepción originaria de sus impulsores (los diputados Michel del MDC, Alta-Sajonia; y Bloche, del PS, París) a las parejas heterosexuales u homosexuales. En la redacción definitiva se ha mezclado no obstante algo del PIC, pues al hablarse de «un contrato concluido por dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común» y para proporcionarse «una ayuda mutua y material» se elimina la referencia explícita a la afectividad sexual y se posibilita la entrada de cualquier «dúo». Sin embargo, se impide su conclusión a parientes en línea recta o a colaterales hasta el tercer grado (así como a los unidos en matrimonio o por otro «PACS»): vid. artículo 515. 1, 2, 3 y 4 del *Code Civil*, introdu-

cido por el artículo 1 de la Ley núm. 99-944. En fin, la mención expresa de las parejas heterosexuales u homosexuales denota que son ellas (y muy principalmente estas últimas) las destinatarias de esta alternativa al matrimonio, como ya se puso en evidencia desde los antecedentes del PACS (el *contrato de unión civil* y el *contrato de unión social*): *vid.* Branlard, «L'homosexualité, le mariage, le concubinage et le contrat d'union civile», *Petites affiches*, 10 de agosto de 1994, núm. 95, p. 12.

III. EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA NO MATRIMONIAL EN LAS REGULACIONES LEGISLATIVAS

1. CONCEPTO RESTRINGIDO

1.1 Las Leyes autonómicas de parejas no casadas

A) *La pareja estable legal: concepto y elementos*

Las Leyes catalana (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, en adelante LUEP), aragonesa (Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, en adelante LPENC), y navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en adelante LIJPE) han sido por este orden las primeras en regular las situaciones de convivencia no matrimonial según el concepto restringido.

Dichas Leyes definen la pareja no casada que es objeto de su regulación estableciendo requisitos objetivos, subjetivos y formales para su constitución y extinción, y configuran un estatus más o menos completo para la convivencia de dicha pareja.

Con posterioridad a la aprobación de las tres citadas Leyes, otras ocho Comunidades Autónomas han regulado la pareja no casada en su ámbito territorial. Se trata de las Comunidades Autónomas de Valencia (Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho), Madrid (Ley 1 1/2001. de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid), Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables), Asturias (Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comuni-

dad Autónoma de Canarias), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura), y País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho). El análisis que sigue va a centrarse en las Leyes catalana, aragonesa y navarra (LUEP, LPENC y LIJPE), dado su carácter pionero que las ha convertido en modelo de referencia para las posteriores. si bien se señalarán oportunamente las coincidencias o en su caso discrepancias presentes en estas últimas ²⁰⁷.

A través de estos textos, los legisladores autonómicos, ante la disyuntiva de *normalizar* (conceder singulares efectos jurídicos que se añadan al reconocimiento de la autonomía privada en este campo) o *institucionalizar* la convivencia no matrimonial, han optado por esto último, proporcionando al fenómeno un apoyo institucional y una regulación orgánica que tienen como referente inmediato el patrón del matrimonio. Ahora bien, para ello han efectuado una selección de los fenómenos integrantes de la realidad social de la que se partía, determinando cuáles integran esa nueva institución. Ésta es la función de los preceptos de las Leyes citadas que delimitan el concepto de pareja por ellas regulada. De manera que no toda pareja que viva una relación de convivencia similar al matrimonio va a ser «pareja» a efectos de las respectivas Leyes, sino sólo aquéllas cuyos miembros cumplan los requisitos que las mismas fijan: su regulación no alcanza a todas las parejas estables que entraban dentro del concepto tradicional. Desde la aprobación de estas Leyes, por tanto, aparece la figura de la *pareja estable legal* como algo distinto o al menos no enteramente coincidente con la pareja de hecho en sentido clásico.

El concepto de esa pareja estable legal se deduce de los artículos 1 (para la unión heterosexual) y 19-20 (para la unión homosexual) de la LUEP; los artículos 1-4 de la LPENC; y el artículo 2 de la LIJPE. La noción en ellos contenida acaba de perfilarse con los preceptos de cada Ley referidos a la acredita-

²⁰⁷ Como premisa fundamental ha de tenerse en cuenta que, si bien todas «definen» la pareja no casada, sólo las aprobadas en Comunidades forales (Balears y País Vasco) configuran, al igual que sus antecesoras catalana, aragonesa y navarra, un estatus jurídico-civil para la convivencia. Las demás no han podido configurar dicho estatus jurídico-civil por carecer de competencia para ello. Su regulación, por tanto, se limita a reafirmar la vigencia de la autonomía de la voluntad para que los propios interesados disciplinen su convivencia, y a extender a las parejas los beneficios de Derecho Público (fiscales, en el ámbito de la función pública...) atribuidos a los matrimonios en cada Comunidad Autónoma. A efectos de la presente exposición ha de tenerse en cuenta esta diferencia esencial, que hace que muchos de los comentarios y críticas que a las Leyes autonómicas de parejas van a hacerse sólo sean aplicables a las Leyes que configuran ese estatus jurídico-civil.

ción y a la extinción (arts. 2, 12, 21 y 30 LUEP; arts. 3.2 y 6 LPENC; y arts. 3 y 4 LIJPE:

• **LUEP:**

Artículo 1. La unión estable heterosexual

1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

2. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia.

3. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

Artículo 2. Acreditación

La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10.

[...]

Artículo 12. Extinción de la unión

1. Las uniones estables se extinguen por las causas siguientes:

- a) Por común acuerdo.
- b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.
- c) Por defunción de uno de los miembros.
- d) Por separación de hecho de más de un año.
- e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, se hubiera otorgado. [...]

[...]

Artículo 19. La unión estable homosexual

Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista.

Artículo 20. Requisitos personales

1. No pueden constituir la unión estable objeto de esta normativa:

- a) Las personas menores de edad.
- b) Las personas que están unidas por un vínculo matrimonial.
- c) Las personas que forman una pareja estable con otra persona.
- d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

2. Por lo menos uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

Artículo 21. Acreditación

1. Estas uniones se acreditarán mediante escritura pública otorgada conjuntamente.

2. Se hará constar que no se hallan incluidos en ninguno de los supuestos establecidos por el apartado 1 del artículo 20.

3. Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia.

[...]

Artículo 30. Extinción de la unión

1. Las uniones estables objeto de este capítulo se extinguen por las causas siguientes:

- a) Por común acuerdo.
- b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.
- c) Por defunción de uno de los miembros de la pareja.
- d) Por separación de hecho de más de un año.
- e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública en que se constituyó. [...]

• LPENC:

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal.

Artículo 2. Registro administrativo

Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como

anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera.

Artículo 3. Existencia de pareja estable no casada

1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública.

2. Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Artículo 4. Requisitos de capacidad

No podrán constituir una pareja estable no casada de las reguladas en la presente Ley:

- a) Los que estén ligados con vínculo matrimonial.
 - b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
 - c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.
 - d) Los que formen pareja estable con otra persona.
- [...]

Artículo 6. Causas de extinción

1. La pareja estable no casada se extingue:
 - a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes.
 - b) De común acuerdo.
 - c) Por decisión unilateral.
 - d) Por separación de hecho de más de un año.
 - e) Por matrimonio de uno de sus miembros
2. Cualquier miembro de la pareja estable podrá proceder, unilateralmente, a su revocación, notificándolo fehacientemente al otro.
3. Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que, en su caso, se hubiera otorgado.
4. En caso de ruptura de la convivencia, las partes no pueden volver a formalizar una pareja estable no casada mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior [...]

• LIJPE:

Artículo 2. Concepto de pareja estable

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectivi-

dad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

3. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Artículo 3. Acreditación

La existencia de pareja estable y el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Artículo 4. Disolución de la pareja estable

1. Se considerará disuelta la pareja estable en los siguientes casos:

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes.

b) Por matrimonio de uno de sus miembros.

c) Por mutuo acuerdo.

d) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

e) Por cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

f) En los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, hubieren otorgado.

3. Los miembros de una pareja estable no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución mediante alguno de los supuestos descritos en el primer apartado. [...]

De todos estos preceptos pueden extraerse los elementos integrantes del nuevo concepto de pareja no casada legal:

a) Elementos objetivos

1. La convivencia marital:

La situación fáctica de convivencia es, como se ha visto, sustancial al concepto de unión extramatrimonial. No obstante parece que esta situación no ha de ser necesariamente pasada, sino que puede ser futura, como se comentará inmediatamente.

Además ha de ser una convivencia en condiciones similares a las de una pareja casada²⁰⁸. Con esto se alude, según ya quedó dicho, a una comunidad de vida, un *consortium omnis vitae* semejante al que se establece en un matrimonio, basado en una relación de afectividad de componente sexual²⁰⁹.

Ahora bien, esta referencia en principio tan sencilla no deja de suscitar algunos interrogantes a la hora de su aplicación. Aparte de aquél sobre si la convivencia marital incluye también a la pareja homosexual, respondido afirmativamente por las Leyes examinadas al regularla y expresamente utilizar la misma expresión para definirla, se plantea el problema práctico de cómo ha de comprobarse esa circunstancia²¹⁰. Desde luego la prueba ha de recaer sobre la dimensión externa de la *affectio*, integrada por aquellos rasgos de la estabilidad, la exclusividad y la notoriedad.

²⁰⁸ La expresión «convivir (o convivencia) marital» es común a las tres primeras Leyes (art. 1.1 y 19 LUEP, art. 3 LPENC y art. 2.2 LIJPE). La regulación aragonesa y la navarra insisten en este requisito utilizando, además, la otra expresión favorita de los textos legales relativos a la cuestión: «relación de afectividad análoga a la conyugal» (art. 1 LPENC y art. 2.1 LIJPE).

²⁰⁹ En Cataluña, otras comunidades de vida ajenas a esta descripción quedarán en su caso incluidas en el ámbito de la segunda Ley catalana de convivencia no matrimonial, la LSCAM: *vid. infra* III 2.

²¹⁰ La referencia en otras legislaciones extranjeras ha dado quebraderos de cabeza a los operadores jurídicos: así, en el Derecho sueco, la expresión «en condiciones similares a las del matrimonio» («*under äktenskapliktande förhållanden*») que utiliza la *Ley sobre el hogar común de los convivientes* de 1987, llevó en su momento a decir que incluso si los miembros de la pareja eran juristas profesionales no podrían saber con certeza si estaban dentro del ámbito de aplicación o no: lo que no obstante se remedió con una interpretación doctrinal que entre otras cosas tuvo en cuenta los trabajos preparatorios: *vid.* BOGDAN, M., y NUMHAUSER-HENNING, A., «La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco», en *Centenario del Código Civil*, Pinoso, 1989, p. 53. (De todas formas en la actual propuesta de revisión de esta Ley se pretende cambiar aquella expresión por la más simple de «relación de pareja»: *vid.* AAVV., *Nya samboregler...*, cit., p. 20). En relación con su plasmación en la regulación catalana se ha dicho que es un requisito absolutamente subjetivo y difícil de probar, «tanto para determinar que existe, como para señalar que no procede»: *vid.* HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja de Cataluña», *Actualidad Civil*, núm. 22, 31 de mayo al 6 de junio de 1999, p. 588.

2. La estabilidad y otros rasgos integrantes de la *affectio*

La estabilidad es una nota consustancial e inescindible del carácter marital²¹¹. Lo que tiene interés son los índices de estabilidad utilizados, que conforman a su vez los distintos modos de constitución de la relación (*vid. infra*) y que se condensan en la triple alternativa del transcurso de un plazo (dos años en la LUEP y en la LPENC, un año en la LIJPE), la existencia de hijos comunes (salvo en la regulación aragonesa), o la voluntad de las partes expresada en escritura pública.

Las Leyes posteriores que ofrecen esa triple alternativa son la asturiana (art. 3), y la extremeña (art. 2). La canaria (art. 1) prevé la doble opción del plazo de convivencia o de la descendencia común, ya que la escritura pública es un medio más, entre otros, de probar la existencia de la relación. Las Leyes valenciana (art. 1), madrileña (art. 1), balear (art. 1), andaluza (art. 6) y vasca (art. 3) establecen una única forma de constitución: la inscripción en el registro, para la cual, sólo en Valencia y en Madrid, es necesario un período de convivencia.

Las diferencias que pueden observarse entre cada una de las Leyes son:

1.^a La LUEP ofrece esa triple posibilidad exclusivamente a las parejas heterosexuales. Para las homosexuales, en cambio, el único indicador de estabilidad es la voluntad de las partes, expresada en la escritura pública de constitución, de ser una unión estable de pareja, sin que se tenga en cuenta la duración de una convivencia que en su caso haya venido desarrollándose.

2.^a La LPENC no prevé el índice de la existencia de hijos como alternativa para las parejas heterosexuales (para las homosexuales no podría en cualquier caso operar, ya que en esta regulación, al igual que en la catalana, las parejas integradas por personas del mismo sexo no gozan del derecho a adoptar). No alcanza a comprenderse el porqué de esta omisión, máxime cuando estas previsiones proceden de las enmiendas que tanto en este tema como en otros sustituyen el texto de la propuesta inicial por otro de contenido próximo –cuando no igual– al de la Ley catalana. Quizá la explicación se halle en el hecho de que en la LPENC las parejas heterosexuales- y homosexuales se regulan conjuntamente, y el dato de la existencia de hijos comunes sólo puede referirse a las primeras. No obstante ello no habría impedido técnicamente prever esa alternativa (sobrentendiéndose que se aplica sólo a un tipo de parejas), aunque la regulación sea

²¹¹ Su mención separada, en alguno de los textos legislativos más recientes, puede por ello estimarse redundante (*vid. LLEBARÍA SAMPER, Hacia la familia...*, cit., pp. 33-36).

conjunta²¹². El «obstáculo» entonces, probablemente sea político: la necesidad de no soliviantar más a los grupos de homosexuales, a los que sigue vetándoseles la posibilidad de adoptar hijos en común, previendo, además, que ésa sea un modo de constitución adicional, que no haga necesario el transcurso de un plazo, para las parejas que sí pueden hacerlo (las heterosexuales). Ese obstáculo desaparece en la regulación navarra, donde, al concederse a los homosexuales el derecho de adopción, los tres índices de estabilidad (plazo, descendencia común y documento público) se refieren a ambos tipos de parejas.

Toda esta regulación, se ha dicho, respondería al principio de seguridad jurídica: cualquiera de las vías citadas serviría para acreditar que la convivencia tiene las condiciones de estabilidad requeridas para merecer la tutela de la ley²¹³. Y ello porque a través de aquéllas se entiende manifestada la voluntad de permanencia de los convivientes, su consenso expreso (escritura pública), tácito (transcurso de un plazo) o presunto (existencia de hijos)²¹⁴. Ahora bien, sorprendentemente, por tanto, dichos índices de estabilidad no se refieren ya exclusivamente a la estabilidad puesta de manifiesto por la convivencia pasada, sino también por la intención de las partes de imprimir ese carácter a la relación que pretenden iniciar. Y ello porque, a los índices clásicos en la noción de convivencia *more uxorio* que miraba al fenómeno *ex post facto* y desde un prisma no institucional (un plazo de duración de la convivencia, o, disyuntivamente, la presencia de hijos), se añade la posibilidad de constitución en escritura pública. De modo que la estabilidad parece que asumiría en parte la proyección hacia el futuro que según algunos caracteriza al matrimonio²¹⁵, si bien subsistiría como rasgo diferencial la (mayor) libertad de ruptura, según se verá inmediatamente.

De los elementos formales (o modos de constitución formal) se hablará más abajo (*vid. infra*, subepígrafe c.). En cuanto a los índices de estabilidad pasada, que son a su vez modos no formales de constitución, hay lo siguiente:

El plazo de duración de la convivencia establecido en la LUEP y en la LPENC coincide con el que fija la LAU para la subrogación

²¹² De todos modos la enmienda núm. 12 del PAR, de donde procede el actual artículo 3 LPENC, se refería, sin embargo, sólo a la pareja heterosexual, de acuerdo con la propuesta de este grupo de separar la regulación como en la LUEP (*vid.* núm. 231). También como en la LUE, para la pareja homosexual no preveía el índice del transcurso del plazo, sino sólo la escritura pública (*vid.* enmienda núm. 52): diferencia que no obstante se elimina en la ley definitivamente aprobada. Sorprende por tanto que la «copia» no alcanzara, en las propias enmiendas de este grupo parlamentario, al índice de la descendencia común de la pareja heterosexual.

²¹³ ROCA TRÍAS, E., «El nou dret català sobre la família», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1999, p. 28.

²¹⁴ LÓPEZ BURNIOL, «La Ley catalana...», *cit.*, p. 657.

²¹⁵ *Vid. supra* II 1.2 A), núm. 32.

arrendaticia [dos años: *vid.* art. 16.1.b)]²¹⁶; la LIJPE en cambio acorta ese plazo a un año.

Ese mismo plazo de un año acogen las Leyes valenciana, madrileña, asturiana, extremeña y canaria. Las Leyes balear, vasca y andaluza no requieren plazo de convivencia, que queda suplido por la inscripción.

Se exige que la convivencia sea «ininterrumpida», lo que no obstante parece que habrá de ser interpretado, de acuerdo con lo que se dijo más arriba, como ininterrupción del *animus*. Por último, en el cómputo del plazo de convivencia han de tenerse en cuenta:

– Según la LUEP y la LIJPE, el tiempo de vida en común transcurrido cuando uno de los convivientes está ligado por vínculo matrimonial, hasta que obtenga la disolución o nulidad (arts. 1.3 LUEP y 2.2 II LIJPE, ya comentados).

– Según las mismas Leyes (*vid.* la Disposición Transitoria de ambas)²¹⁷, el tiempo de convivencia anterior a su entrada en vigor, si bien puede requerirse acuerdo previo de los miembros de la pareja (LUEP) o consentimiento de los herederos (sólo la LUEP)²¹⁸.

Por lo que hace a la existencia de hijos comunes²¹⁹, la norma implica que su nacimiento o adopción, sobrevenidos a una situa-

²¹⁶ Seguramente con este propósito se redujo el plazo de tres años previsto por la Disposición adicional 1.ª del Proyecto de Código de Familia de Cataluña (*vid.* texto en núm. 227). En general, en las Proposiciones presentadas con anterioridad en el Parlamento catalán (*Proposició de llei de les parelles de fet –PLPF–* y *Proposició de llei reguladora de les parelles de fet –PLRPF–*) se observa una tendencia a la baja en las sucesivas redacciones: de cinco a tres años y de tres a dos, respectivamente.

²¹⁷ LUEP: «Disposición transitoria.

El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente Ley, entre los miembros de las parejas heterosexuales, se tendrá en cuenta a efectos del cómputo de los dos años a que se refiere los artículos 1 y 2 únicamente si los dos miembros de la pareja y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo.»

LIJPE: «Disposición transitoria

Las disposiciones de esta Ley Foral se aplicarán, a partir de su entrada en vigor, a las parejas estables constituidas con anterioridad siempre que cumplan los requisitos establecidos en su artículo 2.»

²¹⁸ El acuerdo de los miembros de la pareja, sin requisito de forma, constituye una alternativa al otorgamiento de escritura pública, que también es posible. La previsión sobre el consentimiento de los herederos resulta extraña, ya que la Ley no concede derechos sucesorios a la pareja heterosexual, y, para otros derechos *post mortem* –beneficios viduales del art. 18 y permiso funcional por defunción del conviviente– no se ve por qué ha de necesitarse ese consentimiento.

²¹⁹ Este segundo índice de estabilidad, frecuente según se vio en Derecho comparado como alternativa o añadido al del plazo, supone una novedad introducida por el PLRCMD frente a la Disposición adicional 1.ª del CF, si bien el artículo 1.2 de aquel texto hablaba de «hijos comunes, naturales o adoptivos», mientras que ahora la expresión utilizada es «descendencia común». El cambio obedece a la acogida de la enmienda de modificación a todo el texto del proyecto presentada por IC-EV para «corregir el lenguaje androcéntrico» (*vid.* DSPC, núm. 299, p. 24112). Aunque el significado es el mismo, una interpretación literal llevaría al resultado absurdo de entender incluidas en el ámbito de aplicación a las parejas cuyos respectivos hijos o nietos hubieran tenido un hijo común (MARTÍN CASALS,

ción de convivencia, provocarán la aplicación automática de la regulación legal, con independencia del tiempo transcurrido. No está tan claro si esto ocurre también a la inversa, por la convivencia (que en todo caso es imprescindible, como se encarga de recordar el texto de los arts. 1.2 LUEP y 2.2 LIJPE) sobrevenida a la existencia de hijos. Aunque algún autor se inclina por rechazar esa opción²²⁰, entendemos que una respuesta afirmativa podría venir avalada por la *ratio* del precepto: si ésta no es otra que indicar la presumible intención de permanencia y seriedad, parece claro que la misma también se da cuando la pareja decide convivir tras el nacimiento de un hijo²²¹.

La *exclusividad* implícita en la propia noción: la unión es de pareja, y ello tiene como consecuencia la previsión de un impedimento para garantizarla²²².

La LUEP y la LPENC no exigen expresamente la *publicidad* y *notoriedad* de la convivencia; sí la Ley navarra y prácticamente todas las posteriores, salvo la andaluza y la vasca. Claro que en todo caso la constitución notarial la lleva aparejada; así como también la constitución mediante inscripción en registro administrativo. En los demás supuestos los medios de prueba son libres (arts. 2 LUEP y LPENC²²³, art. 3 LIJPE), salvo que, en la LUEP se trate de hacer valer los beneficios respecto a la función pública del artículo 9 de dicha Ley, en cuyo caso se requiere acta de notoriedad (art. 10 LUEP)²²⁴.

M., «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, 1998, p. 168).

En las Leyes posteriores, dicho segundo índice de estabilidad sólo es corregido, como ya se ha señalado, en las regulaciones asturiana, extremeña y canaria.

²²⁰ MARTÍN CASALS, «Aproximación...», *ibid.*

²²¹ El artículo 1.2 del PLRCDM decía de hecho que el requisito de la convivencia «se ha de producir o ha de continuar después de la filiación» (*BOPC*, núm. 299, p. 24113).

²²² *Vid.* a continuación, sobre los «impedimentos» para constituir una unión estable.

²²³ La LPENC, además de a esta regla general, se refiere expresamente a dos medios que parece considerar privilegiados: el acta de notoriedad y el documento judicial. Obsérvese que éstos, a pesar del privilegio, son opcionales: no se establece, como en el artículo 10 LUEP, la obligatoriedad de unos medios probatorios cualificados a ciertos efectos, como los beneficios de Derecho público: en relación con los mismos, la LPENC establece otro requisito, el de la inscripción. (*Vid. infra*, a propósito de los elementos formales). Por otro lado, no está claro a qué se refiere con la mención del «documento judicial», ya que en la normativa procesal vigente no hay procedimiento alguno que por sí mismo acredite la existencia de una pareja estable (MERINO y HERNÁNDEZ, J. L., *Manual de parejas estables no casadas*, Zaragoza, 1999, p. 49).

²²⁴ «Artículo 2. Acreditación.

La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10».

«Artículo 10. Acreditación y legitimación especiales.

Para hacer valer los derechos del artículo 9, si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública otorgada dos años antes de ejercerlos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años.»

Por lo que hace a la dimensión interna de la *affectio* (intención de los convivientes y aspecto sexual —que no relación carnal efectiva—), las dificultades o incluso imposibilidad de prueba son evidentes. Lo cierto es que basta con la concurrencia de los elementos objetivos externos señalados para que la pareja quede dentro del ámbito de aplicación de la Ley (si además se dan los elementos subjetivos), y en principio sería indiferente que los motivos internos de los convivientes fueran otros, tales como la amistad, el compañerismo... (En todo caso sobre este punto habrá de volverse al examinar la relación entre la LUEP y la LSCAM y sus respectivos ámbitos subjetivos)²²⁵.

b) Elementos subjetivos

1. El sexo de los convivientes:

Como quedó apuntado más arriba, el hecho de que el modelo de referencia sea el matrimonio no ha llevado aparejada la exigencia de un requisito subjetivo tradicionalmente predicado de la convivencia *more uxorio*: el de la heterosexualidad. Es común a todas las regulaciones el abarcar con su definición de pareja tanto a los convivientes de distinto como del mismo sexo.

En la pionera Cataluña, la inclusión de la convivencia homosexual en el ámbito de una regulación de las parejas no casadas se remonta al año 1994, a las primeras proposiciones de ley que en Derecho civil catalán se presentaron sobre el tema. Si bien en principio tal inclusión era tan sólo implícita, pues los referidos textos, con una ambigüedad probablemente deliberada, no se pronunciaban expresamente sobre los componentes subjetivos de la pareja²²⁶. Posteriormente, sin embargo, la Disposición Adicional 1.^a del Proyecto de Código de Familia (CF) exige la heterosexualidad de la unión estable²²⁷. Estos

²²⁵ Vid. *infra* 1.2.1.

²²⁶ Si bien el mismo silencio se observaba en las enmiendas que desde 1987 fueron proliferando en materia sucesoria y familiar, la alusión en ellas al carácter «marital» de la convivencia se interpretaba como referido únicamente a la pareja heterosexual. Sin embargo el tenor de la PLPF y de la PLRPF permitía incluir también las relaciones homosexuales: en la primera, porque se abandona toda referencia a la convivencia marital (art. 1). En la segunda, porque (también art. 1) se introduce la disyuntiva entre dicha convivencia marital base o «una relación análoga de afectividad», con lo que la intención parece a todas luces ser el evitar los efectos de una interpretación tradicional que, partiendo de la heterosexualidad del matrimonio, entiende que «marital» sólo puede ser la convivencia entre hombre y mujer. Sobre la exégesis de estas iniciativas legislativas, vid. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit. pp. 56-61; y «Perspectivas en Derecho civil catalán de las parejas de hecho» (en HERRERA CAMPOS —Dir.—, *Parejas de hecho*, Granada, 1996, pp. 184-186.)

²²⁷ Disposición adicional primera. Efectos derivados de una unión de hecho

1. La unión estable de un hombre y una mujer que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente al menos durante un período de tres

vaivenes ponían de relieve la contradicción entre, por un lado, una demanda social que urgía al reconocimiento de la convivencia homosexual, y, por otro, una reticencia a la asimilación de este tipo de relaciones con las heterosexuales: dilema que halla una solución en el texto inmediatamente anterior a la LUEP (el Proyecto de Ley sobre relaciones de convivencia diferentes del matrimonio: PLRCMD), donde se optó por proponer una regulación separada de la pareja heterosexual y la homosexual (primera y segunda parte del texto)²²⁸.

Esta regulación separada se mantiene en la LUEP, de donde se deduce que, si bien el concepto de «unión estable de pareja» incluye la convivencia entre homosexuales, los problemas específicos que ésta presenta aconsejan un tratamiento aparte, que, en algunos aspectos, es diverso del de las uniones heterosexuales.

Las diferencias en el punto de partida respecto de la pareja heterosexual las condensa el Preámbulo de la LUEP en una doble imposibilidad: de acceder al matrimonio y de engendrar descendencia biológica. La primera cuestión se traduce en un estatuto más completo para la unión homosexual que para la heterosexual, que incluye *vid. gr.* derechos sucesorios que no se prevén para esta última, mientras que a la segunda probablemente responden los distintos modos de constitución. No obstante, existe también un buen número de disposiciones comunes²²⁹ que, a fin de evitar repeticiones, habrían aconsejado un tratamiento conjunto, referido a la unión estable de pareja en general, para luego detallar en capítulos separados las normas específicas de cada tipo de unión, heterosexual u homosexual.

Así debería haber sido, al menos, desde la lógica de la LUEP de institucionalizar jurídicamente tanto las uniones estables heterosexuales como las homosexuales y hacerlo simultáneamente, sin perjuicio de lo criticable de esa lógica en sí. Porque si por el contrario se hubiera partido, como creemos más acertado, de considerar que las diferencias entre uno y otro tipo de parejas van más allá de exi-

años, da lugar a los derechos y obligaciones que a continuación se establecen [...]». Esta previsión difiere también de los propios trabajos preparatorios (el Anteproyecto), donde se habla genéricamente de «la persona que ha convivido maritalmente o en una relación de afectividad análoga con otra»... (*Vid.* referencias de ambos textos en LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, pp. 64-71; y MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., pp. 145-146).

²²⁸ Sobre todos los antecedentes remotos e inmediatos de la LUEP pueden consultarse: para un estudio de la situación hasta 1996, LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 55-71, y «Perspectivas...», cit., pp. 173-197 (en particular pp. 183-189); con posterioridad, GARRIDO MELERO, M., «Matrimonio, convivientes *more uxorio* y familia en el Código de familia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja», *La Notaría*, núm. 7, 1998, pp. 58-63.

²²⁹ La inmensa mayoría, en realidad; sorprende la insistencia de la propia LUEP en la necesidad de un tratamiento diferenciado, cuando luego el contenido sustantivo de la regulación establecida contradice ese punto de partida.

gir peculiaridades de regulación y afectan a la propia decisión sobre el *modo* de intervenir legislativamente, el tratamiento debería haberse separado hasta el punto de contenerse en leyes distintas: una que institucionalizase jurídicamente la convivencia homosexual, dotándola de un estatus propio²³⁰; y otra que, no creando ningún estatus, proporcionase una regulación mínima –y acaso unas normas dispositivas que sirviesen de punto de partida a los pactos entre convivientes– para solucionar los problemas planteados por las parejas heterosexuales no casadas o por las homosexuales que no se acogieran a la regulación de la primera ley. El concepto diferiría también en ambos casos, siendo lógico que en aquél hubiera requisitos subjetivos y formales propios de una institución paralela al matrimonio heterosexual.

Pero, puesto que esa distinción no se ha efectuado y aunque la LUEP no engloba expresamente ambos tipos de convivencia en un concepto unitario, éste se deduce de su inclusión en una misma Ley y bajo una misma rúbrica. El denominador común es, se repite, esa analogía con el *modo de vida* matrimonial que anuda a la convivencia el elemento básico de la *affectio maritalis*, y que las distingue de otras convivencias no caracterizadas por la afectividad sexual. Y se subraya lo de *modo de vida* porque al menos en este punto la analogía ya no se establece con el matrimonio como institución, y por tanto con el referente único del carácter intersubjetivo de la relación –que es lo que había dado pie a considerar que convivencia marital o relación análoga a la conyugal sólo podía ser aquella en la que concurrían los mismos requisitos que se exigen para el matrimonio, y entre ellos la heterosexualidad–, sino con la relación de afectividad que caracteriza a aquélla, con su contenido.

La LPENC también incluye dentro de su ámbito tanto la convivencia heterosexual como la homosexual, pero, a diferencia de la LUEP, no las regula separadamente²³¹. Si el preámbulo hace una referencia a la convivencia homosexual como un «fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes», el texto articulado se queda en esa similitud, sin reflejar jurídicamente la diferencia, con una sola excepción: la posibilidad de adoptar conjuntamente, que como es habitual se confiere en exclusiva a la pareja heterosexual (*vid.* art. 10). En lo demás, no sólo la definición, con la correspondiente previsión de impedimentos, sino todo el estatuto,

²³⁰ No obstante una Ley de tales características escaparía a la competencia autonómica, en cuanto supondría la regulación de una nueva forma de matrimonio, aunque no emplease esa denominación: *vid. infra* p. 103.

²³¹ No prosperó en esta cuestión la enmienda núm. 8 presentada por el PAR, que abogaba por dicha subdivisión.

son comunes. De hecho, el término pareja(s) estable(s) no casada(s) se utiliza de modo genérico a lo largo de toda la Ley, sin especificar el sexo de los miembros²³², y únicamente es en el referido artículo 10 donde se añade de modo expreso el calificativo de «heterosexual».

Esta opción evita las reiteraciones y faltas de coordinación (patentes, recuérdese, en la regulación de los impedimentos) que se producían en la LUEP, y da así lugar a una Ley menos confusa y esencialmente más corta (18 artículos frente a los 35 de la catalana). No oculta, en definitiva, que la decisión de institucionalizar la convivencia no matrimonial afecta por igual a heterosexuales y homosexuales.

La unificación del régimen jurídico llega a su máxima expresión en la Ley navarra, donde la definición y el estatuto son totalmente comunes a heterosexuales y homosexuales, incluyendo la «manzana de la discordia»: la norma relativa a la adopción (art. 8 LIJPE). También permite la adopción, según se dijo anteriormente (y a la espera de la resolución del recurso de inconstitucionalidad), la Ley vasca (art. 8). Sin ir tan lejos, todas las regulaciones posteriores a la navarra, desde la valenciana a la canaria, incluyen en su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales, a menudo utilizando la expresión indiferenciada «personas»²³³.

2. Requisitos de capacidad e impedimentos para constituir una unión estable:

La calificación de la convivencia homosexual como marital podría confirmar que ahora la semejanza con el modelo matrimonial se refiere a esa relación sexual y de afecto y ya no a la institución en sí, con sus correspondientes requisitos. Sin embargo, esto no ha sido exactamente así, y el calco del esquema matrimonial ha pesado en los legisladores autonómicos, quién en consecuencia han introducido una serie de límites en el ámbito subjetivo de aplicación de las respectivas Leyes de parejas, que grosso modo vienen a coincidir con los requisitos de capacidad e impedimentos para contraer matrimonio (y que en algunos casos resultan incluso más estrictos)²³⁴.

²³² La enmienda núm. 2 presentada por el Grupo Mixto proponía añadir la discutible coletilla «independientemente de su orientación sexual».

²³³ En ocasiones, y aunque ello no tenga repercusión jurídica alguna, se elude el calificativo de marital para la convivencia, seguramente para evitar que se le aplique a la homosexual.

²³⁴ Las Leyes examinadas no efectúan la distinción que aquí hemos seguido, entre requisitos de capacidad o prohibiciones absolutas (edad y ligamen previo: art. 46 CC) e impedimentos en sentido estricto o prohibiciones relativas (parentesco y crimen: art. 47 CC). Aquí mantendremos no obstante esa distinción a efectos de claridad expositiva, aunque en ocasiones hablemos de «impedimentos» en sentido amplio.

Sobre los mismos hay que hacer una serie de consideraciones generales.

Por de pronto, salta a la vista que en la regulación catalana la técnica de formulación es distinta para la pareja heterosexual que para la homosexual: en el primer caso se ha optado por la remisión genérica a los impedimentos matrimoniales —con la salvedad de la mención expresa del requisito de la mayoría de edad, por ser éste más estricto—, mientras que en el segundo se hace una enumeración de esos impedimentos, que lógicamente ya no son para contraer matrimonio entre sí, pues esto es algo por definición vedado a la pareja homosexual, pero que, en general, imitan los que tendrían para hacerlo si fueran heterosexuales. Esta distinta técnica, que constituye una de las varias irregularidades inducidas por la regulación separada de uniones heterosexuales y homosexuales en la LUEP, no carece de consecuencias, como enseguida se verá.

Pero además debe en general destacarse cómo toda la regulación de estos «impedimentos» pone de manifiesto la propia inconsistencia de la decisión de institucionalizar jurídicamente la pareja heterosexual y por tanto de pretender «definirla». La introducción de «impedimentos» al modo matrimonial es en sí superflua e inadecuada; superflua en cuanto a los impedimentos de parentesco no dispensables, ya que una pareja formada por personas afectadas por ellos (por más que sea un supuesto de laboratorio) por definición no cabe dentro del concepto restringido de convivencia no matrimonial; e inadecuada en cuanto al resto de requisitos de capacidad e impedimentos, que, en general, no tendrían por qué impedir la unión libre²³⁵.

i) La edad:

El requisito de la edad se separa, en las regulaciones catalana y aragonesa de la normativa matrimonial, y es específico para las uniones estables, suponiendo un endurecimiento de los requisitos para for-

²³⁵ Vid. *supra* II 1.2 B), lo que se dijo a propósito de la necesidad de ausencia de impedimentos matrimoniales. Ya PANTALEÓN («Régimen jurídico-civil...», en *Uniones de hecho*, cit., p. 73) en relación con una propuesta legislativa anterior a la LUEP que también definía a la pareja no casada de ese modo, comentaba agudamente que «obviamente la convivencia con relaciones sexuales entre personas con vínculos de consanguinidad de primer grado es un incesto y naturalmente esa relación es contraria al orden público. No hace falta que una norma venga ahora a definir la convivencia *more uxorio* estableciendo el impedimento de consanguinidad; sobre todo porque, además de él, inmediatamente introduce el impedimento de ligamen, de vínculo, y llega a la consecuencia de que toda la convivencia heterosexual adulterina está fuera de la protección legal [...]. Aquí lo malo es coger la moto y ponerse a escribir, con la idea del matrimonio en la cabeza, y al final acaba apareciendo el impedimento de raptó o el de conyugicidio para evitar que le den permiso por muerte del conviviente a un miembro de la pareja. Esto es lo que pasa. Por eso digo que conviene que el legislador no coja la moto de la legislación». Pero esto último es lo que ha hecho la LUEP, persistiendo en el error de los antecedentes legislativos, y desoyendo la crítica que a los mismos dirigía la mejor doctrina.

marla. No parece que pueda permitírsele tal formación a los menores emancipados argumentando que la emancipación les habilita para regir su persona y bienes como si fueran mayores (arts. 323 CC y 159 CF), y que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deben interpretarse restrictivamente (art. 2.II de la Ley Orgánica 1 /1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor)²³⁶. Esa interpretación podría caber, en la Ley catalana, si sólo contáramos con la letra del artículo 20.1.b) LUEP. Pero el artículo 1.1 en cambio es taxativo: si hubiera querido dar entrada a los menores emancipados se habría remitido también en relación con el requisito de edad al CC, que permite el matrimonio a aquéllos (art. 46.1º)²³⁷. Pero ha explicitado este requisito refiriéndose a los «mayores de edad», y éstos sólo son los que tienen dieciocho años cumplidos (art. 315 CC)²³⁸.

Tampoco parece posible una interpretación extensiva en la Ley aragonesa²³⁹. Cuestión distinta es la de que pueda entenderse que en la expresión «mayores de edad» entran los que de acuerdo con el Derecho aragonés hayan obtenido el *beneficio de la mayor edad*: situación superior a la emancipación, pues respecto a ella no operan las limitaciones del artículo 323 CC, y a la que se llega por matrimonio (disuelto el cual podría el que obtuvo el beneficio por esa vía constituir una pareja estable no casada) o por vivir de modo independiente, en ambos casos a partir de los catorce años²⁴⁰. La

²³⁶ Defiende esta exégesis BAYO DELGADO, J., *Requisits de la parella. L'eficàcia inter vivos: efectes durant la convivència*, Ponencia en las *Jornades sobre la Llei 10/1998, d'unions estables de parella*, La Seu d'Urgell, 28-30 de octubre de 1998, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (citado en MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 61, núm. 25).

²³⁷ Así como también admite la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años: sin embargo, esta previsión sí que no sería aplicable al no haber propiamente una remisión técnica a la normativa reguladora de los impedimentos, según se apuntará más adelante.

²³⁸ Entienden que ésta es la única interpretación posible HERNÁNDEZ IBÁÑEZ («Una aproximación...», cit. p. 587), MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., p. 161), ROCA TRÍAS, (en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, «Institucions del Dret Civil de Catalunya», vol. II. *Dret de la persona. Dret de família*, 5.ª ed., Valencia, 1998, p. 455). La corrobora además el hecho de que las enmiendas que propusieron incluir expresamente a los menores emancipados no fueron acogidas: enmiendas núms. 3 GS y 5 IC-EV (BOPC, núm. 299, p. 24113) para la unión heterosexual, y 144 ERC y 145 IC-EV (p. 24132) para la unión homosexual.

²³⁹ La enmienda núm. 14 del Grupo Mixto, que no prosperó, proponía la adición del inciso «o menores emancipados».

²⁴⁰ Defiende esta interpretación MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., pp. 53-55. Vid. artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón:

«Mayoría de edad.

Art. 4. Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio.

Del mayor de catorce años

Art. 5 [...]

3. El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes.»

LPENC sería de esta forma menos restrictiva, pero no por sí misma, sino por esta especialidad del Derecho aragonés. Los menores emancipados según el Derecho común siguen de todos modos quedando excluidos, así como los *mayores de catorce años no emancipados* que, sin embargo en otros ámbitos de la vida jurídica, tienen un extenso margen de actuación según las normas aragonesas²⁴¹.

¿Por qué esta exigencia de un *plus* de capacidad respecto del matrimonio? Ya se ha visto que parte de la doctrina era con anterioridad partidaria de dicha exigencia. Sin embargo, esta postura se fundaba en una crítica de la propia edad fijada por el Ordenamiento para contraer matrimonio, que se juzga insuficiente para asumir las responsabilidades y consecuencias derivadas del modo de vida conyugal. Desde ese punto de vista se podría todo lo más apoyar *de lege ferenda* una elevación de la edad requerida para contraer matrimonio. Pero mientras el legislador español considere que basta una edad menor, no se justifica que ello en cambio no sea así para el entrar en el estatus alternativo de la unión estable de pareja, puesto que «el consentimiento a prestar se mueve entre los mismos presupuestos y contornos: aceptar la formación de una comunidad de vida...»²⁴². No es de extrañar que esta previsión haya atraído en consecuencia las críticas de la doctrina²⁴³.

De acuerdo con alguna opinión, en cambio, la exclusión de los menores emancipados es acertada por cuanto en el matrimonio tienen un estatuto más completo y protector, mientras que siendo una unión estable de pareja los importantes deberes y responsabilidades que las Leyes de parejas regulan se corresponden con una ruptura sin control, siempre posible²⁴⁴. Sin embargo, esta explicación elude

²⁴¹ Recuérdese la amplia capacidad que el Derecho aragonés otorga al menor, *incluso sin estar emancipado*, una vez cumplidos los catorce años y debidamente asistido por sus padres o tutores: «... puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de parientes. Los actos celebrados sin la debida existencia serán anulables» (art. 5.1 de la Compilación aragonesa, introducido por la Ley 3/1985). La previsión de la LPENC restringe así esa regla general propia del Ordenamiento de Aragón.

²⁴² LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit. pp. 96-97.

²⁴³ Así *v. gr.*, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, quien tras preguntarse si se ha querido tal vez establecer un requisito especial de capacidad como para los supuestos de adopción –arts. 175.1.º CC y 115.b) CF de Cataluña– llega a la conclusión de que no son situaciones equivalentes, y se inclina a pensar que el legislador catalán, a pesar de optar por la regulación de las parejas no casadas, ha querido poner alguna traba a las mismas (*vid.* «Una aproximación...», cit., p. 587-588).

Con esta exigencia de la mayor edad se produce además la paradoja de que una convivencia «de hecho», en cuanto que, como se ha señalado, normalmente está vinculada a la vida independiente que requiere el artículo 319, produciría la emancipación. ¿Y entonces no se reconoce jurídicamente esa convivencia del emancipado? (V. LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, pp. 95-96).

²⁴⁴ En relación a la LUEP, GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124.

el problema de fondo, porque parece pensar sólo en las parejas que se constituyan formalmente, acogándose *ex ante* a las previsiones legales: pero, ¿qué ocurre con las que existan sin constitución formal, y que serían tutelables *ex post facto* de acuerdo con el concepto anterior a las regulaciones orgánicas? Por otra parte, el argumento es válido sólo para las parejas heterosexuales, no para las homosexuales, que no pueden optar a ese estatuto más protector del matrimonio ²⁴⁵.

En la LIJPE, a diferencia de la Ley catalana y la aragonesa, se incluyen los menores emancipados. Este criterio –a nuestro juicio acertado– es seguido por todas las regulaciones autonómicas ulteriores, desde la valenciana a la vasca.

ii) El vínculo previo:

La ausencia de vínculo matrimonial previo es un requisito exigido por todas las Leyes autonómicas de parejas ²⁴⁶. Se trata sin duda de una de las distorsiones más graves de la regulación legislativa de las parejas no casadas, y es quizá el punto que con mayor claridad refleja lo inadecuado de haber procedido a una institucionalización jurídica de aquéllas, con la agravante de haber utilizado el matrimonio como molde de dicha institucionalización.

Porque la consecuencia más evidente es que se excluyen del ámbito de aplicación –y por tanto de una regulación que se pretendía tuitiva y atenta a la urgencia de solucionar los problemas que la convivencia matrimonial plantea– las parejas en las cuales uno de los miembros, o los dos, está casado pero separado legalmente o de hecho. ¿Cuál es la causa de esta exclusión? ¿Una imitación irreflexiva del esquema matrimonial? ¿Una –consciente o no, pero en todo caso no confesada– pervivencia de la consideración aquellas parejas como ilícitas por adúlteras? ¿La necesidad de evitar colisiones con los efectos del matrimonio anterior? ¿O es que ha cuajado en el legislador la idea de que, puesto que está creando un estatus cuasi matrimonial, debe triunfar el argumento de la coherencia

²⁴⁵ No ha dejado de haber aquí sin embargo quienes han aplaudido el criterio de exigir mayoría de edad en relación con las uniones homosexuales, con el fin de evitar situaciones que parecen asimilar a la pederastia: «se podría dar la circunstancia de uniones o «matrimonios» de segunda entre un menor de dieciséis años y un hombre de cincuenta, ambos del mismo sexo, lo que no parece que sea la voluntad del legislador; o, si realmente ésa era la voluntad del legislador, está bien que se haga todo lo posible para evitarlo» [TRÍAS SAGNIER, si bien no en relación con la LUEP sino con la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil (*vid. infra* III 1.2): «El contrato de unión civil y modificaciones legislativas que introduce», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 315, 1997, p. 3].

²⁴⁶ Este requisito se exige explícitamente en todas las Leyes, salvo en el caso de la unión heterosexual regulada por la LUEP, en que la exclusión de los ligados por vínculo matrimonial se produce implícitamente por remisión a la normativa sobre impedimentos matrimoniales en sentido amplio (*vid. art. 1.1 LUEP*).

con el sistema, y no otorgar a quien no puede casarse los beneficios de un régimen análogo? Si no se quería perjudicar los derechos del cónyuge, bastaría con haberse establecido una cláusula de salvaguarda de los mismos²⁴⁷. Por otro lado el régimen de las Leyes de parejas no llega a ser enteramente análogo al del matrimonio, y además, subsiste la «incoherencia» derivada de la pérdida de la pensión compensatoria. Con lo cual el casado separado que conviva maritalmente con otra persona pierde esa pensión, y en cambio ni se le aplicarán los artículos 8 LUEP o 13 LPENC (derecho-deber recíproco de alimentos), ni, sobre todo, tendrá derecho a una eventual ruptura de esa convivencia, a las compensaciones económicas que prevén tanto esas dos Leyes como también la navarra (arts. 13, 14 y 31 LUEP, artículo 7 LPENC y artículo 5.4 y 5 LIJPE). Caso este último en el cual es muy difícil que pueda «renacer» la pensión satisfecha por el cónyuge²⁴⁸.

En fin, parece que quiere promoverse el divorcio de los separados (o, visto de otro modo, no incentivar las separaciones sin divorcio²⁴⁹). ¿Pero, qué ocurre mientras tanto? No puede decirse que el artículo 1.3 LUEP o el 2.2.II LIJPE, al decir que se computará el tiempo de convivencia antes del divorcio para llegar al plazo requerido, remedien, en su ámbito, la situación de desprotección, porque los efectos serán entonces para el ya divorciado, y por otra parte éste podría acogerse al estatuto de la Ley simple-

²⁴⁷ Vid. GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124, y *supra* II.1.2 B).c). Aquél, sin embargo, en otro lugar defiende la exclusión de los casados separados precisamente a efectos de no lesionar los derechos del cónyuge («Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables», *Actualidad Civil* núm. 17, 23 al 29 de abril de 2001, p. 619.).

²⁴⁸ Vid. *supra* *ibid*. El problema está fundamentalmente a la ruptura de la convivencia, dado que durante la misma el «deber» de sustento recíproco se cumple espontáneamente. Con ocasión de aquella en cambio surgen los problemas, reforzados además por la dificultad de aplicar la tesis del «renacimiento» del derecho a la pensión extinguida. Con el juego de las reglas del enriquecimiento injusto (o aplicación por analogía *ius* del artículo 1.438 o incluso de alguno de los elementos que computan la pensión compensatoria) se paliaría en algo la situación del conviviente desfavorecido, pero no en todo. Ha de estimarse por ello razonable la previsión de la pensión indemnizatoria-alimenticia del artículo 14 LUEP –de la que se priva al conviviente casado y separado de su anterior cónyuge–, si bien, como dice MARTÍN CASALS, su régimen, en lo que hace al primer supuesto que determina su concesión [art. 14.a)], debería haberse aproximado más a la *rehabilitative maintenance* de las regulaciones australianas: esto es, si la causa en ese supuesto es la disminución, provocada por la convivencia, de la capacidad de obtener ingresos, su percepción debería estar condicionada a la posibilidad efectiva de recuperación de esa capacidad (*vid.* «Aproximación...», cit., pp. 182-183). Esta limitación salvaría así en parte la objeción planteada por algunos autores de que dicha pensión desvirtúa la libertad de ruptura propia de la unión no matrimonial (*vid. infra* núm. 299).

²⁴⁹ Nuevamente GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124. La enmienda núm. 5 de IC-EV (BOC núm. 299, p. 24113), al establecer la salvedad de que la ruptura del vínculo anterior fuera imposible por causas ajenas a la voluntad del interesado, abunda en aquel propósito, al forzar al separado a divorciarse en cuanto le sea posible... ¡porque si no se queda sin estatus, ni paramatrimonial ni matrimonial!

mente mediante escritura pública: el precepto resulta así en buena medida inútil ²⁵⁰.

En la LPENC y en la LIJPE se añade [arts. 4.d) y 2.1 *in fine*] un «impedimento de vínculo» específico para esta nueva institución, el formar pareja estable con otra persona, derivado de la exclusividad que caracteriza a la pareja. También aparece en la LUEP, referido a la unión homosexual [art. 20.1.c)]; no se menciona en cambio para la pareja heterosexual, sin duda a causa de un descuido producto a su vez de, como se dijo, remitirse en este caso de modo genérico a los impedimentos matrimoniales. Sin embargo, dicho requisito ha de entenderse incluido ²⁵¹, ya que es indudable que el concepto de pareja manejado por la LUEP posee la nota de la exclusividad. Nota que se infiere de toda la regulación, pero que queda en particular confirmada por el artículo 17, que, en caso de ruptura de unión estable formalizada en escritura pública, impide la formalización de otra unión estable (también mediante escritura pública) hasta pasados seis meses desde que el primer documento se deje sin efecto ²⁵².

Posteriormente las demás Leyes autonómicas han recogido ese mismo impedimento de vínculo, pero con un curioso desdoble en la Ley valenciana, al aclarar que lo que impide constituir una pareja regulada por la Ley (esto es, inscrita) es, tanto el hecho de formar otra unión inscrita, como el de vivir en una unión estable no inscrita [vid. art. 2 c)]. Con lo cual se admite legislativamente la dualidad pareja no casada «clásica»/ pareja estable legal.

En cualquier caso, el hecho de formar pareja estable con una persona genera impedimento de vínculo para constituir otra pareja, pero no para contraer matrimonio (vid. *infra* sobre las causas de extinción).

iii) Los impedimentos en sentido estricto

En las Leyes aragonesa [art. 4.b) y c)] y navarra (art. 2.1), así como en la regulación de la LUEP referida a la pareja homosexual [art. 20.1.d) y e)], se prevén los impedimentos de parentesco por

²⁵⁰ V. MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 166; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Una aproximación...», cit., p. 591.

²⁵¹ Así lo entienden HERNÁNDEZ IBÁÑEZ («Una aproximación...», cit. p. 610) y MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., p. 162). Por otra parte, una enmienda de Iniciativa por Cataluña-Los verdes lo incorporaba expresamente en la regulación de la unión heterosexual: vid. BOPC núm. 299, de 11 de junio, p. 24114.

²⁵² MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit. p. 162. Este autor recalca además que entender otra cosa «comportaría la admisión de la poligamia o de la poliandria simultánea de las parejas heterosexuales y podría suponer un premio injustificable al poco probable cambio de orientación sexual de las personas o, incluso, la consagración legislativa del *mènage a trois*». (*Ibid.*)

consanguinidad o adopción en línea recta, sin límite de grado²⁵³ o en línea colateral hasta el segundo grado. En la regulación de la unión heterosexual, en cambio, la LUEP como se dijo efectúa una remisión a la normativa del CC sobre impedimentos matrimoniales. Esto hace que a dicha unión sean aplicables, además, el de parentesco de tercer grado en la línea colateral (art. 47.2.º CC) y el de conyugicidio (art. 47.3.º CC). Es de notar que son éstos precisamente los impedimentos que (además del de edad) pueden ser dispensados para quienes pretenden unirse en matrimonio: *vid.* artículo 48 CC. Se ha planteado por ello la posibilidad de su dispensa también para la constitución de una unión estable heterosexual según la LUEP, y dado que para la homosexual no operan. Parece sin embargo poco probable que quepa esta interpretación, por cuanto la remisión que efectúa el artículo 1.1 para la unión heterosexual no es en realidad una remisión en sentido técnico, sino una remisión en sentido impropio o declarativo, que se limita a utilizar un concepto («impedimento para contraer matrimonio») de otro texto legal, pero sin declarar expresamente aplicable toda la regulación acerca del mismo²⁵⁴. Teniendo esto presente, la diferencia de trato no se entiende ni resulta justificada, y parece deberse a un descuido del legislador al redactar estos preceptos²⁵⁵. Las Leyes valenciana, madrileña, balear y canaria en cambio, extienden explícitamente el impedimento de parentesco colateral al tercer grado. No así las restantes, en que el límite se mantiene en el segundo grado.

²⁵³ Así hay que entenderlo siempre, aunque la redacción de la norma en la Ley navarra parezca referir el límite del segundo grado tanto a la línea recta como a la colateral.

²⁵⁴ En este sentido, MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 164. GARRIDO MELERO por el contrario entiende necesaria una interpretación correctora merced a la cual se apliquen a la unión heterosexual los mismos impedimentos que a la homosexual (*vid.* «Matrimonio, convivientes...», cit., p. 77).

²⁵⁵ MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., p. 163), concretamente respecto del impedimento de conyugicidio, comenta que su omisión para la unión homosexual «no puede atribuirse a un exceso de purismo poco realista del legislador que le lleve a considerar que, como se trata de convivientes homosexuales, jamás habrán estado ligados por un vínculo matrimonial previo ya que, entre los impedimentos que enumera, prevé expresamente esa posibilidad [art. 20.1.b) LUEP]». («Aproximación...», cit., p. 163). El mismo autor comenta (*ibid.*) que el legislador debería haber sido consciente de que estaba creando una nueva institución, y ya que se remite implícitamente al impedimento de conyugicidio (que como se ha dicho olvida sin embargo para la unión homosexual), por coherencia con el sistema, ¿por qué no haber previsto un impedimento análogo consistente en la condena por muerte dolosa del anterior conviviente estable de uno de los miembros de la pareja?

Por otra parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE critica el que no se haya previsto el impedimento de crímen en la LPENC, entendiendo que las mismas razones de moralidad pública que determinan su existencia para el matrimonio aconsejan su extensión a la pareja no casada («Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no Casadas», *Aequalitas* núm. 2, p. 23). Seguramente la raíz del problema es la propia configuración de este impedimento como dispensable en el CC, según ya se apuntó anteriormente.

c) Elementos formales

1. En la constitución de la unión:

Como ha quedado apuntado, la pareja no casada legal no sólo produce efectos por una vía no formal (cuando la convivencia haya durado uno o dos años o cuando existan hijos comunes de la pareja), como es lo propio en una pareja de hecho; sino que también existe un modo formal de constitución, en escritura pública. Más aún, para las parejas homosexuales sujetas a la LUEP, este último es el único modo de que su relación de convivencia adquiera relevancia jurídica, no siendo, como en los demás casos, un modo de constitución alternativo. Algo similar cabe decir de las uniones (tanto heterosexuales como homosexuales) reguladas por otras Leyes autonómicas que prevén una inscripción constitutiva: *vid. infra*.

La escritura pública prevista en las Leyes catalana, aragonesa y navarra produce ipso facto la concesión de los efectos de éstas, con las siguientes precisiones:

– En la LUEP, la escritura supone la concesión de todos los efectos, si se trata de uniones homosexuales (como remacha el art. 21.3: «Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la autorización del documento de referencia»). Con relación a las heterosexuales existe sin embargo una excepción, atinente a los beneficios en la función pública del artículo 9: para gozar de los mismos será precisa no sólo la escritura (o en su defecto, acta de notoriedad), sino también el transcurso de los dos años (*vid.* el antes citado art. 10 LUEP). (Con lo cual, dicho sea de paso, el legislador está olvidando que la unión heterosexual también se constituye de modo automático, sin plazo, merced a la presencia de hijos²⁵⁶.)

– En la LPENC, distinta del modo de constitución formal, en escritura pública, es la exigencia de inscripción en el Registro administrativo creado al efecto en la Diputación General de Aragón, a fin de que a la pareja (independientemente de cómo se haya constituido) les sean aplicables «las medidas administrativas» reguladas en la Ley (art. 2). ¿Cuáles son esas medidas administrativas? Hay que entender, y así lo ha hecho el Decreto de creación de aquel Registro, que se alude a la normativa aragonesa de Derecho público, a los derechos y obligaciones en ella previstos para los cónyuges, que, salvo en los aspectos tributarios, el artículo 18 LPENC

²⁵⁶ *Vid.* la crítica de este artículo 10 en MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 172.

declara aplicables a la pareja no casada²⁵⁷. Así pues, el régimen jurídico-civil dispuesto por esta Ley rige para los miembros de la pareja desde que ésta existe a efectos legales, bien por haber transcurrido el plazo de dos años de convivencia, bien por haberse otorgado escritura pública. Pero para que sea aplicable el régimen jurídico-público se establece la condición formal adicional de la inscripción²⁵⁸: inscripción que se califica de *voluntaria* por el Decreto, pero que es *requisito necesario* para disfrutar de ese régimen (*vid.* respectivamente, arts. 4.2 y 5 del Decreto citado).

Otros elementos «formales» en sentido amplio, y en particular la inscripción en los Registros municipales o autonómicos de uniones civiles, siguen teniendo simplemente, en el ámbito de Cataluña, Aragón y Navarra, el valor de medios de prueba²⁵⁹ (que, recuérdese, son libres), salvo en el supuesto de uniones homosexuales constituidas al amparo de la Ley catalana, para las cuales la escritura pública es la única forma de constitución y por ende el único medio de prueba²⁶⁰. En los casos valenciano (art. 3), madrileño (art. 3), extremeño (art. 4) y andaluz (art. 6) esa inscripción es constitutiva

²⁵⁷ *Vid.* artículos 1.2 y 5 del Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas (*BOA* núm. 146, de 15 de noviembre de 1999). Esta norma fue aprobada en cumplimiento del mandato contenido en la disposición adicional segunda de la LPENC para que en el plazo de seis meses desde la publicación de la misma el Gobierno autonómico regulase la creación del Registro previsto en el artículo 2.

²⁵⁸ La previsión resulta así análoga en su función a la del artículo 10 LUEP, si bien, a diferencia de éste, no se exige la conjunción del elemento formal con el temporal. Por otra parte, el artículo 18 LPENC es notoriamente más amplio que el artículo 9 LUEP, al equiparar a los miembros de la pareja no casada a los cónyuges en todas las materias de Derecho público (con excepción de lo tributario) sobre las que Aragón tiene competencias, mientras que aquél sólo establece la equiparación en tres beneficios de los funcionarios públicos (excedencia voluntaria, permiso por muerte o enfermedad y reducción de la jornada laboral por incapacidad física del conviviente). Este artículo 18 (que procede del art. 22 de la originaria Proposición socialista) constituyó el principal objeto de polémica en la tramitación parlamentaria de la Ley aragonesa, motivando incluso un amago de rechazo por parte del grupo parlamentario del PAR; rechazo que finalmente no se produjo. Sin embargo, la excepción concerniente a la materia tributaria supone la desaparición del contenido del artículo 21 de aquella Proposición, en el cual se disponía que «en todo lo que concierne a los tributos cedidos a la Comunidad Autónoma de Aragón, la pareja estable [...] será tenida por matrimonio». Lo cual tiene trascendencia especialmente en el Impuesto de Sucesiones: al sobreviviente no le serán de aplicación los beneficios fiscales previstos para el viudo. (*Vid.* sobre este tema MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., pp. 127-131).

²⁵⁹ Así lo recalca expresamente la disposición adicional de la LJPE, separándose en esto de la previsión que contenía su Proposición homónima en el Congreso de los Diputados, que, al igual que las Proposiciones presentadas por otros grupos, otorgaba a esta inscripción carácter constitutivo.

²⁶⁰ En particular, la inscripción en los Registros municipales o autonómicos de uniones civiles seguirá teniendo valor probatorio para las uniones heterosexuales, como un medio más dentro del artículo 2 LUEP. En cambio, no lo tendrá para las uniones homosexuales a efectos de la LUEP, pero sí para probar su existencia al margen de la misma, es decir, como uniones de hecho en sentido tradicional, no formalizadas: [*vid. infra* IV A]).

para gozar de los efectos exclusivamente de Derecho público que las respectivas Leyes otorgan, y, en los tres primeros casos citados, opera de modo cumulativo al elemento temporal: la pareja no se constituye por el transcurso de doce meses de convivencia, pero ese plazo es condición para poder inscribirse. En las Comunidades forales balear y vasca (arts. 1 y 3 de las respectivas Leyes) tiene también valor constitutivo, en este caso con efectos juridico-civiles aparejados: es de hecho el único requisito para formar una pareja, sin requerirse plazo de convivencia ni hijos comunes. En Asturias la inscripción se prevé como alternativa al otro modo de constitución formal, el documento público (art. 3). Finalmente la Ley canaria (art. 6) establece una inscripción de naturaleza declarativa o ad probationem, no excluyente de otros posibles medios de prueba.

No obstante, y puesto que los legisladores autonómicos no han podido, por razones competenciales (art. 149.1.8.º CE), prever la inscripción de las parejas no casadas en el Registro Civil, sí contemplan en cambio la posibilidad de que la legislación del Estado prevea dicha inscripción en el futuro (disposición final 2.ª LUEP; art. 2, *in fine* LPENC; disposición adicional, párrafo segundo, de la LIJPE. En ese caso, y dado el tenor de dichos preceptos, al menos en las Leyes catalana y navarra (no está tan claro en la aragonesa), la inscripción parece que tendría valor constitutivo.

En relación con toda esta regulación, no dejan de causar perplejidad al menos dos cosas:

1.ª Que sólo entren en el ámbito de la LUEP las uniones homosexuales formalizadas. Obviamente, ello se explica por el dato sociológico de la existencia de numerosas parejas de esta clase que, ante la imposibilidad de acceder al matrimonio, desean formalizar su relación. No obstante no debieran haberse descartado a priori los supuestos en que dichas parejas no deseen pasar por la nueva formalización legal pero cuya convivencia «de hecho» sea igualmente merecedora de tutela, de acuerdo con el concepto y la teoría general sobre la unión no matrimonial. Sobre esto se volverá enseguida.

2.ª Pero, sobre todo, que las tres regulaciones que prevén un estatuto jurídico-civil (catalana, aragonesa y navarra) introduzcan elementos formales, en sentido estricto, para las uniones heterosexuales. Esta introducción, y la eficacia de los mismos, no pueden ser más desafortunadas. Y ello por un doble orden de razones. En primer lugar, porque se desnaturaliza una realidad esencialmente fáctica como es la pareja no casada heterosexual, cuyos integrantes serán en la mayoría de los casos poco proclives a los trámites burocráticos, que ya han rechazado (por lo menos circunstancialmente)

al no contraer matrimonio. Pero, en segundo lugar, porque cabe dudar de que la intención de las partes expresada en escritura pública esté al mismo nivel que los otros índices de estabilidad. En particular destaca, en las Leyes catalana y navarra, que la vía de la escritura pública se equipara con la de la existencia de hijos comunes, esto es, en ninguno de los dos casos se exige duración de la convivencia (con la salvedad ya vista del art. 10). Sin embargo, se ha observado que entre los dos supuestos no hay identidad de razón, y que la documentación de una voluntad no es suficiente para presumir un cierto grado de estabilidad. Se abre así la vía al fraude, a la posibilidad de uniones efímeras, pero escrituradas, que reclamen los efectos de la regulación legal²⁶¹. Claro que lo mismo ocurre en el matrimonio: produce efectos desde su celebración, sin que importe la duración de la convivencia posterior, pues ésta es una consecuencia de la formalización y no su elemento constitutivo. En el matrimonio se protege más el contrato formal que la convivencia real: ahora eso también puede decirse de la unión estable de pareja, al menos en parte. La previsión de esta vía contractual-formal de acceso desvirtúa así el concepto de pareja no casada, y hace que la noción de «unión estable de pareja», cuando se constituye en escritura pública, se aproxime más a la del matrimonio institucional: un matrimonio celebrado ante notario, de efectos limitados y de disolución libre²⁶².

2. En la extinción:

Esta última referencia a la disolución requiere sin embargo ser también precisada. Cierta que la ruptura inmediata es posible por la voluntad unilateral de una de las partes. Pero las Leyes autonómicas de parejas prevén, además de ésta, otras causas de extin-

²⁶¹ Sobre todo ello, LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica a esta (nuestra) nueva Ley de uniones estables de pareja», *La Notaría*, núm. 10, 1998, pp. 92-95.

²⁶² Para evitar esta conclusión, LLEBARÍA (*loc. cit.*, *ibid.*) propone una interpretación según la cual la escritura pública sólo tendría un valor probatorio añadido, pero no eximiría de la necesidad del transcurso de un plazo o de la presencia de hijos. El artículo 10 LUEP podría apoyar esta exégesis. No obstante, se trata esta última de una norma *especial*, que por otro lado en su dicción literal no alude más que a la antigüedad de la escritura, sin requerir convivencia efectiva: aquí aparece otra vía de fraude —a pesar de que esto fue precisamente lo que se intentó evitar con aquella norma especial—, que dará lugar a la posibilidad de tutelar apariencias ya extinguidas, mientras no se deje sin efecto la escritura. En última instancia no parece que aquella solución, que el propio autor reconoce forzada, pueda tener fortuna, dados los términos claramente disyuntivos en que se expresa el artículo 1.1: «Hayan convivido [...] o hayan otorgado escritura pública». Todos los comentaristas de la LUEP han entendido hasta ahora que sin duda se trata de una forma de constitución *per se*. También se entendió así en la tramitación parlamentaria; razón por la cual las enmiendas núms. 3 y 24 del *Grup Socialista* abogaban por una supresión de la vía formal; y, más allá, la enmienda núm. 2 de *Esquerra Republicana* se dirigía a la supresión de todo el texto del artículo (BOPC, núm. 299, pp. 24113 y 24115).

ción de la unión, e introducen nuevos elementos formales en la ruptura ²⁶³.

Al respecto hay que decir que la previsión de causas de extinción no tiene, ante una realidad fáctica que no crea vínculo formal, otro sentido que el declarativo, por lo que el texto de los artículos 12.1 LUEP (que repite el art. 30.1 para la unión homosexual), 6.1 LPENC, y 4.1 LIJPE, es en buena medida superfluo. En lo que no lo es, al prever modos de cese no inherentes a la naturaleza de la pareja no casada, provoca de nuevo una adulteración del concepto ²⁶⁴.

En efecto, de la lectura de uno de los supuestos enumerados en esos preceptos se infiere que no basta la voluntad unilateral de uno de los miembros para extinguir la unión, sino que es preciso que ésta se *notifique fehacientemente* al otro. Este mismo requisito se exige en las Leyes balear (art. 8) y asturiana (art. 4) ¿Cuándo se entiende que la notificación es fehaciente? ²⁶⁵. ¿Y qué ocurre si falta? La noción de pareja no casada que hasta ahora se había manejado implicaba que el cese de la convivencia acompañado de un cese de la voluntad común de estar juntos, el cese de la *affectio*, en suma, extinguía la relación, al identificarse con la desaparición del elemento material constitutivo. Sin embargo, según las Leyes autonómicas de parejas, si el miembro que decide romper no notifica, no podrá ampararse en que el cese de aquella *affectio* extingue la convivencia de todos modos, pues para ello hace falta que la separación se prolongue por espacio de un año o 6 meses en la Ley canaria ²⁶⁶. Estamos, en definitiva, ante una nueva muestra de que

²⁶³ La *informalidad* en la ruptura era característica del concepto de pareja no casada (más incluso que la propia libertad, pues también en última instancia es libre la disolución del matrimonio), lo cual en estas regulaciones se altera en parte. Tampoco la *baratura* de la disolución va a seguir siendo un elemento totalmente definitorio: no sólo porque las «cargas» formales que para determinados supuestos impone la regulación legal (*vid.* texto a continuación) implican un coste, sino sobre todo porque se consagra legalmente una pensión por ruptura, de naturaleza entre indemnizatoria y alimenticia (arts. 14 LUEP, 7.2 LPENC y 5.4 LIJPE), que va más allá de la compensación por enriquecimiento injusto (arts. 13 LUEP, 7.1 LPENC y 5.5 LIJPE).

²⁶⁴ LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica...», cit., pp. 96-99.

²⁶⁵ La SAP Barcelona de 9 de marzo de 2000 (primera, de que tengamos constancia, en aplicar la LUEP), ha precisado que el emplazamiento judicial del exconviviente demandado (que fue declarado en rebeldía) constituye notificación fehaciente a efectos del artículo 12.1.b) LUEP. Con ello corrige el criterio del juzgador de primera instancia, que desestimó la demanda en que se solicitaba la declaración de extinción de la unión con los efectos correspondientes por no haber quedado acreditada la separación de hecho más de un año [según el art. 12.1.d) LUEP].

²⁶⁶ No parece posible entender que esta causa de extinción, separación de hecho o cese de la convivencia efectiva se referiría a un supuesto distinto, de extinción automática cuando falta la cohabitación (*corpus*) – v. gr., por motivos laborales u otros externos a la voluntad de las partes– pero no la *affectio (animus)*, ya que ello iría contra la consideración de que el requisito de continuidad ha de ser flexible y de que no cabe exigir más a los convivientes que a los esposos (cfr. art. 87 CC).

lo que se protege a veces parece ser más el contrato que la convivencia real. Contrato que ahora además no tiene por qué ser formal, pues estos modos de extinción se aplican igual a la pareja constituida en escritura pública que a las que accedieron al estatus legal por las otras dos vías.

Pero si además la extinguida unión se constituyó en escritura pública, se establece el deber de dejarla sin efecto (*vid.* arts. 12.2 y 30.2 LUEP, 6.3 LPENC y 4.2 LIJPE), o el de cancelar la inscripción, en el caso de las Leyes valenciana, madrileña, balear, asturiana y extremeña. Las Leyes catalana y aragonesa, además, disponen que, una vez hecho esto, los exconvivientes, bajo sanción de nulidad, han de esperar seis meses antes de poder formalizar mediante escritura pública una nueva unión estable (arts. 17 y 29 LUEP, 6.4 LPENC). Otra vez nos topamos con una previsión que es fuente de disfunciones.

En relación con la unión homosexual regulada por la LUEP, al menos tiene mayor sentido, puesto que esa unión sólo es formalizada. Pero no impide, en ese *interin* de seis meses, que se inicie otra relación de convivencia estable, que quedará exenta de la tutela legal en tanto no pueda formalizarse y así se haga efectivamente. Sin embargo esta consecuencia es producto ya de la propia decisión de no tener en cuenta la verdadera convivencia «de hecho» homosexual, sino sólo la convivencia «escriturada»: protección, por tanto, del vínculo formal, más que de la relación subyacente. De todos modos, tampoco se justifica esta norma si se repara en que la ruptura, a pesar de aproximarse la unión estable homosexual bastante al estatus matrimonial, permanece libre: no puede entenderse que se está estableciendo un plazo legal para el «divorcio» homosexual. De otra parte, tampoco puede aquella norma convertir las notarías en una suerte de registro público de parejas estables: si existiera tal registro, sí sería en cambio razonable prever la cancelación de la inscripción²⁶⁷.

Pero es en relación con la pareja heterosexual, o también con la homosexual regulada por la LPENC, con la que la previsión supone un completo absurdo, ya que mientras transcurren los seis meses de rigor podrá iniciarse o haberse iniciado una nueva convivencia que entrará en el cómputo de los dos años, o bien se producirán automáticamente los efectos de la LUEP si durante ese

²⁶⁷ Recuérdese que las tres Leyes se refieren a una eventual inscripción de las parejas no casadas en el Registro civil, que pudiera en el futuro prever la legislación estatal. Tampoco esto sería en absoluto satisfactorio cuando lo que se trate sea de proteger la convivencia en sí, al hacerse depender la producción de efectos de un elemento formal constitutivo como la inscripción.

período la nueva pareja tiene o adopta un hijo²⁶⁸. Y en ese caso no se comprende por qué una realidad, innegable, permitida y que produce los efectos determinados por la Ley, no puede documentarse²⁶⁹.

A modo de resumen puede concluirse que, en su afán de seguridad jurídica, el legislador ha olvidado que la pareja no casada es una realidad esencialmente insegura, que suscita dificultades probatorias precisamente por la falta de elementos formales constitutivos. Si se opta por tutelar esa realidad, ha de hacerse asumiendo aquellas dificultades: pretender eliminarlas mediante rigideces documentales hace olvidar el punto de partida, dejando en ocasiones fuera de la protección la situación real de convivencia (si no estaba documentada), o a la inversa, protegiendo apariencias documentales que (ya) no responden a una situación real. Para otorgar seguridad ya existía la forma del matrimonio. Si donde no había esa forma ahora se exige en ocasiones algo que se le parece mucho, da la sensación de que en buena medida para ese viaje no se necesitaban alforjas.

d) El requisito de la vecindad civil

El artículo 1.1 en su segundo inciso y el artículo 20.2 LUEP, así como el artículo 2.3 LIJPE, disponen, como requisito adicional a los objetivos, subjetivos y formales vistos, que al menos uno de los miembros de la pareja ha de tener vecindad civil en la Comunidad Autónoma respectiva (Cataluña o Navarra) para que la Ley les sea aplicable a ambos. El mismo requisito establece la

²⁶⁸ De modo que la única virtualidad de la prohibición consistirá en excluir la posibilidad de que la pareja heterosexual que no tenga hijos y desee constituirse a efectos legales sin esperar el transcurso del plazo de dos años lo haga durante esos seis meses posteriores a la anulación de la escritura.

²⁶⁹ Un expresivo ejemplo, propuesto por LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., pp. 98-99) permite constatar las contradicciones y sinsentidos a que la combinación de las normas examinadas en este epígrafe da lugar. En él plantea la hipótesis de un conviviente que decide, a finales del año 2000, romper una relación previamente escriturada, sin notificar con fehaciencia al otro tal decisión. Entre tanto, inicia una nueva relación afectiva con otra persona, con la que pasa a convivir en abril del 2001. Sin embargo, sólo al cabo de un año se tendrá legalmente por extinguida la primera relación de pareja [art. 12. 1. b) y d)]. La escritura en su día otorgada puede que no se deje sin efecto hasta octubre del 2002. Hasta abril de 2003, según el artículo 17, no podrá formalizarse la segunda relación, que existe desde hace ya dos años. «La adulteración es inequívoca: la relación estable se inicia en abril del 2001, la ex-relación no se tiene legalmente por extinguida hasta finales del 2001, y no puede formalizarse la nueva hasta primavera del 2003. ¡Ah! Y si antes de diciembre del 2001 fallece el primer conviviente abandonado, si los escrúpulos del otro se lo permiten, podrá intentar reclamar los derechos mortis causa reconocidos en el artículo 18, pues a efectos legales la única solución es ésa y no otra».

Ley balear (art. 2). Esta previsión plantea dos problemas fundamentales:

1.º No se exige simultáneamente el requisito de la residencia o domicilio²⁷⁰.

2.º Supone una intromisión en la competencia exclusiva del Estado para dictar las normas que resuelvan conflictos de leyes (art. 149.1.8.ª CE). Toda la doctrina ha coincidido en poner en duda la constitucionalidad de esta estipulación²⁷¹, por cuanto su aplicación lleva a contradecir lo dispuesto en los artículos 9.1, 2 y 8; 14 y 16.1.1.ª CC^{272, 273}.

A diferencia de sus parientes catalana y navarra, la LPENC no contiene un precepto que aluda a la vecindad civil de una o de ambas partes como requisito de aplicación de su normativa²⁷⁴. Es preciso, pues, acudir a otros textos. El artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Aragón establece, como regla general, la eficacia

²⁷⁰ No obstante la expresión «vecindad civil en Cataluña» (en lugar de «vecindad civil catalana» o «de Cataluña» ha sugerido la interpretación de que la LUEP alude conjuntamente a la personalidad y a la territorialidad (criterio de la residencia), de acuerdo con la regla general del artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía catalán: «... el Derecho civil de Cataluña tendrá(n) eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad» (vid. MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., p. 40).

²⁷¹ Vid. BOSCH CAPDEVILA, E., «La unión de hecho (referencia a su regulación en el Derecho civil catalán tras la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja)», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña* núm. 81, 1998, p. 321; GARRIDO MELERO, «Matrimonio, convivientes...», cit., p. 119; LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., p. 110; MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., p. 173;

Una enmienda de IC-EV propuso la supresión de la norma: vid. BOPC núm. 299, p. 241 13.

²⁷² «Piénsese que, según ello, a la pareja compuesta por un murciano y una catalana se les aplicaría la LUEP, y que si fallece el primero la LUEP introduce efectos sucesorios con pretendida preferencia y exclusión del Código Civil, que en este caso sería la ley personal del causante» (LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., p. 110).

De otro lado, la adopción unilateral, por parte de varios Ordenamientos autonómicos, del criterio de la vecindad civil de uno de los miembros encierra el germen de un inevitable conflicto: ¿qué Ley, la LUEP o la LIJPE, se aplica entonces a la pareja formada por un catalán y un navarro?

²⁷³ BOSCH CAPDEVILA («La unión de hecho...», cit., p. 321) ha propuesto una interpretación según la cual el requisito de la LUEP ha de ponerse en relación con las normas de Derecho interregional relativas al matrimonio (y aplicables por analogía a las parejas no casadas) contenidas en el artículo 9.2 CC. Así, cuando uno sólo de los convivientes sea catalán, la LUEP se aplicaría únicamente si hubiese pacto al respecto, residencia habitual en Cataluña, o escritura pública allí formalizada. La virtualidad de los artículos 1.1 *in fine* y 20.2 LUEP estaría en excluir la posibilidad, permitida por el artículo 9.2, de que la normativa catalana se aplique a pesar de que ninguno de los convivientes sea catalán, porque residan en Cataluña.

²⁷⁴ Sí lo contenía la Proposición socialista, que en su artículo 1 exigía la residencia efectiva en Aragón y la vecindad civil aragonesa de uno de los miembros de la pareja. Mas el informe de los Servicios Jurídicos de las Cortes de esta Comunidad Autónoma (emitido el día 4 de noviembre de 1998 previa petición de la Mesa y a solicitud del grupo Parlamentario Popular) dudó certeramente de la constitucionalidad de esta precisión, por las mismas razones que se apuntaron en relación con la Ley catalana. Aquella fue consiguientemente suprimida del texto elaborado por la Ponencia y posteriormente aprobado.

personal y extraterritorial de las normas civiles aragonesas²⁷⁵: sería en consecuencia la vecindad civil y no la residencia el criterio determinante. Sin embargo, cabe entender que al tratarse de una regulación de las relaciones entre dos personas ese requisito de la vecindad civil ha de concurrir en ambas²⁷⁶.

El Decreto regulador del Registro de parejas estables no casadas exige en cambio, para la inscripción, la vecindad administrativa de los dos miembros, con independencia de cuál sea su vecindad civil. La previsión cobra sentido si se tiene en cuenta que dicha inscripción lo es a efectos de la aplicación de normas de Derecho público, no normas civiles; y resulta análoga al requisito, establecido por las Leyes valenciana, madrileña, asturiana, extremeña, canaria y vasca, de que uno de los miembros de la pareja se halle empadronado en la Comunidad Autónoma respectiva. La Ley andaluza, por su parte, sólo exige la residencia habitual.

B) *Crítica de la regulación*

a) Confusión entre un modelo formal y un modelo factual de regulación de la convivencia

El problema de fondo de las regulaciones autonómicas de parejas no casadas, que está en la base de todas las incoherencias y disfunciones acarreadas por la previsión de impedimentos, elementos formales, etc., es el no haber tenido clara la distinción entre un concepto *institucionalizador* de un modo determinado de convivencia y un concepto simplemente *instrumental* para la tutela de una convivencia de hecho. Al primero corresponde un modelo contractual-formal, en cuanto que, como el matrimonio, parte de una declaración de voluntad previa y formalizada para crear un estatus que se proyecta hacia el futuro. El segundo va unido a un modelo factual o convivencial, que atribuye efectos *ex post facto* a una situación de

²⁷⁵ «Artículo 9.

Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.»

Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de reforma de dicho Estatuto.

²⁷⁶ MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., p. 42. Con esta interpretación se evitan las colisiones con la Ley catalana que se producirían si bastase con la vecindad civil de uno de los miembros (*vid. supra* núm. 272). Así, si ambos son aragoneses, se aplicará la LPENC aunque residan fuera de Aragón, incluso en Cataluña. Si uno es aragonés y el otro catalán se aplicará la LUEP si hay pacto al respecto, residen en Cataluña o en esa Comunidad se ha otorgado escritura pública constitutiva (*vid. núm. 273*).

hecho que no se ha constituido formalmente, pero sin crear un estatus de futuro, precisamente por no haber declaración de voluntad en ese sentido²⁷⁷. Se comprende enseguida que hablar de «impedimentos» sólo tiene sentido en relación con el primer modelo, como condiciones de ingreso en una institución legal, mientras que en relación con el segundo basta con que la situación no sea ilícita de acuerdo con las normas de orden público²⁷⁸.

Estos dos conceptos-modelos se confunden en la LUEP: en el caso de la unión heterosexual se presentan mezclados, mientras que para la unión homosexual sólo se prevé el primero²⁷⁹. En la LPENC

²⁷⁷ Vid. MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., pp. 154-155.

La distinción entre un modelo formal y uno factual es neta en los sistemas escandinavos, lo que da lugar a una regulación coherente donde ambos tipos de parejas, heterosexuales y homosexuales, disponen de una alternativa formal (el matrimonio, para las primeras, y la pareja registrada, para las segundas) y una factual (la convivencia de hecho, común a ambas): Vid. *supra* II.1.2 B), núm. 117. La alternativa factual suele hallarse regulada por la jurisprudencia, salvo en Suecia; este país constituye así un ejemplo de cómo una regulación legislativa de la convivencia no matrimonial no tiene por qué producir una institucionalización de ésta. La Ley sobre el hogar común de los convivientes (*Lag 1987:232 om sambors gemensamma hem*) y la Ley de convivientes homosexuales (*Lag 1987:813 om homosexuella sambor*), que actualmente se proyecta refundir en una, contemplan problemas originados por el hecho de la convivencia (principalmente por su final), sin crear un estatuto para ésta ni prever su registro. (Vid. sobre esta regulación AGELL, *Åktenskap...*, cit. pp. 221-277. Un resumen en español en MARTÍN CASALS, «Informe...», cit., pp. 1765-1772, y BOGDAN-NUMHAUSER-HENNING, «La cohabitación extramatrimonial...», cit., pp. 47-61).

También se distingue entre los dos modelos en Derecho francés, tras la aprobación de la Ley relativa al pacto civil de solidaridad: este contrato, regulado en los actuales apartados 1 a 7 del artículo 515 del *Code Civil* representa la alternativa formal, mientras que el *concubinage* o *union de fait* del artículo 515.8 es la categoría factual. La diferencia respecto de la regulación sueca es que el PACS también es accesible a las parejas heterosexuales, de modo que estas poseen dos caminos formales para encauzar su relación: dicho contrato y el matrimonio.

²⁷⁸ Por eso BOSCH CAPDEVILLA («La unión de hecho...», cit., p. 324, núm. 14) comenta que exigir la ausencia de vínculo matrimonial en todo caso puede admitirse para la constitución en escritura pública, pero no en el resto de los casos; y asimismo MARTÍN CASALS aclara que el modelo factual, en cuanto que no crea un estatus, puede perfectamente reconocer efectos «a situaciones de hecho incompatibles con estatus previamente reconocidos» («Aproximación...», *ibid.*). Coherentemente con este planteamiento, en la tramitación parlamentaria de la LUEP, la enmienda 33 del GS-BOPC núm. 299, p. 24116— sólo introducía el impedimento de vínculo matrimonial o de contrato de convivencia vigente cuando se tratase de *formalizar* la convivencia, y no simplemente *reconocerla* (cfr. enmienda 3 del mismo grupo parlamentario, p. 24113).

²⁷⁹ Esta confusión, que procede del PLRCDM, trae causa de los antecedentes de este texto. Con anterioridad al mismo, como recuerda GARRIDO MELERO («Matrimonio, convivientes...», cit., pp. 58-65), existían en el Parlamento de Cataluña estos dos puntos de partida para el tratamiento legislativo de la pareja no casada: o exigencia de una cierta duración de la convivencia (con la alternativa, en su caso, de la existencia de filiación), o exigencia de un contrato formal. La PLPF, la PLRPF y la disposición adicional 1.ª al Proyecto de CF seguían el primer criterio (pese a lo cual introducían algún elemento propio del segundo: un estatuto familiar-sucesorio imperativo la segunda proposición citada, e impedimentos matrimoniales la DA); mientras que la enmienda núm. 1238 del Grupo Popular a esta última disposición acogía el segundo (en la línea de su propuesta en el Congreso de los Diputados sobre el contrato de unión civil). Finalmente la enmienda núm. 1237, al mismo texto, del Grupo Socialista seguía ambos, pero sin mezclarlos: así, realizaba una distinción básica entre el *reconocimiento jurídico* de la pareja como *hecho* y la *constitución* de la misma

y en la LIJPE, y puesto que la regulación es común, la mixtificación de modelos afecta a ambos tipos de parejas ²⁸⁰.

Así las cosas, la regulación de la unión homosexual en la Ley catalana no es propiamente una regulación de la convivencia de hecho homosexual, sino de una suerte de *matrimonio notarial* ²⁸¹ para homosexuales. La LUEP institucionaliza jurídicamente la convivencia homosexual, otorgando a estas parejas la posibilidad de formalizar su relación, y dicha formalización se vincula a un estatus fuertemente matrimonial, con la única salvedad de la disolución en vida, que es libre ²⁸². Es coherente con este perfil la previsión de impedimentos ²⁸³. Es coherente y plausible la propia decisión de institucionalizar la relación homosexual, de matrimonializarla incluso, de acuerdo con lo que se defendió en páginas preceden-

mediante la *formalización del convenio de convivencia*. El primero exigía un tiempo de convivencia, los «impedimentos» se limitaban a los cualificadores de la situación fáctica como contraria al orden público (básicamente los de parentesco), no daba lugar a un estatus paramatrimonial, sino sólo a unos efectos tuitivos mínimos, y no se regulaban las causas de su extinción. El segundo en cambio no exigía convivencia previa, conllevaba impedimentos similares a los matrimoniales, daba lugar a un estatus creado por el propio acuerdo de convivencia —en defecto del cual regía supletoriamente el legal—, y se regulaban las causas de su extinción.

La acogida por el PLRCDM de elementos de una y otra propuesta (la de la disposición adicional 1.ª a Proyecto de CF y la de la enmienda socialista), sin efectuar la coherente distinción de esta última, ha dado como resultado la extraña mezzcolanza apreciable en la LUEP.

²⁸⁰ En Aragón, la originaria Proposición de Ley del Grupo Socialista contemplaba exclusivamente un modo de constitución formal, el contrato de convivencia otorgado mediante escritura pública (*vid.* arts. 2.1 y 2 de dicha Proposición). De las enmiendas presentadas a este texto, algunas seguían acogiendo un modelo formal exclusivo de constitución: la enmienda núm. 3 del Grupo Popular ofrecía su propuesta de un contrato de unión civil, análogo al de su Proposición en el ámbito estatal; y la enmienda núm. 6 del Grupo Mixto abogaba en cambio por un requisito, también constitutivo y formal, pero más sencillo: la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas Estables. (En el debate parlamentario en las Cortes de Aragón se defendió esta última alternativa a partir de la consideración de que la propuesta del Grupo Socialista imponía a las parejas estables más requisitos formales que a los matrimonios, pues éstos no han de otorgar contrato alguno, sino sólo manifestar su consentimiento ante el funcionario competente: *vid.* la intervención del Sr. Diputado BERNAL en el DSCA núm. 101, p. 4508.) La propuesta que acabó prosperando fue sin embargo la del PAR, que en la ya citada enmienda núm. 12 ofrecía la alternativa entre un modo de constitución formal, mediante escritura pública y otro no formal, por transcurso del plazo de dos años. De todos modos, la Ley definitiva refiere esta alternativa a ambos tipos de parejas y no sólo a la heterosexual, como hacía aquella enmienda.

²⁸¹ La doctrina ha señalado el nuevo papel que asume el Notario en este supuesto, paralela a la del Juez o Alcalde en el matrimonio civil. Sus funciones serán, por un lado, dar fe de la comparecencia de dos personas y de que reúnen los requisitos de capacidad exigidos por la LUEP (*vid.* art. 21.2), lo que no deja de plantear problemas (¿hace falta un expediente previo? ¿basta la simple manifestación de los interesados?). Por otro, informar a los «contrayentes» de las consecuencias jurídicas de la unión. (*vid.* GARRIDO MELERO, «Matrimonio, convivientes...», *cit.*, pp. 70-72, y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Una Aproximación...», *cit.*, p. 609).

²⁸² A diferencia de las Leyes escandinavas de institucionalización de la pareja homosexual donde la equiparación al matrimonio se manifiesta también en las causas y procedimiento de disolución, iguales que para el divorcio heterosexual (*vid.* AGELL, *Äktenskap, samboende...*, *cit.*, pp. 260 ss.).

²⁸³ También se prevén en las regulaciones citadas en la nota anterior, que han llevado a la tipificación de un nuevo delito de «bigamia» homosexual.

tes²⁸⁴. Lo que no está claro es si el legislador catalán podía hacerlo (sobre esto se volverá enseguida). Y por otro lado queda sin resolver el problema del tratamiento jurídico de la convivencia homosexual no formalizada: las verdaderas «parejas de hecho» homosexuales que no se constituyan en escritura pública (ya sea por no poder hacerlo, al concurrir algún impedimento como el de edad o el de vínculo matrimonial previo, o ya sea por no querer esa formalización).

Para las parejas heterosexuales reguladas por la LUEP, así como para las uniones tanto heterosexual como homosexuales de la LPENC y la LIJPE, en cambio, lo que se ha venido a crear es una especie de «mini-matrimonio», esto es, un estatus matrimonial atenuado²⁸⁵, y con mayor facilidad de ruptura que el matrimonio tradicional. Este mini-matrimonio puede a su vez ser formal (notarial), o bien no formal: pero curiosamente esta segunda modalidad, propia de un modelo factual o convivencial, crea también un estatus y exige la ausencia de «impedimentos».

b) Institucionalización de la convivencia no matrimonial: problemas que plantea

Se ha creado, en suma, una nueva institución²⁸⁶, también para las parejas heterosexuales. Y en este caso la institucionalización plantea graves problemas de coherencia.

Se ha insistido en que la relación de pareja no casada, cuando de la heterosexual se trata, supone un modo de convivencia alternativo al matrimonio. Las partes, que por regla general podrían casarse, tienen una voluntad *objetivamente* contraria al matrimonio. Pero esa oposición objetiva (implique o no una oposición también subjetiva, y sea permanente o temporal), lo es al matrimonio como institución, no al matrimonio como relación jurídica²⁸⁷. Por

²⁸⁴ Esta posibilidad ofrecida a las parejas homosexuales ha sido saludada como «la más importante aportación de la Ley», mediante la cual «el legislador se ha mostrado con una sensibilidad digna de elogio» (MARTINELL, J. M., «La Llei d'unions estables de parella», *La Notaria*, núm. 2, 1999, p. 69).

²⁸⁵ Más atenuado en las regulaciones aragonesa y navarra, que resultan así algo menos intervencionistas que la LUEP.

²⁸⁶ Así coinciden en señalarlo expresamente autores como LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., p. 66) o MARTINELL («La Llei...», cit., p. 65). El primero observa en este sentido que, aunque el preámbulo de la LUEP diga, repitiendo una conocida jurisprudencia constitucional, que la convivencia no matrimonial no es una institución jurídicamente regulada, habría sido más exacto precisar que no lo era hasta ahora, pero que sí lo será a partir de la entrada en vigor de la Ley, al menos en Cataluña (*loc. cit.*, p. 74). Lo cual es extensible a las regulaciones aragonesa y navarra.

²⁸⁷ *Vid.* LLEBARÍA, «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales», en *La Ley*, 1997-4, D-238, p. 5.

otro lado, en la hipótesis de la unión homosexual, es preciso igualmente diferenciar lo que en rigor son dos pretensiones distintas: la de convivir en pareja independientemente de toda institucionalización, y la de encauzar esa convivencia a través de una institución equivalente al matrimonio. Una tutela de la pareja no casada cobraba sentido en cuanto se distinguían estas dos dimensiones, en cuanto se tomaba conciencia de que, teniendo en cuenta que la realidad humana subyacente preexiste al matrimonio (o a la institución equivalente de homosexuales, en los Ordenamientos en que existe), la regulación de éste, lo que hace, son dos cosas distintas: por un lado, proteger esa realidad humana preexistente (la convivencia real); por otro, institucionalizar un determinado modo de convivencia ²⁸⁸. Ante la constatación, por tanto, de que hay situaciones enmarcadas dentro de esa realidad humana preexistente e independiente del matrimonio, pero que no se ajustan al modelo de convivencia institucionalizado, o que rehúsan pasar por esa institucionalización, se estima razonable proteger también esa realidad, independientemente de que se institucionalice. Se comprende así de inmediato lo absurdo de, para proteger también esa realidad que no se canaliza a través del matrimonio, proceder a una nueva institucionalización. Porque de inmediato surgen varios interrogantes:

1.º ¿Qué ocurre entonces con la convivencia real, igualmente previa e independiente de cualquier institución, que siga quedando al margen de la institucionalización legal? Es decir, se presenta ahora el problema del tratamiento jurídico de las parejas que quedan excluidas de la regulación: parejas «de hecho» atípicas, pero juridificables, según el concepto existente antes de la intervención legislativa orgánica.

2.º ¿Resulta justificada la inclusión en esa nueva modalidad institucional de todas las parejas que entran en el supuesto de hecho de la misma, al margen de su voluntad?

3.º ¿Esa nueva institución no supone en definitiva también una «forma de matrimonio», con los problemas de constitucionalidad que ello entrañaría?

4.º Y por último, ¿era necesario o conveniente proceder a aquella institucionalización en relación con unas parejas (las heterosexuales mayores de edad sin impedimentos) que ya contaban con una vía institucional propia, la del matrimonio?

²⁸⁸ De nuevo, LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., pp. 63-66.

Veamos separadamente cada uno de estos puntos:

1.º Marginación de las parejas excluidas:

Con razón se ha hecho notar que la regulación de las Leyes autonómicas resulta en primer término *insuficiente*²⁸⁹, a causa de la marginación de parejas que deberían haber sido tuteladas de acuerdo con el concepto factual-convivencial: es decir, aquellas que no encajan en la definición legal²⁹⁰; y también, en la regulación catalana, las homosexuales que no se formalicen según el modelo contractual-formal de la LUEP, al ser éste el único dispuesto para ellas. Y es que es en el marco de aquel concepto factual-convivencial en el que habían de arbitrarse las normas mínimas de protección de la pareja no casada que la práctica venía aconsejando, aun en ausencia de declaración de las partes e independientemente de su voluntad «ajurídica».

2.º Imposición forzosa a determinadas parejas:

Pero junto a la insuficiencia, otra consecuencia de la institucionalización de las uniones –heterosexuales y homosexuales– estables de pareja, tal y como ha sido llevada a cabo, es al mismo tiempo, y aunque a primera vista parezca paradójico, un *excesivo intervencionismo*²⁹¹.

Este intervencionismo se produce puesto que se regula un estatus completo de la convivencia, que, yendo más allá de aquellas

²⁸⁹ LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., p. 71.

²⁹⁰ Y es que aquel modelo es, como se ha apuntado, incompatible con una definición al estilo de las Leyes de parejas: rígida, institucional, que incluya un listado de impedimentos. En este sentido ya observaba PANTALEÓN (en *Uniones de hecho*, p. 88), con referencia a una Proposición de Ley anterior, que definir la pareja extramatrimonial, con una definición calcada de los impedimentos matrimoniales, era «una barbaridad grave» y que no había «nada peor que el legislador definiendo, porque cuando quiere definir limita».

Por el contrario, una intervención legislativa que no produzca institucionalización ha de incluir un concepto flexible, sin recurrir a aquel listado de impedimentos o similar. Así lo han hecho los preceptos legislativos dispersos sobre efectos de la pareja no casada (v. gr. en la LAU de 1994, etc.: *vid. supra* II.1.2 A). Pero también una legislación específica puede recurrir a esa definición genérica: *vid. ad. ex.* el artículo 1 de las antes citadas Leyes suecas sobre el hogar común de los convivientes y sobre convivientes homosexuales, que simplemente hablan, respectivamente, de «las relaciones de convivencia en que una mujer y un hombre viven juntos en condiciones similares a las del matrimonio» y de «dos personas que conviven juntas en una relación homosexual». (La propuesta de refundición de estas dos Leyes en una sola que llevará el título de «Ley de convivientes» –*Sambolag*–, introduce la siguiente definición, asimismo descriptiva: «Por convivientes se entiende dos personas que con carácter estable viven juntas en una relación de pareja y poseen un hogar común». V. *Nya samboregler...*, cit., pp. 37-38.)

Una lista de los supuestos excluidos, deducibles *a contrario* de los preceptos que enuncian el concepto de la pareja no casada legalizada, se da más adelante, al examinar su régimen jurídico: *Vid. infra* IV A).

²⁹¹ Nuevamente es LLEBARÍA quien pone de relieve esta aparente contradicción, «Glosa crítica...», cit., p. 71.

normas mínimas de protección, abarca toda la vida de la pareja desde su nacimiento hasta su extinción, y que imita peligrosamente el modelo matrimonial²⁹². Este estatus es propio de un modelo contractual-formal²⁹³. Sin embargo, la sujeción al mismo no está condicionada a una declaración de las partes, salvo, según el régimen de la LUEP, en el caso de la unión homosexual²⁹⁴: sí la habrá en el supuesto de constitución en escritura pública (que se ajusta así a los postulados de este modelo), pero no en los restantes casos de transcurso del plazo o tenencia de hijos, que quedan *ope legis* sometidos al régimen legal. La institucionalización es, pues, automática²⁹⁵. Y ello plantea el consabido problema de si no se está vulnerando la libertad matrimonial, en su vertiente negativa, de los sujetos; si no se está en suma regulando una especie de matrimonio forzoso...

3.º Problemas de constitucionalidad:

¿Es o no la pareja no casada legalizada una nueva «forma de matrimonio»? Porque si lo es, las Leyes autonómicas de parejas habrían de reputarse inconstitucionales, no sólo por la lesión de esa libertad (*arg. ex. arts. 10. 1 y 32 CE*), sino también a causa de la falta de competencia del legislador autonómico (art. 149.1.8.ª)²⁹⁶. La LUEP concretamente se cubre las espaldas cuando en su preámbulo dice que al no ser la pareja heterosexual u homosexual una situación equiparable al matrimonio, su regulación no invade la competencia estatal. Sin embargo el referido estatus claramente matrimonializador que luego establece ha hecho a algún autor con-

²⁹² Coincidimos con LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., p. 78) cuando puntualiza que lo criticable es la «clonación» que respecto de ese modelo ha hecho la Ley. No lo habría sido la simple inspiración en el mismo: a fin de cuentas, si la realidad subyacente es la misma, es lógico que unos mismos principios sean comunes al matrimonio y a la pareja no casada, y concretamente aquellos referentes al matrimonio *como relación jurídica*.

²⁹³ Como el dispuesto para la pareja homosexual. Y es que, según se apuntó antes, el grueso de la regulación es común, lo que constituye una prueba más de la intromisión matrimonializante en la convivencia heterosexual: como dice LLEBARÍA, «si el propósito ha sido reglar para las parejas heterosexuales una alternativa diferente a la del matrimonio, mientras que para los homosexuales ha sido el de ofrecer una alternativa equiparable a la del matrimonio, ¿cómo es posible que luego, en su regulación, compartan más de un 70 por 100 del régimen legal establecido? («Glosa crítica...», cit., p. 89).

²⁹⁴ Por esta razón puede afirmarse que la previsión de un modo de constitución no formal también para parejas homosexuales es a la vez plausible y criticable: plausible en cuanto se les extiende un mínimo tuitivo obligatorio; criticable en cuanto el estatuto impuesto exceda de ese mínimo.

²⁹⁵ MARTINELL, «LA Llei...», cit., p. 67.

²⁹⁶ El recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley navarra se basa en esos dos argumentos (junto al de una pretendida violación de la intimidad derivada de la publicidad que suponen los Registros de parejas, y el de la alegada infracción del principio constitucional protector de la infancia, al concedérsele a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar), que, sin embargo no han motivado la impugnación de las Leyes catalana o aragonesa.

cluir lo contrario²⁹⁷. Seguramente, sin embargo, la identificación con el matrimonio queda excluida si se repara en que todavía subsisten algunas diferencias importantes:

– En primer lugar, el estatus no es tan completo²⁹⁸, sin tampoco llegar a ser idéntico: si lo fuera, bastaría con haber hecho una remisión a la normativa matrimonial, como hacen las Leyes escandinavas, y simplemente haber señalado, en su caso, las excepciones relativas a la adopción, patria potestad conjunta y técnicas de reproducción asistida).

– En segundo lugar, permanece, aun a pesar de las trabas formales que desnaturalizan el concepto de pareja no casada, la libertad de ruptura²⁹⁹, lo que a su vez hace que la unión estable no genere impedimento de vínculo para contraer matrimonio (aunque sí para constituir otra unión estable).

Si se pone el acento en estas divergencias, la pareja estable legal no sería matrimonio. Quedaría salvada la objeción de incompetencia y se podría concluir que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra (como las demás Comunidades Autónomas con Derecho civil propio) tienen competencia si además se cumple el

²⁹⁷ Vid. JORDANO BAREA, J. B., «Matrimonio y unión libre», cit, pp. 190-191: «Está claro que este tipo de uniones son, o pretenden ser, un equivalente o sucedáneo jurídico del matrimonio, una suerte de matrimonio paralelo [...] La Ley 10/1998, de la Generalidad de Cataluña, incide claramente sobre el sistema matrimonial español creando dos nuevas formas tanto en su celebración como en cuanto a sus efectos [...]

²⁹⁸ Si se estima que el «núcleo duro» del derecho matrimonial viene constituido esencialmente por el derecho-deber de alimentos, el régimen económico legal, la pensión compensatoria y los derechos legitimarios (vid. PANTALEÓN, «Régimen jurídico civil...», cit., p. 74), se observará que la LUEP y la LPENC (no así la LIJPE) sólo prevén el primero (art. 8). (La pensión por ruptura prevista en las tres Leyes no es equiparable a la pensión del art. 97 CC o del art. 84 CF, pues no contempla un reequilibrio de ingresos, sino una atención al perjuicio de uno de los convivientes: vid. SOLÉ RESINA, J., «Comentari a la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (II)», *La Llei de Catalunya*, 12 de octubre de 1998, p. 3.) Ahora bien, en la LUEP, además, el estatuto de la unión homosexual se acerca algo más al del matrimonio al merced a la inclusión de derechos en la sucesión testada e intestada del premuerto (arts. 34 y 35), que faltan para las uniones heterosexuales.

Las ulteriores Leyes balear y vasca prevén el derecho de alimentos, la primera (art. 6), y las pensiones por ruptura y compensación por enriquecimiento injusto, ambas (si bien en el caso vasco con carácter supletorio de lo pactado entre los convivientes vid. art. 9 de la Ley balear y art. 6 de la vasca). Finalmente, las dos, al igual que su predecesora navarra, equiparan a efectos sucesorios al conviviente supérstite con el cónyuge viudo: vid. art. 11 LIJPE, artículo 13 de la Ley balear y artículo 9 de la Ley vasca.

²⁹⁹ GAVIDIA señala que la exigencia de constancia notarial o la prohibición de formalizar una segunda unión hasta pasados seis meses desde que la escritura anterior se deje sin efecto no constituye en rigor un obstáculo a la libre ruptura (*La libertad de elección...*, cit., pp. 125 y 126). Advierte en cambio de que sí puede tener esa consideración la pensión por ruptura prevista en los artículos 14 y 32.1, por lo que propone una interpretación según la cual la cuantía que en cada caso alcance esa pensión no pueda condicionar nunca la libre disolución (*La libertad de elección...*, *ibid.*; también en «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil», *La Ley*, núm. 4904, 1999, p. 2; y *Las uniones libres en la Ley Foral Navarra...*, cit., pp. 613-618).

requisito de conexidad necesario para el desarrollo del Derecho civil autóctono³⁰⁰, para entrar a regularla. Tampoco la aplicación automática del régimen implicaría vulneración de la libertad matrimonial.

Pero también puede considerarse que lo relevante del matrimonio es el sometimiento a un régimen jurídico preestablecido³⁰¹, o, según la conocida jurisprudencia constitucional (que el Preámbulo de la LUEP por cierto repite), la existencia de un vínculo que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes. La pareja estable legal también genera esa pluralidad de derechos y deberes (aunque aquel Preámbulo no lo reconozca): si ello se añade a la exigencia de requisitos que –a diferencia de los que se señalaban en un concepto no institucional de pareja–, no delimitan la realidad subyacente, común a matrimonio y pareja no casada, sino que la restringen, y que coinciden con los matrimoniales, habría que deducir que la pareja estable legal es matrimonio. Pero un matrimonio de segunda clase, caracterizado por la diversidad de formas de constitución (puede ser formal o no formal), la mayor facilidad de ruptura y los efectos matrimoniales atenuados³⁰².

Quizá la discusión teórica sobre si la unión estable legalizada es o no matrimonio no sea muy operativa. Lo que está claro es que tampoco es pareja no casada, sin más. En todo caso viene a configurar una situación intermedia, un *tertium genus*³⁰³ entre el matrimonio y la clásica pareja de hecho que, en última instancia, se parece más al primero que a la segunda, dado su carácter institucional. Y, en este sentido cabe plantearse si una regulación autonómica

³⁰⁰ Sobre la concurrencia de ese requisito en relación con la regulación de la convivencia no matrimonial *vid.* GAVIDIA, *Uniones libres y competencia...*, cit.; y *Las uniones libres en la Ley Foral...*, cit., pp. 606-609.

³⁰¹ De este parecer, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1997», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998, p. 194.

³⁰² Se habría desembocado así en una situación parecida a la propuesta por una parte de la doctrina belga al postular la creación de un *sistema de doble matrimonio*, inspirado en el modelo romano: junto al matrimonio *cum manu* (de constitución formal e imposible disolución unilateral) renacería un matrimonio *sine manu* (sin formalidades constitutivas, sin interdependencia económica y sin restricciones en la disolución). La figura del concubinato se reservaría a un conjunto de situaciones fácticas no susceptibles de encajar en ninguna de esas dos formas de matrimonio. (BORREMANS, recogido por NAVARRO-VALLS, «Las uniones de hecho en el Derecho comparado», en *Uniones de hecho*, p. 32, núm. 25.)

Esta calificación, por otro lado, de «matrimonio de segunda clase» explicaría (que no justificaría) algunas de las exclusiones del mismo: no tendrían cabida los casados separados, en cuanto matrimonio (incompatible con otro estatus matrimonial); y tampoco los menores de edad, en cuanto de segunda clase.

³⁰³ MARTÍN CASALS, *Aproximación...*, cit., p. 151; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, p. 1103. En contra, GAVIDIA, para quien no hay tal *tertium genus*, y todo lo que mantenga la nota diferencial de la libertad de ruptura será unión libre y no matrimonio, por muy regulada y formalizada que esté (*vid.* «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, 1999, pp. 199-355).

—con la dispersión a que puede llevar en relación con otras posibles regulaciones, autonómicas o estatales—, aun siendo constitucional, es, además, conveniente³⁰⁴.

También, aunque se diga que la unión estable no es matrimonio *stricto sensu*, sino que sólo se le aproxima, subsiste la duda de si esa intromisión en la libertad individual es de todos modos admisible, dada la intensidad de la regulación³⁰⁵. Se comprende así que, a la vista de esta intensidad, se haya reprochado al legislador el no haberse basado en el principio de voluntariedad (declarando la Ley aplicable sólo a quienes expresamente se acojan a ella)³⁰⁶, o bien no haber utilizado la técnica de las normas dispositivas³⁰⁷. Sin embargo, ninguna de esas alternativas es satisfactoria. La primera, porque con ella se vuelve a olvidar cuál era el punto de partida: tutelar la situación fáctica de convivencia cuando no hay matrimonio. ¿Qué se adelanta si se sustituye la celebración de éste por la exigencia de una declaración formal «paramatrimonial»? La segunda porque, aunque así se evita que existan parejas que queden fuera de la regulación sólo por no acogerse a ella (ya que, en todo caso, entrarían a regir las previsiones a falta de acuerdo), la posibilidad de derogarla por pacto podría llevar —y así lo reconocen los defensores de esta vía— a que la parte más débil aceptase un acuerdo a ella poco favorable. Si la protección de esta parte más débil y las necesidades de justicia inspiran la intervención legislativa en esta materia, y si se entiende que la libertad entraña responsabilidad, y que por tanto la primera no puede ser invocada para eludir las responsabilidades que la decisión de convivir en pareja (de formar una familia en suma) acarrea, se concluirá en la necesidad de que la

³⁰⁴ Según BERCOVITZ («Parejas de hecho», *Aranzadi Civil*, núm. 10, 1998, p. 11), la diferencia está en que, si se entiende que la Ley incide sobre el sistema matrimonial, cabe afirmar la inconstitucionalidad; mientras que si se estima que lo que regula es un nuevo negocio jurídico, aunque la causa sea también la convivencia marital, cabe cuestionar la constitucionalidad. Pueden traerse también a colación las palabras del diputado Sr. Cristóbal MONTES en el debate parlamentario sobre la LPENC: aquél afirmó la competencia estatal para regular las parejas estables «por un planteamiento de sentido común», que fuerza a considerar irracional la posibilidad de que existan tantas leyes de parejas como Comunidades. (Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, núm. 101, 1999, p. 4514.)

³⁰⁵ Así lo plantea MARTÍN CASALS, *Aproximación...*, cit., p. 155-156.

³⁰⁶ V. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Una aproximación...*, cit., p. 592. (La autora considera también que, aunque la Ley no lo diga, la pareja puede manifestar que, a pesar de cumplir todos los requisitos, no quiere someterse al régimen de la unión estable.) En relación con la LPENC se pregunta MERINO Y HERNÁNDEZ (*Manual...*, cit., pp. 45-47), por la constitucionalidad de esa ruptura del principio de voluntariedad, señalando como más acorde con los valores de la CE y con el específico y arraigado principio aragonés de libertad civil la concepción de la Proposición de Ley socialista, que partía del contrato de convivencia como condición *sine qua non* de aplicación de la normativa en ella contenida. En sentido similar, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Notas críticas...*, cit., p. 24.

³⁰⁷ GAVIDIA, *La libertad de elección...*, cit., p. 80

regulación sea imperativa. Desde esta postura se ha justificado la aplicación automática de la Ley (aunque muchas veces sin embargo no se haya echado en falta la misma posibilidad para las uniones homosexuales)³⁰⁸.

Pero entonces se vuelve a la objeción inicial: hasta qué punto aquella necesidad autoriza una intervención tan intensa. No se trata de posturas enfrentadas e irreductibles, y de hecho el intervencionismo de la Ley ha sido criticado por autores favorables a la imperatividad³⁰⁹. La polémica no se habría presentado si, nuevamente, se hubiera tenido clara la distinción entre un modelo contractual-formal y uno factual-convivencial. Según éste, es precisa una regulación imperativa mínima fundada en el binomio justicia-responsabilidad, que no contradice la libertad individual³¹⁰. Según aquél, un estatuto de mayor alcance, para no correr el riesgo de ser lesivo de dicha libertad, exige declaración expresa³¹¹.

³⁰⁸ Vid. ad. ex. LÓPEZ BURNIOL, *La ley catalana...*, cit., pp. 649-650 y p. 662; o el discurso del diputado Sr. Tugues i Boliart en el *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, núm. 85, p. 5908. Sí han advertido aquella discriminación de las parejas homosexuales LLEBARÍA (*Glosa crítica...*, cit., p. 109) y GAVIDIA (*La libertad de elección...*, cit., p. 125): ¿por qué se alegan motivos de justicia y exigencias de protección para tutelar imperativamente la convivencia heterosexual extramatrimonial y no se hace lo mismo con la convivencia homosexual «extra-escritura pública»?

³⁰⁹ V. gr., LLEBARÍA SAMPER, *Glosa crítica...*, cit., p. 79; o MARTÍN CASALS, *Aproximación...*, cit., p. 156.

³¹⁰ Lo que no es pacífico es cuáles habrían de ser las normas integrantes de esa regulación mínima. Para MARTÍN CASALS (*Aproximación...*, cit., p. 154) y SOLÉ RESINA [*Comentari...* (II), cit., p. 3]; por ejemplo, aquéllas han de ser las imprescindibles para contrarrestar los perjuicios del conviviente más débil a la ruptura, y coinciden con las que preveía la disposición adicional 1.ª del Proyecto de Código de Familia catalán (que la enmienda 1237 del GS refería precisamente a la alternativa factual-convivencial de su propuesta doble): compensación por enriquecimiento injusto (arts. 13 y 31.1 LUEP), pensión indemnizatorio-alimenticia (arts. 14 y 31.2) y efectos derivados de la extinción por defunción (arts. 18 y 33). Para GAVIDIA en cambio ya se dijo que la segunda compromete la libertad matrimonial (*vid.* núm. 299). LÓPEZ BURNIOL por su parte identifica los elementos mínimos en la responsabilidad solidaria frente a terceros por los gastos comunes (arts. 5 y 23 LUE), la obligación de alimentos (arts. 8 y 26) y la guarda y régimen de visitas de los hijos (art. 15), mientras que entiende que los efectos previstos para la extinción pueden ser modificados por pacto (*La Ley catalana...*, cit., p. 31).

³¹¹ El estatuto configurado por las Leyes autonómicas, ¿llega a tener ese carácter lesivo? MARTÍN CASALS advierte que la LUEP, aunque no haya querido hacer un calco del matrimonio, en algunos aspectos «ha ido demasiado lejos» («Aproximación...», cit., p. 159) y que el estatuto paramatrimonial dispuesto —con normas relativas a los gastos comunes, régimen de responsabilidad, tutela, alimentos y disposición de la vivienda común: arts. 3.2, 4, 5, 7, 8 y 11— introduce una imposición de deberes y una limitación de derechos que «resultan difícilmente aceptables cuando la unión se constituye al margen de la voluntad de los convivientes» (*loc. cit.* p. 156). Una conclusión parecida se extrae de LLEBARÍA («Glosa crítica...», cit., pp. 79-87); y en la misma línea SOLÉ RESINA juzga impropio la extensión del régimen primario matrimonial —en particular, arts. 3.2-4 y 11— a las uniones heterosexuales, diciendo que así la ley olvida uno de sus postulados: que la pareja heterosexual si no se casa es porque no quiere («Comentari... (II)», cit., p. 3). GAVIDIA en cambio («La libertad de elección...», cit., p. 127) simplemente afirma que dada la naturaleza cuasi-matrimonial del estatuto configurado, «hay que cuidarse muy bien [...] de que sus previsiones sean interpretadas y aplicadas de tal modo que no desvirtúen esa libertad de disolver la unión [...]». Es decir, para este último autor no hay lesión de la libertad en tanto

4.º Oportunidad de la regulación:

Claro que en relación con la constitución voluntaria surgía otro interrogante, éste referido a la oportunidad legislativa, al propio sentido de institucionalizar un modelo de convivencia cuasi-matrimonial para las parejas que cuentan con la opción del matrimonio tradicional: heterosexuales mayores de edad sin impedimentos: ¿por qué iban éstas a acogerse voluntariamente a la nueva institución si no desean pasar por la «otra» institución disponible, la del matrimonio?

Podría quizás argumentarse trayendo a colación la crisis del modelo matrimonial clásico, y constatando la existencia de parejas que, a diferencia de aquellas que rechazan conscientemente toda regulación o que simplemente no se lo plantean, tienen una contrastada voluntad de juridicidad, pero una juridicidad que no coincide en todo con los contenidos institucionales típicos del matrimonio. Unas veces por motivos psicológicos que quizá influyan en el ánimo de algunas parejas y les muevan a rechazar la «carga» de tradición que arrastra el matrimonio y buscar una forma alternativa que sea algo más que una pareja de hecho sin apenas derechos, pero despojada de esa carga. Otras veces lo que se desearía evitar del matrimonio es lo más temido de éste: la dificultad de su ruptura³¹². Otras veces, en fin, sería una manifestación peculiar de esa reac-

en cuanto no haya matrimonio, esto es, mientras se mantenga la característica para él esencial de la libertad de ruptura; pues en definitiva la libertad de elección lo es entre matrimonio y unión libre, pero no entre unión libre con estatuto y sin estatuto legal. (Cfr. en contra el parecer de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ reseñado en la núm. 306). Lo que sí defiende es la posibilidad de optar por un estatuto legal más leve que el de la LUEP, el de la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua: sobre esto se volverá cuando se analice el ámbito subjetivo de este texto.

En cuanto a la regulación aragonesa, la LPENC contiene las mismas normas respecto a gastos comunes (art. 5.3), responsabilidad (5.4), tutela (art. 12, a la que se añade la disposición sobre representación del ausente: artículo 11), y alimentos (art. 13). No se prevén, sin embargo, limitaciones a la disposición de la vivienda común. Las normas que pueden considerarse mínimas están representadas, igual que en la LUEP, por la compensación del enriquecimiento injusto (art. 7.1), pensión indemnizatorio-alimenticia (si bien sólo en el caso de que haya hijos *-child-care maintenance-* sin perverse el supuesto equivalente a la *rehabilitative maintenance*: artículo 7.2) y efectos derivados de la extinción por defunción (que *grosso modo* coinciden con los de la regulación catalana, pero incluyéndose en las predetracciones los «instrumentos de trabajo», propios de las *ventajas forales* del Derecho aragonés, y no incluyéndose el derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del pre-muerto, sino sólo el de residir en la vivienda común durante un año: *vid.* art. 9).

Por su parte la Ley navarra, que no contiene normas relativas a alimentos ni a la disposición de la vivienda común, efectúa una regulación de las compensaciones económicas a la ruptura idéntica a la de la LUEP (arts. 5.4 y 5 LJJPE), y establece además un régimen sucesorio (art. 11).

³¹² Esto podría explicar el recurso a la Ley holandesa de parejas registradas (Ley de 5 de julio de 1997, que prevé todos los efectos del matrimonio, salvo la adopción) también por parte de uniones heterosexuales (SCHRAMA *-«Registered partnership...»*, cit., p. 320— da noticia de que han sido relativamente frecuentes las parejas heterosexuales que han hecho uso de esa posibilidad). Y también el que en Francia concluyan el PACS, como han manifestado algunas de las primeras parejas de heterosexuales que han formalizado su relación de esta forma («Les premiers récits des pacsés de l'an», *Le Monde*, 29 de noviembre de 1999, p. 6).

ción a la rigidez del molde institucional de que se ha hablado, frente a la que se opondría la necesidad del hombre moderno de vivir en un matrimonio individual³¹³: la proliferación de los contratos de convivencia en otros países iría en esta dirección.

En este sentido podría decirse que las Leyes de parejas proporcionan una alternativa cuasi-matrimonial «aligerada», más moderna y menos rígida, que permite la libre ruptura unilateral sin transcurso de plazo y con trámites más sencillos (el dejar sin efecto la escritura no llega a ser tan engorroso como un proceso de divorcio), y que por otra parte, gracias al juego de los preceptos que en cada una de ellas se refieren a los pactos reguladores de la convivencia (art. 3 LUEP, arts. 5 LPENC y 5.1 LIJPE)³¹⁴, permite a las partes individualizar su relación, incluso con la regulación de los aspectos personales, en el marco de una unión estable³¹⁵.

Esta posible explicación no termina de convencer. La pretensión de algunas parejas de juridificar su convivencia sin pasar por el matrimonio puede encauzarse sencillamente con el reconocimiento de los contratos entre convivientes: y esto era una realidad ya antes de las regulaciones orgánicas, al amparo del artículo 1.255 CC. La intervención del legislador en este punto podría haber ido encaminada a proporcionar una normativa supletoria que los contratantes que lo desearan pudieran seguir³¹⁶. Normativa que se completaría con las normas imperativas mínimas fundadas en el hecho de la convivencia en sí, aplicables a toda pareja no casada al margen de su voluntad, «jurídica» o no³¹⁷.

Las Leyes de parejas sin embargo van más allá de establecer unas normas dispositivas derogables por pacto: la autonomía de la voluntad de las partes, a pesar de presentarse como uno de los principios básicos en que se cimienta la Ley, aparece limitada, no por unas normas mínimas, sino por todo un estatus³¹⁸.

³¹³ ZOLLIGKOFER, recogido en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, cit., p. 403.

³¹⁴ Que establecen que los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente, mediante pacto, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes.

³¹⁵ Esta posibilidad es elogiada por algunos (*vid. ad.ex.* LÓPEZ BURNIOL, «La ley catalana...», cit., p. 29) y criticada por otros: SOLÉ RESINA v. gr. considera que diseñar un «matrimonio a medida» utilizando el instrumental de la LUEP supone huir de la imperatividad de la norma matrimonial y del requisito de la forma *ad solemnitatem* («Comentari a la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (I)», *La Llei de Catalunya*, 5 de octubre de 1998, p. 2).

³¹⁶ Así lo proponía PANTALEÓN *de lege ferenda* en *Uniones de hecho*, cit., p. 80.

³¹⁷ La propuesta no diferiría así mucho de la que realizó el GS en la citada enmienda 1. 237 a la disposición adicional 1.ª del Proyecto de CF catalán (*vid.* notas 279 y 310).

³¹⁸ Sobre la imperatividad de la mayoría de las normas que componen ese estatuto, con relación a la LUEP, *vid.* MARTÍN CASALS, «Aproximación...», cit., pp. 156-157; y ROCA I TRÍAS, *Institucions...*, cit., pp. 450-451 y 464. En contra, LÓPEZ BURNIOL, para quien sólo son imperativas las normas citadas en la nota 310, pudiendo el resto ser modificado por la voluntad de las partes («La Ley catalana...», cit., p. 31).

Yendo más allá podría augurarse que la respuesta jurídica a alguna de aquellas demandas ha de pasar en última instancia por una entera redimensión de la institución matrimonial³¹⁹, que abunde en el ya iniciado proceso de flexibilización del modo de disolución y de reconocimiento de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre cónyuges. Esto reduciría hasta cierto punto el número de parejas no casadas –igual que lo hizo la introducción del matrimonio disoluble en su momento–, y facilitaría un tratamiento de estas últimas circunscrito a sus justos términos³²⁰, mediante el cual la adopción en muchos casos de soluciones idénticas a las matrimoniales no derivaría del mimetismo, sino de que en ambos casos el fundamento de justicia sería el mismo por ser la misma la relación subyacente³²¹. No obstante, y aparte de que la iniciativa toparía con no pocas resistencias³²², es obvio que ello compete al legislador estatal, no al autonómico. En todo caso, mientras aquella reforma no tenga lugar, el crear nuevas instituciones de corte híbrido o paramatrimonial lo único que hace es complicar más las cosas³²³.

³¹⁹ Como proponen REINA/ MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 14.

³²⁰ Así, *vid. gr.*, en Suecia, país pionero en la regulación de las parejas no casadas, pero donde dicha regulación no configura nada ni por asomo cercano a un mini-matrimonio o matrimonio de segunda clase. La existencia de un matrimonio (y una institución análoga para homosexuales) despojado de referencias ideológicas o religiosas, y en el cual el divorcio se obtiene sin consideraciones de culpabilidad y tras un corto período de reflexión (*betänketid*) de seis meses, hace innecesaria aquella matrimonialización de la pareja no casada. (*vid. Código de matrimonio –Åktenskapsbalk– de 1987, cap. V, arts. 2 y 3; y BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, «La cohabitación extramatrimonial...», cit., p. 49*). Al tiempo se trata de uno de los países donde el fenómeno de la convivencia sin matrimonio, al que se ha llegado a calificar de «institución social», tiene una mayor incidencia (se calcula que más del cincuenta por ciento de los niños que nacen son hijos de padres no casados: si bien ello incluye también el fenómeno, asimismo muy frecuente, de la maternidad sin pareja). En la mayoría de los casos se trata, no obstante, de «matrimonios a prueba», que acaban terminando, bien en ruptura, bien en matrimonio: lo cual no exime, por supuesto de la tutela que durante ese tiempo han de recibir y que reciben gracias a la legislación específica, ya citada (*vid. supra* nota 277).

Por otra parte la propia accesibilidad y, por así decirlo, sencillez del matrimonio sueco reduce también el juego de los contratos de convivencia. A pesar de que éstos constituyen una práctica desde hace tiempo aceptada, es frecuente que las partes que desean concertar un pacto de ese tipo más o menos minucioso reciban el consejo letrado de, en su lugar, simplemente casarse: *vid. AGELL, Åktenskap...*, cit., p. 233.

³²¹ REINA/ MARTINELL, *Las uniones matrimoniales...*, cit., p. 14. En un sentido análogo, RIVERO HERNÁNDEZ, en el «Prólogo» a la obra de LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., pp. 13-21; así como este último (*vid. ad ex.* «Glosa crítica...», cit., p. 78).

³²² GAVIDIA *v. gr.* afirma, siguiendo la jurisprudencia constitucional alemana (*vid. S. de 28 de febrero de 1980 del BverfG*), que la admisión del divorcio unilateral sin alegación de justa causa supondría la inexistencia del matrimonio y su sustitución por uniones libres formalizadas, con lo que se incumpliría el mandato constitucional de conservar aquella institución («La libertad de elección...», cit., p. 104). La misma idea se halla, implícitamente, en GARCÍA CANTERO («Luces y sombras...», cit., pp. 48-50). Por otro lado una posible reacción (defendida ya por este último en el mismo lugar) sería el establecimiento del ya aludido sistema de matrimonio opcional, que, como en algunos Estados norteamericanos, coloca junto al matrimonio de fácil disolución, un matrimonio, no realmente indisoluble, sino de divorcio por causas tasadas.

³²³ Como señala MARTINELL, «La Llei...», cit., p. 61, han sido razones políticas y de dinámica social las que han favorecido esta opción, pese a sus consecuencias perturbadoras.

c) Expulsión de la pareja no casada del concepto de familia

Lo paradójico es que, a pesar de esta matrimonialización –que, salvo en el caso de las parejas homosexuales que voluntariamente la desearan–, no era necesaria ni adecuada, ni la LUEP ni la LPENC han reconocido expresamente lo que no sólo era previo e independiente de aquélla, sino también obligado desde el punto de vista constitucional: la condición familiar de la pareja estable.

Así, en el caso de la LUEP, el legislador catalán hace gala en su varias veces citado Preámbulo de conocer bien la jurisprudencia constitucional, insistiendo en la ausencia de analogía con el matrimonio (aunque después el texto articulado no es coherente con ese punto de partida), pero no añade que, también según esa jurisprudencia, la pareja no casada es familia, pues la realidad familiar en la CE (art. 39) es algo más amplio que la matrimonial (art. 32). Y esta omisión explica que el término familia no se emplee ni una sola vez en el texto de la Ley, así como sobre todo que ésta constituya un texto independiente, que margina a las uniones estables de pareja del Código de Familia aprobado el mismo día³²⁴. Sin embargo, abundando en las incoherencias, de este Código (que fue el lugar elegido en un primer momento para la regulación de la pareja no casada: recuérdese la DA 1.^a al Proyecto) no han desaparecido las referencias a la «convivencia» [arts. 94. 1.a) y 97], a la «convivencia marital» [art. 36.2 y art. 86.1.b)] y a la «convivencia marital estable» [arts. 115.2, 117.1.a), 161, 163.1.c) y 179.1.a) y c)]. Lo que no queda claro es si con esas expresiones alude a las uniones reguladas por la LUEP o simplemente a la pareja no casada no institucionalizada^{325, 326}.

³²⁴ Buena parte de la doctrina ha criticado esta marginación: *vid.* GAVIDIA, «La libertad de elección...», p. 122-123; LÓPEZ BURNIOL, «La Ley catalana...», cit., p. 16; LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., pp. 73-78; MARTINELL, «La Llei d'unions...», cit., p. 59-60; SOLÉ RESINA, «Comentari a la Llei... (I)», cit., p. 2; etc. (Sobre las endebles razones alegadas por los promotores de la Ley para justificar su configuración como texto aparte, *vid.* LLEBARÍA, *ibid.*, pp. 74-75, quien también apunta las probables razones políticas de la promulgación de una ley separada: p. 76, nota 26).

³²⁵ *Vid.* LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica...», cit., pp. 105-107. Lo curioso es que esa dispersión terminológica y de referente se da en el seno de la propia LUEP: cuando el artículo 20.1 c) establece como impedimento para formalizar una unión homosexual «el formar pareja estable con otra persona», ¿se refiere también a una unión formalizada? Parece, por coherencia con el vínculo constitutivo que se establece, que sí. En cambio cuando los artículos 16.4-18.2 y 32.4-33.b) determinan, para cada subtipo de unión, la extinción de la pensión periódica por ruptura o del derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto cuando el beneficiario contrae matrimonio o «convive maritalmente», la inevitable comparación con el artículo 101 CC sugiere que basta la convivencia de hecho, sin que se llegue a constituir una unión estable legal. El tenor literal de un ulterior artículo, el 34.2.c), confirma esta interpretación: allí se prevé la pérdida de la cuarta sucesoria –otorgada sólo a uniones homosexuales– si antes de reclamarla el conviviente superviviente se casa, *convive maritalmente o forma nueva pareja*. La escisión entre el concepto de conviviente de hecho y el de unión estable de pareja no puede ser más clara. Sobre todo ello, *vid. infra* IV. A).

³²⁶ En todo caso un dato significativo es que esa convivencia –a que se refieren disposiciones dispersas del CF para atribuirle variados efectos jurídicos es siempre heterosexual

Por lo que hace a la regulación aragonesa, ésta evita asimismo la calificación de familiar (y así, por ejemplo, se habla también de gastos «comunes de la pareja y no de gastos «familiares»), y de modo similar a lo que ha ocurrido en Cataluña, aunque no exista en Aragón un Código de familia como el catalán, han quedado las parejas no casadas excluidas de otro importante texto codificado, cuya tramitación fue casi simultánea a la de la LPENC: la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte³²⁷. Tampoco se ha previsto, en relación con la pareja no casada, la intervención de la Junta de Parientes prevista en la Compilación aragonesa³²⁸.

(como heterosexual era la pareja a la que se refería la DA 1.ª al Proyecto). Así pues, lo que realmente no se ha querido calificar como familia e incluir en aquel cuerpo legal ha sido la convivencia homosexual, que de paso ha arrastrado consigo a la heterosexual. (GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 123, explica esto como un intento de evitar críticas por parte de sectores conservadores. Intento inútil, como a renglón seguido añade el autor, pues la no calificación expresa no empaña el estatuto cuasi-matrimonial y *a fortiori* típicamente familiar de la LUEP).

Posteriormente, otro texto legislativo ha abundado en esa marginación de la pareja homosexual, a la que une la heterosexual sin hijos: esto es, acoge el concepto tradicional de familia, determinado por la filiación. Se trata de la Ley de mediación familiar de Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo), en cuyo ámbito se incluyen, además de los matrimonios (tengan o no hijos, y en relación con todo tipo de conflictos surgidos como consecuencia de la crisis matrimonial), las uniones estables de pareja —sujetas a la Ley 10/1998— con hijos comunes, y curiosamente también las parejas no sujetas a la Ley o que no convivan, pero que asimismo tengan descendencia común. El originario Proyecto de Ley, en ambos casos, y a diferencia de los matrimonios, refería la mediación sólo a cuestiones relacionadas con esos hijos comunes. La regulación no podía ser más desafortunada: en relación con las uniones «legales» porque, si se ha optado por concederles efectos que van más allá de los que atañen a la filiación (y particularmente en la «crisis» de la pareja), sería lógico proveer los mecanismos de solución que para cuestiones parecidas se ponen a disposición de las parejas matrimoniales. En relación con las uniones «atípicas» porque precisamente su atipicidad y su dependencia de un régimen jurisprudencial no uniforme hace que la solución de esos conflictos sea más problemática. El legislador catalán seguía con ello sin encarar «la posibilidad de que se relacione la “mediación familiar” con la unión heterosexual y homosexual, que se relacione, en definitiva, la unión homosexual con la familia» (Vid. SOLÉ RESINA e YSÀS SOLANES, «Les noves tendències legislatives envers la resolució de conflictes familiars a Catalunya: el Projecte de llei de mediació familiar», *La Notaria*, núm. 6, 1999, pp. 86-88). Este error se ha corregido en parte en la Ley definitivamente aprobada, en cuanto la unión estable de pareja (no así la pareja no sujeta a la LUEP) también puede acudir a la mediación en relación con las situaciones de crisis de la pareja: *vid.* artículo 5 de la citada Ley.

³²⁷ Lo cual no carece de consecuencias: así, como observa MERINO Y HERNÁNDEZ, al remitirse el artículo 17, referente a la fiducia sucesoria, a la Ley de sucesiones, ello implica que la remisión es a las normas sobre la institución de fiduciario en persona distinta del cónyuge, quedando por tanto vedado al conviviente supérstite la posición de fiduciario «privilegiado» que según aquella ley tiene el viudo (*Manual...*, cit., p. 120). Cosa distinta ocurría en la Proposición de Ley socialista, donde en la remisión a la fiducia se declaraba que cada conviviente sería considerado cónyuge del otro (art. 18).

³²⁸ El artículo 13 de la Proposición socialista, tras decir, como ahora hace el artículo 14 del texto definitivo, que la relación de pareja no genera vínculo de parentesco, añadía un segundo apartado donde se posibilitaba que sus miembros integrasen la Junta de Parientes, siendo a tal efecto considerados cónyuges. Dicho apartado ha desaparecido de la actual Ley. (Vid. BERNARD MAINAR, R., «Junta de parientes y parejas estables no casadas (a propósito de la Proposición de Ley relativa a) parejas estables no casadas presentada por el grupo Parlamentario Socialista a las Cortes de Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragones*, 1998-IV, pp. 117-127.)

Esta crítica no alcanza en cambio a la Ley navarra, la cual, al abrirse con la enunciación de un «principio de no discriminación» (art. 1), califica a la pareja estable de situación que da vida a un grupo familiar³²⁹. Es ésta, por tanto, la única de las Leyes de parejas aprobadas que expresamente incluye esta relación en el concepto de familia, de modo acorde con los principios constitucionales vigentes.

d) Conclusión

La legislación autonómica en materia de relaciones de pareja ofrece de este modo un panorama confuso. De acuerdo con la misma hay:

- 1.º Matrimonios heterosexuales;
- 2.º Cuasi-matrimonios: es decir, parejas estables legalizadas, heterosexuales –y éstas de constitución voluntaria o legal– u homosexuales –también de constitución voluntaria o legal, salvo en Cataluña, donde son siempre voluntarias–;
- 3.º Parejas de hecho no sujetas a las Leyes de parejas, con determinados efectos jurídicos que no configuran un estatus paramatrimonial;
- 4.º Y, sólo en el caso de Cataluña: Parejas de hecho homosexuales, que no existen para el Derecho civil catalán, salvo a tres efectos negativos: los de los arts. 32.4, 33.b) y 34.2.c) LUEP.

Sobre los supuestos enumerados en tercer y cuarto lugar (las parejas excluidas de la regulación) se volverá más adelante³³⁰. De momento baste destacar que su propia existencia da idea del fracaso parcial de una intervención que trataba de resolver los problemas originados planteados por las parejas no casadas, porque para algunas de ellas la situación sigue siendo la misma que antes de dicha intervención³³¹. La misma o incluso peor, como en el caso de la regulación aragonesa, pues, la operación de «descafeinado» del

³²⁹ «Artículo 1. Principio de no discriminación.

En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.»

³³⁰ *Infra* IV. A).

³³¹ De este efecto advertían ya quienes, aun favorables a una regulación legislativa de la pareja no casada, prevenían contra el error de que esa regulación institucionalizase la pareja *matrimonializándola*, lo que, entre otras cosas, «provocaría el resurgir de “otras! parejas de hecho que, por el mismo motivo que antes rechazaban el matrimonio, ahora huyen de éste y del régimen de la unión *matrimonializada*; y quizá desde esa marginación avanzarían hacia la discriminación y terminarían por implorar al legislador un nuevo régimen *ad hoc*. Estaríamos como al principio». (LLEBARÍA, *Hacia la familia...*, cit., p. 62).

contenido de la Proposición inicial ha producido un texto que otorga bastante poco más de lo que ya existía con anterioridad a la intervención legislativa³³², pero que en cambio sustrae esos efectos jurídicos antes extensibles a toda pareja de hecho para aplicarlos sólo a las que a partir de ahora sean parejas estables no casadas en el sentido de la Ley³³³.

A este cuadro habría que añadir las relaciones de convivencia que no conforman pareja (concepto amplio de convivencia no matrimonial), que constituyen capítulo aparte: aunque, como se verá, en Cataluña una de las Leyes a ellas dedicadas (la Ley de situaciones convivenciales de ayuda mutua) pueda quizá contribuir a solventar algunos de los problemas creados por la LUEP, por más que ésta no sea su finalidad. De momento sólo cabe lamentar, igual que lo han hecho los mejores críticos de esta última, que se haya persistido en, y consagrado así *de lege data*, algunos de los errores más evidentes que portaban las propuestas *de lege ferenda* anteriores y que fueron señalados en su día por la doctrina. Doctrina cuyas reflexiones más certeras han sido desatendidas en buena medida por los legisladores autonómicos³³⁴.

1.2 La proyectada regulación estatal (el contrato de unión civil)

La propuesta que en su momento se presentó para encauzar el tema de la convivencia no matrimonial en el ámbito estatal es la relativa al denominado contrato de unión civil³³⁵. La misma supone

³³² Así lo hace notar MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Notas críticas...», cit., p. 23.

³³³ Este resultado, que tiene una incidencia clara en el ámbito del Derecho público, es igualmente objeto de atención más adelante, en el análisis de las parejas atípicas, excluidas de esta regulación aragonesa, y de su régimen jurídico

³³⁴ A pesar de que en el debate legislativo se afirmó lo contrario: *vid.* la intervención de la Consejera de Justicia en *DSPC*, núm. 85, p. 5905. Esta discordancia entre el bagaje previo de estudios jurídicos sobre el tema y el producto legislativo final ha sido subrayada, una vez más, por LLEBARÍA SAMPER («Glosa crítica...», cit., p. 72). Su conclusión global sobre la LUEP, *extremadamente crítica de la misma (la define como «intervencionista, ilusa, injusta y discriminatoria»* y agrega que «el balance no se contrarresta con los aciertos escasos de alguna de sus normas») ilustra una sensación general de decepción en los autores que se han ido citando en las páginas precedentes. Un juicio mayormente positivo se desprende, por el contrario, de otros comentarios: así el de BAYO DELGADO, «El carácter pionero del Derecho catalán», en *El País*, 24 de julio de 1998, p. 2/Cataluña; o el de LÓPEZ BURNIOL, «La ley catalana...», cit., *passim*.

³³⁵ Proposición de Ley Orgánica 122/000098, de contrato de unión civil (PLCUC) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados durante la VI Legislatura. Otras Proposiciones, presentadas por otros grupos parlamentarios entre los años 1994 y 2000, para la regulación de las parejas estables, han sido sucesivamente rechazadas, con la excepción de la iniciativa de Coalición Canaria –Proposición de Ley 122/000071– que, tomada en consideración durante la VI Legislatura, sin embargo, no volvió a presentarse.

un cambio de planteamiento respecto a otras iniciativas, puesto que lo que hace es crear una nueva categoría contractual a la que podrán acogerse quienes, *con relación afectiva de pareja o sin ella*, deseen dotar de un estatuto jurídico a su convivencia. Se configura así un *concepto teóricamente amplio* (pero sólo teóricamente, como se ha adelantado más arriba) de convivencia no matrimonial, institucionalizada ésta según un *modelo contractual-formal*.

A) *Concepto y elementos*

El artículo 1.1 de la Proposición comentada define el contrato de unión civil como aquél por el cual «dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua». Los restantes apartados de este artículo terminan de perfilar un concepto de la figura, compuesto por los siguientes elementos:

a) Elementos objetivos

1. *El acuerdo de convivencia sin affectio*

La convivencia y la ayuda mutua constituyen el objeto del contrato, pero a esta relación no se le otorga el calificativo de marital, ni se hace referencia alguna a la afectividad de contenido sexual propia de una pareja. Lo que se configura en realidad es un contrato «asexuado», que incluye pero que no se limita a las relaciones heterosexuales u homosexuales de tipo paraconyugal, sino que abarca también las uniones de personas ligadas por lazos de parentesco o amistad³³⁶.

Los promotores de la iniciativa anudan esta ausencia de mención del componente sexual, o en general afectivo, al principio de seguridad jurídica y al respeto del derecho fundamental a la intimidad³³⁷. Seguridad jurídica que se acrecentaría –afirman– al evitar términos, como los de «afectividad» u «orientación sexual», imprecisos y de contenido difícil de certificar; mientras que la intimidad de las personas quedaría salvaguardada justamente por la ausencia de indagación en esos elementos, conectados con la esfera privada de los individuos e irrelevantes para el Derecho.

³³⁶ De «sistema abierto» habla el Preámbulo, en su párrafo cuarto. El borrador que precedió a la Proposición justifica la posibilidad de que dos personas convengan una unión civil para conseguir determinados efectos jurídicos «sin que importe el porqué y el para qué lo hacen»: se busca, por tanto –comenta JORDANO BAREA– una suerte de abstracción causal («Matrimonio y unión libre», *cit.*, p. 187).

³³⁷ *Vid.* párrafo tercero del citado Preámbulo, así como la intervención de TRÍAS SAGNIER en el *Diario de Sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados, Pleno*, núm. 120, de 25 de noviembre de 1997, p. 6283; y su artículo «El contrato de unión civil...», *cit.*, p. 2).

La convivencia, cualificada por los lazos de solidaridad entre quienes la desarrollan (más allá, por tanto, del hecho de compartir una vivienda), es el estrato objetivo de la unión civil, sin que en teoría esa convivencia haya de coincidir con el patrón matrimonial³³⁸. Esta regulación podría así en principio suponer la plasmación legislativa de aquel concepto amplio de unión libre preconizado por un minoritario sector doctrinal³³⁹, si no fuera porque *inter alia* no admite la constitución pluripersonal propia de aquélla. Que el número de contratantes quede limitado a dos revela, a fin de cuentas, que el verdadero propósito (confirmado, además, por ulteriores enmiendas presentadas por el propio Grupo proponente: *vid. infra*) es la contemplación legislativa de la pareja no casada, aunque sin llamarla por su nombre: lo que parece sobre todo querer evitarse cuando de pareja homosexual se trata³⁴⁰.

Esa convivencia por definición ha de ser estable, aunque no se diga expresamente. Sí se prohíbe que pueda ser sometida a término o condición (art. 1.2), como es lógico si se trata de un proyecto de vida en común. Pero no es sin embargo el elemento fáctico el constitutivo de la unión civil: como sí lo es en la unión libre, sea en su concepto amplio o restringido. La unión nace, según la Ley proyectada, por el contrato, y, de modo similar al matrimonio, la convivencia es una consecuencia del mismo, y el objeto sobre el que recae el consentimiento contractual. No obstante, esta fórmula viene posteriormente a mezclarse con la que en la convivencia no matrimonial «clásica» atendía a la duración de la convivencia pasada como indicativo de la estabilidad de ésta, dado que el contrato no surte efectos

³³⁸ La redacción del artículo 1.1, que define este estrato objetivo, se inspira en la del segundo párrafo del artículo 1 de la Proposición de Ley francesa sobre el contrato de unión social (uno de los antecedentes del PACS), descrito como el vínculo de dos personas físicas, capaces jurídicamente, que desean establecer entre ellas un proyecto de vida en común (*vid. TRIAS SAGNIER en DSCG*, núm. 120, p. 6293).

³³⁹ Con lo que se pretendería «dar una respuesta que abarque al mayor número de personas posible» (TRIAS SAGNIER, «El contrato de unión civil...», cit., p. 1).

³⁴⁰ Igual que ocurre en otras legislaciones extranjeras de similares características, como la belga (*vid. supra* II.2). Sin embargo esta limitación se ha intentado explicar aduciendo que a disposición de núcleos de personas más numerosos se halla la legislación sobre asociaciones o la civil y mercantil específica (TRIAS SAGNIER, «El contrato de unión civil...», cit., p. 3). Este argumento no termina de convencer, pues para aquellos fines asociativos pero no familiares también dos personas físicas pueden recurrir al mismo instrumental jurídico (y concertar, v. gr., una sociedad civil: *vid. art. 1.665 CC*). Por otro lado, poco después añade el autor citado que uno de los objetivos de la Proposición es, de acuerdo con los principios de justicia y equidad, dar una salida legal a las personas del mismo sexo que —como «por ejemplo dos ancianas que vivan juntas, una madre viuda con su hijo soltero, dos hermanos que vivan juntos»— no cuentan con ventajas análogas a las de los cónyuges. En definitiva, tutelar las situaciones de las personas que no han optado por o no se encuentran en la situación estadísticamente más frecuente, la del matrimonio. Pero entonces ¿por qué no hacerlo cuando sean más de dos las ancianas o los hermanos que convivan?

desde su celebración, sino sólo transcurrido un año (*vid.* art. 1.6 *in fine* de la Proposición)³⁴¹.

Finalmente, la convivencia ha de poseer la nota de la exclusividad, en el sentido ya visto de ser incompatible con otras convivencias del mismo tipo. Esto queda reflejado en el impedimento de vínculo (*vid. infra*).

b) Elementos subjetivos

1. El sexo:

La irrelevancia, en teoría, de la afectividad sexual conlleva que no se aluda en ningún momento al sexo ni a la «orientación sexual» de los contratantes, de modo que tanto podrán ser de distinto como del mismo sexo, y configurar una relación heterosexual, homosexual o «asexuada».

2. La edad:

Al igual que en las regulaciones catalana y aragonesa, se exige la mayoría de edad de los miembros de la unión civil. Al respecto cabe traer a colación las mismas críticas que se hacían entonces³⁴², y, hecha esa conexión, de paso poner de relieve cómo en el requisito trasluce la preocupación del texto por poner trabas a la constitución de la pareja regulada –que en definitiva es el referente que el legislador tiene en cuenta– máxime cuando ésta puede ser también homosexual³⁴³.

3. La ausencia de vínculo previo:

Impide la celebración de un contrato de unión civil el vínculo previo de uno de los contratantes, ya sea este vínculo el matrimonio o precisamente el haber concertado con anterioridad otro contra-

³⁴¹ Y para un efecto concreto, la concesión de una pensión equivalente a la de viudedad, ese plazo se amplía a tres años (art. 8.2, que modifica el art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social).

³⁴² No obstante hay tener en cuenta que, dado que en el contrato de unión civil –que es otorgado notarialmente: *vid. infra*– ha de disponerse expresamente el régimen económico de la unión «de entre las modalidades establecidas en el Código Civil» (art. 1.4), y que ello lo hace semejante a las capitulaciones matrimoniales en este punto. Por ello, si se admitiera su celebración por el menor emancipado sería preciso establecer una norma análoga a la del artículo 1.329 CC, que exige un complemento de capacidad cuando el régimen pactado no sea el de separación o participación.

³⁴³ Ya se reseñó con anterioridad la opinión según la cual era preciso evitar un «matrimonio» homosexual de segunda entre un menor y un mayor de edad (TRÍAS SAGNIER, *loc. cit.*, p. 3). JORDANO BAREA sugiere que la elevación de la edad respecto de la requerida para contraer matrimonio deriva del propio carácter abstracto del contrato de unión civil, que se presenta como «una capa que todo lo tapa», mientras que ¡[...] el matrimonio es una cosa buena, incluso santa (un sacramento, entre bautizados), y no una tapadera de posibles relaciones entre lesbianas o gays! («Matrimonio y unión libre», *cit.*, p. 188).

to de unión civil que permanezca vigente (art. 1.2 de la Proposición)³⁴⁴. La exclusión del casado separado, al igual que en las regulaciones autonómicas, resulta una vez más injustificada: si ello es así cuando de formar una pareja paramatrimonial se trata, tanto más cuando la unión en que se integra no ha de poseer —en teoría— esa característica. Y es que, al calificar al matrimonio como situación incompatible, se está reconociendo que la situación-base, la relación de convivencia y solidaridad mutua, es la misma; y a la postre se está estableciendo un paralelismo implícito con el modo de vida marital, a pesar de que éste no integre la definición, derivado en realidad de la propia constitución bimembre del contrato: de otro modo no tendría por qué haber esa incompatibilidad, y un matrimonio podría integrarse en una comunidad convivencial más amplia, pluripersonal³⁴⁵.

4. Los impedimentos:

A diferencia de los textos referidos a la convivencia marital, que por ello incluyen los impedimentos de parentesco, éstos no aparecen en la regulación inicialmente propuesta por el Grupo Popular, coherentemente con la amplitud del concepto de convivencia manejado³⁴⁶. Sin embargo, en las enmiendas al articulado presentadas poco después por el mismo grupo parlamentario, dicho ámbito subjetivo se restringe al descartar que puedan ser parte de un contrato de unión civil los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción o los colaterales «con consanguinidad» (*sic*) hasta el tercer grado³⁴⁷. Con ello reaparecen los impedimentos matrimoniales en toda su extensión (incluyendo el dispensable de parentesco colateral de tercer grado) y se desvirtúa aquel propósito de amparar también situa-

³⁴⁴ Al igual que en las regulaciones autonómicas, mientras el contrato de unión civil crea un vínculo que da lugar a «impedimento» a efectos de formalizar otro contrato de unión civil, no constituye impedimento para contraer matrimonio: la celebración de un posterior matrimonio resuelve automáticamente el contrato previo, mientras que en cualquier otro caso es precisa la instancia de una de las partes (resolución unilateral, que confirmaría el carácter «libre» de la unión, si este se considera el rasgo definitorio) ante el juez encargado del Registro civil ante el que se efectuó la inscripción (art. 1.6 de la Proposición).

³⁴⁵ *Vid.* lo que se dirá a propósito de la exclusión de los casados del ámbito de las situaciones convivenciales de ayuda mutua catalanas; así como el hecho de que un matrimonio *sí* integra el supuesto de hecho de otra relación convivencial: la de acogimiento de personas mayores (*vid. infra* III.2).

³⁴⁶ Amplitud todavía mayor que en el caso de las situaciones convivenciales de ayuda mutua catalanas, pues, como se verá, de éstas se excluyen los parientes en línea recta, y también mayor que el PACS francés, que tampoco permite su conclusión a colaterales hasta el tercer grado. El ámbito subjetivo del contrato de unión civil propuesto coincide en cambio totalmente con la *cohabitation légale* belga.

³⁴⁷ Enmienda núm. 46, al artículo 1, en *Boletín Oficial de las Cortes generales. Congreso de los Diputados, Serie B*, núm. 117-8, de 30 de marzo de 1998, p. 50. De prosperar esta modificación el ámbito subjetivo del contrato de unión civil sería idéntico al del PACS francés.

ciones convivenciales no análogas al matrimonio, como es sabido muy a menudo integradas por parientes próximos (v. gr. hermanos). La razón alegada es la necesidad de «delimitar con más precisión el ámbito de aplicación subjetivo de la ley [...] con el fin de evitar situaciones fraudulentas». ¿Qué es una situación fraudulenta? ¿La convivencia entre dos hermanos lo es? Parece que el «fraude» estaría en el carácter no marital... que precisamente no aparece en la definición a fin de preservar el derecho a la intimidad. Nuevamente sale a relucir la auténtica intencionalidad de la Proposición³⁴⁸. Pero si se persiste en no decir expresamente lo que se quiere regular, se sigue dejando la puerta abierta a otra situación «fraudulenta», según el entender implícito de los parlamentarios: la de dos personas sin vínculo de parentesco y que sin tener una relación de afectividad marital celebren el contrato de unión civil. En todo caso parece que esta restricción hay que relacionarla con los motivos que impulsan también a proponer, en la enmienda número 50, la supresión del artículo 8 del texto, y por tanto la modificación en él proyectada de la Ley General de la Seguridad Social a efectos de concesión al conviviente supérstite de las prestaciones por defunción: en la justificación de dicha enmienda se reconoce que «la amplitud con que se aborda el concepto de “unión civil” da lugar a que los efectos económicos sobre el sistema de seguridad Social resulten imprescindibles y claramente exorbitantes y perjudiciales...»³⁴⁹

c) Elementos formales

1. La escritura pública y la inscripción:

La unión civil se presenta como un contrato formal, con requisitos *ad solemnitatem*. El contrato, según el artículo 1.3 de la proposición, ha de otorgarse ante notario e inscribirse en el Registro Civil de cada uno de los contratantes.

Con estas previsiones se busca satisfacer las pretensiones de seguridad jurídica y dotar a este tipo de contratos de una garantía de publicidad frente a terceros. La necesidad de formalizar un contrato para que la relación establecida entre las partes tenga consecuencias jurídicas se ha apoyado también en el principio de liber-

³⁴⁸ A pesar de que en las propias enmiendas del Grupo Popular se insiste en que «el contrato de unión civil permite acogerse al mismo a toda persona que mantenga una relación de convivencia, sin exigir que la relación establecida sea de pareja, equiparable a la instituida con el cónyuge» (vid. enmienda núm. 48, *loc. cit.*, p. 51). Sin embargo, el que en teoría quepa la constitución de una unión civil (igual que en Francia un *pacte civil de solidarité*) entre cualquier dúo de extraños que no tengan una relación afectiva no parece que vaya a tener hoy en día mucha aplicación práctica.

³⁴⁹ Vid. *BOCG. Congreso, Serie B*. núm. 117-8, p. 52.

tad, arguyendo, de acuerdo con el consabido razonamiento, que dicha libertad quedaría lesionada si esas consecuencias se produjesen por el mero transcurso del tiempo sin contar con la voluntad de los interesados; y que la Ley propuesta persigue, como se recoge en la Exposición de motivos, no sólo posibilitar esas consecuencias cuando sean queridas por las partes, sino también respetar a quienes desean relacionarse más allá del Derecho³⁵⁰.

El contrato, como se ha adelantado, no produce efectos hasta transcurrido un año de su formalización, lo que se ha presentado como un mecanismo para evitar fraudes en la percepción de determinadas ventajas³⁵¹. ¿No está claro si el *dies a quo*, el de la «formalización», es el de la fecha de la escritura notarial o el de la inscripción; ni tampoco si ésta tiene valor constitutivo o quién debe practicarla. Estas cuestiones quedan remitidas al desarrollo reglamentario, que deberá producirse en virtud de la Disposición final segunda³⁵². No obstante, en la justificación de la enmienda presentada por el mismo Grupo popular al artículo 1, que amplía a tres años el plazo antes del cual el contrato no surtirá efectos frente a terceros, se especifica que dicho plazo empieza a contarse a partir de la inscripción.

2. La notificación de la extinción:

La resolución del contrato no requiere trámites formales en caso de matrimonio de una de las partes, ya que se produce automáticamente. En otro supuesto, como ya se ha dicho, es precisa la instancia de una de las partes ante el encargado del Registro Civil ante el que se efectuó la inscripción. En cualquier hipótesis la resolución ha de ser comunicada por aquel encargado al registro civil de la otra parte y a esta misma (art. 1.6). No se prevé, en cambio, a diferencia de lo que ocurría en la Ley catalana de uniones estables, la obligación de dejar sin efecto la escritura notarial, ni un período de tiempo tras la resolución del contrato durante el cual no pueda concertarse otra unión civil.

B) Crítica de la regulación

a) Insuficiencia e inadecuación de un modelo contractual-formal

Como se ha dicho, la regulación proyectada ofrece un modelo contractual-formal para el tratamiento jurídico de la convivencia

³⁵⁰ TRÍAS SAGNIER, «El contrato de unión civil.....», cit., p. 2.

³⁵¹ TRÍAS SAGNIER, «El contrato de unión civil...», cit., p. 3.

³⁵² MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Matrimonios asexuados, parejas de hecho y el contrato de unión civil», *La Notaría*, núm. 9, septiembre, 1998, p. 114. TRÍAS SAGNIER, por su parte, opina que es el propio notario el que debe practicar de oficio la inscripción («El contrato de unión civil...», cit., p. 3).

no matrimonial: arranca de una declaración de voluntad y de una forma constitutiva, a partir de la cual importa la convivencia, y que crea un estatus de futuro (estatus que por cierto queda en su mayor parte relegado a la autonomía de las partes contratantes). La primera objeción que a un modelo contractual-formal ha de hacerse es, en primer término y nuevamente, el que no acaba de resolver los problemas planteados por la convivencia no matrimonial, al dejar fuera a las relaciones que no se formalicen: que, sobre todo en el caso de las que ya cuentan con la alternativa formal por la que, precisamente, no han pasado (el matrimonio), serán la mayor parte. Que las parejas (o cualquier otro «dúo» de personas) pueden celebrar un acuerdo de convivencia no hacía falta decirlo en una nueva Ley, puesto que ya contaban con esa posibilidad al amparo del artículo 1.255 CC y así venía siendo reconocido por los Tribunales³⁵³. En cambio era preciso regular los efectos que en todo caso han de producirse con independencia de la declaración de voluntad expresa de las partes: pero esta necesidad es la que ha sido negada por los promotores de la iniciativa mediante el recurso al tópico y conservador argumento del respeto de la libertad y de la presunción de «ajuridicidad» de las partes. Lo que es sin embargo más grave es que determinados

³⁵³ En sentido parecido se observó, en el debate de toma en consideración de esta Proposición, que ya estaban reguladas, entre otras, las sociedades civiles (*vid. ad ex.* la intervención de la diputada Sra. ALMEIDA CASTRO, recogida en el *DSCG* núm. 120, p. 6286). Cabe añadir que, en efecto, la figura contractual de la unión civil poco aporta respecto del pacto de sociedad civil (arts. 1.665 ss. CC) y concretamente respecto de la sociedad universal de bienes y ganancias, sobre todo si la primera se termina despojando, de acuerdo con las enmiendas presentadas por el propio Grupo proponente, de algunos efectos familiares, como la pensión de viudedad. En conjunto, resulta más favorable la combinación de, por un lado, un contrato de sociedad universal de ganancias entre los convivientes y de, por otro, los efectos atribuidos directamente por la ley al hecho de la convivencia, como el derecho de subrogación en el arrendamiento. Aquel contrato ofrece, frente al de unión civil, la ventaja de no requerir forma constitutiva, siendo incluso admisible la sociedad tácita (a la que con cierta frecuencia se ha acudido en sede judicial precisamente para resolver los problemas de las uniones no matrimoniales), y de servir como instrumento de un concepto amplio (este sí) de unión libre, pues no queda limitado a dos el número de componentes ni existe (como en las enmiendas a la Proposición analizada) ningún «impedimento» de parentesco, vínculo o edad (salvando las restricciones a la capacidad de obrar del menor emancipado). Por otra parte ya se ha comentado cómo el requisito del ánimo de lucro (*vid. art. 1.665 CC*), puede interpretarse muy flexiblemente o ser incluso suprimido. (*Vid. en general sobre la aplicación de la sociedad civil universal a las uniones no matrimoniales, GALLEGO DOMÍNGUEZ, Las parejas no casadas...*, cit., pp. 144-152 y 181-186).

Igualmente, junto a la sociedad civil, existe para el tratamiento jurídico de las uniones convivenciales un instrumental flexible de figuras de Derecho común (comunidad de bienes, gestión de negocios ajenos, enriquecimiento injustificado...), que el PLCUC reconoce no pretender desplazar, sino complementar. (*Vid. Exposición de motivos: «Todo ello sin perjuicio de la vigencia de las doctrinas del enriquecimiento injusto, abuso del Derecho u otras de general aplicación y que ya ha recogido la jurisprudencia, así como de la libertad de pactos propia de nuestro ordenamiento civil».*

efectos que ya existen en la legislación actual y que son independientes de la formalización de la relación podrían ahora, de aprobarse esta Proposición analizada, quedar condicionados a la celebración del contrato.

Por otra parte ya se ha defendido aquí que la articulación de un modelo contractual-formal resulta plausible en lo que respecta a las uniones homosexuales, ya que proporciona una vía para la institucionalización jurídica de su relación (siempre que simultáneamente no se olvide la situación de la pareja homosexual que no pase por esa institucionalización, lo que ya de entrada hace la Ley propuesta). Ahora bien, el contrato de unión civil, que ni siquiera nombra a la pareja homosexual como uno de sus destinatarios (acaso el principal), no se ofrece con esa finalidad. En la presentación de la Proposición ante el Congreso quedó claro que no se había querido configurar una alternativa al matrimonio para homosexuales, que constituyese unidad familiar, por no considerarse constitucionalmente posible³⁵⁴.

b) Restricción del concepto de familia

Esta última postura explica la razón última de ese diseño «aséptico» del contrato de unión civil, asepsia que ha constituido el principal blanco de los ataques en los debates parlamentarios³⁵⁵ y de las críticas doctrinales³⁵⁶. No se quiere reconocer la condi-

³⁵⁴ «[...] y es que con nuestra Constitución en la mano no es posible acceder a la petición [...] de los grupos homosexuales que exigen una reforma legislativa encaminada a un pleno reconocimiento como si sus uniones fuesen un matrimonio o una unidad familiar» (TRÍAS SAGNIEZ en núm. 120, cit., p. 6284).

³⁵⁵ El que no se reconozca expresamente el vínculo afectivo de las parejas se ha considerado «una burla» que «quiere desbaratar lo que ha sido la reclamación de los colectivos de gays y lesbianas, y también de heterosexuales que no quieren pasar, como se suele decir, por la vicaría...» (ALMEIDA CASTRO en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6286; y en igual sentido RAHOLA I MARTÍNEZ, p. 6285). A estos se les ofrece «una fórmula puramente de legislación mercantil» (MARDONES SEVILLA, *ibid.*, p. 6287).

³⁵⁶ *Vid. ad ex.* PÉREZ CÁNOVAS, «El derecho de las parejas gays y lesbianas a la vida familiar...», en *Jueces para la Democracia*, núm. 30, noviembre 1997, cit., p. 30: «[...] pese a querer justificarlo con un discurso demagógico en torno a la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la intimidad [...], la finalidad que se persigue es confundir a la opinión pública y desviar la atención de lo que plantean los colectivos de gays y lesbianas, que no es otra cosa que la normalización de la pareja homosexual en el marco constitucional de la familia, y que con el borrador pretende restringirse a las personas casadas [...]». En la misma dirección, TALAVERA FERNÁNDEZ sostiene que «el CUC supone un grave menosprecio a quienes, dentro de la pluralidad de concepciones existentes en nuestra sociedad, deciden legítimamente establecer una convivencia afectiva que aspira a disfrutar de efectos jurídicos. [...] Es decir, el contrato de convivencia genera la absurda paradoja de que una pareja de hecho esté jurídicamente más relacionada con una compraventa de lavadoras que con el régimen legal del matrimonio. Es por esto que, aunque una relación estable de pareja pueda tener efectos patrimoniales o sucesorios, es una realidad cuya peculiaridad va más allá de un simple pacto privado de convivencia. De aquí también que no sea el ámbito privado contractual el más adecuado para regular las uniones de hecho, sino el

ción de familiar de las uniones homosexuales, y ni siquiera tampoco admitir expresamente que se les otorga una vía específica de tutela. Ello obliga a recurrir a una fórmula global y abstracta, a un «cajón de sastre» de situaciones convivenciales, a las que se expulsa en bloque del Derecho de familia y se las trata como meras uniones de carácter societario-cooperativo. El aparente concepto amplio de convivencia no matrimonial, que debería conducir a un ensanchamiento de la noción de familia que diese cabida no sólo a las uniones homosexuales sino también a otras relaciones de convivencia de contenido no sexual³⁵⁷, acaba siendo sumamente restrictivo, por cuanto restrictiva es la concepción de familia de que parte. Según los promotores de la iniciativa, en efecto, la familia que la Constitución manda proteger es la relación entre hombre y mujer, sea matrimonial o no, y los hijos de ella habidos³⁵⁸. Con lo cual hay familias matrimoniales y no matrimoniales... pero siempre heterosexuales. Y aquí salta a la vista una contradicción interna, consistente en someter a un mismo régimen no familiar –el del contrato de unión civil– una mezcla de relaciones, algunas de las cuales, sin embargo, a entender de los impulsores del texto, ¡son familiares!³⁵⁹.

Derecho de familia». (Vid. «El reconocimiento de las uniones homosexuales...», cit. Las mismas ideas en *Fundamentos...*, cit., pp. 97-100).

La base conceptual de la Proposición ha sido, por el contrario, considerada como «bastante más rigurosa y oportuna que anteriores fórmulas» por CASTRO ALONSO, J. L., («Primera lectura de la Proposición de Ley 122/000098: Contratos de unión civil», *Derecho y opinión*, 1997, núm. 5, p. 305), quien añade que «ese concepto puramente instrumental es el único modelo con que nuestro legislador ha concebido que el Derecho debe reconocer una realidad social, y esa es en definitiva la única respuesta que le ofrece» (p. 306).

³⁵⁷ Vid. en este sentido la interesante intervención de SILVA SÁNCHEZ (recogida en *DSCG* núm. 120, p. 6289), quien, de acuerdo con el «modelo catalán», si bien discrepa del contenido de la Proposición de Ley orgánica de contrato de unión civil por no reconocer expresamente las parejas integradas por personas del mismo sexo y por atribuir efectos idénticos a realidades sociales diferentes («como puede ser la pareja heterosexual, la pareja homosexual y otras unidades de convivencia más o menos definidas en la realidad social, normalmente integradas incluso por personas que ostentan algún vínculo de parentesco»), difiere también de la otra iniciativa a la sazón presentada ante la cámara, la de Coalición Canaria, precisamente por no contemplar estas últimas situaciones (y ceñirse por tanto a lo que aquí hemos llamado un concepto restringido de convivencia no matrimonial): «unidades de convivencia que no se basan pura y exclusivamente en un interés económico sino en un afecto –aunque no sea lo que entendemos o lo que se entiende en la sociedad por afecto de pareja– que están constituidas normalmente por personas mayores y se encuentran tremendamente necesitadas de protección».

³⁵⁸ TRÍAS SAGNIER en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6284. En el tenor literal del artículo 39 CE no aparece sin embargo la heterosexualidad. El autor apoya su conclusión en los debates constituyentes (que no obstante se refieren en realidad al art. 32, con lo cual está a la postre conectando aquellos dos preceptos); así como a la mención de la filiación en el artículo 39, de donde extrae implícitamente que familia es sólo aquel núcleo capaz de generar descendencia.

³⁵⁹ De «disolución del concepto de familia» habla el diputado Sr. PEDRET I GRENZNER (*DSCG*, núm. 120, cit., p. 6291). Otra contradicción se observa en el hecho de que la

3. CONCEPTO AMPLIO: LAS «OTRAS» CONVIVENCIAS NO MATRIMONIALES (SITUACIONES CONVIVENCIALES DE AYUDA MUTUA Y ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES)

La Ley 19/1998, aprobada por el Parlamento de Cataluña el 28 de diciembre (y publicada en el Diario Oficial de esta Comunidad núm. 2801, de 8 de enero de 1999) regula las llamadas «situaciones convivenciales de ayuda mutua» (LSCAM). Se trata ciertamente de un texto singular, en cuanto constituye la primera norma que ensancha la noción de convivencia no matrimonial jurídicamente relevante para incluir en ella las uniones no maritales. Su procedencia del Proyecto de ley de relaciones de convivencia distintas del matrimonio (PLRCDM) recuerda que el propósito inicial del legislador catalán era ofrecer un concepto amplio y global de convivencia no matrimonial que abarcase diversas situaciones posibles, si bien, ante la consciencia de que esa mezcla no iba a ser del agrado general³⁶⁰, se presentaba ya dividida en cuatro compartimentos que pudieran ser aprobados en su momento como leyes independientes. Si, como es sabido, los dos primeros capítulos acabaron integrando un solo texto (el de la LUEP), lo propio iba en principio a suceder con los capítulos tercero y cuarto, que pasaron a componer el Proyecto de Ley sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua y sobre acogimiento de personas mayores³⁶¹. Sin embargo finalmente en la tramitación parlamentaria quedó diferida la parte relativa al acogimiento, dada la falta de consenso sobre el propio concepto de la figura que se pretende regular, y se aprobó sólo el texto concerniente a las situaciones convivenciales de ayuda mutua.

calificación que se da a la unión civil a algunos efectos es la de «unidad familiar»: concretamente en lo que toca a la regulación del IRPF («Es decir, se les reconoce que es una unidad familiar para que puedan hacer la declaración de la renta conjuntamente, pero no se quiere reconocer que hay unidades familiares distintas a las matrimoniales»: URÁN GONZÁLEZ, en *DSCG*, núm. 120, cit., p. 6290.

Se ha dicho también que «el Partido Popular no quiere dar el *status* de familia a las parejas de hecho por las repercusiones legales y jurídicas que emanan del artículo 39 de la Constitución» (RAHOLA I MARTÍNEZ, *DSCG*, núm. 120, p. 6285). Y sin embargo lo abstracto del concepto que se propone como sustituto comporta una carga financiera para la Seguridad Social difícil de asumir. Es éste otro de los aspectos criticados en el debate (con ese planteamiento —se afirma— queda abierto el camino «para saquear los presupuestos del Estado»: MARDONES SEVILLA, *DSCG*, núm. 120, p. 6288) y admitido por el grupo proponente con las posteriores enmiendas de supresión de los arts. 8 y 9.

³⁶⁰ El rechazo, obviamente, provenía de los grupos de homosexuales y de la izquierda parlamentaria, contrarios a aceptar que las relaciones afectivas de pareja se diluyesen en el conglomerado heterogéneo de la convivencia no matrimonial en sentido amplio.

³⁶¹ *BOPC* núm. 350-B, de 5 de diciembre de 1998.

Dos años después ha visto por fin la luz también aquella Ley sobre acogimiento de personas mayores (Ley 22/2000, de 29 de diciembre, publicada en el *DOG* núm. 3304, de 12 de enero de 2001), con lo que se cierra el elenco legislativo catalán sobre relaciones convivenciales. Dado que esta Ley se ciñe a un supuesto muy concreto, y que su ámbito de aplicación no permite en consecuencia extensiones a otras hipótesis de convivencia no matrimonial en sentido amplio, más allá de las perfectamente delimitadas por su texto, el análisis subsiguiente se centrará en la LSCAM, con las referencias oportunas a la Ley de acogimiento.

A) *Concepto y elementos*

Las situaciones convivenciales de ayuda mutua son definidas en los tres primeros artículos de la Ley: en el artículo 1 («concepto de convivencia de ayuda mutua») en cuanto a los elementos objetivos de la relación; en el artículo 2 («titulares de la relación») en cuanto a los elementos subjetivos; y en el artículo 3 («constitución y acreditación») por lo que hace a los elementos formales.

a) Elementos objetivos

A tenor del primer precepto citado, el estrato material de estas situaciones está conformado por

«las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros».

La base es, por tanto, el hecho de la convivencia en el mismo hogar, pero una convivencia que no viene caracterizada por la afectividad «análoga a la conyugal»: y de ahí que no se limite a dos el número de sus componentes. Ahora bien, sí parece consistir en una comunidad de vida y de cuidados, que trasciende por tanto a las situaciones en que simplemente se comparte una vivienda y, en su caso, una economía: la puesta en común de gastos y/o trabajo doméstico ha de derivar de la voluntad de ayuda mutua entre los miembros. Además la convivencia posee el carácter de estable, en cuanto también debe existir ánimo de permanencia³⁶².

³⁶² La situación así configurada recuerda vagamente, salvando las distancias, a las comunidades familiares forales que ya se han citado en otro lugar, en cuanto fórmulas aso-

Ese doble elemento intencional (voluntad de permanencia y ayuda mutua) restringe así un tanto el extenso ámbito representado por un tipo de relaciones que aún así siguen siendo, como subraya el Preámbulo de la Ley, «muy heterogéneas y distintas de las relaciones de pareja»³⁶³. Al menos *en teoría*, ya que, en vista de la amplitud del concepto legal, cualesquiera personas que se ajusten a esa descripción (y sólo con las limitaciones que a continuación se verán en cuanto a los sujetos) constituirán una situación convivencial de ayuda mutua, con independencia de su edad o situación personal.

Sin embargo *en la práctica* los destinatarios del texto serán un grupo más o menos definido de personas. Las primeras líneas del citado Preámbulo revelan en qué concretas situaciones está «especialmente» pensando el legislador: las de convivencia entre personas de edad avanzada «que intentan poner remedio a sus dificultades»³⁶⁴.

ciativas pluripersonales de carácter familiar, cuyos elementos objetivos esenciales son la convivencia (o el vivir «a mesa y mantel») y el apoyo y colaboración mutuas en la explotación de la «Casa» y demás bienes puestos en común. La diferencia más notable (más que en el aspecto patrimonial de éstas, que no es sino la traducción de la comunidad de vida y trabajo creada) reside en los elementos personales, según se exijan requisitos especiales (la condición de «labradores», y sobre todo los vínculos de parentesco —en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad—, en la compañía familiar gallega) o quepa mayor flexibilidad (v. gr. en las comunidades familiares navarras). *Vid.* al respecto arts. 100 ss. de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, comentados por ESPÍN ALBA, I., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* —dir. ALBALADEJO—, t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, 1995, pp. 693 ss.; y Leyes 128 y 129 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo), comentadas por ARREGUI GIL, J., en la misma obra colectiva, t. XXXVI, vol. 2.º, pp. 525 ss.

³⁶³ En el debate sobre la Ley en el Parlamento catalán, el diputado Sr. Tugues i Bollart observó que ésta, «aparentemente menor», no lo es tanto, dado que existen muchas personas que, sin una relación afectiva de pareja, conviven en una misma vivienda —desde hermanos solteros o viudos que viven juntos hasta estudiantes que comparten piso—. Lo cual plantea el problema de la oportunidad o incluso justicia de colocar todas esas situaciones al amparo de una misma redacción legal, como si todas fueran la misma cosa. Claro que —añade— sobre todo el requisito de la voluntad de permanencia permitirá excluir relaciones que de otro modo habría que considerar beneficiarias de esta ley: por ejemplo, las convivencias entre estudiantes. «De todas maneras, tengo la sensación de que los jueces tendrán delante de sí una ventana amplia de posibilidades interpretativas a partir de unos artículos primero y segundo que, probablemente, hacen una definición muy imprecisa de lo que se ha de entender por convivencia de ayuda mutua y de quién puede ser titular de esta relación» (*DSPC Serie P*, núm. 101, cit., p. 7153).

³⁶⁴ Más adelante justifica que «en la actual situación de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista, que fomente este tipo de convivencia, puede reportar una solución a muchas personas mayores, que resuelva sus dificultades económicas y sociales y evite su aislamiento en instituciones geriátricas». Este referente subjetivo explica, entre otras cosas, una norma como la que en el artículo 8 concede una pensión periódica en caso de defunción de uno de los convivientes para el/los conviviente/s superviviente/s. Este trato preferencial respecto de los integrantes de una unión heterosexual u homosexual (que sólo cuentan con el «*any de plor*»), tiene su razón de ser en la hipótesis de relaciones entre personas de edad avanzada, que se extinguen por la muerte y son merecedoras

De este modo se produce un cierto acercamiento entre el contenido de esta Ley y el de la Ley de acogimiento de personas mayores³⁶⁵. La diferencia entre una y otra figura estribaría, no obstante, en la distinta finalidad de la comunidad de vida en cada caso establecida³⁶⁶: en las situaciones convivenciales de ayuda mutua se persigue la distribución de trabajo y gastos entre las personas titulares de la relación; en el acogimiento, aunque también se hable de una contribución a aquellos gastos y trabajo doméstico, lo fundamental es la prestación de asistencia por parte de los acogedores a los acogidos.

El artículo 1.2 de la Ley de acogimiento define el pacto de acogimiento como la vinculación de una persona, una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental, por razón de la edad o bien de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable³⁶⁷, que han de ser más jóvenes si el acogimiento es por razón de edad, que los aceptan en condiciones semejantes a las relaciones de parentesco, y a cambio de una contraprestación. Los arts. 2, 3 y 4 desglosan, respectivamente, los requisitos objetivos, subjetivos y formales:

– Requisitos objetivos: la convivencia de acogedores y acogidos en una misma vivienda (sea la de los primeros o la de los segundos), con el objeto de que aquéllos cuiden de éstos, dándoles alimentos, prestándoles asistencia, procurando su bienestar general y atendiéndoles en situaciones de enfermedad. Además deben prestarse ayuda mutua y compartir los gastos y el trabajo del hogar en la forma pactada, que debe responder a las posibilidades reales de cada parte. La contraprestación puede consistir en la cesión de bienes muebles o inmuebles o en dinero.

– Requisitos subjetivos: la mayoría de edad y plena capacidad de obrar de acogedores y acogidos (o que ésta sea, en cuanto a los acogidos, suplida por los representantes legales), así como que no

de la máxima protección. En cambio no resulta tan justificada en otros supuestos igualmente encuadrables en el ámbito de la Ley. (Vid. SOLÉ RESINA, «Comentari d'urgència al projecte de llei sobre relacions de convivència diferents del matrimoni», *La Notaría*, núm. 3, marzo, 1998, p. 88).

³⁶⁵ «Y es que, a pesar de que falta en la Ley [la LSCAM] lo que constituía el capítulo II del Proyecto, esto es, la regulación del acogimiento de personas mayores, el Preámbulo de aquélla prácticamente se corresponde con el de éste, de modo que, tal vez sin demasiada fortuna –pues ello es precisamente el objeto de una futura ley–, sigue haciéndose especial énfasis en la situación de las personas mayores» (SOLÉ RESINA, «Las otras formas de convivencia de ayuda mutua. Comentario a la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua», *La Notaría*, núm. 5, 1999, p. 68). Una vez aprobada esa segunda Ley, la de acogimiento, se mantiene la semejanza entre los Preámbulos de una y otra.

³⁶⁶ Y no en la edad o condición –de minusválido– de los convivientes, que no es sino un presupuesto de la existencia de la relación de acogimiento: vid. SOLÉ RESINA, «Las otras formas de convivencia...», cit., p. 66. (Esta autora sin embargo así lo entendió inicialmente, en una interpretación literal: vid. «Comentari d'urgència...», cit., p. 92).

³⁶⁷ Cuando la Ley dice «pareja unida de manera estable», y puesto que no especifica, hay que entender que puede ser tanto una pareja sujeta a la LUEP como no sujeta a ella.

haya entre ellos relación de parentesco hasta el segundo grado. Además los acogidos no pueden ser menores de sesenta y cinco años, y debe existir una diferencia de edad mínima de quince años entre el acogido de menos edad y el acogedor de más edad, salvo, en cuanto a este último requisito, que uno de los acogidos sea minusválido o requiera atenciones especiales.

– Requisitos formales: es precisa la formalización de escritura pública (y su inscripción en el Registro correspondiente) «en la que se hagan constar los derechos y obligaciones que corresponden a cada parte, y también, si es el caso, las donaciones hechas por los acogidos a los acogedores, de presente o para después de la muerte.

Como se observará, además de ser muy precisa la delimitación del ámbito subjetivo, la configuración del acogimiento es claramente contractual: la relación surge mediante la formalización de un pacto de asistencia. Las situaciones convivenciales de ayuda mutua, por el contrario, no precisan formalización (*vid. infra*), por lo que responden más al concepto de unión libre en sentido amplio.

Puesto que de una comunidad de vida se trata, la convivencia ha de entenderse exclusiva, esto es, una vez más, incompatible con otras convivencias del mismo tipo. Sin embargo es ésta una característica que no se ha reflejado explícitamente en la Ley: sólo se determina, como se va a ver en el apartado de los elementos subjetivos, la incompatibilidad con «las otras» situaciones de convivencia, el matrimonio y la unión estable de pareja; y además no se especifica como causa de extinción de la relación el hecho de iniciar otra (art. 5.1). De ahí que haya podido entenderse que teóricamente sería posible para una persona integrarse en varias situaciones convivenciales de ayuda mutua, siempre que pueda tener más de una vivienda habitual³⁶⁸.

b) Elementos subjetivos

1. La mayoría de edad

Según el artículo 2 «los titulares de las relaciones de convivencia de ayuda mutua son personas mayores de edad...» Nuevamente, al igual que en las leyes de parejas, no alcanza a verse la justificación de la exclusión de los menores emancipados³⁶⁹. Se dirá que

³⁶⁸ GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 138.

³⁶⁹ GAVIDIA entiende que, todo lo más, podrían haberse previsto ciertas cautelas en cuanto a la capacidad de los menores emancipados para pactar el contenido de la convivencia según el artículo 4, pero que el impedirles acogerse al estatuto de la Ley puede entrañar una violación del artículo 14 CE («La libertad de elección...», cit., p. 138).

Las enmiendas presentadas a este artículo por Esquerra Republicana de Catalunya, el Grupo Mixto e IC-EV proponían incluir al menor emancipado en el ámbito subjetivo de la Ley (*vid. enmiendas 6, 7 y 8, en BOPC, núm. 350 B, de 5 de diciembre de 1998*).

la constitución de este tipo de convivencias por los mismos es muy poco probable: no obstante hay que recordar que no se les permite constituir una unión estable de pareja, y que por esta razón habría sido razonable que las parejas «de hecho» formadas por menores emancipados pudieran siquiera tener la consideración jurídica de situaciones convivenciales de ayuda mutua. La exclusión es, pues, doblemente criticable.

2. El impedimento de parentesco

Los convivientes, según continúa el citado artículo, no pueden ser parientes en línea recta. Esta limitación (que coincide parcialmente con la exclusión de la familia nuclear en el apartado primero) tiene su fundamento en lo «liviano» del estatuto legal establecido por la LSCAM, puesto que aquéllos ya disponen, por su propio parentesco, de un estatuto más intenso³⁷⁰.

Sí entran en cambio en el ámbito de aplicación de la Ley, además de las personas únicamente relacionadas por la simple amistad o el compañerismo, los parientes en la línea colateral sin límite de grado. Lo cual es lógico dado el propósito de la Ley, que en su Preámbulo destaca que los hermanos constituyen el núcleo principal de las situaciones que se busca tutelar. Es de destacar que en este caso, el de uniones constituidas por hermanos, los mismos acumularán este estatuto al que ya les corresponde como tales, aunque no convivan; y que la levedad del que les es aplicable en cuanto situaciones convivenciales de ayuda mutua se explica por la necesidad de evitar una competencia entre los miembros de la familia nuclear que amenazara con destruirla, lo cual podría ocurrir si se les permitiese acceder a un estatuto tan intenso como el de la LUEP³⁷¹.

También el hecho de que la unión pueda estar compuesta por más de dos personas motiva que la regulación sea menos intensa que la relativa a las parejas, teniendo en cuenta lo peligroso que podría resultar que recayese sobre uno solo de los convivientes los deberes y responsabilidades aparejados a la ruptura de aquéllas³⁷². Por otro lado, el número total de convivientes que pueden acogerse al estatuto de la LSCAM se limita a cuatro (art. 2.2). Esta restric-

³⁷⁰ GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., pp. 138 y 142.

³⁷¹ En este sentido, GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124 y 142.

³⁷² Nuevamente, GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 124. El autor explica así también por qué tanto las uniones integradas por hermanos como las pluripersonales están excluidas del ámbito de aplicación de la LUEP. Se dirá que la explicación es más sencilla: no tienen carácter marital. Ahora bien, hay que recordar que, para GAVIDIA, marital (o en relación de afectividad análoga a la conyugal) no es ninguna unión libre y a la vez lo son todas: ninguna en cuanto que marital *stricto sensu* sólo puede ser el matrimonio (falta de analogía con la institución); todas en cuanto (semejanza) el patrón de referencia es la intensidad del afecto...

ción proviene de una enmienda transaccional que modificó el texto originariamente presentado, en el cual no se establecía límite de número. Se alegó al respecto la necesidad de evitar la proliferación de «geriátricos encubiertos» que soslayasen el control que sobre ese tipo de instituciones existe³⁷³.

3. El impedimento de vínculo

No pueden entrar a constituir una situación convivencial de ayuda mutua «las personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una unión estable de pareja» (art. 2.3). Ello es consecuencia de la exclusividad que caracteriza estas relaciones. Ahora bien, alguna precisión ha de hacerse.

En primer lugar, respecto a los casados, es lógico que no puedan simultanear su matrimonio con una situación convivencial de ayuda mutua, dado el deber de convivencia que implica el primero. Ahora bien, cabría sin muchos problemas la integración de los dos miembros de un matrimonio en una de aquellas situaciones, con una o dos personas más, de modo que, si bien entre aquéllos regiría por supuesto el estatuto conyugal, el de la LSCAM se aplicaría a sus relaciones con la otra u otras personas³⁷⁴. Y finalmente, lo que no resulta en ningún caso justificado es la exclusión del casado separado: si ya es discutible que no se le permita constituir una unión estable de pareja, tanto más cuando de una situación convivencial de ayuda mutua se trata, dado que el estatuto es menos intenso³⁷⁵. De no haber mediado esta exclusión, y al igual que ocurre con los menores emancipados, precisamente esta Ley podría haber proporcionado un remedio parcial a la situación de las parejas en las cuales uno de los miembros está separado, de modo que, ya que no les es dado acogerse a la LUEP, pudieran en cambio

³⁷³ Vid. intervención de la Sra. Nadal i Aymerich en *DSPC* Serie P, núm. 104, cit., p. 7156.

«Esto implica que los antiguos «imperios» o «repúblicas» con finalidad de compartir gastos y alojamiento entre compañeros habrán de ser de reducida dimensión para poder acogerse a los preceptos de esta ley» (Agustín TORRES, C., «Estudio legislativo de la Ley 19/1998 de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua de la Generalitat de Catalunya», *La Notaría*, núm. 1, enero 1999, p. 176).

³⁷⁴ Así lo entiende GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 138.

De modo parecido se integra «un nuevo matrimonio en la vida comunitaria de un grupo familiar ya constituido» mediante el pacto de casar para la casa de la compañía familiar gallega, si bien aquí también los restantes miembros han de ser parientes (y comúnmente los padres de uno de los miembros del matrimonio): vid. artículo 101 de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, comentado por ESPÍN ALBA en *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 714 ss. Algo similar sucede en las comunidades familiares navarras: vid. ARREGUI GIL, en *Comentarios...*, cit., p. 533.

³⁷⁵ GAVIDIA comenta que «con un estatuto tan liviano no sé hasta qué punto pueda sostenerse que así se restan incentivos a la separación matrimonial» («La libertad de elección...», cit., p. 138).

beneficiarse de alguna de las normas protectoras de la LSCAM (fundamentalmente la compensación económica por razón del trabajo del art. 7).

En segundo lugar, la exclusión de las «uniones estables de pareja» parece referirse, dado el término empleado, a las reguladas por la LUEP. De modo que las parejas no casadas, que conviven maritalmente, pero no incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de aquella Ley, podrían, en principio, acogerse a la LSCAM. Ello siempre que no estén también excluidas de ésta, como es el caso de las integradas por menores o por casados separados: quedarían así muy pocas hipótesis, reducibles a las uniones heterosexuales afectadas por un impedimento matrimonial dispensable (parentesco colateral de tercer grado o conyugicidio).

Ahora bien, ¿podría una pareja teóricamente incluida en el ámbito subjetivo de aplicación de la LUEP optar por el estatuto más leve de la LSCAM? Hay que recordar que la LUEP no opera siempre de forma automática respecto de las parejas que cumplen los requisitos objetivos y subjetivos de la noción de unión estable: para la unión homosexual se requiere la formalización de la voluntad de los interesados; para la unión heterosexual, si no tiene hijos comunes, es preciso el transcurso de dos años de convivencia. Por otro lado debe tenerse en cuenta que las personas que forman parte de una situación convivencial de ayuda mutua no pueden constituir «familia nuclear», según el artículo 1.1. Resulta así la siguiente gama de supuestos:

Las parejas con hijos comunes (que son siempre heterosexuales) no pueden acogerse a la LSCAM, tanto por indudablemente ser familia nuclear, como por serles la LUEP de aplicación automática (*vid.* art. 1.2 LUEP).

En cuanto a las parejas heterosexuales sin hijos, o las homosexuales, el problema reside en su calificación o no como familia nuclear: sí lo son según la concepción más avanzada, mientras que al particular existen reticencias desde posiciones más conservadoras y, especialmente respecto de las homosexuales, también parece tenerlas el legislador catalán, como se hizo constar anteriormente. Si se acoge la segunda opción, sí sería aplicable la LSCAM, en lugar de la LUEP, si los interesados así lo manifestasen (aunque, en el caso de las parejas heterosexuales, antes de transcurridos esos dos años de convivencia ³⁷⁶). Si se entiende, por el contrario, que

³⁷⁶ También, pasados esos dos años, la pareja podría sin muchas dificultades optar de común acuerdo por que se les aplicase la LSCAM en lugar de la LUEP, simplemente no manifestando que su convivencia es marital (posibilidad amparada por el derecho a la inti-

constituyen familia nuclear, y que por ello no pueden ampararse en el estatuto de la LSCAM, se daría la paradoja de que con ello se penalizaría una unión previamente calificada como familiar, vedándole el acceso a aquel estatuto cuando no quiera regirse por el más intenso de la LUEP³⁷⁷. La conclusión más coherente, por tanto, es que sí pueden recurrir a la LSCAM, y que la desafortunada expresión «familia nuclear» debe en este contexto entenderse referida a las parejas, casadas o no, con hijos comunes³⁷⁸.

En definitiva, lo que viene a significar la previsión del artículo 2.3 es que ninguno de los que ya integran una unión estable de pareja regulada (por haberla constituido mediante escritura pública, o por quedar automáticamente sujetos a la normativa de la LUEP, cual es el caso de las parejas heterosexuales con hijos o que, no teniéndolos, hayan convivido ya dos años) pueden además ser miembros de una situación convivencial de ayuda mutua. Lo cual, por un lado, al igual que ocurría con la exclusión de los matrimonios, es discutible cuando son los dos miembros de la pareja los que pretenden integrarse en una comunidad más amplia. Por otro, dado que la convivencia, adornada de todos los caracteres que se vieron en su momento (estabilidad, continuidad, exclusividad, etc.), es o debiera ser el elemento constitutivo de la relación de pareja no casada, sería inútil establecer una incompatibilidad con otra situación de convivencia, pues en el momento en que un miembro de aquella dejara de convivir con el otro se entendería extinguida la primera relación y acaso iniciada la segunda. Sin embargo, emerge en este contexto el carácter institucional de la figura legislativa catalana de la «unión estable de pareja»: hay que recordar que, la disolución por voluntad unilateral de cualquiera de las partes precisa además la notificación fehaciente, y que si falta esa notificación, la separación de hecho sólo extingue la unión transcurrido un año. La exclusión tendrá operatividad, por tanto, en este último supuesto (en el que, recuérdese, se mantiene ficticiamente una situación de hecho que ya

midad). Sin embargo «el problema subsiste tanto si uno sí está interesado en su aplicación [la de la LUEP], como cuando ninguno desea tener que dar explicaciones sobre si su convivencia es o no marital...» (GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 126).

³⁷⁷ Así lo señala GAVIDIA («La libertad de elección...», cit., pp. 139-140). Efectivamente, no parece que pueda argüirse que ya disponen de su estatuto específico, el de la LUEP, cuyas normas no pueden esquivar, pues para ello éstas deberían ser imperativas e independientes de la declaración expresa de las partes, lo que no ocurre en los casos de que se trata (parejas homosexuales y heterosexuales sin hijos antes del transcurso de dos años de convivencia).

³⁷⁸ De modo que, si se defiende esta interpretación, la aplicación de la LSCAM a estas parejas que no constituyen unión estable en el sentido de la LUEP proporciona una cierta cobertura que palió en parte la ausencia de regulación. Sobre este tema se volverá, con mayor atención, más adelante.

no existe), y si uno de los miembros de la unión estable pasa a formar parte de una situación que coincida con las descritas por la LSCAM, no podrá durante ese período de un año acogerse a su estatuto³⁷⁹.

En relación con el impedimento de vínculo, tanto matrimonial como de unión estable de pareja, hay que hacer una última observación. En el debate parlamentario sobre esta Ley se apuntó que con ella –y como otra de sus virtualidades prácticas, además de la explícitamente aludida en su preámbulo– se abría una vía para el tratamiento jurídico de uniones poligámicas, constituidas por inmigrantes provenientes de otras áreas culturales (fundamentalmente del Norte de África), que han adquirido la vecindad civil catalana. De esta forma, en lugar de seguir relegándolas a la más absoluta marginalidad, con las situaciones de abuso y problemas de integración que ello produce, se les ofrecen unos efectos que, sin llegar a ser los del matrimonio o de las uniones estables de pareja que les están vedados, corrijan mínimamente esos abusos³⁸⁰. Es preciso matizar no obstante que esta aplicación sólo es posible si con ella no se contradice el impedimento de vínculo (matrimonial o de unión estable de pareja) previo. Así se requerirá, para que, v. gr., un musulmán casado con varias mujeres pueda acogerse a esta Ley, que ninguno de esos matrimonios esté reconocido por el Estado y tenga efectos civiles. También que ninguna de esas relaciones sea *ope legis* constitutiva de una unión estable de pareja: lo que sustancialmente ocurrirá cuando de una de ellas hayan nacido hijos. (En el caso de la constitución por transcurso del tiempo quizá sea posible soslayarla alegando, como se dijo, que la convivencia no tiene carácter marital.)

c) Elementos formales

Nuevamente caben dos modos de constitución de este tipo de relación convivencial, ambos referidos en el artículo 3 de la Ley. Por un lado, un modo formal: «la escritura pública o documento público notarial³⁸¹ en que se formaliza la convivencia, a partir de los cuales tiene plena efectividad». Por otro, una vía no formal: «el

³⁷⁹ A falta de previsión expresa, ha de entenderse que la prohibición de formalizar otra unión hasta pasados seis meses desde que la escritura pública de la primera se deje sin efecto no rige para formalizar una situación convivencial de ayuda mutua.

³⁸⁰ *Vid.* la intervención del diputado Sr. Ridao i Martín, en *DSPC-Serie P*, núm. 104, pp. 7154-7155.

³⁸¹ A pesar de esta alternativa, se ha observado que, de acuerdo con el artículo 144 del Reglamento Notarial, el instrumento apropiado habrá de ser siempre la escritura pública, en cuanto supone declaración de voluntad (*vid.* Agustín TORRES, «Estudio legislativo...», cit., p. 176).

transcurso de un período de dos años de convivencia acreditados mediante acta de notoriedad».

Al respecto hay que decir que estas previsiones sobre la constitución no plantean los problemas que ocasionaban en el contexto de la LUEP. No lo hace la alternativa formal, ya que, dada la diferencia del sustrato fáctico y subjetivo entre estas situaciones y el matrimonio, no se corre el riesgo de configurar una segunda clase de matrimonio³⁸². Tampoco la constitución *ex lege* por el mero paso del tiempo puede tildarse de ser poco respetuosa con la libertad de los convivientes, pues el estatuto previsto es —se repite— ciertamente poco intenso, limitado a unas normas mínimas cuya naturaleza parece que ha de ser imperativa a fin de conjugar aquella libertad con las exigencias de equidad y protección³⁸³. La constitución voluntaria permite a los convivientes ampliar ese estatuto mínimo o modificarlo dentro del marco autorizado por la Ley, mediante pacto verbal o escrito (art. 4)³⁸⁴.

³⁸² Con lo que tampoco se produce invasión de la competencia estatal (art. 149.1.8.ª CE). Cabría sólo preguntarse si concurre el requisito de la conexidad para que la regulación pueda considerarse desarrollo del Derecho civil catalán preexistente: algún reparo apunta BERCOVITZ («Familia de hecho», *Aranzadi Civil*, núm. 22, 1998, p. 22), mientras que GAVIDIA opta por una respuesta afirmativa («Uniones libres y competencia legislativa...», cit., pp. 4 y 5).

³⁸³ Dichas normas son: las que resuelven los problemas de ocupación de la vivienda por parte de los no titulares, a la extinción de la convivencia (art. 6), y la que prevé una compensación económica por razón del trabajo (art. 7). (La relativa a la pensión periódica en caso de defunción —art. 8— no posee carácter imperativo, al poder ser suprimida por pacto de los convivientes: art. 8.2.) Entre las primeras sorprende, sin embargo, que se establece el derecho de subrogación mortis causa cuando la vivienda es arrendada. Esto implica una variación respecto del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto las personas llamadas a subrogarse no coinciden (la LAU habla sólo del cónyuge, pareja estable, parientes en línea recta, y parientes colaterales hasta el tercer grado si concurren ciertas circunstancias, mientras que según la LSCAM también se subrogarían en el contrato personas no ligadas por vínculo de parentesco con el arrendatario) o cuando coinciden (caso de los parientes colaterales hasta el tercer grado, o de ciertas parejas estables no sujetas a la LUEP) pueden ser distintos los requisitos o los efectos. (La LAU requiere en todo caso la convivencia durante dos años, mientras que según la LSCAM basta que la relación se haya formalizado en escritura pública; y en aquélla la subrogación de los parientes colaterales de tercer grado está condicionada a que acrediten una minusvalía igual o superior al 65 por 100; la LAU no establece límite temporal a la subrogación, mientras que en la LSCAM es de un año). Advertieren de esta discrepancia SOLÉ RESINA, «Las otras formas de convivencia...», cit., p. 72; y BERCOVITZ, «Familia de hecho», cit., p. 22, quien señala que «no parece que el legislador catalán pueda modificar la Ley de Arrendamientos Urbanos».

³⁸⁴ Bercovitz cuestiona por ello la utilidad real de la Ley, puesto que, al margen de la misma, no habría nada que objetar a la validez de un negocio jurídico que contemplase los mismos fines y efectos. «Bastaría pues que los servicios asistenciales de las Administraciones Públicas propiciaran la celebración de tales negocios jurídicos, asesorando sobre los mismos, e incluso elaborando y difundiendo algunos modelos». Efectivamente, ya se ha hablado de, *v. gr.*, la virtualidad del pacto de sociedad civil para disciplinar comunidades de vida de este tipo. No obstante, aunque en ausencia de pacto expreso cabe apreciar la constitución tácita, o bien acudir a recursos como el enriquecimiento injustificado, la gestión de negocios ajenos, etc., las soluciones que con estos medios se alcanzan no siempre son satisfactorias ni material ni técnicamente. Parece por ello plausible la previsión de algunas normas imperativas y de otras que rijan en defecto de pacto.

d) Otros requisitos

La LSCAM no exige, como la LUEP, el discutible requisito de la vecindad civil catalana de uno de los miembros de la relación. Lo decisivo, entonces, a tenor de la finalidad de la Ley, es que el asiento físico de la convivencia, la vivienda compartida, esté situada en territorio catalán³⁸⁵.

B) *Naturaleza de la relación y aplicaciones prácticas*

Se explicó anteriormente cómo el hecho sociológicamente contrastable de la escasez de uniones convivenciales de tipo no marital, en relación a las que sí tienen este carácter, ha motivado la falta de atención legislativa hacia las primeras. La LSCAM constituye sin embargo el primer ejemplo de cambio en esta situación, provocado por un aumento de las relaciones que, sobre todo a causa del envejecimiento progresivo de la población, la sociedad actual ofrece «al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja», según constata su preámbulo. La regulación, a tenor también de éste, arranca en efecto de «datos estadísticos fiables y de carácter sociológico»³⁸⁶.

Cabe preguntarse entonces si esta nueva clase de convivencia no matrimonial da origen a una familia. No cabe duda de que los efectos previstos por la LSCAM son típicamente familiares o cuasi familiares³⁸⁷. Si se acoge además la concepción según la cual toda comunidad de vida y cuidados, que vaya más allá del mero hecho de compartir una vivienda y unos gastos, conforma una familia, parece claro que las situaciones convivenciales de ayuda mutua lo son, dado que se ajustan a esa descripción³⁸⁸. No obstante, huelga

³⁸⁵ Vid. Agustín TORRES, «Estudio legislativo...», cit., p. 173.

³⁸⁶ La consejera de justicia mencionó en el debate parlamentario que de acuerdo con el censo de población de 1996, había en Cataluña 54.000 hogares de este tipo, donde convivían 171.000 personas unidas por vínculos de parentesco o de simple amistad (vid. *DSPC*, Serie P, núm. 104, p. 7152).

³⁸⁷ GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 137. Ese carácter se manifiesta, además de en las normas ya reseñadas que regulan la relación *inter partes*, en el trato fiscal favorable, con asimilación a determinados parientes, a que se refiere la disposición adicional de la Ley.

³⁸⁸ No obstante, GAVIDIA («La libertad de elección...», cit., p. 136-1377) entiende que, junto a supuestos familiares, también se encuadran en el ámbito de la LSCAM uniones no familiares, en tanto que limitadas a compartir vivienda y gastos. La voluntad de permanencia, añade el autor, no altera las cosas [«yo no me considero familia de alguien por el hecho de compartir de forma duradera una vivienda, unos gastos y las tareas domésticas. Aquí pueden faltar responsabilidades y cuidados (no sólo materiales), como para entender que hay una relación familiar. Si todo lo que uno puede esperar de las personas con las que comparte un hogar es compartir gastos y tareas de la casa, pero no que le cuiden cuando está enfermo o cuando tiene problemas económicos, está claro que hay no hay familia...»].

decir una vez más que esta calificación colisiona con la concepción todavía mayoritaria que, como se dijo más atrás, hace girar la idea de familia en torno a la relación de pareja. El legislador catalán, por su parte, hace gala de una cierta ambigüedad. No ha incluido a las situaciones convivenciales de ayuda mutua en el Código de Familia (como tampoco lo ha hecho con las uniones estables de pareja); pero tampoco cabe duda de que al abordar su regulación lo ha hecho con la conciencia de que ésta constituía un capítulo más dentro del proceso de reforma del Derecho civil de familia catalán. Algo parecido cabe decir de la Ley de acogimiento³⁸⁹, si bien la configuración contractual que finalmente ha adoptado esta figura contribuye a alejarla algo más del fenómeno iusfamiliar³⁹⁰.

Por otra parte, abundando en esta conexión de la LSCAM con el fenómeno familiar, ha de recordarse que, según la interpretación aquí expuesta, la LSCAM puede dar lugar a una serie de aplicaciones prácticas «peculiares», a fin de cubrir determinadas situaciones para las que en principio no está pensada, pero que tienen sin duda cabida en la amplitud de la noción de situación convivencial de ayuda mutua, y que de otro modo quedarían huérfanas de tutela. Y todas ellas son familiares. Recapitulando, se trata, por un lado, de relaciones de pareja (que son sin duda familiares de acuerdo con la exégesis más autorizada del texto constitucional, aunque el legislador catalán no siempre lo haya reconocido así): las uniones heterosexuales afectadas por un impedimento dispensable; las uniones heterosexuales sin hijos ajustadas a la descripción subjetiva y objetiva de la LUEP pero «en fase de formación» (antes del

Pero hay que recordar que la Ley exige además la voluntad de ayuda mutua, lo que parece aludir a esos vínculos de solidaridad propios de la unión libre familiar; sin perjuicio de que su concurrencia sea difícilmente contrastable, en vista de su carácter subjetivo.

³⁸⁹ SOLÉ RESINA observa que las normas relativas a las situaciones convivenciales de ayuda mutua y al acogimiento de personas mayores pertenecen al grupo de leyes que vienen a reformar el Derecho de familia catalán, si bien agrega que con esta afirmación no aboga por la calificación de familia de dichas relaciones convivenciales —aunque dice tampoco descartar a priori esta posibilidad—, sino que trata de poner de relieve que tienen a menudo como base los mismos principios y responden a idénticas razones que aquellas que versan «sobre la familia entendida en sentido estricto, y ello a pesar de que la protección de los titulares de la relación, no responde, en estos casos a un mandato constitucional» («Las otras formas de convivencia...», cit., p. 63, núm. 1). Ese «sentido estricto» es la concepción mayoritaria, que, sin embargo, y pese a lo que sugiere la autora en el inciso final, no se desprende explícitamente de la CE, la cual emplea una fórmula abierta, susceptible de albergar diversos contenidos según la evolución de la conciencia jurídica y social.

Bercovitz, por su parte, emplea la rúbrica «Familia de hecho» para su breve comentario de la LSCAM (en *ArCiv*, cit.).

³⁹⁰ Sin embargo, ello no empaña la presencia de normas referidas a los efectos de la extinción en vida de la relación (arts. 6 y 7) y, sobre todo, de efectos sucesorios (arts. 8 y 9), propias de las relaciones familiares. En una breve nota al hilo de otra cuestión, GAVIDIA se pregunta por tanto si estamos ante una «relación contractual cuasifamiliar» («Las uniones libres en la Ley Foral Navarra...», cit., p. 605, núm. 1).

transcurso del plazo de dos años), y las uniones homosexuales también ajustadas a esa descripción pero que no se han constituido en escritura pública. A ello habría que añadir, por otro lado, la también socorrida aplicación de la LSCAM a uniones poligámicas (con las matizaciones que se han hecho), cuya calificación de familiar parece innegable conforme a las coordenadas sociales y religiosas que las permiten, por más que no sea un modelo previsto en nuestro sistema³⁹¹.

III. CONVIVIENTES EXCLUIDOS: LAS PAREJAS ATÍPICAS Y LAS NO JURIDIFICABLES; EL PROBLEMA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Leyendo *a contrario* los preceptos que en cada regulación o proyecto de ella definen la pareja no casada que regulan, se deduce un elenco de supuestos excluidos. Cabe distinguir dos grupos.

1.º En primer lugar, el conformado por las parejas que no cumplen alguno de estos requisitos precisos para constituir una *pareja no casada legal*, pero que sí son *parejas no casadas en sentido tradicional* –según el concepto no institucional inferible de la situación anterior a las regulaciones orgánicas.

2.º En segundo lugar, el integrado por los casos que también quedaban fuera del concepto de pareja no casada tradicional, por carecer de alguno de sus elementos constitutivos: hipótesis existentes al margen del Derecho o cuyos efectos jurídicos en todo caso no provendrían del reconocimiento de una situación de convivencia marital.

A) *Primer grupo: las parejas «atípicas»*

Por lo que hace al primer grupo, las hipótesis principales que comprende son:

- Las parejas en las cuales al menos uno de sus miembros es menor de edad emancipado.
- Las parejas en las cuales uno de sus miembros está casado y separado legalmente o de hecho.

³⁹¹ Sobre este recurso a la LSCAM para situaciones especiales, *vid.*, nuevamente, *infra* 3.2.1.

– Las parejas no formalizadas, en los casos en que dicha formalización es requisito constitutivo o medio tasado de prueba condicionante del reconocimiento de efectos jurídicos³⁹²; a las que quizá cabría añadir las parejas legales «en fase de formación», mientras no ha transcurrido el plazo previsto para la aplicación de la normativa legal.

Todas éstas se convierten así, tras estas regulaciones, en una suerte de parejas *atípicas* pero ni mucho menos carentes de efectos jurídicos. El problema consiste ahora en determinar en cada caso qué efectos, de los que ya producían con anterioridad a las regulaciones legislativas, subsisten, tras haber sido aquellas parejas excluidas de estas últimas.

Por de pronto está claro que su exclusión no puede en ningún caso suponer que pierdan la consideración de familia de que gozan al amparo del artículo 39 CE³⁹³, según el entender del intérprete máximo del texto constitucional. Sigue vigente, por ello, el mandato a los poderes públicos de, en cuanto familia, asegurarles la debida protección social, económica y jurídica. Que a estas parejas no les alcance el estatus normativo dispuesto por las regulaciones orgánicas no puede, por tanto, tomarse como una privación de dicha tutela.

a) Efectos según la legislación autonómica

Las parejas que han quedado excluidas de las regulaciones autonómicas están sin embargo contempladas a determinados efectos por los respectivos Ordenamientos.

aa) Legislación catalana:

1. En el CF:

En Derecho catalán las parejas heterosexuales aparecen –con las referencias genéricas a la «convivencia» y a la «convivencia marital estable»– en diversos preceptos del CF:

– Los artículos 94.1.a) y 97.2 establecen, respectivamente, la presunción de paternidad no matrimonial y la consideración de padre en la fecundación *post mortem* del hombre con el que la

³⁹² Esto es, las homosexuales no constituidas en escritura pública, según la LUEP y la Proposición del Grupo Catalán, y cualesquiera uniones –hetero- u homosexuales– que no hayan otorgado contrato de unión civil (según la PLOCUC) o no hayan inscrito su convivencia en un Registro o no la hayan consignado en documento público (según el resto de Proposiciones presentadas en el Parlamento estatal).

³⁹³ Así lo entiende también GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 123.

madre ha convivido³⁹⁴. Obsérvese que la formulación es amplísima: ni siquiera se exigen expresamente las notas de estabilidad y maritalidad.

– Los artículos 36.2 y 86.1.b) determinan efectos negativos de la «convivencia marital»: pérdida del año de viudedad y de pensión compensatoria³⁹⁵. Efectos negativos que, al igual que ocurre en el ámbito estatal con el artículo 101 CC, no llevarán aparejado un efecto jurídico positivo mientras esa «convivencia marital» no se convierta en una unión estable de pareja regulada.

– Los artículos 115.2 y 117.1.a) que contienen normas sobre la adopción, se refieren al hombre y a la mujer que conviven maritalmente con carácter estable³⁹⁶, e igual terminología utiliza el precepto relativo a la delación de la tutela [art. 179.1.a) y c)]³⁹⁷. El problema que en este punto surge es el de si con ello el texto se está refiriendo a las uniones tipificadas en la LUEP, puesto que aquellos efectos (adopción y tutela) se prevén en la misma: *vid.* artículos 6 y LUEP. De ser así, la LUEP vendría a restringir el alcance de estas normas contenidas en el CF, en cuanto ley complementaria del mismo, y exigiría la «conversión» de la genérica

³⁹⁴ Artículo 94.1: «Se presume que es padre del hijo o hija no matrimonial:

a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción».

Artículo 97.2: «En la fecundación asistida después de la muerte del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de éste siempre que concurren las condiciones previstas en el artículo 92.2, en aquello que sea de aplicación». (El art. 92.2 se refiere a la fecundación posterior a la muerte del marido.)

³⁹⁵ Artículo 36.2: «El cónyuge sobreviviente separado judicialmente o de hecho no tendrá los derechos a que hace referencia el apartado 1 [año de viudedad], y los pierde, en otro caso, si, durante el año siguiente a la muerte del cónyuge, vuelve a contraer matrimonio o pasa a vivir maritalmente con otra persona [...]».

Artículo 86.1: «El derecho a la pensión compensatoria se extingue:

b) Por matrimonio del cónyuge acreedor o por convivencia marital con otra persona».

³⁹⁶ Artículo 115.2: «Sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o la pareja de hombre y mujer que convivan maritalmente con carácter estable [...]».

Artículo 117.1: «Pueden ser adoptadas las personas menores no emancipadas en los siguientes supuestos:

a) Los hijos del cónyuge o la persona de sexo distinto con quien el adoptante convive maritalmente con carácter estable [...]».

³⁹⁷ Artículo 179.1: «Para el ejercicio de la tutela o, en su caso, para la administración patrimonial, debe preferirse:

a) En la tutela de incapaz, a su cónyuge o la persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja, en ambos casos, si la persona designada convive con el incapaz.

[...]

c) Al cónyuge del padre o de la madre del menor o incapacitado o la persona que, al morir uno u otro, se halle respecto a éste en el supuesto de persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja; en ambos casos, si la persona designada ha convivido con el menor o incapacitado durante los últimos tres años.

convivencia marital estable en una unión estable de pareja típica. Pero también cabe entender que la LUEP simplemente se limita a predicar de las uniones estables heterosexuales sometidas a su regulación las mismas consecuencias que ya antes³⁹⁸ se prevenían para las parejas de hecho estables en sentido tradicional³⁹⁹. Ésta parece la interpretación preferible, dada la subsistencia de los referidos preceptos en el CF, incluso después de haber sido desterradas las uniones estables a una Ley especial. Por otro lado, el precedente legislativo del artículo 1.2 PLRCDM, al establecer que la unión estable heterosexual existía cuando tuviera hijos comunes, naturales *o adoptivos* apoya dicha exégesis: las parejas heterosexuales estables (cuya estabilidad ha de apreciarse, como antes de la LUEP, libremente, sin que tenga que manifestarse en el transcurso del período de dos años ni en la formalización de escritura pública), podrán adoptar, y a partir de entonces pasan a ser una unión estable de pareja típica.

En todo caso, estas dificultades evidencian la falta de coordinación en la tramitación paralela del CF y de la LUEP, una vez producido aquel «destierro» de la regulación de las parejas no casadas⁴⁰⁰. Una ulterior prueba de esta ausencia de armonización se halla en el hecho de que, así como las normas sobre adopción se refieren exclusivamente a parejas heterosexuales, no ocurre lo mismo con la disposición referida a la tutela dativa: la LUEP la ha extendido, en efecto, a las uniones homosexuales (*vid.* art. 25), pese a lo cual el CF sigue hablando de la «persona de sexo distinto». Con lo cual ocurre que mientras esta norma vale para todo tipo de parejas heterosexuales, típicas o atípicas, sólo se aplica a las homosexuales en la medida en que constituyan una unión de las reguladas en la LUEP.

Y es que enlazando con esta última observación, hay que insistir en que las alusiones del CF a la convivencia lo son exclusivamente a aquella entre personas de distinto sexo: las parejas atípicas homosexuales están por completo ausentes del texto. La razón es conocida: evitar que se relacione la noción de «familia» con la convivencia homosexual⁴⁰¹. De modo que la mencionada descoordinación sea con toda probabilidad intencionada.

³⁹⁸ Antes porque aunque la promulgación del CF es simultánea a la de la LUEP, los efectos relativos a la adopción por parte de parejas estables se contemplaban en los artículos 19, 20 y 29 de la Ley catalana 37/1991, de Protección de Menores.

³⁹⁹ Así lo estiman MARTÍN CASALS («Aproximación...», cit., pp. 180-181) y BAYO DELGADO («Requisits...», citado en el primero), para quien por ende los preceptos correspondientes de la LUEP serían redundantes e inútiles.

⁴⁰⁰ *Vid.* en este sentido, LLEBARÍA, «Glosa crítica...», cit., pp. 105-106.

⁴⁰¹ Sin embargo, lo infructuoso del intento salta a la vista, puesto que la LUEP prevé para dicha convivencia homosexual ¡normas idénticas a las del CF!

2. En el Código de Sucesiones por Causa de Muerte:

Siguen asimismo vigentes las normas que en el Código de Sucesiones imponen la extinción del usufructo viudal abintestato (art. 331) y de la cuarta viudal (art. 384) cuando el viudo o viuda pasan a convivir maritalmente con otra persona⁴⁰². Nuevamente esa alusión a la convivencia marital ha de entenderse comprensiva de todo tipo de parejas, y no sólo de las uniones estables legales. A cambio, ni siquiera estas últimas gozan en todo caso de esos derechos que su convivencia extingue: recuérdese que a la unión heterosexual no le concede la LUEP derecho sucesorio alguno, mientras que para la unión homosexual se prevé sólo la cuarta viudal (*vid.* art. 34.1 LUEP), no el usufructo.

3. En la LUEP:

Al margen de estos preceptos del CF, la convivencia marital atípica tiene reflejo también en la propia LUEP. Y aquí sí aparecen las uniones homosexuales «de puro hecho», no formalizadas, pero sólo para desplegar efectos negativos. Porque negativa es toda la relevancia que la LUEP otorga a las uniones no reguladas *in complexu* por ella:

– Los artículos 16.4-18.2 y 32.4-33.b) determinan, para cada subtipo (hetero- u homosexual) de unión, la extinción de la pensión periódica por ruptura o del derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto cuando el beneficiario contrae matrimonio o «convive maritalmente» con otra persona.

– El 34.2.c) prevé la pérdida de la cuarta sucesoria –otorgada sólo a uniones homosexuales– si antes de reclamarla el conviviente supérstite se casa, *convive maritalmente o forma nueva pareja*.

Parece que esta convivencia marital mencionada en el primer grupo de artículos citados hay que entenderla en sentido genérico, pues es inevitable la comparación con el artículo 101 CC (en el ámbito estatal) o los antes vistos artículos 36.2 y 86.1.b) del CF (en el ámbito autonómico). Y por lo que hace al precepto citado en segundo lugar, el artículo 34.2.c) LUEP, la expresa tripartición que

⁴⁰² Artículo 331: «El viudo o la viuda adquiere, libre de fianza, por ministerio de la ley, el usufructo de toda la herencia, en la sucesión abintestato de su consorte difunto [...]. No tiene derecho a gozar de este usufructo el viudo o la viuda que se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 334, y lo pierden si contraen matrimonio o pasan a vivir maritalmente de hecho con otra persona».

Artículo 384: «La acción para reclamar la cuarta viudal se extingue:

[...]

3.º Por contraer matrimonio el sobreviviente o por la convivencia marital con otra persona después de la muerte del causante y antes de ejercitarla».

efectúa no ofrece dudas y de paso confirma la interpretación de los anteriores. La simple «convivencia marital» es distinta de la unión estable de pareja regulada [el «formar nueva pareja» de que habla el art. 34.2.c) se refiere indiscutiblemente a esta última]. Aquí se pone además de relieve, hasta límites increíbles, que el segundo constituye un *tertium genus* paramatrimonial⁴⁰³. Pues del mismo modo que ocurrió en un primer momento con la convivencia de hecho en relación con el matrimonio, ahora la «convivencia de puro hecho» generará, en relación con la «nueva convivencia de Derecho», una contradicción del tipo de la que provoca el artículo 101 CC o los artículos 36.2 y 86.1.b) del CF: esa «convivencia de puro hecho» tendrá una consecuencia negativa, sin que correlativamente lleve aparejado un efecto jurídico positivo.

4. En la Ley de mediación familiar:

Una parte de las parejas atípicas, las que tengan hijos comunes (parejas atípicas heterosexuales, por tanto), son tomadas en cuenta por la Ley de mediación familiar. Como en el caso de los progenitores que no constituyen pareja (por no convivir), la mediación se refiere sólo a cuestiones relacionadas con esos hijos comunes.

5. En la LSCAM:

Finalmente, ha de recordarse que, aunque stricto sensu no se refiere a ellas, las parejas excluidas de la LUEP podrán acogerse a la LSCAM en la medida en que no estén también excluidas también de ésta, como es el caso de las integradas por menores o por casados separados. En la práctica, como se dijo anteriormente, de las parejas a las que está vedado el estatuto de la LUEP por ausencia de algún requisito subjetivo, sólo las hipótesis –ciertamente residuales– de uniones de distinto sexo afectadas por el impedimento de parentesco colateral de tercer grado o el de conyugicidio podrán tener cabida en la LSCAM: bien por acogerse expresamente a ella, bien por serles ésta aplicable tras dos años de convivencia⁴⁰⁴.

Pero, como asimismo se ha señalado en su momento, las parejas incluidas en el ámbito subjetivo de la LUEP pero no sujetas a la misma podrán optar por el estatuto más leve de la LSCAM. En pri-

⁴⁰³ Que el legislador catalán sólo lo haga constar explícitamente en un precepto referido a la convivencia homosexual se explica porque es consciente de que con relación a ésta resulta más justificada una normativa paramatrimonial. Sin embargo, al hacerlo pone también en evidencia que la pareja homosexual no formalizada se encuentra totalmente huérfana de regulación, salvo a estos efectos negativos que se están examinando.

⁴⁰⁴ Recuérdense los dos modos de constitución de una situación convivencial de ayuda mutua: escritura pública o transcurso del plazo (art. 3 LSCAM).

mer lugar, las uniones homosexuales no formalizadas. En segundo lugar, las heterosexuales sin hijos, dentro del plazo de dos años durante los cuales la LUEP no les es aplicable *ex lege*. Lo verdaderamente relevante es que, así como pasados dos años de convivencia la pareja heterosexual queda sujeta al estatuto de la LUEP, la pareja homosexual –según la interpretación que aquí se ha hecho– queda, también transcurrido ese período, sujeta a la mínima protección de la LSCAM sin necesidad de formalización alguna⁴⁰⁵. De modo que por esta vía se puede otorgar una cierta cobertura a la pareja homosexual no constituida formalmente, que ha quedado marginada de la LUEP⁴⁰⁶.

6. En la Ley de acogimiento de personas mayores:

A las parejas estables, sujetas a la LUEP o (parece) no sujetas, se les permite formalizar un pacto de acogimiento, tanto en calidad de acogedores como de acogidos (*vid.* art. 1.2 de la citada Ley).

ab) Legislación aragonesa:

1. En la Compilación de Derecho Civil de Aragón:

Para los aragoneses sigue vigente la previsión contenida en su Compilación acerca de la pérdida del usufructo de viudedad para aquellas personas que inician una vida marital estable durante su viudez (art. 86)⁴⁰⁷. Aquí la vida marital estable no exige la constitución de una pareja estable de las reguladas en la LPENC, por lo que también las parejas atípicas aragonesas dan lugar a este efecto nega-

⁴⁰⁵ Es decir, el esquema sería el siguiente:

a) La pareja heterosexual sin hijos ajustada a la descripción subjetiva y objetiva de la LUEP pero «en fase de formación» puede optar, durante ese período de tiempo, por acogerse a la LUEP, a la LSCAM, o por no regirse por estatuto legal alguno; después de dos años de convivencia, es aplicable la LUEP, salvo que la pareja de común acuerdo lo evite manifestando que su relación no tiene carácter marital: caso en el cual se aplica la LSCAM. Lo que ya no puede ocurrir es que dicha pareja quede sin estatuto legal.

b) Las uniones homosexuales también ajustadas a la descripción de la LUEP tienen, durante los dos primeros años de convivencia, las mismas opciones que la pareja heterosexual sin hijos (LUEP, LSCAM o ningún estatuto); después, deberían quedar sujetas a la LSCAM, sin tampoco estar ya exentas de cualquier estatuto.

(*Vid.*, sobre este cuadro de relaciones entre la LUEP y la LSCAM, GAVIDIA, «La libertad de elección...», pp. 141-142.)

⁴⁰⁶ Así les serán aplicables las normas tuitivas de la LSCAM referentes a la compensación económica por razón del trabajo (art. 7), a la pensión periódica en caso de defunción (art. 8) y la que establece la asimilación a los parientes a efectos fiscales (disposición adicional). También los efectos de la extinción respecto a la vivienda cuando es propiedad de uno de los convivientes (art. 6. 1 y 2), pero no cuando es arrendada, pues en este caso hay una contradicción con lo dispuesto en la LAU, que debe resolverse a favor de la aplicación preferente de esta última (*vid. supra* II.1.2.1. A).

⁴⁰⁷ «Artículo 86. Se extingue el usufructo de viudedad: [...]

2.º Por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario, o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable.»

tivo sin que, nuevamente, gocen de los correspondientes efectos positivos que otorga la LPENC (derecho de alimentos, beneficios derivados de la defunción)⁴⁰⁸.

2. Otros efectos:

Respecto a otros efectos previstos con anterioridad en el Ordenamiento aragonés para las parejas no casadas existe la duda de si los mismos pasan, a partir de la aprobación de la LPENC, a quedar referidos exclusivamente a las parejas que se constituyan al amparo de la misma y que, además, se inscriban en el Registro administrativo de parejas estables de Aragón. Se trata de todos «los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario» (art. 18 LPENC), aludidos como «medidas administrativas» en el artículo 2 LPENC, que preceptúa dicha inscripción. Parece por tanto que desde ahora cualquier derecho o beneficio público (salvo en materia tributaria) atribuido a las parejas estables por las normas de la Comunidad Autónoma de Aragón (legales, reglamentarias, o convencionales), no les será de aplicación si aquéllas no reúnen los requisitos de la LPENC⁴⁰⁹. Con lo que nos encontramos en presencia de un retroceso importante en el régimen jurídico de las parejas atípicas aragonesas⁴¹⁰.

ac) Legislación navarra y vasca:

En la Comunidad Autónoma de Navarra y en el País Vasco, el efecto negativo que ya con anterioridad producía la conviven-

⁴⁰⁸ Recuérdese sin embargo que la convivencia marital, no del cónyuge superviviente, sino del causante, cuando ésta se ha prolongado durante un largo espacio de tiempo (con paralela prolongada separación de hecho del cónyuge, por tanto), ha dado lugar a que la reclamación de derechos sucesorios de ese cónyuge sea considerada abusiva (*vid.* STS de 13 de junio de 1986, ya citada en otros lugares de este trabajo).

⁴⁰⁹ De esta opinión es MERINO Y HERNÁNDEZ (*Manual...*, cit., pp. 128-129), para quien en este aspecto la LPENC lo que hace es matizar y concretar determinados derechos de las parejas estables no casadas que antes se hallaban definidos de una manera vaga e imprecisa.

⁴¹⁰ Así, v. gr., el VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral que presta sus servicios en la Diputación General de Aragón (publicado en el *BOA* de 6 de marzo de 1998) establecía ciertos derechos en materias tales como permisos por fallecimiento del conviviente o por alumbramiento de la mujer en convivencia estable, o auxilios económicos por fallecimiento. Los beneficiarios eran los que convivían maritalmente, sin ningún otro requisito: algo que parece cambiar tras la entrada en vigor de la LPENC.

Podría pensarse que cabe una interpretación distinta. En realidad, el referido artículo 18 lo que hace es, en el ámbito de Derecho público autonómico, establecer una equiparación entre las parejas estables no casadas legales y los cónyuges. Por lo tanto, en efecto, en todas aquellas normas que hablen de «cónyuges» habrán de entenderse incluidas las parejas sujetas a la LPENC, y no otras; pero en teoría no habría por qué restringir el alcance de las normas que ya directamente otorgaban derechos a la «convivencia marital». Ahora bien, en esa hipótesis las parejas atípicas no deberían inscribirse en ningún registro para ser beneficiarias, al contrario que las parejas legales: no parece que sea intención del legislador aragonés exigir más a las segundas que a las primeras.

cia marital (la pérdida del usufructo de fidelidad: Ley 262 de la Compilación navarra y art. 58.IV del Fuero de Vizcaya) no acarrea las contradicciones que se producen en los Derechos catalán y aragonés. Por un lado, porque las nuevas Leyes sobre parejas estables otorgan dicho usufructo a las mismas (*vid.* art. 11 LIJPE y art. 9 de la Ley vasca). Por otro, porque las parejas excluidas de esta regulación son básicamente las integradas por casados separados, y éstas ya perdían de todos modos el derecho a dicho usufructo, incluso en caso de separación de hecho (*vid.* Ley 254 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo⁴¹¹).

ad) Otras regulaciones:

Las parejas excluidas de otras autonomías se hallan en una situación similar a las aragonesas *respecto de la normativa de Derecho público*. Y es que con anterioridad esa normativa podía contemplar a las parejas inscritas en el Registro respectivo, cuyo Decreto regulador en ocasiones establecía un ámbito subjetivo menos restrictivo⁴¹². A determinadas parejas, por tanto, se les sus-traen efectos de que podían gozar anteriormente.

b) Efectos según la legislación estatal

Respecto al Derecho estatal, las parejas excluidas de las leyes autonómicas (pero sujetas al Derecho de las respectivas Comunidades en el ámbito de sus competencias), estarán en general en la misma situación que las parejas sujetas al Derecho común (o al de otras regiones carentes de Leyes de parejas). Para ellas rigen los efectos dispersos que otorgan las normas anteriores a las regulaciones orgánicas (v. gr. la subrogación en el arrendamiento) *en lo que no modifique el Derecho autonómico aplicable según las competencias asumidas*. Limitándonos a la materia jurídico-civil, la modificación más relevante se observa en la norma aragonesa sobre la adopción. En efecto, puesto que esta Comunidad Autónoma tiene

⁴¹¹ Ley 254: «Exclusión del usufructo: no tendrá el usufructo legal de fidelidad: 1. En la separación de hecho: a) Ninguno de los cónyuges si la hubieren convenido o consentido...; b) El cónyuge que motivó la separación por infidelidad conyugal, incumplimiento grave de los deberes familiares o por haber atentado contra la vida del otro...».

⁴¹² Así a efectos de v. gr permisos y licencias del personal docente, funcionarial, etc., se contemplaba a las parejas inscritas en el Registro creado por el Decreto 250/1994, de 7 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, cuyo artículo 1 simplemente se refería a las uniones de hecho, hetero u homosexuales, cuyos componentes tuvieran su residencia habitual en el territorio de la Comunidad Valenciana.

competencia en la materia⁴¹³, el precepto que en la LPENC permite a la pareja heterosexual adoptar (art. 10) ha de entenderse como una precisión de la Ley estatal que no exige otro requisito que el de la estabilidad de los convivientes, libremente apreciable (*vid.* disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre). Así que las que hemos denominado parejas atípicas no pueden en Aragón adoptar, como sí pueden hacerlo las que se rigen por el Derecho común⁴¹⁴.

En cuanto a las parejas sujetas al Derecho común, es sabido que por ahora son todas ellas parejas en sentido clásico, al no haber Ley de parejas estatal. La eventual aprobación, no obstante, de dicha Ley puede dar lugar asimismo a parejas atípicas. Llegado el momento, habrá que ver caso por caso, y, en función del contenido definitivo del texto que vea la luz, qué efectos, de entre los ahora previstos en la legislación de forma no articulada, son absorbidos por la nueva regulación (de modo que se referirán sólo a las parejas «típicas», cubiertas por la misma), y cuáles subsistirán también para las parejas que no cumplan las prescripciones legales. Por ahora, la Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil contiene previsiones que suponen, para las parejas que no puedan o no quieran formalizar ese contrato, el fin de una serie de efectos que hoy surten sin estar formalizadas. El ejemplo más claro es el derecho a subrogarse en el arrendamiento, que si, según la redacción vigente del artículo 16.b) LAU, lo tiene el miembro de la pareja que hubiera convivido dos años con el arrendatario (salvo que exista descendencia común), la redacción propuesta por el artículo 2 del texto proyectado lo otorga a la persona unida a aquél por contrato de unión civil (haciendo nuevamente la salvedad de que exista descendencia). No cabe duda de que la modificación supondría un retroceso⁴¹⁵. Asimismo, la Proposición conlleva un cambio del concepto factual de pareja presente en otras normativas, que quedaría sustituido por este concepto contractual: *vid.* artículos 3 y 4, que modifican, respectivamente, el CP (en cuanto a la circunstancia mixta de parentesco) y la LOPJ (en cuanto a las causas de abs-

⁴¹³ *Vid.* STC de 12 de marzo de 1993, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado a causa de la asunción de dicha competencia mediante la Ley aragonesa de 25 de abril de 1988.

⁴¹⁴ Y por el Derecho catalán, pues se recordará que en el CF existen normas (los arts. 115.2 y 117.1) que análogamente a la disposición estatal sólo hablan de convivencia marital estable (*vid. supra* p. 138, sobre la interpretación de la relación entre estos preceptos y el art. 6 LUEP).

⁴¹⁵ Así se denunció, en varios de los turnos en contra, en durante el anteriormente citado debate de toma en consideración: *vid.* intervenciones de las diputadas Sras. RAHOLA MARTÍNEZ y RIVADULLA GRACIA (*DSCG* núm. 120, pp. 6285 y 6287).

tención y recusación). No ocurre lo mismo, curiosamente, en lo que respecta a la modificación de la Ley de Hábeas Corpus, en la que se introduce un concepto amplísimo y puramente fáctico: el de «convivientes» en general (*vid.* art. 5)⁴¹⁶.

La desprotección, más aún, se extiende no sólo a quienes no hubieran formalizado el contrato, sino también a quienes habiéndolo hecho se hallasen todavía dentro del año siguiente a su celebración (o de los tres siguientes, a efectos de la pensión de «viudedad» –art. 8.2–, o según la antes citada enmienda núm. 46)⁴¹⁷. De manera que el elenco de situaciones posibles concernientes a los unidos en pareja se diversifica aún más de lo que lo hacía en las regulaciones autonómicas, y junto al matrimonio (primera categoría) habrá personas unidas por contrato de unión civil (segunda categoría), en unión civil dentro del primer (o los tres primeros) año(s) de existencia del contrato (tercera categoría), y uniones de puro hecho, con menos efectos de los que gozaban antes de esta regulación (cuarta categoría).

c) Efectos según la jurisprudencia

Se ha observado con acierto que las parejas excluidas de las regulaciones van a seguir presentes en la realidad (como uniones estables «de segunda categoría») y a plantear ante los tribunales problemas en cuya solución éstos se toparán, como hasta ahora, con una «laguna legal»⁴¹⁸. De modo que el tratamiento de estas uniones, que ha de ser objeto de determinación por vía jurisprudencial y casuísticamente⁴¹⁹, es todavía incierto.

Parece que la voluntad del legislador es excluir la aplicación por analogía de las normas previstas para las parejas legales⁴²⁰. Sin embargo, parece atentar al sentido de la justicia y a los principios constitucionales vigentes privar de respuesta a los conflictos que «las otras» parejas no casadas ocasionan. Las directrices básicas en la solución de estos conflictos seguirán siendo la protección del grupo familiar y la compensación del enriquecimiento injusto. Que

⁴¹⁶ Lo cual se ha hecho «para que puedan ejercitar ese derecho fundamental (el de instar el procedimiento de hábeas corpus) todavía más personas y con mayor facilidad...» (TRÍAS SAGNIER, en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6293). ¿Significa eso que las referidas amplitud y flexibilidad no se extienden a otros derechos por su carácter no fundamental?

⁴¹⁷ Hecho que se ha calificado como agravio respecto del matrimonio, que es de efectos inmediatos: *vid.* RAHOLA I MARTÍNEZ, en *DSCG* núm. 120, cit., p. 6285 (*vid.* también la crítica efectuada por URÁN GONZÁLEZ, *ibid.*, p. 6291).

⁴¹⁸ SOLÉ RESINA, «Comentari... (II)», cit., p. 2.

⁴¹⁹ MARTINELL, «La Llei...», cit., p. 89.

⁴²⁰ V. GAVIDIA, «La libertad de elección...», cit., p. 123.

son en definitiva las mismas que inspiran la mayoría de las normas contenidas en las regulaciones legales...⁴²¹.

B) Segundo grupo: las uniones «no juridificables»

Con el nombre de «uniones no juridificables» puede designarse un conjunto de casos que no sólo quedan excluidos de las Leyes de parejas, sino que, se repite, tampoco forman parte del concepto de convivencia no matrimonial (en sentido restringido) anterior a dichas leyes. Se trata de situaciones que, según se ha dicho anteriormente, no integran la realidad familiar preexistente, *de acuerdo con nuestra noción de ella, que no sólo es jurídica sino fundamentalmente social y cultural*⁴²². El problema es hasta qué punto esa noción arraigada en la conciencia social y cultural permite apelar al orden público para evitar la producción de efectos jurídicos. Si el tema no admite dudas en la hipótesis (que por otro lado es la que menos incidencia práctica tiene) de las uniones incestuosas, se presta en cambio a discusión en otros supuestos de mayor trascendencia real: especialmente las uniones poligámicas (y más cuando la poligamia forma parte de un ideario religioso), pero acaso también otras tales como las «uniones a tiempo compartido» o bajo término o condición⁴²³.

El tratamiento que puedan o deban merecer ha de dejarse a la justicia del caso concreto. En concreto sobre las uniones poligámicas se apuntó anteriormente, además de una eventual consagración *de lege ferenda* de algunos efectos, su posible inclusión dentro del concepto amplio de convivencia no matrimonial. Esto último parece factible en nuestro Derecho, al amparo de la LSCAM, si bien, dado el impedimento de vínculo matrimonial que ésta establece, se requeriría que ninguno de los matrimonios de la poliunión estuviese reconocido civilmente⁴²⁴.

⁴²¹ Como dice GARRIDO MELERO: «¿no tendrá un derecho de compensación la pareja de separados que viven durante más de treinta años juntos, trabajando uno para la casa o la profesión del otro?; ¿no habrá derecho a una pensión periódica cuando uno de los integrantes se quede al cuidado de los hijos comunes?» Con la lapidaria frase «El hecho se impone al Derecho», cierra dicho autor su comentario sobre esta cuestión. (Vid. GARRIDO MELERO, «Matrimonio, convivientes *more uxorio*...», cit., pp. 122-123).

⁴²² Vid. *supra* I.1.3.

⁴²³ Por «uniones a tiempo compartido» entiende GARRIDO MELERO aquellas en las que se da la intención de permanencia pero no de continuidad. Las constituirían personas que se ven obligadas a vivir juntas durante largos períodos de tiempo en varios lugares, creando varias relaciones auténticamente familiares en cada uno de ellos. Las uniones sometidas a tiempo o a condición parecen desde luego más extravagantes: el autor aduce sin embargo el ejemplo de Irán, donde los dirigentes religiosos han admitido matrimonios temporales —en algunos casos de horas— que permitan disfrazar las costumbres de la población joven («Matrimonio, convivientes *more uxorio*...», p. 121).

⁴²⁴ Vid. *supra* III.2 B).

Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario

MÓNICA NAVARRO MICHEL

SUMARIO: 1. *Concepto y fundamento*—2. *Requisitos*: 2.1 Evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia de alguien. 2.2 Control exclusivo por parte del demandado del medio material (instrumento) o personal (dependiente) que haya causado el daño. 2.3 Que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño.—3. *Efectos*: 3.1 Presunción judicial reforzada. 3.1.1 FUNCIONAMIENTO. 3.1.2 SOBRE LA PRUEBA PERICIAL EN «RES IPSA LOQUITUR». 3.1.3 CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL DEMANDADO. 3.2 Objetivización de la responsabilidad.—4. *Supuestos de posible aplicación*: 4.1 Olvido de algún objeto tras una intervención quirúrgica. 4.2 Infección hospitalaria. 4.3 Miembro equivocado. 4.4 Daño desproporcionado (y a modo de conclusión).

Uno de los principales obstáculos con los que se enfrenta el perjudicado al iniciar un proceso judicial de reclamación por los daños sufridos en el ámbito sanitario reside en la dificultad de demostrar los elementos esenciales de la responsabilidad, sobre todo la negligencia del médico ¹ y la relación de causalidad entre esa conducta negligente y el daño sufrido.

La dificultad probatoria del perjudicado intenta ser aligerada con la doctrina *res ipsa loquitur*, «la cosa habla por sí misma», procedente de los ordenamientos del *Common Law*. A pesar de su enorme incidencia, es una figura sumamente criticada en los países donde se aplica por los malentendidos que ocasiona, y ya se ha intentado limitar su alcance de forma legal y/o jurisprudencial.

¹ Aunque las referencias se hagan únicamente al médico, por razones de claridad expositiva, lo que sigue también es de aplicación al personal sanitario.

Este trabajo tiene por objeto presentar el funcionamiento de esta figura en los países del área anglosajona², conocer los problemas que conlleva su aplicación, y manifestar una posición contraria a su incorporación a nuestro sistema jurídico como regla general.

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La primera vez que se utilizó la expresión *res ipsa loquitur* en el entorno anglosajón fue en Estados Unidos en el siglo XIX en el asunto *Byrne v. Boadle*³, en el que un transeúnte demandó al propietario de una tienda por las lesiones sufridas tras caerle un barril de harina desde la ventana de dicha tienda. El demandante no aportó ninguna prueba directa de la negligencia del propietario o de sus empleados, pero a pesar de ello el caso fue admitido, pues se consideró que un barril no se cae sin la negligencia del encargado de su custodia. En palabras del Juez Pollock, «hay ciertos casos de los que se puede decir *res ipsa loquitur*, y éste parece ser uno de ellos».

La formulación clásica de esta regla proviene de una sentencia dictada dos años más tarde en el asunto *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*⁴, que, curiosamente, parte de un supuesto esencialmente idéntico: el demandante caminaba junto a un almacén cuando varios sacos de azúcar cayeron inexplicablemente sobre su cabeza.

El Tribunal estableció que «cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandante o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos si quienes están encargados de controlar la situación actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandante, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia».

El mero hecho de la producción de un daño explica, por sí mismo, la historia y el origen de su causación. La experiencia habitual de la vida evidencia la causación negligente del accidente. El sentido común nos indica que los sacos de harina no se caen por las ventanas si el encargado de su vigilancia ha actuado con la debida diligencia; luego la caída misma revela una negligencia en la custodia de los sacos. Y aunque la negligencia no se haya podido demostrar de manera directa, sí se puede deducir indirectamente.

² *Res ipsa loquitur* es muy similar por no decir idéntica, en su funcionamiento y efectos, a la prueba *prima facie* alemana, y a la *faute virtuelle* francesa, pero aquí me referiré únicamente a la figura anglosajona, por ser menos conocida.

³ (1863), 159 Eng. Rep. 299, 300 (Ex. 1863).

⁴ (1865) 3 H&C 596, 159 Eng.Rep. 665.

El problema surge en el momento en que se abandona este planteamiento anclado en las reglas del sentido común y se pretende ampliar la aplicación de *res ipsa loquitur* a los casos de causalidad compleja. Porque si cabe inferir negligencia en estos casos «sencillos», de causalidad directa, será más difícil en los supuestos en que las circunstancias que rodean a la causación del daño son confusas.

En el inicio de su andadura esta presunción no se consideraba aplicable a los supuestos de malpraxis médica precisamente por la dificultad de integrar los accidentes médicos en la experiencia habitual de la vida. Si un paciente sufre un daño durante una intervención quirúrgica, ¿qué nos indica la experiencia común de la vida? El daño puede ser consecuencia de la negligencia del cirujano, ciertamente, pero también puede ser la materialización de un riesgo típico de la intervención, el resultado de un error compatible con la diligencia, en fin, que no tiene que haber sido causado necesariamente por negligencia del demandado.

Cuando poco a poco empezó a ser admitida la aplicación de *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario, se hizo para casos considerados obvios, como la dejación de objetos en el cuerpo del paciente tras una intervención quirúrgica o la amputación o extracción de un miembro u órgano equivocado.

La alegación de *res ipsa loquitur* en estos casos intentaba contrarrestar las dificultades probatorias con las que se enfrentaba el perjudicado, derivadas, sobre todo, de la «conspiración de silencio» de los médicos. Así se llamaba a la negativa constante y reiterada de los médicos a prestar declaración en un proceso judicial o elaborar un informe cuando iba a perjudicar a algún compañero. La negligencia en estos casos podía ser inferida vía *res ipsa loquitur* porque se trataba de supuestos tan obvios que no era necesaria la prueba pericial. La experiencia habitual de la vida, el sentido común, nos indica que la amputación de la pierna izquierda en lugar de la derecha no ocurre cuando el médico ha empleado la diligencia debida. Luego necesariamente ha habido negligencia.

En EE.UU. esta figura fue admitida para permitir al demandante tener acceso a un proceso judicial. En las primeras demandas interpuestas por supuestas malas praxis las reclamaciones ni siquiera llegaban a ser examinadas por un jurado, pues eran rechazadas (*nonsuit*), ya que el perjudicado no aportaba suficientes elementos probatorios con la demanda. Para proteger al demandante había que permitirle al menos acceder a un proceso judicial, sin temor a su inadmisión por falta de un principio de prueba, y se hizo excusando su aportación inicial alegando *res ipsa loquitur*. Ello no garantizaba la obtención de una sentencia estimatoria, pero al menos la petición

del demandante era examinada por el jurado. La sentencia podía luego desestimar la petición del reclamante, incluso por falta de pruebas, pero como mínimo se llegaba a esa conclusión tras un proceso de deliberación, en un proceso contradictorio ⁵.

Un sector importante de la doctrina inglesa ⁶ justifica la utilidad de esta figura en el hecho de que el demandado está en una mejor posición para explicar cómo se produjo el accidente. Ciertamente, *res ipsa loquitur* parece especialmente útil en las reclamaciones por negligencia profesional porque permite al demandante, que ignora o tiene un conocimiento insuficiente sobre cómo ocurrió el daño, basarse en el daño mismo y las circunstancias colindantes como prueba de negligencia. Ello impide que el demandado mantenga una posición pasiva en el proceso judicial, coloca al demandado en una posición en la que debe explicar y justificar el método adoptado al realizar una tarea particular.

La necesidad de una explicación en supuestos de daños incomprensibles fue formulada por Lord Denning en *Cassidy v. Ministry of Health* ⁷ del siguiente modo: si el paciente tuviese que probar que algún médico o enfermera concreto fue negligente, no podría hacerlo. Pero no se le impone esta tarea imposible. Basta que el paciente diga: «fui al hospital para ser curado de dos dedos rígidos. He salido con cuatro dedos rígidos y mi mano resulta inútil. Esto no debería haber ocurrido si se hubiese empleado la diligencia debida. Expliquen, si pueden, cómo ocurrió» ⁸.

Ciertamente, el profesional parece estar en una mejor posición en relación con la prueba, pues la mayoría de los elementos probatorios necesarios para llegar al conocimiento de lo que pasó están en su poder, y éste es uno de los argumentos utilizados para justificar la aplicación de *res ipsa loquitur*. Cuando el demandado no colabora con la explicación de los hechos, *res ipsa loquitur* sirve de mecanismo para presionarle a aportar pruebas al proceso, pues evita

⁵ En el asunto *Byrne v. Boadle*, con la alegación de *res ipsa loquitur* se evitó efectivamente el *non trial*, pero la petición del actor fue posteriormente desestimada.

⁶ Entre otros, DUGDALE y STANTON, *Professional negligence*, Butterworths, 2.ª edic., 1989, p. 245; BRAZIER, *Medicine, patients and the Law*, Penguin Books, 2.ª edic., 1992, p. 157; DAVIES, *Textbook on Medical Law*, Blackstone Press Limited, 2.ª edic., 1998, p. 105, y FLEMING, *The Law of Torts*, The Law Book Company, 9.ª edic., 1998, p. 358.

⁷ (1951) 2 KB 14. Aquí el demandante se sometió a una intervención quirúrgica para intentar curar una contracción Dupuytren en dos dedos y, tras la operación, acabó con cuatro dedos rígidos.

⁸ Volvió a insistir en esta idea *Saunders v. Leeds Western Health Authority*, (1985) 82 LSGaz R 1491; 129 SJ 225: es evidente que una niña sana de cuatro años normalmente no sufre una parada cardiaca durante la anestesia si se ha adoptado la diligencia debida en el proceso anestésico y quirúrgico, por lo que el profesional debe explicar cuál fue la conducta seguida. El mero accidente anestésico no revela, por sí mismo, una negligencia, pero puede hacer surgir la necesidad de exigir una explicación de lo ocurrido.

que el profesional quede absuelto de toda responsabilidad al elegir, sencillamente, no aportar prueba alguna.

Éste ha sido un factor importante en el desarrollo de *res ipsa loquitur*⁹, al producir un efecto persuasivo sobre los tribunales en cuanto a la aceptación de esta doctrina, pero no es un requisito para su aplicación.

El problema, a mi modo de ver, es que un mecanismo utilizado en sus orígenes para aligerar las dificultades del demandante en la prueba de los hechos, que puede ser útil en algunos casos concretos, pase a convertirse en una regla de aplicación y alcance general en el ámbito sanitario.

Res ipsa loquitur no supone, como pudiera parecer a simple vista, una respuesta a las dificultades probatorias de la negligencia, sino un desinterés total y absoluto por la negligencia y, lo que es más grave, por la relación de causalidad, como intentaré demostrar a lo largo de este trabajo.

2. REQUISITOS

Para poder aplicar esta teoría es preciso que se den ciertos requisitos, que paso a analizar separadamente^{10, 11}.

2.1 Evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia de alguien

Posiblemente sea éste el presupuesto más controvertido. Se trata de constatar que es más probable que el suceso haya ocurrido por culpa, que sin ella, ya que en el curso ordinario de las cosas no ocurre este tipo de accidentes sin negligencia de alguien.

«La cosa habla por sí misma», pero, ¿qué dice? Puede decir: la negligencia es la única causa posible del daño. O puede decir: la negligencia es la causa más probable del daño porque general-

⁹ Cfr. *Restatement of Torts, Second*, § 328 D, comentario k).

¹⁰ Los requisitos fueron formulados por WIGMORE, *Evidence*, en su manual de 1905, y a partir de entonces la teoría se ha convertido en una fórmula rígida.

Cfr. PROSSER, «*Res ipsa loquitur* in California», *California Law Review*, 1949, vol. 37, p. 187, e EATON, «*Res ipsa loquitur* and medical malpractice in Georgia: a reassessment», *Georgia Law Review*, vol. 17, 1982, p. 33.

¹¹ WEIR, *A casebook on tort*, 6.ª edic., Londres, 1988, p. 145, critica que los autores intenten explicar bajo qué circunstancias esta regla es posible, o permitida, o inevitable, cuando no pueden existir reglas aclaratorias: «Si hay pocas reglas que nos dicen en qué casos el demandado era negligente, deben haber aún menos reglas que nos digan cuándo debía haber sido negligente». La cursiva es del autor.

mente éste no se produce sin aquélla. O puede decir: cuando se actúa con diligencia, este daño se produce raramente.

Entre estas tres hipótesis apuntadas, creo que la primera debe ser descartada, dado que cabe la posibilidad de que el daño haya tenido lugar siendo el médico perfectamente diligente.

De las otras dos, una hace referencia a la probabilidad de negligencia del demandado, y la otra, a la probabilidad de ocurrencia del daño, en general. Entre ambas, creo que el requisito hace referencia a la probabilidad de negligencia del demandado, porque centrar el debate en la posibilidad general y abstracta de producción de un determinado resultado supone prescindir de los elementos esenciales de la responsabilidad civil.

Res ipsa loquitur indica que el daño normalmente no se produce sin la negligencia del demandado y que, por tanto, es muy probable que la negligencia de éste haya causado el daño ¹².

La regla *res ipsa loquitur* es un juicio probabilístico de sentido común basado en la experiencia de la vida ¹³. La eficacia de este juego de probabilidades va a depender de las circunstancias que rodean al caso. El demandado debe probar esas circunstancias, los hechos iniciales que pueden servir de base o indicio para poder deducir que es más probable que lo contrario (*more probable than not*) que la negligencia del demandado fuese la causa del daño.

Res ipsa loquitur concede un permiso para inferir la causalidad negligente y, en función de las circunstancias que rodean al caso y de la experiencia habitual de la vida, dicha conclusión estará justificada o no. Si estas circunstancias permiten deducir que lo más probable es que el demandado fue negligente, y que esa negligencia ha causado el daño, cabe acudir al mecanismo presuntivo.

Cuando la balanza de las probabilidades no se inclina claramente a favor del demandante, porque los hechos son poco convincentes, y resulta tan posible que la negligencia del demandado causase el daño como lo contrario, entonces el actor no ha presentado elementos suficientes para poder establecer la presunción. Únicamen-

¹² RICO-PÉREZ, *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Madrid, 1984, p. 72, formula este presupuesto del siguiente modo: «que el accidente no ocurra sin haber negligencia por parte de alguien, o lo que es lo mismo, tiene que existir una falta o descuido».

DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona, 1996, p. 176, nota 211, critica esta formulación porque supone tener que probar de algún modo esa falta o descuido para que posteriormente pueda incluirse el supuesto dentro de los correspondientes a la *res ipsa loquitur*, lo cual hace inoperante esta máxima.

¹³ Cfr. JONES, *Medical negligence*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 99.

te será de obligada aplicación en los casos en que los hechos sean tan convincentes que ninguna persona razonable podría rechazar la presunción ¹⁴.

La mera afirmación de que el daño es «inusual» no es ni puede ser suficiente para condenar a un médico, ya que dicho adjetivo no aporta ninguna calificación jurídica. El daño inusual o desproporcionado puede ser una pista que nos indique que ha habido una posible negligencia, pero después habrá que analizar las circunstancias del caso (enfermedad, tratamiento aplicado, estado del paciente, actuación del médico conforme a la *lex artis*) para ver si ese daño puede ser imputado al profesional o no. Un daño inusual puede ser perfectamente compatible con la diligencia y la corrección en la actuación médica.

Por un lado, cabe la posibilidad de que el conocimiento actual y la experiencia en un momento concreto no puedan explicar cuál es la causa del daño ¹⁵. Por otro lado, puede que el daño sea un riesgo inherente al acto médico, aunque infrecuente. Indudablemente todo acto médico, sea quirúrgico o no, conlleva un riesgo y cuando éste se produce no cabe condenar automáticamente al profesional, pues siendo inherente al acto médico y dependiendo de la reacción del paciente al mismo, no es evitable, aun empleando el nivel máximo de diligencia posible.

Por último, el error no conlleva necesaria y automáticamente una declaración de negligencia, por lo que es insuficiente para establecer la responsabilidad civil del profesional ¹⁶.

Si el demandado únicamente tuviese que demostrar que ha sufrido un daño que no ocurre normalmente, el médico se convertiría en un asegurador de lesiones raras pero inevitables con la diligencia debida.

¹⁴ Cfr. *Restatement of Torts, Second*, comentario *m*) al § 328 D.

¹⁵ Estoy pensando, por ejemplo, en el asunto *Roe v. Ministry of Health* (1954) 2 WLR 915, 2 All ER 131, que resolvió el siguiente supuesto de hecho: dos pacientes ingresaron en un hospital para sendos actos de cirugía menor y acabaron con parálisis permanente en las extremidades inferiores. Se descubrió que las ampollas del anestésico tenían unas pequeñas grietas, que no eran detectables mediante la inspección ordinaria, por las que se filtraba el desinfectante en el que se almacenaban las ampollas, contaminando el anestésico que después se inyectaba por vía dorsal.

El anestesista y el centro fueron absueltos porque, en el momento en que se produjeron los hechos, esta eventualidad no era conocida. Fue precisamente este accidente el que destapó el riesgo descrito.

Por cierto, de este asunto procede la célebre frase «no se puede examinar el accidente de 1947 [fecha en que ocurrieron los hechos] con las gafas de 1954 [fecha en que se juzgaron los hechos]».

¹⁶ Entre otros, véase ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, p. 313; JORDANO FRAGA, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, 1985, p. 59, e YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 294.

2.2 Control exclusivo por parte del demandado del medio material (instrumento) o personal (dependiente) que haya causado el daño

Una vez inferida la negligencia, ésta debe poder atribuirse a alguien: será condenado al pago de una indemnización quien tenga el control exclusivo del instrumento o de la persona causante del daño. No es necesario el control real, actual, sino que es suficiente la posibilidad de ejercer el control¹⁷. El control del demandado debe ser exclusivo, sin posibilidad de interferencias por parte de terceros no autorizados en las circunstancias o medios que causaron el daño¹⁸.

El *Restatement of Torts, Second*, § 328 D (1)(b), formula este requisito del siguiente modo: se aplicará la deducción de causación negligente sólo cuando «otras causas responsables, incluyendo la conducta del demandante y de terceras personas, hayan sido debidamente eliminadas por la prueba». Es decir, no está expresado tanto en términos de control, como de ausencia de factores concurrentes en la causación del daño^{19, 20}.

El problema es que, en el entorno sanitario, la mayoría de las lesiones derivan de una combinación de factores personales (actos cometidos por varios agentes) y materiales (instrumental o maquinaria a disposición del médico).

¿Qué ocurre cuando nos encontramos frente a varias personas que participan en el acto asistencial? Cuando el demandante no

¹⁷ Sin que esto signifique que tenga que estar bajo su control en el preciso momento del daño; basta que se tenga sobre él un poder de control y la oportunidad de ejercerlo. Cfr. PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 250.

¹⁸ Dos asuntos planteados contra compañías de ferrocarril por personas que se habían caído del tren al abrirse una puerta contra la que se habían apoyado ilustran el grado de control necesario para aplicar *res ipsa loquitur*.

En *Gee v. Metropolitan Ry Co.* (1873) LR 8 QB 161, se condenó a la empresa demandada por negligencia: ejercía el control exclusivo sobre las puertas, pues el hecho había ocurrido justo al iniciar su trayecto.

En *Easson v. LNE Ry Co.* (1944) 2 KB 421 (1944) 2 All ER 425, CA, el resultado fue absolutorio: era imposible que las puertas de un tren que va desde Edimburgo hasta Londres estuviesen bajo el control continuo y exclusivo de la compañía ferroviaria; durante el trayecto existen interferencias de los pasajeros. La caída del tren se produjo siete millas después de la última parada.

¹⁹ El comentario g) a este precepto apunta que el control exclusivo es simplemente un hecho que permite establecer la responsabilidad del demandado, pero si se puede deducir de otra manera, el control exclusivo no es imprescindible. La cuestión esencial es entonces determinar si la causa probable del daño es de tal naturaleza que el demandado tenía la obligación de anticipar su ocurrencia, o de proteger al demandante frente a ella.

²⁰ *Kelly v. Hartford Casualty Insurance Co.* 86 Wis. 2d 129, 271 MW 2d 676 (1978), el tribunal superior de Wisconsin interpreta control en el sentido de excluir *res ipsa loquitur* «cuando la lesión se pueda atribuir razonablemente a una condición preexistente, reacción alérgica o alguna otra fragilidad del demandante».

puede identificar a la persona concreta que causó el daño, caben dos posibilidades: o imponer responsabilidad a todos los intervinientes, solidariamente; o a ninguno porque nadie tiene el control exclusivo.

El planteamiento tradicional de *res ipsa loquitur* es el siguiente: cuando el actor puede demostrar que la negligencia de uno de los demandados probablemente causó el daño, pero no puede identificar cuál, la regla no es aplicable²¹. Resulta evidente que, por ser necesario el control exclusivo del demandante para poder imputarle responsabilidad, a falta de aquél no cabe atribuir ésta.

Frente a esta postura clásica se alza *Ybarra v. Spangard*²² en el que el demandante sufrió una lesión inexplicable en el hombro durante una operación de apendicitis, a consecuencia de la cual perdió el uso del brazo. El Tribunal Supremo de California aplicó *res ipsa loquitur* a todo el personal sanitario que participó en la intervención o cuidado postoperatorio. Aunque era casi imposible que todos los médicos y enfermeras causasen la lesión, la sentencia estableció que «cuando el demandante sufre lesiones inusuales mientras está inconsciente y en el curso de un tratamiento médico, cabe llamar a todos aquellos demandados que tenían algún control sobre su cuerpo o los instrumentos que podían haber causado las lesiones, para que hagan frente a la inferencia de negligencia que se alza contra ellos, dando una explicación de su conducta».

Esta sentencia ha sido muy criticada²³ por introducir un efecto de extensión indeseable de *res ipsa loquitur*.

En el ámbito sanitario, se produce una particularidad: aunque no se pueda identificar el sujeto concreto que, con su acción u omisión, causó el daño, y/o aunque los distintos sujetos del acto médico actúen en un plano de igualdad, sin estar subordinados entre ellos, encontraremos casi siempre un superior jerárquico, común a todos, que sí tiene el control exclusivo de sus dependientes: el centro sanitario.

Cuando interviene un equipo médico, existe la dificultad de identificar con precisión cuál ha sido la incidencia de la participación de cada uno de los sujetos en el proceso causal. Si durante el acto quirúrgico o de tratamiento han intervenido varios profesionales es difícil determinar en qué medida ha incidido cada uno de

²¹ Cfr. PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 251 ss., y KING, *op. cit.*, p. 120.

²² (1944) 154 P.2d 687 (Cal. 1944) (1949) 93 Cal. App. 2d 43, 208 P.2d 445.

²³ Sobre todo, por SEAVEY, *Res ipsa loquitur: Tabula in naufragio*, Harvard Law Review, 1950, vol. 63, p. 644, quien mantiene que esta doctrina ha abierto la caja de Pandora de los malentendidos en los tribunales.

Pero también ha sido seguida por otros tribunales. Así, *Calvin v. Jewish Hospital of St. Louis*, 764 SW. 2d 602 (Mo.Ct.App.1988), en que, tras una intervención quirúrgica en la parte inferior de la espalda, el paciente sufrió parálisis del brazo.

ellos en la causación del daño. Este escollo puede ser vencido: si todas estas personas tienen el mismo superior jerárquico, cabe imponerle responsabilidad a éste ²⁴.

Volveremos sobre esto en la última parte del trabajo, al examinar el supuesto de dejación de algún objeto en el cuerpo del paciente.

2.3 Que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño

A veces la formulación de este elemento hace hincapié en la ausencia de culpa de la víctima, otras hace referencia únicamente a la falta de contribución a la causación del daño, sin mencionar la negligencia. Ésta me parece una formulación más adecuada porque es preciso hablar en términos de relación de causalidad, no de negligencia. No hay que atender tanto a la entidad de la culpa de los sujetos involucrados en el daño, cuanto a la contribución causal de las conductas en la producción del daño ²⁵.

Pero ¿hasta qué punto el comportamiento del perjudicado que contribuye a causar el daño debe excluir la aplicación de *res ipsa loquitur*? Porque si bien es cierto que cuando la participación de la víctima en la causación del daño es de tal entidad que permite hablar de interrupción del nexo causal, de «culpa exclusiva de la víctima», no es menos cierto que en ocasiones estaremos ante un supuesto de concurrencia de causas. El daño puede haber sido causado tanto por la conducta del perjudicado como por la del demandado. En estos casos, la responsabilidad debe distribuirse entre las distintas personas que han ocasionado el daño, atendiendo al grado de participación o intervención en su producción.

Y esta conducta (del profesional) que contribuye parcialmente a causar el daño ¿por qué no va a poder ser demostrada a través de

²⁴ Así procede la jurisprudencia del Reino Unido, condenando al centro con base en *res ipsa loquitur* porque tiene el control exclusivo de sus dependientes. *Cassidy v. Ministry of Health*, ya citada, condena al *National Health Service* a pesar de no identificar a ningún empleado que pudiera haber sido negligente, por ser el empleador común.

KING, *op. cit.*, p. 120: quien responde por hecho ajeno cumple este requisito de *res ipsa loquitur*.

CHRISTIE y MEEKS, *Cases and Materials on the Law of Torts*, American Casebook Series, 2.ª edic., 1990, p. 221, refiriéndose a *Ybarra*, creen que el asunto no hubiese sido difícil de haber impuesto responsabilidad al propietario del hospital por los hechos de los miembros del equipo médico.

²⁵ Cfr. MORENO FLÓREZ, *¿Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?*, Actualidad civil, 1986, p. 2293; PANTALEÓN, «Comentario al artículo 1.902 del Código civil», en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1997; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 814, e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 207.

En contra, DE COSSIO, *La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español*, ADC, 1966, p. 553.

res ipsa loquitur? Dicho de otro modo, la participación de la víctima en el resultado dañoso, ¿por qué debe impedir automáticamente inferir la negligencia del médico? ¿Acaso no es posible utilizar el mecanismo presuntivo para demostrar, aunque sea indirectamente, la contribución causal (no exclusiva) del médico en el evento dañoso?

De momento, esta posibilidad es más teórica que real en el ámbito sanitario, puesto que en casi todos los casos en que se ha planteado *res ipsa loquitur*, el paciente está anestesiado, por lo que mal puede haber contribuido (poco o mucho) a la causación del daño. Ya hemos visto que el hecho de que el paciente esté anestesiado y no pueda conocer cómo se han producido los eventos es una de las justificaciones de *res ipsa loquitur*.

3. EFECTOS

La admisión de la regla *res ipsa loquitur* puede plantear algunos problemas en relación con sus efectos o consecuencias sustanciales y procesales que, a la vez, son los riesgos que conlleva la falta de entendimiento de esta figura. Veamos.

3.1 Presunción judicial reforzada

La regla *res ipsa loquitur* permite demostrar que el daño ha sido causado por la conducta negligente del médico. Es una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia²⁶. Su funcionamiento es esencialmente similar al mecanismo de las presunciones, por lo que resulta necesario analizar, antes que nada, cómo funcionan éstas.

3.1.1 FUNCIONAMIENTO

La presunción judicial es un mecanismo probatorio²⁷ que permite deducir un hecho a partir de otro que ha sido demostrado en el

²⁶ Entre otros, PROSSER, *The procedural effect*, op. cit., p. 257, y *Res ipsa loquitur in California...*, op. cit., p. 189; EATON, op. cit., p. 36-37; WEILER, *Medical malpractice on trial*, Harvard University Press, 1991, p. 22; ABLIN, op. cit., pp. 344 y 345, y EPSTEIN, *Cases and materials on torts*, Aspen Law & Business, 7.ª edic., 2000, p. 282.

²⁷ La presunción no es, en realidad, un medio de prueba. El derogado artículo 1215 CC lo configuraba como tal, categorización que no era compartida por la doctrina procesalista, para la cual las presunciones son un mecanismo para la fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero sin ser un verdadero medio de prueba. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1988, p. 351, y

proceso. El funcionamiento de esta presunción exige tres elementos, reflejados en el artículo 386 LEC:

a) La afirmación base introducida a través de los medios de prueba es el indicio de la presunción, el hecho admitido o probado.

b) La afirmación presumida es el hecho presunto, el hecho nuevo deducido por el juez.

c) Un enlace preciso y directo entre ambas afirmaciones, según las máximas de la experiencia comunes, a las que el artículo 386.1 LEC denomina «reglas del criterio humano». Este enlace justifica la formación de la presunción²⁸, y puede ser impuesto por el legislador, en cuyo caso nos encontramos ante una presunción legal, o elegido en cada caso por el juzgador, en cuyo caso es una presunción judicial.

En el ámbito sanitario, a partir del resultado dañoso sufrido por el paciente, ocasionado por el profesional, el juzgador puede deducir la negligencia²⁹ de éste, cuando se trate de un hecho que normalmente no se produce sin negligencia, debiendo apreciar esta conexión o congruencia a partir de criterios de normalidad, de habitualidad estadística.

En la presunción judicial, el actor deberá probar los hechos que sirven de indicio o afirmación base (relación de causalidad) y el resultado anormal (daño), y estos elementos dejarán ver el hecho que se trata de deducir: la negligencia.

Pero en *res ipsa loquitur* bastará con demostrar el daño. Porque el daño y la afirmación base, causa de aquél, son la misma cosa. No es necesario probar la relación de causalidad o procedencia del daño: ésta se hace evidente mediante la presunción que desencadena la culpa en el demandado.

Se ha dicho que *res ipsa loquitur* es, en realidad, una presunción judicial de culpa³⁰ en un supuesto concreto, dotada de mayor evidencia y verosimilitud que otros supuestos donde también incide el

SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 1.249 CC», en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 414.

La Ley de Enjuiciamiento Civil parece que ha recogido el sentir de los procesalistas al no incluir a las presunciones entre los medios de prueba, enumerados en el artículo 299. El título mismo del Capítulo VI, «De los medios de prueba y las presunciones», pone de manifiesto que son cuestiones relacionadas, pero no confundibles.

²⁸ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 416.

²⁹ La culpa ¿puede ser un hecho presunto? Por la negativa se decanta CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987, p. 67: «Siendo la culpa un supuesto normativo y no un hecho, mediante presunción judicial sólo puede fijarse un hecho, del que, en una posterior valoración jurídica, se podrá predicar el calificativo de culposo; en este sentido, la expresión “presunción de culpa” es inexacta».

Técnicamente, así es, pero si la culpa no es un hecho, lo es la conducta humana que, tras el juicio de valor correspondiente, es calificada de negligente.

³⁰ RICO-PÉREZ, *op. cit.*, p. 73, señala que es un medio de prueba que se asemeja al razonamiento deductivo de las presunciones.

DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 182, va más lejos: el principio de *res ipsa loquitur* se identifica plenamente con una presunción judicial de culpa, y (p. 177) si existe alguna diferencia entre ellas, no tiene mayor trascendencia que la de una simple cuestión formal.

mecanismo presuntivo. La aplicación de la regla *res ipsa loquitur* acorta la verificación del recorrido causal que finaliza en el evento dañoso, por lo que, siguiendo a Díaz-Regañón, podemos calificarla de presunción judicial «reforzada»³¹.

Existe, eso sí, una diferencia fundamental entre *res ipsa loquitur* y la presunción judicial, y es que en aquélla no será necesario demostrar la relación de causalidad, pues está incluida en la presunción, junto al elemento de negligencia³².

Pero ¿acaso la relación de causalidad no se puede demostrar mediante una presunción judicial? Aunque en principio nada lo impide³³, lo cierto es que en el ámbito de la responsabilidad médica el nexo causal es un elemento muy complejo, para acreditarlo será necesario acudir a la prueba pericial y ésta, por su propia naturaleza, impide la aplicación de *res ipsa loquitur*, como veremos seguidamente.

3.1.2 SOBRE LA PRUEBA PERICIAL EN «RES IPSA LOQUITUR»

Existe una cuestión conflictiva planteada en los países del *Common Law*, que gira en torno a la admisibilidad de la prueba pericial cuando se alega *res ipsa loquitur*. Cuando el actor alega esta regla ¿puede también aportar alguna prueba pericial?

Si decimos que en esta doctrina «la cosa habla por sí misma, sin necesidad de que hable el hombre»³⁴, es lógico pensar que no es necesaria la prueba pericial. Porque si la negligencia del profesional deriva del daño mismo, este enlace entre hecho probado y hecho presunto debe poder ser apreciado por un lego en la materia. El sentido común indica o explica cómo ha ocurrido el accidente, pues la experiencia habitual de la vida nos ayuda a explicar cómo se producen «normalmente» los accidentes.

Frente a esta postura, cabe alegar a favor de la admisión de la aportación de prueba pericial el hecho de que el juzgador generalmente no tiene conocimientos médicos suficientes para inferir, de

³¹ DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 182, mantiene que la única diferencia con las presunciones judiciales sería que según *res ipsa loquitur* «las posibilidades de fracaso de la presunción son tan exiguas que rozan la imposibilidad; actuarían como presunciones judiciales de culpa «reforzadas» o necesitadas de un menor recorrido lógico en el razonamiento del Juez, por su casi incontestable contradicción».

³² La presunción es doble: que el accidente se causó de una determinada manera, y que la conducta del demandado en relación con esa causa era negligente. Cfr. PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 247.

³³ PANTALEÓN, «Comentario al artículo 1902 CC», en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1983.

³⁴ En palabras de ZEPOS y CHRISTODOULOU, «Professional liability», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1978, vol. XI, núm. 6, p. 27.

la existencia misma del daño, la negligencia del demandado. Porque ¿qué nos indica la experiencia habitual de la vida sobre la intervención quirúrgica para intentar paliar la enfermedad de Dupuytren? ¿Algo?

Ciertamente, el ámbito sanitario escapa a las reglas de la experiencia común, pero ¿es ello suficiente para impedir la aplicación de *res ipsa loquitur*? La doctrina anglosajona cree que no³⁵. Fleming³⁶ argumenta que se debe admitir la aportación de la prueba pericial porque la noción de sentido común no debe quedar restringida artificialmente a los asuntos en que el juzgador es capaz de formarse una opinión únicamente con base en sus propios conocimientos inexpertos.

Los tribunales estadounidenses siguen esta línea al instruir al jurado sobre la doctrina *res ipsa loquitur* y permitir la prueba pericial en los asuntos médicos^{37, 38}.

Pero alegar *res ipsa loquitur* y, al mismo tiempo, recurrir al dictamen pericial parece incompatible: esta posibilidad no es coherente con el propósito originario de la doctrina³⁹. Si se necesitan peritos para conocer cómo se realizan «normalmente» las intervenciones médicas, sus riesgos y posibles efectos, entonces las cir-

³⁵ En *Mahon v. Osborne* (1939) 2 KB 14 se planteó la cuestión de si el conocimiento de lo que ocurre «en el curso habitual de los acontecimientos» debe significar que la opinión del experto es irrelevante, pues se desprende de la experiencia común. Se admitió la presencia de expertos para explicar lo que normalmente ocurre.

ROGERS, *op. cit.*, p. 142, y BRAZIER, *op. cit.*, p. 158, creen que *res ipsa loquitur* no elimina la necesidad de peritos.

KING, *op. cit.*, p. 117: no hay justificación para limitar esta regla exclusivamente a los casos de sentido común. *Res ipsa loquitur* no es simplemente una extensión del principio del sentido común, sino una regla de prueba circunstancial.

³⁶ FLEMING, *op. cit.*, pp. 355 y 356.

³⁷ Cuando la causa de la lesión no es de conocimiento común, permiten ambas alegaciones, entre otras las sentencias en los siguientes asuntos: *Connors v. University Associates in Obstetrics & Gynecology*, 4 F.3d 123 (2d Cir.1993), la paciente sufrió una pérdida permanente de la función de una pierna tras una intervención para quedar embarazada (demandados condenados); *Mireles v. Broderick*, 872 P.2d, 863, 866 (N.M. 1994); *Cangelosi v. Our Lady of the Lake Regional Medical Center*, 564 So.2d 654,667 n. 11 (La 1990); *Morgan v. Children's Hospital*, 480 NE2d 464, 467 (Ohio 1985), y KING, *v. Searle Pharmaceuticals*, 832 P.2d 858, 862 (Utah 1992).

³⁸ Y el *Restatement of Torts*, § 328 D, comentario d) señala que el elemento de la experiencia común, cuestión de conocimiento general, puede ser suministrado por prueba pericial. La declaración de un experto de que un evento normalmente no ocurre sin negligencia puede ser base suficiente para la inferencia. Dicho testimonio puede ser esencial para el demandante en los casos en que, como los de malpraxis, no existe un conocimiento común que permita al lego inferir razonablemente dicha conclusión. Por otro lado, hay otros tipos de malpraxis, como la dejación de esponja en el abdomen del demandante después de una operación, donde no es necesario un experto para informar al jurado que esos eventos no ocurren normalmente sin negligencia.

³⁹ ABLIN, «Res ipsa loquitur and expert opinion evidence in medical malpractice cases: strange bedfellows», *Virginia Law Review*, 1996, vol. 82, núm. 2, p. 326, considera diametralmente opuesto instruir al jurado sobre la regla *res ipsa loquitur* y después basarse en la prueba pericial para demostrar la culpa.

cunstancias ya no hablan por sí mismas, sino que lo hacen los expertos.

En su origen, *res ipsa loquitur* encuentra su justificación en la posibilidad de inferir negligencia de unos hechos que producen un daño a través de las máximas de la experiencia común. Si el juzgador extrae la prueba de los hechos relevantes de las máximas técnicas de la experiencia (prueba pericial), y con base en ellas condena al profesional, esta resolución tendrá su fundamento en la prueba pericial, no en el mecanismo presuntivo⁴⁰.

No digo con ello que la presunción sea un mecanismo probatorio supletorio al que sólo es posible acudir en ausencia de prueba directa sobre los hechos⁴¹, sino que la prueba pericial (máximas de la experiencia técnicas) desplaza a la prueba que emplea máximas de la experiencia común (*res ipsa loquitur*). No es tanto que la prueba pericial desplace a la presunción, como que las máximas de la experiencia técnica desplazan a las máximas de la experiencia común.

Únicamente se debería admitir *res ipsa loquitur* en los casos en que el juzgador, sin ayuda de expertos, pueda deducir con base en el sentido común que la causa más probable del daño es la negligencia del demandado. En todos aquellos casos en que sea necesario introducir prueba pericial para explicar una causalidad compleja, *quid* de la responsabilidad médica, no será posible alegar *res ipsa loquitur*, porque entonces no hablan las circunstancias sino los expertos.

3.1.3 CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL DEMANDADO

Como todas las presunciones judiciales, *res ipsa loquitur* admite prueba en contrario. Antes de examinar en qué consiste, es preciso recordar que si el demandado no ofrece ningún elemento de prueba en contrario, la sentencia no será necesariamente condenatoria. Si la prueba aportada por el actor es insuficiente para convencer al juzga-

⁴⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 414: «Sobre los resultados de los medios de prueba el juzgador extrae, bien con ayuda de máximas de la experiencia técnicas –dictamen pericial–, bien con ayuda de máximas de experiencia comunes –presunciones–, afirmaciones directamente relevantes para el juicio de hecho de la sentencia».

⁴¹ MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª edic., Barcelona, 1993, pp. 184 y 593, ha puesto de relieve la importancia que en el enjuiciamiento revisten las presunciones, a las que ha calificado de centro de gravedad de todo el sistema probatorio.

En el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 426 y 427, quien explica que la oposición jurisprudencial a las presunciones judiciales responde a una desconfianza hacia la persona del juzgador que se traduce, en la práctica, «en un enmascaramiento de las presunciones judiciales, declarando probados externamente en la sentencia mediante el recurso a la “apreciación conjunta de la prueba” hechos cuya convicción se ha formado a través de presunciones».

dor de que sus alegaciones son probablemente ciertas, la sentencia desestimarás su petición, pues *res ipsa loquitur* no invierte la carga de la prueba, que sigue correspondiendo al demandante.

Suele confundirse el mecanismo de las presunciones con la inversión de la carga de la prueba, pero operan en momentos distintos. Las presunciones, junto a los medios de prueba, ayudan a fijar los hechos probados. Fijados ya los hechos, el juez procede a su apreciación o valoración: cuando la actividad probatoria ha sido insuficiente y no se ha podido acreditar la certeza de los hechos (o, al menos, la probabilidad razonable), habrá que acudir a las reglas de la carga de la prueba⁴².

Pero el problema de la carga de la prueba es una cuestión posterior, nunca previa, al de la fijación de los hechos⁴³, pues hay que partir de la aportación indiferenciada de los hechos al proceso⁴⁴.

En la responsabilidad civil hay una cierta confusión entre la presunción y la carga de la prueba. Los tribunales canalizan la problemática hacia la carga de la prueba, cuando en realidad no se trata de un supuesto de insuficiencia probatoria⁴⁵.

Como es evidente el riesgo de que el efecto de *res ipsa loquitur* sea concluyente⁴⁶, la reacción del demandado no suele ser pasiva,

⁴² CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 65: la carga de la prueba no significa tanto la necesidad de esfuerzo procesal en la aportación de medios, como la atribución del riesgo de que, a falta de prueba, un hecho se dé por existente o inexistente.

⁴³ Insisten en que las reglas de la prueba no pueden tener carácter apriorístico, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 1.214 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, t. II, p. 321, y MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁴ ¿Acaso el juez va a desestimar la petición del demandante cuando no haya sido éste quien haya probado la negligencia, que sí ha quedado acreditada por la prueba del demandado porque, teóricamente, no le corresponde a él la carga de la prueba de la negligencia? Si el resultado de convencer al juez se obtiene, carece de interés entrar en el problema de la distribución de la carga de la prueba.

⁴⁵ Cuando el Tribunal Supremo alude a la necesidad de invertir la carga de la prueba en caso de daño desproporcionado, técnicamente no hay carencia probatoria, sino que se utiliza ese daño como afirmación base de la que presumir la culpa. Pero debido a la desconfianza en el mecanismo presuntivo, el Tribunal Supremo prefiere acudir a las reglas del *onus probandi*, cuando técnicamente no hay ninguna necesidad de ellas.

DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 105: «lo curioso del problema radica en que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se considera la globalidad de la cuestión probatoria desde la perspectiva de la carga de la prueba». El resultado es una visión parcial e incompleta del tema probatorio. El centro de atención debería ser, preferentemente, el mecanismo mediante el cual se llega a la afirmación de negligencia (o diligencia) en el comportamiento profesional.

MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, p. 46, está convencido de que «a medida que la prueba se vaya estudiando más detenidamente (...) desaparecerá el mito del *onus probandi* como base del sistema probatorio, volviendo las aguas a su remanso».

⁴⁶ Una vez alegada *res ipsa loquitur* ¿produce sus efectos presuntivos automáticamente? El *Restatement of Torts*, § 328 D (2) señala que «es función del tribunal determinar si la inferencia puede ser deducida por el jurado, o si debe ser inferida». Cuando los hechos sean tan convincentes que ninguna persona podría rechazar razonablemente la presunción, el juez exigirá a los miembros del jurado que la admitan.

pero para eludir la aplicación de la regla ¿qué deberá demostrar? *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.* establecía la presunción de culpa «a falta de una explicación por parte del demandado», pero no está claro qué constituye una explicación satisfactoria por parte del demandado. ¿Basta demostrar la posibilidad de que el daño se pudo haber causado por otro motivo compatible con su diligencia? ¿O deberá probar la verdadera causa del daño?

En el entorno anglosajón la posición doctrinal⁴⁷ y jurisprudencial⁴⁸ mayoritarias consideran que no es necesario probar la causa exacta del daño, sino que es suficiente que el demandado ofrezca una explicación causal compatible con su diligencia^{49, 50}.

El médico no queda exonerado simplemente con la aportación de una prueba que demuestre diversas hipótesis posibles, teóricas, que expliquen que el accidente pudo haber ocurrido sin su negligencia. Para desvirtuar la presunción, deberá demostrar que el daño pudo haber ocurrido por otra causa, siempre que esa explicación no se corresponda con una eventualidad excesivamente remota e inusual. De la misma manera que *res ipsa loquitur* no ampara conjeturas o especulaciones, tampoco habrían de servir para exonerar al demandado de responsabilidad.

No hay acuerdo en torno a la virtualidad exoneratoria de la prueba de que el profesional demandado actuó con diligencia. En EE.UU., no produce el efecto de desvirtuar la presunción de negligencia del demandado⁵¹.

Cuando el demandado prueba que el evento dañoso no fue ocasionado por su negligencia, la presunción no queda descartada necesariamente. Aunque el demandado explique que ha empleado toda la diligencia debida, la presunción aún puede funcionar si, en base a la experiencia habitual de la vida, la conclusión es la contraria. Porque aun agotando las medidas de diligencia más exigentes,

⁴⁷ Cfr. KENNEDY y GRUBB, *op. cit.*, p. 393; JONES, *op. cit.*, p. 100 y 103, y BRAZIER, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁸ Cfr. *Restatement of Torts, Second*, § 328 D, comentario o). Ésta parece ser también la postura dominante en los países de la *Commonwealth*, según explican ZWEIGERT y KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3.ª edic., Oxford University Press, 1998, p. 652.

⁴⁹ Así, por ejemplo, en el asunto *Videto v. Kennedy* (1980) 107 DLR 3d 612, no tuvo éxito la alegación de *res ipsa loquitur* de la demandante que reclamaba daños por perforación del intestino tras operación de esterilización por laparoscopia porque había pruebas de que el daño podía ocurrir por otras causas sin negligencia.

⁵⁰ DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 176, opina que la posibilidad de que el daño sobrevenga concurriendo una conducta plenamente diligente es remota, por no decir irreal.

No estoy de acuerdo: hay que pensar en los riesgos conocidos de un tratamiento, que se materializan causando un daño al paciente. Si el daño es la materialización de un riesgo típico, *res ipsa loquitur* no será de aplicación, ya que esos daños pueden ocurrir sin negligencia. Cfr. KENNEDY y GRUBB, *op. cit.*, p. 396.

⁵¹ Cfr. *Restatement of Torts, Second*, § 328 D, comentario n).

lo cierto es que el daño se ha producido. Frente a la demostración de que el accidente no podía haber ocurrido se alza impertérrito el hecho de que sí ha ocurrido. Y por eso, normalmente, la sentencia no desestima la petición del demandante basándose únicamente en la prueba aportada por el propio demandado que fue diligente.

Frente a esta conclusión, en el Reino Unido un sector doctrinal estima suficiente demostrar que el demandado actuó con la diligencia debida⁵².

En EE.UU., algunos Estados han llegado a invertir la carga de la prueba cuando se alega *res ipsa loquitur*, pero esta consecuencia procesal deriva de una confusión con otros mecanismos probatorios aplicables en otro contexto. En sus orígenes, *res ipsa loquitur* no era más que una prueba circunstancial que permitía al jurado inferir, de la existencia misma del daño, que había sido ocasionado por la negligencia del demandado. Poco después se confundió con una antigua regla del *Common Law* que invertía la carga de la prueba al transportista cuando resultaban lesionados los pasajeros de un vehículo⁵³. Aquél debía demostrar que su negligencia no era la causa del daño.

Los dos principios, uno concerniente a la suficiencia de la prueba circunstancial, el otro con la carga probatoria, gradualmente se confundieron y entremezclaron, y de esta fusión emergió una doctrina incierta de *res ipsa loquitur*, que ha sido una fuente de problemas considerables para los tribunales⁵⁴. De esta confusión deriva la disparidad de soluciones judiciales en cuanto a la aplicación de la regla y sus efectos procesales. Y el desacuerdo aún existe.

3.2 Objetivización de la responsabilidad

Ya hemos visto que *res ipsa loquitur* permite deducir de la existencia misma del daño, que la actuación del demandado ha sido

⁵² HEUSTON y BUCKLEY, *op. cit.*, p. 271, y DUGDALE y STANTON, *op. cit.*, pp. 246-247. En palabras de FLEMING, *op. cit.*, p. 362: si no puede señalar causa concreta, deberá probar que adoptó todas las medidas de precaución posibles y que, por tanto, no fue negligente.

⁵³ Establecida, por primera vez, en el asunto *Christie v. Griggs*, 2 Camp. 79, 170 Eng. Rep. 1088 (1809). El eje de una diligencia se rompió, y un pasajero resultó lesionado. El juez declaró que la carga de la prueba corresponde al transportista, debiendo demostrar que dicha lesión no fue ocasionada por su negligencia.

Esta inversión de la carga probatoria tenía una aplicación muy limitada: sólo se admitía en los supuestos establecidos legalmente, y en aquellas relaciones en las que el demandado había asumido una especial responsabilidad por la seguridad del demandante o su propiedad. En este caso, el transportista había asumido contractualmente la obligación de seguridad en el transporte de viajeros.

⁵⁴ Explica esta confusión histórica el *Restatement of Torts*, comentario a), y PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 243 y 244.

negligente, y que esa negligencia ha causado el daño. No sólo la culpa sino también el nexo causal puede ser demostrado por el mecanismo presuntivo. *Res ipsa loquitur* permite hacer esta inferencia de una sola vez, presumiendo cuestiones que en realidad son complejas y deberían ser objeto de un tratamiento separado. Es muy frecuente que la causalidad quede relegada a un segundo plano en los supuestos de responsabilidad médica, confundida con la culpa y analizada conjuntamente con ella. En la responsabilidad médica es habitual que el daño provenga de varias concausas, no sabiendo con seguridad cuál de ellas es la que ha ocasionado el resultado negativo⁵⁵.

En sentido estricto, *res ipsa loquitur* se aplica única y exclusivamente a los casos en que la experiencia habitual de la vida, el sentido común, permiten hacer ese recorrido deductivo. Lo que ocurre es que se utiliza para demostrar la relación de causalidad incluso en asuntos difíciles, cuando la dificultad estriba precisamente en establecer cómo se ha desarrollado el proceso causal en la actuación sanitaria.

Ciertamente, la responsabilidad civil no muda su naturaleza subjetiva por la alegación de *res ipsa loquitur*. Si aplicamos esta fórmula estrictamente, el demandado no resulta condenado al pago de una indemnización con independencia o al margen de la culpa⁵⁶. La negligencia ha quedado demostrada, aunque no por medios de prueba directa sino a través del instrumento presuntivo, y una vez acreditado un hecho es irrelevante el mecanismo que haya conducido a ese convencimiento.

Pero si la alegación de *res ipsa loquitur* rebasa su ámbito de aplicación inicial reservado para aquellos casos que pueden ser apreciados por la experiencia común, y se pretende utilizar en casos de causalidad compleja, deduciendo el recorrido causal más favorable para el demandante, entonces sí estamos transformando el sistema subjetivo en un sistema objetivo de responsabilidad civil.

Si se prescinde de la negligencia e incluso de la relación de causalidad, *res ipsa loquitur* habrá logrado introducir un paso más en la dirección hacia una responsabilidad objetiva⁵⁷, excediéndose

⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 238, comenta que una de las características de la jurisprudencia de nuestro país son las erosiones que experimentan las reglas sobre la prueba de la relación de causalidad. «Cuando se trata de actividades que se encuentran especialmente vinculadas con desarrollos científicos o tecnológicos, resulta extraordinariamente difícil conocer bien la forma en que se han desarrollado los procesos causales.» Y aunque en estos casos se puede modificar la carga de la prueba imponiéndola «a quien le resulta más fácilmente accesible, tal regla no puede, en ningún caso, generalizarse».

⁵⁶ Como dice YZQUIERDO TOLSADA, *Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1990*, CCJC, 1990, p. 288, «por muy presunta que sea, sigue siendo la negligencia el factor de presunción».

⁵⁷ FLEMING, *op. cit.*, p. 363: bajo la pretensión de ofrecer reglas probatorias es un instrumento que objetiviza la responsabilidad de los médicos.

con mucho de su propósito inicial. Iniciará el tránsito desde un sistema de responsabilidad por culpa hacia otro que, si bien no es puramente de responsabilidad automática, sí supone la condena al demandado cuya culpa no ha podido ser establecida⁵⁸. Y, lo que es peor, sin conocimiento de la relación causal.

La consecuencia de todo ello es la manipulación de los elementos doctrinales para conseguir una redistribución de los costes⁵⁹. Y si la regla *res ipsa loquitur* se utiliza para fines que no son los propios, tal vez haya llegado el momento, como proponía Prosser⁶⁰, de tirar esta máxima latina a la papelera legal⁶¹.

No deja de ser sorprendente que un comentario casual hecho por el Juez Pollock a finales del siglo XIX (*Byrne v. Boadle*) haya tenido una carrera tan brillante, pasando a ser una regla probatoria con los efectos examinados, tan alejado de sus pretensiones iniciales.

Cicerón fue el primero (o mejor, el primero de que tenemos noticia) en utilizar la expresión *res ipsa loquitur* como argumento probatorio⁶². A lo largo de su defensa de Milón, Cicerón intenta demostrar que si mató a Clodio fue en legítima defensa, pues las circunstancias que rodean al caso son hechos que revelan, nos indican, nos hablan de la presencia de una causa de justificación⁶³. A lo largo del discurso utiliza la misma argumentación basada en indicios, aunque no siempre emplea los mismos términos⁶⁴. Por cierto, sin éxito: Milón fue condenado al destierro.

EHRENZWEIG, «Negligence without fault», *California Law Review*, 1966, vol. 54, p. 1475, ya advertía que *res ipsa loquitur* no presume la negligencia o invierte la carga de la prueba de la negligencia, sino que prescinde de ella.

MARKESINIS, *op. cit.*, p. 173: el efecto de *res ipsa loquitur* es transformar el deber de diligencia debida en una forma de responsabilidad objetiva.

⁵⁸ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 308 y 309.

⁵⁹ WEILER, *op. cit.*, p. 23: *res ipsa* otorga al jurado compasivo una manera de evitar la exigencia de una prueba tangible de la negligencia del médico, cuando esta «negligencia sin culpa» es la única manera de dar al paciente discapacitado acceso al *deep pocket* de la entidad aseguradora del médico para satisfacer su necesidad de una ayuda económica.

⁶⁰ PROSSER, *The procedural effect...*, *op. cit.*, p. 271.

⁶¹ En sentido similar, KING, *op. cit.*, p. 129: en definitiva, lo más razonable sería abandonar *res ipsa loquitur*, con todas sus perturbaciones complejas y redundantes.

⁶² En el Discurso *Pro Milone* 20, 53.

⁶³ ¿Qué circunstancias? Pues el lugar de encuentro, la hora, el hecho de que Milón iba con ropa que entorpece la lucha, en carruaje, acompañado de su esposa, datos estos que revelan su falta de intención de cometer un asesinato. Clodio, en cambio, iba solo, a caballo, y se había desviado para pasar por dicho lugar, sabiendo que Milón no podía dejar de pasar, pues se dirigía a un festejo al que estaba obligado a acudir por el cargo que ocupaba.

⁶⁴ Cicerón utiliza la expresión tres veces en el texto, pero no siempre en esos términos. La primera vez sí: *res ipsa loquitur*, pero más adelante habla de *res ipsa tot tam claris argumentis signisque luceat* (XXII, 61) y de *res ipsa loqueretur* (XXV, 66).

Por cierto, que, en otro orden de cosas, demuestra que las expresiones en latín no seguían fórmulas estrictas y rígidas.

Quién sabe si el juez Pollock estuvo leyendo a Cicerón la noche anterior⁶⁵ y decidió utilizar esa expresión en el asunto *Byrne v. Boadle*. Pero, ¿cómo puede ser que esos términos hayan alcanzado la dimensión que tienen actualmente?

El hecho de que la expresión *res ipsa loquitur* tenga un alcance y unos efectos tan amplios respecto a su función inicial, pues de ser un criterio de valoración de los indicios ha pasado a ser una regla sustantiva de responsabilidad casi incontestable, puede atribuirse, al menos en parte, a su formulación en latín.

Ciertamente el empleo de la expresión latina tiene una serie de ventajas, pues es evidente su brevedad y concisión, pero también tiene unos inconvenientes. En primer lugar, puede ejercer un poder mágico, hipnótico, para el jurado, dando la impresión de que es una norma imperativa de obligado cumplimiento.

Algunos autores⁶⁶ han resaltado que la falta de familiaridad de los miembros del jurado con el latín puede ejercer un efecto de talismán sobre ellos, atribuyendo un significado trascendente a esas palabras. Algunos estudios demuestran que el actor raramente ve su petición desestimada cuando el jurado ha sido instruido de la existencia de *res ipsa loquitur*⁶⁷.

En segundo lugar, se corre el riesgo de extraer más consecuencias de la expresión de las que originariamente cabría derivar de la misma. Ya en 1923 Lord Shaw se quejaba: «si esa frase no hubiese estado en latín, nadie lo hubiese llamado una regla general»⁶⁸.

Y es que no se puede elevar a categoría de regla general lo que no es más que una aplicación a circunstancias concretas del sentido común. En realidad, la formulación *res ipsa loquitur* no añade nada al panorama jurídico⁶⁹, pero precisamente por su formulación, con-

⁶⁵ PROSSER, WADE y SCHWARTZ, *Torts. Cases and Materials*, 8.ª edición, University Casebook Series, The Foundation Press, 1988, explican que C.B. Pollock era un caballero inglés, que había recibido una educación clásica.

⁶⁶ Cfr. PROSSER, *The procedural effect...*, *op. cit.*, p. 257; WEILER, *op. cit.*, p. 22, y ABLIN, *op. cit.*, p. 346.

⁶⁷ DANZON, *Medical malpractice, Theory, evidence and public policy*, Harvard University Press, 1985, p. 39, señala que, aunque no puede estimar directamente cómo afecta la probabilidad de obtener una sentencia favorable, la alegación de *res ipsa loquitur* aumenta las posibilidades del actor de obtener un resultado favorable en un 50 por 100.

⁶⁸ En el asunto *Ballard v. North British Railway Co.* (1923) SC 43, 56.

Más recientemente, el asunto *Fryer v. Pearson and another* (2000), citado por DE CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, Cavendish Publishing Ltd., 2001, p. 254, aunque no juzgaba un caso de negligencia médica, señaló que «la gente debería dejar de utilizar máximas o doctrinas formuladas en latín, como *res ipsa loquitur*, que no son fácilmente comprensibles por aquellos en cuyo beneficio se supone que existen».

⁶⁹ MCINNIS, «The death of *res ipsa loquitur* in Canada», *The Law Quarterly Review*, 1998, vol. 114, p. 550: la abolición de la regla simplemente eliminaría la confusión generada históricamente por la máxima latina, dejando los principios relevantes intactos.

veniente y concisa, da la impresión de que estamos ante una regla de derecho sustantivo, cuando se trata, única y exclusivamente (que no es poco), de un mecanismo que ayuda a fijar los hechos ocurridos en la realidad.

Lo que puede ser útil para resolver algunos casos concretos de dificultad probatoria de la negligencia del demandado, valorando los indicios que apuntan en una única dirección, se convierte en una prueba incontestable en todos aquellos casos en que el perjudicado desconoce la causa del daño, lo cual puede resultar excesivo.

En EE.UU., algunos Estados conscientes de la confusión y los malentendidos inherentes a la doctrina de *res ipsa loquitur* han prohibido su aplicación en el ámbito sanitario: New Hampshire⁷⁰ y Idaho⁷¹.

En otros Estados, la aplicación de *res ipsa loquitur* queda restringida a algunos supuestos concretos, sin coincidir necesariamente los incluidos. En Florida sólo se aplica a la dejación de objetos extraños en el cuerpo del paciente⁷²; la legislación de Nevada contiene un listado más amplio de supuestos en que cabe presumir la negligencia⁷³.

La jurisprudencia de algunos Estados ha rechazado la aplicación de *res ipsa loquitur* en el panorama sanitario, como ha ocurrido en Alabama⁷⁴.

⁷⁰ En New Hampshire, la doctrina no es aplicable a ningún supuesto de lesión médica [NH Rev.Stat. Ann epígrafe 507-C:2 (1993)].

⁷¹ El Idaho Code, en el capítulo dedicado a malpraxis médica, exige al reclamante aportación de prueba pericial directa acreditativa de la negligencia del demandado. Cfr. epígrafe 6-1012.

⁷² En Florida, sólo constituirá prueba *prima facie* de negligencia el descubrimiento de un objeto extraño, como una esponja, *clamp*, forceps, aguja quirúrgica, u otra parafernalia utilizada habitualmente en procedimientos quirúrgicos, de examen o diagnóstico. Cfr. Fla. Statutes. 1990, epígrafe 766.102 (4).

⁷³ En Nevada (Nev. Rev. Stat. 1993), epígrafe 41A.100 (1), frente a la regla general de la necesidad de acreditar negligencia y causación, no se exige prueba pericial, pues surge una presunción *iuris tantum* de que la lesión o muerte fue causada por negligencia, cuando la prueba presentada demuestra que el daño corporal o la muerte ocurrió en alguna de las circunstancias siguientes:

- a) dejación de algún objeto (salvo medicación u objeto protésico) sin intención en el cuerpo del paciente tras una intervención quirúrgica,
- b) explosión o incendio originado en una sustancia utilizada en el tratamiento, ocurrida durante el curso de dicho tratamiento,
- c) quemadura no intencional causada por calor, radiación o productos químicos, ocurrida durante el acto médico,
- d) lesión durante el curso de tratamiento a una parte del cuerpo no directamente involucrada en el tratamiento, ni próxima al mismo, o
- e) intervención quirúrgica sobre el paciente equivocado, o sobre el órgano, extremidad o parte equivocada del cuerpo del paciente.

⁷⁴ Cfr. *Gilbert v. Campbell*, 440 So.2d 1048 (Ala. 1983).

4. SUPUESTOS DE POSIBLE APLICACIÓN

Es lugar común enumerar una serie de supuestos como ejemplos de *res ipsa loquitur* que debemos analizar detenidamente porque, por un lado, los países del *Common Law* no siempre admiten la aplicación de esta máxima en algunos de estos casos y, por otro, los mecanismos jurídicos de nuestro país permiten resolverlos sin acudir a esa regla. Veamos.

4.1 Olvido de algún objeto tras una intervención quirúrgica

Una de las hipótesis clásicas de aplicación de *res ipsa loquitur* es la de olvido de algún instrumento, generalmente gasas o compresas, en el cuerpo del paciente tras una intervención quirúrgica.

Siguiendo los requisitos enunciados por los países del *Common Law*, presentados al inicio de este trabajo, no hay duda de que se cumple el primero de ellos (evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia de alguien) y el tercero (que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño).

El problema reside en el segundo requisito: para poder condenar al médico demandado al pago de una indemnización es preciso analizar si tenía la posibilidad de ejercer un control exclusivo de los medios materiales y personales que causaron el daño.

Centrando el tema en el supuesto más frecuente, olvido de gasas, ¿cómo podemos hablar de control exclusivo del cirujano cuando intervienen enfermeras cuya tarea es precisamente contabilizar el material utilizado en la intervención? Porque siendo necesario el control absoluto de la situación por parte del demandado, en las intervenciones quirúrgicas en las que queda olvidado algún objeto participan varias personas que pueden haber sido negligentes.

La jurisprudencia inglesa mantiene que el demandante no puede beneficiarse de la aplicación de *res ipsa loquitur* precisamente porque el médico no tiene el control exclusivo⁷⁵. Frente a esta postura,

⁷⁵ En *Morris v. Winsbury White* (1937) 4 All ER 494, se descartó la aplicación de *res ipsa loquitur* en un caso de dejación de objetos en el cuerpo del paciente porque el tratamiento postoperatorio estaba bajo el control de varias personas, ninguna de las cuales tenía el control exclusivo (enfermeras, médicos residentes, cirujano). Igualmente, *McFadyen v. Harvie* (1942) 4 DLR 647, y *MacDonald v. Pottinger* (1953) NZLR 196.

En sentido distinto, *Mahon v. Osborne*, ya citada, el cirujano fue condenado por haber dejado una gasa en el cuerpo del paciente, a pesar de que la enfermera le respondió afirmativamente a la pregunta de si había recuperado todas las gasas. Se justificó el fallo por entender que el cirujano ejercía el control sobre los miembros de su equipo.

También con resultado condenatorio, *Lemke v. United States*, 557 F.Supp.1205 (ND) (1983).

los tribunales estadounidenses condenan tanto al cirujano, por tener derecho a controlar a los otros miembros del equipo quirúrgico, como al hospital, por las actividades del equipo, que generalmente son sus empleados⁷⁶. Los cirujanos se han intentado liberar de la responsabilidad alegando que la práctica habitual de la profesión consiste en delegar la actividad de contar objetos en las enfermeras, pero no ha prosperado⁷⁷.

Resulta evidente que incluso este supuesto considerado «clásico» de *res ipsa loquitur* no tiene una aplicación uniforme ni un seguimiento unánime entre la doctrina⁷⁸.

La dejación de cuerpos extraños es un riesgo, si bien remoto, de las intervenciones quirúrgicas. En los actos en que interviene un equipo médico, cabe atribuir responsabilidad siguiendo dos posibilidades distintas.

Por un lado, cabría condenar al jefe del equipo médico, bien por hecho propio, bien por hecho ajeno, pues el cirujano tiene la obligación de vigilar los actos de las personas que trabajan bajo su dirección, siendo el máximo responsable de todo lo que ocurre en la mesa de operaciones.

Por otro lado, cabría individualizar la responsabilidad de cada uno de los intervinientes teniendo en cuenta las funciones que les son propias; cada uno debería responder de su actuación en el cumplimiento de las obligaciones propias de su esfera de funciones. El principio de la división del trabajo, tanto horizontal como vertical, y el principio de confianza, permiten a cada profesional confiar razonablemente en que los demás realicen su trabajo de forma competente y con la diligencia debida.

De estas dos posibilidades, esta última es la que va cobrando cada vez más fuerza, acorde con los cambios sustanciales que se han producido en el ejercicio de la medicina en los últimos años⁷⁹.

⁷⁶ *Tonsic v. Wagner*, 458 Pa 246, 329 A2d 497 (1974), y *Sparger v. Worley Hospital Inc.*, 547 SW2d 582 (Tex. 1977).

⁷⁷ En *Ravi v. Williams*, 536 So.2d 1674 (Ala. 1988), el tribunal estableció que el cirujano es responsable de la recuperación de las esponjas del cuerpo de la paciente tras una histerectomía y que no puede excusarse delegando la actividad de contar.

Así ha sido desde el principio: *Ales v. Ryan* 8 Cal.2d 82, 64 P.2d 409 (1936), y *Ault v. Hall* 119 Ohio St. 422, 164 NE 518 (1928).

En sentido contrario, *Guell v. Tenney*, 262 Mass. 54, 159 NE 451 (1928): el cirujano no es responsable por la negligencia de la enfermera al contar las esponjas utilizadas.

⁷⁸ JONES, *op. cit.*, p. 140 y 141: dejar algún objeto en el cuerpo del paciente no supone responsabilidad automática. El médico no puede garantizar que no volverá a ocurrir. Aunque será prueba importante de negligencia, no es necesariamente concluyente.

⁷⁹ Entre otros motivos porque el cirujano generalmente ya no elige a las personas con las que va a trabajar, sino que le vienen impuestas por el centro, sea público o privado.

Los cambios en el ejercicio de la Medicina deben incidir en la responsabilidad de los sujetos.

En el escenario quirúrgico, el personal de enfermería tiene el deber de contabilizar el material utilizado durante la intervención quirúrgica. Antes de terminar, el cirujano pregunta si se ha recuperado todo el material y, si la respuesta es afirmativa, cierra la sutura. El médico debe poder confiar razonablemente en la corrección del recuento. Cuando ocurre algún error en el recuento, en principio, deberá responder la enfermera.

En Francia, donde se adoptó la doctrina de la *faute virtuelle*⁸⁰, similar a *res ipsa loquitur*, la jurisprudencia distinguía en una primera etapa según las características más o menos difíciles o urgentes de la intervención, pero cada vez es más severa y actualmente considera este supuesto, por sí mismo, constitutivo de culpa profesional⁸¹. Sin embargo, algunos autores consideran que es un accidente operatorio inevitable⁸².

Creo que, dejando aparte el caso del médico claramente descuidado, las gasas olvidadas pueden ser accidentes inevitables. En determinadas operaciones es un error, sí, pero no necesariamente negligente. Es cierto que este accidente no ocurre habitualmente si el médico es diligente, pero puede ser compatible con la máxima diligencia.

Y es que, aunque parezca alarmante, médicamente no lo es. El tema de las gasas parece, a ojos de un profano, gravísimo, casi incomprensible, que revela una negligencia excesiva. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las gasas y/o compresas utilizadas en las operaciones quedan empapadas en sangre, con lo que quedan «camufladas». Es fácil entonces que el cirujano, simplemente, no las vea. Precisamente, dada la frecuencia de este supuesto, la industria farma-

⁸⁰ La jurisprudencia francesa empezó a aplicar esta teoría, surgida en el ámbito del tráfico automovilístico (concretamente en la Sentencia de la Cour de Cassation de 5 de mayo de 1942, según explica JORDANO FRAGA, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, 1985, p. 79), al ámbito de la responsabilidad médica, a principios de los años sesenta.

La *faute virtuelle* o culpa virtual implica que, ante un daño demasiado anormal en relación con lo que podría esperarse, teniendo en cuenta el tratamiento adoptado, el Juez estima que la existencia de ese daño no es posible sino como consecuencia de la culpa cometida por el médico.

PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, París, 1975, p. 102, señala que la primera sentencia de la *Cour de Cassation* en aplicar esta teoría al ámbito médico fue la de 28 de junio de 1960, que partía del siguiente supuesto de hecho: ante unos daños ocasionados por rayos X, derivados del alojamiento del cierre de las puertas protectoras del aparato, se declaró que semejante resultado sólo se podía deber a la negligencia del médico.

⁸¹ Cfr. MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 2, traducido de la 5.ª edición francesa, Buenos Aires, 1962, p. 177. PENNEAU, *La responsabilité médicale*, París, 1977, p. 76, explica con más detenimiento la evolución jurisprudencial.

⁸² Cfr. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5.ª edición, París, 1955, p. 325, y PENNEAU, *op. cit.*, p. 77.

céutica comercializa gasas de contraste, con borde metálico o de otro color de fácil visualización, para ser localizadas y extraídas.

Además, en algunos casos de grave urgencia y necesidad, se utilizan muchas gasas, a veces de forma precipitada, por lo que no es posible detener el acto para esperar a contabilizar las utilizadas. Se cogen con pinzas, no de una en una, sino de dos en dos o de tres en tres. Y si la intervención ha sido especialmente larga o ha habido algún problema con la anestesia por ejemplo, puede existir una urgencia vital que aconseje terminar la intervención cuanto antes.

Tema distinto es la dejación de algún otro instrumento, como unas pinzas, que pueden suponer un mayor peligro para la salud del paciente⁸³. Si la enfermera está encargada de contar el material utilizado, la responsabilidad recaerá en ella. O mejor aún, en la administración pública, si el centro es de esa naturaleza, o en el centro privado, por falta de diligencia debida en la vigilancia o selección del personal a su servicio⁸⁴.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo suele resolver a favor del perjudicado, pero no condena tanto al médico o a la enfermera como al centro o a la Administración sanitaria.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 1996 (R.A. 9222) condena al Servicio Andaluz de Salud al pago de 10 millones a la viuda por la muerte del paciente tras el abandono de una gasa en su vientre tras una operación. Quedó demostrado que la causa del fallecimiento fue la gasa olvidada en la cavidad abdominal, provocando un absceso que causó la muerte. Los médicos que participaron en la intervención fueron absueltos en segunda instancia. El fallo condenatorio no estaba basado en la regla *res ipsa loquitur*, sino en la responsabilidad objetiva y directa de la Administración.

⁸³ Con resultado condenatorio para el médico, *Prooth v. Wallsh*, 432 N.Y.S.2d 666 (NY Sup.Ct. 1980): *clamps* quirúrgicos dejados tras una operación de *bypass*; *Rudeck v. Wright*, 709 P2d 621 (Mont.1985): esponja dejada en el cuerpo; *Gannon v. Elliot*, 23 Cal.Rptr.2d 86 (Cal.Ct.App. 1993): goma del instrumental quirúrgico olvidada en la cavidad del demandante después de una sustitución parcial de cadera.

⁸⁴ Sin embargo, este argumento no ha producido los efectos deseados en el ámbito penal. La STS Sala 2.^a de 5 de marzo de 1965 (R.A. 814) condenó al médico por un delito de imprudencia temeraria por la muerte de una persona causada por la peritonitis ocasionada por la presencia de un paño (de 82 cms. de largo y 54 de ancho) y gasas que el demandado dejó olvidados al intervenir a la paciente.

El demandado solicitó la reducción de la condena por concurrir razones de urgencia en el cierre de la cavidad sin esperar al recuento, debido al riesgo de hemorragia. El Tribunal Supremo no estimó esta causa de justificación por no considerar debidamente probado que una revisión del material utilizado hubiera determinado forzosamente la hemorragia y subsiguiente muerte, por lo que mantiene la calificación de delito por imprudencia temeraria por falta de atención reprochable, al omitir una medida de precaución postoperatoria.

Éste es un supuesto generalmente considerado de *res ipsa loquitur* pero si examinamos detalladamente veremos que no lo es, porque el actor ha tenido que demostrar la causa de la peritonitis que el objeto dejado ocasiona. La mera constatación del daño, peritonitis, no acarrea automáticamente responsabilidad al médico. Únicamente si demostramos que la peritonitis ha sido causada por una gasa que el médico olvidó, es entonces cuando surge la responsabilidad del médico, no antes⁸⁵.

Por tanto, la presunción no surge del daño, sino de la causa del mismo: no es necesario demostrar la negligencia pues se desprende de la dejación de la gasa. Sólo tras la averiguación de la causa del daño podemos imputar responsabilidad al médico. Es decir, visto el daño, el Juez presume la negligencia, pero tras la averiguación de su causa.

4.2 Infección hospitalaria

Si una persona ingresa en un centro hospitalario, existe el riesgo, mínimo pero existe, de contraer una infección que no está relacionada con el problema por el cual ingresa. La infección se puede contraer de dos maneras: por vía respiratoria, inhalando algún virus, o por contacto a través de alguna herida, que, al ser infectada, puede derivar en una gangrena de la zona afectada.

En el primer supuesto, cuando el paciente ingresado contrae alguna enfermedad por vía respiratoria (pneumonía, tuberculosis), ese contagio deriva de la falta de medidas de asepsia del propio centro. Si en el centro se hallan ingresados enfermos infecto-contagiosos, es evidente que se deben adoptar medidas para que sus virus no contagien a personas sanas o a otros enfermos que no padecen sus mismas dolencias.

Se deben adoptar las medidas necesarias para que los enfermos (u otras personas sanas) no queden expuestas a un riesgo de infección por inhalación. Esta obligación corresponde al centro hospitalario, no al médico, quien carece de poder de decisión, y de los medios suficientes (económicos y personales) para instaurar los mecanismos de prevención necesarios.

A nuestro Tribunal Supremo han llegado algunos asuntos de virus intrahospitalario. La Sentencia de fecha 24 de febrero de 1992 (R.A. 1427) condena al INSALUD por el fallecimiento de un paciente que contrae una neumonía en el entorno sanitario, aun-

⁸⁵ En este sentido, Díez-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 178 ss.

que no propiamente por el contagio, sino por error de diagnóstico, al no haber detectado dicha enfermedad a tiempo⁸⁶.

Huelga decir que, ante todo, habrá que averiguar la causa de la infección, porque si el demandante no ha contraído el virus en el ámbito intrahospitalario sino fuera del centro, éste no deberá responder por faltar no ya la relación de causalidad necesaria, sino la acción u omisión, presupuesto básico de la responsabilidad.

El segundo supuesto apuntado, de infección de una herida por la bacteria *clostridium perfringens*, puede llevar la necesidad de amputación de la zona afectada, si existe gangrena. Este caso ha generado más reclamaciones que el anterior. El Tribunal Supremo generalmente ha condenado por negligencia en la adopción de medidas para conseguir la máxima asepsia.

Así, la STS de 29 de octubre de 1992 (R.A. 8178) condena al INSALUD por las lesiones sufridas por un paciente al contraer gangrena, causada por una bacteria tras una intervención quirúrgica en el tobillo. Los cinco profesionales demandados fueron absueltos en la instancia. El Tribunal Supremo consideró que se había probado suficientemente la causalidad y el origen de la infección (bacteria *clostridium perfringens*), y la falta del máximo control de asepsia y de los medios humanos más adecuados. En el mismo sentido, las sentencias del Supremo de fechas 21 de julio de 1997 (R.A. 5523) y de 1 de julio de 1997 (R.A. 5471).

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 1993 (R.A. 771) condena al centro privado por un supuesto similar. Además, estima negligencia del médico de guardia que, al notar los primeros síntomas de situación infecciosa, dado sus notorias consecuencias gravosas, no fue presto y activo en avisar inmediatamente al médico especialista que había operado a la enferma y que cuidaba de su tratamiento y recuperación.

Frente a estas sentencias que condenan a la Administración sanitaria o al centro privado, en alguna ocasión excepcional el Tribunal Supremo ha absuelto por considerar que el supuesto no es evitable, estimando caso fortuito. La Sentencia del Tribunal

⁸⁶ El supuesto de hecho era el siguiente: un paciente con bronquitis crónica ingresa en un centro del INSALUD; cuando está en trance de mejoría sufre un proceso grave de neumonía intrahospitalaria a consecuencia del cual fallece. El fallo condena al INSALUD por mal funcionamiento del servicio, pero no por haber contagiado un virus intrahospitalario en su centro, sino por no haberlo detectado a tiempo: transcurrieron dos días desde el empeoramiento del paciente hasta su fallecimiento sin que se diagnosticara la neumonía con la suficiente antelación.

La demanda incluía también al médico neumólogo que permitió que el paciente fuese introducido en una habitación donde se encontraba otro paciente con neumonía, patología contagiosa, pero fue absuelto en la segunda instancia, condenando únicamente al INSALUD.

Supremo de 7 de junio de 1994 (R.A. 4897) surge de la gangrena gaseosa padecida por la paciente a consecuencia de una infección por la bacteria *clostridium perfringens* tras intervención quirúrgica en la pierna. Los demandados (el médico, el centro privado y la compañía aseguradora) fueron absueltos en las tres instancias porque el riesgo de infección tras una intervención quirúrgica es previsible, pero inevitable. El fallo recoge la posición de la Audiencia, que apreció caso fortuito dado que no existen medidas de asepsia hospitalaria capaces de erradicar la llamada «bacteria del quirófano».

No estoy de acuerdo. Ciertamente el centro no puede evitar totalmente el riesgo de infección, parece ser que hay una tasa irreductible de tal riesgo, pero es obvio que el empleo de medidas adecuadas de precaución reduce considerablemente las posibilidades de ocasionar el evento dañoso.

El centro hospitalario debe adoptar todas las medidas necesarias para reducir el riesgo de infección, y en caso de producción del hecho dañoso, debe ser condenado al pago de una indemnización. Pero no en virtud de *res ipsa loquitur*, sino por responsabilidad objetiva del centro.

Ciertamente, la infección misma no es prueba concluyente de nexo causal. Será necesario demostrar la relación de causalidad para cercionarse que la infección procede del ámbito hospitalario y que no es anterior a la entrada en sus instalaciones^{87, 88}.

Eso sí, una vez producida, el médico debe reconocer rápidamente las complicaciones postoperatorias en el estadio más pronto posible, para tratarlas inmediatamente. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999 (R.A. 1412) condena al médico por falta de seguimiento tras una cura en herida abierta (en el pie, de cinco centímetros), que se infecta y gangrena. Se

⁸⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 (R.A. 6847) condena al INSALUD, único demandado, porque a una paciente que ingresa con una doble fractura abierta de la tibia y peroné izquierdo, sufrida tras una caída en bicicleta, presenta, cinco días después de su ingreso, gangrena gaseosa y le amputan parte de la pierna. Queda probado que el daño se debió a la actuación de los servicios sanitarios del INSALUD; que si bien la gangrena era una complicación rara, era posible y previsible en toda fractura abierta, sobre todo en heridas causadas en medios rurales. Los médicos no observaron todas las precauciones necesarias, ni se dio el tratamiento adecuado para prevenir el daño, ya que no fue total y absoluta la limpieza de la herida, o el tratamiento posterior, no se acredita que se hicieran los análisis correspondientes inmediatamente después del tratamiento, para comprobar la existencia de gérmenes, sino después, cuando ya era tarde por haberse manifestado la infección por edema y necrosis. Aprecia culpa evidente de los facultativos.

⁸⁸ Lo mismo ocurrirá en los supuestos de infección por no esterilización del instrumental médico. El evento dañoso, la infección, instigará a la averiguación de su causa, pero hasta que no se demuestre la causa de la misma, no podrá presumirse la culpa del médico. Hasta que no se conoce la causa etiológica del daño, no se deduce la culpa.

intenta alegar por vía de exculpación que en las curas de urgencia «nunca puede saberse si la limpieza de una herida ha sido correcta». Pero precisamente por eso se hace necesario un seguimiento para comprobar la total desinfección de la herida o, en su caso, para aplicar los medios antiinfecciosos que hubiesen evitado la amputación, siendo improcedente la posposición de la revisión cinco días después.

4.3 Miembro equivocado

La jurisprudencia española no ha aplicado la doctrina de *res ipsa loquitur* en las oportunidades que ha tenido de extirpación o amputación de un órgano o miembro equivocado. En la vía penal ha condenado al médico, sin acudir a la prueba de presunciones, sino por la prueba directa de la culpa: generalmente por no consultar previamente la historia clínica⁸⁹.

¿Cómo puede producirse una equivocación tan grave? El cirujano muchas veces no conoce al paciente y realiza su acto en función de lo que señala la historia clínica, o incluso con base a la marca que está dibujada sobre el propio cuerpo del paciente, hecha por otro profesional. A veces no es el cirujano quien ha omitido consultar la historia clínica, sino la persona que ha dibujado las marcas sobre el paciente, pero el cirujano, ¿debe comprobar la corrección de lo hecho por otros miembros del equipo, o debe poder confiar razonablemente en lo que hacen los demás, por la idea de división del trabajo y el principio de confianza?

En cualquier caso, con independencia de que se siga un criterio de reparto de funciones o un criterio de jerarquía, lo cierto es que generalmente encontraremos un responsable, el centro sanitario que, como un paraguas protector, debe responder por las personas que, teniendo una relación con él, actúan en su ámbito. Si se trata de un centro público, cabe condenar a la Administración sanitaria por el conjunto de posibles deficiencias asistenciales, por falta de coordinación entre el personal sanitario, responsabilidad que a tenor de los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

⁸⁹ Así ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 24 de noviembre de 1984 (R.A. 5950), en la que el médico extirpa el riñón derecho en lugar del izquierdo. El anestesista advierte del error después de la extirpación y el cirujano decide reimplantar, por lo que el paciente fallece. La Sala condena al cirujano por imprudencia temeraria: no sólo no se preocupó de examinar la historia clínica y las radiografías, sino por la reintegración del riñón sano, dada la dificultad y riesgo que ello conlleva.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es directa y objetiva.

4.4 Daño desproporcionado (y a modo de conclusión)

Nuestro Tribunal Supremo acude al mecanismo presuntivo cuando el médico no explica cómo se ha producido un daño desproporcionado o anómalo. En palabras de la sentencia de 22 de mayo de 1998 (R.A. 3991), «corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de la experiencia». En este caso, se condenó al centro privado por el fallecimiento de un paciente tras el empaste de una muela⁹⁰.

El voto particular se muestra contrario a este modo de proceder, pues «no es suficiente para una condena el que ningún perito pueda contestar qué hubiera pasado de haberse realizado las operaciones unas horas antes».

También invierten la carga de la prueba tras la constatación de un daño desproporcionado o anómalo las SSTS de fecha 19 de febrero de 1998 (R.A. 634), que valora el proceso infeccioso tras la colocación de una escayola, y la de 9 de diciembre de 1998 (R.A. 9427), que resuelve el fallecimiento días después de una operación de juanetes debido a tétanos posquirúrgico.

Igualmente, la STS de 15 de junio de 1999 (R.A. 593), que condenó al INSALUD a pagar 30 millones por la muerte de una mujer de cuarenta años que tras una intervención de vesícula falleció súbitamente a los quince días de la operación.

Seguimos ante el mismo escollo: un daño anómalo puede ser una pista que apunte a la necesidad de examinar, por un lado, la conducta del profesional para comprobar si ha sido o no negligente y, por otro, la relación de causalidad entre esa conducta y el daño. En realidad, no será tanto el daño desproporcionado el que abra la posibilidad de recurrir al mecanismo presuntivo como

⁹⁰ El paciente es diagnosticado de padecer un flemón dentario tras el empaste de una muela, falleciendo posteriormente de «shock» séptico. La sentencia deduce que el error médico se encuentra en la ausencia de valoración inicial de la gravedad de la enfermedad, pues tardaron 14 horas en intervenir quirúrgicamente cuando lo mejor hubiese sido intervenir cuanto antes, aun cuando, como expresa en el FJ 6.º, «no puede afirmarse que de haber sido intervenido antes la enfermedad no hubiese seguido un curso tan desfavorable (...)».

las circunstancias anormales que rodean al caso. Del daño inusual no se puede llegar a la conclusión automática e irreprochable de que el médico ha sido negligente y que esta negligencia ha causado el daño ⁹¹. Puede serlo, pero no automáticamente: habrá que ver.

No soy partidaria de la adopción de *res ipsa loquitur* como regla general de aplicación automática en el entorno sanitario. En primer lugar, por la desnaturalización que ha sufrido esta figura en su aplicación. Su incorporación se propone para imponer responsabilidad al profesional en casos de causalidad compleja cuando esta hipótesis excede su propósito y función.

En sus orígenes, *res ipsa loquitur* era utilizada como un escudo de protección del demandante para evitar la inadmisión preliminar por falta de pruebas (*nonsuit*). Tal como se está aplicando actualmente, ha pasado a ser un arma para obtener una sentencia condenatoria, al invitar al juzgador a inferir el nexo causal y la negligencia del demandado, sin más consideración que la existencia del daño.

De este modo se impone responsabilidad con base no sólo en una supuesta culpa, sino en una supuesta relación de causalidad. Si se quiere introducir esta doctrina, no es por su validez intrínseca, sino como mecanismo de transformación de la responsabilidad por culpa en responsabilidad objetiva o, mejor aún, automática. Aquí radica el riesgo de utilización de esta figura: la alegación de *res ipsa loquitur* no puede funcionar como un fuego de artificio tras el que ocultar no ya una responsabilidad objetiva, sino una responsabilidad automática, deducida únicamente de la existencia del daño.

Un instrumento de fijación de los hechos mediante la presunción judicial (que depende de las circunstancias colindantes y el análisis detenido de los hechos que sí son demostrables por prueba directa) no puede elevarse a máxima y regla de aplicación general, llegando a modificar la naturaleza misma de la responsabilidad civil.

Es cierto que la aplicación estricta de los elementos de responsabilidad civil puede llevar a que el perjudicado no obtenga una indemnización precisamente por la dificultad de probar la relación de causalidad. Surge la necesidad de otorgar una mayor protección al perjudicado, sobre todo frente a las innovaciones tecnológicas y

⁹¹ KING, *op. cit.*, p. 117: *res ipsa loquitur* no es automáticamente aplicable simplemente porque el tratamiento no tuvo éxito o porque produjo un resultado insatisfactorio, raro o inusual.

los riesgos que comportan⁹². Cuando no se puede alterar ni modificar el Derecho sustantivo (el dogma de la culpa, la exigencia indudable de nexo causal), se recurre al Derecho procesal para ayudar al perjudicado en su odisea para obtener una indemnización⁹³. El resultado puede ser justo (el perjudicado obtiene una indemnización), pero no siempre es jurídico.

No veo la justificación de importar a nuestro país *res ipsa loquitur* cuando no hay necesidad de ella: tenemos mecanismos jurídicos suficientes con los que llegar al mismo resultado condenatorio manteniendo la coherencia de nuestro sistema.

Si la finalidad es indemnizar al perjudicado de incidentes desafortunados en el entorno sanitario, puede hacerse, pero sin acudir a mecanismos impropios. En los supuestos que tradicionalmente se consideran de *res ipsa loquitur* (impropiamente, porque ya hemos visto los vaivenes en la aplicación de esta regla a dichos casos) cabe obtener una indemnización mediante otras argumentaciones jurídicas. El mecanismo más eficaz es la reclamación frente a la Administración sanitaria, cuya responsabilidad es directa y objetiva. El «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», expresión del propio Tribunal Supremo, permite condenar a ésta al pago de una indemnización en todos los casos apuntados. Considero más oportuno condenar al centro, público o privado, que al profesional.

Si se trata de un centro público, la responsabilidad de la Administración deriva de la Ley 30/1992. Si se trata de un centro privado, en la medida en que contrata y selecciona al personal a su servicio, responde el propio centro por culpa en la vigilancia o elección de dicho personal⁹⁴. Únicamente en aquellos casos en que la clínica sólo proporciona el espacio físico, las instalaciones, podrá exo-

⁹² EPSTEIN, *op. cit.*, p. 306, al comentar sobre el futuro de *res ipsa loquitur*, hace diversos pronósticos. Por un lado, una mejor tecnología reduce las probabilidades de un resultado adverso. Pero a medida que aumenta la capacidad de controlar los riesgos, el atractivo de *res ipsa loquitur* también aumenta en los casos de resultado desafortunado, precisamente porque son mayores las probabilidades de que podría haberse evitado con el ejercicio de la diligencia debida.

⁹³ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 76: para evitar que el paciente quede sustancialmente desprotegido, la jurisprudencia «ha abierto una serie de vías que, dejando formalmente inalterada la aplicación de los principios generales, conducen, en sustancia, a una verdadera alteración fáctica de los mismos».

⁹⁴ Cuando un centro privado presta servicios sanitarios, se vale de profesionales para el ejercicio de su actividad, en cuyo caso existe una relación contractual (laboral o civil) entre el médico y el centro, con ciertas notas de dependencia que pueden justificar la imposición de responsabilidad por hecho propio o ajeno.

El paciente celebrará un «contrato total de hospital» con el hospital, con la seguridad de que, a través de éste, recibirá los cuidados y servicios médicos que necesite, será el propio hospital que proporciona al médico.

nerarse de responsabilidad⁹⁵ (salvo en el supuesto de falta de material necesario o material en condiciones inadecuadas).

Con estos argumentos, los jueces pueden seguir dictando sentencias justas que, a la vez, sean jurídicas.

⁹⁵ El médico que tiene una relación contractual con su paciente realizará algunas intervenciones no en su consulta particular, sino en una clínica, sobre todo cuando el acto sea quirúrgico o de cierta envergadura. Las consultas particulares no siempre disponen de todo el equipo necesario, no ya técnico, por el coste de ciertos aparatos, sino personal, de anestelistas y enfermeras. El médico contratará la utilización de las instalaciones clínicas para ciertos actos, sin que se establezca una relación de dependencia entre el profesional y la clínica. Ya señalaba ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 224, nota 297, que no es lo mismo trabajar para una clínica, que en una clínica.

Las obligaciones del centro sanitario privado, si es hospitalario, serán de naturaleza hotelera (habitación y alimentación), de suministro de material técnico necesario en buen estado y de cuidados paramédicos. Éste sería un contrato hospitalario, que incluye prestaciones de naturaleza distinta, excluyendo la específicamente médica. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7.ª edición, Madrid, 1993, p. 890, denomina a éste «contrato desdoblado de asistencia en hospital».

Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil

JACOBO B. MATEO SANZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

«Si las instituciones legales que nos rigen hoy se explican y justifican, en gran parte, por sus orígenes y antecedentes, la de los gananciales entre cónyuges no tiene otra explicación que la que le da su historia.»

CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos, t. segundo*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La sociedad de gananciales como régimen económico en el que se incluye el actual artículo 1409 del Código Civil:* 1. Preámbulo. 2. El desarrollo histórico de la sociedad de gananciales: 1.1 La ausencia de antecedentes en el Derecho romano. 1.2 La sociedad de gananciales en nuestro derecho histórico. 1.3 La sociedad de gananciales y la codificación del siglo XIX.—III. *La defensa de los derechos sucesorios de los hijos del primer matrimonio ante las nuevas nupcias del supérstite como fundamento del actual artículo 1409 del Código Civil:* 1. La posible influencia del Derecho foral navarro en la aparición del actual artículo 1409 del Código Civil. 2. La defensa de los derechos sucesorios de los hijos del matrimonio anterior ante las nuevas nupcias del progenitor supérstite en otras fuentes del derecho histórico.—IV. *Los antecedentes más inmediatos del contenido del actual artículo 1409 del Código Civil:* 1. La importancia del Tratado de Febrero para entender esta materia. 2. El artículo 1353 del proyecto de García Goyena. 3. Del proyecto de García Goyena al Código Civil. 4. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona. 5. La situación paralela en el antiguo régimen dotal y su influencia en la regulación de la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios.—V. *Algunas conclusiones derivadas del estudio histórico-jurídico realizado.*—*Bibliografía.*—*Fuentes.*

I. INTRODUCCIÓN

No le falta razón a quien entiende que el estudio histórico de las instituciones del Derecho es tarea más propia de los historiadores del Derecho¹. Ahora bien, cuando lo que se pretende investigar tiene un entronque directo con alguna rama específica del Derecho, y en concreto con un artículo de un Código, parece lógico profundizar en la historia para ver cuál ha sido la causa de su regulación, y hacerlo desde el campo del Derecho civil con la única intención de comprender mejor por qué actualmente su contenido se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1409 del Código Civil (en adelante CC).

Además, este análisis histórico-jurídico se justifica en el hecho de que el mencionado artículo 1409 CC –tanto en su tratamiento histórico como positivo– ha sido objeto de estudio –con mayor o menor profundidad– por la doctrina coetánea² y posterior³ a la publicación de nuestro CC. Por lo que a este trabajo se refiere, me

¹ Cfr. RAMS: *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 17 a 20.

² Cfr. DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, t. I, *Del derecho de las personas con relación a su estado*, 5.ª ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, editor, Valencia, 1885, p. 159 (también su 6.ª ed. de 1889, p. 172). DE BOFARULL: *El Código Civil español según la edición oficial, anotado y concordado*, 2.ª ed., Imprenta de Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1888, p. 448. BRAVO: *Código Civil. Anotado y comentado*, t. I, Establecimiento tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1888, p. 85. FALCÓN: *Código Civil español*, T. 4.º, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1889, p. 197. DE LAS CASAS: *Aplicación práctica del Código Civil español*, Oficinas de la Gaceta del Notariado, Madrid, 1889, p. 538. ROMERO GIRÓN y GARCÍA MORENO: *Texto y comentarios al Código Civil español*, Imprenta de Enrique Maroto, Madrid, 1889, p. 591.

³ Cfr. ABELLA: *Código Civil*, 3.ª ed., Ed. Viuda e hijos de la Riva, Madrid, 1890, pp. 416 y 417 en nota BONEL: *Código Civil español*, t. IV, Libro IV, A. López Robert, Impresor. Barcelona, 1891, pp. 429 y 430. BURÓN: *Derecho civil español*, t. I, Imprenta Andrés Martín, Valladolid, 1989, pp. 503 y 504. ARGENTE y RETORTILLO: *El derecho vigente en España*, 4.ª ed., Imprenta de Fortanet, Madrid, 1907, p. 216. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. V, vol. 1.º, *Derecho de Familia*, Madrid; Estudio tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1912, pp. 854 a 856. DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, t. sexto, «De los regímenes matrimoniales» de Ambrosio Colin y Henri Capitant, Ed. Reus, Madrid, 1926, p. 424. CALVO: *Legislación, jurisprudencia y bibliografía sobre el Código Civil*, Ed. Reus, Madrid, 1928, p. 747. JAÉN: *Derecho civil. Apuntes y notas de derecho filosófico, histórico y positivo, especialmente español común y foral*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, p. 616. DE BUEN: *Derecho civil español común*, vol. II, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1931, p. 137. VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil español*, t. IV, *Parte especial; Derecho de Familia*, 4.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, pp. 384 y 385. PEDREIRA: *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, t. III, «Masava, S. L.», Madrid, sin fecha, p. 35. ROYO: *Derecho de familia*, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949, p. 221. SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 453. REYES: *El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid, 1962, pp. 582 a 590. FORTUNY: *Régimen de bienes en el matrimonio*, GERSA, Barcelona, 1962, pp. 408 a 411. DE COSÍO: *La sociedad de gananciales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, pp. 287 a 289, §§ 415 y 416. LÓPEZ y MELÓN: *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 382. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXII, artículos 1.392 a 1.444, Revisado por José María Reyes Monterreal, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1967, pp. 847 ss. MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 6.ª ed., revisada por Miguel Moreno Mocholi, Ed.

ceñiré al tratamiento histórico-jurídico sin perjuicio de que en otra obra centre mi atención en el contenido legal de la norma⁴.

Como el artículo 1409 CC aparece recogido en sede de gananciales me ha parecido oportuno dejar constancia de la raigambre histórica de este régimen económico del matrimonio hasta su regulación en el CC.

He pretendido investigar si cabe o no un precedente de la regla del artículo 1409 CC en alguno de nuestros ordenamientos jurídicos históricos, y en especial en el derecho navarro por cuanto que no ha faltado en la doctrina quien ha entendido que el contenido de este artículo es fruto de lo que en ese derecho foral se ha venido regulando a lo largo de la historia. El recurso a este derecho foral me ha llevado hasta el análisis de la normativa vigente que parece guarda semejanza con la regla del artículo 1409 CC, y por ese motivo he acudido a las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo de Navarra: Leyes en las que se vislumbra la defensa de los derechos sucesorios de los hijos del primer o anterior matrimonio ante las segundas nupcias de su progenitor supérstite.

Reus, Madrid, 1969, pp. 937 ss. LACRUZ: *La reforma del derecho de familia del Código Civil español, Fascículo I, Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*. Instituto nacional de prospectiva, Madrid, 1979, p. 69. DE LOS MOZOS: *La reforma del derecho de familia en España, hoy, vol. I*, Departamento de Derecho civil. Universidad de Valladolid. 1981, p. 120. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: *El Nuevo derecho de familia, t. II (Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales)*. Teoría, norma y práctica. Análisis de la Ley de 13 de mayo de 1981, Ed. Gráficas Espejo, Madrid, 1981, p. 334. SANTOS BRIZ: *Derecho Civil. Teoría y práctica, t. V. Derecho de Familia*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1982, pp. 247 y 248. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Régimen económico del matrimonio: ley 11/1981, de 13 de mayo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 356 a 359. DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1804 a 1806. DE COSÍO: «Instituciones de derecho civil», t. II. *Derechos reales y derecho hipotecario. Derecho de familia y derecho de sucesiones*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, pp. 451 y 452. ÁLVAREZ CAPERO-CHIPI: *Curso de derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, p. 288. PEÑA: *Derecho de familia*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 254 en nota 114 y 313. RAMS: *La sociedad...*, cit., p. 424. GARCÍA URBANO: *Comentario al Código Civil*. Art. 1409, t. II, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 804 a 806. CASTÁN: *Derecho Civil Español, común y foral, t. quinto. Derecho de familia, vol. Primero. Relaciones conyugales*. Duodécima ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Ed. Reus, Madrid, 1994, pp. 562 a 564. VALPUESTA: *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 279. ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, 8.ª ed., José María Bosch editor, Barcelona, 1997, p. 193. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5.ª ed., Ed. Bosch. Barcelona, 1999, pp. 1308 a 1310. DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º, Arts. 1344 a 1410, Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1999, pp. 663 a 667. MARTÍNEZ-CALCERRADA: *Comentarios del Código Civil*, t. 7. Arts. 1315 al 1789, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 242 a 244. FARRÉ ALEMÁN, Josep M.ª: *Código Civil comentado y concordado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 1354 y 1355. MORALEJO IMBERNÓN, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1632 y 1633.

⁴ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales: su liquidación simultánea*, Ed. Dykinson y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Madrid, 2001.

Fruto del estudio de distintas fuentes históricas, he podido ver que esa finalidad protectora en favor de los hijos del primer matrimonio está presente en otros ámbitos del derecho histórico, lo cual ayuda a reforzar la idea de que tal intención inspira la inclusión del artículo 1409 en el CC. Esta finalidad también se refleja en el régimen económico matrimonial, paralelo al de la sociedad de gananciales, de la dote, y en otras situaciones de relaciones patrimoniales entre los cónyuges cual sería el caso de las arras que con el decurso del tiempo terminaron por confundirse con la dote.

Por ello, cabe decir que no aparece sólo en el derecho navarro ni exclusivamente para el régimen de gananciales. Se expande por otros ordenamientos peninsulares y para situaciones patrimoniales entre los cónyuges distintas del régimen legal de gananciales. Ambas realidades me han llevado a profundizar en otras fuentes históricas distintas de las que se tienen como antecedentes del Derecho foral navarro; esto me ha permitido reconocer dos cosas:

1.^a Que no sólo en el derecho navarro, sino también en otros órdenes de nuestro derecho histórico, la situación que hoy en día se regula en el artículo 1409 CC empezaba a ser tratada: como se constata de todas las referencias a las distintas regulaciones históricas que se reflejan en el trabajo.

2.^a Que en un régimen económico matrimonial tan importante como el dotal no sólo se contemplaba el supuesto, sino que el reflejo del mismo dentro del proyecto isabelino y, por ello en gran medida, en el CC tuvo gran influencia en la aparición del contenido que hoy se establece en el artículo 1409 de nuestro CC.

Indagar en los avatares de la historia ayuda a ver con más claridad qué es lo que el tratamiento de la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona pretendía resolver. Creo que esto, y al margen de lo que en distintas Leyes, Fueros, Observancias etc. se dijera, fue visto con bastante claridad por uno de nuestros mejores juristas –Febrero–, y al que quizá le debemos uno de los primeros estudios en profundidad de esta materia; de ahí que me haya parecido oportuno dedicarle un tratamiento particular.

Como parte esencial de este trabajo aparecerá el estudio del antecedente más inmediato a la situación referida en el artículo 1409 CC: El artículo 1353 del proyecto de García Goyena⁵. En este proyectado artículo viene a resumirse todo lo que con anterioridad se había regulado para resolver las posibles situaciones de liquidación simul-

⁵ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, pp. 348 y 349.

tánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona. Lo que en él se contenía fue recogido por nuestro CC y ha perdurado hasta la fecha sin grandes cambios, incluso después de la reforma del año 1981.

Así es como hoy, siglo y medio después de reflejarse por primera vez en un Código –más bien en un proyecto de Código que tuvo la fuerza suficiente, tal y como se refiere en la Base 1.^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, como para servir de apoyo a nuestro actual Código–, he considerado de interés profundizar en el porqué de su existencia.

Quizá este trabajo permita comprender algo mejor la historia de nuestra codificación civil, al menos por lo que respecta al artículo 1409 CC; historia que se ha podido completar «a partir de los materiales existentes inéditos en el archivo de la Comisión general de codificación en el Ministerio de Justicia»⁶, y que han sido, en gran medida, los que me han permitido elaborar este trabajo.

No quiero terminar esta introducción sin acudir a las palabras de uno de nuestros más prestigiosos juristas: «los trabajos de la codificación civil en España no toman aspecto política y científicamente serio hasta la creación de la Comisión General de Códigos, por Real Decreto de 19 de agosto de 1843»⁷. Apoyado en ellas, deseo hacer constar que, desde cualquier punto de vista, la seriedad que este trabajo puede reflejar encuentra su fundamento en la que emana de las personas que actualmente trabajan en dicha Comisión –en especial, y por lo que a esta obra se refiere, de doña Marta Molina y doña Irene Hernando– sin cuya inestimable colaboración no podría haber llegado a buen puerto. Transmito también mi agradecimiento a don Ángel Fernández Pampillón y don Antonio Manuel Morales Moreno por el interés que han demostrado en que lo aquí escrito viese la luz en el Anuario de Derecho civil.

II. LOS GANANCIALES COMO RÉGIMEN ECONÓMICO EN EL QUE SE INCLUYE EL ACTUAL ARTÍCULO 1409 DEL CC

1. PREÁMBULO

La regulación legal de esta situación de liquidación simultánea en el seno del CC –tal y como hoy la conocemos– tiene su origen

⁶ PESET: «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», *RCDI*, 1972, p. 156.

⁷ LACRUZ: *Nota preliminar* a la reimpresión de la edición de Madrid de 1852 de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* realizada por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. VII.

en el artículo 1353 del proyecto de CC de García Goyena. En dicho artículo se establecía lo siguiente: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó más matrimonios *contraídos* por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas, inclusa la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración, y á los bienes propios de cada uno de los *sócius*»⁸.

Con anterioridad a la redacción de este proyecto de artículo, en nuestras fuentes legales históricas hay referencias a la situación que en el mismo se regula; pero no en los términos que en él se hace, y aunque se decían cosas de cómo habían de resolverse los posibles conflictos que se derivaban de la liquidación de las sociedades de gananciales de dos o más matrimonios *contraídos* por una misma persona, «nuestro derecho (...) fue muy deficiente en este punto, y los tratadistas se ocuparon de él, pero confusamente»⁹.

Como más adelante tendremos ocasión de ver, a esta laguna legal se le dio solución tanto por alguno de nuestros ordenamientos históricos como por las opiniones de la doctrina; pero será con el proyecto de 1851 cuando por primera vez adopte una redacción muy semejante a la que hoy aparece en nuestro Código. Se podría decir que el tratamiento que en sede de gananciales se hizo de esta cuestión fue desarrollándose al tiempo que dicho régimen se consolidaba, si bien no lo hizo en la misma medida: lo que hoy queda reflejado en el hecho de que a esta situación se le dedique sólo un artículo –el 1409 CC– dentro de la regulación legal de los gananciales –arts. 1344 a 1410 CC–. Es decir, fruto de la reiterada referencia legal, histórica y doctrinal a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y en particular al régimen de gananciales, contrasta la escasa mención a la futura situación del artículo 1409 CC.

2. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El análisis histórico que ahora pretendo realizar tiene su fundamento en el hecho de que «si las instituciones legales que nos rigen hoy se explican y justifican, en gran parte, por sus orígenes y antecedentes, la de los gananciales entre cónyuges no tiene otra expli-

⁸ GARCÍA GOYENA: *Concordancias*,..., t. III, cit., pp. 348 y 349.

⁹ ABELLA: *Código Civil*..., cit., p. 416 en nota 2.

cación que la que le da su historia»¹⁰. Es por eso que si se procura estudiar algo intrínsecamente relacionado con el régimen de gananciales se hace preceptivo un análisis histórico del mismo que permita comprender mejor la cuestión que se investiga. A nadie se le escapa que si hay algo íntimamente unido a dicha sociedad serán los artículos que en nuestro CC le dan vida, de ahí que cualquier investigación que pretenda realizarse sobre alguno o algunos de ellos reclame entrar en los orígenes históricos de lo que actualmente conocemos como sociedad de gananciales.

1.1 La ausencia de antecedentes en el Derecho romano

Al margen de los matices históricos que aquí se van a hacer, me parece que lo que interesa subrayar –más que probar si existió un precedente romano de la comunidad de gananciales, o si ésta fue de raíz germánica– es que la mayoría de los autores del siglo XIX –momento en el que, con García Goyena, hace su aparición legislativa el problema en estudio– consideraban que la comunidad de gananciales no traía su origen del derecho romano, sino del derecho histórico que veían como de inspiración germánica: punto este que ha sido después muy discutido¹¹.

Esto es, no se trata de probar el origen de la institución, sino, a lo sumo, indicar el sentir de los autores –algunos de ellos del siglo XIX– respecto a su posible origen para luego comprobar la presencia de la norma del artículo 1409 CC, en el derecho histórico anterior, como norma protectora de los derechos de los hijos del primer matrimo-

¹⁰ CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos*, t. Segundo. Establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1884, p. 63.

¹¹ No faltó quien consideró a principios del siglo XX que el régimen de gananciales nació «como institución enteramente nueva, no conocida del Derecho romano y del germánico» (DE HINOJOSA: «La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno» (discurso leído en la junta pública de 26 de mayo de 1907). *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, marzo 1905-mayo 1910, t. VIII. Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912, p. 529). Hoy en día, hay quien mantiene el origen germánico de la sociedad de gananciales y quien se lo niega atribuyéndole un origen romano: para la primera postura, cfr. por todos. BENAVENTE: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993. Para el segundo planteamiento cfr. por todos: PRIETO BANCES: «Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales». *AAMN*, t. IX. 1957, pp. 90 a 100. DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º..., cit., pp. 9 a 16. Al atribuirle a la sociedad de gananciales un origen germánico no pretendo entrar en el espinoso tema de si la sociedad de gananciales es una comunidad germana (SSTS de 26 de septiembre de 1986, FD. 2.º [RJA. 1986/4790]; de 13 de julio de 1988, FD. 2.º [RJA 1988\5992]; de 4 de marzo de 1994, FD. 1.º [1994/1652]) o romana; me limito en este punto a hacer una reflexión histórica sin introducirme en otra consideraciones más jurídicas. Sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales cfr. entre otros el muy claro resumen del Profesor SERRANO ALONSO (*La liquidación de la sociedad de gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley, Madrid, 1997, pp. 13 a 15).

nio; y en consecuencia de los derechos de los hijos del cónyuge difunto que estaba casado en régimen de gananciales.

Por lo que a la sociedad de gananciales se refiere, hay quien entiende que no cabrá remontarse al Derecho romano, pues en este orden jurídico regirá el sistema dotal: «que era su derecho común, como lo es entre nosotros el de gananciales»¹². Se recurrirá, por tanto, a fuentes normativas distintas de las romanas para encontrar el origen de la sociedad de gananciales¹³, esa búsqueda permitiría concluir que «la sociedad legal de ganancias entre marido y *muger* es indudablemente de *origen* Germánico»¹⁴; quizá en sus albores no fuese una situación idéntica a la de los gananciales actuales, pero lo que parece evidente es que «la idea de que los esposos disfrutaban de un derecho colectivo en la economía común se encuentra ya en las leyes germánicas más antiguas»¹⁵. De algún modo derivará de sus propias costumbres: «entre ellos, las mujeres participaban de las fatigas y los peligros de la guerra y eran igualmente partícipes de la conquista»¹⁶.

En esto –piensan los autores contemporáneos a García Goyena– tendrá mucho que ver el distinto talante que –frente a los romanos– tienen los pueblos germánicos respecto a la mujer: «es notorio el alto lugar, la consideración distinguida en que según Tácito tenían los germanos á sus mujeres. Antes de la predicación del cristianismo,

¹² GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, ..., T. III, cit., p. 253. Cfr. también MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones del Derecho Civil de España*, t. I, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1915, p. 445. REYES: *El régimen legal*..., cit., pp. 69 y 70. Para un estudio histórico resumido de estas relaciones en épocas anteriores a Roma, cfr. la Tesis doctoral de Mariano AVILÉS: *Los cónyuges en sus relaciones patrimoniales*. Tipografía Noticiero Granadino. Granada, 1907, pp. 13 a 23.

¹³ Afirma LACRUZ («El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón»). ADA, 1946, p. 29) que «algunos autores franceses han creído encontrar el origen de la comunidad en ciertos usos galos de que habla César (*De bello galico*, VI, 19). He aquí el texto: *Viri, quantas pecunias ab uxoris dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, aestimatione facta cum dotibus communicant. Huius omnis pecuniae coniunctim ratio habetur, fructusque servantur: Uter eorum vita superavit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit*». Traducción propia: Los maridos ponen en común, de sus bienes, hecha la estimación, tanta cantidad cuanto reciben de sus mujeres a título de dote. De todo este dinero se tiene una administración común, y se conservan los frutos: aquél de ellos que sobrevive obtiene la parte de los dos con los frutos del tiempo transcurrido.

¹⁴ GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, ..., T. III, cit., p. 252. Cfr. también ALONSO MARTÍNEZ: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Tomo Segundo. Establecimiento tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1885, p. 158. MINGUILLÓN: *Historia del Derecho Español. Cuaderno Sexto. Bienes conyugales: patria potestad: tutela y curatela*. 2.ª ed., Tipográfica «La Editorial», Zaragoza, 1923, pp. 53 a 55. JAÉN: *Derecho civil*..., cit., p. 609. DE BUEN: *Derecho civil español común*..., cit., p. 126.

¹⁵ LEHR: *Tratado de Derecho Civil germánico ó alemán*. Traducido libremente y adicionado en la parte española por Domingo ALCALDE PRIETO, Madrid, Librería de Leocadio López, Madrid, 1878, p. 546. Cfr. también pp. 494 a 498. Refiere este autor, como fuentes germánicas antiguas en las que se reflejaría esta idea: la *Lex Ripuariorum*, 37, 2 (años 511 a 514) (*Ibid.*, p. 546).

¹⁶ SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil español en forma de Código*. Segunda Ed. Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1873, p. 399.

puede decirse que este pueblo y algún otro de su familia eran los únicos que las *habían* colocado en una situación digna y elevada. En los pueblos de *origen* asiático la mujer era la esclava, y no la compañera del marido; en los pueblos romanos era su hija de familias, que casi equivalía á la misma condición. Tanto en unos como en otros, había-sela encerrado en la domesticidad, *léjos* de permitirle salir al foro; y aun en aquella, su lugar es el *mas* ínfimo. Los galos y los germanos, es decir, los pueblos de la raza céltica, son los únicos que encumbraron á la mujer, levantándola á la par con el hombre en el interior de las familias, los únicos que la admitieron y escucharon en los negocios públicos, buscando y creyendo hallar en sus ideas algo de inspirado que aprender, algo de divino y de fatídico que seguir...»¹⁷.

Ese distinto trato de la mujer permite comprender con más facilidad porqué los autores de la época llegan a concluir que la sociedad de gananciales y todas las instituciones del derecho que favorecen a la mujer han tenido su origen en los pueblos germánicos; llegándose incluso a afirmar, no sin cierto romanticismo, que «es justo observar que el derecho germano fue muy superior al romano, en cuanto que consideró á la mujer como la compañera del hombre, como la primera figura dentro del hogar doméstico, sacándola de la postración á que fue relegada por los hijos de la Ciudad Eterna, que la consideraron como una cosa, no como una persona»¹⁸. Para algunos, el origen germano de la sociedad de gananciales aparece matizado con la influencia del cristianismo: de algún modo el mayor concepto que los germanos tenían de la mujer encontró un buen aliado en esta religión, que empezaba a propugnar una mayor igualdad entre todas las personas¹⁹.

¹⁷ PACHECO: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. Primero. Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847, p. XXVIII. Esa idea de que los textos de TÁCITO –recogidos en *De moribus germanorum*, 20– prueba la existencia de una comunidad, ha sido criticada por LACRUZ (cfr. «El régimen matrimonial...», cit., p. 30).

¹⁸ ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 405 en nota 3. Cfr. también: LEHR: *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp.524 a 532. FALCÓN: *La Codificación civil. Breves indicaciones sobre la misma*. Revista de los Tribunales. F. Góngora y compañía, editores, Madrid, 1880, pp.14 ss. MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones...*, cit., pp. 445 y 446. BRUNNER: *Historia del Derecho Germánico*, 8.ª ed., alemana, traducida y anotada por José Luis Álvarez López, Ed. Labor. Barcelona. 1936, pp. 229 a 233, 318 y 319.

¹⁹ Cfr.: COMÍN: *El cristianismo y la ciencia del derecho en sus relaciones con la civilización*, Librería de D. Miguel Olamendi, Madrid, 1857, pp. 39 a 61. Esta influencia del cristianismo también la constatan autores muy posteriores, cfr.: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 53 a 55. BENEYTO: *Instituciones de derecho histórico español. Ensayos. Volumen I. Capacidad. Familia. Derechos reales*, 1.ª ed. Librería Bosch. Barcelona, 1930, pp. 99 y 100. LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., pp. 38 a 41. FONT: «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico». *AAMN*, t. VIII, 1954, pp. 211 y 212. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 93, ss. En contraste con el contenido redactado en el texto principal cfr. ALONSO MARTÍNEZ: *El Código Civil...*, cit., pp. 157 y 158.

De todas formas, la presunta dignificación de la mujer y la consiguiente idea de que los gananciales se remontan a los orígenes del derecho germano hay que matizarla, considerando que la comunidad matrimonial de bienes entre los germanos no existe antes de las invasiones –lo cual supone reconocer que aparecerá consolidada a partir del siglo VI quizá con la *Lex Ripuariorum* (511 a 514)²⁰–, y que, en propiedad, sólo se puede hablar de una comunidad de bienes entre el marido y la mujer cuando esta última empieza a tener un patrimonio o una participación en los bienes del marido²¹.

Además puede parecer chocante, contrastándolo con la idea de que los germanos tratan con más dignidad a la mujer, el hecho de que en el derecho germánico –o en los albores que del mismo conocemos– el matrimonio se asimilaba a un contrato de compraventa en virtud del cual, por la entrega del precio, el padre vendía al futuro esposo el *munt* o potestad sobre su hija; en el acto, marido y mujer se entregaban dones, conociéndose los del marido como dote²². Ya se ve que, lo que se terminará conociendo como dote germana, «tuvo su origen en la costumbre de comprar á la mujer, y (...) pasó por sucesivas transformaciones hasta llegar á ser una donación del esposo á la esposa»²³: los germanos sustituyeron la dote romana por las arras, o precio de la mujer, y las donaciones *propter nuptias*²⁴. Será ese *Munt* del *Hausherr* nacido en la época patriarcal de la familia

²⁰ Cfr. LEHER: *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 546. JAÉN: *Derecho civil...*, cit., p. 609. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 104. La mencionada *Lex Ripuariorum* en el parágrafo 37, 2 dispondrá: "..., si mulier virum supervixerit, L solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re, quam simul collaboraverunt, sibi studeat evindicare; et quidquid in morgingeba traditum fuerat, similiter accipiat" (LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., p. 33).

²¹ Cfr. LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., pp. 30, 31 y 34. ROYO: *Derecho de familia...*, cit., p. 152.

²² Cfr. DE HINOJOSA: *Historia General del Derecho español*, T. I. Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1887, pp. 337 a 341, en especial p. 340. DE HINOJOSA y FERNÁNDEZ GUERRA: *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la monarquía visigoda*. El Progreso editorial, Madrid, 1890, pp. 75 a 80, en especial, p. 79. MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 41 a 45. MELÓN INFANTE: «Organización económica de la sociedad conyugal». *La familia. Cursos de conferencias para preuniversitarios*. Imprenta J. V. H, Madrid, 1959, p. 112.

²³ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., p. 28. Cfr. también, PLANITZ: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957, pp. 304 y 305.

²⁴ Cfr. AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 29, 30 y 34 a 36. Entiende BRUNNER (*Historia...*, cit., p. 230 en nota 1) que «la *dos* alemana no fue como la romana, una donación que recibía el marido, sino una dádiva del marido como la *donatio ante nuptias* romana. En el derecho romano postrero solía aportarse por la mujer al marido como *dos* la llamada *donatio ante nuptias in dotem redacta*. Por último llegó a ser llamada *dos* a secas. Las fórmulas y los derechos populares recibieron la palabra *dos* del derecho romano vulgar con el sentido de una donación del marido». En Roma inicialmente, sólo la mujer aportaba (dote); más tarde se generaliza la donación del marido a la mujer, en concepto de contradote, de cantidad igual a la dote, y, por último, las dificultades económicas llevaron a que el marido donara a la mujer y, con lo donado, ésta constituyera la dote.

germana, lo que haga que no pueda asignársele a la mujer germana una posición distinta o superior a la que le correspondía a la mujer romana²⁵.

En cierto sentido, el que la esposa careciese de patrimonio propio, o no participase en el del marido, o se hubiese convertido en objeto de compraventa, hace que pierdan credibilidad las posturas de quienes defienden una mayor igualdad entre hombre y mujer en el derecho germano que en el romano.

Ahora bien, esa posible minusvaloración de la mujer, se verá subsanada cuando se le reconozca un patrimonio, o participe en las ganancias, o se descubra que el hecho de ser objeto de compra y venta, no puede llevarnos a tenerla por tal, ya que la mujer no es «vendida como se podía decir de un esclavo, y es de creer que más que de precio de compra se trata de presentes o liberalidades que no responden al concepto de equivalencia o evaluación material propio del contrato de compra-venta (...) Pero ni el marido entendía comprar una esclava, sino unirse a una compañera, ni podía revenderla como hubiera sucedido si hubiera adquirido su propiedad en una verdadera compra». Los motivos que dieron lugar a que se crease la costumbre de pagar un precio por la mujer pudieron ser, entre otros, el agradecimiento «a los padres a razón del consentimiento que prestaban, una muestra de gratitud por ser acogido con agrado por la familia de la mujer, una indemnización a los padres que habían alimentado, educado y guardado a la hija y que perdían su ayuda cuando podía serles más útil...»²⁶. Además, que el precio de la compra no supone desconsideración hacía la mujer, se verá en el hecho de que terminará por perder su carácter originario de precio convirtiéndose en una asignación para el caso de repudio o viudedad²⁷.

Asimismo, y teniendo en cuenta lo dicho, ese mejor trato dispensado por estos pueblos bárbaros quizá influyó en el derecho romano tardío, e hizo que en el mismo se admitiera una mínima sociedad de

²⁵ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., pp. 523 a 526. LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., p. 30. ROYO: *Derecho de familia...*, cit., p. 151. En el Derecho romano también la *manus* o poder sobre la mujer —de donde, todavía hoy, se habla de petición de mano— se adquiría mediante una venta ritual o *coemptio*.

²⁶ Para los dos últimos entrecomillados: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 46.

²⁷ Cfr. MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 47 y 48. BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 97. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 194, 195, 198. Esa consideración del precio de la venta o de la dote como asignación para el caso del repudio o viudedad ya se había apuntado en la legislación hebrea (PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 116, 122). Para un desarrollo histórico del casamiento por compensación o compra y de la dote cfr. WESTERMARCK: *Historia del Matrimonio*, Laertes de Ediciones, Barcelona, 1984, pp. 166 a 193.

ganancias reflejada en la posibilidad de que en algunas ocasiones el marido y la mujer concertasen, antes de contraer o después de contraído el matrimonio, una sociedad universal de bienes o de ganancias; pero estas situaciones de régimen económico conyugal no eran las más comunes. A esta conclusión parece llegarse fruto de la interpretación de lo dispuesto en D. 17, 2, 7 y 8; n. t. 71²⁸:

Ley 7.—También es lícito contraer una sociedad simplemente; y si no se hubiera distinguido expresamente, ha de considerarse contraída sobre todos los bienes adquiridos como ganancia, es decir si algún lucro se obtiene por compra o arrendamiento. (Ulp. 30 Sab.)

Ley 8.— Se entiende por ganancia lo que procede del esfuerzo de alguien. (Paul. 6 Sab.)

Ley 71 § 1.— Dos colibertos contrajeron una sociedad de lucro, ganancias y provechos; después, uno de ellos fue instituido heredero por su patrono y el otro recibió un legado. Respondió que ni uno ni otro debían aportarlo al fondo común. (Paul. 3 epit. Alf. dig.)²⁹

Ahora bien, esa argumentación —ver en el Digesto (en la *societas* romana) un antecedente de la sociedad de gananciales³⁰— no es pacíficamente admitida, y, así, no falta quien entiende que «la comunidad de bienes en el matrimonio fue desconocida por el Derecho romano, pese a un fragmento del Digesto que en realidad se refiere a la aplicación del contrato ordinario de sociedad»³¹.

Extremando un poco más esta última postura, si recurrimos a la sociedad de gananciales «en su sentido más lato, se comprende en ella lo que la sociedad conyugal adquiere mientras subsiste, y por lo mismo debe repartirse entre los socios o condóminos; y los Romanos no supusieron nunca que la sociedad adquiriera, y sí sólo el jefe de ella para sí, y, por consiguiente, sin tener que reconocer obligación de dividir. La mujer aportaba bienes al matrimonio; podía, después de casada, adquirir otros por herencia, donación o cualquiera otro título lucrativo; también podía adquirir aumento en los que le pertenecían por causas exclusivamente naturales, por incremento de los mismos, y todo ello debía serle devuelto a ella, o a sus herederos, a la disolución del matrimonio; pero reconocién-

²⁸ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., pp. 253 y 321 (T. III), y 7 (T. IV). D'ORS (*Derecho Privado romano*, Novena Edición. EUNSA, Pamplona, 1997, § 347, p. 408) considera que «la tendencia a la comunidad conyugal de bienes aparece ya en algunos testimonios clásicos; así, en Scaev. D.32,41pr.: el marido compra un fundo con su dinero, pero para que sea común con su mujer; luego, por testamento, dispone que sea común de aquélla y su hijo».

²⁹ Cfr. D'ORS: *El Digesto de Justiniano*, t. I. Constituciones preliminares y Libros 1-19, Ed. Aranzadi. Pamplona, 1968, pp. 641, 654 y 655.

³⁰ Cfr. MAGARIÑOS: «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1989, p. 306.

³¹ BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 99.

dose la suprema autoridad del marido, y deduciéndose de ella que la mujer nada por sí podía hacer, todo cuanto el marido aumentara por su trabajo, industria, administración y percepción de frutos, a él mismo se atribuía, y, levantadas las consiguientes cargas del matrimonio, consiguiente era que se le reconociera propietario de lo sobrante»³².

Ya se adopte un planteamiento u otro sobre este particular —esto es, si cabe un origen romano de la sociedad o sólo se le puede atribuir el germánico—, y al margen de la solución que se escoja, si que creo que es de interés tener en cuenta la conexión histórica que podría plantearse entre el contrato de sociedad y el régimen de la sociedad de gananciales.

En este sentido entre los antiguos comentaristas de nuestro derecho histórico no faltaron quienes consideraron más oportuno tratar la sociedad de gananciales dentro del contrato de sociedad, y quienes creyeron más propio estudiarla en sede de matrimonio, junto con la dote, las arras y los parafernales³³. Sigue la primera de estas ordenaciones sistemáticas el proyecto de CC de 1836 que dentro del Libro III —*De las obligaciones y contratos, y de la prueba judicial*— recoge en el Título 9.º lo relativo al contrato de sociedad y en el Título 10.º la regulación de la sociedad conyugal³⁴. En la misma línea, en su CC de 1843, Fernández de la Hoz incluirá la sociedad

³² MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones...*, cit., p. 445. Cfr. también DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, Quinta Ed. 1885, p. 148. En opinión de GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho Civil y Penal de España. Tomo Primero*. Undécima edición, Librería de Sánchez, Madrid, 1874, p. 486 en nota 1) «cuando las nupcias se celebraban por medio de fórmulas que *ponían á* la mujer bajo la potestad casi absoluta del marido, *in manu*, todos los bienes de aquella se *confundían* con los del marido, *á* quien *perteneían también* las adquisiciones hechas durante el matrimonio. Mas en los *matrimonios libres* que se puede decir que reemplazaron *á* los primitivos, prevaleció el principio de la *distinción* de patrimonios; estos fueron administrados separadamente por cada uno de los cónyuges, y los frutos adjudicados a aquel que cuyos bienes *procedían*. Sin embargo, establecidas las dotes, cuyo dominio pasaba al marido aunque con la *prohibición* de enajenar y de hipotecar el fundo dotal, se declaró que los frutos de ellas le perteneciesen para atender *á* las cargas del matrimonio».

La prohibición de enajenar e hipotecar el fundo dotal de la que habla este autor se inicia con el Emperador Augusto. En esta época y por lo que a la constitución de la dote se refiere, en la medida en que la mujer casada *cum manu* fuera hija de familia, los bienes que aportaba al matrimonio sólo podrían proceder del *paterfamilias* bajo cuya potestad se encontraba; o de un tercero, pero, en todo caso, resultaban bienes dotedales. Sólo cuando la mujer era *sui iuris*, por haber fallecido el *pater*, la *conventio in manu* producía el efecto de una sucesión universal de sus bienes en favor del *pater* bajo cuya potestad ingresaba, que podía ser su marido —si era *sui iuris*— o el suegro —si el marido se hallaba sometido a su propio padre—.

³³ Para unos y otros, cfr. JORDÁN y DE MANUEL: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. Imprenta de Francisco Xavier García, Madrid, 1771, p. LX.

³⁴ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 3. Manuscrito del proyecto de Código Civil (1836) formado por D. José Ayuso, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás María Vizmanos, individuos de la Comisión creada al intento por el Gobierno de S. M.

de gananciales dentro del Libro IV –*De las obligaciones*–, Título Séptimo –*De la sociedad ó compañía*– Capítulo II –*De la sociedad legal entre los cónyuges*– en los artículos 1303 a 1314³⁵.

Esta conexión entre el contrato de sociedad y la sociedad de gananciales, también se constata en el artículo 1313 del proyecto de CC de 1851, cuando en el mismo se afirma: «la sociedad legal se gobierna por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo expresamente determinado en este capítulo». El contenido de este último adquirirá fuerza de ley cuando lo recoja el CC en su artículo 1395: «la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se oponga á lo expresamente determinado por este capítulo»³⁶.

En la actualidad, y después de la reforma de 13 de mayo de 1981, no hay ningún artículo que dé razón de esa aplicación analógica expresa. De todas formas, en fechas recientes, no falta quien considera que, a los efectos de su naturaleza, «el concepto de sociedad nos puede ofrecer una explicación más coherente, flexible y útil, del funcionamiento de la sociedad de gananciales»³⁷. También hay quien opina que el artículo 1373 CC «presenta indudable analogía con lo establecido respecto a la sociedad civil en los artículos 1699 y 1700.3.º del propio Código»³⁸. Si bien, y en sentido contrario, tampoco faltan quienes a la hora de liquidar la comunidad postganancial consideran que «aparte de las normas relativas a la liquidación de la comunidad hereditaria, serán aplicables a esta situación no las del contrato de sociedad, que presupone una comunidad dinámica, sino las de la copropiedad, en la misma forma y medida que a la división sucesoria»³⁹; pero, aun con lo dicho, no se excluye que en determinados casos si quepa el recurso al contrato de sociedad civil: p.e. a la indivisión que se deriva del artículo 1347,5.º CC en relación con el 1354 del mismo texto legal le es plenamente aplicable el artículo 1705 del referido conjunto normativo⁴⁰.

³⁵ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA HOZ: *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*. Imprenta y Fundación de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1843, pp. 227 a 229.

³⁶ Interpretando esta remisión legal hubo quien entendió que la sociedad de gananciales se regía por las reglas del contrato de sociedad salvo en lo que fuera objeto de disposiciones especiales del Código (cfr. ARGENTE y RETORTILLO: *El derecho vigente en España...*, cit., p. 214 en nota 2): afirmaciones como ésta parecían sobrevalorar en sede de gananciales el contrato de sociedad civil.

³⁷ MAGARIÑOS: «Sociedad de gananciales...», cit., pp. 305 ss.

³⁸ OLAVARRÍA: «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales». *Academia Sevillana del Notariado*. Edersa. 1989, p. 348, cfr. también p. 351. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO: *Comentarios...*, cit., p. 1786.

³⁹ RAMS, en LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*. 4.ª ed., J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 1997, p. 354. Esta postura del profesor RAMS, en ediciones anteriores de la misma obra la mantuvo LACRUZ: Edición 1984, p. 482 y ed., 1990, I, p. 487.

⁴⁰ Cfr. RAMS: *La sociedad...*, cit., p. 450.

Es decir, tanto legal como doctrinalmente ha sido admitida la conexión entre el contrato de sociedad y la sociedad de gananciales; ahora bien, apoyarse en este paralelismo para concluir un antecedente del régimen de gananciales en el contrato romano de sociedad, puede, como ya se ha referido, parecer excesivo.

A su vez, y al margen de ese paralelismo entre la sociedad de gananciales y el contrato de sociedad civil, en el período que va del proyecto de 1851 al CC, la doctrina civilística decimonónica adopta distintas soluciones a la hora de enmarcar la sociedad de gananciales: algunos la tratarán al estudiar la persona, la familia o la institución matrimonial⁴¹; y no faltará quien la incluya –como hará el futuro Código– en sede de obligaciones⁴².

1.2 La sociedad de gananciales en nuestro derecho histórico

Por lo que se refiere a la aparición de la sociedad legal en nuestro Derecho, habremos de remontarnos a la conquista de la Península por los Visigodos: «la sociedad legal procedente del matrimonio, desconocida por los romanos, que hacían dueño al marido de las ganancias adquiridas durante el enlace, fue introducida por los visigodos al tiempo de la conquista. Partícipes las mujeres de las fatigas, expediciones y combates de sus maridos, se creyó que debían también participar de las presas hechas al enemigo»⁴³.

En este sentido, la influencia romana o germánica tendrá también su reflejo en nuestros distintos ordenamientos históricos. Como ahora se verá, la referencia a la futura sociedad de gananciales aparecerá muy tímidamente –como fiel seguidora de la Recepción del Derecho romano– en las Siete Partidas; mientras que en conjuntos normativos anteriores y posteriores, menos

⁴¹ HERRERO la encuadra, al estudiar la familia, en sede de matrimonio (*El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Imprenta de los hijos de Rodríguez, Valladolid, 1872, pp. 110 ss.). GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho Civil...*, cit., pp. 486 ss.) la sitúan en sede de persona, en el enunciado de los efectos civiles del matrimonio. Al estudiar las personas y dentro del matrimonio la incluye DOMINGO (*El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. 1.º, 2.ª ed., Imprenta de Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1877, pp. 160 ss.). DEL VISO (*Lecciones elementales de Derecho Civil...*, 5.ª ed. 1885, pp. 147 ss.) la analizada dentro *del derecho de las personas con relación á su estado*.

⁴² Cfr. SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil...*, cit., pp. 399 ss. Es de interés reseñar que la estructura de la obra de este autor se aproxima bastante a la que acabará teniendo el Código Civil.

⁴³ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., p. 486. Sobre este particular; cfr. también, DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, 5.ª ed. 1885, p. 147. BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 103.

influidos en este punto por el Derecho romano, se regulará de forma más prolíja⁴⁴.

Vistas así las cosas, lo que hoy conocemos, en el seno de nuestro ordenamiento, como sociedad de gananciales, empieza a fraguarse en el Breviario de Alarico⁴⁵, del año 506 d. C., cuando en el mismo, y dentro del libro *Novellarum divi Valentiniiani Augusti*, en el Título I –*De fructibus inter maritum et uxorem expensis filiis vel heredibus minime imputandis*– se haga mención a los bienes ganados de común dentro del matrimonio:

§ I. Comperimus enim, quasdam post maritorum obitum filios suos proposita indecora actione nudasse, quum ab his patrimonii sui fructus quaerent, quos utique stante matrimonio in illa aequalitate vivendi in commune consumptos convenit aestimari, quorumque ratiocinium perplexum atque confusum ad veritatis fidem discuti posse non credimus

*Interpretatio. Si vir uxore superstite, moriatur, fructus, quos stante coniugio constat expensos, nullam postea a communibus filiis seu ab heredibus mater repetendi habeat facultatem. Quod et si uxor vivo marito decesserit, maritum praecipit eadem lege constringi, ut et ipse a filiis vel heredibus uxoris de ipsis fructibus, qui in commune expensi sunt, penitus non requiratur*⁴⁶

Estos postulados serán tenidos en cuenta en el Formulario visigodo del siglo VII –descubierto en el siglo XVI por Ambrosio Morales⁴⁷– en su fórmula XX cuando, en los hexámetros latinos 57 a 62, afirme:

⁴⁴ Cfr. ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II. Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, pp. 86 a 89. ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 405 en nota 3.

⁴⁵ En contra de esta postura se manifiesta CÁRDENAS (*Estudios Jurídicos*, t. segundo..., cit., p. 64 y nota), al entender que en dicho Código no se hace mención de este derecho, y quizá no le falte razón si se recurre a la fuente legislativa que dentro del Breviario él ha manejado, pues acude –como argumento de su afirmación– al *Codex Theodosiano*, lib. 10, tit. 6.º, y en él se establece: *si quis forte decesserit eorum, qui communi nomine donatum aliquid a nostra impetraverunt clementia, nec superstites dereliquerit successores, placet, non ad extraneam quamcumque personam, sed ad socium vel consortem pervenire portionem illius, qui intestatus aut sine liberis defunctus est. – Interpretatio. Si aliquis ex iis mortuus fuerit, ad quos nominatim munificentia nostra processit, et nec testamentum fecisse, nec filios reliquisset cognoscitur, placet, ut portionem eius is, cum quo pariter defunctus accepit, id est socius eius acquirat: merito enim socius praefertur, ubi nulla filii persona intervenisse cognoscitur.* (ALARICO II: *Código. Fragmentos de la «Ley Romana» de los visigodos conservados en un Codice palimpsesto de la catedral de León*, Fundación Sánchez-Albornoz, León, 1991, p. 187).

⁴⁶ ALARICO II: *Código...*, cit., pp. 275 y 277. Interesa matizar en este punto la estructura del Breviario de Alarico II, en ella a los fragmentos de Derecho romano se les añade una interpretación –encargada por el propio Alarico a sus compiladores– que tenía la misma fuerza que el texto interpretado (cfr. CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos*, t. Primero, Establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1884, pp. 44 ss.).

⁴⁷ En relación con el encuadre histórico de este formulario PRIETO BANCES (cfr. «Los notarios...») considera que «la fórmula nace en Córdoba, el año 615, cuarto año del reinado de Sisebuto» (cit., p. 108). «Todo hace suponer que pertenece, como el formulario andecavense, a una familia de formularios espigada en la órbita del Breviario de Alarico» (cit., p. 109). Y «podríamos (...) darle a la fórmula el apelativo “ovetense” por su armonía con la ciudad si la terminología histórico-jurídica no se lo hubiera ya adjudicado por haber sido

...*Quicquid intra vel extra nunc corpore cuncto
Nos in jure titulis ex multis habere,
Amplius Christi dederit quod gratia nobis
Ordine diverso per nostrae tempore vitae,
Te dominam in mediis cunctisque per omnia rebus
Constituo donoque tibi vel confero, virgo*⁴⁸

De su contenido, y lo que le antecede y precede: más centrado en la dote, se deduce que «al extenderse esta donación de la mitad patrimonial a los bienes adquiridos *constante matrimonio*, se perfilan los trazos del régimen de *gananciales*, que tan hondo había de enraizar en el derecho español»⁴⁹.

Con esta fórmula delante se entiende mejor la postura que considera que «el sistema de los gananciales parece haberse derivado de la costumbre de dar el marido a la mujer como dote la mitad de sus bienes, no sólo presentes, sino futuros. Al hacer esto la asociaba a sus ganancias, se obligaba a compartir con ella los acrecentamientos que tuviera su fortuna durante el matrimonio»⁵⁰: en el fondo los bienes futuros estarán intrínsecamente relacionados con las ganancias que se generen de los bienes presentes.

Dentro de este mismo siglo VII, el 12 de enero del año 644, Chindasvinto –padre de Recesvinto– proseguirá con el modo de tratar las relaciones patrimoniales entre cónyuges establecida hasta la fecha⁵¹. Esto hará que se conserven los vestigios de la incipiente sociedad de gananciales cuando afirme:

... *Aut si forte iuxta quod ex legibus romanis recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi ipsa dari proposcerit*⁵²

Cabría afirmar que de ahí pasará a reflejarse en el *Liber* de Recesvinto. Si bien la regulación que en el mismo se haga diferirá de lo que habían dispuesto los referidos pueblos germánicos, pues aun cuando en sus leyes «se ven los gérmenes del sistema de gananciales, ó sea de la *adquisición* para ambos cónyuges de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, se puede decir que en ellas

descubierto por Ambrosio de Morales el *Formulario* en el Archivo de la Catedral de Oviedo» (cit., p. 131). Por lo que respecta al formulario andecavense aquí mencionado cfr. SCHWERIN: «Sobre las relaciones entre las fórmulas visigóticas y las andecavenses». *AHD*. 1932, pp. 177 ss.

⁴⁸ Por lo que respecta al texto de la fórmula cfr. FONT: «La ordenación...», cit., p. 201 en nota 28. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 107.

⁴⁹ FONT: «La ordenación...», cit., p. 202. Cfr. también PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 123.

⁵⁰ DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 527.

⁵¹ Cfr. MINGUIÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 65. BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 103. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 193 a 203.

⁵² Cfr. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 128 y 129.

solo existe bien deslindado un derecho de viudedad ó de supervivencia en favor de la mujer. Así es que *segun* sus disposiciones, si el marido *moria* antes que la mujer, esta *adquiria* una parte de las ganancias que *solia* ser la tercera; mas si *moria* ella antes que el marido nada *transmitia* á sus herederos. Era *este*, pues, un derecho eventual para el caso de que sobreviviera la mujer, diferente del de ganancias que siempre la corresponde. Mas en el Fuero Juzgo, por el contrario, la verdadera comunidad de las ganancias (...) aparece de una forma clara, y produce sus efectos tanto sobre el marido como sobre la mujer...»⁵³.

Esa verdadera comunidad de las ganancias a la que acabamos de hacer mención aparecerá –a mediados del siglo VII– recogida en el *Liber Iudiciorum* de Recesvinto dentro del Libro IV –*De origine naturali*–, Título II –*De successionibus*–, Ley XVI –*De his quae vir et uxor in coniugio constituti conquirere potuerint*–:

*Dum cuiuscumque dignitatis aut mediocritatis mariti persona uxori fuerit nobiliter atque competenter adiuncta, et pariter viventes aliquid augmentaverint, vel in quibuscumque rebus quippiam profligasse visi fuerint, atque proveniat, ut unus ex eis maioris rei et facultatis dominus sit, de omnibus augmentis, et profligationibus pariter conquisitis, tantam partem unusquisque obtineat, quantam eius facultatem fuisse omnimodis sibi debita vel habita possessio manifestat. Ita ut si æqualis abundantiae domini sunt, pro parvis rebus contentionis intemperantiam non adsumant. Quia difficile est, ut in tanta æquitate facultas eorum possit æquari, ne in quocumque videatur una pars alteri superesse. Nam si evidenter unius facultas alterius possibilitatem transgredi videatur, ut superius dictum est, iuxta quantitatem debitæ possessionis erit et divisio portionis, quam sibi post uniuscuiuscumque mortem vindicabit persona suppressis, et aut filiis suis aut propriis relinquat hæredibus, aut certe de ea facere quod voluerit, licentiam habebit. Eadem quoque ordinationis forma, tam in viris quam in uxoribus, erit omnimodis observanda. De illis autem rebus, quibus in amborum nomine inveniuntur scripturæ confectæ, iuxta conditionem ipsius scripturæ, pertineat illis et divisio rei, et possessio iuris. Quod vero maritus, aut de extraneorum lucris, aut in expeditione publica conquisivit, aut de principis, vel patroni atque amicorum conlatione promeruit, filii vel hæredes eius ad integrum sibi vindicabunt, aut quod exinde voluerint iudicare, licenter illis erit plenam potestatem habere. Similis erit et de mulieribus conditio, si quorumcumque munere videantur aliquid percepisse*⁵⁴

⁵³ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., p. 65 en nota 1. Entiende LACRUZ («El régimen matrimonial...», cit., p. 34) que «el principio de la *collaboratio* aparece más claro en la *Ley Saxonum* –redactada durante el reinado de Carlomagno– aunque todavía restringido a los Westfalos: “Apud Westfalos postquam mulier filios genuerit dotem amittat; si autem non genuerit, ad dies suos dotem possideat... De eo quod vir et mulier simul conquesierint, mulier mediam portionem accipiat; hoc apud Westfalos, apud Ostfalos et Angarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua” (47, 48)».

⁵⁴ Cfr. ZEUMER: *Leges visigothorum antiquiores*. Impensis Bibliopolii Hahniani. Hannoverae et Lipsiae, 1894, pp. 129 y 130.

Como ya se ha ido viendo, la mención que en el mismo se hace a los aumentos o conquistas, es la decantación de una costumbre y regulación de origen germano⁵⁵, «pues no es de suponer que en la reforma encargada por este Monarca al Concilio VIII de Toledo, del Fuero Juzgo, se implantará en él una modificación tan trascendental sin que hubiera precedentes»⁵⁶; precedentes que aparecerán en los planteamientos de «los francos y los westfalienses que conocieron ya en época franca una comunidad de bienes limitada: concedía a la mujer una parte en los gananciales, o sea en el patrimonio adquirido por los cónyuges durante el matrimonio mediante su trabajo o por negocios jurídicos onerosos (*conlaboratio, acquaesius coniugalis*). Sobre los gananciales existía una comunidad de derecho en la que la mujer participaba en un tercio según el Derecho franco (...) en la mitad según el Derecho westfaliense»⁵⁷ y en la cuarta parte según el Derecho Lombardo⁵⁸. En el *Liber Iudiciorum* —como del párrafo que aquí hemos transcrito se deduce— ese reparto se hará proporcionalmente atendiendo al patrimonio aportado por cada cónyuge⁵⁹.

Al margen de los conjuntos normativos vistos hasta el momento y de los que ahora se dirán —que podríamos considerar de contenido y aplicación más amplio—, los pilares de la futura sociedad de gananciales también aparecerán en otros ordenamientos más locales e incluso en escrituras de particulares:

«En el año 947, el presbítero Suario, en *union* con sus hijos Gonzalo y Velasco, donaron al convento de san Cosme y san *Damian* varias tierras, molinos y viñas, y dice la escritura que en una de las viñas, tiene otro hijo de Suario la octava parte, y en otra la mitad correspondiente á su madre (...). En el año 1003, Ordoño Sarraciniz hizo donación al monasterio de *Sahagun* de la mitad de un molino que *habia* comprado á Pedro Eriz, y dice en la escritura: «pero como compré esta finca viviendo en uno con mi mujer, Mayor Ovezquiz, y es suya la mitad *segun* fuero de la tierra, hago *donacion* de la otra mitad que me corresponde». En el año 1006, Gontrola, mujer de Ablavel Gudestis, pidió al rey Don Bermudo, le devolviese la mitad de los cuales se había apoderado el fisco como heredero. El rey otorgó esta pretensión. Ansur *Gomez* en 1048 otor-

⁵⁵ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 527. MELÓN: «Organización...», cit., p. 115.

⁵⁶ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 30 y 31. Cfr. también DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, Quinta Ed., 1885, p. 145.

⁵⁷ BRUNNER: *Historia...*, cit., p. 230. Cfr. también MINGUIÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 48 a 51. PLANITZ: *Principios...*, cit., pp. 306 ss.

⁵⁸ Cfr. MINGUIÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 50

⁵⁹ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 204 y 236.

gó carta dotal á favor de su mujer, ofreciéndole, además de la dote, la mitad íntegra de todo cuanto ganaran y adquirieran durante el matrimonio. Por el mismo tiempo la mujer de Pedro Froilaz, conde del Bierzo, hizo donación á la iglesia de Astorga, de todos sus bienes gananciales»⁶⁰.

Entre los supuestos referidos en el párrafo anterior –así como en algunos de los que ahora transcribiré– unos tienen su fundamento en la dote y otros se aproximan más a los futuros gananciales. El criterio para diferenciar aquéllos de éstos encontrará su apoyo en que, lo que llegará a ser la sociedad de gananciales, «viene redactada en unos términos adecuados a su naturaleza, usando la forma plural –como referida a ambos esposos–», mientras que cuando «el novio o marido habla en nombre propio (...) como otorgante único (...) constituye como tal *arras* presentes sin conexión con lo tocante a las ganancias futuras»⁶¹.

Todo lo dicho hasta ahora pone de manifiesto que si en los conjuntos legales de más peso en nuestro derecho histórico la institución se recogió y se mantuvo, el motivo fue, en gran medida, que ese régimen ya había sido admitido en distintas épocas por los ordenamientos menores –llamémoslos así– o Fueros municipales de algunos lugares⁶²; de esta manera había entrado a formar parte del entramado social; hasta tal punto que cuando en Las Partidas se vuelve a retomar el régimen dotal se respetarán las situaciones de gananciales existentes por Fuero o por voluntad expresa de las

⁶⁰ CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos*, t. 2.º..., cit., pp. 76 y 77. Sobre este punto se puede ver más supuestos tanto en la obra del autor aquí referido como en PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 132 ss.

⁶¹ Para los dos últimos entrecomillados: FONT: «La ordenación...», cit., p. 235.

⁶² Con independencia de los Fueros que a continuación se mencionan, y como constatación de la idea que en el texto principal se refiere de la aceptación de los gananciales, es de interés traer a colación *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París* que «es una adaptación hecha a imitación de los fueros de la familia de Cuenca-Teruel y susceptible de ser adoptada por aquellas ciudades reconquistadas que andaban en busca de algún cuaderno foral por el cual pudiesen regirse» (ROUDIL: «El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París», *Vox Romanica*, T. 22, n. 1. 1963, p. 127); es decir, parece que se trata de un modelo de Fuero aplicable a todo aquel que tuviese interés en someterse a uno; a su vez, en el mismo se pueden ver antecedentes del futuro régimen de gananciales: 54. *Est es el capitulo del casamiento. (...) E todo quanto en el dia de las bodas fuere dado o mandado a amos en uno o cada uno en su cabo o fuere mandado, todo seia de amos comunal mientre tan bien de uida cuemo de muert. (...)* (*Ibid.*, p. 144). 75. *Este es el capitulo del partimiento del marido e de la mugier. Por alguna ocasion s'ouieren a partir, partan entre si todo lo que ouieren en uno ganado e non al, fueras la laour que amos fizieren en uno en rayz de qual quiere d'elos. E despues que departidos fueren e qual quiere d'elos que ante muera, el que scapare biuo nol den d'elo part; partanno los fijos o qui lo deuiere heredar* (*Ibid.*, p. 148). 77. (...) *Mas si pora uentura el padre non parte connos fijos de la mugier primera fasta la postremera que s passa él ante d'ela, ante que la madrastra o sos fijos prendan ninguna cosa, los primeros fijos o.i. prenda la mehetat de tod el auer que el padre con su madre o despues gana. (...)* (*Ibid.*, p. 149).

partes⁶³. Incluso se podría afirmar que si el preeminente régimen dotal de las Partidas no prosperó, hasta eclipsar al de las ganancias, fue por el calado que ya habían adquirido en la entraña de la sociedad estas últimas⁶⁴.

Esta realidad se fue constatando en los Fueros de distintos lugares entre los que cabe destacar los siguientes⁶⁵:

El Fuero de Jaca, concedido por Sancho Ramírez en el año 1077⁶⁶, se hace mención a las ganancias y los bienes comunes al tratar de las segundas nupcias —... *en tot quant que auran gaynnat lo payre o la mayre...*—; del viudo que se quiere casar —... *que el et sa muyller auien densemble...*—; y la fianza por cosa común —*con alguna cosa que sia dambs dos*⁶⁷—.

También refiere las ganancias conjuntas, el Fuero de Sepúlveda confirmado por Alfonso VI el 17 de noviembre del año 1076⁶⁸:

Título [66]. *Del marido a su muger quel' pueda mandar una dona. (...) Et si la muger finare, todas las armas que ovieren sean del marido; et si el marido finare ante que la muger, e fijos non ovieren, quantas armas ganaren en uno, pártanlas por medio. (...)*⁶⁹

Poco después, y sobre la cuestión que estamos viendo, en la confirmación y adiciones de los antiguos Fueros de León y Carrión hechas por la reina doña Urraca en la primera mitad del siglo XII se establece lo siguiente:

... *et Cavalleiro si de terra exierit, et ad Mauros fuerit, exito sive salito, ut sua mulier non perdet sua hæreditate, non suas medias comparationes...*

Las *medias comparationes* de las que ahí se habla, que han de equipararse a la mitad de las compras, aluden «á los bienes adquiri-

⁶³ Los pactos entre los cónyuges tuvieron gran importancia en el desarrollo de la futura sociedad de gananciales (cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 212 ss.)

⁶⁴ Cfr. DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, 5.ª ed., 1885, p. 148.

⁶⁵ Para el encuadre histórico de los Fueros, además de las fechas que en los mismos se refieren y su correspondiente constatación bibliográfica, cfr. ANTEQUERA: *Historia de la Legislación española*, 2.ª ed., Imprenta de Ángel Pérez Dubrull, Madrid, 1884, pp. 526 a 541.

⁶⁶ Esta fecha es la que le atribuyen BARRERO y ALONSO (*Textos de derecho local español en la Edad Media. Catálogo de Fueros y costums municipales*, CSIC, Madrid, 1989, pp. 266 y 267), aunque constatan que el arco temporal en que el mismo se mueve va de los años 1062 a 1100.

⁶⁷ Cfr. RAMOS: *El Fuero de Jaca*. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1927, pp. 17 y 83.

⁶⁸ Para la fecha cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección de Fueros y Cartas-Pueblas de España*, Imprenta de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1852, p. 232. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 418 y 419.

⁶⁹ Cfr. SÁEZ, Emilio, y otros: *Los Fueros de Sepúlveda*. Publicaciones históricas de la Excm. Diputación provincial de Segovia, Segovia, 1953, p. 88.

dos por los cónyuges por medio de compra durante el matrimonio, esto es, á los bienes gananciales»⁷⁰.

Asimismo, el de Alcalá de Henares del Arzobispo don Raimundo, concedido entre los años 1210 y 1247⁷¹, da razón de las ganancias cuando afirma:

§ 81. (...) e esto quien lo oviere a tomar, baron o muger, si lo ovieren ganado en uno...⁷²

En el de Oviedo, dado por Alfonso VII el 2 de septiembre del año 1145, no se habla expresamente, como en los Fueros anteriores, de ganancias, pero se puede entender que implícitamente lo trata cuando de algún modo obliga a llevar a cabo la partición:

*Home que muller prende, pedida a sus parientes, o a sus amigos, et por concello et arras lli dier anter que la espose, dia lli fiador de sus arras quales se convinieren por foro de la villa, et da aquel dia quel fiador lli diere, e haya fecho su carta ata nueve dias, o a la muger, o a sus parientes, roblela su marido en concell, et el fiador sia suelto destas arras quel mando lle dar; desque fillo hobier, las arras son muertas, partan lo que Dios les dier*⁷³

Los Fueros de Borja y Zaragoza, enmarcados entre los años 1144 y 1151⁷⁴, al hablar de los que llegan a ser viudos trata la división –entiéndase de las ganancias– de la parte de la que cada uno de los cónyuges puede disponer:

*[102] De patre aut matre qui fuerint vidui. De patre aud matre qui fuerint vidui. Non possunt dare filio vel filia donum completum si non habet donum unus de alio cun carta et fidantia, aud si non diviserunt. Set de sua parte cognita de racione potest donum dare*⁷⁵

⁷⁰ Tanto para el texto del Fuero como para la posterior afirmación: Cfr. MUÑOZ: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, t. I, Imprenta de don José María Alonso, editor, Madrid, 1847, p. 96 y texto de la nota 3 correspondiente a la p. 97. En opinión de CÁRDENAS (*Estudios Jurídicos*, t. Segundo..., cit., p. 87) «las palabras de la carta de la reina D.^a Urraca de 1147, adicionando los Fueros de Leon, no dan luz bastante sobre este punto. De que la mujer cuyo marido iba á la guerra, pudiera reservar *suas medias comparaciones*, no se sigue que estas fuesen la mitad exacta de todo lo que ambos hubiesen adquirido, pues *podian ser tambien* las cosas que hubiesen comprados á medias, y esta *traduccion ménos libre*, es tambien más conforme al texto». Sobre la datación de estos Fueros cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 126 y 127. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 184, 278 y 279.

⁷¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 9 y 10. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 101 y 102.

⁷² Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*. Imprenta de los sucesores de Hernando, Madrid, 1919, p. 290.

⁷³ Cfr. LLORENTE: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas: Alava, Guipuzcoa y Vizcaya. Parte III. Apendice ó Coleccion Diplomatica*, t. IV. Imprenta Real, Madrid, 1808, pp.102 y 103. Para la fecha de este Fuero cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 174. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 336 y 337.

⁷⁴ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 295 y 296. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 159 y 497 a 499.

⁷⁵ Cfr. MORALES y PEDRAZA: *Fueros de Borja y Zaragoza*, Facsímil, Zaragoza, 1986, p. 49.

Una manera de tratar la cuestión de las ganancias similar a la de los Fueros de Oviedo, Borja y Zaragoza se observa en el atribuido al pueblo de Ledesma por Fernando II en el año 1161⁷⁶, cuando en el mismo se trata en su parágrafo 133, *De la uitudine*:

(...)E todo efto, quando el ouier de confuno, prendalo entrego; e elo que fur de partes del marido, prenda el medio;...⁷⁷.

Al igual que en los cuatro Fueros anteriores, en el de San Miguel de Escalada del año 1173, resultado de la labor realizada por Martín, abad de san Isidoro, por orden de Fernando II⁷⁸, se hace mención a la partición del caudal conyugal, lo que lleva a suponer que entre los cónyuges constante el matrimonio se establecía un patrimonio común:

18.— *El joven que casare y poseyera casa, no pague el censo durante un año; pero al recoger el pan y el vino debe pagarlo. La mujer viuda paga huesas; y paga por las separaciones y las reconciliaciones, cuando haya partido el caudal conyugal, a no ser que el obispo (los exonere?)⁷⁹.*

De manera más amplia y, si se puede hablar así, refundiendo y desarrollando lo que se había venido diciendo hasta entonces, aparecerán las ganancias y su modo de partirlas en el Fuero concedido por Alfonso II de Aragón a Teruel en el año 1177⁸⁰, que se fue completando hasta el año 1247, fecha en la que la recopilación de Fueros que le había sido encomendada al obispo Vidal de Canellas se decantó en la promulgación de los Fueros de Aragón o *Vidal Mayor* de Jaime I⁸¹. El Fuero Turolense referirá las adquisiciones comunes en las Leyes 320 y 330:

[320] *De la partición de bienes de la esposa y del marido. Cuando el marido y la mujer por algún motivo y de común acuerdo quieran hacer partición de bienes, repártanse por igual entre sí todas las cosas que hayan adquirido*

⁷⁶ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 125. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 277.

⁷⁷ Cfr. CASTRO y DE ONÍS: *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. I. Textos*. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1916, p. 240.

⁷⁸ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 217. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 396.

⁷⁹ Cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II. Documentos*. Ediciones Leone-sas, León, 1981, p. 124.

⁸⁰ Por lo que a la fecha se refiere cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 249 y 250. BARRERO y ALONSO (*Textos...*, cit., p. 433) entienden que el 1 de noviembre de 1177, Alfonso II de Aragón otorgó una Carta de Población a Teruel y la misma se recoge en los párrafos iniciales del Fuero extenso de la familia de los Fueros de Cuenca.

⁸¹ Cfr. TILANDER: *Vidal Mayor. Traducción aragonesa de la obra In Excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas. II, Texto*, Editada por Gunnar Tilander, Hakan Ohlssons Boktryckeri, Lund, 1956. VV. AA.: *Vidal Mayor. Estudios*, Ed. Excma. Diputación Provincial de Huesca, Huesca, 1989.

conjuntamente y no otra cosa, según fuero, y además repartanse la obra que ambos hayan hecho en el bien raíz de uno y otro, y después de que muera uno de los que hayan hecho partición de bienes en vida, el que sobreviva no perciba nada de sus bienes, sino que los herederos del difunto perciban todos sus bienes y se los repartan por partes iguales entre sí

[330] *De los estériles que conjuntamente cambien o compren algo. Mando también que si el marido y la esposa son estériles y conjuntamente compran o cambian algo o, aunque sea en un bien raíz de uno o de otro, hacen conjuntamente casas, molinos, alguna obra o plantación, repártanlo en partes iguales, tanto en vida como en muerte, cuando sea necesario. Y cuando uno de éstos muera, el que quede perciba la mitad de dicha obra y los parientes más cercanos del difunto perciban la otra mitad restante. Pero los otros bienes raíces vuelvan a su raíz*⁸²

En el mismo siglo, si bien en una fecha algo más incierta —entre los años 1150 a 1194—, los Fueros de la Novenera —Artajona, Larra-ga, Mendigorria y Miranda de Arga— concedidos por Sancho el Sabio⁸³, establecerán en su párrafo 70 —*De casamiento*— la partición de ganancias por mitad no sólo como consecuencia del matrimonio, sino también en los casos en que ya son novios o hay una promesa de matrimonio (*iurada*):

*Todo hombre o toda muyller que prenga bendición, si's quisiere filios de hermanos sean, del día que prengan bendición, si quiere sea iurada con otro, de quoanto que ganen su meatat deue auer de mueble et de hereditat*⁸⁴

En el Fuero otorgado por Alfonso VIII a Huete, en el siglo XII,⁸⁵ también se da razón del reparto de las ganancias matrimoniales:

148. *De las particiones. [S]y la muger e el marido se quisieren departir por algun caso uno de otro, partan igualmente aquello tod que amos en uno ganaron e non otra cosa*

153. *[Sin título] [S]y los velados ouieren fijos, e en vida non fueren partidos, e ninguno d'ellos otros fijos non ouieren, quando el uno d'ellos muriere, pagados todos los debdos desouno que amos ouieren fechos en uno,...*

180. *Del derecho de los biudos. (...) E aquestas biudedades sean dadas de aquellas cosas que en uno ganaron e non de otras cosas...*⁸⁶

Idéntica mención se hace en el que el mismo rey dispuso para Cuenca en el año 1189⁸⁷, que en su *X Capitulum*, al tratar *De suc-*

⁸² Cfr. CASTAÑÉ: *El Fuero de Teruel. Edición crítica con introducción y traducción*. Imprenta Perruca, Teruel, 1991, pp. 465 y 481.

⁸³ Cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 327.

⁸⁴ Cfr. TILANDER: *Los Fueros de la Novenera*, Almqvist & Wiksell's Boktryckeri Ab. Uppsala, 1951, p. 58.

⁸⁵ Cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 262.

⁸⁶ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Universidad de Málaga, Málaga, 1984, pp. 125, 129, 153 y 155.

⁸⁷ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 81 y 82. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 216.

cessione filiorum atque parentum, regulará lo relativo a las ganancias adquiridas por ambos cónyuges:

vijj. De separatione uxoris et mariti. Cum maritus et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari, diuidant equaliter inter se quecumque simul adquisierint, et non aliud; et diuidant laborem, quem ambo in radice alterius fecerint. Et postquam unus eorum, qui in uita fuerint separati, decesserit, ille qui superuixerit, nihil de bonis eius accipiat, set heredes defuncti accipiant omnia bona sua et diuidant inter se

*xiiij. De his que sponsi simul adquisierunt. Quicquid in die nuptiarum simul aut separatim sponsis promissum siue datum fuerit, totum sit com[m]une ambobus, tam in uita quam in morte*⁸⁸

El 1 de febrero del año 1192⁸⁹, Alfonso IX concederá el Fuero a la localidad de Villafranca del Bierzo, y en él se recogerá lo relativo al patrimonio común de los cónyuges dentro de una situación que, como ahora se verá, es un tanto peculiar:

*(...) Y si por ventura el herido muriere, el que le hirió sea enterrado bajo el muerto; y si tuviere mujer, ella debe haber todo su patrimonio y lo que en derecho le perteneciera sin su marido, y de las cosas que ganara con su marido denla la mitad y de la otra mitad háganse dos partes, si tuviere hijos, y una mitad dese a los hijos y la otra dese por iguales partes al rey, al concejo y a los alcaldes; y si no tuviera hijos aquel que fue enterrado bajo el muerto, toda la mitad de él pertenezca al rey, al concejo y los alcaldes, y pártanla según se ha dicho*⁹⁰

Así mismo, en el atribuido por Alfonso VIII a Soria en los años 1195 o 1196 se hará referencia a los gananciales o ganancias de forma breve en los párrafos 324, 339, 340 y 341, y de manera más amplia en el 334, 335, 336 y 338⁹¹. Y en el que el mismo rey, hacia el año 1213, concedió al pueblo de Alcaraz⁹²:

Libro Tercero. [82.] Del departimiento del marido e de la muger. Quando el marido e la muger departir se quisieren por alguna ocasion, partan entre si equal mientre lo que en uno ganaron e no al. Et otrossi partan la lauor que amos ados en la rayz del uno fizieren. Et despues que el uno d'aquellos que en la uida fueren departidos muriere, aquel que sobreuisquiere non tome nada de sus bienes, mas los herederos del defunto tomen todos sus bienes.

⁸⁸ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca. [Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf]. Edición crítica con introducción, notas y apéndice*, Tipografía de archivos, Madrid, 1935, pp. 256, 264 y 270. Aquí se refiere la forma sistemática.

⁸⁹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 279. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 476.

⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 150.

⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos...*, cit., p. 238. Sobre la fecha de este Fuero cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 249. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 424.

⁹² Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 11. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 104 y 105.

[88]. *De aquello que los esposos en uno ganaren. Por que qual quier cosa que en el dia de las bodas en uno o apartada mientras a los esposos fuere prometido o dado, todo sea comun a amos a dos tan bien en la uida como en la muerte*

[92] *De la particion de los herederos e de la madrastra. Otrossi, si el padre muriere, la segunda o la tercera o la quarta seyendo biua, maguer que d'ellas fijos aya, enpero ante que la madrastra ni los fijos d'ella ninguna cosa tomen, los fijos de la primera madre tomen la meatad de todos los bienes que el padre con su madre ante o despues en uno ganaron*⁹³

Entre 1222 y 1227⁹⁴, cuando Alfonso IX le otorgue el Fuero a Coria, se establecerá, por lo que a las ganancias matrimoniales se refiere, lo siguiente:

68. *Mugier que enbiudar. Mugier que biudad quisier tener, tome... E reçibalo del aver de anbos, e si no lo ovier de consuno, tome la meatad del aver del (...)*

74. *De las mandas. Manda que mandar el marido a la mugier, o la mugier al marido, fasta la meatad de su aver lo pueda mandar. E si mas le mandar, nol preste*

81. *Qui comprar herençia. Todo ome que comprar herençia o ovejas o qual cosa quier con su muger de su aver, entre la mugier en la mitad despues que fueren velados. E si la mugier comprar alguna cosa, ansi lo fagan de su aver, aya el marido la meatad. E si alguna cosa [caminaren (caniaren)], asi sea*⁹⁵

A la economía del matrimonio como sociedad de ganancias se referirá el Fuero otorgado por Fernando III, El Santo, a Zorita de los Canes el 6 de mayo de 1218⁹⁶:

192 *DEL DAPARTIMIENTO DEL MARIDO ET DELA MUGER. Quando el marido et la muger por alguna ocasion el uno del otro se quisiere partir, partan equal mientras entre si todas aquellas cosas que en uno ganaron, et non otra cosa; et otro si, partan el trabaio/ et la lauor que entramos en la rayz del uno fizieron; et pues que el uno dellos finare, el que fincare biuo non tome ninguna cosa delos bienes del finado, mas los herederos del finado tomen todos sus bienes, et partan los entresi*

198 *DE AQUELLAS COSAS QUE LOS ESPOSOS EN UNO GANAREN (SEA DE COMUN DELLOS AMOS). Daquellas cosas que los padres asus fijos*

⁹³ Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón. Édition synoptique avec les variantes du Fuero d'Alcáraz, Introduction, notes et glossaire. Tome I. Introduction et texte*, Librairie C. Klincksieck, Paris, 1969, pp. 183, 186 y 189.

⁹⁴ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 79. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 210.

⁹⁵ Cfr. MALDONADO: *El Fuero de Coria*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949, pp. 30, 31 y 33.

⁹⁶ El primer privilegio se lo concedió a esta localidad Alfonso VII el 4 de marzo de 1156. Posteriormente, Alfonso VIII y Martín de Siones, maestre de Calatrava, le concedieron Fueros al concejo de Zorita el 8 de abril de 1180. Fernando III confirma y adiciona estos Fueros en Pinilla el 6 de mayo de 1218 (Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 298). El atribuido a Fernando III es el que he manejado para este trabajo: lo datan, sin más matices, BARRERO y ALONSO (*Textos...*, cit., p. 500) como del siglo XIII.

dieren en el dia de sus bodas, siquiere sea rayz o mueble. Si alguno daquellos sin fijos muriere, la rayz o el mueble, al que fuere dada, aquel sea tornada

224 *DELAS MEIORIAS DELOS BIBDOS. Si el bibdo ola bibda en uiduidat quisiere fincar, deue auer estas cosas sin suerte. Si fuere bibdo, su cauallo con todas sus armas, et el lecho en que yaze primera miente con su muger, et la aues aztores. Si fuere bib-/da, non deue auer el lecho que con su marido solie yazer. Mas deue auer un hero que queda I cafiz sembradura, et uno yuuo de bueyes, et una arançada de uinna, que non sea parral, del derecho de su uiduidat, et non otra cosa. E aquestas uiduidades deuen seer dadas de aquellas cosas que en uno ganaron, et non de otras cosas. E sean alli luego apreçiadadas, et aquellos quelas recibieren den buen fiador, que non malmetan ninguna cosa dellas. E si por auentura, quando uiniere el dia dela particion, no ouieren, o no aduxieren aquellas cosas que son dichas de suso, non gelas tomen, si non fueren esas mismas, et tales quales fueron*⁹⁷

Entre los años 1221 y 1239⁹⁸, lejos de la extremadura del reino castellano, y confirmando una vez más lo natural que se había vuelto hablar de ganancias del matrimonio, en el Fuero ratificado por Rodrigo Jiménez de Rada para Brihuega se dispone:

*Por buena de marido et mugier. Toda buena que compraren o ganaren marido et mugier. de mueble o de rayz: a la fin del uno partan la por medio*⁹⁹

A medida que se fue realizando la Reconquista iban otorgándose normas a los nuevos territorios rescatados, y, curiosamente, en materia de economía matrimonial las disposiciones de los nuevos Fueros seguirán acogiendo lo que ya se había convertido en pauta general: lo ganado conjuntamente por ambos cónyuges¹⁰⁰.

Esto se constata en el Fuero dado por el rey Alfonso IX a Cáceres entre los años 1231 a 1235¹⁰¹:

De vidvitatem. Mulier que vidvitatem voluerit tenere, accipiat... & hoc accipiat de auer dambos, & fi non habuerit dambos, tomet la meatad del auer dèl, fi quifier viudadad tener...

Manda de Mvlier ad virum. Manda que mandare virum ad mulierem, vel mulierem ad virum vique ad medietatem de fo auer delque finare, prefte; & de fuper non prefte; & fi mas madar del auer que ouiere, fegun como mandare, afsis corregan las mandas

⁹⁷ Cfr. DE UREÑA: *El Fuero de Zorita de los Canes según el Códice 247 de la Biblioteca Nacional (Siglo XIII al XIV)*, Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1911, pp. 119, 122, 136 y 137.

⁹⁸ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 49. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 160.

⁹⁹ Cfr. CATALINA: *El Fuero de Brihuega. Publícalo precedido de algunos apuntamientos históricos acerca de dicha villa*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1887, p. 181.

¹⁰⁰ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 531. MELÓN: «Organización...», cit., p. 115.

¹⁰¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 54 y 55. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 170.

Qvi obierit. (...) & fu moble que ganaron ambos en vno (...)

*De comprar herencia. Todo ome, que comprare herencia, ò mueble con fu muger de fu auer, entre la mulier en enmedietate despues que fueren velados, ò cambiare, & fi mulier comprare aliquam taufa de fo auer, ò cambiare: otrofi, entre el marido en la metad*¹⁰²

La realidad de que lo que en un futuro será la sociedad de gananciales estaba echando raíces con la Reconquista –Reconquista iniciada por los propios visigodos, que, como ya hemos visto, junto con la dote, empiezan a dar carta de naturaleza a la comunidad de bienes y al reparto de ganancias entre los cónyuges¹⁰³– y arraigó con fuerza en el Fuero de Baylío aprobado en la primera mitad del siglo XIII. Este Fuero parece tener su origen inmediato en las cartas de *meatade* de la región meridional portuguesa próxima a Jerez de los Caballeros y Alburquerque¹⁰⁴; y merece ser resaltado dentro de los distintos Fueros que aquí estoy trayendo a colación por su importancia histórica en la actual liquidación de la sociedad de gananciales; influencia que queda reflejada en intentos legislativos¹⁰⁵, en la jurisprudencia¹⁰⁶, en la doc-

¹⁰² Cfr. ULLOA: *Fuero y Privilegios de Cáceres*. S.f., pp. 24 a 27.

¹⁰³ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 528.

¹⁰⁴ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 219 y 220.

¹⁰⁵ No hace mucho se pretendió legislar la materia contenida en dicho Fuero. En este sentido en el Legajo 47. II del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil cfr.: sesiones en la que se estudio el tema relacionado con la proposición de Ley presentada a las Cortes sobre el Fuero de Baylío: 6 de diciembre de 1972, 13 de diciembre de 1972, 20 de diciembre de 1972. Anteproyecto (para estudiar una) Ley reguladora del Fuero de Baylío (16 noviembre 1977), al inicio del mismo se establece: «se trata de conseguir una regulación legal moderna –matizada con los necesarios detalles– de la institución denominada «Fuero de Baylío», vigente en el orden económico-matrimonial dentro de tres zonas peninsulares discontinuas (situadas en la provincia de Badajoz, próximas a la frontera política luso-española) y en la plaza africana de Ceuta. Sumario de dicho Anteproyecto: Capítulo I. De la aplicación territorial del Fuero de Baylío (arts. 1 a 3). Capítulo II. Régimen económico-matrimonial según el Fuero (arts. 4 y 5). Capítulo III. Adquisiciones. Administración y actos de riguroso dominio sobre bienes comunes. Responsabilidades (arts. 6 a 8). Capítulo IV. Extinción y liquidación de la comunidad foral (arts. 9 a 11). Capítulo V. Relaciones e incidencias del Fuero sobre otras instituciones del Derecho civil común (arts. 12 y 13). Disposición final.

¹⁰⁶ Fue apoyo para la jurisprudencia –junto con otras normas– incluso después de que se promulgará nuestro Código Civil: «considerando que la observancia mandada guardar por la Ley 12, Título 4.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste según términos de la citada Ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos á partición como gananciales, ó sea al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que, con arreglo á la legislación común, se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por lo tanto, que durante el matrimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio» (STS de 8 de febrero de 1892, Cdo. 1.º [CJC T. 71. 1.º, n. 35]). Cfr. también RRDGRN de 19 de agosto de 1914 (CJC T. 131, n. 50); de 10 de noviembre de 1926 (CJC T. 172, n. 93); de 11 de agosto de 1939 (RJA 1939/437) y de 9 de enero de 1946 (RJA 1946/249).

trina¹⁰⁷ y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Extremeña¹⁰⁸.

En este esfuerzo continuo, que los visigodos y, podríamos decir, sus descendientes llevaron a cabo para recuperar el territorio perdido y volver a ordenarlo acudiendo —con mejor o peor fortuna— a sus costumbres¹⁰⁹, destaca la labor de Fernando III y Alfonso X. Padre e hijo no vieron sólo la importancia de reconquistar, sino también, y en la medida en que las circunstancias de la época lo permitían, de regular la vida y cultivar la mente de sus súbditos. Basta, por lo que a la intención legisladora se refiere, hacer constar la ingente labor normativa de ambos. Si bien, como ahora veremos, más del segundo que del primero.

En materia de economía del matrimonio se respetará la partición de lo ganado por ambos en uno, esto es, lo ganado constante matrimonio; esto no impedirá que en algunos de los conjuntos normativos elaborados por el Rey Sabio se trate más de la dote que de las ganancias.

Esa subsistencia del reparto de las ganancias obtenidas durante el matrimonio se puede leer en el Fuero que el rey santo sancionó, hacia 1240¹¹⁰, a favor de Úbeda:

Título XXI: De los heredamientos & de las particiones & de los que casan dos vezes & oujeren hijos & de los bibdos & de las bibdedat que han de auer

Ley I: (...) Mas la otra rrayz que el padre & la madre ensemble ganaren, a la de heredar el pariente que fuere bjuo todos los dias de su vida por derecho de heredamiento,...Ley quinta: (...) [D] Quando el marido o la muger por alguna ocasion partirse quisieren entre sy, partan egualmente lo que en vno ganaron,...

Ley VII [A] (...) pagadas todas las debdas de comun que en vno fizieren...¹¹¹.

O en el que, en fechas similares¹¹², este mismo rey concedía a Iznatoraf:

Ley clxxxv. Del partimjento del marido o dela muger. Quando el marido o la muger por alguna ocasion partirse quisieren entresi, partan egual mente lo

¹⁰⁷ Así mismo, ha sido objeto de un detenido estudio doctrinal: cfr. GARCÍA GALÁN: «El llamado Fuero de Baylío en el territorio de Olivenza». *Boletín informativo del ilustre Colegio de Abogados de Badajoz* de 24 de julio de 1976. Archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 47. II.

¹⁰⁸ Artículo 12 de la Ley Orgánica 25 de febrero de 1983 (RCLA. 1983/381). Actualmente, y después de la reforma del Estatuto por Ley Orgánica 6 de mayo de 1999 (RCLA. 1999/1202), se hace mención expresa al Fuero de Baylío en los artículos 11.1 y 42.

¹⁰⁹ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 212, 213, 221, 230, 231, 239 y 240. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 129 y 130.

¹¹⁰ Cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 450.

¹¹¹ Cfr. PESET y otros: *Fuero de Úbeda*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 286 y 288.

¹¹² Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 116. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 265 y 266.

que en vno ganaron. E avn partan la lauor que amos a dos enla rayz del vno fizieren. E despues que el vno de aquellos que en vida fueren departidos muriere, el que fuere biuo non prenda njnguna cosa de sus bienes. Mas los herederos del muerto prendan todos sus bienes e partanlos entre si

*Ley cxcj. Delas cosas que alos esposos fueren dadas e mandadas el dia delas bodas. E qual qujer cosa que sea mandada el dia delas bodas o donado alos esposos ensenble o a cada vno por si, todo sea de amos tan bien en vida como enla muerte*¹¹³.

Prácticamente en la misma época –año 1241–, el Fuero Juzgo¹¹⁴, en el Libro IV (*Del linage natural*), Título II (*De los herederos*), Ley XVII (*De lo que gana el marido é la muier, seyendo casados en uno*) establecerá:

*Quantoquequier que el marido sea noble, si se casa con la muier cuemo debe, é viviendo de so uno ganan alguna cosa, ó acrecen, si alguno dellos fuere mas rico que el otro, de su buena é de todas que acreceren é ganaren en uno, tanto debe aver demas en aquello que ganáron en uno, quanto avie demas del otro en su buena: assí que si las buenas dámbos semeian eguales, por poca cosa non tomen entencion. Ca de duro puede seer que sean asmadas tan egualmiente, que non semeie que la una es mejor de la otra en alguna cosa. Mas si la una es mayor de la otra connoçuda mientre, quanto fuere mayor, tanto debe aver mayor partida en la ganancia, assí cuemo es dicho de suso, cada uno despues de la muerte del otro, é puédelo dexar á sus fijos, ó á sus propinquos, ó á otri si quisieren. E assí lo dezimos de los barones cuemo de las muieres. E de las cosas que ganáron, de que fizieron ámos escripto, aya cada uno tal partida cuemo dixiere el escripto. E si el marido ganare alguna cosa de algun omne estranno ó en hueste, ó quel dé el rey ó susennor, ó sus amigos, dévenlo aver sus fijos ó sus herederos despues de su muerte, ó puede fazer dello lo que quisiere. E otrosí dezimos de las muieres*¹¹⁵

Como puede observarse es breve la referencia de este Fuero a lo ganado de consuno, quizá porque poco haya que decir de algo tan generalmente admitido como dependiente de la voluntad de las partes. Incluso, como ahora veremos, en ordenamientos que se aproximan más al régimen dotal –influidos por la Recepción– que al

¹¹³ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 265 y 271.

¹¹⁴ «El Fuero Juzgo es la versión al romance castellano del *Liber Iudiciorum* en su forma “vulgata”, que se realiza durante la Baja Edad Media.

Con propiedad, este título de Fuero Juzgo sólo debe utilizarse para las versiones al romance, aunque es frecuente encontrar esta denominación empleada como sinónima de *Liber Iudiciorum*. Se puede decir que es reciente la delimitación y separación de ambos conceptos, delimitación clara, pues en realidad hace referencia a dos textos, que, aunque deriva el uno del otro, corresponden a épocas e idiomas distintos, e incluso el contenido de los mismos no es totalmente idéntico, ya que en el Fuero Juzgo se aprecian diferencias y adiciones» (CERDÁ: Voz «Fuero Juzgo», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976, el texto literal que se refiere en esta nota aparece en la p. 326, para la fecha –año 1241– mencionada en el texto principal cfr., *Ibid.*, p. 329).

¹¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos antiguos de España*, vol. I. López Camacho, impresor, Madrid, 1885, p. 32.

ganancial, contrasta el hecho de que frente a la breve mención de los gananciales sea prolífica la regulación de la dote. Los primeros por el uso que a los cónyuges se les permitía estaban adquiriendo el carácter de costumbre y terminarán por ser ley; la segunda, tenía fuerza de ley y costumbre inveterada. Con el transcurso del tiempo, y desde el punto de vista legal, tanto aquéllos como ésta terminarán por igualarse, si bien, hoy en día, nuestro CC sólo regula los gananciales sin hacer mención a la dote.

Como ya he mencionado, fruto de la Recepción del Derecho romano se procede a la elaboración de cuerpos legales. En ellos se regula más la dote que lo referente al futuro régimen de gananciales.

Será durante el reinado de Alfonso X cuando el Espéculo, con orientación parecida a la que se recogerá en las Partidas¹¹⁶, trate muy brevemente la sociedad de gananciales haciendo mención a los posibles pactos entre los cónyuges respecto a las ganancias derivadas del matrimonio en la Ley XXXIX *—en que manera deven seer fechas las cartas de las dotes, e de las arras que los maridos dan a sus mugieres—*, del Título XII *—de los escribanos—*, del Libro IV, cuando en la misma se dispone:

*...E demas que ayades vuestra parte en quanto Dios nos diere a ganar daqui adelante, e mejoráremos en nuestro aver. E deve y nombrar todo lo que a el marido, e otrosi lo que a ella, atan bien mueble como rayz. E deve poner las arras della con lo al que avia ante, para saber quanto avie cada uno el dia que fezieron su casamiento, porque se alguno de ellos moriere, mas ciertamente puedan saber sus herederos quanto deve aver cada uno en las ganancias...*¹¹⁷

Dentro de este mismo siglo XIII, hacia la segunda mitad —año 1248— se hablará de las ganancias en lo que se conoce como *Libro de los Fueros de Castiella*. En su Título 240, cabe deducir lo que serían bienes comunes haciendo una interpretación en sentido contrario de lo que en el mismo se dispone; más claro, por lo que a los gananciales se refiere, será lo dispuesto en el Título 289:

240. Titulo delo que ganan los desposados e delas deudas que fassen. Esto es por fuero: que sy vn omne es desposado con una muger et estan algun tiempo que no casan e moran por su cabo sin la esposa e ella sin el, et el e ella ganan mueble e heredades el vno sin otro, maguer ganen heredades e mueble el vno sin el otro, lo que gana cada vno dellos suyo es de aquel que lo gana. Et otrosy sy fassen deubda cada vno por si, el que la fisiere, el la deve pagar

¹¹⁶ «En tiempo de Don Alfonso X el Sabio y en fecha que no se puede precisar, pero en todo caso anterior a la redacción del Código de las Siete Partidas, se redactó esta obra, llamada también *Espejo de todos los derechos*» (MINGUIJÓN: Voz «Espéculo», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VIII, Barcelona, 1956, p. 790).

¹¹⁷ REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Opúsculos legales del rey don Alfonso El Sabio*. t. I. El Espéculo ó Espejo de todos los derechos, Imprenta Real, Madrid, 1836, p. 268.

289. *Titulo del omne que casa o de la muger commo a la meatad de lo que ouyere el vno del otro. Esto es por fuero de Logronno: que el dia que fuere el omne con su muger casado aura la meatad de todo el mueble, el marido dela muger, e la muger del marido. Et toda cosa que ouyesse cada vno dellos fecha por su cabo cada vno ante que casassen, ambos ados lo abrian de pechar por medio. Et despues que fuessen casados, otrosy*¹¹⁸

Ya en la segunda mitad del siglo XIII, el Fuero Real de España –de finales de 1254 o principios de 1255¹¹⁹–, tratará de los gananciales en el Libro III, Título III –*De las ganancias del marido, y la muger*–. En este Título se incluyen tres Leyes cuyos encabezamientos y desarrollos van centrandos el contenido de la futura sociedad de gananciales:

Y así la Ley I dispondrá:

*Toda cosa que el marido è la muger ganáren, ó compráren de consuno, hayanlo ambos por medio, si fuere donacion de Rey, ò de otri: è lo diere á ambos, hayanlo amos marido, è muger: è si lo diere al uno, hayalo solo aquel à quien lo diere*¹²⁰

La Ley II reizará:

Como lo que ganáre el marido por herencia, ò en otra manera semejante, es suyo propio. Si el marido alguna cosa ganáre de herencia de padre, ó de otro propinquo, ò donacion, ò de señor, ò de pariente, ò de amigo, ò en hueste en que vaya por su soldada de Rey, ò de otro, hayalo todo quanto ganáre por suyo: è si fuere en hueste sin soldada, à costa de sí, è de su muger, quanto ganáre de esta guisa sea del marido, è de la muger. Ca asi como la costa es comunal, asi lo que ganaren sea comunal de ambos: y esto susodicho sea de las ganancias de los maridos: y eso mesmo mandamos de las mugeres

Y en la Ley III se establecerá:

*Que como quier que haya mas el marido que la muger, los frutos son de consuno. Maguer que el marido haya mas que la muger, ò la muger que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales de ambos à dos: è la heredad, è las otras cosas donde vienen los frutos, hayalos el marido, ò la muger cuyos eran, ò sus herederos*¹²¹

¹¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ: *Libro de los Fueros de Castiella*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1924, pp. 128, 156 y 157.

¹¹⁹ Cfr. MINGUIJÓN: Voz «Fuero Real». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976, p. 346.

¹²⁰ Entienden GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho Civil...*, cit., pp. 122 y 123) que «la institución de gananciales se deriva también del libro de los godos, con la notable diferencia de que en el Fuero Real no se atiende ya para partir las ganancias obtenidas durante el matrimonio á lo aportado por cada uno de los cónyuges, sino que la *division* se hace entre ellos por iguales partes».

¹²¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 121.

Asimismo, la referencia a los gananciales aparecerá reflejada en los Fueros entregados por Alfonso X a Alarcón el 26 de julio de 1256:

Título 179 *De los que sse quisieren partir. Quando el marido e la muger por algun caso se quisieren partir, partan todo aquello que amos ensemble ganaron e non otra cosa. E partan la lauor que amos fizieren enna rayz del otro. E despues que.1. d'aquellos fallesçiere que en uida fueron partidos, aquel que sobreuisquiere ninguna cosa non tome de los bienes del otro. Mas los otros sus herederos del muerto tomen todos sus bienes et partan los entre ellos mismos*

Título 182 [...] *E fijo ninguno non parta la rayz del padre o de la «madre» que fueren biuos la qual ouiere ganado ante que fuessen uelados o de lur patrimonyo que alguno d'ellos ouiere caydo. E los fijos o los herederos non den parte al padre o a la madre qual quiere que sea biuo de la rayz del muerto que ante del casamiento ouiere ganado et fuere esta de su patrimonyo. Que todo aquello que en el dia de sus bodas dado o prometido fuere al esposo o al esposa, todo sea comun d'amos en uida e en muerte*¹²².

y a Plasencia el 1 de agosto de 1262:

[464] *De particion de marido & de mugier. Quando el marido o la mugier por alguna ocasión se quisieren departir, partan egualmiente entre sí quanto en uno ganaren, & non otra cosa. Otrossí partan la lavor que amos en raíz d'otro fizieren; et después que el uno d'ellos que en vida fueren departidos, passare[n], aquél que fuere bivo, non prenda nada de la buena del muerto, mas los herederos del muerto prendan su buena & partan entre sí*

[489] *De lo que a de aver el bibdo o la bibda... Estas bibdades denlas de las cosas que amos en uno ganaron & non de otras cosas*¹²³.

Destacan, dentro de la tarea reguladora del Rey Sabio y en la historia de nuestro Derecho, las Siete Partidas, publicadas entre 1256 y 1263¹²⁴. En ellas se regula ampliamente el régimen dotal, siendo muy frecuentes las referencias al mismo: Partida 3.^a, Título XVIII, Ley 86; Título 29, Ley 8. Partida 4.^a, Título XI, Leyes, 1, 2, 7 a 23 y 25 a 32. Partida 5.^a, Título XIII, Leyes 23, 25, 29 y 33; Título XIV, Leyes 50 y 51 y Título XV, Ley 7. Partida 6.^a, Título XV, Leyes 3 y 6. Partida 7.^a, Título XVII, Ley 15 y

¹²² Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz...*, cit., pp. 183 y 186. Por lo que a la fecha de este Fuero se refiere cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 6. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 97.

¹²³ Cfr. MAJADA: *Fuero de Plasencia. Introducción. Transcripción. Vocabulario*. Edita. Librería Cervantes, Salamanca, 1986, pp. 110 y 116. Para la fecha de este Fuero, cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 185 y 186. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 355.

¹²⁴ Cfr. FONT: *Voz «Código de las Siete Partidas», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, Barcelona, 1981, p. 314.

Título XXV, Ley 6. Como contrapunto, se hacen dos brevÍsimas menciones a los gananciales:

Una, en la Partida 4.^a, Título XI, Ley 24, en la que se reconoce el respeto a la sociedad de gananciales, o a la facultad de pactar sobre el modo en el que los cónyuges tengan lo que adquirieron de consuno, allí donde estuviese establecida por el derecho del lugar:

*... ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes: e en las arras, e en las ganancias que fizieron...*¹²⁵

Y otra, en la Partida 7.^a, Título XVII, Ley 15:

*... Otrósi decimos, que si alguna muger casada saliesse fuera de casa de su marido, e fuyessee a casa de algun home sospechoso contra voluntad de su marido, o contra su defendimiento, si esto pudiere ser prouado por testigos, que sean de creer, que deue perder por ende la dote, e las arras e los otros bienes que ganaron da consuno, e ser del marido*¹²⁶

La adopción –en este cuerpo legal– del régimen dotal para el matrimonio supuso una ruptura con la normativa recogida en ordenamientos anteriores y también con la que aparecería en los posteriores.

Esta aislada vuelta al Derecho romano no se ha visto libre de críticas; en particular, y por lo que se refiere al tema del régimen económico del matrimonio que aquí estamos tratando, el principal defecto de la Partida 4.^a es «la omisión de la sociedad legal entre los cónyuges, que establecida en el Fuero Juzgo, conforme en este punto también con las costumbres góticas, fue transcrita en los Municipales y regularizada en el Real...»¹²⁷. Parece lógico reconocer –con el matiz ya referido en al Partida 4.^a, Título XI, Ley 24– que las Partidas, por ser «fiel trasunto del derecho romano, no hablaron ni aun incidentalmente de los gananciales, á pesar de que su mismo autor trató de ellos con notoria competencia en el Fuero Real, y de que la costumbre los había sancionado hasta el extremo de que nunca prevalecieron contra ella las leyes [...] de Alfonso el Sabio»¹²⁸.

Un argumento más para constatar la postura contraria a los gananciales reflejada en las Partidas será que en ellas se siguieron «en esta materia las doctrinas del Derecho Romano, el cual hacía dueño al marido de las ganancias adquiridas durante el matrimonio; y de aquí el establecerse en dicho Código, como regla gene-

¹²⁵ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 502.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 647 y 648.

¹²⁷ GÓMEZ DE LA SERNA: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. segundo, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848, p. XXXII.

¹²⁸ ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 405, en nota 3. Cfr. también: MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones...*, cit., pp. 446, 451 y 461.

ral, que todos los bienes que aparecieran á la muerte del marido debían pertenecer á sus herederos, aunque se hallaren en poder de la mujer, excepto si justificaba ésta que eran suyos, o que los había adquirido honestamente por medio de un arte ú oficio»¹²⁹. Así parece deducirse de lo dispuesto en la Partida 3.^a; Título XIV, Ley 2.^a:

*... E otrosi dezimos que quando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solia beuir con el, e pedian los herederos aquellas cosas, en nome del finado, si la muger negare en juyzio, que aquellas cosas non eran de su marido, e las razonare por suyas, o que ha algund derecho en ellas, tenuta es de lo prouar: e si desto non pudiere dar prueua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes a los herederos del finado. E esto touieron por bien los sabios antiguos, por esta razon, porque sospecharon, que toda cosa, que fallassen en poder de la muger, que era de los bienes del marido, fasta que ella mostrasse lo contrario, porque mas guisada razon es, de sospechar, que poner dubda en los coraçones de los omes, que ella los ouiesse ganado de mala parte. E esto se deue entender, de aquellas mugeres, que no vsan arte, o menester, de que lo pueden ganar honestamente, mas si tal arte vsan, tenemos por bien, que non sea desapoderada de aquellos bienes, que ella dize, que assi gano, e deuen ser oydas las razones della, e de los herederos, en la manera que mandan las otras leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon*¹³⁰

De todas formas, la regulación de las ganancias entre marido y mujer posterior a las Partidas acabará siendo distinta –por influencia de éstas– a lo que se había dispuesto con anterioridad. Así parece constatarse siglos después cuando se debata la aprobación del CC, llegándose a afirmar que en su forma originaria el sistema ganancial, no era como el que terminó por regular el CC. De esta manera lo entendió Comas cuando afirmaba «... el sistema ganancial de hoy no responde á ninguna necesidad de la familia española. ¿Era éste el sistema ganancial del Fuero Juzgo? ¿Era éste el sistema ganancial del Fuero Real, ó sea el derecho nacional de la Edad Media? ¿El Fuero Real no establecía una verdadera sociedad de pérdidas y ganancias entre el marido y la mujer españoles? ¿No explica perfectamente la Ley 207 del Estilo el carácter de la sociedad legal del Fuero Real?

«Lo que paso [...] fué que, con motivo de la influencia inmensa que experimento ó sufrió nuestro derecho por el poderío de las Partidas, se romanizó en la época en que los jurisconsultos cesaristas de los Reyes Católicos introdujeron los principios de Derecho Romano, ó sea el sistema dotal dentro del régimen ganancial, y se

¹²⁹ DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, quinta ed., 1885, p. 148.

¹³⁰ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 409.

modificó, alteró y desnaturalizó profundamente este sistema en la Ley 60 de Toro»¹³¹.

De todas formas, el régimen de gananciales se seguirá plasmando en los Fueros posteriores; y así, entre los años 1242 y 1275¹³², el Fuero de Usagre, otorgado por don Pelay Pérez, maestre de Santiago, afirmará:

82. *Manda que mandare marido a mulier o mulier a marido. Manda que mandare uirum al mulier, aut mulier ad uirum, usque ad medietatem de so auer preste. Et desuper non preste, et si mas mandar del auer que ouiere, segun como mandare, asis corregan las mandas*

84. *Omme que murier o mulier et filios aut filias ouieren [...] et postea partan su herencia et su moble que ganaron ambos en uno...*

89. *Qui conprar herencia o moble con su mulier. Tod omme qui conprar herencia o mueble con su mugier de su auer, entre la mulier en medietate despues que fueren uelados o camiareen; et similiter si mulier comparare aliquam causam de suo auer o canbiare, otrosi entre el marido en la meatad*¹³³

Se mantiene la mención a las ganancias en el Fuero de Fuentes de la Alcarria dispuesto por el Arzobispo de Toledo Gonzalo García Gudiel entre 1280 y 1299:

[181] *Por buena de marido o de mujer. Toda buena que compraren o ganaren marido o muger de mueble o de rayz a la fin del uno partanla por medio*

[194] *Por quarto de marido o de muger. Tod ome que vinnas pusiere o casas fiziere en heredit de su muger aya y el quarto o la meytad de la fechura qual mas quisiere, et otrosi sea en la heredit del marido*¹³⁴.

Más tarde quizá –por lo incierto de la fecha¹³⁵–, lo relativo a los gananciales se recogerá en el Libro V, Título I– *De las arras, e del donadio que da el marido a la muger, e de las compras, o ganancias, e particiones, e debdas, e fiaduras, que facen*– del Fuero Viejo de Castilla¹³⁶.

¹³¹ REVISTA DE LOS TRIBUNALES: «Discusión parlamentaria del Código Civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889». Centro editorial de Góngora, Madrid, 1891, pp. 227 y 228.

¹³² Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 265 y 266. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 454.

¹³³ Cfr. DE UREÑA y BONILLA: *Fuero de Usagre*, Hijos de Reus, editores, Madrid, 1907, pp. 30, 31 y 33.

¹³⁴ Cfr. VÁZQUEZ DE PARGA: *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1947, p. 46. Quizá también se hiciera mención a las ganancias en el folio I, 2.^a columna, i 41 (*Qui demande particion*), pero al no conservarse el texto no pasa de ser una conjetura. Para la fecha de este Fuero Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 99. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 243.

¹³⁵ Por lo que a la fecha de esta obra se refiere, cabe distinguir dos momentos y redacciones del Fuero viejo: una asistemática de la segunda mitad del siglo XIII; y otra sistemática –dividida en cinco libros y títulos– del año 1356 (cfr. CERDÁ: «Voz Fuero Viejo de Castilla». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976, pp. 353 y 354).

¹³⁶ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., pp. 96 y 97.

Se continúa la costumbre gótica de los gananciales en el Fuero de Béjar de finales del siglo XIII y principios del XIV:

235. *De particion de marido et de mugier. Sj por alguna occasion se quisieren partir marido e mugier, partan lo que ganaron en uno a equal, e non al. Partan aun la lauor que amos fizieron en la rayz del otro; e despues que el uno delos murier despues de la partiçion, non aya nada de la buena del otro, mas los herederos del defunto lo partan e lo tomen*

244. *Del don de los nouios en dia de su boda. Todo lo que fuer dado a los nouios el dia de su boda, a entramos en uno a cada en su cabo, o prometido, dentramos sea en muert et en uida*

251. *De particion de los herederos como partan con la madrastra. Sj el padre murier, la segunda mugier o la tercera o la quarta biuiendo, maguer que aya en ela fijos, ante que la madrastra o sus fijos tomen algo, el fijo de la primera madre prenda la mitad de todel auer que su padre o su madre ganaron de con so uno, antes o despues*¹³⁷

Asimismo, la referencia a los bienes gananciales aparece recogida, dentro de las Leyes de Estilo, publicadas quizá en 1310¹³⁸:

Ley CCIII.—Que los bienes que se fallan en poder del marido, et de la muger, se presumen comunes de ambos; salvo si alguno probare ser suyos, es notable Ley.

*Como quier quel derecho diga, que todas las cosas que han marido, et muger, que todas presume el derecho que son del marido, fasta que la muger muestre las que son suyas: pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han el marido, et la muger que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente*¹³⁹.

Ley CCV.—Como el marido puede vender los bienes ganados durante el matrimonio

Si alguno, seyendo casado con alguna muger, comprò alguna eredad o otra cosa, que ganó estando en uno con su muger; estos bienes, que ansi compró o ganó, puedelos vender el marido si menester le fuere, en tal que no lo faga el marido maliciosamente, maguer la muger avie su meytad en aquella ganancia de lo que el marido habia ganado o comprado

Ley CCVI.—De los bienes de los Mercaderes et de sus mugeres; et como se han de partir

Otrosí, han por uso en algunos lugares do son los mercaderes, porque han lo suyo todo lo mas en muebles, que si las mugeres con quien son casados han heredad, o otras cosas de su patrimonio, o que son suyas en otra manera, et

¹³⁷ Cfr. GUTIÉRREZ: *Fuero de Béjar*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, pp. 73 a 75. Para la ubicación temporal de este Fuero, cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 147.

¹³⁸ Cfr. CERDÁ: *Voz «Leyes de Estilo»*. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XV, Barcelona, 1981, p. 266.

¹³⁹ Entienden MARICHALAR y MANRIQUE (*Recitaciones...*, p. 473) que «tan sumamente trascendental es la determinación de esta ley, que con ella no sólo se fijó todo lo concerniente a materia de gananciales, sino que quedó hasta tal punto aclarada que puede decirse que al establecerse se creó la luz».

vende el marido con consentimiento de su muger alguna eredad de las suyas, o si vende todo lo de la muger, habrá el marido su meytad en todo: et si la muger no consiente que se vendan sus bienes, es así de uso, que habrá el marido la meytad en todos sus bienes de la muger: et esto es porque la muger quiere haber la meytad en todo lo que ha su marido, que lo ha todo en mueble, o lo mas: et es asi comunaleza, que haya el marido la meytad en los bienes de la muger

Ley CCVII.—*Quándo la muger es obligada a las debdas que face el marido durante el matrimonio*

Todo el debdo que el marido, et la muger ficieren en uno, paguenlo otrosí en uno. Et es a saber, que el debdo que face el marido, maguer la muger non lo otorgue, nin sea en la carta del debdo, tenuta es a la meytad del debdo. Et otrosí, es a saber, que si la muger se obliga con el marido al debdo de mancomun, et cada uno por todo: que si a la muger demandan toda la dedda, que lo puede facer, et es tenuta de pagar toda la debda. Otrosi, si la muger es menor de edad quel fuero manda, et es casada, et se obliga con su marido en el emprestido en la carta de debdo, tenuta es ella a la sua meytad del debdo: et si se obligó de mancomun, et cada uno por todo, será tenuta a todo el debdo si gelo demandan, maguer sea menor de edad. Ca el casamiento cumple la edad, et la malicia cumple la edad. Et como quiere parte en las ganancias, asi se debe parar a las debdas. Mas si la que es menor de edad non se obliga en la carta con su marido, non será tenuta a la debda. Et el ome menor de edad desque casado es, será tenuto a todo emprestipo, et obligamiento de debda que faga: pero en las otras cosas donde es otorgada restitucion a los menores, podrá demandar restitucion

Ley CCXXIII.—*Quándo la muger es obligada por las debdas que face el marido, et quando no*

*Otrosí, si el marido es mayordomo, o arrendador, o cogedor, también será la muger et sus bienes de la muger tenudos como los del marido: salvo si la muger ante omes buenos tomase recaddo en como ella decia, que no queria ser tenuta a ninguna cosa que su marido oviese de haber, et de recabdar destas cosas sobredichas, nin haber ende pro ni daño*¹⁴⁰

Algunos años después —el 27 de febrero de 1349¹⁴¹—, don Fadrique, maestro de la orden de Santiago, al entregarle el Fuero a Villaescusa de Haro, hará distintas menciones a las ganancias obtenidas por ambos cónyuges:

173. *Como hereden los fijos la buena de sus padres [...] Mas la otra rayz que el padre e la madre ensemble ganaron...*

¹⁴⁰ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 169 (Leyes CCIII, CCV, CCVI y CCVII) y p. 170 (Ley CCXXIII).

¹⁴¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 277 y 278. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 475.

178. *Del paramiento del marido e de la muger. Quando el marido e la muger a departirse ouieren por alguna ocasion, partan entre sy yualmente lo que ensemble ganaron e non al. E aun partan la laour que amos fisieron en la rayz del uno*

183. *Título XV de los fijos e de la particion [...] pagadas todas las deudas de comun, las que ensemble fisieron...*

211. *De los bibdos [...] Estas biudadades sean dadas de lo que amos ganaren e non de otras cosas...*¹⁴²

El Fuero de Ayala del año 1373, redactado siendo señor de esas tierras don Fernán Pérez de Ayala, contendrá cuestiones –relativas a las deudas y las ganancias– que en el futuro serán recogidas en otros términos por el CC al tratar los gananciales. En este sentido cabrá recurrir al contenido de los Capítulos:

XXXIX: Otrosi debda que el marido ficiese la muger pague la mitad salvo si estudiere defendida por el Concejo que por debda que faga el marido que ella nin sus bienes non sea tenida a ello. E si el marido entro fiador por otro, la muger nin sus bienes non sean tenidos a ello, ni por juego de dados no por debda que el marido faga para le dar a su manceva

*LXXXII: Estando el marido con la muger si canviaren heredad que sea del uno de ellos con otro, los esquilmos de la heredad que es cambiada ayan los por medio, e la heredad sea de aquel de quien era la otra por que fue fecho el cambio. E otrosi estando en uno si vendieren heredad del uno de ellos, e del precio compraren otra, los esquilmos de la tal heredad mandamos que sean de ambos a dos comunmente e la heredad sea de aquel de cuya heredad fue fecha la compra*¹⁴³

De lo dicho hasta el momento, y principalmente del elenco de Fueros que se han traído a colación, puede deducirse la marcada influencia histórica y geográfica que tuvo la institución de los gananciales; influencia que llegó a tales extremos que «el no mencionar algunos Fueros municipales la institución, nada dice contra su universalidad, dado que no se conoce hasta ahora Fuero alguno que contenga disposiciones contrarias a ella. Por otra parte, no siendo los Fueros Códigos completos, su silencio se explica porque supone como derecho común el visigótico escrito o consuetudinario»¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., pp. 118, 124 y 128.

¹⁴³ Cfr. DE URIARTE: *El Fuero de Ayala*, Ed. Diputación Foral de Álava, Álava, 1974, pp. 130 y 136 respectivamente. Como puede verse, en el Capítulo LXXXII aquí transcrito se observa un interesante caso de subrogación real. Para la fecha de este Fuero, cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 34 y 35. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 136.

¹⁴⁴ DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 531.

Dentro de este desarrollo histórico –como pilar de este puente que nos acerca a nuestro actual régimen de gananciales–, y aunque no se puede tener como conjunto normativo por lo que ahora se verá, es de interés dejar constancia del resumen de un testamento otorgado en el siglo xv, ya que en el mismo se refleja un supuesto de causante que había contraído dos matrimonios, y llegado el momento de su muerte –y habiendo fallecido ambas esposas– se ha de proceder a la restitución de los bienes dotales y gananciales entre los hijos que quedan de cada matrimonio:

«[...] en el testamento de nuestro insigne ciudadano el doctor Yañez de Ulloa, que fue del consejo del rey don Juan II y oidor de su audiencia y canciller de su madre la señora doña Catalina, otorgado en Santa María de Nieva á 2 de noviembre del año 1442 por ante el doctor Fernando Diaz de Toledo, relator y refrendario, secretario y notario público de dicho rey y de sus reinos. [...] Tal ministro, pues, asegura que á la sazón aun regia en Toro en lo general el Fuero Juzgo ó de Leon. Testa de dos géneros de bienes, unos que tiene en el reino de Castilla y otros en el de Leon: como así bien hace declaración de dos matrimonios que ha tenido, el primero con doña Isabel de San Juan celebrado en esta ciudad de Toro, que dice es del reino de Leon, y el segundo con doña Juana de Herrera solemnizado en la villa de Santibañez de la Mota que pertenece al de Castilla. Espresa los bienes que cada una de estas mugeres llevó en dote, como no menos, los multiplicados y las deudas que hubo en el matrimonio con cada una: los hijos que quedan de las dos y como estos han de separar entre sí respectivamente los dotales y partir las deudas y ganancias. De los de la Mota, dice, con arreglo á las leyes de Castilla y de los de Toro conforme al fuero de Leon, que rige allí, acerca de lo cual extractamos esta cláusula. – Al tiempo que Isabel de Sant Johan mi muger (que Dios perdone) é yo casamos de consuno, nos desposamos en Toro por palabras de presente, é despues solepnizamos las bodas eso mesmo en la cibdat de Toro, la cual es fundada al fuero de tierra de Leon: el cual fuero es: que cuando algunos casan, que lo que ganaren, que lo partan segund que cada uno traxó». Y despues: «E segund la ley del Fuero de Leon su herencia é las deudas han se de contar á sus herederos»¹⁴⁵

Es curioso ver que, en este testamento, la regla de partición de las ganancias se funda no en el reparto por mitades, sino en lo que cada uno haya llevado al matrimonio. Solución tremendamente proporcional y que aparece recogida en el artículo 1409 CC, si bien no respecto a los bienes de cada uno de los cónyuges sino a los de cada uno de los matrimonios¹⁴⁶.

En fecha algo posterior, en las Ordenanzas Reales de Castilla, u Ordenamiento de Montalvo, publicadas por primera vez en 1484¹⁴⁷, las ganancias matrimoniales quedarán reflejadas en las distintas

¹⁴⁵ Cfr. MUÑOZ: *Colección...*, cit., p. 97 en nota 3.

¹⁴⁶ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales...*, cit., pp. 166 ss.

¹⁴⁷ CERDÁ: Voz «Ordenanzas Reales de Castilla». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVIII, Barcelona, 1986, p. 557.

Leyes del Libro V, Título IV (De las ganancias del marido, y de la muger):

Ley I (Como deben partir las ganancias el marido y la muger). Toda cosa que el marido, y la muger compraren de consuno, hayanlo ambos por medio; y si fuere donadio de Rey, ò de otri, y lo diere à ambos hayanlo marido y muger; y si diere al uno hayalo solo aquel à quien lo diere

Ley II (De las cosas que deven ser del marido ó de la muger, en que han ambos parte). Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre, ò de madre, ó de otro propinquo, ó de donadio de señor, ò de pariente, ò de amigo, ò de hueste del Rey, ò de otro que vaya por su soldada, hayalo todo quanto ganare por suyo; y si fuere en hueste sin soldada à costa de sí, è de su muger quanto ganare de esta guisa todo sea del marido y de la muger. Ca asi como la costa es comunal de ambos, lo que asi ganaren sea comunal de ambos. Esto que es dicho de suso de las ganancias de los maridos, y eso mesmo sea de las mugeres

Ley III (Que los frutos de los bienes son comunes de marido y muger). Maguer que el marido haya mas que la muger, ò la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales de ambos à dos; y la heredad, ò las otras cosas do vienen los frutos, hayalas el marido, ò la muger, cuyas eran antes

Ley IV (Declaración de las leyes susodichas). El Rey Don Enrique IV en Nieva. Año MCDLXXIII. En la Costes que hizo el Señor Rey Don Enrique nuestro hermano, que santa gloria haya, en Nieva, entre los Procuradores de vuestras Ciudades, y Villas, ovo alteraciones, y dudas como se havian de partir los bienes ganados durante el matrimonio entre el marido y la muger; sobre lo cual el dicho Señor Rey nuestro hermano, declarando las leyes del fuero, y lo contenido en el libro del estilo de corte, y las otras leyes que sobre esto disponen, mandó, è ordenó que todos, y qualesquier bienes castrenses, è officios de Rey, y donadios de los que fueron ganados, y mejorados, y havidos durante el matrimonio entre marido e muger por el uno de ellos, que sean è finquen de aquel que los ovo ganado, sin que el otro haya parte dellos segun lo quieren las dichas leyes del fuero. Pero que los frutos y rentas de ellos, y de todos otros qualesquier officios, aun de los que el derecho ovo por quasi castrenses, y los bienes que fueron ganados, ò mejorados, durante el matrimonio, y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses, y officios, è donadios, que ambos los hayan de consuno. Otrosi, que los bienes que fueron ganados, y mejorados, y multiplicados, durante el matrimonio entre el marido, y la muger, que no fueren castrenses, ni quasi castrenses, que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia, ni otorgamiento de su muger. Y que el tal contrato de enagenacion vala: salvo si fuere probado que se fizo cautelosamente por defraudar, ò damnificar à la muger. Otrosi mandó, y ordenó en las dichas Cortes, que si la muger fincare viva, y seyendo viuda, viviere luxuriosamente, que pierda los bienes que ovo por razon de su meitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido, y por ella, durante el matrimonio entre ellos; y sean vueltos los tales bienes à los herederos de su marido defunto, en cuya compañía fueron ganados¹⁴⁸

¹⁴⁸ Copilación de leyes del reino, de ALFONSO DÍAZ DE MONTALVO, Ed. Lex Nova, Valladolid. 1986.

En el año 1505, y continuando con las pautas de las Ordenanzas Reales, se regulará la materia de los gananciales nacidos del matrimonio en algunas de las Leyes de Toro:

Ley XIV (6.^a, tít. 4.º, lib. 10, N. R.).

Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen segunda ó tercera vez, ó más, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno dellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los tales bienes

Ley XV (17, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los fijos del primero matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primero marido, ó heredaren de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que passaren á segundo, ó tercero matrimonio

Ley XVI (8.^a, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de aver de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes y la tal manda en lo que de derecho debiere valer

Ley LX (9.^a, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio

Ley LXXVII (10, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

Por el delicto que el marido, ó la muger cometiere aunque sea de heregia, ó de otra qualquier qualidad no pierda el uno por el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio: é mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delicto los bienes de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delicto sea de tal qualidad que imponga la pena ipso jure

Ley LXXVIII (11, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

*La muger durante el matrimonio por delicto, puede perder en parte, ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra qualquier qualidad que sean*¹⁴⁹

¹⁴⁹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 722 (Leyes XIV, XV y XVI), p. 726 (LX, LXXVII) y p. 727 (Ley LXXVIII).

Posteriormente, en el año 1567, el régimen de gananciales se reflejará de una forma más detallada en las once Leyes del Título IX (*De las ganancias entre marido, i muger*), Libro V, de la Nueva Recopilación¹⁵⁰; y lo dispuesto en ésta será recogido en el año 1805 por la Novísima Recopilación en el Libro X, Título IV (*De los bienes gananciales, ó adquiridos en el matrimonio*): Ley I (*Modo de partir entre marido y muger los bienes adquiridos en el matrimonio*); Ley II (*Bienes comunes á marido y muger, y los pertenecientes á cada uno por sí*); Ley III (*Los frutos de los bienes propios del marido ó de la muger sean comunes*); Ley IV (*Los bienes que tengan el marido y muger se presuman comunes, no probando su respectiva pertenencia*); Ley V (*Bienes comunes, y los pertenecientes á marido ó muger en declaración de las precedentes leyes del Fuero y Estilo*); Ley VI (*Facultad del conyuge que superviva, para disponer de los bienes multiplicados en el matrimonio, sin obligación á reservarlos para los hijos de él*); Ley VII (*Casos en que los padres que pasan á segundo matrimonio, deben reservar á los hijos del primero la propiedad de los bienes del difunto*); Ley VIII (*Los bienes mandados por el marido á la muger, no se comprehendan en la mitad que ha de haber de los gananciales*); Ley IX (*La muger, renunciando las ganancias, no pague las deudas hechas por el marido durante el matrimonio*); Ley X (*Ninguno de los conyuges, por delito de otro, pierda los bienes multiplicados hasta la sentencia declaratoria*); Ley XI (*La muger casada pueda perder por delito los gananciales, y demas bienes que la pertenezcan*); Ley XII (*Observancia del Fuero de Baylío, en quanto á sujetar á particion, como gananciales, los bienes llevados ó adquiridos en el matrimonio*); Ley XIII (*Derogación de la ley ó costumbre, prohibitiva de que las mugeres Cordobesas participen de los gananciales adquiridos durante el matrimonio*)¹⁵¹.

Después de la Novísima Recopilación habrá que esperar al CC para encontrar otro texto con fuerza legal en el que se regule y consolide el régimen de gananciales. Ahora bien, en ese período de más de ochenta años aparecerán tres proyectos de Código, que si bien no llegarán a cuajar, hasta adquirir el carácter de normas aplicables, sí permiten afirmar que en la mente de los legisladores la sociedad continúa viva y su regulación es cada vez más detallada.

¹⁵⁰ Cfr. *Nueva Recopilación. Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro quinto*, Edición facsímil, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1982, pp. 18 y 19.

¹⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. II, cit., pp. 1720 a 1722.

1.3 La sociedad de gananciales y la codificación del siglo XIX

A nadie se le escapa que, para la ciencia jurídica, el siglo XIX podría ser conocido como el de las Codificaciones, y no sólo en España o en materia civil, sino también en otros Estados y en otros campos del Derecho.

Desde este punto de vista podríamos decir que el primer fruto de la labor codificadora española –y quizá por ello «el más interesante doctrinalmente»¹⁵²– será el inconcluso proyecto de CC de 1821: el proyecto de Garelly¹⁵³. De su estudio, y por lo que a los gananciales se refiere, sólo podremos constatar que también tenía intención de regular esta materia. Esto queda reflejado en el Libro segundo –*De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas*–, Título 1.º –*De la condición de marido y muger*–, Capítulo segundo –*De los derechos y las obligaciones de los cónyuges*–, concretamente en el artículo 330, cuando en el mismo se afirma que *los derechos de los cónyuges en cuanto a la comunión de bienes y sucesión hereditaria se determinan en el libro tercero de este Código*¹⁵⁴. Como en el proyecto no llegó a redactarse el Libro tercero, habrá que conformarse con el deseo que ha quedado mencionado en el referido artículo.

En el año 1832, Gorosábel, en su *Redacción del Código civil de España*, hará mención a la sociedad de gananciales en el Capítulo IV –*Derechos y obligaciones de los conyuges con respecto á los bienes que se adquieren durante el matrimonio*–, desarrollándolo en sus distintas secciones: Sección I. –*De la comunidad de bienes*–, Sección II. –*De la administración de los bienes de la sociedad conyugal*–, Sección III. –*De la disolución y renuncia de la sociedad conyugal*–, Sección IV. –*Derechos del conyuge sobreviviente después de la muerte del otro respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio*–. Y correspondiéndose con los artículos 43 a 70¹⁵⁵.

El siguiente paso en el trayecto histórico de los gananciales será el proyecto de Código de 1836: proyecto cerrado y completo en el que se recoge lo relativo a la sociedad de gananciales en el Libro III –*De las obligaciones y contratos, y de la prueba judicial*–, Título 10.º –*De la sociedad de gananciales*–, Capítulos: 1.º –*De la natu-*

¹⁵² PESET: «La primera codificación...», cit., p. 145.

¹⁵³ Cfr. PESET: «Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821», ADC, 1975, pp. 37 a 41.

¹⁵⁴ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo I, Proyecto de Código Civil por la Comisión Cortes (Garelly).

¹⁵⁵ Cfr. GOROSÁBEL: *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación; escrita bajo el método de los códigos modernos*, Imprenta de la Viuda de la Lama, Tolosa, 1832, pp. 12 a 18.

raleza de esta sociedad, de los bienes comprendidos en ella, y del repartimiento de ganancias-, 2.º –De las facultades que tienen los cónyuges respecto de los bienes sociales-, 3.º –De las cargas ú obligaciones á que están sujetos los bienes sociales-, 4.º –De la disolución de la sociedad conyugal y de sus efectos-, 5.º –De la pérdida de los bienes gananciales por delito de uno de los consortes-, 6.º De las capitulaciones matrimoniales por medio de las cuales podrá modificarse la sociedad conyugal-. El contenido de este Título 10.º, con sus distintas secciones, se desarrolla en los artículos 1491 a 1519¹⁵⁶.

Un poco después, y antes de que apareciese el proyecto de García Goyena, Fernández de la Hoz publicará, en el año 1843, su CC redactado con arreglo a la legislación vigente. En el mismo y dentro de su Libro IV –De las obligaciones-, se recogerá el Título Séptimo –De la sociedad ó compañía- que en su Capítulo II tratara de la sociedad legal entre los cónyuges en los artículos 1303 a 1314¹⁵⁷.

En el año 1851, el tan traído proyecto de Código de García Goyena la incluirá dentro del Libro III –De los modos de adquirir la propiedad-; Título VI –El contrato de matrimonio; Capítulo 4.º –De la sociedad legal-; Secciones: 1.ª –Disposiciones generales-, 2.ª –De los bienes propios de cada uno de los cónyuges-, 3.ª –De los bienes gananciales-, 4.ª –De las cargas y obligaciones de la sociedad legal-, 5.ª –De la administración de la sociedad legal-, 6.ª –De la disolución de la sociedad legal-, 7.ª –De la liquidación de la sociedad legal. Correspóndense el Capítulo y las Secciones con los artículos 1309 a 1353¹⁵⁸.

De éste se traslada a nuestro CC, quedando reflejada en el Libro IV –De las obligaciones y contratos-; Título III –Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio-; Capítulo V –De la sociedad de gananciales-; Secciones: 1.ª –Disposiciones generales-, 2.ª –De los bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges-, 3.ª –De los bienes gananciales-, 4.ª –De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales-, 5.ª –De la administración de la sociedad de gananciales-, 6.ª –De la disolución de la sociedad de gananciales-, 7.ª –De la liquidación de la sociedad de gananciales-. Artículos 1392 a 1431¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 3. Manuscrito del proyecto de Código Civil (1836) formado por D. José Ayuso, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás María Vizmanos, individuos de la Comisión creada al intento por el Gobierno de S. M.

¹⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA HOZ: *Código Civil...*, cit., pp. 227 a 229.

¹⁵⁸ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, t. III, cit., pp. 320 a 349.

¹⁵⁹ El contenido del Título III además del Capítulo V relativo a la sociedad de gananciales comprendía los siguientes Capítulos y Secciones: capítulo I. –Disposiciones generales-,

Por último, hoy en día, después de la reforma surgida de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la sociedad de gananciales aparece regulada en los artículos 1344 a 1410¹⁶⁰.

Hasta aquí se ha visto el desarrollo legislativo de la sociedad de gananciales. Parece claro que a medida que ha ido pasando el tiempo su regulación, fruto de la sistemática codificadora, ha adquirido unos tintes más sencillos. Es dentro de esta sede donde se incluye la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona regulada actualmente en el artículo 1409 CC.

Ahora bien, y por contraste con la regulación de los gananciales del CC, el contenido de este artículo quizá sea excesivamente parco, y más que simplificar complique la comprensión de la situación que en él se regula.

Como ahora veremos, parece que desde el punto de vista histórico-legislativo se hacía necesario dejar constancia en el CC de lo dispuesto en su artículo 1409. Lo que ahora pretendo desentrañar no es sólo el porqué de esa necesidad, sino también a qué se debe que de la misma se deje constancia en sede de gananciales.

III. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO ANTE LAS NUEVAS NUPCIAS DEL SUPÉRSTITE COMO FUNDAMENTO DEL ACTUAL ARTÍCULO 1409 CC

Ya hemos referido, dentro de este apunte histórico, que nos aproxima de forma general a la figura en estudio, que la situación actualmente regulada en el artículo 1409 CC apareció recogida por primera vez en el proyecto de García Goyena: en su ya citado artículo 1353; posteriormente pasó al CC tomando cuerpo en el artículo 1431 y después de la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potes-

Capítulo II. *-De las donaciones por razón de matrimonio-*, Capítulo III. *-De la dote-*, Sección 1.^a *-De la constitución y garantía de la dote-*, Sección 2.^a *-De la administración y usufructo de la dote-*, Sección 3.^a *-De la restitución de la dote-*, Capítulo IV. *-De los bienes parafernales-*, Capítulo VI. *-De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio* (cfr. DE LAS CASAS: *Aplicación...*, cit., p. 509 ss.).

¹⁶⁰ Se obvia mencionar los enunciados del Libro, Título, Capítulos y Secciones por el fácil acceso que a los mismos puede tenerse.

tad y régimen económico del matrimonio, quedó reflejada en el artículo 1409 del mismo texto legal. Es decir, el itinerario codicial de la liquidación simultánea de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona se inicia en el año 1851.

Ahora bien, ¿cuál es el motivo por el que se da razón de esta situación en el proyecto de CC de 1851? ¿Por qué no aparece ninguna mención legal anterior? ¿Qué lleva a mantenerlo después en el CC? ¿A qué se intenta dar respuesta al regular esta materia?

1. LA POSIBLE INFLUENCIA DEL DERECHO FORAL NAVARRO EN LA APARICIÓN DEL ACTUAL ARTÍCULO 1409 CC

Entre los primeros comentaristas a nuestro CC hay quien considera, al referir el artículo 1431 de dicho texto legal (actual art. 1409), que los antecedentes de lo que en él se contiene habrá que ir a buscarlos a la legislación histórica navarra, ya que «esta materia era muy deficiente en la leyes castellanas»¹⁶¹; de ahí que cuando se entra en el estudio de aquélla se descubra, por lo que se refiere al 1431, que «no poca semejanza con lo dispuesto en este artículo tiene la Ley 2.^a, Título 10, Libro 3.^o de la Novísima Recopilación de Navarra y la 50 de las Cortes de 1765 y 1766, que dicen que casando el padre o la madre por segunda vez sin hacer partición de bienes con los hijos del primer matrimonio, lo conquistado y mejorado durante el segundo se ha de compartir con las criaturas del primero, dividiéndose en tres partes iguales, una para los hijos referidos y las otras dos para los cónyuges»¹⁶².

El desarrollo legal de esta materia en el Derecho navarro no se inicia ni concluye con la Novísima Recopilación de Navarra o las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 mencionadas, sino que tiene sus antecedentes en otros conjuntos normativos, y termina por decantar en la Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo.

Respecto a la semejanza histórica, referida en la doctrina inmediatamente anterior o posterior a la publicación del CC que acabo de exponer, cabría decir dos cosas:

Por un lado, la deficiencia de regulación en las leyes castellanas alegada, como posteriormente se verá, no puede ser tenida por tal. Baste a estos efectos mencionar otros textos legales –no navarros– que también pueden ser tomados como antecedente

¹⁶¹ DE BOFARULL: *El Código Civil español...*, cit., p. 448, en nota 3.

¹⁶² ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 416, en nota 2. En el mismo sentido, cfr.: DE BOFARULL: *El Código Civil español...*, cit., p. 448, en nota 3.

del actual artículo 1409 CC: Parágrafos 39 y 40 del Fuero de Jaca; la Ley 11 de los Fueros de Muño y Pampliega; la Ley 34 del de Zamora; las Leyes 200 a 204 del Fuero de Zorita de los Canes; *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*; el Fuero de Brihuega; la Ley 251 del Fuero de Béjar; en el Libro V, Título IV, Parágrafos 1 a 95 de las *Observancias* de Jaime del Hospital; así como los *Fueros y Observancias de Aragón* de Alonso Luis de Escárte y Ramírez¹⁶³. Incluso en la doctrina, no ha faltado quien, a la hora de estudiar el artículo 1409 de nuestro CC, considera que «la hipótesis normal que se manejaba en el Derecho Castellano era el fallecimiento de la mujer dejando viudo e hijos menores sin que se dividiera entre ellos la sociedad. Si durante la menor edad de estos hijos, el viudo contrae nuevo matrimonio, en el momento de la muerte de los dos cónyuges del segundo matrimonio se puede producir la hipótesis. El supuesto más claro es el de la viuda con los hijos del primer matrimonio de su marido y con sus propios hijos, que lo son a su vez de su marido»¹⁶⁴.

Por otro, que el recurso a las fuentes de Derecho navarro cabrá expandirlo en el tiempo a la legislación actual, pues parece que ésta aproxima lo que hoy se recoge en la Ley 106 de Fuero Nuevo con el contenido del actual artículo 1409 CC. Ahora bien, la redacción de la Ley 106, como de la misma se deduce, reclama lo dispuesto en la Ley 105. En esta última se establece que «el padre o madre que contrajere segundas o ulteriores nupcias deberá practicar, conjuntamente con sus hijos o descendientes de matrimonio anterior, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta y hacerles formal y efectiva entrega de los bienes que les correspondan. Los hijos menores no emancipados serán representados por el defensor judicial». A su vez, la Ley 106 regula que «Si antes de celebrar nuevas nupcias, el padre o madre no hubieren cumplido la obligación que le impone la Ley precedente, los hijos o descendientes de anterior

¹⁶³ Además de estos ordenamientos históricos, GARCÍA-GRANERO (*Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 368). entiende que se encontrarían «en Aragón, el Fuero extenso de Jaca (en versión aragonesa) y la Compilación de Huesca; en Francia, diversas fuentes de los países de *Droit coutumier* (señaladamente la *Coutume de Paris*); y en Castilla los Fueros de la denominada familia Cuenca-Teruel (incluido el Fuero de Soria) y los textos del Derecho territorial (el Libro de los Fueros de Castiella y el Fuero Viejo de Castilla)». Del contenido de las fuentes aragonesas y castellanas anteriores y posteriores se hará mención más adelante, por lo que se refiere a las Francesas me parece interesante hacer mención entre otras a las siguientes: *Grand Coutumier de France* (año 1388), *Ancienne Coutume de Paris* (año 1510), *Nouvelle Coutume de Paris* (año 1580), *Institutes Coutumières* de Antoine Loysel (año 1607). Los textos de todas ellas han sido extraídos de la obra del autor aquí citado (*Ibid.*, pp. 383 y 384, en nts. 48, 49, 51 y 54).

¹⁶⁴ DIEZ-PICAZO: *Comentarios...*, cit., p. 1805.

matrimonio podrán exigir la liquidación; en tanto ésta no se practique, participarán en un tercio de las conquistas obtenidas durante el nuevo matrimonio, pero no les afectarán las pérdidas si las hubiere. Lo dispuesto en esta Ley se observará sea cual fuere el régimen de bienes del nuevo matrimonio».

Del contraste de las mismas, y para ver con mayor claridad el paralelismo entre su contenido y el del artículo 1409 CC, me parece oportuno, a los efectos de fundar mejor los antecedentes históricos, no limitarme a los de la Ley 106 del Fuero Nuevo —que quizá sea la que más se aproxime a lo recogido en el art. 1409 CC—, sino entrar también en los de la Ley 105 del mismo texto legal que complementa a aquélla.

De este análisis conjunto de la construcción de ambas Leyes, y siguiendo los dictados de un amplio sector de autores que han estudiado el Fuero Nuevo ¹⁶⁵, podríamos decir que el más remoto antecedente, por lo que a las mismas se refiere, se encuentra en el Derecho Romano, concretamente en el Código de Justiniano, Leyes 3, 4 y 5, Título 9, Libro 5 ¹⁶⁶. De la lectura de lo que en estas Leyes se dispone queda clara la relación que su contenido guarda con la figura de la reserva sucesoria. Esta institución, como más adelante se expondrá, tiene por principal misión proteger a los hijos del primer matrimonio en caso de que el cónyuge superviviente contraiga ulteriores nupcias; algo que, como ahora veremos, también parece deducirse de la legislación histórica navarra por lo que respecta a las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo.

Visto ese antecedente romano, siglos más tarde, y dentro del derecho derivado de los Fueros, cabrá recurrir para buscar el fundamento de las Leyes 105 y 106 a lo dispuesto en algunos de ellos. En este sentido son de interés las Leyes 39, 40 y 349 del Fuero de Pamplona de septiembre de 1129 ¹⁶⁷. Asimismo, tratará la materia el de

¹⁶⁵ Cfr. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia*, Pamplona, 1988. Algunos de los textos histórico-legislativos que aparecen en esta obra en las Leyes 105 y 106 son los que he seguido a la hora de transcribirlos a este trabajo. Asimismo, para el análisis histórico del Derecho navarro, por lo que a las Leyes mencionadas se refiere, es de interés: GARCÍA-GRANERO: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», t. XXXVI, vol. 2.º. *Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, pp. 365 a 388. También sirve de apoyo para los antecedentes históricos que aquí se van a ver el FD. 4.º de la STSJN. de 23 de febrero de 1994 (RJA. 1994/1607).

¹⁶⁶ Cfr. GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano*, Segunda parte. Código, t. I, Barcelona, 1892. Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 4.º. Código. Libros 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º), Valladolid, 1988, pp. 577 a 580.

¹⁶⁷ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 178 y 179. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 342. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo...*, cit., pp. 182 y 183.

Estella de abril de 1164 dentro del Libro II, Título 11, en las Leyes 1 y 3:

Ley 1: *Si maritus noritur mullieri, et habet ex ea filios, et postea uult duce-re alium maritum, illa mulier debet sortiri cum filiis et filiabus suis quic-quid lucrata fuerit, pecuniam et hereditatem, cum suo primo marito, per medietatem*

Ley 3: *Et si contigit quod accipiat duos maritos, aut tres, et de omnibus habe-bit filios, et filii interim non petunt matri partem patrum suorum, et postea adhuc ducit alium maritum, et tunc ueniunt filii et petunt matri sue partem, mater det unicuique filiorum suorum partem de omni hoc quod lucrata fuerit cum patribus suis; et de alia causa non*¹⁶⁸

En lo que se conocen como Fueros de la Novenera, dictados posiblemente por Sancho el Sabio entre los años 1150 a 1194, se hace mención a la obligación de partir en su párrafo 231 –*De partición de padre o de madre con fillos*– cuando en el mismo se dice:

*Todo ombre que padre o madre sea et deuiene del uno et el otro parte con sus fillos et suert quieran ytar en casas o en pieças o en uinnas, en su fe estando el padre o la madre, de quoa se pagare prendrá sen suert, bonos ombres partiendo o maestros*¹⁶⁹

Por otro lado, el Fuero de Viguera, entre los siglos XII y XIII¹⁷⁰, recogerá en su Ley 401 –*De partición con fijos ante de casar*– un antecedente de la partición derivada de las segundas nupcias:

*Todo omne que oujere fijos de la primera muger e ante que con eyllos parta casare con otra d'eylla oujere fijos o non, sáluo estando su drecho de la muger, partirá con los primeros fijos todos los mejoramientos que fizo de heredat e de moble con la primera e la segunda muger. Et después e su muert todos sus fijos herederán egoalment todo lo del padre*¹⁷¹

A mediados del siglo XIII, y como intentando compendiar lo recogido en los Fueros anteriores, se dará razón de este tema en la Ley 23.^a –*Villano biudo cómo deve dar part á las creaturas ante que case et si non faz que pena ha*–, Título 4.^o –*De heredat et de particion*–, Libro 2.^o –*De iuycios, de contiendas, de particiones, de*

¹⁶⁸ Cfr. LACARRA: *Fueros de Navarra. I. Fueros derivados de Jaca. I. Estella-San Sebastián*, Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona. 1969, p. 100. Para la fecha de este Fuero, cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 92 y 93. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 232 y 233.

¹⁶⁹ Cfr. TILANDER: *Los Fueros...*, cit., pp. 91 y 92.

¹⁷⁰ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 275 y 276. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 468 y 469.

¹⁷¹ Cfr. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo...*, cit., p. 183.

teniencias, de testigos, de cartas, de juras, de alzas— del Fuero General, cuando en la misma se diga:

*Villano biudo si quisiere casar deve dar primero part á las creaturas primeras ante que case; é si por ventura casasse ante que tomen part, pueden demandar las primeras creaturas part en las heredades de la segunda muyller por razon de conquista*¹⁷²

Hacia el año 1530, el Fuero Reducido –Leyes 5.^a, 6.^a y 9.^a, Título 2, Libro 3.^o– regulará lo hasta ahora referido sobre la obligación de partir la sociedad de conquistas para el caso de segundas nupcias en términos más amplios y detallados, si bien manteniendo la esencia de lo regulado por las anteriores Leyes¹⁷³.

Poco después en la Ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558 se resumirán las ideas recogidas en las mencionadas Leyes del Fuero Reducido. El contenido de dicha Ley 34 se perpetúa en la Ley 10 de las Cortes del año 1567. De aquí pasa a incluirse en el año 1735, en la ya mencionada Ley 2.^a, Título 10.^o, Libro 3.^o de la Novísima Recopilación de Navarra:

Casando padre, o madre segunda vez sin hacer particion de bienes con los hijos del primer Matrimonio, se comuniquen con estos lo conquistado en el segundo

*Casando padre, ó madre segunda vez sin hacer particion de bienes con las criaturas del primer Matrimonio, que lo conquistado, y mejorado durante el segundo Matrimonio se comuniquen con las creaturas de el primero, y que se repartan en tres partes iguales. La una para el que casó segunda vez: la otra para las creaturas del primero Matrimonio: y la tercera para aquel, ó aquella, que casó con el que dexó de hacer la dicha particion con sus creaturas de el primer Matrimonio*¹⁷⁴

Posteriormente, la Ley 50 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 desarrollará, con intención aclaratoria, el contenido de lo dispuesto en la Ley 2.^a de la Novísima Recopilación «*sobre cuya inteligencia, no obstante de hallarse tan clara, terminante, y específica, ha havido muchos pleytos, y encontradas sentencias, queriendo unos, que aunque el Padre binubo, no haga particion de bienes con sus hijos de primero Matrimonio, con tal que reciba Inventario formal de ellos, excluye, y priba, á los hijos de la tercera parte de conquistas que se ganaren en el segundo Matrimonio, y sintiendo otros que el Inventario, nunca puede tener fuerza de par-*

¹⁷² Cfr. ILARREGUI y LAPUERTA: *Fuero General de Navarra*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964, p. 48.

¹⁷³ Cfr. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo...*, cit., pp. 183 y 184.

¹⁷⁴ Cfr. DE ELIZONDO: *Novissima Recopilacion de las Leyes del Reino de Navarra*, vol. 3.^o, reimpresión, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1964, p. 207.

ticion, que su recepcion mira á otros respetos, y por consiguiente, que no haciendo efectiva particion de bienes el Padre binubo con sus hijos de primero Matrimonio, no debe ni puede privarlos de las conquistas adquiridas, y ganadas en el segundo: Y respecto de que la Ley está expressa, y la intencion del Reyno, siempre ha sido, y es, que no haciendo formal efectiva particion, y entrega de bienes el Padre binubo con sus hijos de primero Matrimonio, hagan suya la tercera parte de lo que se conquistare, y ganare en el segundo, sin que esse defecto pueda suplirse por la confeccion del Inventario; para que cesen dudas, y con ellas los pleytos que producen. Suplicamos á V. Magestad [...], se sirva concedernos por esplicacion, ó interpretacion de dicha Ley, que no haciendo efectiva particion, y entrega de bienes, con los hijos de primero Matrimonio el Padre, ó Madre, que casare segunda vez aunque reciban inventario formal con todas las solemnidades necessarias, hagan suya aquellos la tercera parte de conquistas, que se ganaren en el segundo Matrimonio...»¹⁷⁵.

En su día debió hacerles caso la autoridad a la que se dirigían, ya que en el actual Fuero Nuevo de Navarra se refleja la *esplicacion ó interpretacion* propuesta por los legisladores del siglo XVIII: esto es, que si no se hace la partición, aunque exista inventario, los hijos del primer matrimonio recibirán *la tercera parte de conquistas que se ganaren en el segundo Matrimonio*¹⁷⁶. Así se deduce de lo dispuesto en las Leyes 105 y 106 de dicho Fuero.

Al margen de esa petición hecha en las Cortes de 1765 y 1766, que —como ya he dicho— terminó fraguando en las Leyes 105 y 106 del actual Fuero, también la doctrina de la época —finales del XVIII y principios del XIX— al interpretar las distintas normas del ordenamiento Navarro llegó a parecidas conclusiones por lo que se refiere a la protección de los hijos del primer matrimonio ante las segundas o ulteriores nupcias de su progenitor supérstite.

En este sentido, se afirma que «si muerta la *muger* con hijos de este matrimonio pasare el *infanzon* á segundas nupcias, y no tuvie-

¹⁷⁵ Cfr. DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA: *Cuadernos de las Cortes del Reino de Navarra. Cuadernos de las Leyes y Agravios reparados*. III, Ed. Aranzadi. Pamplona. 1964, p. 497.

¹⁷⁶ Por contraste en algún ordenamiento jurídico extranjero —CC chileno— se mantiene la obligación de que «el viudo o viuda que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título. —«Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial» (art. 124). En caso contrario, «el viudo o viuda por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 124, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado» (art. 127).

re otros bienes que las arras dadas á la primera *muger*, puede tomar de ellas una heredad para las arras de la segunda; pero no sea la mayor. Si muerta la segunda *muger*, *tambien* con hijos, pasare el viudo á terceras nupcias, puede dar por arras á la tercera *muger* la tercera heredad de las arras de la primera, no teniendo otros bienes; y los hijos de cada matrimonio deben heredar respectivamente las arras de sus madres, si hubieran sido dadas con fiadores: en caso contrario se partirán entre los hijos que existieren, *segun* fuero: *Lib. 4, Tit. 2, Cap. 1. [...]*. Las conquistas del matrimonio deben partirse por mitad entre los hijos, y el viudo sobreviviente; y habiendo dos ó mas matrimonios, los hijos respectivos deben recibir la mitad de las que se hicieron en su tiempo. El viudo que pasare á segundas nupcias no puede echar de casa á los hijos del primer matrimonio; pero se irán ellos si quisieren, sacando las arras si las hubiere, y si no la mitad de las heredades á su elección. Estando las heredades en diferentes pueblos echarán suertes entre los hijos y el padre para saber cuál es la de la madre, y cuál la del padre: hecha esta partición se darán fiadores mutuamente para no demandar otra cosa de aquellos derechos. Si el viudo pasare á terceras nupcias, teniendo hijos de las segundas, debe partir con éstos como lo hizo con los primeros: *Lib. 4, Tit. 2, Cap. 3»*¹⁷⁷.

De todo lo expuesto hasta el momento se deduce el *iter* jurídico, anterior y posterior, de la mencionada Ley 50 de las Cortes de 1765 y 1766, en la que alguno encuentra un antecedente del contenido del artículo 1409 (originariamente art. 1431) del CC. Ahora bien, esa Ley 50 de Cortes como la 106 del Fuero Nuevo a la que la misma ha parecido dar origen, no fueron ni son islas dentro del ordenamiento jurídico foral navarro; quiere esto decir que su contenido estuvo y está relacionado con otras normas que pueden verter más luz sobre los antecedentes de nuestro 1409 CC.

En este sentido, la mencionada Ley 50 encontró un apoyo, frente a quienes pretendían vulnerarla, en la Ley 48 de las mismas Cortes de 1765 y 1766. Una manera de no respetar la parte en las conquistas o ganancias del segundo matrimonio que se disponía en aquella Ley 50 era «renunciar á favor de su nuevo esposo ó esposa los gananciales que se lucrasen de aquel matrimonio: la renuncia favorable al nuevo consorte y á los hijos de éste, disminuyendo el caudal disponible del renunciante, lastimaba el derecho de los anteriores, que debían sacar por lo menos una parte igual á la mayor

¹⁷⁷ YANQUAS: *Diccionario de los Fueros, y de las Leyes de Navarra*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1828, pp. 82 a 85.

que dejase á su nueva consorte y los hijos del segundo ó ulterior matrimonio».

«Para evitarlo, la Ley (48) acertadamente prohibió que pudieran renunciarse las conquistas ó gananciales por el binubo o más veces casado en favor de su nuevo consorte»¹⁷⁸.

Esta Ley 48 es un alegato a la defensa de los derechos de los hijos del primer o anterior matrimonio ante las segundas o ulteriores nupcias del supérstite. Estos derechos se garantizan no sólo por el hecho —referido en el Capítulo once de la misma— de *que el hombre, ó muger binubo, ó que segunda vez se casare, no pueda de manera alguna renunciar á favor de su consorte las conquistas que se puedan hacer, y adquirir*; sino también por medio de la reserva y la obligación de no desfavorecer, al llegar la sucesión, a los hijos del primer matrimonio¹⁷⁹. Es decir, los Capítulos que componen dicha Ley están dirigidos a defender los derechos de los hijos del primer matrimonio ante las segundas o ulteriores nupcias del cónyuge supérstite. A su vez, lo que en ella se contenía —al igual que sucedía con la Ley 50— ha encontrado su reflejo en el actual Fuero Nuevo de Navarra en lo establecido en las Leyes 77, 157 y 272 a 274: estas últimas aparecen recogidas dentro del Libro II —*De las donaciones y sucesiones*—; Título X —*De las limitaciones a la libertad de disponer*—; Capítulos III —*De los derechos de los hijos de anterior matrimonio*— y IV —*De la reserva del bínubo*—.

De lo dicho hasta ahora, y al ver dónde se encuentran ubicadas las distintas Leyes del Fuero Nuevo que regulan la materia, se podría concluir que la regulación de las segundas nupcias —cuando hay hijos del primero o anterior matrimonio— es una materia que está a caballo entre el régimen económico del matrimonio y el derecho de sucesiones. Interesa mencionar en este punto, que dentro del Fuero Nuevo las Leyes 105 y 106 —que traslucen un cierto carácter sucesorio— se incluyen en el Libro I —*De las personas y de la familia*—; Título X —*Del régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias*—.

Con carácter general, y sin entrar a un análisis profundo de las particularidades propias de la legislación foral navarra, podríamos decir que los hijos del primer matrimonio pueden solicitar que se lleve a cabo la liquidación del régimen económico y así recibir los

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ: *Códigos ó Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español, t. séptimo*, Librería de Sánchez, Madrid, 1874, p. 284 (reimpresión Ed., Lex Nova, Valladolid, 1988).

¹⁷⁹ Ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766. Los Capítulos 1 a 6 dan razón de la reserva; los Capítulos 7 a 10 tratan la obligación de no desfavorecer, al llegar la sucesión, a los hijos del primer matrimonio (cfr. DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA: *Cuadernos de las Leyes y Agravios Reparados. III**, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964, pp. 495 y 496).

bienes que les correspondan; a su vez, tienen derecho a no verse perjudicados frente a los hijos del segundo o ulterior matrimonio¹⁸⁰.

Esa relación entre régimen económico y derecho sucesorio puede verse reflejada en el hecho de que las Leyes 105 y 106 están íntimamente relacionadas con el fallecimiento y consiguiente apertura de la sucesión del cónyuge difunto. El entronque con el fallecimiento y apertura de la sucesión vendría marcado por el hecho de que el contenido de estas Leyes sólo entra en juego cuando la liquidación deriva de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges¹⁸¹; una vez muerto o declarado fallecidos se procederá a la apertura de la sucesión, y con ésta podrá saberse –teniendo en cuenta también lo dispuesto en la Ley 107.1 del Fuero Nuevo– si nos encontramos ante el supuesto regulado en las Leyes 105 y 106 o no¹⁸².

¹⁸⁰ Llama la atención, por lo que a la regulación de esta materia se refiere, que la redacción de las Leyes 105 y 106 reflejada en la Compilación aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo (RJA 1973/408 y 456), se haya visto poco modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (RJA 1987/1371); y de hecho, el contenido de estas Leyes no parece que haya sufrido grandes cambios después de promulgarse la Constitución, mientras que en otros ordenamientos territoriales, normas que se podría entender que tenían la misma finalidad, se vieron modificadas como consecuencia de la Constitución, por entenderse que su contenido rayaba la inconstitucionalidad. En este sentido, vale la pena traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992 (RJA 1992/3035), en la misma se consideran como no constitucionales por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos 24 y 253 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña aprobada por Ley 40/1960 (RJA 1960/1034), de 21 de julio; el contenido de ambos artículos lo resume la Sentencia en el párrafo. 4.º de su FD 1.º en los siguientes términos: «tanto el artículo 24 como el 253 establecían un sistema de limitaciones sucesorias respecto a los cónyuges de segundas ulteriores nupcias, declarando que “cuando estos cónyuges del causante binubo concurrieran con los hijos u otros descendientes legítimos habidos en anteriores matrimonios, sólo podrán adquirir en la sucesión, directa o indirectamente, bienes por un valor que, sumado al recibido por donación de su causante, no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido. Lo que exceda de tal valor, quedará atribuido por partes iguales al cónyuge sobreviviente y a todos los hijos”» [...] En el párrafo 5.º del mismo FD, y recurriendo al contenido de esos dos artículos, afirma el Supremo que «resulta evidente la existencia de un trato legal diferenciado, para el padrastrero o la madrastra [...]»; en el pfo. 6.º establece que «la razón histórica que venía defendiendo la diferenciación, estaba basada en una presunción de desconfianza respecto al segundo o posterior cónyuge, que, a priori, y con carácter general, no es sostenible, pues supone la atribución genérica e indeterminada de una imputación de confabulación o fraude, realizado por el cónyuge en connivencia con su consorte y padre o madre de los hijos del anterior matrimonio, que no reúne los elementos éticos para servir como justificación del trato desigual». Por último, en el párrafo 7.º, concluye nuestro más alto Tribunal que «existe complementariamente un fuerte argumento en favor de la inconstitucionalidad de los preceptos que analizamos, y esta razón no es otra que su eliminación de la vigente Compilación, en virtud de la Ley, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma con fecha 20 de marzo de 1984 (...)».

¹⁸¹ Más amplitud le da GARCÍA-GRANERO (*Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 398), entendiendo que hoy en día también cabrían los supuestos de divorcio; ahora bien, del desarrollo de su postura se puede concluir que en realidad no aporta nada la inclusión de esa situación.

¹⁸² Cfr. ARECHEDERRA: «El nuevo matrimonio del divorciado y las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1999, núm. 27, pp. 205 ss. Defiende este autor que las mencionadas Leyes sólo son de aplicación en los casos en los que la liquidación derive de muerte o declaración de fallecimiento; a su vez, un límite a lo contenido en las mismas vendría marcado por lo dispuesto en la Ley 107.1 del Fuero Nuevo.

Además, y como nuevo argumento que avala lo que vengo defendiendo hasta ahora, la situación recogida en el artículo 1409 CC guarda cierto parecido con lo dispuesto en la Ley 109 del Fuero Nuevo cuando en la misma se regula la «liquidación de sociedades de conquista habiendo descendientes de varios matrimonios»; dejando constancia de que «si en la sociedad conyugal de conquistas estuvieren interesados hijos de varios matrimonios anteriores, se procederá por separado y sucesivamente a la liquidación de cada una de las sociedades de conquistas». En este caso —continúa dicha Ley— «los haberes de los hijos y descendientes de cada matrimonio se integrarán: 1. Por los bienes que al tiempo de celebrarse las siguientes nupcias debieran haberles sido entregados conforme a la Ley 105. 2. Por sus respectiva participación en las conquistas del siguiente o posteriores matrimonios conforme a la Ley 106». Matizando estas dos últimas reglas, concluye la Ley 109 que «para el cobro de los haberes determinados en el número 1, tendrán preferencia los hijos o descendientes del matrimonio más antiguo» y «respecto a los del número 2, concurrirán sin preferencia los hijos o descendientes de matrimonios anteriores».

Es decir, cuando haya que liquidar varias sociedades de conquistas en las que «estuvieren interesados hijos de varios matrimonios anteriores, se procederá por separado y sucesivamente a la liquidación de cada una de ellas» y para determinar lo que corresponda a cada uno de los hijos y descendientes se recurrirá a lo dispuesto en las Leyes 105 y 106, por entender que en estas se amparan los intereses de esos hijos cuando sea necesaria esa liquidación.

De la lectura de todas esas normas se puede concluir que con las mismas se pretende proteger a los hijos del primer o anterior matrimonio, en el caso de que el cónyuge superviviente contraiga segundas o posteriores nupcias¹⁸³. Si hay quien conecta el contenido de las mismas con lo dispuesto en el artículo 1409 —antiguo art. 1431— de nuestro CC, será porque entiende que este último también tiene por misión proteger a los mencionados hijos. Está claro que el contenido del artículo 1409 CC no refleja de forma expresa esa intención, ahora bien, no es un contrasentido ir pensando que, de manera tácita, lo que subyace en ese artículo es esa idea.

Ahora bien, el posible carácter de antecedente histórico del artículo 1409 CC que se les atribuye a estas Leyes de Navarra, no impide que entre lo dispuesto en aquéllas y en éste aparezcan algunos contrastes.

¹⁸³ Cfr. CAÑERO: *Derechos Civiles de España*, vol. VII. Canarias, Navarra, Ed. Aranzadi, 1.ª ed., Navarra, 2000, p. 4347.

En este sentido, podría constatarse el hecho de que el artículo 1409 CC no concede, de forma expresa, una acción para instar la división de los gananciales a los hijos del difunto, sino reglas para la división cuando se procedió a ella y medió nuevo matrimonio que ahora termina. De todas formas esa posible solicitud de liquidación del régimen de gananciales derivada de la muerte de uno de los cónyuges está de algún modo latente desde el momento en que ninguno de los herederos del difunto —en virtud del art. 1051 CC— está obligado a permanecer en la indivisión de la herencia. Si cualquiera de ellos solicita la partición de la herencia, ella arrastrará la liquidación de la sociedad de gananciales, pues se hace necesaria para determinar correctamente el caudal hereditario¹⁸⁴.

Por último, en relación con todo lo dicho, y después de ver los antecedentes históricos de las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo, así como su redacción actual, parece que lo que en ellas se dispone es bastante más claro que lo contenido en el artículo 1409 CC. Esa mayor claridad se ve en el hecho de que dichas Leyes conceden a los hijos del primer matrimonio una parte en las ganancias que resultan de la nueva sociedad conyugal, precisamente porque, al no haberse disuelto la primera sociedad, tales ganancias se están consiguiendo con bienes que, en parte, correspondían al progenitor difunto, cuyos rendimientos, por tanto, deben antes beneficiar a estos hijos que al segundo cónyuge del viudo —lo que sucedería si se partieran las ganancias por mitad—. La división en tercios resulta más clara que la que resultaría de aplicar el artículo 1409 CC, pero éste puede acercarse más a la justicia material, en cuanto que el cálculo de lo que corresponderá a los hijos del primer matrimonio en los gananciales del segundo dependerá del caudal que la parte ganancial del cónyuge difunto suponga, en términos relativos, en el conjunto de la nueva sociedad. La función de protección de los hijos del primer matrimonio resulta así menos evidente en el artículo 1409 CC: al menos de su simple lectura no se deduce con tanta facilidad como de la lectura de las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo.

2. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS HIJOS DEL MATRIMONIO ANTERIOR ANTE LAS NUEVAS NUPCIAS DEL PROGENITOR SUPÉRSTITE EN OTRAS FUENTES DEL DERECHO HISTÓRICO

Hasta el momento hemos recurrido de forma casi exclusiva al análisis histórico del derecho navarro como ordenamiento en el

¹⁸⁴ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales*: ..., cit., pp. 45 ss.

que, desde una perspectiva histórico-legislativa, parece encontrarse una situación paralela a la que vendrá a recogerse en el siglo XIX en el artículo 1353 del proyecto de CC de 1851 o en el artículo 1431 del CC de 1889 cuando en los mismos se trate la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios.

Con este estudio histórico se ha podido constatar que, antes de que apareciese este artículo en el proyecto de García Goyena o en el CC, ya existían disposiciones que, aun cuando no recogían expresamente esta situación, regulaban cuestiones con las que podría entenderse conectado el contenido del futuro artículo 1353 del proyecto de CC de 1851 o el del artículo 1431 (actual art. 1409) de nuestro CC; se trataba de supuestos en los que la norma lo que pretendía era proteger, ante las segundas nupcias del cónyuge superviviente, a los hijos del primer matrimonio.

Al margen de los antecedentes históricos que ahora veremos, esa defensa en favor de los hijos del primer matrimonio, por otro lado bastante lógica, ya encuentra un apoyo remotísimo en el Nuevo Reino de Egipto (1573-712 a. C.), pues en ese período «el hombre que quería casarse por segunda vez, después de la muerte de la primera esposa, tenía que alcanzar previamente un acuerdo con los hijos de su cónyuge premuerto, por dicho convenio el padre conservaba un tercio de los bienes del primer matrimonio y el resto quedaba en poder de aquella prole, fruto de la unión disuelta por la muerte»¹⁸⁵.

Por lo que llevamos expuesto, quizá sea la protección de los hijos del primer o anterior matrimonio lo que llevó a que se incluyera, en el seno de las leyes civiles, el contenido de este novedoso artículo —actual 1409 CC—; de manera que se podría afirmar —a los efectos de buscarle algún antecedente histórico a esta situación legal— que la protección de los derechos patrimoniales de los hijos del primer o anterior matrimonio —protección que es también el fundamento en el que se apoyan la leyes sobre *régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias* del Fuero Nuevo¹⁸⁶— es lo que le dio, en su origen, su principal razón de ser, puesto que son manifiestos los riesgos derivados de la ausencia de la correspondiente liquidación, con la consiguiente confusión de patrimonios que nace entre el de la sociedad de gananciales disuelta y el de la surgida con posterioridad fruto de las segundas o ulteriores nupcias¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 86.

¹⁸⁶ Cfr. GARCÍA-GRANERO: *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 363, 396 y 410.

¹⁸⁷ Entre otras cosas, lo que pretenden las Leyes 105, 106 y 108 del Fuero Nuevo de Navarra es evitar esa confusión patrimonial, y así se deduce del párrafo 3.º, del FD 4.º de la

Estas dificultades perjudican a los hijos del primer o anterior matrimonio, ya que todos o parte de los gananciales que les habrían correspondido de la primera o anterior sociedad disuelta pueden pasar a generar ganancias –hasta que se proceda a la liquidación– en el nuevo matrimonio celebrado y sometido al mismo régimen; para velar porque el reparto de esas posibles ganancias sea más equitativo se establecerá la regla del actual artículo 1409 CC cuando haya que proceder a la liquidación simultánea.

De algún modo, además de en el derecho navarro actual y en sus antecedentes históricos, esta defensa de los derechos de los hijos del primer matrimonio cuando el cónyuge supérstite contrae nuevo vínculo, se había ido consagrando de distinta forma en diversos cuerpos normativos, de ahí que, para buscar los antecedentes históricos de lo que el futuro artículo 1409 CC dispone, quepa recurrir no sólo a la tradición legal navarra, sino también a otros ordenamientos de nuestro derecho histórico, pues en ellos también se hace un tratamiento de las segundas nupcias y los derechos de los hijos en esos casos.

Este recurso a otras fuentes del derecho histórico reclama comenzar por el Derecho romano. En éste, y como ya se ha visto, a efectos del régimen económico del matrimonio primará el sistema dotal, que, aun siendo distinto del ganancial, también arbitrará soluciones para defender los derechos de los hijos del primer matrimonio.

El hecho de que tanto en el sistema dotal como en el ganancial se establezcan formas de protección de los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio tendremos oportunidad de ir viéndolo en el desarrollo histórico que se va a realizar, y aparecerá

STSJN. de 23 de febrero de 1994 (RJA. 1994/1607), cuando en el mismo se afirma que «las normas aplicables al caso (Leyes 105, 106 y 108) han tratado y tratan de evitar que, ante segundas o ulteriores nupcias, se puedan confundir y fusionar los patrimonios y bienes generados por la sociedad o sociedades de conquistas extinguidas por la muerte de uno de los esposos con los que tengan lugar en la nacida tras el subsiguiente matrimonio del cónyuge supérstite». Continuando con lo anterior, en el párrafo 5.º del mismo FD de la mencionada sentencia, el Tribunal reconoce que «no puede negarse que un efecto o consecuencia de la fusión o confusión de patrimonios consistirá en la inversión de los bienes de anterior matrimonio durante el segundo, con la producción de eventuales ganancias, pero también lo es que en el supuesto de que el cónyuge binubo no efectúe la liquidación y entrega de los bienes de conquistas que correspondan a los hijos que hubiere de anterior matrimonio, éstos tendrán derecho a participar en un tercio de los bienes de conquistas del segundo matrimonio, lo que tiene un cierto carácter sancionatorio o de pena, como expresa la rúbrica del Capítulo XXIII, Título IV, Libro Segundo del Fuero General de Navarra». A modo de conclusión en el párrafo 7.º del referido FD se dispone que «a fin de impedir la fusión o confusión de patrimonios, con lo que, a su vez, se evita que los hijos de anterior matrimonio participen en las conquistas del siguiente, establece el Fuero la obligación de liquidar la sociedad conyugal disuelta y hacer a los hijos o descendientes de matrimonio anterior formal y efectiva entrega de los bienes que correspondan».

tanto en los ordenamientos que en nuestro derecho histórico están marcadamente influidos por del Derecho romano –por ejemplo, Las Partidas– como en los que a su sombra nacén. También se dejará constancia de esta protección, además de en los supuestos de gananciales y dote, cuando nos encontremos con situaciones en las que medien arras matrimoniales: figura que se fue aproximando a la dote¹⁸⁸.

Como acabo de exponer, esa defensa o protección a los hijos del primer matrimonio aparece al tratar la dote, los gananciales y las arras. A la hora de estudiar esta materia cabe adoptar, entre otras, dos soluciones:

Una primera en la que se hagan primar las relaciones patrimoniales de los cónyuges sobre el hecho de la protección a los hijos. En ésta lo lógico sería analizar cómo es la protección en cada uno de los sistemas patrimoniales entre cónyuges de manera estanca. Esto rompería de algún modo el devenir histórico de la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio que aquí pretendo reflejar.

Una segunda solución en la que se le dé más importancia a la protección de los hijos y menos a cuál sea la relación patrimonial entre cónyuges en la que esa protección aparece. Aquí no se harán distingos entre regímenes económicos. Primará la idea de la protección y será más fácil seguir el decurso histórico en el que la misma se va desarrollando.

De ambas soluciones, he preferido seguir la segunda porque hace que destaque más la idea, a mi modo de ver principal, de la protección de los hijos del primer o anterior matrimonio. Sigo esta vía sin perjuicio de que cuando aparezcan, por ejemplo, situaciones de dote o arras lo ponga de manifiesto; todo ello, con la intención de hacer ver que no sólo en el régimen de gananciales, sino también en otros supuestos de relaciones patrimoniales entre cónyuges, se regula la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio.

Por lo tanto, hecha esta aclaración, y retomando la mención al Derecho romano como primera piedra de la defensa de los hijos del primer matrimonio que aquí voy a realizar, cabría decir –siguiendo a Minguijón– que en su sistema dotal los hijos «no podían impedir que su madre dispusiese de los bienes dotalés para contraer nuevo matrimonio y, si esto sucedía, habrían de dividir después la dote con los hijos del segundo matrimonio, si los había, siendo todos

¹⁸⁸ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 208 y 221 ss.

herederos por partes iguales». Entiende este mismo autor que esta primacía de las segundas nupcias sobre la protección de los derechos de los hijos se rompe cuando «una disposición del emperador Constantino (año 358) señala una nueva dirección favorable a los hijos y desfavorable a las segundas nupcias. Tratábase de una madre que había dado todos sus bienes en dote a su segundo marido, y Constantino concede a los hijos una acción *ad exemplum inofficiosi testamenti* ¹⁸⁹. Otra Constitución del Código Teodosiano determina que los hijos no podrán reclamar, si, a pesar de la constitución de la dote, le queda a salvo el valor de la cuarta parte de la herencia de la madre». Concluye Minguijón que, posteriormente, y «avanzando más en el camino de la protección a los hijos, disponen Teodosiano (sic) y Valentiniano que el cónyuge sobreviviente, si contrae nueva unión, deberá reservar para los hijos de la anterior todos los bienes que del cónyuge premuerto hubiere recibido, y por tanto no tendrá sobre ellos más que el usufructo, disposición aplicable lo mismo al marido que a la mujer» ¹⁹⁰.

Más adelante, esta protección a los derechos de los hijos se manifiesta en las once Leyes que componen el Título IX (*De las segundas nupcias*) y en el Título X (*De si hubiere casado en segundas nupcias la mujer á la cual el marido le dejó el usufructo*) del Libro V del Código de Justiniano ¹⁹¹; también lo refiere este último en la Constitución XXII (*De las nupcias*) de su Libro de las Novelas o nuevas Constituciones: concretamente en los Capítulos I; XX, § 1; XXII, § 1; XXIII a XXIX; XXXI; XXXII; XXXIX; XL; XLI; XLV, y XLVIII de esa Constitución ¹⁹². En los textos de esa época dicha defensa adoptará la forma de reserva: «las reservas ó bienes reservables no se conocieron en Roma hasta la época de las Constituciones de los Emperadores; pero en el Código de Justiniano fueron tratadas y desenvueltas» ¹⁹³.

¹⁸⁹ «Por la queja de testamento inoficioso podían los hijos pedir la nulidad del testamento en que sus padres no les dejasen por lo menos la cuarta parte de la herencia, que era la legítima. Justiniano estableció que, si se les había dejado algo, no podían pedir la nulidad del testamento, sino únicamente que se les diese un suplemento hasta completar la legítima de la cuarta parte» (MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 13 en nota 1).

¹⁹⁰ Para los tres últimos entrecomillados de este párrafo: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 12 y 13. El sic que en uno de los entrecomillados se refiere al lado de Teodosiano deriva de que parece que sería más correcto hablar de Teodosio, que es el Emperador, ya que Teodosiano es el Código.

¹⁹¹ Cfr. GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano*, Segunda parte. Código, t. I, Barcelona, 1892, Reimpresión, Ed. Lex nova. (T. 4.º. Código. Libros 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º), Valladolid, 1988, pp. 576 a 587.

¹⁹² Cfr. Ídem: *Cuerpo de Derecho civil romano*, Tercera parte. Novelas, Barcelona, 1898, Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 6.º. Novelas o Nuevas Constituciones), Valladolid, 1988, pp. 108, 116 a 126, 129, 132 y 133.

¹⁹³ ABELLA: *Código Civil...*, cit., pp. 309 y 310 en nota 4. Es de interés recordar que esas referencias al Código Justiniano se veían como antecedentes de lo contenido en las

Asimismo, y directamente entroncada con el régimen económico del matrimonio, en el derecho germano también se determinarán formas de protección en beneficio de los hijos del primer matrimonio en caso de segundas o posteriores nupcias: «en el sistema franco-turingio-sudalemán el patrimonio de los cónyuges se dividía, sin atención a su origen, en dos masas: los bienes libres y los reservados. Aquéllos comprendían el patrimonio mueble y lo adquirido por el cónyuge superviviente después de la disolución del matrimonio; todos los inmuebles que hasta dicho momento hubiesen poseído ambos y los adquiridos en propiedad separada por el superviviente constante el matrimonio eran bienes reservados a los hijos. Si el cónyuge viudo contraía nuevo matrimonio, subsistían los bienes reservados en su condición de tales, pero sin que sobre ellos se concediera derecho a la descendencia del nuevo vínculo y al propio tiempo sin que los hijos del primer matrimonio tuvieran derecho sobre la restante masa patrimonial del segundo casamiento. Para evitar el trato inicuo entre la primera y la subsiguiente descendencia se desarrolló con carácter legal desde la segunda mitad del siglo XIII el derecho de partición —practicado anteriormente como costumbre—, en cuya virtud el que celebraba ulteriores nupcias estaba obligado a un convenio con los hijos preexistentes y a entregarles desde luego una parte de los bienes, tanto del patrimonio libre como del reservado, previa renuncia de aquellos al patrimonio restante, que se aportaba al nuevo matrimonio con carácter de *haber* reservado exclusivamente a la nueva descendencia»¹⁹⁴.

Estos planteamientos defensivos se trasladarán —fruto de las influencias tanto romana como germánica derivadas de las correspondientes invasiones de la Península— a nuestros ordenamientos históricos, de manera que en ellos también comienzan a aparecer medidas para proteger los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio ante las segundas nupcias del progenitor superviviente.

Desde este punto de vista, en el Breviario de Alarico se adoptarán las soluciones que en su día se habían dispuesto en el Código Teodosiano y en las Novelas de Severiano, si bien dándoles —recurriendo a la *interpretatio* que en el Breviario se recoge— un ligero retoque a sus contenidos¹⁹⁵.

Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo. Cfr. también PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 122.

¹⁹⁴ ÁLVAREZ LÓPEZ: *Anotaciones a la Historia del Derecho Germánico de Brunner*, Ed. Labor, Barcelona, 1936, p. 231 en nota *. Cfr. también, MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 56 a 59.

¹⁹⁵ Cfr. CONRAT: *Breviarium Alaricianum. Römisches Rechts im Fränkischen Reich in Systematischer Darstellung*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1903. Scientia Verlag Aalen. 1963, pp. 121 a 127, textos en nts. β y β Por lo que a la obra de este último se

Más o menos un siglo y medio después, en el *Liber Iudiciorum*, Libro IV –*De origine naturali*–; Título V –*De naturalibus bonis*–; Ley II –*De quota parte liceat mulieribus iudicare de dotibus suis*–, se dispone:

[...] *Verumtamen femine, quas contigerit duobus viris aut amplius nubere atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare; sed unusquisque filius filia-ve, nepos aut neptis ex ipsa linea procreati dotem, quam avus aut pater eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia secuturi sunt*¹⁹⁶

A su vez, en el Libro V –*De transactionibus*–; Título II –*De donationibus generalibus*–; Ley V –*De rebus a marito mulieri concessis, vel si mulier fuerit adulterasse detecta*–, de la obra recién mencionada se regula:

*Maritus si uxori sue aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut certe si ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum, si filios non habuerit, reliquendi cui voluerit habeat potestatem*¹⁹⁷

Lo dicho en esta Ley no se refiere propiamente a una dote en segundo matrimonio que pudiera quedar para el segundo marido en caso de fallecer la mujer, perjudicando las expectativas de los hijos del primer matrimonio, sino a regalos recibidos del primer marido que no hayan entrado en la nueva dote (siendo discutible si, a la vista de esta Ley V, podrían entrar en la dote: seguramente no), y que, dado que vinieron del marido, deberían quedar para los hijos comunes si los hubiera. Como puede verse éste es otro aspecto de la protección de los hijos distinto al de la limitación de la dote. Esas donaciones no serían válidas, conforme a la prohibición de donaciones entre cónyuges que conoció el Derecho romano, pero en virtud de un senadoconsulto todavía clásico, si el marido muriese sin revocarlas en testamento, quedaban tales bienes como de la mujer¹⁹⁸: quizá esto es lo que pudo admitir el Derecho medieval intermedio.

Siglos después, la regulación legal de las segundas nupcias va tomando cuerpo, y así, en el Fuero de Jaca, se hará mención a las

refiere, téngase en cuenta que las nts. que en dicha obra se recogen tienen por fin «ayudar al control de la traducción y facilitar al lector recurrir al original en el que está basada la misma, se añade el texto latino de la «interpretatio» y del texto legal» (*Ibid.*, p. 455). LAMBERTINI: *La Codificazione di Alarico II*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, pp. 59 a 61.

¹⁹⁶ Cfr. ZEUMER: *Leges visigothorum...*, cit., p. 140.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 146.

¹⁹⁸ Cfr. d'ORS, *Derecho Privado romano...*, cit., § 335, pp. 397 y 398.

segundas nupcias y al viudo que quiere contraer nuevo matrimonio, adoptándose en ambos casos las medidas correspondientes para garantizar los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio en los números 39 y 40 de dicho Fuero:

39. *De las segondes bodes. Quant marit et muyller an enfantz, et un dels mor, si lo qui romayn biu se uol casar, auantz que se case lis deu donar sabuda part per razon daquel que sera mort, et si ço non fa, et lo marit pren muyller o la muyller marit, per for los filtz alcançaran part en tot quant que auran gaynnat lo payre o la mayre, moble o heradat, per ço quar quant deuia et podia non parti ab els*

El contenido de este párrafo 39 podría ser también un precedente del derecho que el Fuero de Navarra concede a los hijos en la Ley 105: se refiere a la sociedad de gananciales y no a las donaciones del marido a la mujer.

40. *De biudo que se uol casar. Tot homne que ha muyller et ha enfantz dela, si mor la muyller et lo marit se uol casar, per for deu clamar les mas prosmans parentz de ses filtz de part la mayre, et deuant els deu lo payre partir leyalment totes les coses mobles et non mobles que el et sa muyller auien densemble, traytas primerament las despensas faytas lo dia que mor entroa que es soterrada, et donar ne la mitat als enfantz dela primera muyller, salp tant que lo payre pot et deu per for trayre dauantaylla per ses obs: un leyt ben garnit dels millors draps de casa, et dos besties darada con totz lurs apareylltz si solen laborar; empero la partilla deu estar fayta per carta per A B C con fiances et con testimonis, et lo mes et lo dia en que fo fayta, et lescriuan sia public del poble et establitz en aquel ofici, et assi aura ualor*¹⁹⁹

Este número 40 parece referirse más específicamente a quiénes pueden instar la partición –los parientes cercanos de la madre: regla sobre legitimación activa, que la Ley 105 del Fuero Nuevo de Navarra también contempla (defensor judicial: nombramiento que no sería de extrañar que recayera en un pariente próximo del hijo en vía materna)– y a lo que el padre puede en cualquier caso conservar para sí.

En este sentido, cabría relacionar estas disposiciones del Fuero de Jaca con las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo de Navarra –salvando la distancia histórica– y con el artículo 1409 CC.

A su vez, el Fuero de Salamanca –entre finales del XI y principios del XII²⁰⁰– en su Ley CCXXI, recogerá lo que ha de entregarse a la viuda como consecuencia de tal condición:

Esto den á la uilda en uildedade. Esta es la uildidade: una tierra de tres cañices senuradura en uaruecho, é una casa, aranzada de uinna, é una vez de

¹⁹⁹ Para los mencionados números 39 y 40 cfr. RAMOS: *El Fuero de Jaca...*, cit., pp. 17 y 18.

²⁰⁰ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 206 a 208; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 381 y 382.

*acenna, é un iugo de bues, é un asno, é un lechon, con una quenabe, é un liechero, é fieltro, é dos sabanas, é dos cauezales, é espetos, é mesa, é artesa, é escondiellas, é meseros, é nasos, é cuchares quantas ouiere de madera, é escannos, é sedazos, é achas, é badil, é escamielos, é calderas, é criuas, é una carral de trenta medidas; todo esto quanto lo ouieren de suio tomelo entrego; é aquello que fuer parte del marido prinda el medio; é aquello que non lo ouieren de suio nin de parte del marido é non gelo den; é todo esto qual ella quessier tal tome, é ó ella quessier, é non lo uenda nin lo done; é si marido pressier, duple esto que tomar; é se morier qual lo fallaren de tal prendan parientes del muerto su parte*²⁰¹

Esos bienes atribuibles al cónyuge viudo también se pondrán de manifiesto en el párrafo 133 –*De la uiudade*– del de Ledesma:

*Esta es la ujudade: I.ª tierra de III kafizes en fenbradura e un baruecho, e una cafa, e I.ª arançada de uinna, e una uez de açennja, e un iugo de bueys, e I afno, e un lecho con I guenabe e con I lechero, e I fieltro, e II fauanas, e dos cabeçales, e II efpetos, e mefa, e artefa, e cuencas, uaso, cuyares, e efcanno, e dos çedaços, e arca, e badil, e criua, e cadera, e efcamjello, e una carral de XXX medidas. E todo efto, quando el ouier de confuno, prendalo entrego; e elo que fur de partes del marido, prenda el medio; e eloque ende non ouier njn de funo nin de parte del marido, non gelo den. E todo efto, qual ella quefier, tal prenda, e u ella quifier. E non la uenda nin la de. E fi marido prifier, doble efto que tomar. E fi ella morjr, qual lo fallaren, tallo prendan parientes del muerto*²⁰²

Estos dos Fueros de Salamanca y Ledesma son, en su contenido, paralelos. Se parecen al de Jaca en que regulan lo que puede retener el viudo –la viuda en este caso– y, a lo que parece, la protección de los hijos que contendrían (pues no se les menciona) estaría en que se prohíbe el viudo enajenar esto que tomó para sí, quizá para que pueda pasar a los hijos del primer matrimonio.

En el mismo sentido, si bien de forma quizá más amplia, aparecerá en los de Teruel²⁰³ y Huete²⁰⁴. Por otra parte, las situaciones mencionadas se referirán, hacia el año 1180²⁰⁵, en el Fuero de San Sebastián en el Libro III; Título 9 –*De marido*–; en las Leyes 1 a 4 y 12 a 17²⁰⁶. Asimismo, se toma cuenta de la realidad de las segundas nupcias en el Fuero de Cuenca²⁰⁷; en los párra-

²⁰¹ Cfr. SÁNCHEZ RUANO: *Fuero de Salamanca*, Imprenta de D. Sebastián Cerezo. Salamanca, 1870, pp. 65, 66 y 68.

²⁰² Cfr. CASTRO y DE ONÍS: *Fueros leoneses...*, cit., p. 240.

²⁰³ Cfr. CASTAÑÉ: *El Fuero de Teruel...*, cit., pp. 473 a 481, 483, 485 y 501 a 505.

²⁰⁴ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., pp. 131 a 137, 139, 153 y 155.

²⁰⁵ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 220; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 399.

²⁰⁶ Cfr. LACARRA: *Fueros de Navarra...*, cit., pp. 278 a 281.

²⁰⁷ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 272 a 278, 298 y 300. Aquí se ha empleado la forma sistemática del mencionado Fuero.

fos 339, 340 y 341 del de Soria²⁰⁸ y en los Fueros de Muño y Pampliega, otorgados por Alfonso VIII en el año 1209²⁰⁹, que en su Ley 11 recogen:

*Si vero inter virum et uxorem pactum fecerit, qualiscumque prius rescenderit a saeculo, ipse qui remanserit in hoc saeculo tenendo castitatem vivat in hereditate et mobile omnibus [diebus] vite sue prestat et valeat; si autem acceperit alium virum vel virum acceperit aliam uxorem, revertatur hereditate atque mobile ad filios*²¹⁰

Los Fueros de Muño y Pampliega se relacionan con los gananciales (*hereditas atque mobile*) y con la necesidad de partirlos con los hijos en caso de nuevas nupcias, pudiendo no hacerlo –y conservándolos por tanto íntegros el viudo– si no los hay. Algo que, de otra forma, también dispone la Ley 34 del de Zamora, concedido por Alfonso IX en 1208²¹¹, cuando afirme:

*Que la vujiuda non case fasta 1 año. Viuda non tome marido nin se case nin se pleitee sin se espose hata que non cumpla so año, mas faga por so marido el mejor bien que pudier'. E se se esposar' o se pleitear' o marido tomar', peche C moravedís. E se non hobier' ónde peche elos C moravedís, peche la meatad de quanto hobiere a los parientes más propincuos que hobier' el muerto, fuera ende los fijos*²¹²

Lo que Fueros como el de Muño y Pampliega señalan es que a la muerte del cónyuge, pueden los hijos pedir la división del caudal común. Cabría preguntarse si esto es obligación del cónyuge viudo que contrae nuevas nupcias o si debe ser instado por los hijos. Lo cierto es que, pese a lo que estos Fueros disponen, podría darse de hecho el caso de segundas nupcias sin que medie división, con lo que nos hallaríamos ante el supuesto que el artículo 1409 CC viene a resolver.

De algún modo –y pese al sugerido origen navarro del artículo 1409 CC– estos Fueros castellanos confirman que la protección de los hijos del primer matrimonio en caso de existir gananciales tiene una raíz castellana propia. Por tanto, la protección de los hijos de primer matrimonio se refiere en estos casos, más específicamente, al supuesto de existir gananciales.

²⁰⁸ Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos...*, p. 238.

²⁰⁹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 155, 156, 177 y 178; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 321 y 342.

²¹⁰ Cfr. MARTÍNEZ DÍEZ: *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Caja de ahorros municipal de Burgos, Burgos, 1982, p. 182.

²¹¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 295. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 497.

²¹² Cfr. MAJADA: *Fuero de Zamora*, Librería Cervantes, Salamanca, 1983, p. 29.

De manera más extensa tratarán la cuestión de las segundas nupcias los Fueros de Coria²¹³, Alcaraz²¹⁴, Zorita de los Canes²¹⁵ y Cáceres²¹⁶, y el concedido por Alfonso IX de León el 1 de octubre de 1228 a Llanes²¹⁷, que, aun cuando no habla de segundas nupcias ni de hijos del primer matrimonio, sí establece en favor del hijo huérfano un cierto beneficio en caso de que no haya habido partición con el cónyuge supérstite:

[...] conviene á saber que todo huérfano que fincare sin padre o sin madre fasta que hobiere veinte años, non peche nin faga fuero, é si antes casare peche y faga fuero, y si ficare con el padre ó con la madre si non hobiere partido, non peche non faga fuero²¹⁸

Tampoco faltarán estas cuestiones en los Fueros de Úbeda²¹⁹ e Iznatoraf²²⁰.

Como contrapunto a esas legislaciones protectoras de los derechos hereditarios de los hijos aparecerá en el siglo XIII, en los Fueros municipales de Alfonso II de Aragón, Alfonso VIII, Alfonso IX y Fernando III, lo que se conoció como «derecho de hermandad, por el que el cónyuge supérstite conserva el caudal íntegro del matrimonio, mediante estipulación, que hecha con toda solemnidad, privaba hasta á los hijos de sus derechos hereditarios»²²¹.

Este derecho de hermandad tiene su fundamento en la *incomunió*n, los pactos de unidad o hermandad y en las cartas de *perfilia*tione que inician su andadura en las regiones de Galicia y León en los siglos X y XI; si bien situaciones parecidas a lo que será esta hermandad ya habían aparecido siglos antes²²². A la hora de estable-

²¹³ Cfr. MALDONADO: *El Fuero de Coria...*, cit., pp. 30 a 32.

²¹⁴ Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz...*, cit., pp. 187 a 192.

²¹⁵ Cfr. DE URUEÑA: *El Fuero de Zorita...*, cit., pp. 123 a 125.

²¹⁶ Cfr. ULLOA: *Fuero...*, cit., pp. 24 a 26.

²¹⁷ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 134; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 287.

²¹⁸ Cfr. EL ORIENTE DE ASTURIAS: «El Fuero de Llanes», *Temas Llanes n. 44*, Llanes, 1989, pp. 20 y 21.

²¹⁹ Cfr. PESET y otros: *Fuero de Úbeda...*, cit., pp. 290, 294 y 295.

²²⁰ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 273 a 279, 299 y 301.

²²¹ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 34 y 43; Cfr., también: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 84 y 85; ANTEQUERA: *Historia...*, cit., p. 535.

²²² Puede que las mismas tuviesen su origen en el *ius liberorum* ya que «en la interpretatio de una Ley de Valentiniano III se señala el derecho de cónyuges sin hijos a instituirse mutuamente como herederos, expresamente como *ius liberorum*, e Isidoro define esto como «*coniugum sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio*» (SCHWERIN: «Sobre las relaciones...», cit., p. 188). Asimismo «mientras que en las fórmulas visigodas los cónyuges se donan todos sus bienes, en la *Formulae andecavenses* se limita la donación a tres cuartas partes [...] Por otra parte, el derecho visigodo exige solamente la inclusión de los hijos. Si no existen éstos, puede disponer cada cónyuge a su libre arbitrio, según la *L. Vis.*, IV, 2, 20. Merece mencionarse que esta libertad de disposición excede también de lo que otorga la *L. Rom. Vis.*, VI, 2, I, porque ésta ofrece la *querela inoficiosi testamenti*, que corresponde también a los hermanos» (*Ibid.*, p. 186).

cerlo, y como a continuación tendremos oportunidad de exponer, tendrá gran importancia la presencia o ausencia de hijos.

Con estas instituciones lo que se pretende es darle más fuerza a la unión matrimonial, de manera que –por lo que a los efectos patrimoniales derivados de la misma se refiere– ésta subsista después de la muerte de un cónyuge hasta que fallezca el otro²²³.

Incluso no faltan situaciones –documento del siglo XII– en las que después de fallecido uno de los cónyuges, y habiendo contraído el superviviente nuevas nupcias, se sigue manteniendo la hermandad entre el superviviente, sus hijos, el nuevo cónyuge y el hijo común de aquél y éste²²⁴.

En algunos de nuestro Fueros a ese derecho de hermandad se le dará carta de naturaleza en la forma de testamento de hermandad o mancomunidad. En este sentido aparece reflejado, entre otros, en el Fuero de Teruel:

[342] Del testamento de mancomunidad de bienes del marido y de la mujer. Aunque se ha dicho más arriba que después de la muerte del marido o de la mujer los herederos repartan, sin embargo mando que si el marido y la mujer hacen testamento de comunidad de bienes en vida de ambos, como el fuero prescribe, ningún heredero o hijo reparta con el que quede, mientras viva en esta vida. Mas, el fuero de la mancomunidad de bienes es este: para que el testamento de la mancomunidad de bienes sea firme y estable, es necesario se haga en Concejo o en la colación, de tal modo que sea concedida por todos los herederos. Así pues digo «Por todos» con el fin de que ninguno de los herederos esté ausente, pues si alguno de los herederos está ausente o alguno de los presentes contradice el testamento de mancomunidad de bienes, sea considerado nulo y sin ningún valor, pero en caso contrario, el testamento de la mancomunidad de bienes sea estable y firme²²⁵

Frente a la opinión, anteriormente expuesta, de que el testamento de hermandad privaba a los hijos de sus derechos hereditarios, cabría decir, de la lectura de lo dispuesto en el Fuero de Teruel, que esa privación no parece tal. Más bien lo que dicho testamento supone es un retraso en la división del caudal común hasta la muerte del viudo.

Ahora bien, ¿qué pasaría si, pendiente la división por retrasada, el cónyuge viudo contrajese nuevas nupcias? ¿Favorecería el testamento de hermandad una situación que nos llevase a un supuesto como el actualmente regulado por el artículo 1409 CC? ¿No facilitaría el testamento de hermandad el resultado del artículo 1409 CC

²²³ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 213 a 219; PRIETO BANCES: «Los notarios...», pp. 124 y 136.

²²⁴ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., p. 217.

²²⁵ Cfr. CASTAÑÉ: *El Fuero de Teruel...*, cit., pp. 493 y 494.

al excluir la división del caudal común de los cónyuges entre el superstite y los herederos del difunto?

Ya he referido con anterioridad la posibilidad –recogida en un documento del siglo XII– de que se establezca una hermandad entre el viudo, sus hijos, el nuevo cónyuge y el hijo de ambos. A esta situación también se podría llegar como consecuencia de un testamento de hermandad, pues parece claro que lo que se busca es mantener la situación del viudo; ahora bien, en caso de nuevas nupcias este viudo aportaría a la comunidad ganancial los rendimientos de toda la comunidad anterior no dividida. Quizá porque se vislumbra esta posibilidad es por lo que para permitir el testamento de hermandad se adoptan ciertas cautelas. Garantías que, como de la lectura del texto del Fuero de Teruel que acaba de transcribirse se deduce, están dirigidas al cumplimiento de determinados requisitos; condiciones que de algún modo lo limitan ²²⁶, al tiempo que impiden una situación de hermandad en caso de segundas nupcias ²²⁷.

En un sentido muy parecido al del Fuero de Teruel, la hermandad se refiere en otros Fueros:

Así aparecerá en el de Cuenca:

X Capitulum. De successione filiorum atque parentum; xxxvi. De unitate uiri et uxoris. Quamuis superius sit dictum, quod post mortem mariti siue uxoris heredes cum superstite diuidant, tamen si uir et uxor unitatem fecerint, sicut forum est, in uita utriusque nullus heres siue filius diuidat cum superstite, quamdiu uixerit. Forum uero unitatis est, ut unitas sit stabilis et firma, oportet quod fiat in concilio, uel in collatione, et ab omnibus heredibus concedatur: ab omnibus dico, ita quod nullus heredum sit absens; quia sit aliquis heredum defuerit, uel aliquis presentium eam contradixerit, friuola habeatur et cassa ²²⁸.

En el Zorita de los Canes:

218 *De vnidad de marido et muger. El fuero dela unidat es este; por que la unidat sea firme et estable conuiene que sea fecha en conceio, o enla colla-*

²²⁶ Esos límites a la posibilidad de testar también aparecen recogidos en otro lugar del Fuero recién mencionado cuando los cónyuges pretenden dejarse algo en testamento, y así lo refleja la Ley 312 cuando dice: *que nadie pueda dejar algo a su mujer en testamento, no queriéndolo sus herederos. Pero el que haga testamento no puede dar nada a su esposa en modo alguno, ni la esposa a su marido, no queriéndolo sus herederos o estando ausentes. Porque si alguno de los herederos no está presente o alguno de los presentes lo contradice considérese sin efecto, con excepción de que el abuelo o la abuela pueden dar a cualquier nieto seis maravedís alfonsís o su apreciación* (CASTAÑE: *El Fuero de Teruel...*, cit., pp. 455 y 456).

²²⁷ En ocasiones los cónyuges establecían de modo expreso que los bienes del primero que falleciera pasaran y permaneciesen en poder del otro hasta su muerte o hasta que contrajera segundas nupcias: así lo hizo constar, entre otros, el Cid Campeador (cfr.: FONT: «La ordenación...», cit., p. 220; PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 135 y 136).

²²⁸ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 290 y 292. Aquí se ha utilizado la forma sistemática.

*cion, et de todos los herederos que sea otorgada, así que ninguno dellos non sea absent. Ca si alguno alli present non fuesse, o la contradixiesse alguno delos presentes no uale, ni es unidat*²²⁹

En el de Úbeda:

*Titulo XXII: De las mandas & de los testamentos & de la guarda de los huerfanos & de sus bienes & de la vnedat. Ley III: Del fuero de la hunedat: Maguer que de suso es dicho que despues de la muerte del marido o de la muger que los herederos partan con el pariente bjuo, enpero sy el varon & la muger fizieren vnedat como fuero es, njnguno de los herederos njn de los fijos non partan con el pariente biuo demjentre visquier. Mas el fuero de la hunedat es & que la vnedat sea firme & estable, conviene que sea fecha en conçejo o en la collaçion, & sea otorgada de todos los herederos, de todo digo, que njnguno de los herederos non sea menos, ca sy alguno de los herederos non fuere y, o alguno de los que y fueren lo contradixiere, vano sea & non vala*²³⁰

Y en el de Villaescusa de Haro:

205. *Título XVIII de la unidat del varon e de la muger. Maguer que de suso es dicho que despues de la muerte del marido o de la muger que partan los herederos con el pariente bibo. Empero sy el varon e la muger hunidat fisieren como fuero es, en vida del uno nin del otro, ningun heredero nin fijo, non parta con el pariente bibo mientras visquiere. Mas el fuero de la hunidat [es] que la hunidat sea firme e estable, e ha de ser fecha en conçejo o en [co]llaçion. E que sea otorgada de todos los herederos. Ca sy alguno fuere menos o alguno de los que y fueren lo contrariaren una sea e non vala la hunidat*²³¹

De la lectura de los textos mencionados parece deducirse que si los herederos no están conformes con el testamento de hermandad éste carecerá de validez, en este sentido, si –por ejemplo– no hubiese hijos cabría que la autorización se les reclamase a otros herederos²³². Esta conclusión parece extraerse de lo dispuesto en el Fuero de Alcalá de Henares, concedido por el obispo don Raimundo en el año 1135, cuando en el mismo se afirma que:

*Todo omne qui meter quisiere a su mulier en medietad. § 84. Todo ome qui meter quisiere a su mulier en medietad o mujer a so marido, si filios non ovieren, vengan.IIII. parientes de la una parte e.IIII. de la otra, de los que ovieren a heredar, que foren en termino, et otorguen la carta en conceio mayor con ellos, et preste; e si esto non ficieren, non preste*²³³

²²⁹ Cfr. DE URUEÑA: *El Fuero de Zorita...*, cit., p. 133.

²³⁰ Cfr. PESET y otros: *Fuero de Úbeda...*, cit., p. 292.

²³¹ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., p. 146.

²³² Este plácat de los herederos quizá tenga su fundamento en la *Lex Romana Visigotorum* (VI, 2, 1), ya que en ella se entiende que la *querela inofficiosi testamenti* también les corresponde a los hermanos de los cónyuges (cfr. SCHWERIN: «Sobre las relaciones...», cit., p. 188).

²³³ Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos...*, cit., p. 291.

Del contenido de este último Fuero se deduce que, a falta de hijos, los herederos que debían asentir al testamento de hermandad eran los parientes, pero no necesariamente todos, sino cuatro de cada parte.

Yendo un poco más lejos, en el Fuero breve de Daroca, otorgado por Ramón Berenguer IV –Conde de Barcelona– en noviembre de 1142²³⁴, cabría entender como innecesaria la intervención, oponiéndose o autorizando –en estos casos de ausencia de hijos–, de sujetos distintos de los cónyuges. Esto podría deducirse de la afirmación que en él se recoge:

*Maritus et uxor, si non habuerint filios, possint se ad invicem recipere in medietatem si voluerint*²³⁵.

A efectos de una mejor comprensión histórica de este testamento de hermandad, cabría referir que ambos Fueros –Alcalá y Daroca– son de fecha anterior al Fuero de Teruel y, por lo tanto a los de Cuenca y Úbeda.

Quizá de todo esto se derive que, más adelante, en el Fuero Real, el derecho de hermandad «tuvo la limitación de que no pudiera convenirse sobre él hasta un año después de contraído el matrimonio y caso de no haber hijos, ordenándose si éstos nacían después de hecho el convenio, que éste quedara nulo. Con esto, se transigió en parte con la antigua costumbre, corrigiendo y poniendo cortapisas á lo que podía degenerar en abuso»²³⁶.

Ahora bien, al mismo tiempo que se reconocía ese derecho de hermandad –si bien con las limitaciones que en los propios Fueros se establecen– se seguían adoptando medidas para la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio, tal y como parece deducirse de distintos Fueros nominados y de alguno innominado, cual sería el caso de lo que se conoce como *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*, en cuyo párrafo 77 refiere algo que se aproxima a una forma de afrontar el problema que hoy trata de resolver el artículo 1409 CC:

Del biddo e de la bibda. Qui mugier quisiere tomar, primero parta con los fijos e déles so derecho, e despues chase si quisiere. E sy en la segunda fijos ouiere y s'el muriere, e la tercera quisiere tomar, primero parta con estos fijos e déles so derecho de su madre, e despues case si quisiere; e[a]si faga si con muchas casare y en elas fijos ouiere, connos de cada madre parta antes. Mas si pora uentura el padre non parte connos fijos de la mugier pri-

²³⁴ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 84 y 85; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 222.

²³⁵ Cfr. MUÑOZ: *Colección...*, cit., p. 542.

²³⁶ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 34 y 43; Cfr. también: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 84 y 85; ANTEQUERA: *Historia...*, cit., p. 535.

*mera fasta la postremera que s passa él ante d'ela, ante que la madrastra o sos fijos prendan ninguna cosa, los primeros fijos o.l. prenda la mehetat de tod el auer que el padre con su madre o despues gano. E desy, el fijo de la segunda mugier prenda la mehetat de todo el auer que remaniere. Asi fagua de la tercera, tome la mehetat del auer que remaniere. Asy faga la quarta. E desi todos los fijos de las madres muertas cuemo de la biua partan tod el auer que remaneciere entre si egual mientre. Esto mismo dezimos del bibdo que fijos ouiere de muchas madres, asi partan de grat en grado, asi cuemo dize de suso*²³⁷

Entre los Fueros nominados, y al margen de los de Jaca, Salamanca, Ledesma, Teruel, Huete, San Sebastián, Cuenca, Soria, Muño, Pampliega, Zamora, Coria, Alcaraz, Cáceres, Úbeda e Iznatoraf, también recogerán la defensa de lo que aquí estoy tratando otros Fueros y ordenamientos que ahora se verán.

Tal será el caso de la versión romance del *Liber Iudiciorum* —lo que se conoce como Fuero Juzgo—. En éste, y para el caso de arras o posibles legados, la protección se regulaba al tratar del régimen económico del matrimonio o en sede de sociedad de gananciales. En este sentido, ya en su Ley 2.^a —*quando puede la muier mandar de sus arras*—; Título V —*de los bienes que pertenecen por natura*—; Libro IV —*Del linage natural*—, se establecía:

*[...] E la muier que ovo dos maridos, ó más, é ovo fijos dellos, las arras que ovo del un marido non puede dexar á los fijos del otro; más cada un fiio ó fiia, ó nieto ó nieta, deve aver las arras quel dió su padre ó su avuelo á su madre después de la muerte de su padre*²³⁸

En la Ley 5.^a —*De lo que da el marido á la muier*—; Título II —*De las donaciones*—; Libro V —*De las evenencias e de las compras*—, de este mismo Fuero se recogía:

*Si el marido da alguna cosa á la muier, é la muier despues de la muerte del marido non fiziese adulterio, mas estudiere en castidad, ó se casare cuemo debe, de lo quel dió el primero marido puede fazer lo que quisiere, si fijos non oviere dél...*²³⁹

Cabría preguntarse si esta última Ley se refiere a los gananciales o a posibles legados, creo que más bien está pensando en estos últimos, pues la parte ganancial de la mujer no se la deja el marido, sino que es suya por derecho propio.

²³⁷ Cfr. Roudils: «El manuscrito...», cit., p. 149.

²³⁸ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, Vol. I, cit., p. 34.

²³⁹ *Ibid.*, p. 35. En los regímenes euriciano, recesvindiano y ervigiano, cuando el viudo contraía segundas nupcias debía renunciar íntegramente al patrimonio de los hijos, y si la que contraía nuevo matrimonio era la viuda, perdía ésta su derecho de usufructo sobre la porción de la herencia del marido difunto: cfr. GACTO: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pp. 33 ss., en especial 36 a 50.

En ambas situaciones del Fuero Juzgo, al igual que sucedía en el *Liber Iudiciorum*, se regula pensando en el beneficio de los hijos.

A su vez, en el Fuero de Brihuega, se resolverá la situación de forma escueta y clara:

Por mugier bibda que quiera casar. Tod ome o mugier que embiddare. et fijos ouiere et quisiere casar. primero parta con sus fijos que no case ²⁴⁰

Hasta aquí, por lo que veo, hay dos tendencias encontradas: una exigir la partición de los gananciales antes de las nuevas nupcias –Fueros de Pampliega y Muño o Brihuega–, y otra, a conservar los gananciales indivisos, quizá en virtud de la expansión de la figura del testamento de hermandad.

Ya sea porque no se partieron contra lo dispuesto en aquellos Fueros, ya sea que no proceda la división por existir testamento de hermandad, puede suceder que se den sucesivos matrimonios sin repartirse los gananciales del primero, y algunos Fueros incluyen una solución para tal caso: así *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*.

Por otra parte, esto sería distinto de otras formas de proteger los derechos de los hijos comunes. Así, lo que dispone el Fuero Juzgo de que las arras vuelvan a los hijos del matrimonio extinguido, o que de lo recibido por la mujer en su sucesión del marido pueda ésta disponer libremente sólo si no hubo hijos del primer matrimonio, ya que en caso contrario parece deducirse de la ley que deberían reservarse a éstos.

En el Libro VI de la Compilación de Huesca o *Vidal Mayor*, que recoge los Fueros de Aragón aprobados por Jaime I en las Cortes de Huesca en 1247, se contienen dos Títulos –el 10 y el 11– que llevan el siguiente encabezamiento: *de secundis nuptijs, es assaber: del segundo matrimonio*. En el mismo, entre otras cosas, se establece:

10. (3) *Donquas, qui quiere que, la primera muiller muerta, con la segunda se quiere casar, clamados et presentes los más cerquanos, ço es entenados, cormados de los fillos del primero matrimonio, deuen partir con eillos todos los bienes mouibles et non mouibles los quoaales bienes eill et la primera muiller ouieron en común [...]* (5) *Et aqueilla partilla deue ser feita con instrumento público et con testigos et con fiador.* (6) *Et otrosí, quadaque el padre o la madre que sobreuiue quisiere partir con sus fillos los ditos bienes, los fillos luego deuen ser constreyennidos a partir con eill, assí empero que si el padre antedjto sea priesto de dar lis luego a los fillos la su part; en otra guisa los fillos non deuen partor con eill*

11. [...] (4) *Mas si alguno del marido o de la muiller se casare, ante que partan, será constreyennido de partir por medio todas las ganantias,*

²⁴⁰ Cfr. CATALINA: *El Fuero de Brihuega...*, cit., p. 155.

dont quiere que fueron ganadas durando el matrimonio, saluo la meatad d'aqueilla ganantia, con los fillos del primero matrimonio, (5) la quoal sobre dita mittat con todas las ganantias deue ser de la segunda muiller et la otra meytad deue partir con los fillos del primero matrimonio. [...]

(14) *Et si el segundo matrimonio fuere feito, los fillos del primero matrimonio podrán constreyner al padre o a la madre qui sobreuiue encara que parta las ditas ganantias de las cosas non mouibles con eillos* ²⁴¹

Se hará mención clara a todas estas cuestiones de las segundas nupcias y de la obligación de partir en estos casos, en los Títulos 26, 132, 143, 252 del *Libro de los Fueros de Castiella* ²⁴².

A su vez, el Fuero Real, y por lo que se refiere a las arras, en la Ley 1.^a; Título II; Libro III *—de las arras que se deben dar en casamiento—*, recogerá:

[...] é si la muger hobiere fijos de dos maridos, ó de más, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre: de guisa, que los fijos de un padre non partan en las arras que dió el padre de los otros... ²⁴³

De forma clara y extensa se analizará la partición derivada de las segundas nupcias del progenitor supérstite en los Fueros de Alarcón ²⁴⁴ y Plasencia ²⁴⁵.

Entre los años 1256 y 1263, en la Partida 4.^a; Título XI (*de las dotes, e de las donaciones, e de las arras*); Ley 23, se afirmará que:

Gana el marido la dote quel da su muger, e la muger la donacion quel faze su marido por el casamiento, por alguna destas tres maneras. La vna es por pleyto que ponen entre si. La otra por yerro que faze la muger, faziendo adulterio. La tercera, por costumbre [...] E lo que dize en esta Ley de ganar el marido: o la muger la dote, o la donación que es fecha por el casamiento, por alguna de las tres razones sobredichas entiendese si non ouiessen fijos de consuno. Ca si los ouiessen, entonce deuen auer los fijos la propiedad de la donacion, o de la dote, e el padre o la madre el que fincare biuo, o el que non entrare en orden, o que non fiziere adulterio, deue auer en su vida el fruto della... ²⁴⁶

Lo dicho en esta Ley 23 no hace mención a un posible segundo matrimonio, tiene que ver con la dote y la donación nupcial que hace el marido como contraprestación; y, en la medida en que, si hay hijos, mantienen éstos la nuda propiedad y sólo se devuelve el usufructo, les protege frente a hijos de futuro matrimonio.

²⁴¹ Cfr. TILANDER: *Vidal Mayor...*, cit., pp. 402 a 404.

²⁴² Cfr. SÁNCHEZ: *Libro...*, cit., pp. 19, 20, 68, 76 y 137.

²⁴³ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 121.

²⁴⁴ Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz...*, cit., pp. 187 a 192.

²⁴⁵ Cfr. MAJADA: *Fuero de Plasencia...*, cit., pp. 111, 112 y 116.

²⁴⁶ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 502.

Dentro de este cuerpo legal, en la Partida 5.^a –*de los empréstidos, e de las vendidas, e de las compras, e de los cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean*–; Título XIII –*de los peños que toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que es sea mas guardado o pagado, lo que les prometen de fazer, o de dar*–; Ley 26, se establece para las arras y donaciones otorgadas por el marido difunto que:

*Marido de alguna muger finando, si casasse ella despues con otro, las arras e las donaciones, que el marido finado le ouiesse dado en saluo fincan a sus fijos del primer marido, e deuenlas cobrar, e auer despues de la muerte de su madre: e para ser seguros desto los fijos, fincanles por ende obligados, e empeñados calladamente todos los bienes de la madre...*²⁴⁷

En la Ley 33 –*de la mayoria que ha el Rey en los bienes de su debdor, e la muger por la dote en los bienes de su marido*– de la Partida y Título que acabo de mencionar, y para el caso de dote, se dispone:

*[...] Pero si vn ome ouiesse auido dos mugeres, e fuessen amas muertas, entonce, la dote, que deuiesse a dar a la primera muger, deue ser pagada primeramente a sus fijos, que la deuen auer. E despues a la segunda muger: porque estos debdos son de vna natura...*²⁴⁸

En esta Ley se trata de establecer una prelación entre *debdas de vna natura*. De donde si hay dos o más dotes de matrimonios sucesivos, debe pagarse antes la primera. Esto se reflejará más adelante en el artículo 1.376 de nuestro CC, derogado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: situación que, como luego tendremos oportunidad de exponer, influyó en la regulación del contenido del 1409 CC.

En los Fueros de Usagre²⁴⁹ y Fuentes de la Alcarria²⁵⁰ se hace referencia expresa y amplia a la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio.

Posteriormente, en la Ley 1.^a; del Título I; del Libro V –*de las arras, e del donadio que da el marido a la muger, e de las compras, o ganancias, e particiones, e debdas, e fiadurias, que*

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 561.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 562.

²⁴⁹ Cfr. DE UREÑA y BONILLA: *Fuero de Usagre...*, cit., pp. 28, 30 y 31.

²⁵⁰ Quizá se hiciera mención a la situación que aquí se trata en el folio I, 2.^a columna, i 46 (*Viuda que quiera casar*), pero al no conservarse el texto no pasa de ser una conjetura (cfr. VÁZQUEZ DE PARGA: *Fuero...*, p. 18).

facen–, del Fuero Viejo de Castilla se expondrá para el caso de arras:

*Que todo Fijodalgo puede dar a sua muger en arras el tercio del eredamiento, que a: e si ella ficiere buena vida despues de la muerte del marido, non casando, deve tener estas arras en toda sua vida, placiendo a los erederos; [...] mas quando casare, o quando finire deve tornar a los erederos del muerto...*²⁵¹

Dentro de este último conjunto normativo, también da razón, por lo que a la defensa de los derechos de los hijos se refiere, lo dispuesto en la Ley IX; del Título III –*de las particiones; e de que anchura deven ser las carreras*–; del Libro V, cuando en la misma establece:

*Si un ome, e una muger son casados en uno, e an fijos, o fijas en uno, e muer el uno dellos, e el uno casa otra vez, o mas, e a fijos, o fijas, e viene a tiempo que los fijos o las fijas del primer marido, o de la primera muger, demandan particion al pariente viuo, e dis el pariente viuo, que non a porque gela dar que mas a de treinta años, que es muerto el padre, o la madre, porque demandan particion, por ningund tiempo que aya pasado, non se puede defender quel non dé sua particion a los fijos, o á las fijas del primer marido, o de la primera muger, fueras si podieren mostrar que an levado particion, o que pri-sieron particion; e si esto non podier mostrar el pariente viuo, deven levar los fijos la meitat del mueble, que fallaren, e de quanta eredat an ganado ante, o despues, que murió suo padre, o sua madre de aquel, o de aquellos por quien ellos demandan particion, e non deven dar nada en las debdas, aquellos ficieron despues que murió suo padre, o sua madre, de aquellos, que demandan particion. Mas si es muerto aquel padre o aquella madre, a quien auian a demandar particion, e non gelo querellaron en todos los treinta años, los treinta años pasados ansi como es fuero antes que moriese, non les deven responder a los otros a tal demanda como esta*²⁵²

De la excepción dispuesta al final de este texto –*Mas si es muerto aquel padre o aquella madre, a quien auian a demandar particion, e non gelo querellaron en todos los treinta años, los treinta años pasados ansi como es fuero antes que moriese, non les deven responder a los otros a tal demanda como esta*– se deduce que si falleció el progenitor de quien podía demandarse la partición –no aquel cuya muerte produjo la desaparición de la comunidad ganancial, sino el supérstite que volvió a contraer– no puede demandarse la división de aquella comunidad a los herederos de aquel cónyuge obligado a la división una vez pasados treinta años.

A mi juicio, esta solución es también comprensible, pues los herederos habrían poseído los bienes de la comunidad, en ese caso, durante tiempo suficiente como para usucapir no sólo los bienes del

²⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 96.

²⁵² Cfr. *Ibid.*, p. 99.

difunto, sino también la parte que en tales bienes hubiera correspondido a los herederos del cónyuge premuerto. Esto es, desde el momento en que hay un nuevo titular o titulares de la parte ganancial del cónyuge superviviente, como consecuencia de su sucesión hereditaria, los herederos inician una usucapión de toda la comunidad ganancial que no fue dividida, y los eventuales derechos de los herederos del cónyuge primeramente fallecido prescribirán tras los treinta años en favor de estos herederos del segundo cónyuge.

✓ También se recogerá la protección de los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio en caso de segundas nupcias del progenitor superviviente en los Fueros de Béjar²⁵³, Villaescusa de Haro²⁵⁴ y en el de Ayala, que en su Capítulo LXXIX dispone:

*Si algun hombre que oviere fixos casare con otra muger, o la muger casare con otro hombre e cualquiera de ellos ante que aya partido con sus fixos ficiere alguna ganancia con la parte de los fixos, siquier sea mueble, siquier raiz, el Padastro o la Madastra aya la mitad de las ganancias fuera ende si el Padre o la Madre tobiere los bienes en guarda por escrito*²⁵⁵

Entre los años 1361 a 1398, Jaime de Hospital, en sus *Observancias*, tratará de forma muy amplia las segundas nupcias en el Título IV del libro V²⁵⁶. Serán noventa y cinco las reglas o párrafos dedicados a desarrollar esta cuestión y a resolver los problemas que de la misma se derivan²⁵⁷. De todos ellos, vale la pena destacar —por su claridad y el paralelismo que plantean con lo dispuesto en ordenamientos anteriores y posteriores— los siguientes:

[13] *Si vero superstes antequam dividat cum filiis praemortui contraxerit secundo, habebit postea dividere quidquid lucratus fuerit cum secundo coniuge, eodem tit., cap. ultimo [Fori 5, 4, 2]*

[17] *Mortua uxore si viduus non diviserit cum filiis primae uxoris quando contraxit cum secunda, dabit eis medietatem omnium quae lucratus fuerit cum secunda. [...]*

²⁵³ Cfr. GUTIÉRREZ: *Fuero de Béjar...*, cit., pp. 75 a 77.

²⁵⁴ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., pp. 130 a 136, 138 y 152 a 154.

²⁵⁵ Cfr. DE URIARTE: *El Fuero de Ayala...*, cit., p. 136.

²⁵⁶ Cfr. HOSPITAL: *Observancias*. Introducción y texto crítico por Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ. Editado por la «Caja de Ahorros de la Inmaculada», Zaragoza, 1977, pp. 201 a 211.

²⁵⁷ Por lo que a la estructura de la obra de este autor se refiere, MARTÍNEZ DÍEZ (HOSPITAL: *Observancias...*, cit., p. XXIV), en la introducción a la misma, entiende que los títulos se desarrollan siguiendo el mismo esquema, a saber: en primer lugar «nos ofrece un sumario de los fueros de ese título y de otros fueros relacionados con la misma materia del título; para esta labor de resumen y presentación doctrinal se inspirará y utilizará muchas veces siguiéndola fielmente la *Summa Fororum* del maestro Esteban Gil, que presumimos ser una única persona con el Justicia de Aragón Esteban Gil Tarín (1334)». A seguido de esa parte aparecerán las *Observantiae*; y por último, como tercera parte del título, refiere Jaime de Hospital las llamadas *quaestiones iuris*. En el caso de segundas nupcias que aquí nos ocupa, estas tres partes quedarán reflejadas de la siguiente manera: 1.ª parte, párrafos 1 a 16; 2.ª parte, párrafos 17 a 27; 3.ª parte, párrafos 28 a 95.

[21] *Item maritus qui secundo contraxit primo debet dividere cum sua secunda uxore bona mobilia et postea dividet cum filiis primae uxoris medietatem bonorum quae sibi contingerunt in parte, (...)*²⁵⁸

Por lo que se refiere a estas *Observancias*, y además de los mencionados párrafos, cabe traer a colación algunos de los contenidos entre los números 77 a 95 del mencionado Título IV del Libro V. En estos párrafos se refieren las dudas que se suscitaron con ocasión de la muerte de un ciudadano jurista de Zaragoza (párrafo 77), que había casado en segundas nupcias sin dividir sus gananciales con los hijos del primer matrimonio, y las respuestas que a tales dudas fueron dadas en común acuerdo de los que saben derecho y son expertos en los usos del reino.

La primera cuestión suscitada se recoge dentro del párrafo 78:

[78] *Primo quod si vir contrahat cum prima uxore et habeat filios ex ea, et mortua dicta prima uxore non facta divisone cum filiis primae uxoris contraxerit cum secunda uxore, et habuerit filios ex ea, postmodum decesserit, in divisione bonorum mobilium quis primo debet recipere partem de dictis bonis mobilibus communibus secundae uxori et filiis primae et secundae uxoris, an secunda uxor vel filii primae uxoris vel dicta bona mobilia debeant dividi inter eos*²⁵⁹

Recurriendo a su traducción, se ve que plantea, «en primer lugar, que si el varón contrae con su primera mujer y tiene hijos de ella, y muerta dicha primera mujer, no habiéndose hecho división con los hijos de la primera mujer, hubiera contraído con la segunda mujer y hubiera tenido hijos de ella, y más tarde hubiera fallecido, en la división de los bienes muebles comunes quién es el primero que debe recibir parte de dichos bienes comunes: la segunda mujer y los hijos de la primera y de la segunda mujer, o la segunda mujer y los hijos de la primera mujer, o si dichos bienes muebles han de dividirse entre ellos».

El párrafo 86 responde a esta cuestión de la siguiente manera: «al primer artículo se responde que la segunda mujer debe primero dividir y recibir su parte sobre los muebles con sus mejoras (*adventagiis melioribus*), a no ser que parezca notoriamente que algunos bienes muebles eran de la primera mujer, y en ellos la segunda mujer no debe dividir, sino que deben dividir los hijos de la primera mujer y de la segunda, de modo que los hijos de la primera reciban la mitad por derecho materno y la otra mitad por derecho paterno se divida por cabezas entre los hijos de la primera y la segunda

²⁵⁸ HOSPITAL: *Observancias*..., cit., párrafo 13, p. 202; párrafo 17, p. 203; párrafo 21, p. 203.

²⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 78, p. 209.

mujer, y la mitad de los bienes muebles que tocan –los cuales fueron partidos con la segunda mujer– deben dividirlos todos los hijos entre los que lo fueren de la primera y de la segunda mujer por cabezas. Pero en esta división no entran las armas, caballos y monturas de cabalgar, salvo una mula de cabalgar que debe recibir la mujer como mejora con la mejor silla, ni los libros, porque éstos no vienen a la división con la mujer, y así los hijos de la primera y la segunda mujer deben recibir la parte antedicha y dividirla entre sí de modo que la segunda mujer no tenga sobre estas cosas ningún derecho»²⁶⁰.

Como luego veremos, esta solución –de algún modo– también la adopta Febrero en su tratado.

Más adelante –en las Leyes de Toro del año 1505– también se regularán cuestiones relativas a la protección de los derechos hereditarios de los hijos engarzadas con la sociedad de gananciales. Así, en la Ley XIV se dispondrá lo siguiente:

*Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen segunda ó tercera vez, ó más, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno dellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los tales bienes*²⁶¹

Interpretando el contenido de la misma se podría afirmar que «esta Ley en substancia nos viene á decir que, tanto el marido como la *muger*, hacen suyos en propiedad y usufructo la mitad de los bienes gananciales, sin que sean obligados á reservar cosa alguna para los hijos del matrimonio en que se *adquiriéron* los bienes, pudiendo disponer libremente de ellos, como de los demás suyos propios»²⁶².

De lo dicho en esta Ley no parece deducirse protección alguna para los hijos del primer matrimonio, sino más bien todo lo contrario. Por contraste, la Ley XV de las ya mencionadas Leyes de Toro regulará que:

En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los fijos del primero matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primero marido, ó heredaren de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á

²⁶⁰ *Ibid.*, parágrafo 86, p. 210. En latín en el original; traducción propia.

²⁶¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 722.

²⁶² ÁLVAREZ POSADILLA: *Comentarios á las Leyes de Toro*, Segunda impresión, Viuda de don Joaquín Ibarra, Madrid, MDCCCIV, p. 121. Un comentario más amplio a la presente Ley puede encontrarse en: DE LLAMAS: *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.ª ed., Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1852, pp. 131 a 134.

*reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que passaren á segundo, ó tercero matrimonio*²⁶³

Al igual que en el caso anterior, si recurrimos a un análisis del contenido de esta Ley, podríamos concluir que en la misma se «nos dice que el marido que pasa á segundas bodas está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio lo que hubiese habido de la *muger*, ó de los hijos de ella, en los mismos casos en que la *muger* es obligada á reservarlos lo habido del marido, é hijos; pero no nos dice en qué caso sea la *muger* obligada á reservarlos; aunque supone ser obligada en algunos; con que *dirémos*, conformándonos con la opinión de nuestros Autores *regnícolas*, en qué casos la *muger* es obligada á reservar á los hijos lo que ha habido de sus hermanos ó padres: todos suponen que es penal la *obligacion* de reservar los citados bienes, de modo que siendo dueños de ellos vienen sólo á ser usufructuarios, y ni pueden *enagenarlos* á favor de los hijos del segundo matrimonio, ni á favor de extraños»²⁶⁴.

Asimismo, esta reserva no parece referirse a la parte ganancial en la sociedad o sociedades contraídas a lo largo de la vida del disponente, sino a lo que el viudo hubiere recibido de los bienes del consorte difunto, sobre los que sí hay reserva en favor de los hijos comunes a aquel matrimonio, lo que sí supone una protección de tales hijos —o hermanos, si se heredó de un hijo premuerto—.

Medio siglo después —año 1567—, en el Libro V de la Nueva Recopilación —Ley XII; Título IX (*de las ganancias entre marido y muger*)— se determinará que:

*En los cafos, que cafando fegunda vez la muger es obligada à referuar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo q huuiere del primer marido, en los mismos lo fea el marido cafando fegunda vez, ley iiii. tit. j deste libro*²⁶⁵

La Ley IV; Título I; del Libro V que se menciona al final de la Ley que acabo de transcribir lleva por encabezamiento: *que en los cafos que cafando fegunda vez la muger, es obligada à referuar à los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ouiere del primer marido, afsi el marido cafando fegunda vez*²⁶⁶. Y su contenido será idéntico al recogido en la Ley XV de Toro. Es decir, aquí se trata la misma reserva que se refería en la Ley XV de Toro, reser-

²⁶³ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 722.

²⁶⁴ ÁLVAREZ POSADILLA: *Comentarios...*, cit., pp. 124 y 125. Un comentario más amplio a la presente Ley puede encontrarse en: DE LLAMAS: *Comentario...*, cit., pp. 134 a 141.

²⁶⁵ *Nueva Recopilación. Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro Quinto...*, cit., p. 19.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 2

va que no tiene porqué afectar a la parte ganancial del cónyuge sobreviviente.

En los *Fueros y Observancias de Aragón* de Alonso Luis de Escárate y Ramírez publicados en 1667 se hace mención a la cuestión de las segundas nupcias estableciéndola en los siguientes términos:

Quicúq; mortua prima uxore, vult cótrahere cum secunda, vocatis proximioribus parentibus filiorum primae uxoris ex parte matris, ipsisque praesentibus debet diuidere fideliter omnia bona mobilia, & immobilia quaecúq; habuit cum uxore, quo facto, incóntinéti debet eis ostédere & tradere medietaté omniú rerú divisatu: abstractis tamen inde cóveniéter expensis factis in defunxione uxoris à die qua decessit, usq; ad dié qua fuit sepulta, tame pater debet accipere ante partem, unú lectum paratum de bonis pánis, & duas bestias aptas ad laborandum cú suis apparamentis, si tamen faciunt laborare. Divisio vero debet fieri cú instrumento publico per alphabetum diviso, cum fidantijs, & retribus: & sic diviso facta valeat in perpetuum. Tamen quàdócumque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filiis recipere, si incóntinenti vult tradere eis partem ipsorum aliter compelli non debet, idest si incóntinenti nollet eis tradere. Idem est de matre.

*Quicúq; defuncta Idem uxore prima, & cótracto matrimonio cú secunda, no dividerit cú filiis prime uxoris mobilia, & immobilia, quae cum matre eorum habebat, habebit postea cum eis dividere omnia, que lucratus fuerit cum secunda. Idem intelligitur de uxore, si sepulto viro, cum alio duxerit contrahendum*²⁶⁷.

Esta *Observancia* se refiere a los gananciales y no a una eventual reserva de lo recibido del cónyuge difunto para los hijos de éste: como hacían las Leyes anteriormente mencionadas.

Se aplica el criterio de división con deducción de determinados bienes que puede retener el viudo, y también el principio de participación de los hijos del primer matrimonio en los gananciales del segundo cuando no se hubiera hecho división de la sociedad ganancial del primer matrimonio. Se sigue así lo previsto en las *Observancias de Jaime de Hospital*.

En el decurso histórico de este trabajo ahora habría que tratar la obra de Febrero por la especial importancia que lo dicho en ella tiene a los efectos de lo que aquí se está estudiando: no sólo por su influencia en el futuro artículo 1353 del proyecto de CC de García Goyena que luego veremos, sino también por la que ejerció en la regulación de la reserva en los distintos proyectos decimonónicos²⁶⁸. Es este argumento el que me ha llevado a dedicarle, dentro

²⁶⁷ Cfr. DE ESCÁRATE y OTROS: *Fueros y Observancias de Aragón*. Zaragoza. 1667, p. 123.

²⁶⁸ Cfr. PESET: *Análisis...*, cit., p. 84.

de este trabajo, un epígrafe propio, por eso más que tratarlo aquí he preferido hacerlo un poco más adelante.

En 1805, la Novísima Recopilación –en la Ley VII; Título IV; Libro X²⁶⁹– mantendrá lo dicho en la Ley IV; Título I; Libro V de la Nueva²⁷⁰: *casos en que los padres que pasan á segundo matrimonio, deben reservar á los hijos del primero la propiedad de los bienes del difunto*; y su contenido será idéntico al de la anteriormente mencionada Ley XV de Toro. Como se puede observar, en la Novísima Recopilación, la materia de las segundas nupcias y los posibles efectos que de las mismas se derivan para los hijos del primer matrimonio, no aparece regulada en el Título IX de este Libro X, Título que trata *de las ganancias entre marido, i muger*: esta cuestión empieza a cambiar de sede.

Cambio que, por otro lado, parece bastante lógico, porque –como ya se vio antes al tratar la Ley XV de Toro– lo dispuesto en la Novísima Recopilación se refiere a la reserva, por parte del cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, de lo recibido del cónyuge difunto, y como no parece que ataña a los gananciales debe sacarse de ahí tal disposición.

Lo que en la Novísima Recopilación no se menciona son las situaciones de liquidación simultánea de gananciales a las que de algún modo se venía haciendo mención en algunos textos del derecho histórico. Es decir, en este ordenamiento la única referencia a la protección de los posibles derechos de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su predecesor difunto quedará reflejada en sede de reserva y se supone que en relación con determinados bienes, entre los cuales hay que entender que no se incluirá la parte de gananciales del cónyuge supérstite.

Este traslado se constata también en el proyecto de CC de 1821, en el Libro segundo –*De los derechos y obligaciones segun la diferente condición doméstica de las personas*–; Título I –*De la condición de marido y muger*–; Capítulo IV –*Del segundo matrimonio, y de sus efectos*–; artículos 349 a 356²⁷¹. Como se ve en dicho proyecto, las cuestiones relativas a la defensa de los derechos de los hijos del primer matrimonio ante las segundas nupcias se regulan –al igual que en la Novísima Recopilación– al tratar el matrimonio y no en sede de gananciales por los motivos anteriormente aducidos: no se refleja legalmente la situación de liquidación simultánea.

²⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. II, cit., p. 1721.

²⁷⁰ *Nueva Recopilación. Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro Quinto...*, cit., p. 2.

²⁷¹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo I. Proyecto de Código por la Comisión Cortes (Garely).

En el proyecto de CC de 1836 se mantiene la tendencia iniciada por la Novísima Recopilación; y así, se dará razón de las segundas nupcias y la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio en el Libro primero *–De los derechos correspondientes á las personas. Disposiciones generales–*; Título 8.º *–Del segundo matrimonio y de los bienes que deben reservarse á los hijos del primero–*; Capítulos 1.º *–Del segundo matrimonio–* y 2.º *–De los bienes, que debe reservar el cónyuge que pasa á (de) segundo á ulterior matrimonio para los hijos del anterior–*; artículos 260 a 279²⁷².

Esta situación de defensa de los derechos de los hijos ante las segundas nupcias de su progenitor supérstite de la que vengo hablando también aparece en el proyecto de CC de 1851, influida *–en mi opinión–* no sólo por lo dispuesto en el proyecto de 1821 sino también por los proyectos de CC de Gorosábel de 1832²⁷³, el de 1836²⁷⁴ y el de Fernández de la Hoz de 1843²⁷⁵. Su reflejo en 1851 no se manifiesta en la misma sede que en los proyectos de 1821 ó 1836, sino que se traslada al derecho de sucesiones. Con esto se confirma, como en el futuro CC de 1889 quedará esta-

²⁷² Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 3. Manuscrito del proyecto de Código Civil (1836) formado por D. José Ayuso, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás María Vizmanos, individuos de la Comisión creada al intento por el Gobierno de S. M.

²⁷³ Entiende BARÓ («Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García Goyena» *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. II. Derecho Privado, Ed. Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Santander, 1993, pp. 38 y 39) que «en cuanto a la influencia de este código privado en el proceso de la Codificación de nuestro país, podríamos decir que como tal código, apenas si deja huellas prácticamente perceptibles en ninguno de nuestros códigos o proyectos posteriores (...). No obstante, con un valor meramente doctrinal pudo ser utilizado por los juristas que continuaron la labor emprendida y especialmente por los miembros de las Comisiones constituidas al amparo del Decreto de 1843, de creación de la Comisión General de Codificación. Un ejemplar del mismo fue donado por José María de Antequera a la Biblioteca de la Comisión (en nota 17: de ello nos informa LASSO: *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil [Génesis e historia del Código]*, vol. I, Ed. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, p. 358, en nota 80), lo que debió facilitar su manejo por los redactores de los diversos proyectos, aunque en ninguna de sus actas o trabajosarezca referencia a su utilización, ni tampoco en el libro redactado por el principal autor del proyecto de 1851, las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, en el que se recoge las fuentes utilizadas por los miembros de la Comisión que confeccionó este Código».

²⁷⁴ Con esta afirmación del texto principal vengo a completar la postura de PESET (cfr. *Análisis...*, cit., p. 84). Entiende este autor que GARCÍA GOYENA, en algunas cuestiones, copia del proyecto de 1821 sin mencionarlo. En mi opinión, este hecho se puede trasladar a otros proyectos del Código Civil.

²⁷⁵ Por lo que a este proyecto se refiere, BARÓ («Los proyectos de Código Civil...», cit., p. 51) considera obvio que GARCÍA GOYENA «se sirve de sus citas a pie de artículo para hallar la fundamentación histórica de los artículos del proyecto de 1851, comentados en sus *Concordancias...*, pero fuera de esta utilización parcial, raramente aparece citado en las obras de los coetáneos, y entre quienes conocen el proyecto, la referencia es puramente testimonial sin incidir en sus aspectos sustanciales».

blecido, la inclusión de esta materia en una nueva sede: el derecho de sucesiones, dejando de mencionarse cuando se tratan los gananciales —como hasta 1805 había sucedido— o —desde esa fecha— al tratar el matrimonio, y sin que en el Código se dedique —de manera exclusiva— ningún capítulo o artículo a la cuestión del segundo matrimonio.

En consecuencia, y por lo que se refiere al proyecto de CC de García Goyena, en él se recoge —de forma expresa— la situación de las segundas nupcias y la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio en el artículo 800, cuando afirma: «el viudo o viuda que pasase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a sus hijos o hijas y descendientes legítimos del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, donación, u otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima; pero no su mitad de bienes gananciales». Dicho artículo se incluye en el Libro III —*De los modos de adquirir la propiedad*—; Título III —*Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él*—; Capítulo primero —*De las precauciones que deben tomarse cuando la viuda quede encinta*—; Sección 1.^a —*De los bienes sujetos a reserva*—²⁷⁶.

Es claro que en dicho proyecto de CC no se hace un tratamiento particular de las segundas nupcias, y tampoco se resuelven de forma clara —como en el derecho histórico hemos visto— los problemas que de las mismas se derivan; ahora bien, además de la particular referencia del artículo 800 transcrito en el párrafo anterior, aparece por primera vez la solución legal para los casos de liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona en el artículo 1.353: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó más matrimonios *contraídos* por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas, incluso la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración, y á los bienes propios de cada uno de los *sócios*». En éste, aun cuando no aparecen abiertamente las consecuencias de las segundas nupcias —como luego veremos—, de su estudio llegarán a deducirse.

Además, es cuando menos llamativo que hasta el año 1851 lo relativo a la protección de los derechos de los hijos derivada de las segundas nupcias se hubiese regulado en sede de gananciales o al tratar el matrimonio, y, a partir de esa fecha, al hecho de contraer segundas nupcias y a esa posible protección, se le dedique en el

²⁷⁶ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, T. II, cit., pp. 202 ss.

proyecto de CC, además del mencionado artículo 800 en sede de sucesiones, el artículo 1.353 dentro de los gananciales. Es como si, aun habiendo sacado las normas que protegían los derechos de los hijos del primer matrimonio del lugar que ocupaba al regular el matrimonio o los gananciales, se dejase una mención –enigmática mención– en estos últimos²⁷⁷.

Esto es, García Goyena recupera con el artículo 1.353 lo que se había venido tratando con más o menos profundidad en nuestros textos históricos. En su proyecto de Código le da vida a las dos formas de protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio que históricamente se habían plasmado: la derivada de la reserva nacida de las segundas nupcias del cónyuge supérstite y la fundada en la liquidación simultánea de gananciales de dos o más matrimonios *contraídos* por una misma persona. Retoma la realidad histórico-jurídica al darle cauce legal –expreso (reserva) o tácito (liquidación simultánea)– a la protección de los hijos del primer matrimonio ante las segundas nupcias del cónyuge supérstite. Incluso, si se me apura un poco, el hecho de que aparezcan estas dos situaciones derivará de que quizá dándose la primera –la reserva– no se puede llegar a la segunda²⁷⁸.

Esta realidad de las segundas nupcias se reflejará en la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870. En ella se adoptan algunas medidas para el supuesto de que se pretendan contraer, o se contraigan, segundas nupcias:

«Art. 5.º... no podrán contraer matrimonio:...Cuarto. La viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, ó antes, de su alumbramiento si hubiere quedado encinta...».

«Art. 54. La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras no contrajere segundas nupcias».

«Art. 69. El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar, respecto de los mismos bienes, mientras no contrajeren segundas nupcias»²⁷⁹.

²⁷⁷ Quizá se pueda encontrar el fundamento de esto recurriendo al hecho de que la sociedad de gananciales «surgió bajo la influencia de las costumbres germánicas, como desarrollo del derecho de la mujer á una parte de las adquisiciones hechas durante el matrimonio, de la acción común de los cónyuges en la administración de los bienes de ambos y de la obligación de reservar del sobreviviente cuando había descendencia» (Autor citado por DE HINOJOSA: *La condición civil...*, cit., p. 558). Es decir, entre los distintos motivos que contribuyeron al nacimiento del régimen de gananciales uno de ellos será la obligación de reserva en determinados supuestos.

²⁷⁸ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales: ...*, cit., pp. 251 ss.

²⁷⁹ Cfr. *Colección Legislativa de España*. t. 103, n. 365. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870, pp. 849, 856 y 859, respectivamente. Por lo que a esta Ley

Respecto a lo dispuesto en el artículo 69 de esta Ley de matrimonio civil, quizá en él pueda verse una manera de defender los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio²⁸⁰. De todas formas, del contenido de todos ellos se vislumbra un cierto carácter sancionatorio a la hora de contraer segundas nupcias.

Si nos remontamos a la historia parece deducirse que el hecho de las segundas nupcias del cónyuge superviviente no estaba bien visto y por eso, de algún modo, era punido. A esta conclusión se puede llegar por tres vías:

1.^a Atendiendo a la obligación de liquidar la sociedad de gananciales o en su defecto a permitir participar a los hijos del primer matrimonio en las ganancias del segundo: como ya hemos visto que sucede en el derecho foral navarro.

2.^a Acudiendo al deber, ya mencionado, de reservar determinados bienes que el cónyuge superviviente que contrae segundas nupcias había recibido del difunto²⁸¹.

3.^a Amparándose en el hecho de que la celebración de las segundas nupcias implicaba en algunos casos para el bínubo la pérdida del fuero y el pago de algún tributo.

Por lo que a estos argumentos se refiere, y teniendo en cuenta que para los dos primeros se puede recurrir a lo dicho en este trabajo, cabría centrarse un poco más en el último: la pérdida del fuero y el pago de algún tributo. La afirmación que en él se vierte encuentra su fundamento, entre otras, en las siguientes fuentes de nuestro derecho histórico²⁸²:

El Fuero apócrifo de Melgar de Fernamental del año 950²⁸³; el entregado por Ordoño III al Monasterio de Ardón²⁸⁴; el de Salamanca, dictado entre finales del XI y principios del XII²⁸⁵; el de Ledesma

de Matrimonio Civil se refiere, cfr.: FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho Civil español*. Librería de don Leocadio López, Madrid, 1873, pp. 235 a 360. CASANOVAS: «La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888. Su incidencia en el proceso de codificación civil», *Centenario del Código Civil*, t. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 433 ss.

²⁸⁰ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales*: ..., cit., pp. 235 ss.

²⁸¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 251 ss.

²⁸² Para las fechas de todos los Fueros que a continuación se mencionan, además de los autores citados en las correspondientes notas., se puede confrontar REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*. BARRERO y ALONSO: *Textos...*

²⁸³ [4] *Muger que envibdare fasta un año non pose posadero en su casa a su pesar*. [5] *Et si la vibda se casare ante del año peche dor mr. en huesas al señor* (cfr. MARTÍNEZ DÍEZ: *Fueros locales...*, cit., p. 218).

²⁸⁴ *Disponemos que las mujeres viudas tengan el mismo fuero que tuvo su parentela...*, (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 14).

²⁸⁵ CCXXVIII. *Bilda que se casa antes del anno. La uilda que ante del anno pressier marido, peche dos marauedís, é metanlos en lauor del muro, é pierda la manda quel' fecier su marido* (cfr. SÁNCHEZ RUANO: *Fuero de Salamanca...*, cit., p. 68).

otorgado por Fernando II en el año 1161²⁸⁶; los Fueros de la Novenera –Artajona, Larraga, Mendigorriá y Miranda de Arga– entregados por Sancho el Sabio entre los años 1150 a 1194²⁸⁷; el dado a los moradores de San Tirso y Castrillino por Fernando González el 29 de enero de 1208²⁸⁸; el Fuero de Zamora concedido –por Alfonso IX– en la misma fecha que el anterior²⁸⁹; los Fueros de Muño y Pampliega –Alfonso VIII– del año 1209²⁹⁰; el Fuero de Abelgas, concedido por el obispo legionense Rodrigo Álvarez en enero de 1217²⁹¹; el Fuero que sus señores dieron a Villavicencio el 28 de febrero de 1221²⁹²; el Fuero de Santa Cristina dado por Alfonso IX de León en el 27 de febrero de 1226²⁹³; el Fuero de Algadefe y Santa Marina, acreditado mediante sentencia dada por la reina doña Violante en 1284²⁹⁴; el Fuero de Espinosa de Órbigo dictado en el siglo XIII²⁹⁵. Entre los años 1313 a 1324 cabrá recurrir a los siguientes memoriales de Fueros: el de Quiñones de Órbigo²⁹⁶, el de Bustefrades²⁹⁷, el de Orzónaga²⁹⁸, el de Vegacervera²⁹⁹ y el de La Vid³⁰⁰; en el Fuero de Palen-

²⁸⁶ *De mugier que cafar ante del anno. § 139. Toda mugier que ante del anno prefier marido, peche II morauis, e metanillos enlauror dela puente. E la manda quelle fizier fu marido, pierdala. E fe anno conplir, fea fuehta* (cfr. CASTRO y DE ONÍS: *Fueros leoneses...*, cit., p. 241).

²⁸⁷ Párrafo 13, *De muiller uidua que se case ante del ayngo. Ninguna muiller que sea uidua et que se case antes de un ayngo conplido, deue V sueldos de calonia* (cfr. TILANDER: *Los Fueros...*, cit., p. 45).

²⁸⁸ 7.– *La viuda que casare dé cinco sueldos al señor; si no tuuiera prestrimonio dé una reja con su arado* (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 184).

²⁸⁹ *Ley 34.– Que la vujiuda non case fasta I año.(...). E se se esposar' o se pleitear' o marido tomar', peche C moravedis. E se non hobier' ónde peche elos C moravedis, peche la meatad de cuanto hobiere a los parientes máis propincuos que hobier' el muerto, fuera ende los fijos* (cfr. MAJADA: *Fuero de Zamora...*, cit., p. 29).

²⁹⁰ [5] *Mulier vidua, si fuerit de alcalde aut de milite, permanendo in viduitate, sit sub ipso foro* (cfr. MARTÍNEZ DÍEZ: *Fueros locales...*, cit., p. 182).

²⁹¹ 2.– *La mujer viuda si volviera a casar dará al obispo quince sueldos por nupcias* (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 198).

²⁹² *E la viuda que casar ante de anno dé I mr. al castello* (cfr. MUÑOZ ROMERO: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, t. I. Imprenta de don José María Alonso, editor, Madrid, 1847, p. 181).

²⁹³ *Vidua de Sancta Christina, si cassare voluerit, det Palatio pro ossis meliorem bobem, vel bacam, quos habuerit; si autem, componat se cum seniore* (cfr. Ídem, p. 225).

²⁹⁴ 5.– *Et toda biuda que cassase en Algadeffe dar treynta soldos al abat por huesas* (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 265).

²⁹⁵ 14.– *La viuda que casare, avéngase con el merino hasta el importe de unos zuecos* (cfr. Ídem, p. 272).

²⁹⁶ *E la viuda o otra muger que sea de teta e casar dara al sennor XX soldos de bonna moneda por huesas al sennor* (cfr. Ídem, p. 281).

²⁹⁷ *E la viudq que se casar deve dar X sueldos por çuecos. E la meytad de la martiniaga nuestra* (cfr. Ídem, p. 285).

²⁹⁸ *E la viuda que casar peche diez sueldos por çuecos* (cfr. Ídem, p. 291).

²⁹⁹ *La viuda que casare da diez sueldos por zuecos (...)* *La viuda que quisiere ser barragana de hidalgo pague diez marayedtes. Y si fuere con él fuera de la tierra pague los zuecos y cumpla el fueoque debe* (cfr. Ídem, pp. 292 y 294).

³⁰⁰ *E la biuda que casar ha de dar X sueldos de bonna moneda...* (cfr. Ídem, p. 301).

zuela³⁰¹. Por último, en la Ley IV; del Título IV *–De las ganancias del marido, y de la muger–*; del Libro V, de las Ordenanzas Reales de Castilla, u Ordenamiento de Montalvo, publicadas por primera vez en 1484³⁰², entre otras cosas se regula un sistema de sanción sin necesidad de llegar a las segundas nupcias³⁰³.

Hecho este breve paréntesis para dejar constancia de la carga que históricamente se le vinieron imponiendo a las segundas nupcias, habría que retomar el hilo histórico-legislativo que se venía siguiendo y que nos llevará al año 1889. En relación con las segundas nupcias, y por lo que respecta a nuestro CC, hay que decir que en él tampoco se las trata o menciona de forma individualizada³⁰⁴, y la protección a la que me he venido refiriendo tomará cuerpo en el artículo 968 de ese texto legal–en sede de reserva hereditaria–cuando en el mismo se establezca que «además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales». Por otra parte, en el artículo 1431 CC se mantiene, en términos muy parecidos a los del proyecto de CC de 1851, la regulación de la liquidación simultánea de gananciales de los matrimonios contraídos por una misma persona.

Es decir, por lo que a la protección de los hijos del primer matrimonio se refiere, el CC seguirá las pautas del proyecto de García Goyena. Ahora bien, y al igual que sucedía en ese proyecto, mientras que en la reserva parece clara la protección, no sucede lo mismo con la liquidación simultánea, y, como aquí estamos viendo,

³⁰¹ *Aliqua mulier quæ embibbare non faciat serna fasta cabo de ano,...*, (cfr. MUÑOZ ROMERO: *Colección de Fueros...*, cit., p. 274).

³⁰² Cfr. CERDÁ: *Voz Ordenanzas Reales de Castilla...*, cit., p. 557.

³⁰³ Ley IV. – (...) *Otrosi mandó, y ordenó en las dichas Cortes, que si la muger fincare viva, y seyendo viuda, viviere luxuriosamente, que pierda los bienes que ovo por razon de su meitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido, y por ella, durante el matrimonio entre ellos; y sean vueltos los tales bienes à los herederos de su marido defunto, en cuya compañía fueron ganados.*

³⁰⁴ Como ya hemos visto, en algunos ordenamientos de nuestro derecho histórico había un Título o Capítulo dedicado al tema de las segundas nupcias; esto no vio su reflejo en el Código Civil, y ni siquiera, como en el Code Civil, aparece un encabezamiento relativo a las segundas nupcias. En este texto jurídico, dentro del *Livre Premier –Des personnes–, Titre V –Du mariage–*, se recoge el *Chapitre VIII* que lleva por título: *des seconds mariages*. Ciertamente, el único artículo que en el mismo se contiene –el 228–, no guarda relación con el tema que aquí se trata, sino que más bien está pensando en la paternidad: se aproxima más a lo que nuestro Código regula en el artículo 116.

De todos modos, aunque el Código Civil no lo regula como materia independiente, no faltan artículos que, puede entenderse, mantienen una relación más o menos directa con la cuestión: artículos 168, 195, 492, 968 a 980 y 1409.

será necesario entrar al estudio de la misma para poder concluir que lo que en él se establece tiene por misión resolver algunos de los problemas que de las segundas nupcias se derivan.

Por lo tanto, todas estas menciones históricas y legislativas terminan por dirigirnos a la instituciones que en el Código se conoce como reserva viudal y liquidación simultánea de gananciales. Tanto una como otra parecen tener como misión la protección patrimonial de los hijos del primer o anterior matrimonio cuando el cónyuge supérstite contrae segundas o posteriores nupcias.

IV. LOS ANTECEDENTES MÁS INMEDIATOS DEL CONTENIDO DEL ACTUAL ARTÍCULO 1409 DEL CC

Recurriendo a la argumentación histórica ya vista, habría que decir que, frente a la claridad que en materia de protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio emana de lo dispuesto en sede de reservas, aparece la regulación del ya referido artículo 1353 del proyecto de García Goyena y posterior artículo 1431 (hoy art. 1409) CC. El hecho de que en estos artículos se pretenda la defensa de aquellos derechos será cuestión que habrá de deducirse, ya que no puede extraerse de su redacción. De todas formas, y como ahora se verá, la búsqueda del origen de la literalidad del artículo no hace sino confirmar, de algún modo, los antecedentes históricos que ya he puesto de manifiesto.

1. LA IMPORTANCIA DEL TRATADO DE FEBRERO PARA ENTENDER ESTA MATERIA

Como reiteradamente se ha expuesto, la primera mención legal a la liquidación de dos sociedades de gananciales aparece en el artículo 1353 del proyecto de CC de don Florencio García Goyena. Con anterioridad al mencionado proyecto, Febrero recogió en su obra lo relativo a la división de los gananciales en unos términos —como ahora veremos— que luego darían pie al contenido de ese artículo 1353 y a los que se remite García Goyena: tanto en lo que se conoce como *Febrero Reformado*, como cuando analiza el artículo 1353 de proyecto de CC de 1851 en su obra *Concordancias, motivos y comentarios del CC Español*.

Tratará Febrero esta cuestión dentro de la Segunda Parte de su obra *–Librería de Escribanos–*; en el Libro Primero *–De los juicios de inventario, y particion de bienes del que murió ex testamento, ò abintestato, entre su viuda, y herederos–*; Capítulo IV *–Del modo de dividir entre el conyuge superstite, y herederos del difunto los gananciales adquiridos constante su matrimonio, y mientras está la herencia proindiviso, y las mejoras hechas en los bienes, y vinculados de ambos conyuges; y de qué bienes se han de satisfacer la dote, y donacion propter nuptias, que dieron, ò prometieron à sus hijos–*; en los números o parágrafos 34 al 43 *–Cómo se han de dividir los gananciales entre los hijos de dos, ò mas matrimonios?–*³⁰⁵.

El encuadre de estos últimos parágrafos dentro del mencionado Libro Primero da razón, por un lado, de la realidad de la que venimos hablando desde hace tiempo: que las pautas liquidatorias del actual artículo 1.409 del CC estaban pensadas, desde su inclusión en el proyecto de García Goyena, para la defensa de los derechos patrimoniales de los hijos, en concreto de los derivados de la división de los gananciales de dos o más matrimonios; y, por otra parte, deja constancia de la conexión que con el derecho de sucesiones tiene la materia que en dichos números se trata. Además, si se recurre al resto de los Capítulos que completan ese Libro Primero, podrá observarse que casi todos *–salvo el Capítulo VII que estudia el usufructo–* están orientados hacia cuestiones sucesorias. Así, en el Capítulo I se tratará *del inventario, y tasacion de bienes de difunto: en qué pena incurre el heredero que oculta algunos de la herencia en perjuicio de los acreedores, legatarios, y coherederos: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultación*. En el Capítulo II se dará razón *de la división, y forma de proceder en ella; de los contadores, su oficio, y facultades; y cómo han de dividir las cosas individuales, el censo vitalicio personal, y la finca enfiteutica*. El Capítulo III referirá *las deducciones llamadas comunes ò generales, que ante todas cosas se deben hacer del cuerpo del caudal inventariado*. En el Capítulo V dispondrá *el modo de dividir los frutos de bienes libres, y vinculados que el testador dexa pendientes, ò cogidos, yá sea entre su viuda, y herederos, ò entre otros, y los bienes se hayan llevado al matrimonio, ò adquirido durante él*. Por último, el Capítulo VI recoge *donde se deben baxar las arras, joyas, ali-*

³⁰⁵ Cfr. FEBRERO: *Librería de Escribanos, é instruccion juridica theorico práctica de Principiantes. Parte segunda. Libro Primero*, Oficina de la viuda de Marín, Madrid, 1790, pp. 259 a 264 (Edición facsímil. Consejo General del Notariado, Madrid, 1990).

mentos, luto, y vestido ordinario de la viuda, y el lecho cotidiano de ambos cónyuges.

Rodear lo relativo al modo de dividir los gananciales entre los hijos de dos o más matrimonios de cuestiones directamente relacionadas con el derecho de sucesiones, no hace sino constatar que todo lo relacionado con la liquidación de la sociedad de gananciales siempre ha estado imbuido por el hecho real de la muerte, y que al margen de otras causas –pretéritas y presentes– que han dado y dan lugar a la disolución y consiguiente liquidación de dicho régimen, la primera, principal y más casuísticamente tratada –dejando pocos resquicios a la duda– ha sido aquélla.

La realidad de estas afirmaciones se constata al leer los mencionados párrafos o números 34 a 43 del Tratado de Febrero aquí mencionado. Ya, desde el primer momento, queda claro que las reglas que en estos párrafos se van a establecer están dirigidas a facilitar la división de los gananciales de los hijos de dos o más matrimonios. Es de estos párrafos, y así se constata de la lectura de los mismos, de donde García Goyena abstraigo –quizá– las ideas necesarias para redactar el artículo 1.353 de su proyecto.

En concreto, y por lo que al contenido del mencionado artículo se refiere, hay que destacar en la formación del mismo los párrafos 42 y 43. Es por esto que me parece de interés referirlos en esta sede de manera literal.

En el párrafo 42 se establece:

No acreditandose en suficiente forma en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que éste lucró mientras estuvo viudo, (pues lo que entró en el primero, es suyo privativo, y también lo que adquirió durante su viudedad) se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, sino mejoró à alguno. Y aunque algunos autores dicen que se debe dividir à prorrata de lo que cada matrimonio duró, y esto parece equitativo: no me adhiero á su opinión, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos, ò ningunos, ò haberse consumido los adquiridos en el anterior, como cada dia se experimenta, según los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía, y prosperidades, ò adversidades que hubiesen tenido; por lo que partiendolos con igualdad en dicho caso, se quita todo escrupulo, pues el padre pudo haberlos consumido todos, y hasta que muere, ningun hijo tiene derecho à que le dé su legitima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales, si no mejora à alguno, y no se debe atender al tiempo que duró cada matrimonio, è inferir que adquirió en él los bienes que dexó, sino solámente à cuántos, y à que todos son suyos; pues de lo contrario si v. g. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo sus hijos como los otros; y segun la regla de prorratéo quedarian privados de su legitima, ò perjudicados, y era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada

*uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio, ò estando viudo habia adquirido, la que ninguna ley impone, ni le prohíbe su uso como dueño de todos*³⁰⁶.

El párrafo 43 dispone:

*Pero si habiendose casado el marido, v. g. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripción de bienes por muerte de la muger primera, por lo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios; para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron à cada una de sus madres, ¿se pregunta qué deberá practicar el contador? A la verdad que (como dice Ayora en la quæst. 13. part. 3. num 39) es arduo, aunque no imposible este caso; por lo que es menester ocurrir à pruebas, y en su defecto a prudenciales conjeturas: y así procurará avenir, y concordar à las partes; y si no quisieren, y por escrituras, ò otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará à los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo à sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca à su padre, en la qual todos son interesados igual, è indistintamente, si à ninguno mejoró. Si nada resultare, es menester tener presente, examinar, y considerar qué tiempo estuvo casado con cada muger: qué negocios manejó, y utilidades, ò pérdidas tuvo: qué conducta era la de sus mugeres, pues si alguna era de las que nacen al mundo para ser el catástrofe de caudales, y vidas, como muchísimas de estos tiempos, antes le ayudaría à caer, que à levantar: qué enfermedades, y contratiempos le sobrevinieron respectivamente, ò à sus mugeres, hijos, ò hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial, y prudencial, llamará à los interesados, y se lo manifestará, instruyendoles de todo lo que tuvo presente para hacerlo. Y si sin embargo no se avinieren, lo propondrá al Juez como duda, à fin de que oyendolos en forma, resuelva, y le prescriba regla fixa, que le sirva de norte, y pauta para girar la cuenta; y con arreglo à lo que se declare, procederá, sin mezclarse en hacer oficio de Juez, pues siempre que le ocurra duda, que no pueda disolver, ya sea acerca de los gananciales, ò de algun otro particular, y las partes no se convengan, debe proponersela al efecto expresado, ya haya, ò no menores. Lo que queda explicado en orden à los hijos de dos matrimonios, milita con los de tres, ò mas, ya sea por muerte del padre, ò madre comun, segun los casos ocurran*³⁰⁷.

La fuerza, vitalidad e interés que la obra de Febrero despertó —no sólo en lo que al tema que aquí estamos tratando se refiere— queda constatada en las ediciones posteriores a la misma, y concretamente en la atribuida a García Goyena: *El Febrero Reformado*³⁰⁸. En este Tratado —continuación actualizada del originario— se referirá lo relativo a la división de ganancias entre los hijos de

³⁰⁶ FEBRERO: *Librería de Escribanos*,..., cit., pp. 262 y 263.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 263 y 264.

³⁰⁸ GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*. Corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, 4.^a edición, Reformada y considerablemente aumentada por José Vicente y Caravantes. T. II. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852.

dos o más matrimonios en el Tomo Segundo, Libro II –*De las cosas*–, Título XXXIII –*De la división de las ganancias*–. A su vez, en este Título se incluían las siguientes Secciones: Sección I. *De la división de las ganancias entre el cónyuge y los herederos del difunto*. Sección II. *De la división de los bienes gananciales entre los hijos de dos ó mas matrimonios*. Sección III. *Cómo se han de dividir, cuando por muerte de uno de los cónyuges, poseyó el otro mucho tiempo los bienes de todos, los adquiridos durante la comunión*. A su vez, este Título XXXIII, por su ubicación, venía precedido por los siguiente: Título XXVIII. *Del inventario de los bienes hereditarios*. Título XXIX. *De la tasación de los bienes inventariados*. Título XXX. *De la colación*. Título XXXI. *De la división de la herencia*. Título XXXII. *De las deducciones que se deben hacer del caudal inventariado*. Por otro lado, los Títulos que seguían al XXXIII relativo a la disolución de la sociedad de gananciales, iban encabezados por los siguientes enunciados: Título XXXIV. *De la división de los frutos pendientes á la muerte del testador*. Título XXXV. *Deducción de las arras, joyas, alimentos, luto y vestido ordinario de la viuda y el lecho cotidiano de ambos cónyuges*. Título XXXVI. *De la partición de bienes entre los herederos legítimos ó estraños del que murió testado ó intestado*. Título XXXVII. *De la rescisión y modificación de las particiones*. Como puede verse por la ordenación sistemática de esta obra, tanto las secciones del Título XXXIII como los Títulos antecedentes y consecuentes al mismo tienen relación directa con la materia sucesoria.

El recurso a la estructura de esta obra no tiene otra intención, como ya se vio antes al hacerlo con el Febrero originario, que ver el marco que rodea al artículo 1353 del proyecto de García Goyena en el mismo momento de su redacción. Si es palpable la importancia de la obra de Febrero en lo que a este artículo se refiere, entiendo que la misma sigue siendo innegable cuando sobre el contenido y estructura de aquélla interviene el propio redactor del proyecto en el que –entre otros– se incluye un artículo cuyo texto tiene su origen inmediato en la obra que ha sido reformada.

En el fondo, no será más que otro argumento a favor para considerar que el futuro contenido del artículo 1409 CC está directamente entroncado con la protección de los derechos sucesorios de los hijos del primer matrimonio.

Ahora bien, ese afán de relacionar el contenido de este artículo con el derecho sucesorio se podría dismantelar si se admitiera que la ubicación de ese Título XXXIII, en el lugar en el que se encuentra, es fruto de la defectuosa sistemática de su autor: don José

Febrero³⁰⁹. En mi opinión, y por el desarrollo que a continuación voy a realizar, la localización de ese Título y sus Secciones dentro de esta obra es bastante lógica, y permite entender con más claridad porqué aparece un artículo como el 1353 en el proyecto de CC de 1851, y cuál es la causa de que su contenido se recoja posteriormente en nuestro CC.

La Sección II del referido Título XXXIII del *Febrero Reformado* lleva por encabezamiento: *de la división de los bienes gananciales entre los hijos de dos ó mas matrimonios*. En el párrafo 2.415 de esa sección dispone Febrero lo siguiente:

*«No acreditándose suficientemente en qué matrimonio de los del padre común adquirieron los gananciales, ni los que este lucró mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, sino mejoró alguno; y aunque varios autores, (Escobar, comput. y otros que cita), dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo cual parece equitativo, no es opinión la más seguida, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro, pocos ó ningunos ó haberse consumido los adquiridos en el anterior...»*³¹⁰.

Comentando esta aseveración, García Goyena entiende que «nada hace al propósito que se acredite ó no lo *espuesto* cuando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre común, pues respecto de *este* es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre; y así Febrero padeció una notable equivocación. Escobar, á quien cita, sólo propone el caso de que habla Febrero en el número siguiente; el caso en el que los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, y cuando no consta cuántos se adquirieron en el primero y cuántos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos *á prorata* del tiempo que duró cada uno, y *á* proporción de la dote y demás bienes de cada mujer»³¹¹.

En los párrafos 2.416, 2.417 y 2.418 de la mencionada sección, Febrero analiza cómo se resuelve en determinados supuestos *la división de los bienes gananciales entre los hijos de dos ó mas matrimonios*.

En este sentido, en el párrafo 2.416 afirma:

«Si los bienes habian sido adquiridos todos en el primer matrimonio, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorrateo quedarian privados de su legítima, ó perjudicados, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de

³⁰⁹ Cfr. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces*,..., T. II, cit., p. XIV.

³¹⁰ *Ibid.*, pp. 98 y 99.

³¹¹ *Ibid.*, p. 99.

cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio ó estado viudo habian adquirido: obligacion que ninguna ley le impone; ni le prohíbe su uso, como dueño de todos

Parece vislumbrar este autor como solución más equitativa, para no privar o perjudicar la legítima de los hijos del segundo matrimonio, el recurso a una posible reserva sucesoria, lo cual será «suponer en el padre la *obligacion* de reservarlos para los de cada uno»; ahora bien, eso implicaría –sigue entendiendo este autor– que el padre no podrá «usar libremente de los que en cada matrimonio ó estando viudo *habian* adquirido»; en consecuencia, concluye Febrero, no se puede entender que exista ley que le obligue a la reserva, ni norma que le prohíba el uso de esos bienes ya que es dueño de todos³¹².

Distinta será la situación para el caso en el que se desconozcan qué bienes gananciales componen el caudal de cada uno de los matrimonios, en este supuesto habrá que recurrir a lo dispuesto en los párrafos 2.417 y 2.418, párrafos que, por el interés que presentan en la materia que aquí se trata, procedo a transcribir íntegramente:

En el párrafo 2.417 se establece que:

«Si habiéndose casado el marido dos veces, no formalizó particion ni aun descripción de bienes por muerte de la primera mujer, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres, caso á la verdad que dificilmente puede suceder, es necesario recurrir á pruebas ó en su defecto á conjeturas prudentes; y así el partidor procurará avenir á los interesados, y si no quisieren, y por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará á los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la cual todos son interesados igual é indistintamente, sino mejor ó ninguno»³¹³.

Por lo que se refiere al párrafo 2.418 dispone Febrero lo que sigue:

«Si nada resultare, se ha de tener en consideracion qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y qué utilidades ó pérdidas tuvo, que conducta era la de sus mugeres, pues unas disipan los caudales, y otras los conservan ó aumentan; qué enfermedades y contratiempos le sobrevinieron á él ó á sus mugeres, hijos ó hacienda; y hecho un cómputo imparcial y prudential, llamará á los interesados, para manifestárselo é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerlo»³¹⁴.

³¹² Para los tres entrecomillados anteriores y la última afirmación atribuida a FEBRERO cfr. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces*,..., T. II, cit., p. 99.

³¹³ *Ibid.*, p. 99.

³¹⁴ *Ibid.*

La Sección II que aquí se ha traído a colación se cierra con el párrafo 2.420, en el que se recoge que:

«Lo que se ha espuesto en orden á los hijos de dos matrimonios milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre o de la madre común, según los casos ocurran»³¹⁵.

Leídos los distintos párrafos de la obra de Febrero –ya sea en su versión originaria o en la que se conoce como *Febrero Reformado*–, si su contenido se contrasta con el artículo 1353 del proyecto de CC de 1851, se puede concluir que lo que este último recoge será un resumen del contenido de aquélla; si bien, ya se encargará García Goyena de dejar constancia en este artículo de la cuestión de la proporcionalidad: punto en el que, como ya se ha dicho antes, mantiene su discrepancia con Febrero³¹⁶. Admitida esta salvedad, todo lo demás dicho por Febrero aparece recogido de forma más breve en el mencionado artículo del proyecto de 1851.

2. EL ARTÍCULO 1353 DEL PROYECTO DE GARCÍA GOYENA

Por lo que se refiere al artículo 1353 del proyecto de CC de García Goyena, ya en algunos de los primeros manuscritos que de dicho proyecto se conservan en la Comisión General de Codificación, en la parte del *contrato de matrimonio* –encomendada a Luzuriaga– se recoge el contenido del futuro artículo 1353 en los siguientes términos: artículo 167. «Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales, de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias a falta de inventarios para fijar el fondo de cada uno y en caso de duda se reportarán gananciales del último matrimonio todos los bienes respecto de los cuales no se pruebe que pertenecían al anterior»³¹⁷.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 100.

³¹⁶ Como ya se dijo, GARCÍA GOYENA aprovecha su edición del *Febrero Reformado* para criticar en este punto la postura de FEBRERO. Esta crítica también se pondrá de manifiesto en sus *Concordancias* (T. III, cit., p. 349) cuando afirme que «FEBRERO (...) reconociendo como equitativa la opinión de ESCOBAR y otros autores para que se dividan á prorrata del tiempo que duró cada matrimonio, y en proporción á lo aportado por cada muger, la deshecha por razones de poco peso, pues se reducen á meras posibilidades, que no pueden prevalecer contra el cálculo natural y equitativo, fundado en la duración de cada uno de los matrimonios o sociedades».

³¹⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.ª Manuscrito A1.

Que la aceptación del contenido de este artículo 167, futuro 1353, no fue pacífica se pone de manifiesto en el Acta de la Sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847 cuando en la misma se establece, refiriéndose al transcrito artículo 167, que de lo en él contenido «*dió lugar a discusión su 2.ª parte y variadas sus ideas...*»³¹⁸. Las diferencias de opinión que en dicha acta se refieren no se recogen en la misma ni hay documento conocido en el que aparezcan, de ahí que no pueda decirse mucho más sobre este particular, y de algún modo tenga que limitarme a seguir la trayectoria del artículo con el único soporte del contenido del artículo mismo en los distintos documentos de la época en los que aparece.

De todas formas, cabe hacer mención a una nota marginal al texto del artículo 167 reflejada en uno de los manuscritos en la que, en forma de interrogante, se plantea, de manera no muy legible en alguna de sus partes, la siguiente cuestión: «¿perderá la *muger* ahora sus gananciales?»³¹⁹. Quizá de esta anotación se puede deducir que la redacción que se le había dado al artículo llevaba a plantearse la posibilidad de que con lo dicho en el mismo se estuviese dejando a la mujer —entiendo, por lo que ahora se verá, que del primer matrimonio— sin sus gananciales. No hay que olvidar que la solución establecida para el caso de duda era considerar *gananciales del último matrimonio todos los bienes respecto de los cuales no se pruebe que pertenecían al anterior*. De esta disposición se puede concluir que si quien contrajo nuevas nupcias era el marido, saldrá beneficiada en último término la segunda o ulterior mujer, ya que, salvo prueba en contrario, todos los gananciales lo serán del último matrimonio.

Es decir, la duda sobre a qué sociedad pertenecen los bienes se resuelve a favor del último matrimonio, lo que de algún modo parece sancionar el hecho de no haber realizado en su momento la liquidación de la sociedad de gananciales; pero se perjudica más al cónyuge difunto —en el caso de disolución por muerte³²⁰— que al

³¹⁸ Cfr. Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847, p. 47.

³¹⁹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.ª Manuscrito A1. La literalidad del texto me parece que es como aquí he reflejado salvo en la palabra «ahora» que quizá no es tan segura.

³²⁰ La muerte no es la única causa de disolución del régimen de gananciales. Ahora bien, entiendo (MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales*: ... cit., pp. 189 ss.) que es el único supuesto con el que se puede llegar a una situación de liquidación simultánea. Las causas de disolución aparecen recogidas en el artículo 1339 de este proyecto: «la sociedad de gananciales se acaba por el hecho de disolverse el matrimonio, o de ser declarado nulo. (...) Se acaba también la sociedad en los casos previstos en el artículo 1355» (GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, ..., T. III, cit., p. 341). Artículo 1355: «el marido y la mujer podrán solicitar en juicio la separación de bienes, y deberá decretarse, cuando el cónyuge del demandante hubiese sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil,

supérstite, ya que este último –incluso en el caso de que todos los gananciales del primer matrimonio pasaran al segundo– no dejará de recibir una parte –tal vez menor que si se hubiese liquidado de forma independiente cada sociedad– de los referidos bienes.

Además, la prueba en contrario les correspondería en este caso a los herederos de la difunta con las dificultades que de la misma pueden derivarse. De ahí que lo que en realidad parezca sea que a quienes de verdad se está castigando es a los herederos que no se preocuparon de promover la liquidación de la sociedad.

Da la impresión de que en ese proyectado artículo 167, con la mencionada afirmación, se olvida por completo lo que en su día se dispuso en el artículo 262 del proyecto de Código de 1836 en la que de algún modo se obligaba a realizar la liquidación, lo que traslucía una cierta protección para los hijos: *cuando hayan quedado hijos de un matrimonio anterior, no podrá el consorte sobreviviente contraer otro matrimonio, sin ejecutar antes formal inventario, justiprecio, cuenta y partición de los bienes que á los hijos correspondan por muerte de su padre ó madre, ó por cualquier otro título, como también de los bienes cuya propiedad sea reservable*. Y así, mientras que de la lectura de este último artículo se deriva una protección para los hijos, es decir que por encima del derecho a contraer ésta el derecho de los hijos a recibir lo que les corresponda y por eso se impone la obligación de partir³²¹; si se analiza lo dispuesto en el artículo 167, la conclusión es la opuesta: por encima de los derechos sucesorios de los hijos aparece el derecho a contraer matrimonio y a dejar la anterior sociedad sin liquidar; llegándose a concluir que en el caso de ausencia de liquidación, si por nuevo matrimonio hubiera que realizar una liquidación simultánea, en caso de duda y salvo prueba en contrario los gananciales serán del último matrimonio³²².

o declarado ausente, en conformidad a lo dispuesto en el Capítulo II, Título XI, Libro I, o hubiere dado causa al divorcio. Para que se decrete la separación, bastará presentar la ejecutoria que haya recaído contra el cónyuge culpable o ausente, en cada uno de los tres casos expresados» (*Ibid.*, p. 350).

³²¹ A modo de ejemplo, esta primacía de los derechos de los hijos del primer matrimonio sobre el derecho a contraer segundas nupcias por parte del cónyuge viudo se refleja en nuestros días en los artículos 124 a 127 del CC chileno.

³²² Este peor trato para los hijos y mejor para la segunda mujer también quedó reflejado en la Ley 6.^a, Título IV, Libro 3.^o del Fuero Real: *el home que hobiere fijos de alguna otra muger, si casáre con otra muger, ó si la muger que hobiere fijos de otro marido casare con algun home, é qualquier de ellos ante que haya partido con sus fijos ficiere alguna ganancia con la parte de los fijos, quier sea mueble, quier rafz, el padrastro, ó madastra, hayan la meytad de las ganancias: fueras, ende si el padre, ó la madre, tuviere la buena de aquellos sus fijos en guarda, ó por escripto, asi como manda la ley* (Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, Vol. I, cit., p. 122).

Es decir, la solución dada en este artículo 167 era radicalmente distinta a la que había venido estableciéndose para estos supuestos de segundas o ulteriores nupcias en el derecho histórico navarro, aragonés, castellano y francés.

Por todo esto parece lógico, como ya se ha dicho, que en la mencionada acta de 14 de mayo fuesen *variadas las ideas* de la segunda parte del artículo 167; sustituyéndose la afirmación de que *en caso de duda se reportarán gananciales del último matrimonio todos los bienes respecto de los cuales no se pruebe que pertenecían al anterior*; por otra que parece defender mejor los derechos de todas las partes interesadas: *...en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración y a los bienes propios de cada uno de los socios*. El sentido de esta modificación se ha mantenido hasta nuestros días, y así aparece recogido en el artículo 1409 CC cuando en el mismo se refiere que *en caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades proporcionalmente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges*.

La redacción de dicha acta es la que se mantiene en otros manuscritos que parecen ser de la misma fecha o por lo menos del mismo mes: mayo³²³. En junio de 1847 se aprueban, por la Sección del CC de la Comisión de Códigos, los Títulos de donaciones y del contrato de matrimonio, y le son remitidos al Presidente de la misma con fecha de 22 de junio de 1847³²⁴. Por lo que a la cuestión de la liquidación simultánea se refiere, en lo remitido al Ministerio mantenía todavía el numeral 130 y se incluía en la Sección 7.^a *–De la Liquidación de la sociedad conyugal–*; Capítulo 5.^o *–De la sociedad legal–*; del Título que llevaba por encabezamiento: *del contrato de matrimonio*. Su redacción se mantenía con la modificación anteriormente mencionada: *cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó mas matrimonios contraidos por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración y á los bienes propios de cada uno de los socios*³²⁵.

³²³ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.^a Manuscritos: B1 (art. 134 ó 130); B2 (art. 134); B3 (art. 134); B4 (art. 134).

³²⁴ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.^a Manuscritos: C1 y C2. Aprobado por la sección del código civil. 2.^a revisión.

³²⁵ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 7. Carpeta 4.^a Copia de los títulos de donaciones y del contrato de matrimonio discutidos y aprobados en la Comisión de Códigos y remitidos por el Presidente de la misma el 22 de junio de 1847.

En un Manuscrito posterior que no está fechado³²⁶, junto a la numeración que hasta ahora se ha manejado aparece la que se supone que llevarían los artículos en el proyecto de Código de 1851; y así –por ejemplo– el artículo 130 será el 1402. En este Manuscrito se redacta una nota al margen del mencionado artículo y se tacha una pequeña parte del mismo apareciendo el texto del modo que a continuación se expone: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó mas matrimonios *contraidos* por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias, a falta de inventarios para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades en *proporcion* al tiempo de su duración y a los bienes propios de cada uno de los socios». El texto tachado es sustituido en nota marginal por: «toda clase de pruebas, inclusa la testimonial».

En el año 1849 aparece el anteproyecto de CC, fruto de la primera revisión por la correspondiente Sección de Codificación civil de la Comisión General de Codificación; en su artículo 1402 se establece: «cuando haya de *egecutarse simultaneamente* la *liquidacion* de gananciales de dos ó mas matrimonios *contraídos* por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias, á falta de inventarios para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades en *proporcion* al tiempo de su *duracion* y á los bienes propios de cada uno de los socios»³²⁷. Como puede verse, el contenido de la nota a la que hacíamos mención en el párrafo anterior no ha conseguido desbancar a la redacción originaria.

El proyecto definitivo de 1851, en el tan traído artículo 1353 establecerá lo siguiente: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó más matrimonios *contraidos* por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas, inclusa la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades, en *proporcion* al tiempo de su duración, y á los bienes propios de cada uno de los *sócios*».

En el texto de este artículo terminan por incluirse las modificaciones que se habían venido haciendo desde el año 1847. De todas formas, en ninguna de las referencias que se conservan respecto a su proceso de elaboración se aclara el porqué de la inclusión de este artículo, ni tampoco en ninguna de sus redacciones se hace men-

³²⁶ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.^a. Manuscrito C3.

³²⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 11.

ción a los hijos del primer o anterior matrimonio. Es decir, mientras que en materia de reserva, tanto el proyecto de 1851 como el CC son diáfanos respecto a los derechos de los hijos, en lo relativo a la liquidación simultánea hay una cierta opacidad.

3. DEL PROYECTO DE GARCÍA GOYENA AL CC

En el período que va desde este proyecto de CC de García Goyena hasta el CC, la doctrina mantiene —en materia de liquidación simultánea de dos sociedades de gananciales— los postulados recogidos por Febrero pero con los matices realizados por García Goyena en lo relativo al criterio de la proporcionalidad³²⁸; al mismo tiempo no faltará algún autor que lleve a cabo un desarrollo propio y bastante matizado de cómo ha de efectuarse la liquidación de bienes de la sociedad conyugal cuando debe realizarse *entre el cónyuge viudo ó sus herederos, y los herederos del cónyuge difunto*, o para la situación de *division en caso de segundo matrimonio* o *por disolución del segundo matrimonio*, o, como último supuesto, cuando se trata de una *division en caso de tercero ó más matrimonios*³²⁹.

La próxima cita en la historia legal de este artículo serán los trabajos previos al CC. Aunque no cabrá remontarse al proyecto de 1882, ya que en el mismo sólo se recogieron el Título Preliminar y los Libros I y II —*De la leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación; De las personas y De la división de las cosas y de la propiedad*, respectivamente—³³⁰. Tampoco será posible recurrir al fallido proyecto de Comas, pues, en el mismo, aun cuando refiere la liquidación de la sociedad legal (Libro IV; Título I; Capítulo 2.º; Sección 2.ª; Subsección 1.ª; Parte 2.ª; Párrafo 2.º, V), al no haber prosperado carece de desarrollo articular y por lo tanto tan válido es admitir que habría incluido la situación de liquidación simultánea como no hacerlo³³¹. De todas formas, sí se podrá tener en cuenta lo que el propio Comas refiere, en las discusiones parlamentarias previas a la aprobación del CC, a la hora de tratar las segundas nupcias y los derechos de los hijos del primer matrimo-

³²⁸ Cfr. NAVARRO: *Código Civil de España*, Tomo II. Juan Vidal, Editor, Madrid, 1880, p. 192.

³²⁹ Cfr. DIESTE: *Diccionario del Derecho Civil aragonés*. Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1869, pp. 558 a 560.

³³⁰ Cfr. Diario de Sesiones del Senado. 9 de mayo de 1882. Apéndice sexto al número 95.

³³¹ Cfr. Diario de Sesiones de Cortes. Senado. 2 de marzo de 1885. Apéndice primero al número 75, p. 12 ss. En este punto puede ser de interés para aproximarse más al proyecto de COMAS, la obra de PÉREZ PUJOL: *Proyecto de Código Civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas*. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1885.

nio: «el sistema parafernial, sobre todo, puede tener un gran interés allí donde ha *concluído* un primer matrimonio y empieza uno segundo con hijos del primero, para establecer con absoluta separación el capital de la segunda mujer y no perjudicar la fortuna y la esperanza de los hijos del primer matrimonio»³³².

Por lo tanto, en este período, habrá que esperar a los trabajos previos al proyecto de 1888, llevados a cabo entre los años 1884 a 1887, en los que se tratarán los contenidos de los Libros III y IV³³³. En ellos se hará mención a la situación de liquidación simultánea de los gananciales al tratar el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, y así en el artículo 130 o 1.457 se establecerá lo siguiente: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la *liquidacion* de los bienes gananciales de dos ó mas matrimonios *contraídos* por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad, se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios, y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades proporcionalmente al tiempo de su *duracion* y á los bienes de la propiedad de los respectivos *conyuges* (art. 1353 del proyecto)»³³⁴.

Esta redacción, sin ningún tipo de observaciones por parte de los vocales de la comisión³³⁵, será la que se incluya en el Código en el artículo 1431: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de los bienes gananciales de dos o más matrimonios *contraídos* por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios; y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, proporcionalmente al tiempo de su duración y a los bienes de la propiedad de los respectivos *cónyuges*».

4. LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO, Y LA LIQUIDACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GANANCIALES DE DOS O MÁS MATRIMONIOS CONTRAÍDOS POR LA MISMA PERSONA

La reforma derivada de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régi-

³³² Cfr. REVISTA DE LOS TRIBUNALES: *Discusión parlamentaria...*, cit., p. 227.

³³³ Refiere LASSO (Cfr. *Crónica de la Codificación española. 4...*, Vol. I, cit., p. 563) que algunos comentaristas posteriores entendieron que estos libros eran parte del proyecto de 1882.

³³⁴ Cfr. Legajo 18. Proyecto de Código Civil de 1888 (Ponencias). Carpeta 2.ª Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. 1884-1886. Manuscritos B y C.

³³⁵ Cfr. Legajo 19. Observaciones de los vocales de la Comisión al Código Civil (1888-89). Carpeta 3.ª Observaciones sobre el Libro 4.º del proyecto por los Sres. vocales de la Comisión.

men económico del matrimonio, «se incardina en el movimiento reformista que en materia de regímenes comunitarios de bienes tiene lugar en Europa con el fin de mejorar la condición de la mujer casada (...) se presenta como resultado de un proceso en el que han intervenido por partes iguales, posturas jurisprudenciales, opiniones doctrinales y por qué no, también en ella se gestan figuras de nuevo cuño que terminan incorporándose»³³⁶.

Esta indiscutible afirmación, tuvo poco reflejo en el contenido del artículo que aquí estamos tratando, quizá porque desde su origen —como ya se vio al hacer un análisis particular del mismo en el proyecto de García Goyena— la dicción del mismo se preocupó por evitar la discriminación en el trato de la mujer casada; por eso, no había casi nada que cambiar en su redacción; de ahí que los términos en los que se dispuso para el proyecto de 1851 se hayan mantenido prácticamente inalterados hasta hoy, incluso después de esta reforma.

Como ya se ha anticipado, la redacción de este artículo y su numeración no sufre ningún cambio hasta la reforma derivada de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Con esta Ley varía ligeramente el contenido del artículo y su número deja de ser el 1431 y es sustituido por el 1409.

El desarrollo legislativo de esta Ley se inicia con el proyecto de 14 de septiembre de 1979, en el que al futuro artículo 1409 CC se le da la siguiente redacción: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades, equitativamente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges»³³⁷.

En el período de enmiendas al mencionado proyecto, por lo que a este artículo se refiere se planteó «sustituir la expresión «equitativamente» por «proporcionalmente»», como motivo se argumentó

³³⁶ TORRES GARCÍA: «Diez años de aplicación de la Reforma de los Regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 de mayo)». Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991, pp. 12 y 13. Cfr. también: ídem; «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *RDP*, 1985, p. 724; y el contraste histórico-legal que, de forma resumida, realiza el profesor ARECHEDERRA («Divorcio y reserva de bienes», *ADC*, 1999, pp. 1402 y 1403) al estudiar la economía matrimonial según el Código Civil. Sobre la valoración de esta Reforma a efectos de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, hay quien admite su valía y luego se la niega (cfr. RAMS: *La sociedad...*, cit., pp. 407 y 423 respectivamente).

³³⁷ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. I Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-I, p. 191.

que «la palabra “equitativamente” parece mal empleada en el proyecto, que lo que quiere decir es “proporcionalmente”»³³⁸.

En el informe de la ponencia se da cuenta de la existencia de dicha enmienda y se hace constar que «el artículo 1409 conservaría la redacción del proyecto si, como propone la Ponencia, fuera rechazada la enmienda 340 (Grupo Socialista), única presentada»³³⁹.

En diciembre de 1980, en la publicación del dictamen de la Comisión de Justicia y las enmiendas, se le atribuirá al artículo 1409 del CC la siguiente redacción: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales *proporcionalmente*, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges»³⁴⁰.

Como queda reflejado, la enmienda planteada por el partido socialista fue admitida, de manera que se sentaban las bases para que la proporcionalidad de la que ya hablaba García Goyena en su proyecto no dejará de estar presente en la redacción de este artículo casi siglo y medio después. Trasladado dicho dictamen al Pleno, el contenido del artículo 1409 CC –en votación conjunta con los artículos 1398 a 1434– fue aprobado el 18 de diciembre de 1980 por 218 votos a favor, siete en contra y dos abstenciones³⁴¹.

Con esta redacción será remitido al Senado, junto con todo el texto del proyecto, el 2 de febrero de 1981³⁴². En el informe emitido por la Comisión de Justicia e Interior, los artículos 1398 a 1431 no fueron objeto de enmiendas y la Ponencia propuso que se mantuvieran los textos que figuraban «en el proyecto remitido por el Congreso de los Diputados»³⁴³. A la misma conclusión se llega de

³³⁸ Cfr. Enmiendas al proyecto de Ley sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Enmienda número 340. Primer firmante: Grupo Socialista. Enmienda número 59. 19 de octubre de 1979, p. 323.

³³⁹ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 22 de mayo de 1980, núm. 71-I 3, p. 409.

³⁴⁰ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 1 de diciembre de 1980, núm. 71-II, p. 447. La cursiva es mía.

³⁴¹ Cfr. *Cortes. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria número 140 celebrada el jueves, 18 de diciembre de 1980, p. 9022.

³⁴² Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 2 de febrero de 1981, núm. 154 (a) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), p. 619.

³⁴³ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura, Serie II, Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 24 de marzo de 1981, núm. 154 (d) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), p. 735.

la lectura de los textos emanados del Dictamen emitido por la Comisión de Justicia e Interior³⁴⁴. Lógicamente, con estos antecedentes no habrá enmiendas que publicar al mencionado artículo³⁴⁵. Dado el oportuno traslado al Congreso, con fecha de 13 de mayo se aprueba la Ley 11/1981, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, siendo publicada en el *Boletín Oficial del Estado* con fecha de 19 de mayo de 1981. En ella se recoge el actual artículo 1409 de nuestro CC.

5. LA SITUACIÓN PARALELA EN EL ANTIGUO RÉGIMEN DOTAL Y SU INFLUENCIA EN LA REGULACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GANANCIALES DE DOS O MÁS MATRIMONIOS

Cuando Febrero, en su ya referida obra, analiza *cómo se han de dividir los gananciales entre los hijos de dos, ò mas matrimonios?*, hace mención a la situación de deducción de dos o más dotes. Este supuesto lo tratará de forma más amplia –como el mismo reconoce– en el capítulo 3 de este libro desde el n. 30 al 35³⁴⁶.

Si, como parece, Febrero es de los primeros en mencionar, desde el punto de vista doctrinal, la situación de liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, y el propio autor se remite en ese estudio a la deducción de dos o más dotes³⁴⁷; habrá que concluir que, en este punto, ambas situaciones –dotal y ganancial– están íntimamente relacionadas.

Esa conexión, referida por el mencionado autor, quedó consagrada en el origen del contenido del actual artículo 1409 CC. Cuando –como ya hemos visto– éste no era más que el artículo 167 de uno de los trabajos preparatorios del título del *contrato de matrimonio* del futuro proyecto de CC de 1851, se dejó constancia de que la aprobación de lo que en él se disponía implicaría también la de lo que hasta entonces no era más que el artículo 90 del mismo Título de esos trabajos iniciales. En este último se establecía lo siguiente: «cuando haya de hacerse la restitución de dos dotes á un

³⁴⁴ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura, Serie II, Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 27 de marzo de 1981, núm. 154 (e) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), p. 799.

³⁴⁵ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura, Serie II, Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 8 de abril de 1981, núm. 154 (f) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), pp. 902 y 903.

³⁴⁶ Cfr. FEBRERO: *Librería de Escribanos*, ..., cit., § 34, p. 259. Remisiones al capítulo 3, mencionado en el texto principal, también se hacen en los §§ 38, 40 y 41, pp. 261 y 262.

³⁴⁷ Cfr. FEBRERO: *Librería de Escribanos*, ..., cit., §§ 30 a 35, pp. 198 a 202.

mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia; y si no alcanzare el caudal inventariado para cubrir el resto, se procederá en conformidad á lo determinado en los artículos 106 y siguientes»³⁴⁸.

Esa vinculación entre el artículo 167 y el 90 quedó reflejada en el hecho de que en las propias actas se recoge que se «*reserbo* para este lugar [aceptación del contenido del art. 167] la aprobación del artículo 90 de este título»³⁴⁹. Es decir, la aprobación del futuro artículo 1.303 del proyecto de CC de 1851 dependió de la del 1.353 del mismo. La vida «legal» de ambas situaciones se inicia en el mismo momento, y hoy, después de la reforma de 1981 solo perdura en sede de gananciales.

Históricamente se reconoce que lo que en su día dispuso el artículo 1376 CC en el año 1889 para la restitución de dos o más dotes también lo plasmaba y de manera mucho más clara la Partida 5.^a –*de los empréstitos, e de las vendidas, e de las compras, e de los cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean*–; Título XIII –*de los peños que toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que es sea mas guardado o pagado, lo que les prometen de fazer, o de dar*–; Ley 33 –*de la mayoría que ha el Rey en los bienes de su debdor, e la muger por la dote en los bienes de su marido*– cuando en la misma se establecía que la dote debe restituirse primero a los hijos de la primera mujer y después á la segunda³⁵⁰:

... *Pero si vn ome ouiesse auido dos mugeres, e fuessen amas muertas, entonce, la dote que deuiesse a dar a la primera muger, deue ser pagada primeramente a sus fijos, que la deuen auer, e despues a la segunda muger: porque estos debdos son de vna natura*³⁵¹

³⁴⁸ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.^a, Manuscritos A1, A2 y Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847, p. 47. Los arts. 106 y siguientes se incluyen en: Título. *Del contrato de matrimonio*; Capítulo 4.^o *De la sociedad legal*, Sección 2.^a *Del fondo capitul de la sociedad entre marido y muger*, artículos 103 a 109.

³⁴⁹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.^a Manuscrito A2, en nota marginal. Cfr. también Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847, p. 47.

³⁵⁰ Cfr. ABELLA: *Código Civil*..., cit., p. 401 en nota 4. También consideran que la mencionada Partida es uno de los antecedentes históricos de este artículo, sin matizar si su contenido en más claro u oscuro que lo dispuesto en el Código: DE BOFARULL: *El Código Civil español*..., cit., p. 433, en nota 2; RIMBLAS y MAJADA: *Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 819; FORTUNY: *Régimen de bienes*..., cit., p. 140; MUCIUS: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXI. *Artículos 1315 a 1391*. 2.^o ed., Ed. Reus, Madrid, 1967, p. 799; MANRESA: *Comentarios*..., cit., p. 510; DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1.^o. *Artículos. 1315 a 1391*, Dirigidos por Manuel Albaladejo. 1.^a ed., EDESA, Madrid, 1978, p. 244.

³⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos*..., Vol. I, cit., p. 562.

Esta idea de restituir la dote a los herederos de la mujer que la hubiese entregado, evitando, por tanto, que los bienes dotales de la primera mujer acabasen en el patrimonio de la segunda y de ésta pasasen a sus herederos con el consiguiente perjuicio que para los causahabientes de la primera se originaría, también aparece en las Observancias de Jaime de Hospital:

[90] *Item ad tertium articulum respondetur quod secunda uxor non debet tenere viduitatem in bonis dotalibus primae uxoris nisi aliquibus ex eis fuisset dotata secunda uxor in defectu aliorum bonorum viri, quia tenet [tunc] secunda bona dotalia acquireret filiis secundae uxoris et ipsa teneret ibi viduitatem*³⁵².

Con carácter previo, y como antecedente necesario del sistema dotal de las Partidas, el supuesto se había planteado en el Derecho romano y fue resuelto por Justiniano³⁵³: por un lado, en la Ley 12; Título XVIII; Libro VIII de su Código al establecer que a la hora de restituir las dotes, «... ora si sobrevivieran ambas mujeres, ora si hubiesen fallecido, ora si solamente sobrevive una de ellas, sea en absoluto considerada preferente la primera, o cualquier descendencia suya...»³⁵⁴; y, por otro, en la Novela XCI y en la Constitución XCIII³⁵⁵.

A su vez, y como ya se vio con anterioridad, en el Derecho romano, y dentro del sistema dotal que en el mismo se establecía, pareció primar la posibilidad de contraer segundas nupcias sobre la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio, si bien este trato de favor se fue diluyendo hasta invertirse, garantizándose de forma más clara y rotunda los derechos de los hijos en caso de segundas nupcias de su progenitor supérstite: así quedaba reflejado, como ya vimos, en el Código de Justiniano y en sus Constituciones, y posteriormente lo referirá el Breviario de Alarico de forma más resumida.

En su germen, la restitución de dos o más dotes aparece por primera vez –como situación que merece ser incluida en un Código– en los trabajos previos al proyecto de Código de 1851. Nada se dice –por motivos obvios– en el breve proyecto del año 1821, ni en la regulación de la dote que lleva a cabo el más amplio del año 1836. De todas formas, y como luego se verá, esta situación de restitución

³⁵² HOSPITAL: *Observancias...*, cit., p. 210.

³⁵³ Cfr. RIMBLAS y MAJADA: *Código Civil...*, cit., p. 819.

³⁵⁴ Cfr. GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano. Segunda parte. Código*, t. II. Barcelona. 1895. Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 5.º *Código. Libros 6.º-12.º*), Valladolid, 1988, pp. 337.

³⁵⁵ Ídem: *Cuerpo de Derecho civil romano. Tercera parte. Novelas*. Barcelona. 1898. Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 6.º *Novelas. Constituciones.*), Valladolid, 1988, pp., 329 a 331.

de dos o más dotes ya tenía antecedentes en el derecho histórico. Es decir, en los mencionados trabajos previos del proyecto de 1851 se recogerá esta situación, si bien en alguno de ellos se variará la redacción en alguno de sus puntos.

En los primeros trabajos, allá por mayo de 1847, se establecerá como contenido del artículo 76 el siguiente: «cuando haya de hacerse la restitución de dos o más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir el resto se pagarán por el orden de su respectiva procedencia»³⁵⁶.

En otro trabajo –que puede ser también de mayo de 1847– la expresión que en el anterior aparecía tachada es sustituida por la frase siguiente: «... pagará por el orden de su respectiva procedencia, salvo lo dispuesto en el artículo 63»³⁵⁷. En un último manuscrito de ese mismo mes, esta coletilla final –«salvo lo dispuesto en el art. 63»– no aparece³⁵⁸.

En junio de 1847 se aprueban, por la Sección del CC de la Comisión de Códigos, los Títulos de donaciones y del contrato de matrimonio, y le son remitidos al Presidente de la misma con fecha de 22 de junio de 1847. El artículo 73 de ese Título –anterior art. 76– quedará redactado en los siguientes términos: «cuando haya de hacerse la restitución de dos o más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir el resto se atenderá para su pago á la prioridad de tiempo, salvo lo dispuesto en el artículo 60»³⁵⁹. Como puede observarse el texto que en su día fue tachado ahora ha sido sustituido por una solución que deja más claro, en el caso de insuficiencia de bienes, el criterio temporal para realizar la restitución.

En la primera revisión del anteproyecto del Código realizada por la Sección del CC de la Comisión de Códigos en 1849 se referirá esta situación en el artículo 1345³⁶⁰ y, sin variaciones –salvo los

³⁵⁶ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscritos: B1 y B2.

³⁵⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscrito B3. El mencionado artículo 63 establecía: «en el único caso de haber constituido hipoteca el marido, gozará la *muger* de acción hipotecaria contra sus bienes, lo cual se regulará por las disposiciones del artículo...».

³⁵⁸ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscrito B4.

³⁵⁹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscritos C1 y C2.

³⁶⁰ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscrito C3, Legajo 11. Anteproyecto de Código Civil según quedó en la primera revisión: primera revisión del Código Civil por la sección del mismo.

números de los artículos— se recogerá en el artículo 1303 del definitivo proyecto de CC de 1851 ³⁶¹.

Treinta y siete años después, en las Ponencias del proyecto de CC, en el artículo 78 se dispondrá: «siempre que haya de hacerse la *restitucion* de dos ó mas dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y si no alcanzare el caudal inventariado á cubrir el resto que fuere debido para integrar cada una de las dotes, lo que correspondiese á la primera mujer se pagará primeramente á sus herederos, y *despues* de lo que reste se pagará á la segunda mujer hasta donde alcance, salvo lo dispuesto en el artículo 1292 (1303 del proyecto)» ³⁶².

En un manuscrito posterior, a ese artículo 78 se le atribuye el número 1408 y se tacha la mención al 1292 ³⁶³. Sin ninguna observación ³⁶⁴ —salvo la sustitución de los números de los artículos: el 1408 pasa a ser el 1405 y al 1292 se le atribuye el número 1384— es incluido en el CC dentro del artículo 1376: «cuando haya de hacerse la restitución de dos ó más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y en su defecto, si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir las dos, se atenderá para su pago á la prioridad de tiempo».

Así se mantuvo en nuestro Código hasta que el sistema dotal fue excluido del mismo. Mientras se reguló, la doctrina siguió reconociendo la conexión entre el contenido de este artículo y el de la liquidación simultánea ³⁶⁵, aunque los principios establecidos por el anterior artículo 1431 CC para la liquidación de los gananciales no pudiesen seguirse «con relación a la dote, que siempre representa un tipo de aportación, una suma de cantidad o de valores concretos y determinados, cuyo importe constituiría una deuda para el marido

³⁶¹ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias*,..., T. III, cit., p. 314.

³⁶² Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 18, Proyecto de Código Civil de 1888 (Ponencias), Carpeta 2.ª, Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio (Ponencia del Sr. Albacete), 1884-1886, Manuscrito B.

³⁶³ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 18, Manuscrito C.

³⁶⁴ Cfr. Legajo 19. Observaciones de los Vocales de la Comisión al Código Civil (1888-89), Carpeta 3.ª, Observaciones sobre el Libro 4.º del proyecto por los Sres. vocales de la Comisión. Las observaciones de Cárdenas.

³⁶⁵ Cfr. DE BOFARULL: *El Código Civil español*..., cit., pp. 433 en nota 2 y 448, en nota 3; PEDREIRA: *El Código Civil*..., T. II y III, cit., pp. 935 y 35 respectivamente. MUCIUS: *Código Civil*..., T. XXI..., cit., p. 800; MANRESA: *Comentarios*..., cit., pp. 938 y 939. Como excepción a lo dicho en el texto se puede traer a colación el estudio que sobre el 1.376 realiza DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1.º..., cit., p. 244): este autor no menciona esa posible relación entre el 1.376 y la liquidación simultánea de gananciales.

o sus herederos y un crédito activo para la mujer o los suyos, exigible aun cuando hayan desaparecido los mismos bienes dotales aportados»³⁶⁶.

Establecer una relación entre ambas situaciones –restitución de dotes y liquidación de gananciales– se pudo deber en gran medida a que la finalidad de las dos era la misma: la defensa de los derechos sucesorios de los hijos.

Así mismo, y como ya he reflejado anteriormente, esta situación de restitución de dos o más dotes aparece recogida en las Ponencias del proyecto de CC de 1888, cuando en el artículo 78 se establece que «si no alcanzare el caudal inventariado á cubrir el resto que fuere debido para integrar cada una de las dotes, lo que correspondiese á la primera mujer se pagará primeramente á sus herederos, y *despues* de lo que reste se pagará á la segunda mujer hasta donde alcance...»³⁶⁷.

En la redacción final de la que se dio cuenta en el Código no se refirió esta afirmación de la Ponencia relativa a los herederos, pero el hecho de que en algún momento de la elaboración del artículo la misma hubiese aparecido, pone de manifiesto que el origen del contenido de este artículo guarda gran relación con la defensa de los derechos sucesorios, de quienes los tienen, sobre los bienes dotales de la mujer difunta.

Por lo tanto, si en la redacción de este artículo latía la mención a los herederos, y en su origen –proyecto de CC de 1851– el contenido del mismo se hizo depender de la aprobación del artículo relativo a la liquidación simultánea, creo que es bastante lógico concluir que en la regulación de esta última situación también se tuvo en cuenta –aunque no se reflejase en los trabajos del proyecto o del Código– la realidad sucesoria que enmarcaba toda la situación de liquidación simultánea.

Entiendo que esta misma idea protectora quedó plasmada en uno de los sistemas forales que hasta no hace mucho recogía en su Compilación de Derecho civil, al tratar *las relaciones patrimoniales entre los cónyuges*, el régimen dotal: el Derecho Catalán. Este ordenamiento trataba la restitución de dos dotes en el párrafo 3.º del artículo 36 tanto del texto originario (Ley 40/1960, de 21 de julio), como del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, que lo modificó; quedando más claro el carácter garantista, en beneficio

³⁶⁶ MUCIUS: *Código Civil...*, T. XXI..., cit., pp. 800 y 801.

³⁶⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 18, Proyecto de Código Civil de 1888 (Ponencias), Carpeta 2.ª Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio (Ponencia del Sr. Albacete), 1884-1886, Manuscrito B.

de los derechos patrimoniales de los hijos, al que aquí me vengo refiriendo, en su redacción originaria que en la surgida de la mencionada reforma. La primera, como ahora se leerá, hace mención expresa a los hijos del primer matrimonio cuando diga:

*Si deben restituirse dos dotes con cargo al mismo patrimonio, y éste no alcanzase para pagarlas, tendrá preferencia la más antigua y la de los hijos del primer matrimonio sobre la de la segunda esposa, y así sucesivamente, sin perjuicio, en su caso, de la prelación hipotecaria. Esta preferencia es renunciabile*³⁶⁸.

En la derivada del mencionado Decreto se omite esa referencia a los hijos del primer matrimonio como criterio de preferencia para el orden de restitución, dándosele al contenido del párrafo 3.º el siguiente tenor:

*Si deben restituirse dos dotes, con cargo al mismo patrimonio, y éste no alcanzare para pagarlas, tendrá preferencia la más antigua, sin perjuicio, en su caso, de la prelación hipotecaria. Esta preferencia es renunciabile*³⁶⁹.

Como sucedía con la mención a los herederos en los trabajos del CC, la presencia de los hijos del primer matrimonio en la redacción anterior de este artículo 36 sigue estando latente en la redacción reformada en 1984.

Actualmente, el contenido de este artículo junto con todos los que regulaban el sistema dotal, y otras instituciones dentro de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, ha sido derogado por Ley 9/1998, de 15 de julio³⁷⁰, del Código de familia. De todas formas, aun siendo una derogación «digna de mención», tal y como se afirma en los principios de la Ley recogidos en el Preámbulo de la misma, no extingue la posibilidad de someter las relaciones patrimoniales matrimoniales al sistema dotal, sumisión que se deriva de los mencionados principios al admitir un tratamiento residual de la dote, y otras instituciones, en la disposición transitoria segunda de la Ley: «las dotes... y los demás derechos similares constituidos y, en su caso, que se constituyan, se rigen por las disposiciones que les son de aplicación hasta hoy, contenidas en la compilación del Derecho Civil catalán». En consecuencia, los cónyuges que todavía se encuentren sometidos al régimen dotal y los que en un futuro quieran hacerlo, si llegara a darse el caso de restitución de dos dotes habrán de resolverlo conforme a lo que el derogado artículo 36, párrafo 3.º establecía; de ahí que quepa admitir la pervivencia de lo que en él se dispone.

³⁶⁸ Cfr. RCLA 1960/1034.

³⁶⁹ Cfr. RCLA 1984/2994 ccaa.

³⁷⁰ Cfr. RCLA 1998/2135.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES DERIVADAS DEL ESTUDIO HISTÓRICO REALIZADO

Una vez vistas las normas de derecho histórico y vigente hasta aquí referidas, podría concluirse: por una parte, que la protección de algunos de los derechos sucesorios de los hijos comunes ante nuevo matrimonio de su progenitor supérstite, se forjó dentro del régimen económico del matrimonio; y por otra, que lo que hoy en día conocemos como reserva –y matizando un poco más, reserva viudal– tuvo su origen entre las normas de dicho régimen.

Me atrevo a aventurar que esta realidad se sigue constatando hoy en día en el artículo 968 del CC, cuando en su coletilla final se matiza que no hay obligación de reservar *su mitad de gananciales*. Entiendo que si esta obligación se excluye es porque en los supuesto de reserva ya se ha realizado la liquidación, de manera que ya se sabe cuáles son los bienes gananciales de cada cónyuge y por tanto el supérstite no tendrá obligación de reservar los suyos, pues no los recibió del consorte causante *por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo*, sino que le corresponden por derecho propio y en propiedad fruto del matrimonio.

Además es –cuando menos– curioso –siguiendo con las conclusiones que hasta el momento pueden extraerse– que, con la codificación de nuestro derecho civil, este supuesto de protección –la reserva– salga de la sede del matrimonio o del régimen económico del mismo y pase a incluirse en otro cuerpo de artículos, sin que en el régimen legal de gananciales se vuelva a hacer mención sobre el particular: dando la impresión de que nunca estuvieron relacionados.

Por otro lado, y corroborando un poco más ese carácter sucesorio que parece envolver lo dispuesto en el actual artículo 1409 CC, se podría decir que la literalidad del contenido de este artículo se fraguó dentro de la doctrina –como ya se ha visto en Febrero– al estudiar cuestiones de derecho hereditario. Estas afirmaciones, y los argumentos expuestos hasta el momento, permiten sostener que el contenido del actual artículo 1409 CC y de sus antecedentes –art. 1431 CC y 1353 del proyecto de CC de García Goyena– tienen, desde el punto de vista histórico, un marcado carácter sucesorio y protector de los derechos hereditarios de los hijos. E incluso la aparición en el proyecto de García Goyena del artículo 1.303, en el que se regulaban los supuestos de restitución de dos o más dotes, no hará sino confirmar esa realidad: no se puede olvidar el paralelismo histórico y de contenido que se da entre ambos artículos. Por eso entiendo que, con la inclusión en 1851 del artículo 1353 –y, por

referencia, del art. 1303–, lo que se está poniendo de manifiesto –entre otros– es el interés por no perder la conexión histórica que había existido entre la liquidación del régimen de gananciales y la defensa de los derecho sucesorios de los hijos del primer matrimonio en caso de que el progenitor viudo contrajera nuevo matrimonio.

Esa vinculación entre la liquidación de los gananciales y el derecho de sucesiones se remonta a los orígenes legislativos de dicha sociedad. Como ya se ha puesto de manifiesto, la primera referencia histórico-legislativa que tenemos del régimen de gananciales en nuestro derecho se encuentra en el Código de Alarico, y ya en lo que en él se dispone puede verse la relación que existe entre las ganancias surgidas del matrimonio y el derecho hereditario. Siglo y medio después en el *Liber Iudiciorum* –Libro IV; Título II; Ley XVI– se regulará de forma genérica qué bienes son gananciales, cómo se hace el reparto de los mismo y a quién se le transmiten dichos bienes con la muerte. Posteriormente y ya entrada la Edad Media, en la versión romance del *Liber Iudiciorum* –lo que se conoce como Fuero Juzgo– por la posición sistemática que esta regulación de los gananciales ocupa –Libro IV (*Del linage natural*); Título II (*De los herederos*); Ley XVII (*De lo que gana el marido é la muier, seyendo casados en uno*)– hay que entender que también es una cuestión directamente enlazada con el derecho sucesorio.

Además, y por no repetirme, como hemos podido ver en la exposición histórico-jurídica realizada, esa conexión entre gananciales y derecho de sucesiones se seguirá manteniendo a lo largo de los siglos hasta nuestro CC; y así la proximidad entre la sociedad de gananciales y el derecho de sucesiones quedará reflejada por la doctrina el mismo año en el que se publica el Código. Ésta se encargará de dejar constancia de que en materia de liquidación de la sociedad de gananciales, las normas «que el Código dicta son nuevas en la ley, pero no nuevas en la vida civil. Carecen de precedentes en nuestros cuerpos legales históricos: carecen de precedentes también en la mayor parte de los Códigos modernos, porque ellos han fundado en bases muy distintas el régimen de la familia; pero las tienen en las prácticas usuales de nuestros jurisconsultos. De esas prácticas formó el proyecto de 1851 el articulado, que casi literalmente ha copiado el Código en esta sección.

«(...) esas reglas se practicaban antes en las testamentarías é intestadas: ahora se observarán siempre que haya que proceder á la liquidación de la sociedad de gananciales...»³⁷¹.

³⁷¹ FALCÓN: *Código civil español...*, cit., p. 197.

Asimismo, esa relación entre el derecho de sucesiones y la sociedad de gananciales aparecía en el año 1889, de forma expresa, en el contenido del artículo 1428 CC; en el mismo se afirmaba que *en cuanto a la formación del inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes de la sociedad de gananciales, garantía y afianzamiento de las respectivas dotes y demás que no se halle expresamente determinado por el presente capítulo, se observará lo prescrito en la sección quinta, capítulo 5.º, título 3.º del libro tercero y en la segunda y tercera, capítulo 3.º de este título*. Las remisiones legales que este artículo hacía se correspondían, respectivamente, con las secciones que llevaban por encabezamiento *del beneficio de inventario y del derecho a deliberar; de la administración y usufructo de la dote y de la constitución de la dote*. Es decir, en este artículo había una remisión directa –entre otras– a instituciones del derecho de sucesiones.

Posteriormente, con la Reforma de 13 de mayo de 1981, el artículo 1410 CC pondrá de manifiesto, todavía de forma más clara, la conexión entre la sociedad de gananciales y el derecho de sucesiones³⁷². En dicho artículo se dispondrá que *en todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia*.

Del contraste de este artículo con el 1428, la doctrina ha entendido que «la llamada que hoy establece el artículo 1410 es, (...), más amplia que la que establecía el antiguo 1428, y también más precisa. Lo primero, porque el 1410 se refiere no sólo a «la formación de inventario» y «reglas sobre tasación y venta de bienes de la sociedad de gananciales» (art. 1428 CC anterior), sino también a la «división del caudal» y «adjudicaciones a los partícipes» (art. 1410 CC actual), razón por la que la remisión no se hace sólo a «la sección 5.ª, Capítulo V, Título III del Libro III» (art. 1428 CC antiguo), sino a las normas sobre «la partición y liquidación de la herencia» (art. 1410 CC actual) en general (...)

«De lo dicho hasta ahora, se puede deducir, (...), que la llamada no sólo es a las normas de la partición hereditaria, (...), sino tam-

³⁷² Conexión que se acentúa más si se tiene en cuenta que esa Reforma desaparece el artículo 1395 del Código y por tanto la remisión expresa en sede de gananciales a las normas del contrato de sociedad. Sin embargo con la Reforma se mantiene el recurso a la aplicación analógica de las normas de liquidación y partición de las herencias: esto hace que se incremente el peso del derecho de sucesiones en sede de gananciales (cfr. OLAVARRÍA: «Algunos problemas...», cit., pp. 340 y 341).

bién a las de la formación de inventario y liquidación en sentido estricto, resultando referirse concretamente a la Sección quinta («Del beneficio de inventario y del Derecho a deliberar») del Capítulo V, y Secciones segunda («De la partición»), tercera («De los efectos de la partición»), cuarta («De la rescisión de la partición») y quinta («Del pago de las deudas hereditarias») del Capítulo VI. Y tampoco solamente a las que a dichas materias se dedican en el CC, sino también en la LEC (...), puesto que, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 1428 anterior, la remisión no concreta el cuerpo legal a que han de pertenecer las normas a que se refiere, exigiendo solamente que regulen la liquidación y partición de las herencias»³⁷³.

De todas formas, no se trata de entrar aquí en un análisis del artículo 1410 CC, si se trae a colación es con la única intención de darle más peso al argumento que se viene defendiendo, en virtud del cual el contenido del actual artículo 1409 CC tuvo, desde el primer momento en que quedó reflejado legalmente —ya fuese en un proyecto o en un Código—, una relación indudable con el derecho de sucesiones: éste —buscando la defensa de los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio— dejó su impronta en el contenido de aquél

A su vez, esa influencia del derecho de sucesiones no sólo se deduce de lo dispuesto en el artículo 1410 CC, sino que a partir del artículo 1396 de dicho texto legal se ve el carácter supletorio de las reglas de liquidación y partición de herencias: «en particular, en cuanto al régimen de las deudas de la sociedad de gananciales (arts. 1401 y 1402), facultades de los partícipes en relación con la gestión y para exigir la liquidación y partición (art. 1396) y régimen de partición del remanente (arts. 1396 y 1404)», además, «no sólo tienen aplicación las reglas del CC sino también las correspondientes (...) de la Ley de Enjuiciamiento Civil»³⁷⁴, reglas que se correspondían con los artículos 1036 y siguientes de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y que ahora se entenderán recogidas en los artículos 782 a 805 de la nueva Ley procesal.

³⁷³ MARTÍN MELÉNDEZ: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 11 y 12. En opinión del Profesor Díez-PICAZO, y respecto a la formación de inventario que en el art. 1410 se refiere, ésta «resulta innecesaria y además es fuente de confusiones. El inventario tiene una regulación sustantiva, la de los arts. 1397-1398; una regulación en materia de forma en el art. 1401 y otra relativa a las consecuencias de la falta de inventario» (*Comentarios...*, cit., p. 1.807).

³⁷⁴ Para los dos últimos entrecomillados: PEÑA: *Comentario al Código Civil. Art. 1410*, T. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 807.

Incluso actualmente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun cuando se regula un procedimiento propio para la liquidación de los gananciales –Libro Cuarto (*De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*); Título II (*De la división judicial de patrimonios*); Capítulo II (*Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*); artículos 806 a 811–, se establece en su artículo 806 que *la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables*. Para determinar que normas civiles son aplicables, y sin entrar en más disquisiciones, habrá que recurrir a la remisión del artículo 1410 CC. Es decir, se podría afirmar que no se ha perdido la conexión entre el régimen de gananciales –en concreto la liquidación del régimen– y el derecho de sucesiones³⁷⁵. Hasta tal punto que, aunque no existiera esta remisión expresa, fruto de la similitud que se da entre la comunidad hereditaria y la comunidad postganancial estas normas serían igualmente aplicables³⁷⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA Y FUERTES, Joaquín: *Código Civil*, 3.ª edición, Ed. Viuda e hijos de la Riva, Madrid, 1890.
- ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 8.ª ed. José María Bosch editor, Barcelona, 1997.
- ALONSO MARTÍNEZ, Manuel: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales, Tomo Segundo*, Establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1885.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso de derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988.
- ÁLVAREZ LÓPEZ, José Luis: *Anotaciones a la Historia del Derecho Germánico de Brunner*, Ed. Labor, Barcelona, 1936.
- ÁLVAREZ POSADILLA, Juan: *Comentarios á las Leyes de Toro*, 2.ª impresión, Viuda de don Joaquín Ibarra, Madrid, 1804.

³⁷⁵ Esta inseparable unión ha quedado reflejada también en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr.: SSTS de 11 de junio de 1983, FFD. 2.º, 3.º y 4.º (RJA. 1983/3518); 20 de junio de 1987, FD. 2.º (RJA 1987/4539); 24 de julio de 1990, FFD 2.º y 3.º (RJA 1990/6178); 7 de noviembre de 1990, FFD 3.º y 4.º (RJA 1990/8532); 26 de enero de 1993, FD 3.º (RJA. 1993/365); 14 de junio de 1993, FFD 4.º, 5.º y 6.º (RJA 1993/4832); 20 de noviembre de 1993, FD 5.º (RJA. 1993/9175); 8 de marzo de 1995, FD 2.º (RJA 1995/2158); 8 de julio de 1995, FD 6.º (RJA. 1995/5552); 16 de diciembre de 1995, FD 4.º (RJA 1995/9144); 16 de mayo de 1997, FD 2.º (RJA 1997/3850); 17 de septiembre de 1997, FD. 2.º (RJA 1997/6616); 16 de febrero de 1998, FD 5.º (RJA 1998/868).

³⁷⁶ Cfr. MARTÍN MELÉNDEZ: *La liquidación...*, cit., p. 11.

- ANTEQUERA, José María: *Historia de la Legislación española*, 2.ª edición, Imprenta de Ángel Pérez Dubrull, Madrid, 1884.
- ARGENTE Y DEL CASTILLO, Baldomero, y RETORTILLO Y TORNOS, Alfonso: *El derecho vigente en España*, 4.ª edición, Imprenta de Fortanet, Madrid, 1907.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «El nuevo matrimonio del divorciado y las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1999, núm. 27.
- «Divorcio y reserva de bienes», *ADC*, 1999.
- AVILÉS ZAPATER, Mariano: *Los cónyuges en sus relaciones patrimoniales*, Tipografía Noticiero Granadino, Granada, 1907.
- BARÓ PAZOS, Juan: «Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García Goyena», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, T. II, Derecho Privado, Ed. Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Santander, 1993.
- BARRERO GARCÍA, Ana M.ª, y ALONSO MARTÍN, M.ª Luz: *(Textos de derecho local español en la Edad Media, Catálogo de Fueros y costums municipales)*, CSIC, Madrid, 1989.
- BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: «Actas de las Jornadas de derecho aragonés. Ponencia sobre “Régimen matrimonial de bienes”», *ADA*, 1968-69.
- BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993.
- BENEYTO PÉREZ, Juan: *Instituciones de derecho histórico español. Ensayos*. Vol. I. Capacidad. Familia. Derechos reales, Primera edición, Librería Bosch, Barcelona, 1930.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria», *AAMN*, t. XIX, 1976.
- BONEL: *Código civil español*, t. IV. Libro IV., A. López Robert, Impresor, Barcelona, 1891.
- BRAVO: *Código civil Anotado y comentado*, T. I, Establecimiento tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1888.
- BRUNNER, Heinrich: *Historia del Derecho Germánico*, 8.ª ed. alemana, traducida y anotada por José Luis Álvarez López, Ed. Labor, Barcelona, 1936.
- BURÓN GARCÍA, Gregorio: *Derecho civil español*, t. I, Imprenta Andrés Martín, Valladolid, 1989.
- CALVO Y CAMINA, Pedro: *Legislación, jurisprudencia y bibliografía sobre el Código civil*, Ed. Reus, Madrid, 1928.
- CAÑERO ARRESE, Ana: *Derechos Civiles de España*. Vol. VII, Canarias, Navarra, Ed. Aranzadi, 1.ª ed., Navarra, 2000.
- CÁRDENAS, Francisco: *Estudios Jurídicos*, tomos 1.º y 2.º, establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1884.
- CASANOVAS MUSSONS, Anna: «La cuestión del matrimonio civil en el periodo 1869-1888. Su incidencia en el proceso de codificación civil», *Centenario del Código Civil*, T. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, común y foral*, t. 5.º, *Derecho de familia*, Vol.1.º, *Relaciones conyugales*, 12.ª ed., Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Ed. Reus, Madrid, 1994.
- CEJADOR Y FRAUCA, Julio: *Vocabulario Medieval Castellano*, Georg Olms Verlag, Hildesheim, New York, 1971.
- CERDÁ RUIZ-FUNES: Voz «Fuero Juzgo». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona. 1976.

- Voz «Fuero Viejo de Castilla», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976.
- Voz «Leyes de Estilo», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XV, Barcelona, 1981.
- Voz «Ordenanzas Reales de Castilla», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVIII, Barcelona, 1986.
- COMÍN, Bienvenido: *El cristianismo y la ciencia del derecho en sus relaciones con la civilización*, Librería de D. Miguel Olamendi, Madrid, 1857.
- DE BOFARULL, Manuel: *El Código Civil español según la edición oficial, anotado y concordado*, 2.ª edición, Imprenta de Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1888.
- DE BUEN, Demófilo: *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, t. 6.º, «De los regímenes matrimoniales», de Ambrosio Colin y Henri Capitant, Ed. Reus, Madrid, 1926.
- *Derecho civil español común*, vol. II, 2.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1931.
- DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *La sociedad de gananciales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963.
- *Instituciones de Derecho civil*, t. II, «Derechos reales y derecho hipotecario. Derecho de familia y derecho de sucesiones», Ed. Cívitas, Madrid, 1988.
- DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo: «Historia General del Derecho español», t. I, Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1887.
- «La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno» (leído en la junta pública de 26 de mayo de 1907), *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Marzo 1905-mayo 1910*, t. VIII, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912.
- DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo, y FERNÁNDEZ GUERRA, Aureliano: *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la monarquía visigoda*, El Progreso editorial, Madrid, 1890.
- DE LAS CASAS, José Gonzalo: *Aplicación práctica del Código Civil español*, Oficinas de la Gaceta del Notariado, Madrid, 1889.
- DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho: *Comentario crítico-jurídico-literar a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.ª edición, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1852.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1.º, artículos 1.315 a 1.391, Dirigidos por Manuel Albaladejo, 1.ª ed., EDESA, Madrid, 1978.
- *La reforma del derecho de familia en España, hoy*, vol. I, Departamento de Derecho civil, Universidad de Valladolid, 1981.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º, artículos 1344 a 1410, Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, 2.ª ed., EDESA, Madrid, 1999.
- DEL VISO, Salvador: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, t. I, Del derecho de las personas con relación á su estado, Quinta Ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, editor, Valencia, 1885.
- *Lecciones elementales de Derecho Civil*, t. I, Del derecho de las personas con relación á su estado, Sexta Ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, editor, Valencia, 1889.
- D'ORS, Álvaro: *El Digesto de Justiniano*, t. I, Constituciones preliminares y Libros 1-19, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.
- *Derecho Privado romano*, 9.ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997.

- DE PABLO CONTRERAS Y OTROS: *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia*, Pamplona, 1988.
- DE SOLANO Y POLANCO, José: *Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaya*, Imprenta y Encuadernación de la Casa de Misericordia, Bilbao, 1918.
- DIESTE Y JIMÉNEZ, Manuel: *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1869.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- DOMINGO DE MORATO, Domingo Ramón: *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. I, 2.ª ed., Imprenta de Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1877.
- DURÁN Y BAS, Manuel: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Imprenta de la Casa de Caridad, Barcelona, 1883.
- ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, 2.ª ed, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984.
- ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1876.
- FALCÓN, Modesto: *La Codificación civil. Breves indicaciones sobre la misma*, Revista de los Tribunales, F. Góngora y compañía, editores, Madrid, 1880.
— *Código Civil español*, T. 4.º, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1889.
- FARRÉ ALEMÁN, Josep M.ª: *Código Civil comentado y concordado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- FEBRERO, José: *Librería de Escribanos, é instruccion juridica theorico práctica de Principiantes. Parte segunda. Libro Primero*, Oficina de la viuda de Marín, Madrid, 1790 (Edición facsímil. Consejo General del Notariado, Madrid, 1990).
- FERNÁNDEZ DE LA HOZ, José María: *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*, Imprenta y Fundación de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1843.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente: *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho Civil español*, Librería de don Leocadio López, Madrid, 1873.
- FONT RIUS: «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico», *AAMN*, t. VIII, 1954.
— Voz «Código de las Siete Partidas», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, Barcelona, 1981.
- FORTUNY COMAPOSADA, Francisco: *Régimen de bienes en el matrimonio*, GERSA, Barcelona, 1962.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, tt. II, III y IV.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, y AGUIRRE, Joaquín: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, 4.ª edición, Reformada y considerablemente aumentada por José Vicente y Caravantes, t. II, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXVI, Vol. 2.º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra. Edersa.

- GARCÍA LÓPEZ, Yolanda: *Estudios críticos de la «Lex Wisigothorum»*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1996.
- GARCÍA URBANO: *Comentario al Código Civil. Art. 1409*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. 2.º, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, t. I, 11.ª ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1874.
- GOROSÁBEL, Pablo: *Redaccion del Codigo Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nacion: escrita bajo el metodo de los codigos modernos*, Imprenta de la Viuda de la Lama, Toluca, 1832.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos ó Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. 7.º, Librería de Sánchez, Madrid, 1874, p. 284 (Reimpresión ed. Lex Nova, Valladolid, 1988).
- HERRERO, Sabino: *El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Imprenta de los hijos de Rodríguez, Valladolid, 1872.
- JAÉN, Vicente: *Derecho civil. Apuntes y notas de derecho filosófico, histórico y positivo, especialmente español común y foral*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.
- JORDÁN DE ASSO, Ignacio, y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Imprenta de Francisco Xavier García, Madrid, 1771.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», *ADA*, 1946.
- «Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra», *Revista Príncipe de Viana*, 1966.
- «El derecho de familia en la nueva Compilación Aragonesa», *ADC*, 1967.
- *Nota preliminar a la reimpresión de la edición de Madrid de 1852 de las Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* realizada por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.
- *La reforma del derecho de familia del Código Civil español*, Fascículo I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979.
- *Elementos de Derecho Civil, IV*, «Derecho de Familia», Reimpresión actualizada, Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- *Elementos de Derecho Civil, IV*, «Derecho de Familia», vol 1.º, 3.ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- LAMBERTINI, Renzo: *La Codificazione di Alarico II*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española*, 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código), Vols. I y II, Ed. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.
- LEHR, Ernesto: *Tratado de Derecho Civil germánico o alemán*, traducido libremente y adicionado en la parte española por Domingo Alcalde Prieto, Madrid, Librería de Leocadio López, Madrid, 1878.
- LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, y MELÓN INFANTE, Carlos: *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

- LORENTE SANZ: «Actas de las Jornadas de Derecho aragonés. Ponencia sobre “Comunidad conyugal: disolución, la comunidad conyugal continuada”», ADA, 1968-1969.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1989.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 6.ª ed., revisada por Miguel Moreno Mocholi, Ed. Reus, Madrid, 1969.
- MARICHALAR, Amalio, y MANRIQUE, Cayetano: *Recitaciones del Derecho Civil de España*, t. I, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1915.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: *El Nuevo Derecho de Familia*, t. II (*Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales*). *Teoría, norma y práctica. Análisis de la Ley de 13 de mayo de 1981*, Ed. Gráficas Espejo, Madrid, 1981. — *Comentarios del Código civil*, t. 7, arts. 1315 al 1789, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- MATEO SANZ, Jacobo B.: *La liquidación simultánea de los gananciales*, Ed. Dykinson y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Madrid, 2001.
- MELÓN INFANTE, Carlos: «Organización económica de la sociedad conyugal», *La familia. Cursos de conferencias para preuniversitarios*, Imprenta J. V. H, Madrid, 1959.
- MINGUIJÓN, Salvador: *Historia del Derecho Español. Cuaderno Sexto. Bienes conyugales: patria potestad: tutela y curatela*, 2.ª ed., Tipográfica «La Editorial», Zaragoza, 1923.
- *Voz «Espécúlo»*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VIII, Barcelona, 1956.
- «Fuero Real», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXI, Artículos 1315 a 1391, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1967.
- *Código Civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXII, Artículos 1392 a 1444, Revisado por José María Reyes Monterreal, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1967.
- NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España*, t. I y II, Juan Vidal, editor, Madrid, 1880.
- OLAVARRÍA TÉLLEZ, Ángel: «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales», *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1989.
- ORTIZ LALLANA, M.ª del Carmen: «La sociedad de gananciales en la Ley 11/1981 de 13 de mayo, y en la Compilación foral aragonesa», *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núms. 19-39, 1983.
- OSABA GARCÍA, Esperanza: *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. primero, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847.
- PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957.

- PEDREIRA CASTRO, José Manuel: *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, tt. II y III, «Masava, S. L.», Madrid, sin fecha.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- *Comentario al Código Civil*, Art. 1410, t. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- PÉREZ PUJOL, Eduardo: *Proyecto de Código Civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas*, establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1885.
- PESET REIG, Mariano: «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», *RCDI*, 1972.
- «Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821», *ADC*, 1975.
- PRIETO BANCES, Ramón: «Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales», *AAMN*, t. IX, 1957.
- RAMS ALBESA, Joaquín: *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- en LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, 4.ª ed., J. M. Bosch, editor, Barcelona, 1997.
- REVISTA DE LOS TRIBUNALES: *Discusión parlamentaria del Código Civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889*, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1891.
- REYES MONTERREAL, José María: *El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid, 1962.
- RIMBLAS, José, y MAJADA, Arturo: *Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.
- ROMERO GIRÓN, Vicente, y GARCÍA MORENO, Alejo: *Texto y comentarios al CC español*, Imprenta de Enrique Maroto, Madrid, 1889.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho de familia*, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949.
- SALA, Juan: *Ilustración del Derecho Real de España*, t. I, Imprenta de José de Orga, Valencia, 1803.
- SÁNCHEZ, Galo: *Libro de los Fueros de Castiella*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1924.
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: *El Derecho Civil español en forma de Código*, 2.ª ed., Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1873.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, t. V., vol. 1.º, *Derecho de Familia*, Madrid, Estudio tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1912.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «La viudedad en la Compilación del Derecho civil de Aragón», *ADC*, 1967.
- SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al Código Civil*, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- SANTOS BRIZ: *Derecho Civil. Teoría y práctica. T. V. Derecho de Familia*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- SCHWERIN, Claudio (Barón de): «Sobre las relaciones entre las fórmulas visigóticas y las andecavenses», *AHD*, 1932.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: *La liquidación de la sociedad de gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley, Madrid, 1997.
- TORRES GARCÍA, Teodora F.: «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *RDP*, 1985.

- *Diez años de aplicación de la Reforma de los Regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R.: *Derecho de Familia*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV. *Parte especial, Derecho de familia*, 4.^a ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938.
- V. A. M.: *Jurisprudencia referente al Código Civil y seguida de cuatro índices para su más fácil consulta*, t. 1 al 18, Imprenta de Ricardo de Rojas, Madrid, 1894 a 1911.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- WESTERMARCK: *Historia del Matrimonio*, Laertes, de Ediciones, Barcelona, 1984.
- YANGUAS Y MIRANDA, José: *Diccionario de los Fueros y de las Leyes de Navarra*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1828.

FUENTES

- ALARICO II: *Código. Fragmentos de la «Ley Romana» de los visigodos conservados en un Codice palimpsesto de la catedral de León*, Fundación Sánchez-Albornoz, León, 1991.
- ALGORA HERNANDO, Jesús Ignacio, y ARRANZ SACRISTÁN, Felicísimo: *Fuero de Calatayud*, Talleres Gráficos «La Editorial», Zaragoza, s. f.
- BERNAL MARTÍN, Salvador: *Usos y Fueros de Segovia*, Publicaciones de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, Segovia, 1974.
- CASAL, Federico: *El Fuero de Córdoba concedido a la ciudad de Cartagena*, Athenas ediciones, Cartagena, 1971.
- CASTAÑÉ LLINÁS, José: *El Fuero de Teruel*, edición crítica con introducción y traducción, Imprenta PERRUCA, Teruel, 1991.
- CASTRO, Américo, y ONÍS, Federico de: *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, I, textos, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1916.
- CATALINA GARCÍA, Juan: *El Fuero de Brihuega. Publícalo precedido de algunos apuntamientos históricos acerca de dicha villa*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1887.
- COLECCIÓN LEGISLATIVA DE ESPAÑA, t. 103, núm. 365, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: Sección de Codificación civil, Legajos: 1, 3, 7, 9, 11, 18, 19 y 47, Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847.
- COMISIÓN PROVINCIAL DE MONUMENTOS: *Fuero de Benidorm*, Talleres de Sucesor de Such, Alicante, 1956.
- CONRAT, Max: *Breviarium Alaricianum. Römisches Rechts im Fränkischen Reich in Systematischer Darstellung*, Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1903, Scientia Verlag Aalen, 1963.

- *Copilación de leyes del reino, de Alfonso Díaz de Montalvo*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1986.
- De ELIZONDO, Joaquín: *Novissima Recopilacion de las Leyes del Reino de Navarra*, vol. 3.º, reimpresión, Ed. Aranzadi, Pamplona 1964.
- De ESCÁRATE Y RAMÍREZ, Alonso Luis, y otros: *Fueros y Observancias de Aragón*, Zaragoza, 1667.
- De UREÑA Y SMENJAUD, Rafael, y BONILLA Y SAN MARTIN, Adolfo: *Fuero de Usagre*, Hijos de Reus editores, Madrid, 1907.
- De UREÑA Y SMENJAUD, Rafael: *El Fuero de Zorita de los Canes según el Código 247 de la Biblioteca Nacional (siglos XIII al XIV)*, Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1911.
- *Fuero de Cuenca, (formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf)*, edición crítica con introducción, notas y apéndice, Tipografía de Archivos, Madrid, 1935.
- De URIARTE LEBARIO, Luis María: *El Fuero de Ayala*, Ed. Diputación Foral de Álava, Álava, 1974.
- DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA: *Cuadernos de las Cortes del Reino de Navarra. Cuadernos de las Leyes y Agravios reparados*, III*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964.
- EL ORIENTE DE ASTURIAS: «El Fuero de Llanes», *Temas Llanes* núm. 44, Llanes, 1989.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo de Derecho civil romano*, segunda parte, Código, t. I, Barcelona, 1892, reimpresión, Ed. Lex Nova (t. 4.º, Código, Libros 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º), Valladolid, 1988.
- *Cuerpo de Derecho civil romano*, segunda parte, Código, t. II, Barcelona, 1895, reimpresión, Ed. Lex Nova (t. 5.º, Código, Libros 6.º-12.º), Valladolid, 1988.
- *Cuerpo de Derecho civil romano*, tercera parte, novelas, Barcelona, 1898, reimpresión, Ed. Lex Nova (t. 6.º, Novelas, Constituciones), Valladolid, 1988.
- GARCÍA GALÁN, Antonio: «El llamado Fuero de Baylío en el territorio de Olivenza», *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz* de 24 de julio de 1976, en *Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil*, legajo 47, II.
- GARGALLO MOYA, Antonio: *Edición e índices de los Fueros de Aragón [según el ms. del Archivo Municipal de Miravete de la Sierra (Teruel)]*, Zaragoza, 1992.
- GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan: *Fuero de Béjar*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974.
- HOSPITAL, Jaime de: *Observancias*, Introducción y texto crítico por Gonzalo Martínez Díez, editado por la Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza. 1977.
- ILARREGUI, Pablo, y LAPUERTA, Segundo: *Fuero General de Navarra*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964.
- LACARRA, José María: *Fueros de Navarra. I. Fueros derivados de Jaca. I. Estella-San Sebastián*, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1969.
- LLORENTE, Juan Antonio: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas: Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Parte III. Apéndice ó Colección Diplomática*, t. IV, Imprenta Real, Madrid, 1808.
- LÓPEZ FERREIRO, Antonio: *Fueros Municipales de Santiago y de su tierra*, Ediciones Castilla, Madrid, 1975.
- MAJADA NEILA, Jesús: *Fuero de Zamora*, Librería Cervantes, Salamanca, 1983.

- *Fuero de Plasencia. Introducción. Transcripción. Vocabulario*, edita, Librería Cervantes, Salamanca, 1986.
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José: *El Fuero de Coria*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949.
- MARTÍN PALMA, M.^a Teresa: *Los Fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Universidad de Málaga, Málaga, 1984.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos antiguos de España*, vols. I y II, López Camacho, impresor, Madrid, 1885.
- MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, Burgos, 1982.
- MORALES GÓMEZ, Juan José, y PEDRAZA GARCÍA, Manuel José: *Fueros de Borja y Zaragoza*, facsímil, Zaragoza, 1986.
- MUÑOZ ROMERO, Tomás: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, t. I, Imprenta de don José María Alonso, editor, Madrid, 1847.
- NUEVA RECOPIACIÓN: Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro quinto*, edición facsímil, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1982.
- PESET REIG, Mariano, y otros: *Fuero de Úbeda*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 1979.
- RAMOS Y LOSCERTALES, José María: *El Fuero de Jaca*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1927.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: «Opúsculos legales del rey don Alfonso El Sabio», t. I, *El Espéculo ó Espejo de todos los derechos*, Imprenta Real, Madrid, 1836.
- *Colección de Fueros y Cartas-Pueblas de España*, Imprenta de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1852.
- RODRÍGUEZ, Justiniano: *Los Fueros del Reino de León II. Documentos*, Ediciones Leonesas, León, 1981.
- ROUDIL, Jean: «El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París», *Vox Romanica*, t. 22, núm. 1, 1963.
- *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón. Édition synoptique avec les variantes du Fuero d'Alcáraz, Introduction, notes et glossaire, tome I, Introduction et texte*, Librairie C. Klincksieck, París, 1969.
- SÁEZ, Carlos, y otros: *Fuero de Alcalá de Henares*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1992.
- SÁEZ, Emilio, y otros: *Los Fueros de Sepúlveda*, Publicaciones históricas de la Excma. Diputación Provincial de Segovia, Segovia, 1953.
- SÁNCHEZ, Galo: *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Imprenta de los sucesores de Hernando, Madrid, 1919.
- SÁNCHEZ RUANO, J.: *Fuero de Salamanca*, Imprenta de D. Sebastián Cerezo, Salamanca, 1870.
- TILANDER, Gunnar: *Los Fueros de la Novenera*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri Ab. Uppsala, 1951.
- VIDAL MAYOR: *Traducción aragonesa de la obra In Excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas, II. Texto*, editada por Gunnar Tilander, Hakan Ohlssons Boktryckeri, Lund, 1956.
- ULLOA Y GOLFÍN: *Fuero y Privilegios de Cáceres*, s. f.
- VALDÉS GUTIÉRREZ, Manue: *El Fuero o carta puebla de Gijón y el señorío de la Abadía de Cenero*, Imprenta La Torre, La Felguera, Asturias, 1949.
- VÁZQUEZ DE PARGA, Luis: *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1947.

- *800 aniversario de los Fueros de población de Bernedo y Antoñana*, Ed. Diputación Foral de Álava, Álava, 1983.
 - *El Fuero de Santander y su época. Actas del Congreso conmemorativo de su VIII centenario*, Ediciones de Librería Estudio, Santander, 1989.
 - *Vidal Mayor*, Estudios, edita Excma. Diputación Provincial de Huesca, Huesca, 1989.
- ZEUMER: *Leges visigothorum antiquiores*, Impensis Bibliopolii Hahniani, Hannoverae et Lipsiae, 1894.

En torno al concepto de bienes de naturaleza duradera y su incardinación en las garantías de la venta

LUIS ANTONIO SANZ VALENTÍN *

SUMARIO. I. *Construcción legal y doctrinal del concepto*: 1. Una nueva categoría de bienes. 2. El fracaso de esta orientación.-II. *La necesidad de proceder a su revisión*: 1. Una propuesta de reformulación: A) Premisas desde las que partir; B) Proceso de reestructuración; C) El resultado. 2. Confrontación de esta tesis con los textos positivos y las necesidades del tráfico: A) Desde el punto de vista del Derecho comunitario; B) Desde el punto de vista del Derecho español y europeo.-III. *Las diversas alternativas para su configuración dogmática*: 1. Como categoría específica de bienes: A) Una propuesta de continuidad; B) Aplicabilidad de este concepto en relación con el servicio posventa. 2. Una solución al margen de la teoría de los bienes. 3. La «extensión» del concepto.-IV. *Conclusiones*.

I. CONSTRUCCIÓN LEGAL Y DOCTRINAL DEL CONCEPTO

1. UNA NUEVA CATEGORÍA DE BIENES

El artículo 11 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), introdujo por vez primera en el Ordenamiento español un concepto —el de bien de

* *Doctor en Derecho*. Universidad de Burgos.

naturaleza duradera—, que, dada la amplia aceptación que posteriormente llegaría a alcanzar en los textos legales, parecía llamado a convertirse en una nueva categoría de bienes, junto a las ya consagradas por la historia y las leyes como manifestaciones del objeto del derecho ¹.

En efecto, el artículo 11 LGDCU, en sus apartados 2.º y 5.º, vino a convertir este concepto en el criterio fundamental para la delimitación del ámbito objetivo de aplicación del régimen en él previsto en materia de garantía comercial y servicio posventa ². La obligación de entregar una garantía en los términos contenidos en este precepto, así como el derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado, aparecen en esta norma como las manifestaciones más genuinas del régimen jurídico del que se hallan investidos estos bienes ³.

El legislador pareció tomarse en serio esta tarea creadora de conceptos y, habida cuenta de la necesidad de proceder a una más exacta definición de lo que debía entenderse por «bien de naturaleza duradera», procedió en el anexo II del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, a realizar un primer intento de delimitación del concepto, estableciendo al efecto un pequeño listado de bienes que se consideran como de naturaleza duradera. Dice así este anexo:

«Bienes de naturaleza duradera a los efectos del artículo 11.2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música.

Herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes.

Muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos.

Aparatos eléctricos, electrotécnicos y electrónicos.

Vehículos automóviles, motocicletas, velocípedos, sus piezas de recambio y accesorios.

Juguetes, artículos para recreo y deportes.

Vivienda.»

¹ Aunque no logro comprender del todo el porqué, algunos autores señalan como antecedentes de esta categoría lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, y lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1193/1966, de 12 de mayo, los cuales hablan de bienes muebles corporales no consumibles, términos que, por otra parte, reproduce la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

² Vid. también el artículo 34.4 de esta Ley.

³ Se afirma así en el artículo 11.2 LGDCU que «En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente: [...]». Y en su apartado 5.º se dice que «En los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico, y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado».

Este carácter de concepto en construcción, de concepto que emerge, por obra del legislador, de lo más profundo del tráfico jurídico ⁴, es reconocido en la propia exposición de motivos de este Real Decreto, que no duda en considerar el catálogo de bienes de naturaleza duradera en él ensayado como «una primera delimitación del conjunto de bienes a los que se les aplicará lo previsto en el artículo 11 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Se remite por ello a «posteriores disposiciones que se dicten para la aplicación y desarrollo de dicho artículo para cada bien o grupo de bienes». La norma se preocupa además –incidiendo con ello en el referido carácter de concepto en formación– por especificar cuáles son las fuentes que se han tenido en cuenta para la elaboración del catálogo, lo que supone tanto como revelar las fuentes que han servido de base para la formulación del concepto. Se mencionan así «tanto los actuales hábitos de consumo de los consumidores y usuarios y los niveles de demanda y utilización existentes, como los usos y prácticas comerciales y mercantiles imperantes en el mercado de los diferentes bienes y productos». Por último, ya en la parte dispositiva del texto, también su artículo 2 revela esa condición de concepto en formación, al señalar que lo dispuesto en el artículo 11.2 y 5 LGDCU se aplicará a los bienes recogidos en el catálogo «en las condiciones que se determinen por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo, en disposiciones específicas para cada bien o grupo de bienes».

El artículo 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), supuso, en fin, la consagración definitiva de este concepto en el privilegiado mundo de las categorías que conforman el objeto del derecho, adscribiéndole finalísticamente, tal y como hiciera anteriormente la LGDCU, a la delimitación del ámbito objetivo en que opera la obligación de entregar garantía por parte del productor o suministrador y de proveer un adecuado servicio posventa. Señala así este precepto, en sus apartados 2.º y 3.º, que:

«2.º El plazo mínimo de la garantía, en el caso de bienes de carácter duradero, será de seis meses a contar desde la fecha de recepción del artículo que se trate, salvo cuando la naturaleza del mismo lo impidiera y sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias específicas para bienes o servicios concretos.

⁴ De concepto que está siendo objeto entre nosotros de una «formación sucesiva» habla G. García Cantero (1992: 376).

3.º El productor o, en su defecto, el importador, garantizará, en todo caso, frente a los compradores, la existencia de un adecuado servicio técnico para los bienes de carácter duradero que fabrica o importa, así como el suministro de piezas de repuesto, durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse.

Para facilitar el ejercicio de este derecho, el vendedor en el momento de la entrega del bien extenderá por cuenta del fabricante o importador, o, en su defecto, en nombre propio, el documento de garantía y le proporcionará las instrucciones suficientes para el correcto uso e instalación del artículo, así como para la formulación de las reclamaciones pertinentes»⁵.

Vuelve sobre este concepto el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, que de nuevo establece un catálogo de bienes considerados como de naturaleza duradera, aunque, en esta ocasión, y, contra todo pronóstico inicial, sin apenas introducir variantes de interés con respecto al listado del Real Decreto 287/1991, salvo la añadidura de dos nuevos conjuntos de bienes: los juegos y los aparatos informáticos y su software.

En las diversas normas de desarrollo dictadas al amparo de estas disposiciones de alcance general, no siempre se alude de forma expresa a la noción de «bienes de naturaleza duradera», aunque en todas ellas se da por supuesta. Deben así ser tenidas en cuenta algunas disposiciones, como el Real Decreto 1457/1986, de 10 de

⁵ El párrafo segundo de este precepto muestra la especial y directa vinculación que existe entre la garantía y el servicio posventa, cuyo adecuado despliegue es requisito imprescindible para la realización de la obligación de saneamiento, no sólo a través de la garantía comercial, sino también a través de la garantía legal. Ambos (saneamiento y servicio posventa) son elementos inescindibles de la obligación que incumbe al vendedor de entregar el bien vendido en condiciones tales que cumpla las expectativas del comprador durante su vida útil, es decir, que sirva a los fines para los que fue adquirido [ex arts. 1461, 1474 y 1484 CC; 8.1, 11.1 y 11.3.b) LGDCU, y 12.1 LOCM; así como ex art. 35 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, en relación con la compraventa internacional de mercaderías], en definitiva, que sea conforme al contrato de compraventa (ex art. 2.1 de la Directiva 1999/44/CE). Sin la existencia de un adecuado servicio posventa, tanto en su aspecto de servicio técnico, como en su aspecto de suministro de piezas de repuesto durante un período mínimo de tiempo, no podría realizarse de forma íntegra la prestación del vendedor, pues, precisamente, la finalidad que persigue el servicio posventa es asegurar el perfecto estado de la cosa adquirida durante un plazo razonable, más allá incluso del período de vigencia de cualquier tipo de garantía. Cfr. Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y servicios posventa (pp. 52 ss. de la versión española), y, en la Doctrina, M.ª A. PARRA LUCÁN (1997: 218 ss.); I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999: 219-20), y J. AVILÉS GARCÍA (2000b: 620), este último respecto a la relación entre garantía comercial y servicio posventa a los efectos de la distribución de competencias en esta materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sobre las relaciones existentes entre la obligación de dar y la de saneamiento, *vid.* J. CASTÁN TOBEÑAS (1988: 121); J. L. LACRUZ BERDEJO (1995: 46), quien concibe el saneamiento como una prolongación del deber de entrega, la garantía de su efectividad jurídica y económica. *Vid.* también M.ª A. PARRA LUCÁN (1997: 209); I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999: 198 ss.); J. AVILÉS GARCÍA (2000b: 587-88) y, sobre todo, T. RUBIO GARRIDO (1990: 867 ss.; y 1993: 326).

enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de automóviles, de sus equipos y componentes ⁶; el Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico ⁷, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación ⁸.

El Derecho comunitario vino igualmente a respaldar este proceso de categorización al optar el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y servicios posventa ⁹, por establecer como ámbito objetivo de aplicación de un futuro régimen armonizado en materia de garantía legal, el comprendido por los bienes muebles, nuevos y duraderos, pero sin señalar qué debía entenderse bajo esos términos ¹⁰.

En cuanto al Derecho de los Estados miembros de la CE, algunos países recogen también en sus legislaciones el concepto de bienes de naturaleza duradera, como es el caso de Grecia, que obliga al vendedor a prestar garantía en relación con los bienes de consumo nuevos y duraderos. Igualmente se sirve de este concepto la legislación griega a la hora de exigir obligatoriamente la prestación de un servicio posventa, del mismo modo que lo hace el Ordenamiento portugués. También es manejado este concepto en otros países como el Reino Unido, donde se proyecta su empleo como base objetiva para otorgar al consumidor una protección específica en materia de garantía comercial ¹¹.

2. EL FRACASO DE ESTA ORIENTACIÓN

Pese a esta, aparentemente, firme voluntad legislativa, inquebrantable a lo largo de más de una década, todos los intentos a nivel dogmático por alcanzar una definición cierta de esta categoría de bienes han resultado infructuosos. Lo mismo cabe decir respecto de aquella otra categoría que la práctica comercial se ha encargado de configurar como término contrapuesto o contrario al de bienes de naturaleza duradera: la de los «consumibles».

Si pretendiéramos situar estos conceptos dentro de las categorías clásicas del Derecho de bienes, veríamos que difícilmente se

⁶ Artículo 16.

⁷ Artículos 1.2.1 y 6.

⁸ Artículos 17 ss.

⁹ *DO C* 338, de 15 de noviembre de 1993. COM (93) 509.

¹⁰ *Vid.* particularmente las pp. 87 y 88 de la versión española de este Libro Verde.

¹¹ Sobre todos estos datos, consultar la información contenida en el mencionado Libro Verde.

amoldan a alguna de ellas. La similitud que parece existir entre el concepto de «consumibles» y la categoría de «bienes consumibles» a la que se refieren los artículos 337 y 482 CC (bienes de los que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman), es sólo aparente. Existen, en efecto, «bienes consumibles» que son «consumibles» en el sentido que la práctica comercial otorga a este término como contrario al de «bienes de naturaleza duradera», y tal es el caso, fundamentalmente, de los alimentos y de los productos farmacéuticos ¹². Pero el concepto de «consumibles» abarca también, sin embargo, objetos que son encuadrables dentro de la categoría de los «bienes perecederos o deteriorables», a la que alude el artículo 481 CC (bienes que sin consumirse se deterioran poco a poco por el uso). Por otra parte, existen numerosos «bienes consumibles» que entrarían dentro de la categoría de los «bienes de naturaleza duradera» y no de la de «consumibles». Piénsese así que las mercaderías, las cuales constituyen actualmente el ejemplo más genuino de «bienes consumibles», pueden tanto revestir la condición de «consumibles», como la de «bienes de naturaleza duradera». Cabe entonces concluir que el criterio clasificatorio que define los «bienes consumibles» y los «consumibles» es completamente diverso.

Con respecto a los bienes de naturaleza duradera pueden tan sólo realizarse, con absoluta certeza, las dos siguientes apreciaciones: que se trata de bienes deteriorables o perecederos, en el sentido del artículo 481 CC ¹³, al igual que algunos de los denominados consumibles; y que únicamente quedan claramente fuera de esta categoría bienes como los alimentos o los productos farmacéuticos, esto es, bienes de los que es predicable una consumibilidad (del art. 482 CC) en sentido naturalístico o físico ¹⁴.

Son diversos los intentos ensayados para distinguir la categoría de los bienes de naturaleza duradera frente al resto de bienes (los consumibles). Como criterios más significativos pueden señalarse los siguientes:

1) Atendiendo a la propia denominación introducida por el legislador, se ha apuntado como criterio distintivo el de la duración de la vida útil de los productos. Pero, bien es sabido que éste es un criterio muy poco fiable y preciso, pues la obsolescencia del

¹² Así R. BERCOVITZ (1987: 217).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ También parecen quedar necesariamente fuera de esta categoría las prestaciones de servicios y, en general, las cosas incorporales, aunque algunos autores como J. DUQUE (1984: 77) defienden la inclusión en ella de este tipo de cosas, en concreto, de los servicios turísticos. Sobre esta cuestión, que no deja de suscitar controversias, volveré más adelante.

equipo capital afecta a todos los bienes por igual, al margen de las expectativas que en cuanto a la duración de los mismos tuviera el comprador al momento de su adquisición. Cualquier solución en este sentido sería, por otra parte, difícil por comprometida, a la vez que arbitraria e imposible de aplicar indistintamente a todo tipo de bienes.

2) Similares objeciones cabría plantear si se tratara de erigir como criterio distintivo entre una y otra categoría la entidad de su valor económico. No sólo podríamos encontrarnos con bienes considerados como consumibles de un valor superior al de algunos bienes de naturaleza duradera, sino que este criterio contendría también elevadas dosis de arbitrariedad.

3) Igualmente se hundiría en el terreno de la relatividad y de la arbitrariedad todo intento clasificatorio basado en la complejidad técnica del producto. Existen, por lo demás, bienes que entrañan una gran complejidad técnica, que son el resultado de un largo proceso de innovación técnico y tecnológico, como es el caso de los disquetes de ordenador o de los cartuchos de tinta para impresora, y que son considerados como consumibles.

Si los esfuerzos a nivel estrictamente dogmático han resultado baldíos, no otra cosa resulta de los intentos a nivel legal por construir una nueva categoría de bienes, que han sufrido importantes y decisivos reveses. El primero de estos reveses lo originó el propio artículo 12.2 LOCM, que, tras establecer como plazo mínimo de garantía para los bienes de carácter duradero el de seis meses, deja inmediatamente a continuación abierta la posibilidad, bien de establecer un plazo distinto –mayor o menor–, bien de no establecer plazo alguno (ambas lecturas permite hacer el precepto), cuando la naturaleza del producto –que incuestionablemente ha de ser de carácter duradero, según se desprende de la norma– lo impida, o cuando de específicas disposiciones legales o reglamentarias se desprenda otra cosa en relación con bienes o servicios concretos ¹⁵.

La contradicción que el precepto encierra en sí mismo, al establecer un plazo mínimo de garantía en relación con un determinado

¹⁵ Sobre la posibilidad de estipular un plazo inferior de garantía, o de renunciar a la misma, entienden algunos autores como J. AVILÉS (2000b: 602) que esto sería muy difícil de mantener seriamente, dadas las connotaciones claramente tuitivas que se derivan del principio de protección del consumidor tal y como aparece consagrado en el artículo 51 CE. Añade, sin embargo, acto seguido, que deberán ser los Tribunales, en cada caso particular, quienes, según la naturaleza de cada bien, tengan que sopesar discrecionalmente si el plazo establecido es o no suficiente para permitir al comprador reclamar eficazmente las garantías de calidad ofertadas desde un principio. Para concluir después que si se pactara un plazo inferior de garantía, podría concluirse que el pacto sería nulo conforme al artículo 6.3 CC y al artículo 2.3 LGDCU.

tipo de bienes para después, en aras también de la naturaleza de esos mismos bienes, negar esa misma determinación en cuanto al plazo, sin perjuicio, asimismo, de lo que al respecto puedan establecer las disposiciones legales o reglamentarias para bienes o servicios concretos, no ha pasado en absoluto desapercibida para la Doctrina ¹⁶. Tan sólo el empleo de la expresión «bienes de carácter duradero» en lugar de la de «bienes de naturaleza duradera» acuñada por el artículo 11 LGDCU logra mitigar levemente una contradicción que, de otro modo, hubiera resultado excesivamente palpable.

De esta contradicción se deduce, quizá más expresa que implícitamente, la posibilidad de que existan bienes de naturaleza duradera, bien con plazo de garantía diverso, bien sin plazo alguno, y ello precisamente, en razón de su naturaleza, criterio que no es sino el que se invoca para la definición de aquéllos, así como para la consiguiente determinación de la obligación de prestar garantía por un período mínimo de seis meses. La norma deja, a la vez, claramente abierta la posibilidad de que otras disposiciones legales o reglamentarias establezcan especificaciones distintas en cuanto al plazo de garantía para bienes o servicios concretos, sin que necesariamente tales especificaciones hayan de girar ya en torno al concepto de bienes de naturaleza duradera. Definitivamente, no puede sino concluirse que este precepto vacía completamente de contenido el concepto de bienes de naturaleza duradera, y ello seguramente ante la constatación de que el catálogo de bienes contenido en el anexo II del Real Decreto 287/1991, referente inmediato de aquel concepto, no respondía a las exigencias del tráfico, al abarcar, sin ningún tipo de matiz, sectores completos de bienes ¹⁷.

El resultado no es distinto si se acude a lo dispuesto en el Real Decreto 1507/2000. Realmente la técnica iniciada por el legislador de 1991 de ensayar un catálogo de conjuntos de bienes tenidos por duraderos, aunque levantó numerosas expectativas, todas ellas animadas por su muy bienintencionada exposición de motivos, nunca fue objeto de un verdadero juicio o valoración positiva. En efecto, más que un primer y meditado intento de delimitación conceptual

¹⁶ *Vid.*, p. ej., S. DÍAZ ALABART (1997: 116), M.^a A. PARRA LUCÁN (1997: 217) y J. AVILÉS GARCÍA (2000b: 601).

¹⁷ Ya el artículo 2 de este Real Decreto parecía restringir el propio alcance del catálogo en él contenido al prescribir que lo establecido en el artículo 11.2 y 5 LGDCU se aplicaría a los bienes de naturaleza duradera relacionados en su anexo II «en las condiciones que se determinen por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo, en disposiciones específicas para cada bien o grupo de bienes». Con ello, como señala J. AVILÉS (2000b: 596), al margen de que tales condiciones no se han llegado nunca a establecer, la misma redacción del precepto conduce a pensar que también podrían considerarse como bienes de naturaleza duradera cualesquiera otros, aunque no aparecieran relacionados en tal anexo.

fue antes considerado como un elenco abigarrado y heterogéneo de bienes de muy diversa índole, sin nexo de conexión alguno y ambigua redacción¹⁸, que planteaba diversos interrogantes¹⁹ y del que sólo podía deducirse con nitidez la exclusión de algunos bienes consumibles como los alimentos.

La nueva redacción que este Real Decreto hace del catálogo de bienes ha venido a confirmar estas sospechas y a echar por los suelos las expectativas que la exposición de motivos del Real Decreto 287/1991 se había ocupado ardientemente de avivar. Cuando las pretensiones legales eran evidentemente mucho más ambiciosas, la nueva norma se limita a añadir al listado de bienes una escueta referencia a los juegos y a los aparatos informáticos y su software. Evidentemente el legislador está renunciando a la construcción de esta categoría que el trascurso del tiempo parece haber revelado inútil; y hasta la adopción de una decisión definitiva se limita mientras tanto a mantenerla prácticamente tal cual, ampliándola a un conjunto de bienes como el de los aparatos informáticos que, si bien, en efecto, reclama para sí la existencia de un régimen obligatorio de garantía comercial y de servicio posventa, la propia práctica comercial se había encargado ya de procurarlos y de establecer criterios al efecto.

A buen seguro que la razón más inmediata de este *impasse* que trasluce el Real Decreto 1507/2000, y que, a mi entender, obedece, en todo caso, a la toma de conciencia de que se optó en su momento por un camino no del todo acertado, no es otra que la aprobación de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Esta disposición, al delimitar en su artículo 1.2.b) el ámbito objetivo de aplicación del régimen en ella contenido en materia de garantía legal²⁰ y comercial, prescinde completamente del concepto de «bien de naturaleza duradera»²¹ –punto de partida señalado por el Libro Verde para la búsqueda de un régimen armonizado en materia de garantía legal–, y parte del más amplio con-

¹⁸ En este sentido, G. GARCÍA CANTERO (1992: 377) y J. AVILÉS GARCÍA (2000b: 596).

¹⁹ Se preguntaban así algunos autores como G. GARCÍA CANTERO (1992: 377) si este elenco legal de bienes constituía un *numerus clausus* o un *numerus apertus*, cuestión que ha quedado finalmente resuelta tras la aprobación del Real Decreto 1507/2000, en cuya exposición de motivos se aclara que el listado de bienes, productos y servicios contenido en sus anexos tiene carácter enunciativo y no exhaustivo.

²⁰ Aunque la Directiva abarca algo más que el saneamiento por vicios ocultos en la venta tal y como éste es concebido en el Código Civil, la referencia que en el título de la Directiva se hace a «determinados aspectos de la venta» incide básicamente en esta materia, es decir, la de la garantía legal, cuya conformación teórica se ve aquí considerablemente ampliada a través del concepto de «conformidad con el contrato».

²¹ Sobre los criterios objetivos de delimitación del ámbito de aplicación de esta Directiva, *vid.* H.-W. MICKLITZ (1997: 231), L. A. SANZ VALENTÍN (1999: 1077), J. LETE ACHIRICA (1999: 1371), J. AVILÉS GARCÍA (2000: 1185) y M. TENREIRO (2000: 9-13).

cepto de «bien de consumo», concibiendo éste como cualquier bien mueble corpóreo ²², con las excepciones que el propio precepto especifica. Con esta previsión parece entonces condenarse al concepto de bien de naturaleza duradera a una irremediable desaparición, aun cuando la incidencia de esta norma en el ámbito de la garantía comercial, ámbito en el que el concepto despliega fundamentalmente sus efectos en el Derecho español, es bastante pequeña ²³.

Pero, ¿significa esto realmente la desaparición del concepto aquí comentado como categoría jurídica dentro de la teoría de los bienes? La respuesta a esta pregunta requiere de un análisis pormenorizado del concepto, pues es difícilmente concebible que la creación *ex novo* de cualquier categoría jurídica no se asiente sobre bases lo suficientemente firmes como para derrumbarse estrepitosamente tras varios embates. Muy probablemente, en una de esas muchas paradojas que encierra el Derecho, sea posible descubrir bajo otra forma el espíritu que animó la formulación de este concepto, aun cuando desaparezca como específica categoría de bienes. Ésta es la tarea que me propongo acometer en las líneas sucesivas.

II. LA NECESIDAD DE PROCEDER A SU REVISIÓN

1. UNA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN

A) *Premisas desde las que partir*

Cualquier intento de reconsideración de la noción de bienes de naturaleza duradera requiere de un proceso de desmenuzamiento de

²² La noción de «bien de consumo», como bien indica M. TENREIRO (2000: 11), no constituye ninguna categoría específica de bienes, sino un simple criterio de delimitación objetiva del ámbito de aplicación de la Directiva: el de los bienes muebles corpóreos, de los cuales se hacen, a su vez, una serie de exclusiones. Con ello parece entonces referirse la Directiva, como señala J. LETE ACHIRICA (1999: 1371) a la noción de mercadería, que es la utilizada por la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 (*Vid.* arts. 1, 2, y 3). Por otra parte, aunque esta delimitación parece consagrar un concepto de cosa cercano al del artículo 90 del BGB, restringido a los objetos corpóreos, es evidente que tal delimitación responde exclusivamente al régimen que la Directiva establece respecto a la obligación de saneamiento, y que no presupone concepción alguna respecto al concepto de cosa.

²³ La Directiva, de acuerdo con las directrices marcadas por el Libro Verde, concibe la garantía comercial como un compromiso asumido voluntariamente por un vendedor o un productor respecto del consumidor [art. 1.2.e)] y que obliga a su otorgante en las condiciones que se establezcan en el documento en el que se otorgue o en la publicidad de la que se desprenda (art. 6.1). De estos preceptos se deduce que la Directiva no establece, en absoluto, ámbito objetivo alguno en cuanto a la aplicación de este tipo de garantía, que es concebido como de prestación voluntaria, como fenómeno del tráfico que estimula la competencia y al que se pretende simplemente dar un contenido mínimo. No obstante esto, se reconoce en su considerando 21 que es práctica corriente ofrecer garantías comerciales respecto «a determinadas categorías de bienes».

la misma hasta alcanzar en ella lo que tiene de esencial e irreductible. Tal proceso debe plantearse, a mi entender, sobre la base de las tres premisas siguientes:

a) Como es sabido, el concepto de bienes de naturaleza duradera es creado por el legislador con el fin específico de dotar a la garantía comercial y al servicio posventa de un ámbito objetivo de aplicación obligatoria lo más delimitado posible, y que responda a unos ciertos criterios lógicos. En este sentido, pareció razonable y adecuado, a estos fines, la elaboración de una nueva categoría de bienes que suministrará el suficiente grado de certeza en términos objetivos. El examen de toda la normativa anteriormente citada pone de relieve, en efecto, la estrecha vinculación existente entre la noción de bienes duraderos, por una parte, y la garantía comercial y el servicio posventa, por otra. La obligada prestación de estos últimos se configura, así como el específico régimen jurídico que se desprende de este tipo de bienes.

b) En segundo lugar, el concepto de bienes de naturaleza duradera debe ser abordado y comprendido dentro de las condiciones en que se desarrolla el tráfico moderno y de las transformaciones operadas en la producción y distribución, así como de las nuevas características de los bienes, que son, en la inmensa mayoría de los casos, productos fabricados en serie, de gran complejidad técnica en ocasiones ²⁴. Estas nuevas condiciones han ido ganando progresivamente en habitualidad hasta convertirse en la actualidad en la regla general que, en muchos casos, deja reducido a la mínima expresión el ámbito de aplicación de algunas de las normas del Código civil, que se ven forzosamente superadas por una realidad cambiante que exige su acomodo a las nuevas circunstancias del tráfico, aunque el espíritu y finalidad que las inspiró permanezca constante y así deba continuar. Estas transformaciones repercuten necesariamente sobre el sistema del Código referente a la obligación de saneamiento por defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida ²⁵.

c) Por último es preciso, siquiera de forma somera, hacer una serie de precisiones acerca del concepto de cosa en el Derecho. Este concepto continúa siendo motivo de disputa entre los juristas en cuanto a su definición y extensión dentro del ámbito del objeto del derecho, principalmente en lo que se refiere a las relaciones exis-

²⁴ Sobre todos estos aspectos *vid.* J. DUQUE (1984: 74).

²⁵ De hecho, el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y servicios posventa, en sus propuestas de armonización en materia de garantía legal, parte del hecho de la falta de adaptación de algunas de las normas jurídicas tradicionales a las condiciones modernas de la sociedad de consumo (p. 84 de la versión española).

tentes entre las cosas corporales, las incorpóreas, las prestaciones de servicios y los derechos. No es éste lugar para abordar en profundidad el concepto de cosa, cuya formulación requeriría de un conocimiento general de todas sus posibles aplicaciones y, por lo tanto, de un exhaustivo estudio ²⁶. Hay, no obstante, dos aspectos que se deducen claramente de esta disputa y que merecen ser resalados. En primer lugar, la voluntad de dotar a la noción de cosa de una dimensión estrictamente jurídica, lo que con frecuencia conduce a distinguir el concepto de cosa del de bien, afirmándose que son bienes las cosas susceptibles de procurar al hombre una cierta utilidad y de ser objeto de apropiación ²⁷. Con ello se quiere poner de relieve que el Derecho no considera tanto las cosas en razón de sus características físicas, sino en la medida en que sirven para la satisfacción de las necesidades humanas —no tanto *naturaliter* como *commercialiter*—. El concepto de cosa viene así determinado por la voluntad humana, que es la que verdaderamente modela la realidad ²⁸. En segundo lugar, la necesidad de supeditar todo ejercicio de delimitación conceptual a la existencia de un determinado régimen jurídico que se corresponda con tal delimitación, pudiéndose perfectamente configurar, de este modo, categorías conceptuales amplias que comprendan otras de menor alcance y a las que se vincule, en todo caso, un específico régimen jurídico.

En cuanto a las clasificaciones de las cosas, éstas pueden basarse en criterios de diversa índole; pueden así basarse en la propia configuración natural de las cosas, esto es, en sus condiciones físicas o materiales, pero también pueden basarse en aspectos que nada tienen que ver con sus propiedades físicas, por lo que se habla entonces de condiciones jurídicas ²⁹. Pero, al margen de esto, lo verdaderamente importante en toda clasificación de las cosas, a semejanza de lo que sucede con la propia noción de cosa, es que el criterio clasificatorio en el que aquélla se base debe siempre ser estrictamente jurídico, esto es, responder a las necesidades del hombre y del tráfico ³⁰. Esto último conlleva que las

²⁶ Sobre las distintas construcciones doctrinales del concepto de cosa *vid.* J. CASTÁN (1987: 579 ss.).

²⁷ Distinción que procede, fundamentalmente, de la Doctrina francesa. *Vid.*, entre otros, C. DEMOLOMBE (1870: § 8), J. CARBONNIER (2000: 83), C. ATIAS (1999: 1) y J. CASTÁN (1987: 583).

²⁸ *Vid.* al respecto, particularmente, C. DEMOLOMBE (1870: §§, 10, y 15), y J. CARBONNIER (2000: 84).

²⁹ Es el caso, por ejemplo, del dinero como bien consumible, respecto del cual se habla de consumibilidad jurídica.

³⁰ *Cfr.* C. DEMOLOMBE (1870: §18 y 27); y J. CARBONNIER (2000: 84). Es aplicable aquí la máxima de Protágoras del *homo mensura*, pues, aunque una clasificación de los bienes se base aparentemente en las condiciones físicas de éstos, en el fondo no es sino la voluntad humana y las necesidades que resultan del tráfico lo que constituye la verdadera

diferentes categorías de bienes posean siempre un carácter relativo; primero, porque ninguna clasificación puede poseer unas fronteras absolutamente precisas; segundo, porque siempre va a precisar de un acomodo a la realidad cambiante, y tercero, porque las cosas pueden ser consideradas bajo relaciones muy diversas, a distintos respectos ³¹.

B) *Proceso de reestructuración*

Partiendo de estas premisas, puede abordarse la revisión del concepto de bienes de naturaleza duradera, comenzando primeramente por desvelar y desentrañar sus partes. Creado específicamente en relación con la garantía comercial, su análisis transcurre por tanto paralelo al de ésta.

Tras algunas vacilaciones iniciales en torno a la naturaleza de la garantía comercial, hoy se configura claramente como un régimen de carácter convencional complementario al previsto en los artículos 1484 ss. CC. El punto de partida del que arrancan uno y otro régimen es el mismo: la posible existencia de defectos ocultos en el bien que se vende. Existen, sin embargo, múltiples e importantes diferencias entre uno y otro; diferencias cuyo trasfondo debe situarse en las nuevas condiciones del tráfico y de los bienes. Se ha señalado así con acierto que la garantía comercial sirve para adaptar la tradicional obligación de saneamiento a la realidad del tráfico contemporáneo, transmutando dicha obligación en garantía ³². Tal adaptación implica importantes transformaciones frente al sistema del Código Civil, entre las cuales pueden destacarse la imputación de responsabilidad por los defectos ocultos al fabricante (art. 11.2 LGDCU) —que será quien generalmente preste la garantía—; la falta de consideración respecto a la buena o mala fe del vendedor y del fabricante, esto es, respecto a su conocimiento o ignorancia de la existencia de los defectos ³³; o

fuelle de la que emana tal clasificación. Sólo de este modo pueden las clasificaciones de las cosas cumplir su función como definidoras de un determinado régimen jurídico, es decir, de un conjunto de soluciones de Derecho. Cfr. C. ATLAS (1999: 23).

³¹ Cfr. J. CARBONNIER (2000: 90).

³² En este sentido J. DUQUE (1984: 73) y T. RUBIO GARRIDO (1990: 894).

³³ Como señala en relación con la garantía legal el ya reiteradamente mencionado Libro Verde (p. 93), no puede hacerse consideración alguna, en las actuales condiciones de comercialización de los productos, sobre la ignorancia o conocimiento por parte del vendedor de los defectos que en ellos surjan. *Vid.* en este sentido J. DUQUE (1984: 74). En consonancia con tales apreciaciones, afirma el artículo 11.3.a) LGDCU que durante el período de vigencia de la garantía el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados, construyendo, de este modo, una suerte de responsabilidad objetiva del fabricante y del suministrador, lo que supone presumir su mala fe. Podría, no obstante, defen-

el conjunto de remedios que se ponen a disposición del comprador (art. 11.3 LGDCU)³⁴.

Todas estas transformaciones, recogidas aquí a título ejemplificativo, nos revelan, sin duda, una parte esencial de esta garantía comercial en la medida en que la sitúan frente a la obligación de saneamiento que deriva del Código. Sin embargo, en mi opinión, la transformación más significativa que trae consigo la garantía comercial y que mejor llega a comprender su esencia en el Derecho español, hasta el punto de poder situarse en ella su naturaleza, es la inversión de la carga de la prueba que se opera a través de ella, en cuanto que mediante la garantía se constituye una presunción *iuris tantum*³⁵ de que los vicios que se pongan de manifiesto en el bien durante un determinado plazo son originarios, es decir, existían al momento de la venta³⁶.

Así pues, aunque la garantía comercial puede contemplarse y definirse desde muy diversas perspectivas³⁷, constituye en esencia, por tanto, en el Derecho español una presunción *iuris tantum*. En este punto radica su principal diferencia con respecto a la obligación de saneamiento contenida en el Código Civil, como complemento y actualización de la misma a las transformaciones del tráfico, de ahí que ante la doble alternativa que se le ofrece al consumidor de recurrir, bien a la garantía legal, bien a la garantía comercial, lo normal será que recurra a esta última, incluso tras la transposición de la Directiva 1999/44/CE. Estas afirmaciones no deben ser tenidas por osadas si se considera la vital importancia que para el ejercicio de los derechos ostenta la carga de la prueba, pues ella determina las consecuencias de la falta de prueba³⁸. Toda

derse la aplicabilidad en este caso de lo dispuesto en el artículo 1107 CC, como defiende T. RUBIO GARRIDO (1990: 907 ss.), habida cuenta de que la Directiva 1999/44/CE permite la aplicación de las normas de los Estados miembros en materia de responsabilidad contractual (considerando 6 y art. 8.1), si bien se trata de una hipótesis poco factible.

³⁴ La reparación o sustitución del bien defectuoso eran remedios en los que el Código Civil no podía pensar, puesto que resultaban en la práctica generalmente inviábiles, dado el carácter normalmente específico de los bienes objeto de venta. *Vid.* al respecto las interesantes apreciaciones de T. RUBIO GARRIDO (1990: 899 ss.).

³⁵ La presunción se concibe como una consecuencia que la Ley extrae de un hecho conocido en relación con un hecho que se desconoce. Cfr. J. CASTÁN (1987: 925).

³⁶ Sobre esta cuestión *vid.* en la Doctrina J. DUQUE (1984: 78), R. BERCOVITZ (1987: 220), M.ª A. PARRA LUCÁN (1988: 531), T. RUBIO GARRIDO (1990: 898-99) y J. AVILÉS GARCÍA (2000b: 609-10).

³⁷ Puede así considerarse como un compromiso asumido por el vendedor o productor; como un instrumento de mercadotecnia; o como práctica que estimula la competencia. *Vid.* al respecto el artículo 6.1 y el considerando 21 de la Directiva 1999/44/CE. En la Doctrina las calificaciones son aún más variadas, concibiéndose desde el punto de vista formal como una obligación accesoria, como hace G. GARCÍA CANTERO (1992: 375).

³⁸ Sobre la importancia de las normas sobre la carga de la prueba a efectos de lograr una protección realmente eficaz de los consumidores, *vid.* el Libro Verde (p. 45), y, en la Doctrina, J. CASTÁN (1987: 892) y S. CHILLON (2000: 189). Como señala este último, la

persona que pretenda hacer valer un derecho deberá alegarlo primero, y después, caso de que sea contestado, probar los hechos en los que funda su existencia, ya que si no logra probarlos el derecho que invoca obrará como no existente, pues un derecho que no logra probarse es como si no existiera (*parum est non esse et non probari*). Pero a través de las reglas sobre la carga de la prueba no se decide únicamente quién debe probar algo, sino que también, en la medida en que tras las pruebas practicadas persista aún la duda acerca de la verdad de los hechos, se decide quién es el perdedor, que será aquel sobre el que recaiga la carga de la prueba ³⁹.

Si, conforme a la regla de la carga de la prueba, plasmada en el aforismo *actori incumbit probatio*, corresponde al comprador probar que el vicio del que adolece la cosa vendida es de carácter originario, esto es, que existía al momento de la venta ⁴⁰, otorgándosele para ello un plazo de seis meses, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.490 CC, la garantía comercial supone la alteración de estos términos, pues mediante ella se opera una inversión de la carga de la prueba, al establecerse la presunción de que el vicio que se pone de relieve en el bien adquirido dentro de los seis meses posteriores a su entrega existía ya al momento de la venta. Se trata, por tanto, de una presunción sujeta a un determinado plazo, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.2 LOCM, será, por regla general, como mínimo de seis meses. La garantía comercial constituye así, en el Derecho español, una regla de imputación; primero, una regla de imputación de la carga de la prueba, segundo, del riesgo que implica esa carga en caso de persistencia de la duda, y, tercero, de los defectos que en la cosa vendida se pongan de relieve dentro de un determinado plazo. Se trata entonces de una regla de imputación de los vicios sobre la base de un plazo de tiempo ⁴¹.

La razón última que justifica esta inversión de la carga de la prueba debe buscarse en la diferencia fundamental existente entre el tipo de relaciones y de bienes para los que están pensados los

teoría de la prueba domina el conjunto del Derecho, pues en toda materia puede requerirse la prueba de los derechos, aunque es dentro del proceso donde adquiere su mayor significado. Esto es lo que justificaba la inserción de las normas sobre la prueba en el Código Civil, y su tratamiento dentro de la teoría del negocio jurídico.

³⁹ Vid. el artículo 217.1 LEC, y, en la Doctrina, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (1991: 319-323) y S. CHILLON (2000: 189 ss.). Debe traerse también aquí a colación lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LGDCU, en cuyo punto 19, comprendido en el apartado segundo, titulado «Sobre garantías», se considera como cláusula abusiva la que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

⁴⁰ Cfr. artículo 217.2 LEC y antiguo artículo 1214 CC.

⁴¹ Esto supone ciertamente un modo particular de realización de la justicia conmutativa, sobre la base de unas reglas objetivas (generalmente un plazo de tiempo), pero nunca una sustitución de la justicia conmutativa por la distributiva.

artículos 1484 ss. CC y el tipo de relaciones y de bienes que hoy día constituyen la regla general en el tráfico jurídico. Si las disposiciones del Código se basan en una relación de igualdad entre las partes, la realidad nos demuestra que una de ellas —el consumidor— se encuentra en una situación de desventaja o debilidad frente a la otra. La inversión de la carga de la prueba aparece así como uno de los medios de equilibrar el contrato en función de la cualidad de los contratantes ⁴². En cuanto al carácter de los bienes, en tanto que el Código Civil está pensando predominantemente en cosas específicas, el tipo de bienes que en la actualidad constituyen objeto normal de venta son bienes producidos en serie, en muchas ocasiones de gran complejidad técnica, bienes sujetos a múltiples controles de calidad y sobre los que recaen una gran cantidad de disposiciones —generalmente reglamentarias—, relativas a sus condiciones de fabricación, envasado y distribución. Son también bienes normalmente nuevos y que se expiden precintados o envasados.

Todos estos aspectos relativos a los bienes hacen que al comprador le sea enormemente difícil probar que el defecto que se pone de relieve cuando ya ha transcurrido algún tiempo después de la entrega existía al momento de la venta ⁴³. La prueba más idónea para la averiguación del momento en que ha surgido el vicio —el dictamen de peritos— se revelaría en la mayoría de los casos como inadecuada debido a sus elevados costes y, sobre todo, a la imposibilidad de precisar el momento de aparición del vicio en relación con la mayoría de los productos, e, incluso, de determinar las causas de su mal funcionamiento, de la falta de funcionamiento o de su perecimiento ⁴⁴.

En la práctica, debido a las circunstancias que rodean al tráfico y a las características de los bienes, la garantía comercial adopta prácticamente la forma de una presunción *iuris et de iure*, de ahí que se hable con frecuencia de garantía de funcionamiento ⁴⁵.

⁴² Cfr. S. CHILLON (2000: 193).

⁴³ *Vid.* al respecto las apreciaciones recogidas en este sentido en el Libro Verde (p. 94).

⁴⁴ Lo mismo cabe señalar respecto a la intervención o no de mala fe en el vendedor o fabricante. Las condiciones en que los productos son expedidos impiden que pueda hacerse cualquier tipo de consideración al respecto, de ahí que se tenga que partir de una suerte de responsabilidad objetiva del vendedor y del fabricante, como así hace el artículo 11.3.a) LGDCU. Esto supone establecer una presunción general de mala fe en el vendedor o el fabricante, cuyas consecuencias prácticas más evidentes son, además de la referida responsabilidad objetiva por los daños y perjuicios que se deriven de los defectos en el bien, la imposibilidad de que el vendedor, conforme a lo previsto en el artículo 1485 CC, se exonere de la obligación de saneamiento. Con respecto a esta última consecuencia debe también tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LGDCU, en su punto 9.º

⁴⁵ Así se concibe en algunos Ordenamientos como el italiano (art. 1512 del *Codice Civile*) o el portugués (art. 921 de su Código Civil).

Corresponderá al vendedor probar que los defectos que se pongan de manifiesto durante el período de garantía y que determinen el mal funcionamiento del producto, su completa falta de funcionamiento o su pérdida, no tienen carácter originario ⁴⁶. Se trata, en todo caso, como hemos visto, de una presunción sujeta a un determinado plazo, lo que tiene su razón de ser en el hecho de que, a medida que transcurre el tiempo, irá aumentando la probabilidad de que los defectos que se manifiesten en la cosa se deban a la utilización que de la misma haga el usuario. Una vez transcurrido el plazo de vigencia de la garantía comercial, entraremos de lleno en el ámbito del *periculum emptiois*, y se presumirá que todo defecto que se manifieste en el bien, así como la pérdida del mismo, se debe a un uso inadecuado, caso fortuito, fuerza mayor, etc., aunque al comprador le queda la posibilidad de probar siempre, en tanto el plazo de vigencia de la garantía legal subsista aún ⁴⁷, que el defecto que ahora surge tiene carácter originario.

C) *El resultado*

El Derecho español ha convertido la garantía comercial en obligatoria, procediendo, de este modo, a realizar imperativamente una inversión de la carga de la prueba ⁴⁸. Tal inversión es llevada a cabo

⁴⁶ Las causas a alegar en este caso son muy diversas y, por regla general, se suele hacer una enumeración de las mismas en el documento de garantía. La mayoría de ellas, salvo el incumplimiento del deber de custodia que, según disponen los artículos 1094 y 1468, incumbe al vendedor, entran dentro del concepto de riesgo (*periculum emptiois*). El vendedor o fabricante deberá probar que se trata de una cuestión de riesgo, lo que presentará evidentes dificultades tratándose de un supuesto de caso fortuito, dadas las características de los bienes. Cfr. T. RUBIO GARRIDO (1990: 899).

⁴⁷ Así sucederá mediante la aplicación del sistema de plazos previsto en el artículo 5.1 de la Directiva 1999/44/CE cuando el plazo de vigencia de la garantía comercial sea inferior a dos años.

⁴⁸ La garantía comercial es en el Derecho español de obligada prestación, sin quepa, en ningún caso, estipulación en contrario, a diferencia de lo que, respecto a la garantía legal, prevé el artículo 1485 CC para el caso de que el comprador ignore los defectos ocultos. Por otra parte, y, como hemos visto, la LGDCU presume la mala fe del vendedor o fabricante, de acuerdo con las modernas condiciones del tráfico. Esta obligada prestación en el caso de bienes duraderos hace que en el Derecho español la distinción entre garantía comercial y garantía legal pierda parte de su entidad, puesto que ambas son la concreción de un régimen impuesto legalmente, por mandato de la Ley, y con carácter tuitivo. Además, ambas son prestadas por el vendedor o el fabricante, y el margen que dentro de ellas tiene el principio de la autonomía de la voluntad es muy similar. Piénsese que el artículo 1485 CC permite que las partes puedan estipular la exoneración del vendedor de la obligación de saneamiento, lo cual, conforme al aforismo de que «quien puede lo más, puede también lo menos», les habilitaría a introducir igualmente otro tipo de cláusulas, dentro de los límites señalados por el artículo 1255 CC. En el resto de Estados miembros de la CE, en cambio, la garantía comercial es, generalmente, de prestación voluntaria. En el Derecho español tiene por ello una naturaleza mixta, por lo que no es extraño que algún autor como M. TENREIRO (1994: 18) hable del mito del carácter voluntario de la garantía comercial.

para un tipo específico de relaciones: aquellas compraventas en las que interviene un consumidor; y para un tipo específico de bienes: los bienes de naturaleza duradera.

Es en este punto donde debe comenzar el proceso de reconstrucción del concepto, una vez cumplida la fase descendente en la que hemos llegado hasta lo más esencial e irreductible. Si el concepto de bienes de naturaleza duradera funciona como criterio objetivo de delimitación del ámbito de aplicación de la garantía comercial, resulta forzosamente de ello que aquél deba ser entendido y definido bajo este aspecto. ¿Cuál será pues el criterio clasificatorio sobre el que ha de basarse esta categoría? En mi opinión se trata de una clasificación de los bienes fundada sobre un criterio de atribución o imputación de la carga de la prueba, de modo que bienes de naturaleza duradera serían aquellos de los que, en razón de sus propias características y condiciones, es razonable presumir que los defectos que en ellos se pongan de manifiesto dentro de un determinado plazo ya existían al momento de la venta, es decir, son originarios y, por tanto, deben imputarse al vendedor en virtud de la obligación que le incumbe de entregar la cosa vendida conforme a lo estipulado en el contrato. Consumibles serían, por el contrario, aquellos bienes de los que, en razón de sus características y, conforme a las reglas del razonar humano, los defectos que en ellos se descubrieran no podrían considerarse como originarios y, por tanto, imputarse al vendedor, en la medida en que están expuestos a un uso o manipulación por parte del consumidor de los que fácilmente podrían resultar aquellos defectos.

Pero, ¿cuál serían esas condiciones o características? No parece que pueda ni deba existir un único criterio acerca de cuáles hayan de ser tales características sobre las que construir la referida presunción, sino que, antes bien, deben ser admitidos diversos criterios, aunque se deberá partir siempre en la construcción de la presunción que implica la garantía comercial, de la incidencia que sobre el producto pueden tener las actuaciones del consumidor, de terceros, o de fuerzas externas al mismo. Puede así afirmarse, de acuerdo con estos criterios, que bienes de naturaleza duradera son aquellos en los que cabe presumir, durante un determinado período de tiempo, que el uso que de ellos se haga, o la incidencia de agentes externos sobre los mismos, no originará en ellos ningún defecto, presumiéndose así el carácter originario de los defectos que puedan surgir durante ese período. Consumibles, por el contrario, serían aquellos de los que cabe presumir que todo defecto aparecido en los mismos tras la venta es debido a agentes externos y que, por tanto, no existía al tiempo del contrato, con lo que es impu-

table al comprador. Un disquete de ordenador es así, en el tráfico, considerado como consumible, de igual modo que lo es un cartucho de tinta para impresora o una cinta de vídeo.

La íntima conexión que existe entre la garantía y su período de vigencia viene, por otra parte, a reforzar esta tesis, conforme a la cual el concepto de bienes de naturaleza duradera se basa en la aplicación de una regla de atribución de la carga de la prueba sobre la base de una presunción: el carácter originario de los defectos.

Éste es, en mi opinión, el criterio sobre el que han de definirse los bienes de naturaleza duradera, categoría que puede entonces abarcar un amplio elenco de bienes, sin que éstos hayan de reunir, por principio, ningún tipo de características físicas. Quedarían, no obstante, claramente excluidos de esta categoría, según vimos anteriormente, aquellos bienes que estuvieran dotados de una consumibilidad en sentido físico, como los alimentos o los productos farmacéuticos, pues respecto de ellos es razonable presumir que cualquier vicio se ha producido después de la entrega ⁴⁹. Es bien cierto, en todo caso, que, pese a que no existe obligación legal de prestar garantía alguna en relación con los bienes no duraderos, la práctica comercial actúa en muchos casos como si en realidad existiera tal garantía y no es infrecuente que ante reclamaciones por defectos en relación con este tipo de bienes cuya manipulación o uso aparece a todas luces como elemento determinante de su buen o mal funcionamiento, de la existencia o no de vicios, el vendedor proceda a sustituir esos bienes por otros. Ello no es sino una manifestación de una determinada política comercial, del mismo modo que lo fue originariamente la garantía y lo es hoy la duración de su plazo de vigencia por encima de las disposiciones legales ⁵⁰.

Esta definición de bien de naturaleza duradera supone admitir que todos los bienes están avocados a un deterioro progresivo y que tarde o temprano surgirán problemas con ellos. En este contexto

⁴⁹ A pesar del ejercicio de delimitación conceptual que necesariamente deriva de la creación por el artículo 11.2 LGDCU de la categoría de bienes de naturaleza duradera, son varios los autores que han atribuido a este tipo de bienes una gran amplitud. Así, J. DUQUE (1984: 77) entiende que la contraposición entre esta categoría de bienes y el resto no debe formularse de una manera radical y que el artículo 11 LGDCU, aunque formalmente se refiere en sus apartados 2.º ss. a la categoría de los bienes de naturaleza duradera, puede aplicarse a todos los bienes con las oportunas adaptaciones para los que carezcan de dicha naturaleza. También R. BERCOVITZ (1987: 217) concibe esta categoría en un sentido amplio.

⁵⁰ Téngase, no obstante, en cuenta que en muchas ocasiones, a pesar de concederse amplios períodos de garantía, superiores al plazo mínimo general de seis meses, pudiendo llegar, incluso, a cubrir toda la vida útil calculada del producto, la ejecución de la garantía se condiciona a la exacta realización en tiempo y forma de un programa de mantenimiento del producto. La calificación jurídica de esta «garantía», que adopta en la práctica formas muy diversas, requeriría de un estudio particular. La garantía entendida en sentido estricto es siempre gratuita. *Vid.* los artículos 11.3.a) LGDCU, y 3.3 de la Directiva 1999/44/CE.

debe situarse la obligada prestación de garantía comercial. La denominación de bienes de naturaleza duradera tiene por eso sentido en la medida en que lo que se pretende a través de la garantía es que los bienes adquiridos tengan una duración mínima razonable y no se vean rotas las expectativas del consumidor al poco tiempo de la adquisición del bien ante las dificultades que entraña la prueba del carácter originario de los vicios.

2. CONFRONTACIÓN DE ESTA TESIS CON LOS TEXTOS POSITIVOS Y LAS NECESIDADES DEL TRÁFICO

A) *Desde el punto de vista del Derecho comunitario*

La tesis aquí defendida es perfectamente confrontable con lo dispuesto en los textos de Derecho positivo, tanto de Derecho español, como de Derecho comunitario, y viene corroborada de forma especial por la reciente Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Serían, en concreto, los artículos 5.3 y 2.3 de esta norma las disposiciones en las que puede fundarse la definición de bienes de naturaleza duradera aquí ensayada. Dice el primero de estos preceptos:

«Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad.»

En este precepto se pone de relieve la estrecha vinculación que existe entre la naturaleza de los bienes y la inversión de la carga de la prueba, pues aquélla se concibe como presupuesto de aplicación de ésta, de lo que resulta que tal naturaleza sólo puede definirse y apreciarse en relación con la carga de la prueba, con su idoneidad para justificar una presunción de falta de conformidad.

Estas apreciaciones deben completarse con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la citada norma, conforme al cual:

«Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor.»

Tras señalarse en el apartado primero de este artículo 2 que el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa, recoge este apartado tercero una serie de supuestos en los que se entiende que no existe falta de conformidad y que no resultan en absoluto extraños al sistema del Código civil: el conocimiento del defecto por parte del consumidor y la existencia de la falta de conformidad en los materiales suministrados por éste. De todas estas previsiones contenidas en el artículo 2 se deduce que para que pueda invocarse la falta de conformidad ha de tratarse de un vicio oculto, es decir, desconocido para el comprador, pues si éste lo conocía, o puede fundadamente presumirse que no podía ignorarlo –presunción que también juega cuando la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor–, se entiende entonces que lo admite, y que, a pesar de ello, consiente en la venta, por lo que no podrá después invocar ninguna falta de conformidad. En todas estas hipótesis, con independencia del tipo de bien objeto de venta, no se podrá exigir saneamiento alguno, por lo que no cabrá establecer presunción alguna de falta de conformidad, ni venir, por tanto, en aplicación el concepto de bien de naturaleza duradera.

B) Desde el punto de vista del Derecho español y europeo

En el Derecho español el Código Civil contempla como requisitos de la obligación de saneamiento el carácter originario del vicio ⁵¹ y su carácter oculto. Este último se desprende de lo dispuesto en diversos preceptos como el artículo 1.484, conforme al cual el vendedor no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieran a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocerlos ⁵². Se desprende, igualmente, de lo establecido en el artículo 1.493, que contiene algunos supuestos en los que se presume el conocimiento por parte del comprador de los posi-

⁵¹ Así se deduce claramente de los artículos 1488 y 1497 CC, así como del artículo 11.3.a) LGDCU. Este carácter originario del vicio siempre ha servido para deslindar los supuestos cubiertos por la obligación de saneamiento de aquellos otros en los que se discute una cuestión de riesgo (*vid.*, entre otros, los arts. 1096, 1105, 1182 ss. y 1452 CC) o un incumplimiento de la obligación de custodia del vendedor (arts. 1094 y 1468 CC). Cfr. T. RUBIO GARRIDO (1990: 869 ss., particularmente 898). El vendedor o fabricante deberá probar, durante el plazo de vigencia de la garantía por él otorgada, que el defecto que se manifiesta constituye una cuestión de riesgo, es decir, que el vicio no tiene carácter originario, bien porque se deba a un uso indebido del producto, a fuerza mayor, caso fortuito, etc. También puede probar que el vicio era conocido por el comprador, por ejemplo, por tratarse de un defecto manifiesto.

⁵² *Vid.* también el artículo 1495 CC.

bles vicios de que adolezca la cosa vendida: bienes adquiridos en feria o en pública subasta⁵³, y caballerías enajenadas como de desecho. En ninguno de los casos contenidos en estos preceptos se podrá exigir saneamiento alguno al vendedor, bien porque el comprador conocía los defectos, bien porque de las condiciones de la venta se desprende una apariencia de cognoscibilidad de tales defectos. No cabrá, por tanto, en estos casos, realizar inversión alguna de la carga de la prueba, y el concepto de bienes de naturaleza duradera no entrará en aplicación. También el establecimiento de un plazo general de seis meses para exigir el saneamiento (art. 1490), así como de uno especial de cuarenta días para las ventas de ganado (arts. 1496 y 1499) revela que el legislador está pensando, al hacer esta distinción, en el mayor nivel de riesgo que entraña la adquisición de cabezas de ganado en cuanto a la aparición de vicios con posterioridad al momento de la venta.

En materia de garantía comercial, el artículo 12.2 LOCM pone igualmente de relieve la íntima vinculación que existe entre la naturaleza de los bienes y el plazo de vigencia de aquélla, remarcando con ello que lo verdaderamente importante y que debe tenerse en cuenta en la definición de ambos es la procedencia o no de establecer una inversión de la carga de la prueba, y en qué medida.

Las normas legales y reglamentarias que desarrollan lo dispuesto en este precepto confirman igualmente la tesis aquí defendida. El artículo 16 del Real Decreto 1457/1986 determina que todas las reparaciones o instalaciones efectuadas en cualquier taller quedarán garantizadas durante un período de tres meses o 2.000 kilómetros recorridos, salvo que se trate de vehículos industriales, en cuyo caso la garantía caducará a los quince días o 2.000 kilómetros recorridos; y el artículo 6 del Real Decreto 58/1988 indica que todas las reparaciones o instalaciones de aparatos domésticos efectuadas en cualquier servicio de asistencia técnica tendrán una garantía mínima de tres meses. En ambos casos, puesto que se trata de la reparación o instalación de bienes, es razonable que se fije un plazo mínimo de garantía inferior al general de seis meses, ya que es mayor el riesgo de que surjan en ellos defectos a consecuencia de su uso. Por otra parte, el hecho de que el período de vigencia de la garantía no se determine exclusivamente sobre la base de una unidad de tiempo, sino también en virtud del uso efectivo que se hace del producto, como sucede respecto a las reparaciones de vehículos, al considerarse la distancia efectivamente recorrida por éstos, confirma también la tesis aquí defendida, pues la presunción que implica la

⁵³ Vid. el artículo 1.3 de la Directiva 1999/44/CE.

garantía se hace depender directamente del uso que se hace del bien. Desde este punto de vista resulta también comprensible que el plazo de garantía de las reparaciones e instalaciones realizadas en vehículos industriales se reduzca de tres meses a quince días, puesto que se trata de vehículos sujetos a un deterioro más intenso debido al uso a que se les somete.

En cuanto a la Jurisprudencia, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la carga de la prueba en relación con la garantía comercial otorgada a un consumidor, se ha decantado, sin paliativos, por reconocer que ésta implica una inversión de la carga de la prueba, como así se observa en la STS de 23 de mayo de 1991 ⁵⁴.

Si observamos el panorama existente en los diversos Estados europeos, vemos que en muchos de ellos se han ido introduciendo, tanto por vía legal como jurisprudencial, presunciones de la existencia con anterioridad a la venta de los defectos que se ponen de manifiesto dentro de un determinado plazo, trasladándose con ello, en gran medida, la carga de la prueba al vendedor ⁵⁵. Esto pone de relieve la importancia que esta medida tiene en relación con la garantía en las ventas de consumo, dadas las características que éstas revisten en cuanto a los sujetos y al objeto. Por eso, los países que como Grecia, al igual que España, han optado por establecer un sistema obligatorio de garantía comercial se sirven del concepto de bienes de naturaleza duradera, en tanto que en el resto se ha tenido que hacer uso de otros recursos, siempre en relación con la garantía legal.

Creo, en fin, que estas ideas responden a los usos y prácticas comerciales imperantes en el mercado de los diferentes bienes y productos, criterio que era tenido en cuenta por el Real Decreto 287/1991 para la elaboración del catálogo de bienes de naturaleza duradera. Las excepciones que se relacionan en los documentos de garantía, y que suelen coincidir con las recogidas en los textos legales ⁵⁶, se refieren todas ellas a supuestos distintos a los de vicios originarios y ocultos, esto es, supuestos de fuerza mayor, de manipulaciones llevadas a cabo por el usuario o un tercero, de uso inadecuado del producto, de fallos o deterioros producidos por el desgaste normal de los bienes, o, en el caso de reparaciones, de no aceptación por el usuario de la reparación de averías ocultas previamente comunicadas por el vendedor. Todo ello pone de manifiesto

⁵⁴ *Vid.* sobre la misma el comentario de R. BERCOVITZ (1991: 603 ss.).

⁵⁵ Así sucede en países como Dinamarca, Bélgica, Francia o Luxemburgo. *Vid.* el Libro Verde (pp. 45 ss.).

⁵⁶ Así en el artículo 16 del Real Decreto 1467/1986 y en el artículo 6 del Real Decreto 58/1988.

que es la compatibilidad que las características de los bienes presentan en relación con la posibilidad de establecer una inversión de la carga de la prueba la que define la naturaleza duradera de los bienes en los términos del artículo 11.2 LGDCU.

III. ALTERNATIVAS EN SU CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA

1. COMO CATEGORÍA ESPECÍFICA DE BIENES

A) *Una propuesta de continuidad*

Tras estas consideraciones parece forzoso preguntarse acerca de la continuidad del concepto de bienes de naturaleza duradera como particular categoría de bienes, tal y como aparece recogida en el artículo 11.2 LGDCU, habida cuenta básicamente de que el Derecho comunitario ha optado claramente por prescindir de él y plantear la cuestión en el artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE desde el punto de vista de los plazos con que cuenta el consumidor para invocar la falta de conformidad, como uno más de los previstos en este precepto y en el que se establece una presunción de falta de conformidad. La cuestión es entonces si debe mantenerse como específica categoría de bienes e intentar, consiguientemente, su construcción, partiendo de los parámetros defendidos en este trabajo, o, por el contrario, si resulta más factible proceder a su desmantelamiento y tratar de configurarlo desde otro punto de vista, aun partiendo siempre de los parámetros aquí defendidos.

Intentar abordar esta cuestión en profundidad superaría los límites de este trabajo, aunque sí que es obligado señalar al menos algunas intuiciones al respecto. Como se ha señalado, las clasificaciones de los bienes tienen un marcado carácter funcional en cuanto que están esencialmente orientadas hacia las necesidades o requerimientos del tráfico. Comprendida siempre bajo estos parámetros, toda clasificación de bienes puede basarse, bien en propiedades de carácter físico, bien en propiedades de otro tipo, las cuales, por contraposición a aquéllas, se suelen denominar jurídicas. Y, puesto que, en última instancia, es la voluntad humana la que dota de contenido y significado a las cosas de acuerdo con sus necesidades, colocándolas a su servicio de modos muy diversos, no es extraño que toda clasificación de los bienes revista siempre un carácter relativo. En este sentido el concepto de bienes de naturaleza duradera aquí

defendido encuentra perfecto acomodo dentro de la teoría de los bienes y del Derecho de cosas.

Si esto es lo que cabe señalar en el terreno de los principios, al examinar los textos positivos vemos que, en materia de garantía legal, el artículo 5.3 de la Directiva 1999/44/CE establece una presunción respecto al carácter originario de la falta de conformidad que se manifieste en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ⁵⁷, y que tal presunción se hace depender de su compatibilidad con la naturaleza de los bienes. Puede entonces afirmarse que si con ello el precepto no está aludiendo a una particular categoría jurídica de bienes, sí, al menos, se estaría refiriendo a un determinado tipo o conjunto de cosas, de modo que parece requerir entonces de una base objetiva de contornos delimitados conforme a algún criterio. La estrecha vinculación que este precepto establece entre la inversión de la carga de la prueba y la naturaleza de los bienes induce así a pensar en la necesidad de construir este concepto como particular categoría de bienes.

Más claramente aun que en materia de garantía legal, la necesidad de recurrir a una categoría de bienes se revela como imprescindible en relación con la garantía comercial, desde el momento en que ésta se configura en el Derecho español como de obligatoria prestación por el vendedor o el productor, por lo que requiere entonces de una base objetiva de contornos definidos de forma nítida en términos jurídicos. Por otra parte, la referencia –tan contra-

⁵⁷ En el Derecho español el momento en que se debe apreciar la existencia de vicios a los efectos de poder exigir el saneamiento es el de la transmisión del riesgo, esto es, el de la perfección del contrato. Los defectos que surjan con posterioridad a esa fecha son imputables al comprador. Éste es también el momento que se toma en consideración en relación con la distribución de la carga de la prueba, de modo que a partir de la venta corresponderá al comprador probar que el defecto que se ponga de manifiesto con posterioridad a ella es originario. Ya hemos visto que el artículo 11.2 LGDCU viene a alterar esto último, sirviéndose para ello del concepto de bienes de naturaleza duradera. Frente a esto, la Directiva 1999/44/CE establece como momento en que debe apreciarse la falta de conformidad el de la entrega del bien (arts. 3.1 y 5.3), en aras de una mayor protección del consumidor. La diferencia entre uno y otro sistema es, no obstante, más aparente que real. En el Derecho español debe tenerse en cuenta que si bien la transmisión del riesgo tiene lugar, «por regla general», con la perfección del contrato, tratándose de cosas genéricas, se produce, en cambio, en el momento de la especificación, lo cual normalmente acontecerá al realizarse la entrega del bien. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la obligación que incumbe al vendedor de conservar la cosa de forma diligente (arts. 1094 y 1468 CC), pudiéndosele exigir responsabilidades de no ser así. En cuanto al régimen de la Directiva, es bien cierto que ésta parte de la idea de que la práctica totalidad de las transacciones tienen como objeto bienes genéricos, por lo que resulta acertada la solución que adopta para ello. Esto no implica, sin embargo, que desconozca completamente el momento de la venta, pues, como hemos podido comprobar anteriormente al examinar su artículo 2 y se deduce del propio concepto de «conformidad con el contrato», también el momento de conclusión de la venta es tenido en cuenta. De no ser así no podría entenderse por qué no existe falta de conformidad en los casos en que el comprador conozca el defecto en el momento de la celebración del contrato.

dictoria— que el artículo 12.2 LOCM hace a la naturaleza de los bienes después de esbozar como criterio general para la delimitación del plazo de garantía el concepto de bienes de naturaleza duradera, si, por un lado, nos está indicando que ese carácter duradero no puede definirse en términos naturalísticos, por otro, nos está señalando que se precisa de una categoría de bienes que comprenda y defina tal naturaleza a los efectos de exigibilidad de la garantía comercial y que a la vez permita introducir variaciones en cuanto a la extensión de su plazo de vigencia. Por último, la misma Directiva 1999/44/CE parece igualmente presuponer la existencia de una categoría de bienes en materia de garantía comercial cuando en su considerando 21 reconoce que es práctica corriente que respecto a determinadas categorías de bienes los vendedores o los productores ofrezcan a los consumidores garantías sobre sus bienes contra cualquier defecto que se manifieste en un plazo determinado.

B) *Aplicabilidad del concepto en relación con el servicio posventa*

Una cuestión se plantea inmediatamente después de haber construido esta categoría: ¿Sería válido este criterio clasificatorio en relación con la obligación de prestar un adecuado servicio posventa en los términos previstos por el artículo 11.5 LGDCU y por el artículo 12.3 LOCM? Por regla general la Doctrina ha mostrado sus reticencias a la hora de aplicar el concepto de bienes de naturaleza duradera que deriva de las disposiciones vigentes al servicio posventa⁵⁸, al entender que la obligada prestación del mismo sólo tiene sentido respecto de aquellos bienes que presentan una cierta complejidad técnica que haga necesaria la intervención de un especialista para asegurar su mantenimiento, y no respecto de todos aquellos bienes considerados como de naturaleza duradera en la normativa vigente. Critica también la Doctrina el establecimiento de un plazo mínimo general de cinco años durante el que se debe garantizar el suministro de piezas de repuesto, y que es aplicable a todo tipo de objetos sin distinción alguna, al margen de su vida útil o de cualquier otro tipo de consideración (precio, tipo de piezas, etcétera), con lo que se está primando la seguridad jurídica en detrimento de la justicia material⁵⁹.

⁵⁸ Así M.^a A. PARRA LUCÁN (1997: 219 ss.) y, siguiéndola, J. AVILÉS GARCÍA (2000b: 621 ss.)

⁵⁹ Éste es muy probablemente el motivo que ha llevado al establecimiento de un criterio diverso en relación con los aparatos de uso doméstico, como así se desprende del artículo 4.5 y de la disposición adicional primera del Real Decreto 58/1988.

Estas reticencias ponen de relieve la imposibilidad de someter la garantía comercial y el servicio posventa a unos mismos criterios objetivos en la delimitación de su ámbito de aplicación. En mi opinión, si en algún ámbito tiene sentido la denominación de bienes duraderos, es en este del servicio posventa, puesto que lo que precisamente se trata de asegurar con él es que los bienes puedan ser útiles al consumidor a lo largo de toda su vida útil y que no se vea obligado a prescindir de ellos al cabo de un corto período de tiempo ante la falta de piezas de repuesto o de personal técnico que pueda proceder a su reparación⁶⁰. Creo también, en la misma línea que los autores anteriormente citados, que no puede exigirse la existencia de un servicio posventa con respecto a todo tipo de bienes o, al menos, en las mismas condiciones, sino que deberá atenderse a la susceptibilidad de los propios bienes para requerir piezas de repuesto. Sería por ello preciso que del uso de los bienes se desprendiera la necesidad de piezas de repuesto, lo cual no tiene forzosamente que depender de la complejidad técnica de los bienes.

2. UNA SOLUCIÓN AL MARGEN DE LA TEORÍA DE LOS BIENES

Frente a la configuración del concepto de bienes de naturaleza duradera como una clase específica de bienes dentro del Derecho de cosas, cabe la posibilidad de construir la función que tal concepto está llamado a desempeñar en el Ordenamiento español, desde un punto de vista conceptual y sistemático diverso. Puede así abordarse su configuración desde el punto de vista de los plazos legalmente previstos para hacer efectiva la obligación de saneamiento, como un plazo particular dentro del cual se presume el carácter originario de todo defecto y falta de conformidad que puedan surgir en el bien adquirido, motivando con ello la inversión de la carga de la prueba.

A favor de esta configuración puede alegarse que el artículo 5.3 de la Directiva 1999/44/CE, al presumir el carácter originario de las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien, no sólo atiende a la naturaleza de los bienes, sino también a la índole de la falta de conformidad, lo que exige tomar también en consideración el tipo de defecto que presenta el bien. De la letra de este precepto parece deducirse

⁶⁰ *Vid.* lo dicho anteriormente en la nota 5. Sobre la configuración jurídica del servicio posventa en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *vid.*, además, I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999: 191).

que basta la incompatibilidad de cualquiera de estos dos criterios con la presunción que en él se prevé, para que ésta no pueda admitirse. Así pues, si, conforme a la definición de bienes de naturaleza duradera aquí defendida, resulta un concepto de gran amplitud, en la línea propugnada por diversos autores ⁶¹, aunque bien delimitado dentro de parámetros estrictamente jurídicos por su orientación a las necesidades del tráfico, el hecho de que este precepto exija atender también a la índole de la falta de conformidad viene prácticamente a imposibilitar el que pueda construirse con respecto a la garantía legal una categoría de bienes sobre la base de cualquier criterio, sea el aquí defendido u otro distinto, pues, en teoría, el carácter originario de la falta de conformidad podría, a la luz de este artículo 5.3, presumirse en relación con cualquier tipo de bien, sea del tipo que sea.

Según esto, difícilmente podría sostenerse, en el ámbito de la garantía legal, la configuración del concepto de bienes de naturaleza duradera como particular y específica categoría de bienes. Incluso si se intentara un catálogo de vicios o faltas de conformidad a los fines del artículo 5.3 de la Directiva comunitaria, aplicable a determinados tipos de bienes, incluidos bienes consumibles como los alimentos, no podría ya, en ningún caso, hablarse en puridad de categoría de bienes. Así pues, no parece que en materia de garantía legal se precise tanto de una categoría concreta de bienes como base para establecer una inversión de la carga de la prueba, ya que lo que más bien se hace en el mencionado artículo 5.3 es una llamada al juzgador para que, valorando las circunstancias (naturaleza de los bienes o índole de la falta de conformidad), decida la procedencia o no de admitir el carácter originario de la falta de conformidad.

Esto conduce, en realidad, a una desnaturalización de la presunción construida a través del concepto de bienes de naturaleza duradera, pues el artículo 5.3 de la Directiva exige una valoración de los hechos que se presentan ante el juzgador, el cual debe proceder a examinar la falta de conformidad surgida en el bien. Se precisa por ello de una formación de la voluntad en sentido estricto, lo que supondrá generalmente tener que recurrir a otros medios de prueba: inspección ocular, informe pericial o aportación de documentos, si bien parece que ante la persistencia de la duda el precepto está indicando que se opte por presumir el carácter originario de la falta de conformidad. Estaríamos entonces no ante una presunción legal, sino ante una presunción judicial del artículo 368 LEC, la cual se caracteriza porque en ella es el propio juzgador quien establece en

⁶¹ Así R. BERCOVITZ (1987: 187) y J. DUQUE (1984: 77).

cada caso concreto la relación existente entre la afirmación base y la afirmación presumida ⁶².

Si en el Derecho español se establece una inversión de la carga de la prueba en relación con la obligación de saneamiento sobre la base de una presunción legal, presunción que se construye mediante la elaboración de una determinada categoría de bienes, la Directiva comunitaria realiza tal inversión sobre la base de una presunción judicial, obligando al juzgador a declarar probado un hecho siempre que esté relacionado, según las reglas del criterio humano, con otro hecho probado en forma precisa y directa ⁶³. Esta diferencia entre uno y otro sistema pone de relieve que en el Derecho español la inversión de la carga de la prueba reviste una mayor fuerza e intensidad, de ahí que sea preciso reconocer, como hace J. Lete Achirica (1999: 1376), que las repercusiones en el Derecho español del artículo 5.3 de la Directiva comunitaria serán bastante limitadas.

Esta solución arbitrada por el Derecho comunitario parece la más razonable y satisfactoria en relación con la garantía legal, pues permite al juzgador una valoración completa de todos los hechos a la hora de admitir o no el carácter originario de la falta de conformidad, sin estar para ello vinculado por un sistema estricto de presunciones. Es también el complemento más idóneo de la garantía comercial, sea ésta de prestación obligatoria o no, pues es perfectamente posible que en bienes en los que se suele prestar garantía comercial o en los que ésta es obligatoria, la índole de la falta de conformidad lleve al juzgador al convencimiento de que ésta no es originaria y que no procedería, por tanto, admitir la inversión de la carga de la prueba, como también es posible que en bienes sobre los que no se suele otorgar garantía comercial o sobre los que no es obligatoria (consumibles) la falta de conformidad sea de tal índole que lleve al juzgador a presumir su carácter originario. En qué medida este sistema puede resultar compatible con la inversión de la carga de la prueba que conlleva la garantía comercial es cuestión que sólo una adecuada transposición de la Directiva podrá resolver.

En relación con la garantía legal parece, pues, más razonable integrar el concepto de bienes duraderos dentro del sistema de plazos, que quedaría como sigue:

- Un plazo de dos años a partir de la entrega del bien y durante el cual debe manifestarse la falta de conformidad. Es lo que se conoce como plazo de garantía o plazo material.

⁶² Como señala J. CASTÁN (1987: 928), la presunción judicial es el único tipo de presunción que constituye verdadero medio de prueba.

⁶³ Cfr. M. SERRA DOMÍNGUEZ (1991: 427).

- Un plazo que no puede ser inferior a dos años a partir de la entrega del bien y durante el cual pueden ejercitarse los derechos previstos en el artículo 3. 2 de la Directiva. Es lo que se conoce como plazo para iniciar diligencias o plazo procesal, y que el artículo 5.1 califica como de prescripción.

- Un plazo de dos meses a contar desde la fecha en que el consumidor se percató de la falta de conformidad, y dentro del cual se deberá informar al vendedor como condición para que pueda hacer valer sus derechos. La fijación de este plazo se deja al arbitrio de cada Estado.

- Plazo de seis meses a partir de la entrega del bien, y dentro del cual se presumirá, de acuerdo con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad, que las faltas de conformidad ya existían a la fecha de entrega del bien.

Este sistema de plazos es completamente ajeno al Código Civil, que en su artículo 1490 CC prevé un único plazo de seis meses, considerado por la Jurisprudencia como de caducidad ⁶⁴, y que funciona a la vez como plazo de garantía y como plazo para la iniciación de diligencias. No resulta ajeno, en cambio, al sistema de plazos previsto en el artículo 1591 CC ⁶⁵.

3. LA «EXTENSIÓN» DEL CONCEPTO

Una vez examinada la «intensión» del concepto de bienes de naturaleza duradera y sus posibilidades de continuidad tras la Directiva 1999/44/CE, resta, tan sólo, determinar la «extensión» del mismo. El hecho de que la mencionada Directiva limite su campo de aplicación a los bienes muebles corporales no debe prejuzgar respuesta alguna, puesto que tal norma no es más que un retazo del Ordenamiento jurídico que, por otra parte, se halla forzosamente limitado en cuanto a sus aspiraciones en razón de unos determinados títulos competenciales ⁶⁶, así como por la difi-

⁶⁴ El momento a partir del cual comienza a contarse el plazo para el ejercicio de las acciones es el de la entrega del bien, lo cual tiene su fundamento en que, normalmente, es a partir de ese momento cuando el comprador puede apreciar la existencia de los vicios. Compárese esto con lo dispuesto en los artículos 3.1 y 5 de la Directiva comunitaria, y se verá entonces, según lo dicho anteriormente, que ambos sistemas no son tan distintos.

⁶⁵ En relación con los plazos previstos en materia de garantía comercial, las opiniones doctrinales son bastantes diversas, aunque predomina la opinión de que se trata de un plazo de garantía, de modo que el consumidor gozaría, una vez puesto de relieve el vicio, del plazo de prescripción general para las acciones personales del artículo 1964 CC, con lo que contaría con quince años a partir de la fecha de aparición del vicio. Sobre las diversas opiniones doctrinales *vid.* M.^a A. PARRA LUCÁN (1997: 217) e I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999: 216 ss.). En la Jurisprudencia, *vid.* la citada Sentencia de 23 de mayo de 1991.

⁶⁶ *Vid.* el Libro Verde, el cual opta por una armonización centrada en la protección del consumidor y no una armonización general (p. 85).

cultad que plantea la armonización de quince Ordenamientos diversos. Servirse de ella ciegamente sería por ello un craso error; antes bien, se ha de contemplar prioritariamente el Ordenamiento en que tal norma se incardina, esto es, el Derecho español, tanto en su concepción de los bienes como en su regulación de las garantías.

La aplicabilidad de la noción de bienes de naturaleza duradera en relación con los bienes muebles corpóreos parece fuera de duda, pues a ellos se adapta perfectamente, tanto si se trata de bienes nuevos como si se trata de bienes usados. Respecto de estos últimos las leyes no establecen salvedad alguna que impida su consideración como bienes de naturaleza duradera. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2 LGDCU y en el artículo 12.2 LOCM, ellos pueden ser objeto de garantía comercial. Lo mismo cabe decir por lo que a la garantía legal se refiere, pues tanto el Código Civil como la Directiva 1999/44/CE los comprenden. La exclusión que de ellos se hace como objeto de garantía se basa en la improcedencia que en algunos casos supondría plantearse la existencia de defectos de carácter originario ⁶⁷. El resto de particularidades que con respecto a ellos se establecen no afectan en modo alguno a su consideración como bienes de naturaleza duradera ⁶⁸.

En cuanto a los bienes inmuebles, parece evidente que éstos puedan, sin problema alguno, ser objeto de garantía comercial, pues nada hace pensar que ni el artículo 11.2. LGDCU, ni el artículo 12.2 LOCM restrinjan su ámbito de aplicación a los bienes muebles, máxime cuando la vivienda se encuentra incluida en el catálogo de bienes de naturaleza duradera contenido en el Real Decreto 1507/2000. Con respecto a ellos puede, en efecto, presumirse el carácter originario de los defectos aparecidos dentro de un determinado período de tiempo, facilitándose con ello la prueba al consumidor. Esto determinaría la existencia de un sistema de plazos muy similar al previsto por el artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE y en el que convivirían, junto a los plazos señalados por los artículos 17 y 18 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, un plazo de garantía comercial que implicaría la inversión de la carga de la prueba.

Podría por ello ensayarse un régimen general de garantías en la venta que comprendiera los inmuebles, con las particularidades que este tipo de bienes requiere en cuanto a los plazos y medios de defensa. Ello exigiría tener también en cuenta lo dispuesto en algu-

⁶⁷ Así sucede en relación con el artículo 1493 CC y el artículo 1.3 de la Directiva.

⁶⁸ Artículos 1.2, 7.1, y considerando 16 de la Directiva.

nos preceptos del Código Civil, como los artículos 1469 a 1472, y el artículo 1.483. Debe señalarse, por otra parte, que si en relación con los bienes muebles corporales la existencia de un adecuado servicio posventa es requisito imprescindible para hacer valer la garantía, de cualquier tipo que sea, e, incluso, para asegurar su durabilidad, en relación con los inmuebles el equivalente para permitir hacer efectivas las garantías que se otorgan al comprador no es otro que la suscripción de seguros de daños ⁶⁹.

En cuanto a las prestaciones de servicios, tanto el artículo 16 del Real Decreto 1457/1986 como el artículo 6 del Real Decreto 58/1988 nos demuestran que también los servicios pueden ser objeto de garantía, puesto que las reparaciones e instalaciones de vehículos y aparatos domésticos cuentan con un período de garantía mínimo. Por otra parte, a pesar de que la Directiva 1999/44/CE reduce su ámbito de aplicación a los bienes muebles corporales, lo cierto es que en ella también se aplica la noción de falta de conformidad en relación con algunas prestaciones de servicios, en concreto en su artículo 2.5, respecto a la instalación de bienes ⁷⁰, lo cual no deja de ser una prestación de servicios, y también en su artículo 1.4, respecto de los denominados contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse. En todos estos supuestos, que más bien entran dentro del concepto de contrato de obra, y que son asimilados a la compraventa, es aplicable el concepto de bienes de naturaleza duradera en la medida en que el servicio prestado se materializa y adquiere carácter corpóreo, puesto que sólo en este sentido puede esperarse de él una durabilidad en el tiempo y presumirse, a la vez, el carácter originario de los defectos que surjan dentro de un determinado plazo. En los servicios en los que no se produce tal materialización no puede, en cambio, venir en aplicación el concepto de bienes de naturaleza duradera, y ni siquiera puede plantearse la existencia de una obligación de saneamiento, la cual está intrínsecamente unida a la entrega de una cosa.

Respecto al abastecimiento de algunos bienes como el agua, gas o la electricidad, bienes que la Directiva excluye de su ámbito de aplicación cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, tampoco puede venir en aplicación el concepto de bienes de naturaleza duradera, ni estar ellos sujetos a obligación de saneamiento alguna. Se trata primeramente de sectores cuya exacta definición desde el punto de vista de

⁶⁹ Vid. artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

⁷⁰ Cfr. M. TENREIRO (2000: 12).

la teoría de los bienes se encuentra aún sujeta a controversia; una controversia que se ve incrementada, dados los profundos cambios a que estamos asistiendo en este ámbito y a las diferentes regulaciones de los Estados miembros. Al margen de que el sistema de remedios legales previstos en la Directiva, el Código Civil o la LGDCU resulta prácticamente del todo inadecuado, pues el único modo posible de un hipotético saneamiento sería el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, es bien evidente que no existe en estos casos entrega de bien alguno cuyo uso deba garantizarse durante un determinado período de tiempo, sino, como sucede en la simple prestación de servicios, prestaciones continuadas que se agotan en sí mismas.

En relación con los vicios de carácter jurídico tampoco tiene sentido aplicar el concepto de bienes de naturaleza duradera, pues, evidentemente, este tipo de vicios tendrá siempre una clara delimitación temporal y fácilmente será constatable si tienen o no carácter originario.

IV. CONCLUSIONES

Primera.—Puede concluirse que a través del concepto de bienes de naturaleza duradera el legislador español impuso de forma imperativa y, durante un plazo de tiempo determinado, la inversión de la carga de la prueba en materia de saneamiento por vicios ocultos, respecto de aquellos bienes en los que, en razón de sus características, fuera posible presumir el carácter originario de tales vicios. Esta medida no tiene parangón en los Ordenamientos del resto de Estados miembros de la CE, salvo el griego, aunque en muchos de ellos se ha procedido, por vía legal o jurisprudencial, a facilitar la prueba del carácter originario de los vicios al consumidor mediante la inversión de la carga de la prueba a su favor en materia de garantía legal. La Directiva 1999/44/CE se ha hecho eco de esta tendencia generalizada, optando por establecer, en el ámbito de la garantía legal, una inversión de la carga de la prueba durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrega del bien de consumo. Dado el modo en que el legislador comunitario ha configurado esta medida, resultará en la práctica menos efectiva que la diseñada por el legislador español.

Segunda.—En cuanto que la garantía otorgada por el fabricante o el suministrador es en el Derecho español de obligada prestación durante un plazo mínimo general de seis meses para el

caso de bienes de naturaleza duradera, la distinción entre garantía legal y garantía comercial de la que partía el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y servicios posventa se ve profundamente alterada, desdibujándose las fronteras existentes entre ambas. De este modo, aunque el régimen de garantía previsto en la LGDCU es un régimen complementario del previsto en los artículos 1484 ss. CC, en el fondo implica más bien un intento de adaptación de estos últimos a las modernas condiciones del tráfico en aspectos tan dispares como el sistema de remedios que se ponen a disposición del comprador, el tratamiento de la mala fe o la carga de la prueba. El concepto de garantía comercial en su acepción estricta, como compromiso asumido voluntariamente por el fabricante o vendedor, sólo es aplicable una vez transcurrido el plazo mínimo legalmente previsto de prestación obligatoria de garantía para los bienes de naturaleza duradera. Los mayores derechos que se confieran convencionalmente al comprador tendrían en todo caso su encuadre dentro de la obligación de saneamiento, como particular aplicación de lo dispuesto en el artículo 1255 CC.

Tercera.—El régimen de inversión de la carga de la prueba previsto en el artículo 5.3 de la Directiva 1999/44/CE supone la consagración del sistema español en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, pero en una intensidad menor y bajo unas premisas diversas, en la forma de una presunción judicial. La posibilidad por parte del consumidor de optar entre exigir del vendedor o fabricante la ejecución de la garantía por ellos otorgada o invocar la falta de conformidad con el contrato al vendedor llevará a la inaplicabilidad del mencionado artículo 5.3, salvo en los casos de garantía comercial con plazo de vigencia inferior a los seis meses. El doble juego de presunciones que comportan una y otra garantía puede, sin embargo, valorarse positivamente en la medida que permite al consumidor invocar la falta de conformidad en relación con bienes de naturaleza no duradera, pudiendo en este caso el juzgador establecer una presunción de falta de conformidad originaria si la índole de ésta le hace entenderlo así. No parece, en cambio, que al vendedor, estando vigente la garantía por él otorgada voluntariamente, se le pueda posibilitar el recurso a lo dispuesto en el mencionado artículo 5.3 para alegar la incompatibilidad de la índole de la falta de conformidad con la presunción del carácter originario de los defectos que se deduce de la garantía otorgada por él o por el fabricante. Son estas cuestiones que sólo una adecuada transposición de la Directiva comunitaria podrá resolver, una tarea a la que espero haber contribuido con este trabajo señalando algunas de las líneas

sobre las que puede intentarse la instauración de un régimen armonizado en relación con las garantías en la venta.

BIBLIOGRAFÍA

El estudio del concepto de «bienes de naturaleza duradera» como objeto de la garantía comercial o de la garantía en general, no constituye precisamente una constante en la literatura jurídica que se ha ocupado de estas últimas. Por esta razón, si bien la bibliografía existente en relación con la garantía comercial, la garantía legal y el servicio posventa es ingente, me limito a recoger aquellas obras que más directamente se ocupan de las cuestiones que aquí se han abordado.

- AVILÉS GARCÍA, J. (2000): «Problemas de Derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 32, pp. 1179 ss.
- (2000b): «Garantías y conformidad de los bienes y servicios de consumo. Contratos de reparación y asistencia técnica», publicado en la obra colectiva *Derechos de los Consumidores y usuarios*, dirigida por A. de León Arce, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 581 ss.
- ATIAS, C. (1999): *Droit Civil. Les Biens*, 4.^a edición, Litec, París.
- BERCOVITZ, A., y BERCOVITZ, R. (1987): *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid.
- BERCOVITZ, R. (1991): «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, pp. 603 ss.
- CALVO CARAVACA, L., y otros (1997): *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid.
- CARBONNIER, J. (2000): *Droit Civil. T. 3: Les Biens*, 19.^a edición, Thémis, París.
- CARLÓN, L. (1973): «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 127, pp. 44 ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987): *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I: Introducción y Parte General, Vol. 2.º*, 14.^a edición, Reus, S.A, Madrid.
- (1988): *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de obligaciones*, 14.^a edición, Reus, S. A, Madrid.
- CHILLÓN, S. (2000): «Oscillations de la charge de la preuve, ajustement des rapports de forces», en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 2, pp. 189 ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (1991): «Comentario al artículo 1214 CC», en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia, T. II*, Madrid, pp. 319-324.
- DEMOLOMBE, C. (1870): *Cours de Code Napoléon IX: Traité de la distinction des biens*, T. I, 4.^a edición, París.
- DÍAZ ALABART, S. (1997): «Comentario al artículo 12 de la LOCM», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, dirigidos por J. L. Piñar Mañas y E. Beltrán Sánchez, 1.^a edición, Civitas, Madrid, pp. 112 ss.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1984): «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *Estudios sobre consumo*, núm. 3, pp. 51 ss.
- FLESSNER, A. (1999): «Richtlinie und Reform—Die Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht—». Publicado en el tomo 13.º de la colección *Hallesche Schriften zum Recht: Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, pp. 233 ss.
- GARCÍA CANTERO, G. (1992): «Comentario al artículo 11 de la LGDCU», en *Comentarios a la LGDCU*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, Civitas, Madrid, pp. 373 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999): «Comentario al artículo 12 de la LOCM», en la obra colectiva *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Mc Graw Hill, Madrid, pp. 190 ss.
- HONDIUS, E. (1997): «Kaufen ohne Risiko. Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie», en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, pp. 130 ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1995): *Elementos de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, Vol. 2.º, 3.ª edición, J. M.ª Bosch. Barcelona.
- LETE ACHIRICA, J. (1999): «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, pp. 1365 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros (2000): *Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid.
- MICKLITZ, H.-W. (1997): «Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaft*, Heft 8, pp. 229 ss.
- PARRA LUCÁN, M.ª A. (1997): «Comentario al artículo 12 de la LOCM», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Leguina Villa, Tecnos, Madrid, pp. 198 ss.
- (1988): «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XLI, fasc. 2.º, pp. 523 ss.
- PELET, S. (2000): «L'impact de la directive 99/44/CE relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation sur le droit français», en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 1, pp. 41 ss.
- RUBIO GARRIDO, T. (1990): «La garantía del artículo 11 LCU», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIII, fasc. 3.º, pp. 867 ss.
- RUBIO GARRIDO T. (1993): *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, Colegio de España.
- SANZ VALENTÍN, L. A. (1999): «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 35, pp. 1073 ss.
- SCHMIDT-RÄNTSCH, J. (1998): «Zum Stand der Kaufrechtsrichtlinie», en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 19. Jahrgang, Heft 20, 15 de mayo, pp. 849 ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1991): «Comentario a los artículos 1250, 1251 y 1253 CC», en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid, pp. 417 ss.
- STAUDENMAYER, D. (1999): «EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts», publicado en el tomo 13.º de la colección

- Hallesche Schriften zum Recht: Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, pp. 27 ss.
- TENREIRO, M. (1994): «Garanties et services après-vente: brève analyse du Livre Vert présenté par la commission européenne», en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 1, pp. 3 ss.
- (1996): «La proposition de directive sur la vente et les garanties de biens de consommation», en *REDC*, núm. 3, pp. 187 ss.
- TENREIRO, M., y GÓMEZ, S. (2000): «La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation», en *REDC*, núm. 1, pp. 5 ss.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.^a Lourdes: *Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español. (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 2002, 558 pp.

Nos encontramos ante una monografía, fruto de la tesis de su autora, dirigida por la sabia mano de don Gabriel García Cantero, autor del prólogo del libro y entre cuyos discípulos tengo el honor de encontrarme. La presencia del maestro es visible no sólo porque se trata de un tema propio del Derecho de familia, sino por la utilización del método comparatista para su análisis. En este orden de cosas, hay que poner de relieve, que, tras el estudio de la materia en Derecho canónico que viene impuesto por el hecho de ser en este Ordenamiento donde se encuentra el origen del instituto de la separación, se analiza cómo se regula esta institución en Ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro, como el francés, el italiano, o el portugués, y también en los anglosajones y en los hispanoamericanos. Es muy ilustrativo, por otra parte, el estudio de la cuestión en países que no contemplan el divorcio, como Malta, Chile o Filipinas, y ello porque el objetivo que se propone la autora es, como ella misma indica en la introducción, *presentar la realidad de la separación frente al divorcio*.

Una de las conclusiones de Derecho comparado más relevantes, a mi entender, es la inclusión del Ordenamiento español dentro del grupo de países –en el cual también pueden incluirse los hispanoamericanos– que procede a una enumeración prolija de causas específicas de separación, frente a otro grupo –en el que se incluirán Italia y Francia– que opta por una reducción de dichas causas, e, incluso, por una cláusula abierta o genérica donde se contendrían todos los supuestos que se dan en la práctica.

En cuanto a la oportunidad de la obra, hay que tener en cuenta que, transcurridos más de veinte años desde que se promulgó la Ley de 7 de julio de 1981, parecía necesaria una revisión de la institución que contara con la experiencia –que ya puede ser calificada de «relativamente extensa»– de su aplicación. Y ése es el lugar que viene a ocupar esta obra. En este sentido quiero destacar que, sin duda, uno de sus aciertos consiste en la continua referencia que en la misma se hace a la denominada *Jurisprudencia menor* que aparece convenientemente indexada al final del libro. El estudio pormenorizado de la jurisprudencia –signo propio también de los trabajos dirigidos por don Gabriel García Cantero– permite afirmar a la autora la ausencia de una doctrina jurisprudencial unívoca en materia de causas de separación, con lo que esto implica en términos de seguridad jurídica. La divergencia de criterios a la hora de aplicar la normativa sobre las causas de separación por parte de las Audiencias se manifiesta al hilo de muchas cuestiones –todas ellas convenientemente estu-

diadas en este libro— y lleva a la autora a propugnar la introducción de *algún mecanismo que permita unificar la doctrina jurisprudencial de las Audiencias*. Como botón de muestra de las muchas ocasiones en que se manifiesta la disparidad de criterios jurisprudenciales vamos a referirnos aquí sólo a uno de ellos, concretamente al que se plantea cuando las partes están de acuerdo en que se produzca la separación, discrepando en aspectos como el de las causas alegadas. Ante este problema, la autora pone de relieve que se perciben claramente dos corrientes jurisprudenciales: *la que se decanta por otorgar la separación considerando que la voluntad concorde de los cónyuges basta para otorgar la separación, sin entrar en el examen de las causas*, y una segunda corriente que, considera que *la postura anterior atentaría contra el principio del favor matrimonii*. La profesora Martínez de Morentín considera que es esta segunda corriente la más adecuada. Dicha opinión nos permite destacar otro aspecto de la obra: el del énfasis que se pone en la necesidad de que concurra una de las causas de separación para poder decretarla, y a la imputación de dichas causas. La autora entiende, incluso, que en los términos «el haber incurrido en causa de separación», podría entreverse el concepto de cónyuge culpable, ausente explícitamente de nuestro Código, al igual que la declaración de culpabilidad. Y es que sostiene —más adelante— que la atribución de culpa no es irrelevante puesto que incide en aspectos como el de la legítima del cónyuge separado y en la revocación de donaciones por razón de matrimonio; además, afirma que *negarse a examinar la causa de la separación que es supuesto de hecho de una norma jurídica que concede al actor ciertos derechos, constituye auténtica denegación de justicia*.

En este orden de cosas, se pone de relieve cómo la jurisprudencia española es muy flexible a la hora de exigir la concurrencia de dicha causa, usándose incluso el criterio de la realidad social del artículo 3 CC. Critica, la autora, el abuso de este recurso que se lleva *más allá de lo que correctamente cabe entender*.

Para finalizar, se estudia el problema que puede plantear a los terceros el desconocimiento de la reconciliación conyugal si ésta se produce. Se propugna, en este sentido y al hilo de lo que disponen otros Códigos europeos, la introducción de un precepto imperativo que obligue a los cónyuges a notificar su reconciliación al Juez que conoció de la causa de separación.

En suma, una obra seria y oportuna, que va a constituir referencia bibliográfica obligada para el estudio de la materia, fundamentalmente por el análisis que en ella se realiza de cómo los Tribunales vienen aplicando la normativa del Código civil en materia de causas de separación.

M.^a Teresa ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

ORTEU CEBRIÁN, Fernando ALIAS GAROZ, Isabel: *Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. (Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo)*, ed. Bosch, Madrid, 2003, 463 pp.

La presente obra resulta un trabajo deliberadamente modesto en lo doctrinal, siendo la finalidad perseguida por los autores el aportar al mercado edito-

rial una obra eminentemente práctica en relación con la materia examinada. Existiendo diversas obras de indudable calidad dedicadas al comentario y estudio doctrinal del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, no ha sido la intención de los autores realizar una nueva obra en tal sentido ni revisar las espléndidas obras ya existentes.

Los autores, desde su privilegiada posición en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, adscritos a la Sala de lo Civil y, por tanto, participando de manera activa en la tramitación y resolución de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras formuladas ante el Tribunal Supremo, tienen un contacto diario y cercano con las solicitudes que diariamente se formulan ante el Alto Tribunal en aplicación de lo dispuesto en los artículos 951 y ss. LEC 1881, preceptos que siguen vigentes, a la espera de la promulgación de la ansiada Ley de cooperación jurídica internacional.

Y es a través de esa labor diaria en el examen de las referidas solicitudes donde más patente se hace la falta de una obra que, desde un punto de vista práctico, sirva de apoyo a las partes para afrontar un procedimiento al que, por regla general, únicamente se acercan los profesionales del Derecho en el momento en que por sus representados se les insta a la formulación de una solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera o, desde el punto de vista del demandado, a la formulación del escrito de oposición a tal solicitud. Y la experiencia demuestra que es a lo largo de la tramitación del propio procedimiento –con los evidentes riesgos que ello conlleva– cuando los profesionales del Derecho empiezan a tomar –sin duda alguna de manera tardía– el pulso a las características y peculiaridades del procedimiento.

Dicha aproximación extemporánea y tardía en la mayoría de las ocasiones se ha visto penalizada –aún más si cabe– por la escasa difusión que tradicionalmente han tenido los Autos dictados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de *exequátur*, Autos que, afortunadamente, comienzan a constar en las bases de datos comerciales.

Desde la perspectiva de los parámetros expuestos es desde donde se ha de valorar la oportunidad de esta obra, en la que se recogen la totalidad de las resoluciones que, desde el inicio de la completa informatización del Tribunal Supremo a finales del año 1996, se han dictado por la Sala de lo Civil y en las que se ha examinado –denegando o acogiendo– las causas de oposición formuladas. Se examinan así aquellos supuestos en los que el planteamiento de contradicción entre las partes les hace verdaderamente interesantes. Así, sobre una totalidad de ochenta y tres solicitudes de reconocimiento y ejecución, al amparo del Convenio de Nueva York, que se han formulado en el período 1996-2002, se analizan y comentan exhaustivamente un total de sesenta y dos Autos que, además, se acompañan a la propia obra como anexo.

Por lo que respecta a la obra propiamente dicha, la misma contiene una introducción en la que, por su evidente interés y habida cuenta del general desconocimiento en la práctica forense del procedimiento de *exequátur*, se analizan los conceptos generales en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, abordándose el examen de las características procedimentales del procedimiento de *exequátur*, su naturaleza meramente homologadora, la configuración del orden público en la doctrina del Tribunal Constitucional como óbice al reconocimiento y ejecución solicitados, la distinción, en relación con los presupuestos del otorgamiento del reconocimiento y ejecución, de los presupuestos formales y presupuestos de fondo del reconocimiento, y, por último, se hace una especial consideración

en relación con la configuración de qué haya de entenderse por «acuerdo por escrito» a que se refiere el artículo IV.1.b) del Convenio de Nueva York y los problemas que en la práctica se producen a la hora de entender como concurrente o no la voluntad de las partes de someter las soluciones de sus controversias a arbitraje.

A continuación, la sistemática utilizada en la obra no puede ser mejor desde el punto de vista de la finalidad eminentemente práctica que, como se ha indicado, ha guiado a sus autores. La sistemática empleada es plenamente acertada al seguirse el propio esquema del Convenio de Nueva York, de tal forma que sobre la base de la trasposición ordenada de los propios preceptos del Convenio de Nueva York le sigue a cada uno de ellos un breve comentario doctrinal para, a continuación, exponer de manera detallada la controversia suscitada por las partes en relación con el correspondiente precepto y la solución que el Tribunal ha entendido como correcta, todo ello con la referencia expresa al Auto que examinó la problemática suscitada citándolo por su fecha y número de recurso, todo ello con especial detenimiento en el examen de las causas de denegación del *exequátur* previstas en el Convenio, tanto las esgrimidas a instancia de parte (art. V.1), como aquellas otras apreciables de oficio (art. V.2).

Tras el examen del articulado del Convenio de Nueva York, dedican los autores un capítulo específico a los problemas puramente procesales que en relación con el procedimiento de *exequátur* —y habida cuenta de la peculiaridad del sistema establecido en el Convenio de Nueva York— se han producido. Así, se examinan, entre otros problemas de índole procesal, la insuficiencia o ilegalidad del poder del procurador de la solicitante y su diferencia con requisitos de postulación; la sumisión tácita a los Tribunales españoles como consecuencia de la solicitud de adopción de medidas cautelares y, en consecuencia, renuncia a la sumisión a arbitraje; la competencia de la Sala para la adopción de medidas cautelares formulada en el escrito de demanda; la solicitud de suspensión del procedimiento de *exequátur* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de suspensión de pagos; el problema de la aplicación del Convenio en supuestos de sucesión de Estados; la solución dada a la pretendida aplicación preferente de los convenios bilaterales; el tratamiento otorgado a la aportación extemporánea de documentos; la solución adoptada en relación con el recurso de reposición interpuesto en relación con el trámite creado *ex novo* por la Sala concediendo al solicitante el plazo de nueve días para que se pronunciara sobre las causas de oposición alegables a instancia de parte por la demandada; y, por último, al valor probatorio concedido a los *affidavit*.

Por último, se acompañan como anexos una recopilación de textos legales relacionados con la materia examinada, una relación comprensiva de la totalidad de los Autos dictados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en el período objeto de estudio y en relación con el Convenio de Nueva York y, por último, el texto íntegro de los Autos objeto de comentario, todo ello con la finalidad de cumplir con el objetivo planteado por los autores y que desde la perspectiva del lector objetivo e imparcial no puede sino concluirse que se logra de manera brillante, constituyendo la obra comentada un instrumento básico y fundamental para los profesionales del Derecho que tenga que solicitar —u oponerse a la solicitud formulada de contrario— ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero.

En el debe de la obra pudiera incluirse *a priori* –y tan sólo *a priori*, tal y como se razonará a continuación– la falta de tratamiento de la ejecución propiamente dicha una vez que ha sido concedido por el Tribunal el reconocimiento solicitado. Y se dice *a priori* por cuanto dicha laguna se encuentra plenamente justificada por dos razones que sin duda alguna desvirtúan la objeción formulada. De un lado, porque el hecho de que la competencia para el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros esté atribuida de manera exclusiva al Tribunal Supremo no resulta extensible a la ejecución propiamente dicha de los laudos una vez reconocidos, y ello por cuanto la competencia para tal ejecución corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 958 LEC 1881, al Juez de Primera Instancia del lugar en que esté domiciliado el condenado en la sentencia, o del lugar en que deba ejecutarse, resultando imposible tener conocimiento de la problemática suscitada en todas y cada una de las ejecuciones llevadas a cabo a lo largo de la totalidad del territorio español. Y, de otro lado, porque en realidad las resoluciones extranjeras, una vez reconocidas, se equiparan a las resoluciones nacionales, con lo que la problemática en relación con su ejecución no se diferencia de la ejecución de las resoluciones nacionales, ni presenta particularidad alguna. Es en el reconocimiento propiamente dicho donde se aplica con todas sus consecuencias el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 y es la privilegiada situación de los autores en el seno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lo que determina que el objeto de la obra sea el referido y que, desde esta tribuna, no merece sino mi más sincera felicitación habida cuenta de su necesidad y oportunidad.

Juan POZO VILCHES

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, ed. Thomson & Civitas, Madrid, 2003, 174 pp.

1. Hasta la fecha no existía ninguna monografía, en el panorama jurídico español, que abordase con detenimiento el estudio de la cuestión relativa a si la muerte del oferente es o no causa de extinción de la oferta contractual [hasta la aparición de este libro, únicamente el profesor Díez-Picazo había tratado con exhaustividad el tema (véase, «La muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, 1.ª edición, Madrid, 1996, pp. 4865 a 4872)].

Como veremos a lo largo de esta recensión, las principales características de la obra de la profesora Rodríguez Guitián son la claridad expositiva y su rigor jurídico. Si a ello además unimos que el tema objeto de investigación es un acierto, pues viene a llenar un vacío legal con escaso tratamiento doctrinal, podemos afirmar que nos encontramos ante una obra sumamente interesante de alta calidad científica.

La obra se estructura en tres capítulos: en el primero, se realiza un *planteamiento de la cuestión*; en el segundo, se exponen los argumentos de la denominada por la autora como *postura tradicional* (la caducidad de la oferta tras el fallecimiento del oferente, como regla general); y, en el tercero, se aborda el estudio de la *postura innovadora* (esto es, analiza los distintos criterios que pueden utilizarse para determinar en qué casos la oferta contractual se extin-

gue con la muerte del oferente). Antes de la bibliografía y del índice cronológico de sentencias, la autora finaliza su obra con unas breves conclusiones.

2. Como hemos señalado, el capítulo I se dedica a realizar un *planteamiento de la cuestión*. De forma ágil, pero a la vez exhaustiva, la autora nos delimita el objeto de su investigación (la transmisibilidad *mortis causa* activa de la oferta contractual) y nos expone los presupuestos que se requieren para abordar el estudio de la incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta contractual (antes de que ésta sea aceptada por el destinatario).

La lectura de este primer capítulo permite al lector ubicarse [señala que el problema de la incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta contractual puede encuadrarse tanto en el ámbito del Derecho de sucesiones (¿la oferta contractual forma parte del contenido de la herencia?), como del Derecho de obligaciones y contratos (la muerte del oferente puede constituir una causa de extinción de la oferta, afectando, por tanto, a la materia relativa a la perfección del contrato)] y conocer cuál es el estado de la cuestión (afirma que hasta la fecha sólo una sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia, de manera expresa, sobre la repercusión de la muerte del oferente sobre la vigencia de la oferta contractual).

3. La autora comienza el capítulo II, titulado *Postura tradicional: caducidad de la oferta contractual tras el fallecimiento del oferente*, señalando que la mayoría de la doctrina española (así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo) considera que la oferta contractual caduca con la muerte del oferente, salvo que la oferta sea irrevocable o se trate de una oferta realizada por un empresario «y se encuentre vinculada al tráfico o giro normal de la empresa».

Esta tesis doctrinal mayoritaria en España es denominada por la autora como *postura tradicional*. Su principal característica es que intenta dar una solución uniforme a la cuestión de si la muerte del oferente provoca o no la caducidad de la oferta contractual. Adelantemos que Rodríguez Guitián no comparte los argumentos de la tesis tradicional, sino que se muestra partidaria de dar un nuevo enfoque al problema [la autora sigue en este punto al profesor Díez-Picazo («La muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, 1.ª edición, Madrid, 1996, p. 4871); véase p. 47, así como el capítulo III de su obra].

3.1 Señala que la *postura tradicional* defendida mayoritariamente por la doctrina española es también propugnada en buena parte del Derecho comparado. Para corroborar su afirmación, realiza un examen del Derecho comparado existente sobre la materia (analiza el Derecho italiano, el Derecho angloamericano, el Derecho francés y el Derecho argentino). Debe destacarse que la autora utiliza en su exposición diversos ejemplos extraídos de resoluciones judiciales. Ello, sin duda, aporta claridad al contenido de la obra y facilita al lector la comprensión de la misma. Asimismo, se hace eco de otros Ordenamientos en los que la solución es la contraria; esto es, ordenamientos jurídicos en los que la muerte del oferente no provoca la extinción de la oferta contractual [así, por ejemplo, el Ordenamiento alemán, el Ordenamiento portugués, el Ordenamiento japonés y el Ordenamiento holandés].

3.2 A continuación, expone los argumentos que desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos utilizan los defensores de la *postura tra-*

dicional. Se trata de dos preceptos del Código civil: a) el artículo 1262 CC; y b) el artículo 633 CC.

3.2.1 Del primero de ellos (art. 1262, párrafo primero, CC) los defensores de la tesis tradicional extraen dos argumentos para defender la caducidad de la oferta contractual en caso de muerte del oferente.

En primer lugar afirman que el fallecimiento del oferente determina la ineficacia de la oferta porque ésta por sí sola «no determina ninguna obligación». Para desmontar dicha argumentación, la profesora Rodríguez Guitián se centra en el estudio de los efectos jurídicos de la oferta. Para ello distingue entre la perfección del contrato y la autonomía o sustantividad de las declaraciones de voluntad. Señala que el artículo 1262 CC no se opone a que la oferta produzca determinados efectos jurídicos. Pero, ¿qué consecuencias jurídicas se derivan de una oferta contractual? Para responder a esta cuestión, investiga cuál es la naturaleza jurídica de la oferta y, después de tomar en consideración cada una de las posibles respuestas, llega a la conclusión de que se trata de un acto jurídico en sentido estricto (la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria mantienen la misma opinión).

El segundo argumento a favor de considerar que la muerte del oferente provoca la caducidad de la oferta contractual y que los defensores de la tesis tradicional extraen del párrafo primero del artículo 1262 CC es el siguiente: para la perfección de un contrato se requiere la coexistencia de declaraciones de voluntad de dos o más personas capaces. Por tanto, la muerte del oferente impide la conclusión del contrato porque no hay coexistencia de voluntades. La autora muestra su disconformidad con dicha argumentación, señalando que si bien es cierto que conforme al artículo 1262 CC para la perfección de un contrato se requiere la existencia de dos declaraciones de voluntad (oferta y aceptación), no es menos cierto que el citado precepto no exige, en ningún momento, la persistencia de las declaraciones.

3.2.2 El segundo de los preceptos utilizados por los partidarios de la tesis tradicional es el artículo 633 CC (concretamente, el inciso final del segundo párrafo de dicho precepto que dispone que la aceptación de una donación de cosa inmueble no será eficaz si no se hace en vida del donante). Consideran que dicho precepto es de aplicación general a toda clase de contratos. Sin embargo, Rodríguez Guitián considera que la citada norma es una regla particular de las donaciones que no puede aplicarse por analogía al resto de contratos (cita tres razones que justifican la existencia de la regla particular en materia de donaciones).

3.3 Finalmente expone el argumento que desde la perspectiva del Derecho de sucesiones utilizan los partidarios de la *postura tradicional* para defender la caducidad de la oferta contractual cuando fallece el oferente. Se trata del artículo 659 CC. En virtud de dicho precepto sólo se transmiten *mortis causa* los derechos y obligaciones de una persona. Razón por la cual consideran que al fallecer el oferente la oferta contractual caduca porque ésta no puede transmitirse *mortis causa* al no generar ni derechos subjetivos de tipo contractual para el destinatario ni obligaciones para el oferente (la STS de 23 de marzo de 1988 constituye un claro exponente de esta tesis; la citada sentencia es analizada en las pp. 130 a 133).

La autora se manifiesta en contra de la citada interpretación. Considera que el artículo 659 CC no sirve para determinar si una concreta posición jurídica es o no transmisible *mortis causa* porque la finalidad de dicha norma

«no es la de fijar el contenido de la herencia sino el ámbito del fenómeno sucesorio».

3.4 Finaliza el capítulo con unas conclusiones en las que pone de relieve que, a su juicio, en nuestro Ordenamiento no existe ningún precepto legal que impida, con carácter general, la transmisibilidad *mortis causa* de la oferta contractual. Ahora bien, como muy bien señala la autora, ello no impide que en algunos casos la muerte del oferente sí provoque la caducidad de la oferta contractual (los criterios para determinar en qué casos caduca la oferta y en qué casos no, son expuestos en el capítulo III de su obra).

4. En el capítulo III, que lleva por título *Postura innovadora: criterios que permiten discernir en qué casos caduca la oferta contractual con la muerte del oferente*, la profesora Rodríguez Guitián afronta una difícil tarea: la fijación de los criterios para determinar en qué casos la muerte del oferente provoca la extinción de la oferta contractual y en qué casos no. Consciente de que el Derecho comparado es un instrumento indispensable para poder dar una respuesta al interrogante planteado, se fija en los Ordenamientos que, como el alemán, el portugués o el japonés, no adoptan una solución uniforme en esta materia, sino que utilizan presunciones.

4.1 Es por todos sabido que la regla general en nuestro Derecho es la transmisibilidad *mortis causa* de las relaciones jurídico-obligatorias. Sin embargo, existen casos de relaciones jurídicas que por su carácter personalísimo (*intuitus personae*) no son transmisibles *mortis causa*. El primero de los criterios que nos propone la autora para saber si una concreta oferta contractual caduca por la muerte del oferente es el denominado *criterio de la naturaleza objetiva del contrato proyectado* (esto es, intenta determinar cuándo estamos en presencia de una relación jurídico-obligatoria *intuitus personae*).

En primer lugar, analiza, de forma exhaustiva y rigurosa, cada uno de los contratos que conforme al Código civil se extinguen por la muerte de una o ambas partes contratantes [contrato de mandato (art. 1732.3 CC), contrato de obra (art. 1595 CC), contrato de comodato (art. 1742 CC), contrato de sociedad civil (arts. 1700.3 y 1704 CC) y contrato de renta vitalicia (arts. 1802 y 1803 CC)]. Llega a la conclusión de que, con carácter general, la oferta contractual de uno de estos tipos de contratos caduca al producirse la muerte del oferente. Ahora bien, se trata de una conclusión que, como la profesora Rodríguez Guitián nos va señalando durante su didáctica exposición, presenta excepciones [así, por ejemplo, considera que en ciertos «mandatos profesionalizados» (adaptación del contrato de mandato a los tiempos modernos) la oferta de contrato realizada por el mandante no debe caducar por la muerte de éste].

En segundo lugar, realiza un análisis pormenorizado de los contratos que «caracterizados por el elemento de la confianza o del *intuitus personae*» no tienen una regulación expresa o implícita en el Código civil sobre el destino de los mismos ante el fallecimiento de una de las partes contratantes (estudia el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de depósito, el contrato de arrendamiento de cosas y el contrato de simple préstamo). La autora examina si dichos contratos tienen o no carácter personalísimo y después analiza si es posible aplicarles por analogía alguna de las normas previstas en el Código civil para los casos de fallecimiento de una de las partes contratantes (arts. 1595, 1700.3, 1704, 1732.3, 1742, 1802 y 1803 CC).

4.2 El segundo de los criterios propuestos por la autora para saber si la muerte del oferente es o no causa de extinción de la oferta contractual es la *voluntad del oferente*. El problema es cómo averiguamos la intención del oferente. Después de estudiar las distintas opiniones de la doctrina alemana, concluye que hay que atender a la voluntad real del oferente fallecido (para ello hay que interpretar el contenido de la oferta, así como las circunstancias del caso).

Considera que la oferta contractual caduca por la muerte del oferente cuando se puede deducir de la *voluntad de éste* que «el fin del contrato proyectado está estrechamente ligado a la persona del contratante y que, por consiguiente, su finalidad sólo se alcanza si se celebra con este último». Incluye aquí dos grandes grupos de ofertas de contratos: *a)* las ofertas de contrato dirigidas a la satisfacción de necesidades personales del oferente (por ejemplo, propuesta de alquiler de un traje de boda por la novia); y *b)* las ofertas de contrato dirigidas a favorecer al destinatario o a un tercero (por ejemplo, una propuesta de donación de un inmueble).

Por otra parte, la autora mantiene que de la *voluntad del oferente* se puede deducir la vigencia de la oferta contractual cuando atendiendo al contenido de la oferta y a las circunstancias del caso «se desprende que el futuro contrato podía perfeccionarse, no sólo con el oferente, sino con cualquier persona» (es decir, el contrato alcanzaría su pleno sentido también con los herederos del oferente). A continuación, analiza pormenorizadamente distintas hipótesis de ofertas contractuales que a su juicio, en un principio, son transmisibles *mortis causa* (contratos proyectados por un empresario individual en el ámbito de su empresa, las ofertas de contratos de garantía, las ofertas contractuales irrevocables y las ofertas contractuales con plazo de aceptación fijado por el oferente). Tal y como señala la autora, hemos de indicar que la mayoría de la doctrina española sólo admite la transmisibilidad *mortis causa* de la oferta contractual en dos casos concretos: *a)* cuando se trata de ofertas de contratos realizadas por un empresario individual; y *b)* cuando se trata de ofertas irrevocables.

4.3 Concluye el capítulo analizando otros dos criterios que pueden ser útiles para determinar si la oferta contractual se extingue o no cuando fallece el oferente. Advierte la autora que dichos criterios por sí solos no son válidos para obtener una respuesta al interrogante planteado (¿la muerte del oferente provoca la caducidad de la oferta?). Se trata, por una parte, del *criterio de la tutela de la expectativa del destinatario*, y, por otra, del denominado *criterio de la utilidad del negocio proyectado para los herederos del oferente*.

5. Rodríguez Guitián finaliza su obra con unas claras y útiles conclusiones, en las que nos resume la teoría que construye a lo largo de toda su obra: en nuestro Derecho es admisible la transmisibilidad *mortis causa* de la oferta contractual, salvo que se trate de una propuesta de contrato personalísima (*intuitus personae*) o que de la voluntad del oferente se deduzca la caducidad de la oferta tras su fallecimiento.

6. No queremos terminar esta reseña sin realizar unas valoraciones finales sobre la monografía de la profesora Rodríguez Guitián.

En primer lugar, respecto del tema objeto de investigación. A nuestro juicio, se trata de una cuestión de indudable interés, no sólo desde un punto de vista doctrinal, sino también desde un punto de vista práctico.

En segundo lugar, respecto del contenido del trabajo de investigación que la autora nos presenta en la monografía objeto de esta recensión. Nos encontramos ante una obra sobria (en cuanto a su extensión), pero innovadora (en cuanto a la importancia de las propuestas en ella contenidas). Asimismo merece ser destacada la perfecta estructuración de la obra, así como la claridad del lenguaje utilizado, sin que ello suponga la ausencia del rigor que debe presidir toda investigación jurídica.

Por todo ello recomendamos su lectura. Estamos convencidos de que la obra de la profesora Rodríguez Guitián será a partir de ahora un referente indispensable para los estudiosos de la materia de la *perfección del contrato* y de que perdurará en el tiempo por su calidad científica.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA
Universidad Autónoma de Madrid

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. Títulos valor. Letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.—III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—IV. *Derecho de la Unión Europea*.—V. *Derecho procesal*.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ACEBES PANIAGUA, Ángel: «La armonización del Derecho Civil en Europa», en *La Ley*, 2002-5, D-119.

BACHMAIER, Lorena: «Ejecución de sentencia extranjera (Portugal); proceso en rebeldía (art. 27.2 del Convenio de Bruselas); emplazamiento postal (comentario a la STS de 24 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1011 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «El recurso de casación en relación con el “procedimiento contradictorio” del artículo 37 del Convenio de Bruselas. Inserción del recurso de casación mencionado en la norma supranacional en el sistema casacional establecido en la “ley del foro”. Aplicación de las reglas que determinan las resoluciones recurribles en casación. La *summa gravaminis* como presupuesto de procedibilidad de este recurso de casación. Las causas de inadmisión del recurso son pertinentes, al resolver sobre el mismo, para desestimarlo. Corresponde a los órganos judiciales el control de los requisitos y presupuestos procesales que condicional el acceso a los recursos (comentario a la STS de 7 de febrero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 791 ss.

CAMARERO SUÁREZ, María Victoria: «El reconocimiento colectivo del derecho de libertad religiosa en la STC 46/2001, de 15 de febrero», en *La Ley*, 2002-5, D-219.

CANCIO, Jorge: «La Constitución económica: promesas incumplibles», en *RJUAM* núm. 7, 2002, pp. 49 ss.

COLOMER, José Luis: «Derecho y política en la filosofía de Kant», en *RJUAM* núm. 7, 2002, pp. 169 ss.

- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «El Derecho patrimonial: ese gran desconocido», en *RJN* núm. 33, vol. II, 2002, pp. 39 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El derecho a comunicar y recibir libremente información sobre acontecimientos deportivos. El acceso a recintos deportivos y la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos (comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 543 ss.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: «Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad», en *RJC* núm. 4, 2002, pp. 1099 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «El artículo 9.2.º CC (1974) era inconstitucional (evidentemente); comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 203 ss.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: Reflexiones sobre la analogía (I)», en *AC* núm. 4, 2003, pp. 99 ss.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis: «Consecuencias prácticas de la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el resto de las jurisdicciones», en *AC* núm. 2, 2003, pp. 29 ss.
- ORIA DE RUEDA Y ELÍA, Galo Alfonso: «De la intervención notarial en las pólizas, de la firma electrónica y sobre la naturaleza de los juicios vertidos en las escrituras públicas», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 555 ss.
- PARDO LEAL, Marta: «Peligros, riesgos y principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria: las Sentencias “Pfizer Animal Health, S. A.”, y “Alpharma Inc.”», en *DN* núm. 151, 2003, pp. 1 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: «La evolución del Régimen Foral de Navarra: veinte años del Mejoramiento del Fuero», en *RJN* núm. 33, vol. I, 2002, pp. 9 ss.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: «Las minorías en Derecho civil», en *RDP* enero-febrero 2003, pp. 87 ss.
- ROLDÁN BARBERO, Javier: «La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo», en *RDCE* núm. 13, 2002, pp. 677 ss.
- RUBIO TERRANO, Enrique: «Evolución y futuro del Derecho civil navarro», en *RJN* núm. 33, vol. II, 2002, pp. 15 ss.
- SOLÉ RESINA, Judith: «Propiedad horizontal: el plazo para petición de nulidad de los acuerdos de la Junta es de caducidad. Actos propios. Abuso de derecho (comentario a la STS de 2 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1145 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, Ramón de: «Inconstitucionalidad de la norma consuetudinaria que excluye el acceso de las mujeres a la Comunidad de Pescadores de El Palmar. Existencia de discriminación por razón de sexo en el acuerdo de la Junta Directiva de no tramitar la solicitud de ingreso de las demandantes ante la Junta de Capítulos (comentario a la STS de 8 de febrero de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 363 ss.

DERECHO DE LA PERSONA

- ABEL LLUCH, Xavier: «Algunes consideracions sobre el dret d'informació, el dret a la intimitat, el dret d'autonomia i el consentiment informat», en *RJC* núm. 4, 2002, pp. 1059 ss.
- AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo, y RAMOS BLANES, Antonio José: «Breves consideraciones sobre la representación en el ámbito civil tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 1207 ss.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 41 ss.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Consideraciones sucintas sobre la cooperación civil en el espacio judicial europeo», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 143 ss.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «La situación de desamparo. La tutela automática de las entidades públicas. El acogimiento de menores (comentario a la STS de 31 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 693 ss.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma: «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», en *RDCE* núm. 14, 2003, pp. 45 ss.
- CATALÁ I BAS, Alexandre H.: «La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias», en *PJ* núm. 66, 2002, pp. 13 ss.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en *AC* núm. 12, 2003, pp. 311 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: «Comentario a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad», en *AC* núm. 20, 2003, pp. 519 ss.
- GARRALDA VALCÁRCEL, José: «Sobre prodigalidad», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 71 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: «La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995.
- GUERRERO PALOMARES, Salvador: «La ejecución provisional del pronunciamiento relativo a la guarda y custodia de menores contenido en sentencia definitiva», en *La Ley*, 2002-5, D-179.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad [comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002, (STC 174/2002) (AC 2/2003, 17)]», en *AC* núm. 24, 2003, pp. 633 ss.

- HERNÁNDEZ CABALLERO, María José: «Vecindad civil y régimen económico matrimonial», en *AC* núm. 10, 2003, pp. 237 ss.
- HERRANZ BALLESTEROS, Mónica: «La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 de mayo», en *RDP*, octubre 2002, pp. 754 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Algunas notas sobre la graduación de la incapacidad en beneficio del incapacitado», en *AC* núm. 13, 2003, pp. 327 ss.
- MESA MARRERO, Carolina: «Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 159 ss.
- MORENO, Gloria: «Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado», en *RJUAM* núm. 7, 2002, pp. 191 ss.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «La protección *post-mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 1 de diciembre de 1999. Caso *Marlene Dietrich*)», en *AC* núm. 20, 2003, pp. 495 ss.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: «Cuestiones de doble nacionalidad», en *RDP*, diciembre 2002, pp. 889 ss.
- PRIETO ANDRÉS, Antonio: «La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones», en *La Ley*, 2002-5, D-208.
- RAMOS BLANES, Antonio José y AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo: «Breves consideraciones sobre la representación en el ámbito civil tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 1207 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen: El asunto *Odièvre* (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2002)», en *AC* núm. 24, 2003, pp. 593 ss.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, y RODRÍGUEZ PALENCIA, Alfonso: «La renuncia a los bienes de la personalidad», en *RGLJ* núm. 1, 2002, pp. 81 ss.
- RODRÍGUEZ PALENCIA, Alfonso y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: «La renuncia a los bienes de la personalidad», en *RGLJ* núm. 1, 2002, pp. 81 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Origen y actualidad de los derechos de la personalidad», en *RGLJ* núm. 1, 2002, pp. 113 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Cosa juzgada y tutela judicial efectiva», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 259 ss.
- RUILOBA ALVARIÑO, Julia: «Los procedimientos de control sobre los derechos humanos en el ámbito regional europeo. Un caso particular: la situación de los derechos humanos en Turquía», en *RDCE* núm. 13, 2002, pp. 775 ss.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: «El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico», en *RDCE* núm. 14, 2003, pp. 7 ss.

- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Publicación en prensa de la imagen de una persona tomada en una playa nudista. Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad (comentario a la STS de 28 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1051 ss.
- SANTOS MORÓN, María José: «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio», *La Ley*, 2002-7, D-262.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Tutela judicial efectiva de los socios trabajadores de cooperativas de producción. A propósito de la STC 86/2002, de 22 de abril», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 393 ss.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Repercusiones de la Directiva 2002/58/CE (Privacidad y Comunicaciones Electrónicas) en el ordenamiento español», en *DN* núm. 153, 2003, pp. 21 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La Ley del Honor: veinte años después», *La Ley*, 2002-7, D-284313.

PERSONA JURÍDICA

- LA CASA GARCÍA, Rafael: «El ejercicio de actividades económicas por fundaciones y asociaciones», en *DN* núm. 153, 2003, pp. 1 ss.
- MANTECÓN SANCO, Joaquín: «El registro de entidades religiosas del Ministerio de Justicia y la inscripción de las denominadas entidades *menores*», en *RGLJ* núm. 1, 2002, pp. 29 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Asociaciones: impugnación de acuerdos sociales; plazo de impugnación; *dies a quo* para el cómputo. Acuerdos antiestatutarios y acuerdos ilegales. Competencia exclusiva del Estado en materia de impugnación de acuerdos. Aplicación supletoria de la legislación general de asociaciones a las asociaciones constituidas al amparo de una legislación específica (comentario a la STS de 11 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1255 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «La personalidad jurídica de la asociación en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo», en *AC* núm. 11, 2003, pp. 273 ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Sociedad irregular. Adquisición de inmuebles por un socio por cuenta propia pero empleando fondos sociales. Subrogación real y deuda de valor. Prescripción de la acción para exigir rendición de cuentas (comentario a la STS de 20 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 825 ss.
- «Tutela judicial efectiva de los socios trabajadores de cooperativas de producción. A propósito de la STC 86/2002, de 22 de abril», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 393 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ABEL LLUCH, Xavier: «Algunes consideracions sobre el dret d'informació, el dret a la intimitat, el dret d'autonomia i el consentiment informat», en *RJC* núm. 4, 2002, pp. 1059 ss.
- ABASCAL MONEDERO, Pablo José: «Responsabilidad civil en la construcción: ¿Sigue vigente el artículo 1591 del Código Civil tras la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación?», en *AC* núm. 5, 2003, pp. 127 ss.
- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «Buena fe: objetiva y subjetiva; se presume su existencia. Mala fe: su impugnación en casación. Enriquecimiento injusto: aplicación subsidiaria en defecto de régimen específico; no cabe proteger a quien enriquece a otro contra su voluntad (comentario a la STS de 6 de junio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1081 ss.
- «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 11 ss.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José M.^a: «Los problemas probatorios en el Derecho Administrativo sancionador y la revisión de las sanciones por la jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 109 ss.
- El autor examina en este trabajo los problemas probatorios que se plantean para la aplicación del Derecho Administrativo sancionador que protege a los consumidores.
- ANDERSON, Miriam: «La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: una réplica», en *La Ley*, 2002-5, D-198.
- ANDINO EXPE, Luis Fernando: «La realización forzosa de los bienes embargados en la nueva LEC. La liquidación de intereses», en *La Ley*, 2002-5, D-192.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información, relación de causalidad (comentario a la STS de 7 de junio de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 857 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Alcance de una resolución a un tercero adquirente de buena fe [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2002 (A.C. 45/2002, 705)]», en *AC* núm. 1, 2003, pp. 29 ss.
- BRENES CORTÉS, Josefa, y PACHECO CAÑETE, Matilde: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1893 ss.
- BUSTOS MORENO, Yolanda B.: «Entrega de un cuadro en depósito por parte de su propietario a una galería de arte con mandato de venta. Práctica comercial de que las galerías de arte actúan como intermediarios en la venta de obras de arte. Apropiación indebida del precio de la venta. Concepto

- de "privación ilegal" *ex* artículo 464 del Código Civil (comentario a la STS de 22 de enero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 705 ss.
- CACCHINI ROSELL, Xavier: «La causa lícita que justifica las prohibiciones de disponer sobre inmuebles», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 203 ss.
- «El incumplimiento de la prestación personalísima por imposibilidad sobrevenida consistente en la muerte del deudor», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 47 ss.
- «El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 junio (RJ 2002, 5216)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 181 ss.
- CARRANCHO HERRERO, María Teresa: «La protección de los consumidores a través de sus asociaciones», en *AC* núm. 9, 2003, pp. 213 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel, y MENDOZA LOSANA, Ana I.: «El carácter abusivo de la fórmula "hora o fracción" en los contratos de aparcamiento», en *La Ley*, 2002-7, D-282.
- CASADO DÍAZ, Susana: «Accidente de trabajo: responsabilidad civil extracontractual. Compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil. Principio de reparación íntegra del daño. Jurisdicción competente. Devolución de las actuaciones al Tribunal de apelación para que se pronuncie sobre el fondo (comentario a la STS de 2 de octubre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 513 ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «El Registro de la Riqueza Territorial al servicio de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario desde la perspectiva navarra», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 9 ss.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en *AC* núm. 12, 2003, pp. 311 ss.
- CHAMORRO POSADA, Manuel: «La capitalización de los intereses para el devengo de intereses moratorios en la constitución de la hipoteca», en *La Ley*, 2002-5, D-191.
- «Buena fe y contratación bancaria desde el futuro Derecho contractual europeo (diligencia y responsabilidad contractuales por error en el abono en cuenta corriente bancaria)», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 233 ss.
- CONTRERAS VILCHES, Alfonso de: «Las garantías del contrato de futuros financieros», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 125 ss.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar: «Comentario a la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía de Cataluña», en *AC* núm. 2, 2003, pp. 61 ss.
- «Comentario a la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», en *AC* núm. 22, 2003, pp. 561 ss.

- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El beneficio de la división en la *cofianza*», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 887 ss.
- CUARTERO RUBIO, M.^a Victoria: «Efecto negativo de un convenio arbitral por el que las partes se someten en el contrato a arbitraje ante la *American Arbitration Association* (comentario a la STS de 23 de julio de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 385 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Estipulación a favor de tercero: necesidad de la aceptación por el tercero: nulidad de la estipulación por falta de aceptación y del contrato en su totalidad. Pacto transaccional por el que los cónyuges ponen fin a proceso sobre división de gananciales: estipulación a favor de los hijos (comentario a la STS de 8 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1205 ss.
- DELGADO TRUYOLS, Álvaro: «De nuevo sobre el autocontrato: dos problemas muy actuales», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 287 ss.
- DÍAZ GÓMEZ, M.^a Jesús: «Algunas claves para el estudio de la responsabilidad médica: el derecho a recibir información como expresión de la dignidad de la persona. Comentario a la STS de 2 de julio de 2002 (RJ 2002, 5514)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 207 ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio, y RUIZ BACHS, Salvador: «El depósito bancario estructurado», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 57 ss.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Contrato de vitalicio. Cesión de bienes a cambio de alimentos a satisfacer en casa de los cesionarios. Condición resolutoria. Incumplimiento. Sustitución de la prestación alimenticia en casa de los cesionarios por otra dineraria (comentario a la STS de 9 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1223 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 209 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Responsabilidad contractual derivada de contratos mixtos de entrega de parcela y realización de obras de urbanización con arreglo a un determinado proyecto de urbanización. Legitimación activa de la comunidad de propietarios de la urbanización para exigir la realización de las obras de urbanización contractualmente comprometidas y normalizadas. Coexistencia de obligaciones civiles y obligaciones urbanísticas de naturaleza administrativa (comentario a la STS de 28 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 671 ss.
- ESTUPIÑAN CÁCERES, Rosalía: «La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos», en *La Ley*, 2002-5, D-202.
- FACH GÓMEZ, Katia: «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales», en *RDCE* núm. 14, 2003, pp. 181 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «El control de calidad de la edificación, ¿un oligopolio local?», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 77 ss.

- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges», en *RJN* núm. 33, vol. II, 2002, pp. 49 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Ana: «Comercialización a distancia de servicios financieros», en *La Ley*, 2002-5, D-210.
- FUENTESECA DEGENEFTE, Margarita: «Visión de las condiciones generales de la contratación tras la reciente reforma del BGB (I)», en *AC* núm. 16, 2003, pp. 377 ss.
- GARCÍA CRUCES, José Antonio: «Las garantías contractuales como protección *in natura* frente a daños de escasa cuantía», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 301 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Compraventa de vivienda: simulación absoluta. Fraude de ley. Causa ilícita. Declaración de ineficacia a instancia de la vendedora. Actos propios. Tercero de buena fe (comentario a la STS de 20 de noviembre de 2001)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 891 ss.
- GINEBRA MOLINS, M.^a Esperança: «Fiducia *cum creditote*. Préstamo con garantía. Nulidad de escritura de compraventa (improcedente). Error. Acción de nulidad: plazo de ejercicio: prescripción y no caducidad (comentario a la STS de 1 de febrero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 755 ss.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «La limitación de la responsabilidad del naviero: una aproximación al ámbito de aplicación de las normas internas y las normas convencionales», en *RDP*, octubre 2002, pp. 725 ss.
- GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: «Simulación contractual relativa: donación encubierta bajo compraventa formalizada en escritura pública: falta de prueba. Resolución del contrato de compraventa por cumplimiento de la condición resolutoria tácita a que estaba sometido; desaparición de la base del negocio que le priva de su sentido. Interpretación del contrato. Adhesión: construcción extralimitada de mala fe: aplicación por analogía del artículo 362 CC (comentario a la STS de 10 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 985 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «*Par conditio creditorum* y la protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)», en *AC* núm. 17, 2003, pp. 413 ss.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos: «Los problemas probatorios en el procedimiento penal: causalidad e imputabilidad», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 85 ss.
El autor examina los problemas probatorios que plantea la aplicación de las normas penales protectoras de los consumidores.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «La normativa aplicable en Europa en materia de responsabilidad de las compañías aéreas por daños en los pasajeros», en *DN* núm. 150, 2003, pp. 1 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Vehículos defectuosos y responsabilidad civil», en *RDP*, enero-febrero 2003, pp. 3 ss.

- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 143 ss.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, María José: «La responsabilidad del acreedor en la relación jurídica de fianza», en *AC* núm. 22, 2003, pp. 547 ss.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la: «Vulneración de preceptos administrativos por contrato simulado con causa torpe. Comentario a la STS de 2 abril 2002 (RJ 2002, 2485)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 127 ss.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «Factor notorio, gerente y director general. Operaciones dentro del giro o tráfico de la empresa. Error en la inscripción por estimar al representante como Consejero Delegado. El artículo 1.713 del Código Civil no encuentra su aplicación en el ámbito mercantil (comentario a la STS de 29 de octubre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 525 ss.
- «La protección del consumidor en la contratación a distancia. En particular los contratos celebrados por medios electrónicos», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 393 ss.
- LLODRÀ GRIMALT, Francisca: «*Letter of intent*, carta de intenciones, precontrato», en *DN* núm. 151, 2003, pp. 14 ss.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «Consideraciones sobre la nueva Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos (RCL 2002, 2649)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 101 ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Simulación. Inexistencia de contrato de compraventa de oficina de farmacia. Nulidad de contrato disimulado de regencia de oficina de farmacia por ser contrario a la Ley. Causa torpe: inexistencia de la obligación de restitución (comentario a la STS de 2 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 813 ss.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «Seguro de caución con anexo aval a primera solicitud. La aseguradora asume una obligación frente a los asegurados de naturaleza abstracta e independiente de la que vincula al tomador con aquéllos. El cumplimiento del tomador ha de ser acreditado por la aseguradora como único medio para eximirse del pago (comentario a la STS de 29 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1037 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje», en *La Ley*, 2002-6, D-240.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de financiación en el ámbito de la Banca Corporativa», en *La Ley*, 2002-5, D-226.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel: «Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 223 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Las acciones colectivas y el papel de las Asociaciones de Consumidores como *policía privada*», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 255 ss.

- MARTÍN CASALS, Miquel, y SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad de profesionales sanitarios. Responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. Inexistencia de relación de causalidad entre la falta de información del médico y la decisión de no abortar de la paciente. *Wrongful birth*», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1097 ss.
- MARTÍN LEÓN, Antonio: «Donación. Sustitución fideicomisaria *cum et sine liberis decesserit*; hijo puesto en condición: comprende el hijo adoptivo. Interpretación del contrato. Aplicación del concepto de filiación vigente a la muerte del donatario (comentario a la STS de 28 de junio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1135 ss.
- MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia: «Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos (RCL 2002/2649)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 95 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Relación entre el incumplimiento contractual y la cláusula *rebus sic stantibus* en el contrato de obra. Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4573)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 135 ss.
- MENDOZA LOSANA, Ana I., y CARRASCO PERERA, Ángel: «El carácter abusivo de la fórmula “hora o fracción” en los contratos de aparcamiento», en *La Ley*, 2002-7, D-282.
- MIR PUIGELAT, Oriol: «Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració», en *RJC* núm. 4, 2002, pp. 1023 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «Los plazos de ejercicio de los derechos del consumidor ante la falta de conformidad con el contrato en la Directiva 1999/44/CE y su transposición a los ordenamientos nacionales: un caso de *desarmonización*», en *La Ley*, 2002-7, D-313.
- MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis de los: «El anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», en *La Ley*, 2002-5, D-216.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores (comentario a la STS de 4 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 967 ss.
- NAVEIRA ZARRA, Maita M.^a: «Alcance de la enumeración de perjudicados contenida en la tabla I de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», en *RDP*, noviembre 2002, pp. 841 ss.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 73 ss.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge: «Contratos plurilaterales», en *AC* núm. 23, 2003, pp. 579 ss.
- PACHECO CAÑETE, Matilde, y BRENES CORTÉS, Josefa: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la

- legalidad y validez de esta práctica financiera», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1893 ss.
- PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: «El patrocinio publicitario: doctrina y jurisprudencia», en *AC* núm. 7, 2003, pp. 157 ss.
- PANTALEÓN, Fernando: «La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 29 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Designación de beneficiarios *mortis causa* en cuentas bancarias individuales pero formadas con ahorros provenientes de la comunidad matrimonial de bienes. Aproximaciones a su régimen jurídico», en *RDP*, diciembre 2002, pp. 911 ss.
- PINTOS AGER, Jesús: «Valoración y prueba de los daños. Sistemas de tasación, de presunción y de valoración objetiva», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 255 ss.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Contrato de seguro. Transporte de mercancías. Daños en mercancía transportada: acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil del transportista y contra el asegurador del propietario de la mercancía por daños propios. Inexistencia de responsabilidad solidaria. Incongruencia. Intereses moratorios. Interpretación de los contratos (comentario a la STS de 25 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1021 ss.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Consentimiento informado. Responsabilidad civil del médico y del INSALUD por infracción de la obligación de informar al paciente, antes de la intervención, acerca de los posibles riesgos y complicaciones. Atrofia de testículo como consecuencia de operación de vasectomía (comentario a la STS de 2 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1159 ss.
- RIVERA SABATÉS, Vidal: «Arrendamiento de obra. Acción directa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2002», en *RDP*, marzo-abril 2003, pp. 279 ss.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M.^a: «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 65 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Opción de compra. Requisitos de inscribibilidad en el RP. Naturaleza real u obligacional. Extensión de la subrogación por pago fideiusorio. Requisitos de aplicación de la *exceptio cedendarum actionum* (art. 1.852 CC) (comentario a la STS de 14 de junio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1123 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad civil extracontractual. Caída en portal de edificio. Prueba del nexo causal. Responsabilidad por culpa de la comunidad de propietarios. Tendencia objetivadora: creación de riesgo para terceros. Actividad no peligrosa. Predisposición y culpa de la víctima. Valoración de la prueba: informe pericial (comentario a la STS de 6 de junio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1067 ss.
- RUIZ BACHS, Salvador, y DÍAZ RUIZ, Emilio: «El depósito bancario estructurado», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 57 ss.

- SABATER MARTÍN, Anfbal: «Litispendencia generada por un arbitraje; ámbito del convenio arbitral; firmeza del laudo (comentario a la STS de 23 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 839 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pedro: «Los riegos del desarrollo», en *EDJ* núm. 37, 2001, pp. 45 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Seguro de amortización de préstamo hipotecario. Suscripción de la póliza por el propio banco prestamista. Gestión defectuosamente cumplida por haber omitido a uno de los cónyuges prestatarios. Responsabilidad del banco (comentario a la STS de 4 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 595 ss.
- SOLÉ FELIU, Josep y MARTÍN CASALS, Miquel: «Responsabilidad de profesionales sanitarios. Responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. Inexistencia de relación de causalidad entre la falta de información del médico y la decisión de no abortar de la paciente. *Wrongful birth*», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1097 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Pronunciamiento sobre responsabilidad civil en causa por delito fiscal», en *La Ley*, 2002-6, D-237.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Sociedad irregular. Adquisición de inmuebles por un socio por cuenta propia pero empleando fondos sociales. Subrogación real y deuda de valor. Prescripción de la acción para exigir rendición de cuentas (comentario a la STS de 20 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 825 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «De nuevo sobre el régimen legal de la firma electrónica (estudio del anteproyecto de 26 de junio de 2002)», en *AC* núm. 6, 2003, pp. 137 ss.
- VEIGA COPO, Abel Benito: «Prenda de créditos y negocio fiduciario –venta en garantía–», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 57 ss.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «Acción rescisoria. Insolvencia de los cofiadores. Crédito anterior a la compraventa que se rescinde. Conocimiento del perjuicio al acreedor (comentario a la STS de 15 de marzo de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 955 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Responsabilidad civil por muerte de un niño por asfixia al ingerir un caramelo. Comentario a la STS de 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 6198)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 193 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ABELLÁ RUBIO, José María: «La renuncia de los comuneros a sus cuotas», en *AC* núm. 25, 2003, pp. 467 ss.
- ÁNDERSON, Miriam: «La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: una réplica», en *La Ley*, 2002-5, D-198.

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Tercería de dominio; caducidad de anotación preventiva de embargo; inscripción del dominio del tercerista una vez caducada la anotación de embargo, pero subsistiendo éste y conociéndolo el tercerista (comentario a la STS de 18 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 631 ss.
- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: «La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial», en *La Ley*, 2002-7, D-255.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «Los suelos contaminados: obligación de saneamiento y derecho de propiedad», en *RDA* núm. 2, 2002, pp. 43 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual: legitimación activa de las entidades de gestión; comunicación en las habitaciones de hotel (comentario a la STS de 24 de septiembre de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1279 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Alcance de una resolución a un tercero adquirente de buena fe [comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2002 (A. C. 45/2002, 705)]», en *AC* núm. 1, 2003, pp. 29 ss.
- BRENES CORTÉS, Josefa, y PACHECO CAÑETE, Matilde: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1893 ss.
- BUSTOS MORENO, Yolanda B.: «Entrega de un cuadro en depósito por parte de su propietario a una galería de arte con mandato de venta. Práctica comercial de que las galerías de arte actúan como intermediarios en la venta de obras de arte. Apropiación indebida del precio de la venta. Concepto de “privación ilegal” ex artículo 464 del Código Civil (comentario a la STS de 22 de enero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 705 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Cualidad de bien hereditario de la oficina de farmacia. Usufructo constituido sobre la misma. Imposibilidad de establecer dicho gravamen. Conmutación posterior que no subsana la ilegalidad de éste. Inclusión como ganancial de un bien privativo en el inventario de la liquidación de la sociedad (comentario a la STS de 26 de noviembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 563 ss.
- CACCHINI ROSELL, Xavier: «La causa lícita que justifica las prohibiciones de disponer sobre inmuebles», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 203 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «La protección del diseño en Europa. El Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 97 ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «El Registro de la Riqueza Territorial al servicio de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario desde la perspectiva navarra», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 9 ss.
- CHAMORRO POSADA, Manuel: «La capitalización de los intereses para el devengo de intereses moratorios en la constitución de la hipoteca», en *La Ley*, 2002-5, D-191.

- «Buena fe y contratación bancaria desde el futuro Derecho contractual europeo (diligencia y responsabilidad contractuales por error en el abono en cuenta corriente bancaria)», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 233 ss.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar: «Comentario a la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía de Cataluña», en *AC* núm. 2, 2003, pp. 61 ss.
- DÍAZ ROMERO, M.^a del Rosario: «Defensa frente a inmisiones: cese y reparación de daños y perjuicios. Acción negatoria. Comentario a la STSJ Cataluña de 19 de marzo de 2002 (RJ 2002, 1399)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 347 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 209 ss.
- ESPINA, Daniel: «Drets reals catalans amb objecte mercantil», en *RJC* núm. 4, 2002, pp. 945 ss.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «Teoría general de los bienes y las cosas», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 919 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Compraventa de vivienda: simulación absoluta. Fraude de Ley. Causa ilícita. Declaración de ineficacia a instancia de la vendedora. Actos propios. Tercero de buena fe (comentario a la STS de 20 de noviembre de 2001)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 891 ss.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: «Garantías reales en Navarra», en *RJN* núm. 33, vol. II, 2002, pp. 25 ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 1033 ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen: «Junta de Propietarios en régimen de propiedad horizontal. Actas. Requisitos. Mención de los asistentes y de las cuotas de participación en la comunidad que representan: nulidad de acuerdos y nulidad del voto secreto. Incongruencia omisiva: falta de pronunciamiento sobre hechos fundamentales integrantes de la *causa petendi* de la demanda (comentario a la STS de 17 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 621 ss.
- GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: «Simulación contractual relativa: donación encubierta bajo compraventa formalizada en escritura pública: falta de prueba. Resolución del contrato de compraventa por cumplimiento de la condición resolutoria tácita a que estaba sometido; desaparición de la base del negocio que le priva de su sentido. Interpretación del contrato. Acesión: construcción extralimitada de mala fe: aplicación por analogía del artículo 362 CC (comentario a la STS de 10 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 985 ss.
- GONZÁLEZ LAGUNA, Miguel: «Registro de Bienes Muebles: tres Resoluciones y una Instrucción», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 1243 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Nulidad de procedimiento ejecutivo. Su repercusión en la adjudicación realizada y en las ulteriores transmisiones de la

- finca ejecutada. Tercero hipotecario: el soporte registral de su buena fe y el tiempo en que ésta tiene que producirse. Doctrina jurisprudencial: requisitos (comentario a la STS de 23 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 849 ss.
- GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, Eduardo: «Transmisión de los derechos de explotación de la obra del creador asalariado», en *RGLJ* núm. 1, 2002, pp. 7 ss.
- GUTIÉRREZ ZARZA, M.^a Ángeles: «Órganos competentes en primera y segunda instancia para resolver pretensiones de propiedad industrial en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. Normas de *ius cogens* o derecho imperativo. Apreciación de oficio. Nulidad de actuaciones (comentario a la STS de 21 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 661 ss.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria», en *AC* núm. 15, 2003, pp. 361 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: «El cambio de la situación urbanística en los inmuebles», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 55 ss.
- MONDÉJAR PEÑA, M.^a Isabel: «Embargo de vivienda en construcción. Improcedente ejercicio de una tercería de dominio por el comprador sobre plano. Comentario a la STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3511)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 361 ss.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: «Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000», en *RJC* núm. 4, 2002, pp. 1121 ss.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores (comentario a la STS de 4 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 967 ss.
- PACHECO CAÑETE, Matilde, y BRENES CORTÉS, Josefa: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1893 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino: «Control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 1071 ss.
- PECES MORATE, Ernesto: «La vinculación de los Registros de la Propiedad con la resolución estimatoria expresa del recurso administrativo contra la calificación negativa del Registrador», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 1265 ss.
- PUJOL CAPILLA, Purificación: «Tracto abreviado. Excepciones al principio», en *AC* núm. 21, 2003, pp. 529 ss.
- «Interrupción del tracto y reanudación del mismo», en *La Ley*, 2002-7, D-269.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara: «El artículo 1648 del Código Civil como tutela correctiva de un conflicto de intereses en el pago», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 225 ss.

- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Opción de compra. Requisitos de inscribibilidad en el RP. Naturaleza real u obligacional. Extensión de la subrogación por pago fideiusorio. Requisitos de aplicación de la *exceptio cedendarum actionum* (art. 1.852 CC) (comentario a la STS de 14 de junio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1123 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Seguro de amortización de préstamo hipotecario. Suscripción de la póliza por el propio banco prestamista. Gestión defectuosamente cumplida por haber omitido a uno de los cónyuges prestataarios. Responsabilidad del banco (comentario a la STS de 4 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 595 ss.
- SOLÉ RESINA, Judith: «Propiedad horizontal: el plazo para petición de nulidad de los acuerdos de la Junta es de caducidad. Actos propios. Abuso de derecho (comentario a la STS de 2 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1145 ss.
- SOLLA SASTRE, María Julia: «Fuerza codificadora y doctrina codificadora en el artículo 1.897 del Código Civil: la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca», en *RCDI* núm. 676, 2003, pp. 1115 ss.
- SUÁREZ OJEDA, Magdalena: «Las urbanizaciones: su evolución y problemática actual», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 57 ss.
- TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, Javier: «Límites de la “privatización” del Derecho de Marcas», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1999 ss.
- TRUJILLO DíEZ, Iván Jesús: «Sociedad irregular. Adquisición de inmuebles por un socio por cuenta propia pero empleando fondos sociales. Subrogación real y deuda de valor. Prescripción de la acción para exigir rendición de cuentas (comentario a la STS de 20 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 825 ss.
- VEIGA COPO, Abel Benito: «Prenda de créditos y negocio fiduciario –venta en garantía–», en *RDBB* núm. 89, 2002, pp. 57 ss.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Carácter formal de la calificación registral», en *La Ley*, 2002-6, D-248.

DERECHO DE FAMILIA

- ALGARRA PRATS, Esther: «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 7 ss.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan: «La tributación de la familia en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 65 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Cualidad de bien hereditario de la oficina de farmacia. Usufructo constituido sobre la misma. Imposibilidad de establecer dicho gravamen. Conmutación posterior que no subsana la ilegalidad de éste. Inclusión como ganancial de un bien privativo en el

- inventario de la liquidación de la sociedad (comentario a la STS de 26 de noviembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 563 ss.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 575 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Estipulación a favor de tercero: necesidad de la aceptación por el tercero: nulidad de la estipulación por falta de aceptación y del contrato en su totalidad. Pacto transaccional por el que los cónyuges ponen fin a proceso sobre división de gananciales: estipulación a favor de los hijos (comentario a la STS de 8 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1205 ss.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», en *RDP*, enero-febrero 2003, pp. 166 ss.
- ESPINAR VICENTE, José María: «Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio», en *AC* núm. 19, 2003, pp. 477 ss.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges», en *RJN* núm. 33, vol. II, 2002, pp. 49 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Impugnación de filiación matrimonial establecida en virtud de reconocimiento de complacencia. Autonomía de las acciones de los artículos 140 y 141 del Código Civil: su repercusión en el alcance de la cosa juzgada. Matrimonialidad sobrevenida por subsiguiente matrimonio (comentario a la STS de 26 de noviembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 581 ss.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Los derechos sucesorios en las adopciones», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 19 ss.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «El matrimonio y la familia en la sociedad actual», en *RDP*, marzo-abril 2003, pp. 147 ss.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Menores en desamparo y padres sin amparo», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 109 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «El artículo 9.2.º CC (1974) era inconstitucional (evidentemente); comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 203 ss.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, María José: «Vecindad civil y régimen económico matrimonial», en *AC* núm. 10, 2003, pp. 237 ss.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria», en *AC* núm. 15, 2003, pp. 361 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional. Comentario a la STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 8237)», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 433 ss.
- MORENO, Gloria: «Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el derecho comparado», en *RJUAM* núm. 7, 2002, pp. 191 ss.

- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial con posesión de estado. Preterición intencional: el legitimario tiene derecho a la legítima estricta. Alcance de la acción de petición de herencia: derecho a la atribución de la cuota hereditaria (comentario a la STS de 9 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1241 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Aspectos jurídicos de la mediación familiar», en *RDP*, marzo-abril 2003, pp. 257 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Acción de reclamación de filiación paterna ejercida por el sedicente progenitor. Principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda: no lo es el ofrecimiento de practicar pruebas biológicas en el momento procesal adecuado (comentario a la STS de 1 de febrero de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 913 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas», en *DN* núm. 149, 2003, pp. 41 ss.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: «Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil», en *AC* núm. 3, 2003, pp. 75 ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», en *La Ley*, 2002-7, D-313.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «Comentarios al desarrollo reglamentario de la Ley 1/2002, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña», en *La Ley*, 2002-6, D-232.

DERECHO DE SUCESIONES

- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Disposición testamentaria de residuo de la especie *si aliquid superit*. Su distinción con la modalidad de *eo quod superit*. La llamada sustitución preventiva de residuo (comentario a la STS de 6 de febrero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 771 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Cualidad de bien hereditario de la oficina de farmacia. Usufructo constituido sobre la misma. Imposibilidad de establecer dicho gravamen. Conmutación posterior que no subsana la ilegalidad de éste. Inclusión como ganancial de un bien privativo en el inventario de la liquidación de la sociedad (comentario a la STS de 26 de noviembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 563 ss.
- FERRER BARQUERO, Ramón, y MARTÍNEZ CALDEVILLA, Juan Luis: «Normativa testamentaria aplicable a las Fuerzas Armadas Españolas en misiones extranjeras», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 147 ss.
- GALICIA AIZPURURA, Gorka: «Fuero Nuevo de Bizcaia de 1526: prórroga del “poder testatorio” como costumbre *praeter legem*. Competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación. Derecho transitorio. Cambio de línea jurisprudencial (comentario a la STS de 12 de marzo de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 935 ss.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Sucesión intestada a favor de convivientes (una resolución sorprendente de la Audiencia Provincial de Alicante)», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 305 ss.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Los derechos sucesorios en las adopciones», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 19 ss.
- GONZÁLEZ LAO, Juan José: «Naturaleza jurídica y objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Derecho común», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 75 ss.
- JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana: «Reflexiones sobre el testamento otorgado en consideración al comportamiento del cónyuge hasta ese momento, y al que se instituye heredero, produciéndose, con posterioridad a la incapacitación del testador, un incumplimiento de los deberes conyugales por el cónyuge instituido heredero y, en especial, el abandono», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 121 ss.
- MARTÍN LEÓN, Antonio: «Donación. Sustitución fideicomisaria *cum et sine liberis decesserit*; hijo puesto en condición: comprende el hijo adoptivo. Interpretación del contrato. Aplicación del concepto de filiación vigente a la muerte del donatario (comentario a la STS de 28 de junio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1135 ss.
- MARTÍNEZ CALDEVILLA, Juan Luis, y FERRER BARQUERO, Ramón: «Normativa testamentaria aplicable a las Fuerzas Armadas Españolas en misiones extranjeras», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 147 ss.
- MESA MARRERO, Carolina: «Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 159 ss.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial con posesión de estado. Preterición intencional: el legitimario tiene derecho a la legítima estricta. Alcance de la acción de petición de herencia: derecho a la atribución de la cuota hereditaria (comentario a la STS de 9 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1241 ss.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «La protección *post-mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 1 de diciembre de 1999. Caso *Marlene Dietrich*)», en *AC* núm. 20, 2003, pp. 495 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Determinación de herederos», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 297 ss.
- RUBIO GIMENO, Gemma: «Institución de heredero sometida a condición resolutoria. Ineficacia de las enajenaciones realizadas por el primer heredero (comentario a la STS de 23 de febrero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 805 ss.

DERECHO MERCANTIL**PARTE GENERAL. EMPRESA**

- AGRA VIFORCOS, Beatriz: «Empresarios peculiares y prohibición de competencia desleal (art. 21.1 ET): posibles pautas interpretativas», en *La Ley*, 2002-5, D-188.
- AMILS ARNAL, Rais: «Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 64 ss.
- ARADILLA MARQUÉS, M.^a José, y BATALLER GRAU, Juan: «El contrato de seguro como modalidad de instrumentación de los compromisos por pensiones en el ámbito empresarial: los derechos de disposición anticipada», en *DN* núm. 152, 2003, pp. 1 ss.
- BATALLER GRAU, Juan y ARADILLA MARQUÉS, M.^a José: «El contrato de seguro como modalidad de instrumentación de los compromisos por pensiones en el ámbito empresarial: los derechos de disposición anticipada», en *DN* núm. 152, 2003, pp. 1 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «La protección del diseño en Europa. El Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 97 ss.
- DÍAZ GÓMEZ, M.^a Angustias: «Designación de modelos de automóviles y competencia desleal», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1949 ss.
- DÍEZ ESTELLA: «Los objetivos del derecho antitrust», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 32 ss.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «Factor notorio, gerente y director general. Operaciones dentro del giro o tráfico de la empresa. Error en la inscripción por estimar al representante como Consejero Delegado. El artículo 1.713 del Código Civil no encuentra su aplicación en el ámbito mercantil (comentario a la STS de 29 de octubre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 525 ss.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J.: «La negativa de suministro como supuesto antitrust (especial referencia al mercado de las especialidades farmacéuticas)», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 53 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 10 ss.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes: «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 80 ss.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio: «Crisis empresariales y ayudas estatales», en *DN* núm. 150, 2003, pp. 13 ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «Ejercicio de profesiones liberales y derecho de la competencia», en *La Ley*, 2002-5, D-186.

ZABALETA DÍAZ, Marta: «La reforma del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *DN* núm. 152, 2003, pp. 18 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

AGUILÓ PIÑA, José F.: «La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1795 ss.

ALONSO LEDESMA, Carmen: «El buen gobierno de las sociedades en Europa», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 129 ss.

ARMENGOLL I GASULL, Oriol, y GUERRERO PIÑAR, Susana: «El régimen de *golden share*: examen crítico a la vista de la reciente jurisprudencia del TJCE», en *La Ley*, 2002-5, D-193.

BUITRAGO RUBIRA, José Ramón: «Fusión por absorción de bancos cotizados. Métodos de valoración a efectos de tipo de canje», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 25 ss.

COUTINHO DE ABREU, Jorge M.: «Interés social y deber de lealtad de los socios», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 39 ss.

ESTUPIÑAN CÁCERES, Rosalía: «Novedades sustanciales del Proyecto de Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa por el que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *La Ley*, 2002-7, D-315.

FERNÁNDEZ-GOLFIN APARICIO, Antonio: «La propuesta de Reglamento de Sociedad Cooperativa Europea», en *La Ley*, 2002-5, D-209.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRERES GARCÍA, Ana: «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 89 ss.

GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración. Carácter no impugnabile de la formulación de las cuentas anuales. Legitimación del accionista a estos efectos (comentario a la STS de 5 de julio de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1185 ss.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Controles administrativos sobre una OPA y posibilidades de defensa», en *RDBB* núm. 89, 2002, pp. 251 ss.

GUERRERO PIÑAR, Susana, y ARMENGOLL I GASULL, Oriol: «El régimen de *golden share*: examen crítico a la vista de la reciente jurisprudencia del TJCE», en *La Ley*, 2002-5, D-193.

LARA GONZÁLEZ, Rafael: «Aspectos societarios de la actividad de capital-riesgo», en *RJN* núm. 33, vol. I, 2002, pp. 81 ss.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdidas. Comentario a la SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 28 enero de 2002», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 179 ss.

- MARTÍNEZ LUCAS, José Antonio: «La aplicación de la sucesión de empresas a las sociedades laborales (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 19 de julio de 2002)», en *La Ley*, 2002-6, D-239.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco: «Posibilidades del procedimiento analógico en el Derecho de Sociedades (a propósito del AAP Albacete de 23 de febrero de 2002)», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 199 ss.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: «El derecho del accionista a los beneficios/dividendos. Su regulación legal en la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 22 de diciembre de 1989). Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AC* núm. 14, 2003, pp. 339 ss.
- MATEU DE ROS, Rafael: «La pluralidad de plazos de mandato de los administradores de la sociedad anónima. Comentario a la RDGRN de 26 de marzo de 2002», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 223 ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «Un defecto perverso de la normativa sobre inscripción de los ceses de administradores de sociedades de capital», en *RDP* enero-febrero 2003, pp. 68 ss.
- PACHECO CAÑETE, Matilde: «Sociedades anónimas. Autocartera. Incidencia de las acciones propias en el cómputo del quórum de constitución de la junta general y de las mayorías exigidas para la adopción de acuerdos en la junta general (comentario a la STS de 19 de diciembre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 647 ss.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín: «Jurisprudencia del TS y resoluciones de la DGRN con relación a la denominación de las sociedades anónimas. Cuestiones diversas», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 231 ss.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «El sistema de clases en la Ley de Cooperativas –un alegato a favor de la simplicidad legal–», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 57 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 73 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La inscripción de titularidades y gravámenes sobre acciones y participaciones sociales en el Registro de Bienes Muebles (una visión personal)», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 105 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «La responsabilidad del socio comanditario por injerencia en la gestión: un apunte del artículo 148.IV del Código de Comercio», en *La Ley*, 2002-5, D-220.
- SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: «La constitución de la –Societas Europea–SE», en *RDS* núm. 115, 2002, pp. 15 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Líneas generales del régimen del Comité de auditoría de las sociedades cotizadas», en *RDBB* núm. 89, 2002, pp. 191 ss.
- SÁNCHEZ FELIPE, José Manuel, y VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 15 ss.

- SÁNCHEZ RICO, María Soledad: «Impugnación de acuerdos sociales adoptados en la Junta General de una sociedad anónima (art. 115 LSA). Acción derivada de la reclamación de parte de los beneficios [art. 48.2.a) LSA]. Legitimación para ejercitar la acción de nulidad de los acuerdos sociales (art. 117 LSA) (comentario a la STS de 30 de enero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 725 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1653 ss.
- VEGA GARCÍA, Fernando L. de la: «Responsabilidad civil de administradores y daños derivados de ilícitos concurrenciales», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1755 ss.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio y SÁNCHEZ FELIPE, José Manuel: «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE», en *RDS* núm. 19, 2002, pp. 15 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- BUITRAGO RUBIRA, José Ramón: «Fusión por absorción de bancos cotizados. Métodos de valoración a efectos de tipo de canje», en *RDPat* núm. 10, 2003, pp. 25 ss.
- ORRIOLS SALLÉS, María Àngels: «El código de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo», en *RDBB* núm. 89, 2002, pp. 219 ss.
- PEÑAS MOYANO, María Jesús: «El plan de acción de servicios financieros (PASF) como instrumento de integración para la consecución del Mercado Financiero Único», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 159 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- AMESTI MENDIZÁBAL, Christi de: «Algunas consideraciones de urgencia sobre la independencia del auditor», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 47 ss.
- ARADILLA MARQUÉS, M.^a José, y BATALLER GRAU, Juan: «El contrato de seguro como modalidad de instrumentación de los compromisos por pensiones en el ámbito empresarial: los derechos de disposición anticipada», en *DN* núm. 152, 2003, pp. 1 ss.
- BATALLER GRAU, Juan, y ARADILLA MARQUÉS, M.^a José: «El contrato de seguro como modalidad de instrumentación de los compromisos por pensiones en el ámbito empresarial: los derechos de disposición anticipada», en *DN* núm. 152, 2003, pp. 1 ss.
- BAZINAS, Spiros V.: «Contribución de la CNUDMI a la unificación del derecho que rige la financiación mediante cesión de créditos: la Convención

- de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 181 ss.
- BRENES CORTÉS, Josefa, y PACHECO CAÑETE, Matilde: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1893 ss.
- CHAMARRO POSADA, Manuel: «Buena fe y contratación bancaria desde el futuro Derecho contractual europeo (diligencia y responsabilidad contractuales por error en el abono en cuenta corriente bancaria)», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 233 ss.
- CONTRERAS VILCHES, Alfonso de: «Las garantías del contrato de futuros financieros», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 125 ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio, y RUIZ BACHS, Salvador: «El depósito bancario estructurado», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 57 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 209 ss.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «La limitación de la responsabilidad del naviero: una aproximación al ámbito de aplicación de las normas internas y las normas convencionales», en *RDP*, octubre 2002, pp. 725 ss.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «Factor notorio, gerente y director general. Operaciones dentro del giro o tráfico de la empresa. Error en la inscripción por estimar al representante como Consejero Delegado. El artículo 1.713 del Código Civil no encuentra su aplicación en el ámbito mercantil (comentario a la STS de 29 de octubre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 525 ss.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de financiación en el ámbito de la Banca Corporativa», en *La Ley*, 2002-5, D-226.
- PACHECO CAÑETE, Matilde, y BRENES CORTÉS, Josefa: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», en *RDM* núm. 246, 2002, pp. 1893 ss.
- PETIT LAVALL, M.^a Victoria: «La independencia del auditor y la *multidisciplinary practice*», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 7 ss.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Contrato de seguro. Transporte de mercancías. Daños en mercancía transportada: acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil del transportista y contra el asegurador del propietario de la mercancía por daños propios. Inexistencia de responsabilidad solidaria. Incongruencia. Intereses moratorios. Interpretación de los contratos (comentario a la STS de 25 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1021 ss.
- RUIZ BACHS, Salvador y DÍAZ RUIZ, Emilio: «El depósito bancario estructurado», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 57 ss.

VEIGA COPO, Abel Benito: «Prenda de créditos y negocio fiduciario –venta en garantía–», en *RDBB* núm. 89, 2003, pp. 57 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

CANO-MAILLO REY, Pedro Vicente, y CEREZO GARCÍA-VERDUGO, Pablo: «El juicio cambiario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-7, D-254.

CEREZO GARCÍA-VERDUGO, Pablo, y CANO-MAILLO REY, Pedro Vicente: «El juicio cambiario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-7, D-254.

LÓPEZ SANTANA, Nieves: «El ámbito objetivo del mercado de valores: delimitación del concepto de “valor negociable” tras la introducción del concepto “instrumento financiero” y aproximación a este último», en *RDBB* núm. 88, 2002, pp. 75 ss.

DERECHO CONCURSAL

GONZÁLEZ BILBANO, Emilio: «Formación de la masa pasiva. Reconocimiento y clasificación de créditos en la reforma concursal. Créditos salariales», en *La Ley*, 2002-7, D-256.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: «*Par conditio creditorum* y la protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)», en *AC* núm. 17, 2003, pp. 413 ss.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Los efectos del concurso sobre los acreedores, los contratos pendientes y los actos perjudiciales para la masa en el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 143 ss.

MAGRO SERVET, Vicente: «El Tribunal de Marcas en la reforma concursal», en *La Ley*, 2002-7, D-307.

— «La administración judicial. Desde el borrador al Proyecto de Ley Concursal», en *La Ley*, 2002-7, D-292.

MORILLAS JARILLO, María José: «La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002», en *DN* núm. 149, 2003, pp. 1 ss.

TASIES BELETA, Ricard: «Sobre la naturaleza jurídica del instituto de la retroacción en el proceso de quiebra», en *La Ley*, 2002-5, D-176.

VILARRUBIAS GUILLAMET, Felio: «El convenio anticipado en el nuevo Proyecto de Ley Concursal», en *La Ley*, 2002-7, D-303.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ABAD LICERAS, José María: «Algunas referencias al planeamiento de desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU* núm. 201, 2003, pp. 101 ss.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Nivel elevado de protección, ponderación y prevalencia de los intereses ambientales. Estudio jurisprudencial», en *RDU* núm. 201, 2003, pp. 11 ss.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «Las tasas por la eliminación de residuos urbanos y el principio de quien contamina paga», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 133 ss.
- ÁLVAREZ LATA, N.: «Una alternativa a la responsabilidad civil en la contención del daño ambiental: la acción negatoria de inmisiones», en *RDA* núm. 2, 2002, pp. 129 ss.
- «El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I) y (II)», en *RDP*, noviembre 2002, pp. 841 ss., y diciembre 2002, pp. 865 ss.
- BAENA GONZÁLEZ, Antonio: «Introducción a la reciente Ley del Suelo andaluza», en *RDU* núm. 199, 2003, pp. 11 ss.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «Los suelos contaminados: obligación de saneamiento y derecho de propiedad», en *RDA* núm. 2, 2002, pp. 43 ss.
- BASSOLS COMA, Martín: «Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integrales», en *RDU* núm. 200, 2003, pp. 13 ss.
- BLANQUER CRIADO, David: «La titularidad de la potestad expropiatoria», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 45 ss.
- BORRELL I CALONGE, Agustí y FANLO I PUNTER, Víctor: «La *Llei d'Urbanisme* de Catalunya vista por cuatro arquitectos (comentarios a la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo, del Parlament de Catalunya)», en *RDU* núm. 199, 2003, pp. 39 ss.
- BUJOSA BADELL, Lorenzo Mateo: «La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 513 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «La distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado en la Sentencia Constitucional 54/2002, de 27 de febrero», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 91 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «El control de calidad de la edificación, ¿un oligopolio local?», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 77 ss.
- «Aeropuertos de interés general, ordenación del territorio y urbanismo y autonomía local (domentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2002, de 31 de octubre)», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 119 ss.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: «Arqueología y Derecho. Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento», en *RDU* núm. 200, 2003, pp. 41 ss.

- GARCÍA-MORENO FERNÁNDEZ, Fernando: «La valoración de las empresas en la vigente Ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones como consecuencia de su expropiación urbanística: problemática y conceptos específicos a indemnizar», en *RDU* núm. 199, 2003, pp. 121 ss.
- GONZÁLEZ BUITRAGO, Víctor: «El problema social de acceso a la vivienda y sus posibles soluciones», en *RDU* núm. 199, 2003, pp. 103 ss.
- JORDANO FRAGA, Jesús: «El Derecho ambiental del siglo XXI», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 95 ss.
- JUSTE RUIZ, José: «Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 39 ss.
- LOPERENA, Demetrio, y REHBINDER, Eckard: «La protección legal de los derechos ambientales: papel y experiencias de la Corte Internacional de arbitraje y conciliación ambiental», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 57 ss.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Comentarios al Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RUE* núm. 6, 2002, pp. 15 ss.
- MARTÍN MATEO, Ramón: «La revisión del instituto de evaluación de impacto ambiental», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 15 ss.
- «Avances en la ordenación ambiental. La cumbre de Johannesburgo», en *RDA* núm. 2, 2002, pp. 1 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: «El cambio de la situación urbanística en los inmuebles», en *RCDI* núm. 675, 2003, pp. 55 ss.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo: «Protección atmosférica y ambiente urbano sostenible en Andalucía», en *RDU* núm. 199, 2003, pp. 155 ss.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas», en *RDU* núm. 200, 2003, pp. 135 ss.
- NIETO MARTÍN, Fernando: «Medio ambiente y Derecho: el ejemplo de Aznalcóllar», en *La Ley*, 2002-5, D-196.
- ORO-PULIDO Y LÓPEZ, Mariano: «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2003 sobre el trámite de sugerencias en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 125 ss.
- ORTEGA BERNADO, Julia: «Licencias urbanísticas y obras públicas: el supuesto límite de las obras accesorias y complementarias», en *RDU* núm. 201, 2003, pp. 89 ss.
- PARERO ALFONSO, Luciano: «Urbanismo, política territorial y marco legal general», en *RDU* núm. 200, 2003, pp. 199 ss.
- PORTO REY, Enrique: «El estudio de la incidencia ambiental de planes y programas y los informes de análisis ambiental en la Comunidad de Madrid», en *RDU* núm. 200, 2003, pp. 251 ss.

- REAL FERRER, Gabriel: «La construcción del Derecho ambiental», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 73 ss.
- REHBINDER, Eckard: «El debate sobre la transposición del imperativo de sostenibilidad en el Derecho ambiental y de la planificación», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 23 ss.
- REHBINDER, Eckard, y LOPERENA, Demetrio: «La protección legal de los derechos ambientales: papel y experiencias de la Corte Internacional de arbitraje y conciliación ambiental», en *RDA* núm. 1, 2002, pp. 57 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La suspensión autonómica del planeamiento urbanístico municipal: su reconducción hacia límites aceptables constitucionalmente (a propósito de la evolución jurisprudencial en la materia)», en *RUE* núm. 6, 2002, pp. 103 ss.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. J.: «La normativa estatal sobre campos electromagnéticos generados por estaciones radioeléctricas», en *RDA* núm. 2, 2002, pp. 93 ss.
- SEGOVIA ARROYO, José Antonio: «Alcance de concretas determinaciones de la potestad administrativa urbanística en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU* núm. 201, 2003, pp. 63 ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «El intento de rectificación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre valoración de sistemas generales: la modificación del artículo 25 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («BOE» núm. 1313, de 31 de diciembre de 2002)», en *RUE* núm. 7, 2003, pp. 29 ss.
- SUÁREZ OJEDA, Magdalena: «Las urbanizaciones: su evolución y problemática actual», en *RUE* núm. 7, 2003, pp. 57 ss.
- TEJEDOR BIELSA, Julio César: «Los sistemas de actuación entre la tradición y la modernidad. Su configuración como esquemas típicos de relación en la ejecución de la obra pública urbanizadora», en *RUE* núm. 6, 2002, pp. 61 ss.
- TOLIYAR ALAS, Leopoldo: «Notas a una norma largamente esperada: la Ley del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística», en *RUE* núm. 7, 2003 pp. 15 ss.
- TRAYTER, Joan Manuel: «Principios generales de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña», en *RUE* núm. 6, 2002, pp. 41 ss.
- YAGÜE GIL, Pedro José: «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2002», en *RUE* núm. 6, 2002, pp. 95 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Consideraciones sucintas sobre la cooperación civil en el espacio judicial europeo», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 73 ss.

- ARMENGOLL I GASULL, Oriol y GUERRERO PIÑAR, Susana: «El régimen de *golden share*: examen crítico a la vista de la reciente jurisprudencia del TJCE», en *La Ley*, 2002-5, D-193.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma: «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», en *RDCE* núm. 14, 2003, pp. 45 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «La protección del diseño en Europa. El Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 97 ss.
- CORREA DELCASSO, Juan Pablo: «Análisis de la Propuesta de Reglamento sobre el título ejecutivo europeo. Incidencia de la normativa comunitaria en la LEC», en *La Ley*, 2002-6, D-242.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «Los objetivos del derecho antitrust», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 32 ss.
- FACH GÓMEZ, Katia: «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales», en *RDCE* núm. 14, 2003, pp. 181 ss.
- FERNÁNDEZ-GOLFIN APARICIO, Antonio: «La propuesta de Reglamento de Sociedad Cooperativa Europea», en *La Ley*, 2002-5, D-209.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria: la sentencia *Virginiamicina* (as. T-13/99)», en *RDCE* núm. 13, 2002, pp. 925 ss.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «La normativa aplicable en Europa en materia de responsabilidad de las compañías aéreas por daños en los pasajeros», en *DN* núm. 150, 2003, pp. 1 ss.
- GUERRERO PIÑAR, Susana y ARMENGOLL I GASULL, Oriol: «El régimen de *golden share*: examen crítico a la vista de la reciente jurisprudencia del TJCE», en *La Ley*, 2002-5, D-193.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J.: «La negativa de suministro como supuesto antitrust (especial referencia al mercado de las especialidades farmacéuticas)», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 53 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «Los plazos de ejercicio de los derechos del consumidor ante la falta de conformidad con el contrato en la Directiva 1999/44/CE y su transposición a los ordenamientos nacionales: un caso de *desarmonización*», en *La Ley*, 2002-7, D-313.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 73 ss.
- PARDO LEAL, Marta: «Peligros, riesgos y principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria: las Sentencias *Pfizer Animal Health, S. A.* y *Alpharma Inc.*», en *DN* núm. 151, 2003, pp. 1 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia», en *GJ* núm. 224, 2003, pp. 10 ss.

- PRIETO ANDRÉS, Antonio: «La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones», en *La Ley*, 2002-5, D-208.
- RUILOBA ALVARIÑO, Julia: «Los procedimientos de control sobre los derechos humanos en el ámbito regional europeo. Un caso particular: la situación de los derechos humanos en Turquía», en *RDCE* núm. 13, 2002, pp. 775 ss.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: «El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico», en *RDCE* núm. 14, 2003, pp. 7 ss.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier: «El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria», en *RDA* núm. 15, 2002, pp. 117 ss.
- URREA CORRES, Mariola: «El dilema de la Convención: la búsqueda de una solución alternativa al modelo clásico de reforma de los tratados», en *RDCE* núm. 14, 2003, pp. 265 ss.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Repercusiones de la Directiva 2002/58/CE (Privacidad y Comunicaciones Electrónicas) en el ordenamiento español», en *DN* núm. 153, 2003, pp. 21 ss.
- VINAIXA I MIQUEL, Mónica: «La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00. Fonderie Office Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GMBH)», en *RDCE* núm. 13, 2002, pp. 977 ss.

DERECHO PROCESAL

- ACHÓN BRUÑEN, María José: «La localización de los bienes embargables del ejecutado», en *La Ley*, 2002-7, D-266.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal», en *AC* núm. 1, 2003, pp. 1 ss.
- ANDERSON, Miriam: «La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: una réplica», en *La Ley*, 2002-5, D-198.
- ANDINO EXPE, Luis Fernando: «La realización forzosa de los bienes embargados en la nueva LEC. La liquidación de intereses», en *La Ley*, 2002-5, D-192.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Consideraciones sucintas sobre la cooperación civil en el espacio judicial europeo», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 73 ss.
- BACHMAIER, Lorena: «Ejecución de sentencia extranjera (Portugal); proceso en rebeldía (art. 27.2 del Convenio de Bruselas); emplazamiento postal

(comentario a la STS de 24 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 1011 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «El recurso de casación en relación con el “procedimiento contradictorio” del artículo 37 del Convenio de Bruselas. Inserción del recurso de casación mencionado en la norma supranacional en el sistema casacional establecido en la “ley del foro”. Aplicación de las reglas que determinan las resoluciones recurribles en casación. La *summa gravaminis* como presupuesto de procedibilidad de este recurso de casación. Las causas de inadmisión del recurso son pertinentes, al resolver sobre el mismo, para desestimarlos. Corresponde a los órganos judiciales el control de los requisitos y presupuestos procesales que condicionan el acceso a los recursos (comentario a la STS de 7 de febrero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 791 ss.

CANO-MAILLO REY, Pedro Vicente, y CEREZO GARCÍA-VERDUGO, Pablo: «El juicio cambiario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-7, D-254.

CERES MONTES, José Francisco: «La revitalización del proceso civil: los procesos inglés y español tras sus recientes leyes de reforma», en *La Ley*, 2002-5, D-194.

CEREZO GARCÍA-VERDUGO, Pablo, y CANO-MAILLO REY, Pedro Vicente: «El juicio cambiario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-7, D-254.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo: «Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC reguladores del proceso monitorio», en *La Ley*, 2002-5, D-180.

— «Análisis de la Propuesta de Reglamento sobre el título ejecutivo europeo. Incidencia de la normativa comunitaria en la LEC», en *La Ley*, 2002-6, D-242.

CUARTERO RUBIO, M.^a Victoria: «Efecto negativo de un convenio arbitral por el que las partes se someten en el contrato a arbitraje ante la *American Arbitration Association* (comentario a la STS de 23 de julio de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 385 ss.

GARCÍA-ROSTAN CALVIN, Gemma: «La revocación de sentencias de primera instancia ejecutadas provisionalmente», en *La Ley*, 2002-5, D-182.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Nulidad de procedimiento ejecutivo. Su repercusión en la adjudicación realizada y en las ulteriores transmisiones de la finca ejecutada. Tercero hipotecario: el soporte registral de su buena fe y el tiempo en que ésta tiene que producirse. Doctrina jurisprudencial: requisitos (comentario a la STS de 23 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 849 ss.

HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Carencia sobrevenida de objeto. Efectos sobre las cuestiones procesales pendientes: incidente de previo pronunciamiento sobre litisconsorcio pasivo necesario y decisión sobre las costas del incidente (comentario a la STS de 1 de febrero de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 741 ss.

- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Relato fáctico de los antecedentes de la acción de cesación contra una actividad que provoca inmisiones sonoras y su tramitación procesal», en *La Ley*, 2002-7, D-289.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis: «Consecuencias prácticas de la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el resto de las jurisdicciones», en *AC* núm. 2, 2003, pp. 29 ss.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: «Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000», en *RJC* núm. 4, 2002, pp. 1121 ss.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Enajenación judicial en los procesos de ejecución: transmisión de la propiedad y cancelación de inscripciones posteriores (comentario a la STS de 4 de abril de 2002)», en *CCJC* núm. 60, 2002, pp. 967 ss.
- PUIGSERVER ASOR, Carlos R.: «Reconvención formulada con carácter subsidiario (comentario a la STS de 2 de octubre de 2001)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 497 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La prueba en la nueva Ley (de Enjuiciamiento Civil). (Prueba documental)», en *RJNot* núm. 43, 2002, pp. 235 ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: «Problemas prácticos que plantea el control de la imparcialidad y objetividad de los peritos en el proceso civil», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 73 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Cosa juzgada y tutela judicial efectiva», en *DPC* núm. 16, 2002, pp. 259 ss.
- SABATER MARTÍN, Aníbal: «Litispendencia generada por un arbitraje; ámbito del convenio arbitral; firmeza del laudo (comentario a la STS de 23 de mayo de 2002)», en *CCJC* núm. 59, 2002, pp. 839 ss.
- SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín Luis: «Cuestiones que plantea el recurso extraordinario por infracción procesal ante los Tribunales Superiores de Justicia», en *AC* núm. 18, 2003, pp. 433 ss.
- SÁNCHEZ PARELLADA, Jorge: «Intervención del procurador en los actos de comunicación», en *RPJ* núm. 66, 2002, pp. 341 ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
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

RDA	Revista de Derecho Ambiental
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

La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La aceptación tácita por los padres de la herencia de los hijos menores de edad. (A propósito de la STS 801/2002, de 26 de julio)

BELÉN CASADO CASADO
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Hechos.*–III. *La administración por los padres de los bienes de los hijos:* 1. La disposición de bienes de menores en general. 2. Especial estudio del artículo 166, párrafo segundo, del CC.–IV. *Aceptación y adquisición de la herencia:* 1. La aceptación y repudiación de la herencia. Concepto, naturaleza y caracteres. 2. Formas y clases de aceptación. Especial consideración a la aceptación tácita. 3. *Relación entre el carácter voluntario de la aceptación con el artículo 991 CC y con la aceptación tácita de la herencia:* El llamado presupuesto subjetivo de la aceptación hereditaria.–V. *Especial mención a la situación de los acreedores del causante. El «novenario y la interpellatio in iure».*–VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Los padres, en cuanto titulares de la patria potestad del menor, tendrán asignada la representación legal de los hijos menores de edad y la administración de sus bienes (art. 154 CC), actuaciones éstas que pueden tener enorme repercusión en el patrimonio de su representado, haciéndole responder por deudas, disminuyendo el patrimonio del menor, evitando el ingreso de bienes en el mismo, etc.

Como representantes legales del menor, y dentro de sus facultades de administración, los padres van a aceptar o repudiar la herencia a la que los hijos son llamados. Para la repudiación el artículo 166, párrafo segundo, prescribe la necesidad de una autorización judicial, pero nada se dice para la aceptación de la herencia.

Nos vamos a centrar en el tema de la aceptación pura y simple de la herencia sin acogerse al beneficio de inventario, como actuación de los padres que puede hacer responder al menor de las deudas hereditarias más allá del patrimonio hereditario, esto es, extendiendo la responsabilidad de éstos a los bienes y derechos integrantes de su propio patrimonio. El beneficio de inventario será una forma de limitar esta responsabilidad *ultra vires* de los herederos, beneficio que deberán solicitar sus representantes legales.

La aceptación de la herencia del menor puede hacerse por sus representantes legales de forma tácita, por actos concluyentes que denoten, de forma clara, la voluntad de aceptar la herencia de los menores, teniendo en cuenta que será la actuación más frecuente en la práctica. La mayoría de las veces las herencias son aceptadas de forma tácita, no, sin embargo, la repudiación, para la que prescribe la Ley siempre la forma escrita.

El artículo 991 señala unos presupuestos necesarios para la validez de la aceptación o repudiación de la herencia, presupuestos que habrá que señalar y explicar, porque no queda muy claro cuál puede ser el sentido y alcance de los mismos.

Es importante tener en cuenta la posición de los acreedores en una herencia donde van a tener unos intereses, normalmente contrarios a los de herederos y legatarios. Los acreedores tendrán una serie de medios para la defensa de sus intereses, entre ellos, los basados en el principio general sucesorio «primero es pagar que heredar», y la interpelación judicial para obligar a los herederos a pronunciarse sobre si aceptan o repudian la herencia.

II. HECHOS

Toda esta problemática se plantea al hilo de una Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2002 (Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote), respecto a la posible aceptación tácita de la madre, de la herencia de las hijas menores de edad, derivada de la muerte del marido y padre de ellas, respectivamente.

Existió, con carácter previo a la muerte del causante, la demanda contra éste de una entidad acreedora, en reclamo del pago de una deuda que ascendía a la cantidad de 17.564.562 pesetas. Su muerte, sin contestar a la demanda, derivó en la posterior demanda contra su viuda, en cuanto representante legal de las hijas menores de edad, herederas del causante.

Los fundamentos de derecho de la demanda se centran en la legitimación pasiva de las herederas del causante, y herederas, por el mismo hecho, de la deuda de su padre, argumentando para ello, la parte actora, que se produjo la aceptación tácita de la herencia por la madre. Con la actuación de ésta al disponer prácticamente de la totalidad del dinero que se encontraba depositado en una cuenta bancaria de titularidad conjunta e indistinta de los esposos, aceptaba tácitamente la herencia de sus hijas, y se había realizado de forma pura y simple, respondiendo *ultra vires* de todas las deudas del causante, las que ahora son sus herederas. En base a ello estaban legitimadas pasivamente, y debían responder de la deuda contraída por su padre.

El Tribunal se pronunció en el sentido de negar la legitimación pasiva de las hijas del fallecido, afirmando, al contrario, que esta actuación no supone una aceptación tácita, en consideración a la cotitularidad que ostentaba la

madre en la cuenta corriente indistinta, y a la facultad de disponer de los fondos en su propio nombre y derecho, y no como representante legal de sus hijas. Las llamadas a la herencia no fueron declaradas herederas *ab intestato* hasta fecha más tarde, por lo que el reintegro lo obtuvo la madre en base a su situación de cotitular de la cuenta, en su propio nombre y derecho, de acuerdo con el contrato de cuenta corriente existente.

Se argumenta, además, por el Tribunal, que la falta de aceptación supone la falta de legitimación pasiva, y no entiende que la parte actora no hiciera uso de la facultad concedida en el artículo 1005 CC para obligar a los llamados a la herencia a que en el plazo de treinta días aceptaran o repudiaran la misma.

III. LA ADMINISTRACIÓN POR LOS PADRES DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

1. LA DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES EN GENERAL

El artículo 154, párrafo segundo, del CC asigna la administración de los bienes y representación legal de los menores de edad a los padres titulares de la patria potestad, al carecer el menor de capacidad de obrar.

El ejercicio de este poder o facultad de los padres no es absoluto, encuentra una serie de límites, derivados, en muchas ocasiones, del interés del menor preponderante sobre otros intereses en juego ¹.

Se puede afirmar que la disposición de los bienes integra las labores de administración, no de representación, aunque, si bien es cierto, ambas facultades a veces aparecen juntas y se da cierta confusión, esto no es así necesariamente, porque son actuaciones autónomas y perfectamente separadas ².

¹ Uno de estos límites aparece recogido en el artículo 166, donde exige autorización judicial para realizar determinados actos de disposición, como pueda ser gravar o enajenar bienes inmuebles, y se dará esta autorización, exclusivamente, ante causas de necesidad o de utilidad. Las actuaciones de los padres sin la debida autorización judicial han sido consideradas por la Jurisprudencia, como actuaciones anulables, no nulas de pleno derecho, y convalidables al llegar el menor a la mayoría de edad. Entre ellas, concretamente las SSTS de 9 de diciembre de 1953, 29 de noviembre de 1958, 19 de diciembre de 1977, 21 de mayo de 1984, 9 de mayo de 1994 y 23 de diciembre de 1997, entre otras, «toda vez que el matiz diferenciador que supera la anulabilidad de la nulidad es la calificación del interés público o privado, a cuya protección se ordena, y así la defensa del interés público exige la indisponibilidad de la eficacia de los actos contrarios a dicho interés, mientras que lo que está en juego es el simple interés privado de los particulares».

² RUIZ-RICO RUIZ Y GARCÍA ALGUACIL, «Exceso de poder y abuso de poder en la representación legal de los padres», *Libro Homenaje al Profesor Díez-Picazo*, en curso. Partimos del concepto de representación legal de estos autores, tomado, igualmente, del concepto de representación de Díez-Picazo en su obra *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, p. 64, como gestión de asuntos e intereses ajenos en relación con terceras personas, por lo que el ejercicio del *ius delationis* por los padres del menor será una actuación de administración de los bienes, no de representación legal del menor, salvo cuando se derive de un acto concertado con tercero, v. gr., la venta de un bien hereditario por el representante legal del menor llamado a la herencia.

DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1992, pp. 176 y 177, recoge la dificultad de delimitar con exactitud lo que debe entenderse por «actos de

Los límites a este poder también pueden apreciarse, en la medida en que se coarta la posibilidad de representación legal de los padres, cuando en los actos en que se actúe exista un conflicto de intereses entre el menor y este titular de la facultad dispositiva.

Expresión de esta posibilidad de colisión de intereses del menor y el titular de la facultad aparece de forma evidente en el artículo 163 CC, donde se va a proceder al nombramiento de un defensor judicial que represente al menor. La actuación de los padres se presume que puede ser perjudicial al menor, porque puede actuar en beneficio propio y no en beneficio del hijo sometido a patria potestad³.

El interés del menor es el que va a prevalecer de un modo absoluto, y se le asigna estas facultades a los padres, pensando en que nadie mejor que ellos podrá desempeñar la función de tutela de este interés protegido. En caso de duda, será el interés del menor el que prevalezca, y en caso de conflicto de intereses con los padres, se nombrará a un defensor judicial; para la realización de actos de disposición de mayor importancia, entendiendo aquellos en que la actuación que se realiza pueda ser relevante, se le establece unas limitaciones que veremos a continuación.

2. ESPECIAL ESTUDIO DEL ARTÍCULO 166, PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL

Este artículo recoge una serie de limitaciones que se van a establecer respecto de la facultad de administración de los bienes del menor, por los padres titulares de la patria potestad. Limitaciones, como puede ser la necesidad de una autorización judicial para la enajenación de ciertos bienes, así como la exigencia de una causa de necesidad o utilidad para que tal actuación pueda llevarse a cabo.

El párrafo segundo de este artículo es el único que hace referencia al tema sucesorio, que será en el que estudiaremos con detenimiento en este trabajo. Trata de la repudiación por los padres de la herencia del menor, y exige, según el tenor literal del artículo, una autorización judicial para repudiar la herencia. Si esta autorización judicial no se concede, se entenderá la herencia aceptada a beneficio de inventario.

La falta de capacidad de obrar del menor, la falta de disposición de sus bienes, hace que no tengan capacidad legal para aceptar o repudiar la herencia deferida a su nombre (art. 992). Los padres van a aceptar o repudiar la

administración». Afirma que puede funcionar como criterio de delimitación de competencias cuando son atribuidas a una o varias personas poderes o funciones de gestión o gobierno de bienes ajenos, como es el caso de los bienes de los hijos. También entrelaza los conceptos de administración y representación cuando afirma que «cuando el poder de representación está concebido en términos generales, se entiende limitado a las facultades precisas para que el apoderado realice actos de administración».

³ La actuación de los padres en representación del menor, en los casos en que existe conflicto de intereses, sin la representación por un defensor judicial nombrado al efecto, será un acto anulable, conforme a las reglas de los artículos 1.300 ss., para los casos en que esa actuación suponga un perjuicio evidente. Si pese a la actuación de los padres cuando existe un conflicto con el menor, no se da un perjuicio efectivo, no se ve razón para la anulación de la actuación. Únicamente, cuando la lesión al interés del menor se materializa, se procederá a la anulación del acto; de lo contrario, la actividad de los padres se puede convalidar por confirmación expresa del menor al llegar a la mayoría de edad, o por el paso del tiempo sin ejercitar la acción de anulabilidad (arts. 1301, 1309 y 1313 CC).

herencia del menor. Esta actuación constituye el ejercicio por los padres del derecho llamado *ius delationis*.

Consideramos la aceptación o repudiación de la herencia, más bien como un acto de administración de los bienes del menor, mención expresa del artículo del Código «De los bienes de los hijos y de su administración», a partir del artículo 164 y hasta el artículo 168, aunque es discutible que todo el contenido del artículo 166 englobe actuaciones de administración, hay actuaciones de pura representación legal del menor frente a terceros, realizando los padres negocios jurídicos en representación de su hijo.

En relación con la sentencia que comentamos, las hijas menores de edad son llamadas a la herencia de su padre, y será la madre, en cuanto representante legal de las menores y como administradora de sus bienes, la que deberá pronunciarse en este sentido. El llamamiento a la herencia le otorga a las menores un derecho, *el ius delationis*, concediéndole la facultad de aceptar la herencia o repudiarla. El ejercicio efectivo de este derecho, por tanto, engloba la posibilidad de realizar estas dos actuaciones, excluyentes la una de la otra.

El ejercicio de la madre de este derecho correspondiente a las hijas puede tener una repercusión importante en la esfera patrimonial de éstas, ya que, si se pronuncia la madre en el sentido de renunciar la herencia, evita el ingreso de posibles bienes o deudas en el patrimonio de las menores; si acepta la herencia provoca la entrada de estos bienes, derechos o deudas.

Las hijas, al ser llamadas a heredar, son titulares del *ius delationis*, y no de los posibles derechos o bienes que puedan adquirir como consecuencia de la sucesión, éstos se adquieren con posterioridad al llamamiento y a la aceptación de la herencia. La actuación de la madre en cuanto que acepta o repudia la herencia, no puede ser calificada de renuncia de derechos provenientes de la sucesión, porque éstos no han ingresado todavía en el patrimonio de las menores⁴.

Hay una diferencia clara entre la disposición o gravamen de bienes de menores en general, recogida en el artículo 166, párrafo primero, del CC, y la aceptación o repudiación de herencia de la que estamos hablando. En la enajenación de un bien inmueble del menor, por ejemplo, ese bien es ya titularidad de éste, es un bien que se encuentra en su patrimonio de manera efectiva; sin embargo, en la actuación de la madre de aceptar o repudiar la herencia,

⁴ SÁNCHEZ VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 851 ss. «Las renunciaciones preventivas tienen por objeto rechazar la adquisición de bienes diferidos. Creemos que tampoco tienen encaje en la disposición legal que estudiamos, toda vez que su aplicación exige que los hijos sean titulares del derecho que se va a renunciar, mientras que en este caso, como se desprende con claridad, el hijo menor sometido a la patria potestad no tiene más derecho del resultante del *ius delationis*, esto es, de la posibilidad de aceptar o repudiar aquello a que resulta llamado, y sin que el rechazo al llamamiento pueda entenderse como renuncia al derecho que la delación confiere, ya que si ésta solamente se traduce en la concesión al llamado de la posibilidad de optar entre uno y otro extremo, es claro que el rechazo al llamamiento no será más que un efectivo ejercicio del derecho, cuyo efecto inmediato será, precisamente, excluir la posibilidad de aceptar. No quiere decirse con ello que el padre pueda, con total y absoluta libertad, renunciar a todos los llamamientos diferidos al menor hijo, ya que si éste lo fuese a una adquisición a título gratuito, y en la medida que lo sea, por exceder del valor de las eventuales cargas que pudieran concurrir, se tratará de un supuesto, en alguna forma, reconducible al artículo 166, párrafo segundo; pero si el llamamiento lo fuese a título oneroso, se estará en rigor, ante el rechazo a una oferta contractual, perfectamente admisible al amparo de los preceptos generales».

los posibles bienes o derechos hereditarios no han ingresado en su patrimonio. Díez-Picazo afirma que no constituye un verdadero acto dispositivo, pues no se juega con bienes o elementos ingresados ya en el patrimonio, simplemente se deja de utilizar una ocasión de adquirir⁵.

El artículo 166, párrafo segundo, se limita al supuesto de repudiación de la herencia, sin disponer nada para el caso de aceptación. Dice al respecto: «Para repudiar la herencia a que los menores son llamados se necesita autorización judicial; si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario»⁶. Siempre es necesaria la autorización judicial para repudiar la herencia, y no se recoge nada para el caso de aceptarla. Si esto es así, se puede pensar que no se exige ninguna autorización para el caso de aceptar, por la omisión que el legislador hace en este sentido. Si hubiera requerido autorización se hubiera dispuesto en la misma medida que para la repudiación.

Parece que no habría problema para admitir la no necesidad de autorización judicial en el caso de una aceptación de herencia acogida al beneficio de inventario, donde el heredero sólo responderá de las deudas con el patrimonio hereditario y no con el suyo propio; responde *intra vires* de las deudas, su responsabilidad no es mayor. Implícitamente se permite cuando se habla de la denegación de la autorización para repudiar. La cuestión se convierte en más problemática cuando se acepta la herencia por los padres de los menores sin acogerse al beneficio de inventario, aquí las opiniones varían.

Las posiciones doctrinales sobre esta cuestión han sido muy contradictorias. Se discutía si había o no posibilidad por los padres de los menores de aceptar una herencia sin acogerse al beneficio de inventario (de manera pura y simple), sin la necesidad de autorización judicial, o sólo era posible esto en una aceptación acogida al beneficio de inventario.

Debido a la anterior redacción del artículo 166, párrafo segundo, donde se decía que, en caso de denegarse la autorización para la repudiación, la herencia se entenderá aceptada, «en todo caso», a beneficio de inventario, había algunos autores que llegaban a afirmar que la herencia de los menores sólo podía ser aceptada a beneficio de inventario, por esta referencia al «en todo caso»⁷. Con la nueva redacción del artículo 166, párrafo segundo, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la problemática referencia al «en todo caso» desaparece («si el Juez denegase autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario»), por lo que se descarta la idea mantenida por algunos autores de defensa de una aceptación acogida al beneficio de inventario exclusivamente.

⁵ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, 7.ª ed., Madrid, 1998, p. 300.

⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 534, 1979, p. 1027, ya recogía la necesidad de una reforma legislativa, en aras a introducir la exigencia de autorización judicial para la repudiación de la herencia, que por aquella fecha no era necesaria, como ya se hacía por la doctrina italiana.

⁷ VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de bienes de los hijos*, Madrid, 1989, pp. 298 y 299. Explica este autor las posiciones doctrinales existentes en aquellos momentos, recogiendo la problemática al «en todo caso» de la anterior redacción del CC. Afirma este autor que «el tenor del precepto es claro y ello ha inclinado a algunos autores a considerar imposible que los padres acepten herencias de forma simple». Habla de autores como CATILLO, DE PRADA, entre otros, aunque alguno de ellos cambiarán ya de opinión, por los excesivos costes que conlleva el beneficio de inventario.

Sin embargo, la cuestión queda abierta en relación a si es necesaria autorización judicial para aceptar la herencia sin acogerse al beneficio de inventario.

No se encuentra el problema en verificar si se puede aceptar sin acogerse al beneficio de inventario, esto es, pura y simplemente, cuestión que queda resuelta con la nueva redacción del artículo, sino en saber si sería necesaria la autorización judicial para aceptar de esta manera.

Se recoge de forma expresa, por el artículo 271.4.º CC, la necesaria autorización judicial para aceptar la herencia por el tutor, sin acogerse al beneficio de inventario. En base a este artículo se ha defendido la mayor dotación de poderes a los titulares de la patria potestad que al tutor, y, como consecuencia, la aceptación sin autorización judicial de los padres. A nuestro parecer, respecto a estas opiniones doctrinales, parece un poco ilógico, que siendo el artículo 271 aplicable a la tutela de menores (además de a los incapaces), se establezca en la Ley un régimen jurídico protector de los menores, diferente según estén bajo patria potestad o bajo tutela.

Si mantenemos la idea defendida por Díez-Picazo de no considerar la aceptación como un acto dispositivo de bienes, la exigencia de autorización judicial no estaría fundamentada, porque una interpretación restrictiva, por analogía a los demás actos dispositivos, de exigencia de autorización judicial, no tendría mucho sentido.

La tesis que mantenemos la enfocamos en otro sentido. Es indudable que la aceptación de la herencia del menor sin acogerse al beneficio de inventario puede tener una repercusión en la esfera patrimonial del menor de extraordinaria importancia (dato relevante en la sentencia que comentamos, en cuanto la aceptación pura y simple, y en este caso realizada de forma tácita, puede hacer que las menores se conviertan en herederas, y respondan con su patrimonio, de forma *ultra vires*, de una deuda del padre de considerable cuantía, si la madre no se acoge con posterioridad al beneficio de inventario. Podrán ser demandadas por este motivo en reclamo del pago correspondiente).

Entendemos que no hay dos clases de aceptación, pura y simple, y a beneficio de inventario, sino que el beneficio de inventario constituye, como su propio nombre indica, un beneficio, o derecho a que los padres pueden acogerse con posterioridad a la aceptación, en un plazo de tiempo que estipula la Ley⁸.

⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS *ob. cit.*, pp. 545 ss. «El beneficio de inventario puede definirse como un poder o facultad que el ordenamiento jurídico atribuye al heredero para autolimitar su responsabilidad como tal a los bienes de la herencia, lo que hace que éste se configure de una forma especial: queda con un patrimonio en liquidación de sus cargas y deudas, separado del propio del heredero, al que pasará lo que reste de la liquidación. Si fuera el beneficio de inventario una modalidad de aceptación, éste sería un poder del que carecería el heredero que ya ha aceptado. El beneficio de inventario es un fenómeno que puede ser simultáneo a la aceptación o posterior. Es la concurrencia del negocio jurídico de aceptación con el ejercicio de un poder o facultad dado al heredero para limitar su responsabilidad, que ha de desenvolverse necesariamente dentro de los cauces señalados por la Ley. Si ello no sucediese, ha de entenderse que el heredero ha aceptado pura y simplemente, perdiendo aquel poder o facultad».

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, Madrid, 2001, p. 65, «El beneficio de inventario no es precisamente una forma de aceptación, sino una situación específica que el heredero puede solicitar incluso tiempo después de aceptada la herencia, y obtener cumpliendo determinadas formalidades, a menos que ya no se lo permita la Ley».

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967, pp. 164 y 165. Afirma que el beneficio de inventario no es una clase de aceptación, sin embar-

En la sentencia que comentamos, la madre podría haber aceptado la herencia de las hijas de forma tácita, por actos concluyentes, como la retirada del dinero de la cuenta corriente, y de manera pura y simple, pero eso no excluye que con posterioridad pueda acogerse al beneficio de inventario, para impedir que las hijas respondan ilimitadamente de la deuda de su padre con su propio patrimonio.

No se puede partir de la base de que la adquisición de la herencia suponga siempre un acto de contenido patrimonial favorable y, por lo tanto, se acepte la herencia sin acogerse al beneficio de inventario. En la sentencia que comentamos, el interés del menor, básico tras la reforma, se vería lesionado en este ámbito⁹.

En situaciones donde el pasivo hereditario es de una cuantía importante, como es el caso que comentamos (sabemos, con certeza, la existencia de una deuda de cuantía superior a 17 millones de pesetas, pero pueden existir más deudas en el patrimonio hereditario), podría pasar que la madre no se acogiera con posterioridad al beneficio de inventario. Sí podría aceptar de forma tácita la herencia, pero sería lógico, y muy conveniente para el interés del menor, que posteriormente se acogiese al beneficio de inventario, para responder limitadamente, ya que, es en este caso donde se puede producir una clara lesión al patrimonio del menor.

El propio Código exige para la repudiación de la herencia la necesaria autorización judicial, actuación que únicamente evita el ingreso de posibles bienes en el patrimonio. Se podría defender que la aceptación de la herencia sin acogerse al beneficio de inventario, por la repercusión patrimonial que puede suponer, necesite de la misma manera autorización judicial, sin embargo, una interpretación literal del artículo, no nos permite llegar a esa conclusión, porque no se especifica nada para el caso de aceptarla, lo que puede llevar a señalar que no se ha exigido para este supuesto.

Nos planteábamos que el artículo 271.4 CC exige autorización judicial para aceptar la herencia sin acogerse al beneficio de inventario para el caso de los tutores. Hemos señalado, pese a esto, que sería un poco ilógico el diferente régimen jurídico en los supuestos de tutela y de patria potestad, ya que ambas figuras van destinadas a la protección de los menores¹⁰, pero esta cuestión no nos puede llevar a afirmar que debe exigirse igualmente autorización judicial para el caso de los titulares de la patria potestad.

go, su tesis tiene un punto de vista discrepante sobre el que me referiré posteriormente. «La responsabilidad *ultra vires* no está vinculada a un modo de aceptar, sino a que se cumplan unas determinadas exigencias legales en la liquidación. Y más allá aún, creemos que no hay en rigor una doble categoría de aceptación, sino un tipo único de aceptación siempre pura».

⁹ GALVÁN GALLEGOS, A., *La herencia. Contenido y adquisición. La aceptación y repudiación de la herencia*, Madrid, 2000, p. 85. «No se tiene en cuenta, como sí hace el artículo 271.4 CC respecto del tutor, que la aceptación pura y simple de una herencia puede perjudicar al menor, en cuanto le hace responsable patrimonialmente de las deudas que contenga esa herencia, lo que implicará mayor relevancia o trascendencia para el menor o incapacitado, que la repudiación, pues ésta, en ningún caso, alteraría el patrimonio de aquél. Sin embargo, la Ley, pensando en una herencia lucrativa, considera la repudiación como un acto de carácter dispositivo por el cual se evita una ocasión de incrementar el activo patrimonial del menor o incapacitado sometido a patria potestad».

¹⁰ Nos planteamos, en qué medida esta diferencia de trato para los menores sometidos a la patria potestad y los menores sometidos a tutela no sería discriminatoria, y por ello mismo, inconstitucional, ya que no vemos ninguna razón de ser en la misma.

La autorización judicial, a nuestro entender, no soluciona los problemas de posible lesión del patrimonio del menor. Esta lesión se podría dar pese al control judicial, que se realiza siempre con anterioridad al acto y que carece de un control efectivo posterior¹¹.

Vemos, por tanto, que hay una serie de actividades de representación o de administración de los bienes del menor, realizadas por sus padres, que podrí­an suponer un claro perjuicio a sus intereses, admitiendo siempre, en nuestra opinión, que es una situación que hay que prevenir, controlar con posterioridad, e impedir que se desarrolle cualquier consecuencia negativa, directamente aplicable sobre el menor protegido.

Si mantenemos para solucionar este problema, que la aceptación de la herencia por los representantes legales de los menores debe hacerse siempre a beneficio de inventario, convertimos la aceptación de la herencia en un acto costoso, que, la mayoría de las veces, será innecesario. Esto es debido, a que, casi siempre, o en su mayor parte, las herencias estarán formadas por un contenido positivo, y bastará la aceptación de la herencia de forma tácita, sin necesidad de sufragar los gastos derivados de la realización del inventario para acogerse a este beneficio que otorga la ley.

Una aceptación de la herencia a beneficio de inventario siempre para el caso de los menores de edad, conlleva unos costes económicos y ralentizaría todo el proceso hereditario, en la mayoría de las ocasiones, sin una necesidad evidente para ello.

No creemos, por tanto, necesario, ni defender la exigencia de un control judicial para la aceptación sin acogerse al beneficio de inventario, ni que siempre se deba aceptar la herencia de los menores a beneficio de inventario, por los costes y por una necesidad poco evidente en un principio.

Está claro, pese a todo esto, que seguimos con el problema de evitar la lesión al patrimonio del menor. Retomando el tema de la sentencia comentada, la madre va aceptar la herencia de las hijas y con esta aceptación se puede gravar el patrimonio de las menores. Aunque esta actuación no esté sometida a un control judicial, no se pueda afirmar la obligatoriedad del beneficio de inventario. Sería una buena actividad de gestión de la madre conforme a los intereses de las menores, limitar la responsabilidad hereditaria por las deudas contraídas por su padre, acogiéndose a este beneficio, para impedir la posible lesión de la que venimos hablando, más aún, en un caso como éste, en que la deuda contraída por el padre es conocida de forma cierta, porque con anterioridad se había planteado demanda en reclamo del pago, y ahora se está demandando a las propias hijas como herederas.

Además tenemos otro problema añadido, al interés del menor se contraponen el interés de terceros, como en este caso será el interés de los acreedores del causante, que quieren ver satisfechos sus créditos. Si intentásemos impugnar el acto de aceptación de la herencia realizado por la representante de las menores, nos encontramos con que se lesiona, por este motivo, el interés de

¹¹ RUIZ-RICO RUIZ Y GARCÍA ALGUACIL, *ob. cit.* Recoge en este sentido que, «el control judicial no se puede considerar satisfactorio. En primer lugar, porque esa autorización o aprobación se limita a juzgar sobre la utilidad o necesidad del acto para el patrimonio del menor, sin que necesariamente se incida sobre otros aspectos, como el de las repercusiones reales en dicho patrimonio. El juez emite un juicio apriorístico sobre la procedencia o no de la decisión paterna o tutelar desde el punto de vista de la oportunidad del acto que se pretenda realizar. Obviamente, el desarrollo o desenvolvimiento del negocio autorizado, a la vista de la normativa española sobre patria potestad, no lo controla el juez, y es ahí donde pueden surgir los problemas».

los acreedores del causante, que podrían ver dilatarse el período de cobro de manera considerable, incluso temer por el cobro efectivo.

El que no se exijan unas garantías para determinados actos de administración de los bienes de los menores, no hace que se pueda afirmar una total libertad de gestión por los padres titulares de la patria potestad. Se podría controlar esta actividad para exigir responsabilidad por abusos o extralimitación de poderes representativos¹². Si hacemos responsables a éstos de la mala gestión o extralimitación, y les exigimos responsabilidad, como solución alternativa, ocurre, y la mayoría de las veces ocurrirá, que no tengamos forma de compensar esta lesión evidente, por insuficiencia económica de los representantes legales para hacer frente a una indemnización de considerable cuantía.

Tenemos el problema de la lesión al patrimonio del menor sin resolver, o resuelto a medias, y pensamos que la solución estaría en la rescisión contractual por lesión, como acción subsidiaria, siempre que por la vía de la exigencia de responsabilidad patrimonial a los padres no puedan conseguirse la satisfacción del interés del menor.

La aplicación de la acción rescisoria por lesión en más de una cuarta parte, de la que habla el artículo 1291 CC, sólo es aplicable para los menores sometidos a tutela y para los actos no sujetos a control judicial. No se recoge nada para el caso de los menores sometidos a patria potestad, que es la cuestión que nos ocupa. No entendemos por qué se produce esta diversidad de régimen para los tutores y para los titulares de la patria potestad, en cuanto que ambas figuras se dirigen a la protección de los menores. Abogamos entonces, a que *de lege ferenda* se recogiese esta posibilidad para el caso de los titulares de la patria potestad, no sólo para los tutores, y referente a cualquier acto, no sólo a los que no necesitan autorización judicial, siempre con el carácter de subsidiariedad que caracteriza a esta acción, sin olvidar que el artículo 1291 tiene una aplicación a materia contractual exclusivamente, no siendo aplicable a casos como el que hablamos de aceptación de la herencia, como declaración de voluntad y no negocio jurídico.¹³

Sólo encontramos la manera de evitar toda esta problemática de posible lesión al patrimonio del menor, proponiendo que *de lege ferenda* se acogiera siempre la limitación de la responsabilidad hereditaria para el caso de los menores. No significa ello que la aceptación de la herencia de los menores, se hiciera en todo caso a beneficio de inventario, por los costes que con anterioridad hemos señalado podría suponer, sino que siempre la aceptación de la herencia de los menores fuera limitada al patrimonio del causante, no al suyo propio.

¹² RUIZ-RICO RUIZ y GARCÍA ALGUACIL, *ob. cit.* «Es cierto, por otro lado, que la existencia de posibles actos o negocios jurídicos que quedan excluidos del control judicial no implica la concesión de una libertad absoluta a los padres y por tanto, la innecesariedad de que concurra una causa justificada en la necesidad o utilidad para hacer legítimo y eficaz el acto correspondiente. La actuación de los representantes legales está siempre y en todo caso sujeta a un posible examen posterior sobre la corrección del acto en relación al fin al que está preordenado, esto es, la satisfacción de los intereses del menor representado».

¹³ RUIZ-RICO RUIZ y GARCÍA ALGUACIL, *ob. cit.* Defienden igualmente esta posibilidad, recogiendo que este mismo avance legislativo existe ya en el Derecho francés, igualmente aplicable a cualquier tipo de acto, y realizado tanto por los tutores como por los titulares de la patria potestad del menor.

IV. ACEPTACIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

1. LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES

Unido de forma inmediata al hecho de la muerte de una persona, se produce la apertura de la sucesión y la vocación de la herencia. Estas actuaciones van a ser tendentes a delimitar cuáles son los llamados a la herencia como herederos, como consecuencia de una disposición testamentaria que así lo establezca, o constatando que no existe ésta, por lo que serán llamados a heredar aquellos que aparezcan como tales según las normas de regulación de la sucesión intestada.

Se constata la situación hereditaria en cuanto a la existencia o no de testamento para proceder de acuerdo a una u otra disposición, teniendo en cuenta que la normativa intestada funciona con carácter supletorio para el caso en que el fallecido no otorgara testamento.

En la sentencia que comentamos, el fallecido no había dejado testamento, por lo que se procederá a la declaración de herederas *ab intestato* de las hijas. Se emplea incorrectamente el término «herederas», de la misma manera que en el articulado del Código. Son llamadas a heredar la herencia y se convierten en herederas efectivas si llegan a aceptar la misma.

El ejercicio del derecho subjetivo del *ius delationis*, o derecho del llamado, consiste en la facultad otorgada a estos llamados para que acepten la herencia y se conviertan en herederos, o que no se conviertan en efectivos herederos para el caso de que la repudien.

La aceptación es una manifestación de voluntad expresa o tácita del llamado a heredar, y se configura como un negocio jurídico unilateral, no recepticio, *inter vivos*. La repudiación, con la misma naturaleza de negocio jurídico, es una declaración siempre solemne de no adquirir la herencia, y no convertirse en heredero, nunca puede darse de forma tácita.¹⁴

Hablamos de un negocio jurídico unilateral, no recepticio, *inter vivos*, enteramente voluntario y libre. Así lo recoge el artículo 988 CC, siendo lógica la postura del Código al señalar un rasgo común de todas las declaraciones de voluntad, cuya eficacia puede desaparecer si padece vicios del consentimiento, convirtiéndose, por tanto, en un negocio anulable (art. 1300 CC).

Queremos subrayar el carácter de voluntario del acto, en relación a la cuestión que estamos tratando. La aceptación de la herencia va a tener relevancia, únicamente si se hace de forma voluntaria y libre, con la intención de convertir en herederos a los llamados a heredar, ya se dé ésta de forma expresa o de forma tácita.

Esta argumentación es relevante en relación con la sentencia que comentamos, ya que, la actuación de la madre de sacar el dinero de la cuenta corriente, sería una aceptación tácita de la herencia de las hijas, si la madre, al realizarla, quería que las hijas tomaran la cualidad de herederas de la herencia de su padre, no si con su actuación hubiera perseguido otro fin o interés.

¹⁴ En este sentido se pronuncia PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, Vol. I, Barcelona, 1975, p. 208 ss.

Sobre este punto esencial derivado del carácter voluntario y libre de la aceptación de la herencia, como manifestación de voluntad, trataremos el punto 3 y 5 de este Capítulo.

2. FORMAS Y CLASES DE ACEPTACIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ACEPTACIÓN TÁCITA

El Código Civil recoge en su artículo 998 que la herencia podrá ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Con la aceptación pura y simple el heredero responde de las deudas del causante, no sólo con los bienes hereditarios sino con sus propios bienes (art. 1003). La aceptación a beneficio de inventario hace que el heredero responda sólo con el patrimonio del causante de las deudas de éste, la responsabilidad es *intra vires*, hasta lo que alcance el patrimonio del causante. (art. 1023) ¹⁵.

Entendiendo estas dos clases de aceptación, haríamos nosotros la matización de considerar el beneficio de inventario, como un derecho o facultad a la que se puede acudir incluso, una vez aceptada la herencia, de ahí que no hablamos de otra clase de aceptación. El beneficio de inventario, es la facultad que se le concede, al heredero que ha aceptado la herencia, o va a aceptar la herencia, para hacer inventario de los bienes que la integran y separar su

¹⁵ La tesis que mantenemos es la de considerar que la responsabilidad es ilimitada siempre en un principio, y se puede convertir en limitada, haciéndose uso del derecho otorgado por la ley; estamos hablando del beneficio de inventario. En distinto sentido, se han pronunciado autores, como Peña Bernaldo de Quirós.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, pp. 133 ss., expone una tesis contraria a la que mantenemos. Este autor considera que la responsabilidad es siempre limitada, y la ilimitada se configura como sanción al heredero que incumple el sistema de garantías liquidatorias, además, afirma la sucesión en la titularidad del patrimonio. «Haya o no beneficio de inventario, el heredero, en cuanto tal heredero, sucede igualmente en las deudas. Los artículos 659, 660 y 661 se aplican a todo heredero», «El sistema español responde a las siguientes ideas cardinales: La sucesión hereditaria, en cuanto a los efectos patrimoniales, equivale a sucesión universal, es decir, sucesión en el patrimonio hereditario, el cual persiste y comprende en sí las obligaciones. El heredero como tal heredero sólo es deudor en cuanto nuevo titular del patrimonio a que las deudas afectan. El heredero acepte o no a beneficio de inventario, es igualmente deudor. Normalmente responde sólo con la herencia. La responsabilidad *ultra vires* en su caso, es un plus, una incidencia en la liquidación del patrimonio hereditario, la cual se presenta como un efecto independiente en el fenómeno sucesorio. El patrimonio del causante aparece siempre individualizado, por razón a su afección a las deudas y cargas hereditarias, a través de las distintas vicisitudes de la crisis de su titularidad», «A consecuencia de la sucesión, las deudas no cambian de patrimonio, sino que es el patrimonio el que cambia de titular, es natural la responsabilidad *intra vires* y la persistencia de la autonomía patrimonial». «No cabe en nuestro Derecho considerar la responsabilidad *ultra vires* como una consecuencia natural del modo ordinario de suceder, consecuencia a su vez, de un modo ordinario de aceptar (la aceptación pura y simple); y que, en cambio, la responsabilidad *intra vires* sea típica de un modo anómalo de suceder que se puede provocar en virtud de un modo cualificado de aceptar (la aceptación a beneficio de inventario). En nuestro sistema, la responsabilidad *ultra vires*, como en Derecho tradicional, no se deriva naturalmente de la sucesión, ni del modo ordinario de aceptar. De la sucesión y de la aceptación se desprende naturalmente sólo la responsabilidad *intra vires*. Si después se presenta la responsabilidad *ultra vires* ello es un efecto independiente del fenómeno sucesorio en sí. La responsabilidad *ultra vires* se presenta como una sanción al heredero por incumplimiento de la carga de ajustarse a la gestión del patrimonio hereditario a un determinado régimen impuesto en garantía de acreedores y legatarios».

patrimonio del hereditario, con el objetivo de responder limitadamente de las deudas del causante.¹⁶

La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita (art. 999). Constituye una aceptación expresa la que se hace en documento público o privado, y tácita la que se hace por actos que suponen la necesaria voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Siguiendo la teoría anteriormente expuesta, la aceptación expresa como la tácita constituyen aceptaciones puras y simples de la herencia, esto es, se puede solicitar después el beneficio de inventario para limitar la responsabilidad del heredero.

Se puede aceptar la herencia, tanto de forma tácita como de forma expresa, y responder, desde ese momento, de manera limitada de las deudas de la herencia, como sería el caso del acogimiento de forma inmediata, en el mismo acto de aceptación, del beneficio de inventario.

Se puede dar el caso de una persona que, conociendo previamente el montante hereditario, bien de manera cierta, por su vinculación con el causante, o bien porque haya solicitado el derecho de deliberar, acepta de forma tácita o expresa sin acogerse al beneficio de inventario, porque sabe que la herencia está integrada por un contenido positivo en su mayor parte. La responsabilidad ilimitada que se daría en este caso, no tendría, en realidad, ninguna efectividad práctica porque, o bien no habrá deudas en la herencia, o bien hay bienes suficientes en el activo para hacer frente al pago del pasivo hereditario¹⁷.

Con la aceptación tácita, de la misma manera que con la expresa, hay posibilidad de acogerse al beneficio de inventario, en el mismo acto de la aceptación o posteriormente, en unos plazos que determina el Código y que dependen de si se ha entrado o no en la posesión de los bienes hereditarios y de los intereses de los acreedores que puedan intervenir en la sucesión. (arts. 1014, 1015, 1016 y ss). A veces, estos plazos pueden ser bastante limitados, como sería el caso del artículo 1014, donde existe un plazo de diez días o de treinta días, cuando se ha entrado en posesión de los bienes hereditarios.

El artículo 999 habla de la aceptación tácita como aquella que se produce por «actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título o cualidad de heredero».

El problema de la aceptación tácita, radica, por tanto, en dilucidar cuáles son tales actos. Son muchas cuestiones las que a nivel jurisprudencial se han

¹⁶ PUIG BRUTAU J., *ob. cit.*, p. 269. «Es el beneficio que la ley pone a disposición del llamado a una herencia para que pueda aceptarla manteniéndola separada de sus propios bienes, a todos los efectos legales, hasta que se hayan pagado todos los acreedores conocidos, y legatarios, y para que, incluso en el caso de aparecer otros acreedores después de haberse confundido ambos patrimonios, sólo responda personalmente en la medida en que haya experimentado un enriquecimiento a consecuencia de la sucesión».

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 545.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 65. «El beneficio de inventario no es precisamente una forma de aceptación, sino una situación específica que el heredero puede solicitar, incluso tiempo después de aceptada la herencia».

¹⁷ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 65 «En el CC el derecho a deliberar tiene escasa razón de ser, pues como veremos, el b.i. tiene todas las ventajas de aquél y las formalidades son idénticas en ambos, por lo que es lógico que apenas se haga uso de tal derecho».

planteado.¹⁸ Al igual que en la Sentencia que comentamos, por la actuación de la madre de disposición del dinero existente en la cuenta corriente de titularidad conjunta con el marido. Se alegaba por la parte demandante que tal acto consti-

¹⁸ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, 2001, pp. 959 ss., «actos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar, actos que revelen la idea de aceptar propia la herencia y no con la mera intención de cuidar el interés, de otro o eventualmente el propio, para luego decidirse sobre aceptar o repudiar», «no implican aceptación aquellos actos que no revelan la voluntad inequívoca de asumir la cualidad de heredero y adir la herencia. No suponen aceptación tácita los actos carentes de significado patrimonial, por ejemplo, la interrupción de la prescripción en perjuicio de la herencia, inscripción en el Registro de la Propiedad de negocios celebrados por el causante, guardar como depositario algún bien de la herencia..., pero indispensables para mantener la integridad y normalidad del patrimonio hereditario». STS 13 de marzo de 1952, 27 de abril de 1955, 15 de junio de 1982, 12 de julio de 1996, 25 de febrero de 2000, 24 de noviembre de 1992, 12 de julio de 1996, 27 julio de 2000. La sentencia de 22 de junio de 1923 entendió que no implicaba aceptación tácita el haber firmado el llamado a la herencia una instancia al Delegado de Hacienda para evitar la imposición de una multa por el impago del impuesto, llamado entonces de derechos reales, varias sentencias estiman que hubo aceptación tácita en dicho pago, pero nunca por esto sólo, sino por razón de otros actos que fueron decisivos para la consideración de la aceptación tácita: así, la de 23 de abril de 1928 (otorgamiento por el interesado de escritura de arrendamiento de bienes hereditarios), 23 de mayo de 1955 (intervención en la adjudicación de bienes, percepción de alquileres y celebración de contratos). La sentencia de 4 de junio de 1987, estimó la aceptación tácita por asumir la totalidad del patrimonio causante, ejercer actos significativos, declararlos en concesión judicial, y, por último, presentar instancia y pagar los derechos sucesorios. Como conclusión, la jurisprudencia nunca ha mantenido que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio tenga por sí mismo la consideración de aceptación tácita. Otras sentencias han contemplado supuestos de aceptación tácita como: la de 10 de noviembre de 1981, la disolución de una sociedad con asistencia a la Junta General de todos los accionistas; la de 15 de junio de 1982, el cobro de créditos hereditarios; la de 20 de noviembre de 1991, instar ante servicios oficiales la calificación de ganancial de la finca discutida; la de 24 de noviembre de 1992, la impugnación de la validez del testamento de la causante, en la que excluía al demandante de la herencia; la de 12 de julio de 1996, la dirección del negocio que había sido del causante; la de 10 de octubre de 1996, la aceptación expresa de una herencia en la que, por el *ius transmissiois*, se contiene la aceptada tácitamente. Sentencias más antiguas hacen también la aplicación del concepto de aceptación tácita a casos concretos: ostentar ante la Administración el título de heredero (S 18 de junio de 1900), venta de bienes hereditarios (S 6 de junio de 1920), otorgamiento de escritura de apoderamiento (S 23 de abril de 1928), interponer reclamaciones o demandas (S 7 de enero de 1942 y 13 de marzo de 1952), hacer gestiones sobre bienes hereditarios (S 28 de mayo de 1955), pago con bienes hereditarios de una deuda de la herencia (S 16 de junio de 1961), ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos (S 14 de marzo de 1978)...

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones II. Perspectiva dinámica*, Madrid, 1984, p. 432 «Son equívocos los actos que aun *per se* supongan necesariamente la voluntad de aceptar, quien los efectúe podía realizarlos en concepto diferente del de heredero, como por ejemplo: copropietario, usufructuario, socio, arrendatario, etc.», trayendo a colación sentencias como las de 16 de enero de 1889, 8 de junio de 1903 y 27 de abril de 1955.

GALVÁN GALLEGOS, A., *ob. cit.*, p. 109, «No se puede determinar de antemano qué actos manifiestan una voluntad indubitada de aceptar la herencia, pues no basta el mero dato objetivo de la actuación, sino que se ha de valorar el aspecto subjetivo, la intencionalidad del sujeto, para apreciar la aceptación tácita o no. Así, dependiendo de las circunstancias, algunos actos pueden ser considerados aceptación tácita o no, por ejemplo, impugnar un testamento que perjudica un eventual derecho sucesorio, pagar deudas y cargas de la herencia. Actos que sólo como heredero pueden ser realizados, actos que resultan incompatibles con la duda en orden a la aceptación o repudiación. En general, lo serán todos los actos de disposición en virtud de los cuales se modifica la composición del patrimonio hereditario transfiriendo o alterando esencialmente derechos que se hallaban comprendidos en él. Se prescindiría en este tipo de actos del elemento subjetivo o intencionalidad del agente, analizando la conducta objetivamente».

tuía aceptación tácita de la herencia, y como tal pura y simple, por lo que las hijas responderían de las deudas hasta con su propio patrimonio. El Tribunal dispone, en su Fundamento de Derecho Segundo: «El reintegro de la casi totalidad del saldo lo obtuvo, en consideración a la cotitularidad que ostentaba la Señora en la cuenta, y a la facultad de disponer de los fondos en su propio nombre y derecho, y no como representante legal de sus hijas, herederas de los bienes de su padre, el otro titular de la cuenta, y ello, porque tal reintegro y en esa consideración, no podía haberse efectuado en esa fecha, en cuanto que las vocadas a la herencia no fueron declaradas herederas abintestato hasta fechas más tarde».

El Tribunal no considera que pueda plantearse la cuestión de si tal actuación supone o no aceptación tácita por dos motivos: porque la Señora era cotitular de la cuenta y como tal retiró los fondos, y porque todavía no se había dado la declaración de las hijas como herederas. Sobre este segundo motivo hablaremos más tarde, sólo queremos hacer mención a la afirmación del Tribunal en cuanto a la retirada del dinero de la cuenta corriente como cotitular.

Puede ser, con carácter general, que una retirada del dinero de la cuenta corriente, se configure como aceptación tácita de la herencia, y lo fundamental para establecer esta delimitación, según las interpretaciones jurisprudenciales que hemos recogido, será que dicha actuación la realice el heredero (o la representante legal de las herederas, en este caso, la madre), en términos que acrediten de forma inequívoca su voluntad de aceptar y no solamente con la intención de salvaguardar o administrar unos bienes, para luego decidirse sobre aceptar o repudiar, (partimos de la aceptación de la herencia como acto voluntario y libre, como característica fundamental, de ahí que valoremos esta voluntariedad como rasgo esencial, de la misma manera en la aceptación expresa que en la tácita, si bien es cierto, que en la aceptación tácita se necesita ciertos criterios de interpretación para entender dicha voluntariedad).

La madre era cotitular de la cuenta corriente y realizó un acto en su propio nombre y derecho, no como representante legal, por lo que tal actuación no se puede configurar como una aceptación tácita, aunque el hecho aisladamente pueda ser un supuesto de esta forma de aceptación. Este es el pronunciamiento del Tribunal, pero debemos destacar que, aunque el dinero de la cuenta corriente estuviera en cotitularidad, ello no determina la titularidad efectiva de éste. La Jurisprudencia se ha manifestado, en relación con la propiedad de los saldos de las cuentas corrientes, considerando que hay que estar a lo que se pruebe en cada caso para establecer el dominio de los caudales contenidos en ellas ¹⁹.

¹⁹ La jurisprudencia sobre las cuentas corrientes de cotitularidad indistinta como la STS de 24 de marzo de 1971, se pronuncia en este sentido, también las de 19 de octubre de 1988, 8 de febrero de 1991, 15 de julio de 1993, 23 de mayo de 1992, 29 de mayo y 9 de diciembre de 1995, entre otras. «La facultad que tiene cada cotitular indistinto para disponer con su sola firma, de todo o de parte, de los fondos o valores depositados, no significa que ostente sobre dichos bienes derecho dominical alguno, pues la facultad solidaria de operar sobre la cuenta es sólo una modalidad de ejercicio del derecho de crédito frente al Banco, que no incide sobre la titularidad real de los bienes depositados, señalando que la apariencia derivada de la susodicha titularidad indistinta, supondría, cuando más, una simple presunción de copropiedad, que los interesados podrán desvirtuar o confirmar de acuerdo con las relaciones que median entre ellos. No presupone una comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre la propiedad de ellos, que habrá de venir determinada por las relaciones internas entre ambos cotitulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta».

Según se manifiesta en la sentencia de la que hablamos, era el marido el que trabajaba. Tenía un negocio de aves y huevos, y la esposa no tenía profesión o actividad laboral conocida. Con esto queremos manifestar, que lo más probable sería que el dinero fuera del marido exclusivamente (ya que estaban sujetos al régimen matrimonial de separación de bienes), y la esposa, podría probar lo contrario, por ejemplo, que el dinero procedía de una herencia realizada a su favor, y era titularidad suya exclusivamente, o en su mitad, aunque no se establezca presunción alguna en uno u otro sentido.

Si se consiguiese demostrar que el dinero era solamente del marido, la actuación de retirada del dinero por la madre de las menores, a nuestro entender, podría ser considerada una aceptación tácita, incluso a posteriori.

La madre es consciente de que el dinero era del marido, fruto de su trabajo o esfuerzo, y retira el dinero como representante legal de sus hijas, sabiendo que es dinero hereditario y que le pertenece a las menores. Es un acto indubitado que demuestra de manera clara la intención de actuar en representación de las menores, y de aceptar la herencia.

Mediante un procedimiento judicial oportuno entablado por los acreedores se consigue demostrar que este dinero es del marido exclusivamente. Ello conlleva que se configure la actuación de la madre como aceptación tácita de la herencia. La madre podría ser demandada como representante legal de las menores en reclamo de la deuda hereditaria, y el dinero existente en la cuenta se configura como caudal hereditario, garantizándose así, en mayor medida, el cobro del crédito.

Si no se consiguiese demostrar, o no fuera el dinero de la cuenta corriente titularidad del marido fallecido, o lo fuera sólo en parte, parece ser que estaría claro que la Señora actuó en su propio nombre y derecho, no como representante legal de las menores, por lo que no se habría producido la aceptación tácita de la herencia.

A los acreedores le interesa, de todas maneras, entablar un procedimiento judicial para dilucidar la titularidad de ese dinero, ya que estamos hablando de una cuantía importante, y seguramente, si no todo, en parte, será caudal hereditario, incluso nos planteamos la necesidad de ser examinado, de forma previa, por el Tribunal, antes de pronunciarse sobre si constituye o no aceptación tácita de la herencia.

4. RELACIÓN ENTRE EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA ACEPTACIÓN CON EL ARTÍCULO 991 CC Y CON LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA: EL LLAMADO PRESUPUESTO SUBJETIVO DE LA ACEPTACIÓN HEREDITARIA

Indiscutiblemente, para aceptar o repudiar una herencia, es necesario ser titular del *ius delationis*, ya que, es la titularidad de este derecho subjetivo, la que otorga la facultad de aceptar o repudiar. Para ser titular de este derecho subjetivo es necesario que se haya producido el llamamiento como heredero. Para que se produzca este llamamiento es necesario que se haya dado la muerte del causante y su consecuencia inmediata, la apertura de la sucesión.

Se trata de dos presupuestos objetivos que necesariamente deben concurrir para poder aceptar o repudiar la herencia, esto es, la muerte del causante y el llamamiento como heredero a la herencia.

La apertura de la sucesión y el llamamiento a la herencia se producen de forma inmediata al hecho de la muerte. La delación o llamamiento es la que otorga, por ministerio de la ley, la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia. Éste hecho únicamente se puede ver aplazado respecto al momento de la muerte, cuando el heredero es sometido a condición o en los casos de herederos sustitutos, que únicamente tienen vocación o expectativa de derecho a la herencia. No se puede aceptar o repudiar sin haber sido llamado a la herencia, es decir, sin delación hereditaria.

El artículo 991, además habla de un presupuesto subjetivo, es necesario que el llamado a heredar conozca la existencia de los presupuestos objetivos, conozca la muerte o declaración de fallecimiento y conozca su llamamiento a heredar, como derecho a la herencia.

No se puede aceptar o repudiar si no se ha sido llamado a heredar o si no se conoce el derecho a la herencia. Para que se den los presupuestos subjetivos es necesario que se den los objetivos, porque no puedo estar cierto de unas circunstancias que no han acaecido. En este sentido Albaladejo²⁰ habló de que no es la certeza de creerlo aunque no sea verdad de la que habla el Código. De referirse a ella se llegaría a la pintoresca conclusión de que lo que exige la ley para poder aceptar o repudiar no son los hechos objetivos de que haya muerto el causante y de que el sujeto tenga derecho a la herencia, sino sólo, aunque no sea verdad, de que está convencido de ambas cosas.

Son igualmente necesarios los dos requisitos; la falta de estos requisitos hace inoperante la declaración de aceptación o repudiación.

La manifestación de esta disposición legal está íntimamente ligada a la voluntariedad de la aceptación o repudiación, para tener voluntad es preciso querer y para querer es preciso saber lo que se quiere.

El artículo 991 señala unos presupuestos, además del de capacidad que recoge el artículo 989. Para aceptar habrá que tener capacidad conforme al artículo 989, más cumplir los requisitos del artículo 991.

Afirmamos que el artículo 991 recoge dos presupuestos básicos: el objetivo de la efectividad de la muerte y del llamamiento a la herencia como heredero, y el subjetivo del conocimiento o certeza por el llamado a heredar de los presupuestos objetivos. Consideramos esencial el primero de ellos, sin embargo, tenemos que darle ciertos matices al presupuesto subjetivo²¹.

Si afirmamos que este requisito es, como parece ser, un requisito subjetivo, se podría impugnar una herencia válidamente aceptada o repudiada alegando que en el momento de aceptar no conocía realmente la existencia de los requisitos objetivos. No nos referimos a la impugnación por error en el consentimiento, que sería una causa de anulabilidad del acto perfectamente

²⁰ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1994, p. 93.

²¹ La mayoría de la doctrina afirma la esencialidad del presupuesto subjetivo que, según ellos, recoge este artículo; así, O'CALLAGHAN, X., *ob. cit.*, p. 952, afirma el carácter de inexistencia del acto «Quien acepta o repudia sin estar cierto de la muerte del causante o de su derecho a la herencia, nada hace, el acto ha sido inexistente por falta de un presupuesto esencial, y puede posteriormente, si prueba la falta de certeza, ejercitar de nuevo su delación». Sin embargo, afirma: «No hace falta probar esta certeza expresamente, sino que puede ser deducida de los hechos concurrentes y de la propia conducta del aceptante o repudiante ya que se trata de una certeza subjetiva y personal».

En igual sentido: VALLET DE GOYTISOLO, J., *ob. cit.*, p. 436. MANRESA y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VII, Madrid, 1956, p. 422, GALVÁN GALLEGOS, A. *ob. cit.* p. 82, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, tomo II, Madrid, 1992, p. 815, entre otros.

aceptada, conforme a los artículos 997 y 1300 y siguientes, sino del caso específico del requisito subjetivo del que habla el artículo 991.

La esencialidad de este requisito subjetivo de conocer la muerte y de su derecho a heredar, hace que la validez de la aceptación o repudiación, se someta a algo muy difícil de probar y claramente perjudicial para la seguridad jurídica, además de dar lugar a una posibilidad bastante cierta de llevar a cabo actividades fraudulentas. Pongamos el ejemplo de alguien que acepta una herencia válidamente, pero que después quiere impugnarla porque alega que no conocía la muerte de esta persona ni que su actuación fuera la de aceptar la herencia, sobre todo si, por ejemplo, ha aceptado tácitamente. Anteriormente ya se ha procedido al cobro o a la acción judicial de los acreedores del reclamo de sus créditos, incluso de acreedores del propio heredero. Esta persona puede llevar a cabo una actuación lesiva de sus acreedores intentando frustrar, el cobro de sus deudas, deshaciendo la eficacia de su adquisición hereditaria.

También puede darse el caso de un heredero que repudia la herencia, su derecho acrece respecto de otros coherederos. Éstos han visto aumentado su derecho a la herencia, y probablemente hayan dispuesto de parte o de todos los bienes hereditarios. Este heredero que anteriormente repudió, intenta impugnar la repudiación en base a la falta de este presupuesto subjetivo del artículo 991. ¿Qué pasaría entonces con los coherederos y con los actos o negocios jurídicos mencionados a favor de terceros?

Otra cuestión que podríamos plantearnos es la del heredero que acepta la herencia creyéndose ser heredero pero todavía no ha sido llamado a heredar. Falta en este caso el presupuesto objetivo, el acto de aceptación no tendría validez, pero luego es llamado en los mismos términos en que se creyó, ¿no sería contrario a las exigencias de la buena fe permitirle que vuelva de nuevo a elegir? Únicamente habría que comprobar la existencia del elemento objetivo, con posterioridad a éste, la aceptación realizada anteriormente cobraría plena validez. Si bien es cierto que si los términos en que es llamado son muy distintos a como se creyó, estaría abierta la vía de impugnación de la aceptación por error.

El presupuesto subjetivo del que habla el artículo 991, hay que admitirlo con ciertos matices. Constatando la existencia de los elementos objetivos, la muerte y el llamamiento a la herencia, de forma inmediata, concurre ya el presupuesto subjetivo. No negamos la validez del presupuesto subjetivo, pero sí la efectividad práctica del mismo. Constatada la muerte o declaración de fallecimiento, sería imposible demostrar que no existía certeza de estos hechos, y que se realizó una presunta aceptación o repudiación sin conocerlos, y por ello impugnar la aceptación o repudiación realizada.

La existencia de este presupuesto subjetivo es tal, no se puede negar su existencia. Se desprende del tenor literal del propio artículo 991, no hay base interpretativa para rechazarlo, ni en los propios antecedentes históricos del precepto, donde parece que se puede ver de forma clara²², sin embargo, creemos que existe prueba efectiva de la existencia de este presupuesto subjetivo, en la medida que concurren los presupuestos objetivos. Se establece una presunción *iure et de iure* que no admite prueba en contrario.

²² Ley 14, tit. VI, partida 6.ª Digesto, Leyes 23 y 93, título 2, libro 29. Artículo 823 del Proyecto de García Goyena: «Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de haber muerto aquel de cuya herencia se trata y de su derecho de heredero».

Los posibles supuestos para impugnar la aceptación o repudiación se darían en virtud del artículo 997, o en el caso del artículo 1009, donde se recoge un criterio objetivo de no validez de la repudiación realizada.

Por el artículo 997 se podría producir la impugnación por error en el consentimiento de la aceptación o repudiación llevada a cabo, cuando el llamado a heredar consiga probar que, a pesar de su diligencia, desconoció los términos exactos del llamamiento hereditario.

Aplicando el artículo 1009, aquél que repudió la herencia ab intestato y con posterioridad es llamado como heredero testado, por la aparición de un testamento, podrá ejercitar el *ius delationis* para aceptar o repudiar la herencia de nuevo, sin que tenga validez el anterior llamamiento realizado, pero aquí no hay ejercicio del artículo 991, sino la simple acreditación de cuál era la verdadera delación.

En relación a la sentencia que comentamos, el Tribunal niega que tal actuación pueda catalogarse como aceptación tácita, porque se hizo de acuerdo con el ejercicio de un derecho propio de la madre en cuanto cotitular de la cuenta, y porque la declaración de herederas no se había producido, por lo que falta el presupuesto objetivo del que habla el artículo 991. Se ha producido el hecho de la muerte pero no se ha producido la declaración de herederas y con ella su derecho a la herencia.

Esta afirmación es más que discutible, ya que es doctrina reiterada, el que en la sucesión intestada no se puede hacer depender la delación efectiva del hecho de la declaración de herederos, por lo que, aunque estuviera pendiente esta declaración, el llamamiento efectivo ya existe, y la herencia de las hijas puede ser aceptada perfectamente por la madre de las mismas. La declaración de herederos ab intestato, únicamente corrobora la existencia de la delación, pero no es requisito necesario para la misma²³.

V. ESPECIAL MENCIÓN A LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE. EL «NOVENARIO» Y LA «INTERPELLATIO IN IURE»

Queremos hacer referencia, aunque sea de un modo muy resumido, a la posición de los acreedores del causante, alguno de los medios que le otorga la ley para la defensa de sus intereses.

Es evidente que los intereses en la herencia de los acreedores del causante, serán opuestos a los intereses de los herederos en la sucesión. El articulado del Código Civil otorga una protección a estos acreedores, a la vez que respeta la situación o los intereses de los herederos.

En relación a este tema, vamos a destacar el artículo 1004 y 1005 CC. Entendemos, como anteriormente expusimos, que la aceptación de la herencia por los herederos del causante, sea cual sea la forma en que se lleve a cabo, hace responder al patrimonio hereditario de las deudas del causante, y será el residuo, si lo hubiera, el enriquecimiento efectivo que el heredero pueda tener. Pese a la defensa de este interés de los acreedores en el

²³ GALVÁN GALLEGOS, A., *ob. cit.* p. 815, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1979, p. 214, en nota a pie núm. 4 bis: «No es mantenible la tesis de que la aceptación o repudiación de la herencia intestada, hayan de ser posteriores a la declaración judicial de herederos».

cobro de sus créditos, el artículo 1004 recoge el llamado «novenario». Se trata de un período de nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, en el que no se podrá intentar acción contra el heredero para que acepte o repudie la herencia.

Este derecho se concibe para respetar el luto de los herederos, y se impone ya desde época romana. Pero ello no significa, que los herederos no puedan aceptar la herencia en este plazo de tiempo. Perfectamente pueden ejercitar el *ius delationis* para aceptar o repudiar.

Otra cuestión que cabría plantearse es qué pasa si los acreedores, pese a este novenario, intentan acción contra los herederos del causante. Creemos que el juez no podría repeler de oficio la reclamación, es decir, que como se trata de un tiempo muy corto, lo racional será que dicte providencia mandando que después de que trascurra los nueve días, se le dé cuenta para acordar lo que corresponda²⁴.

Como dijimos anteriormente la herencia va a suponer que entren en colisión intereses de terceros. Estos terceros pueden ser acreedores, legatarios, o incluso coherederos. Todos ellos estarán interesados en que los herederos se pronuncien sobre si aceptan o no la herencia, incluso los propios herederos con derecho de acrecer respecto de otro coheredero.

El artículo 1005 recoge la posibilidad otorgada a estos terceros interesados para que accionen judicialmente, y obliguen al heredero a aceptar o repudiar la herencia en un término de treinta días. Si no se pronunciaran en este tiempo se tendrá la herencia por aceptada, pero existe la posibilidad de acogerse con posterioridad al beneficio de inventario, sin embargo, desde este día se empezará a contar el plazo que establece el artículo 1014 y 1015 para solicitar el beneficio de inventario.

Indudablemente, si la herencia es aceptada de forma tácita, no tiene razón de ser el artículo 1005, porque, precisamente lo que pretende este artículo es que los llamados a heredar se pronuncien sobre si aceptan o repudian la herencia, y esto ya se ha producido.

En la sentencia que comentamos, el Tribunal no entiende que haya aceptación tácita, y por esto mismo, reprocha a los demandantes la no utilización de la posibilidad que este artículo le otorga.

VI. CONCLUSIONES

Serán los padres, en cuanto titulares de la patria potestad, y como tales, representantes de los menores y administradores de los bienes de éstos, los que van a aceptar o repudiar la herencia deferida a su nombre.

Hemos partido de la consideración del beneficio de inventario como un beneficio que otorga la ley al heredero, no como una clase de aceptación de la herencia. La aceptación es siempre pura y simple y el beneficio de inventario es una facultad que otorga la ley, a la que el heredero se puede acoger en el mismo acto de la aceptación o posteriormente.

²⁴ MANRESA y NAVARRO, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 497, se pronuncia en el mismo sentido de considerar que la acción judicial entablada con anterioridad al trascurso de este paso de tiempo, al ser un plazo tan breve, no supondrá la desestimación de la reclamación sino su aplazamiento.

La aceptación de la herencia o la repudiación no constituyen actos de disposición patrimonial porque los bienes no han ingresado en el patrimonio, de modo que, en principio, no cabe la aplicación analógica de las normas que regulan auténticos actos dispositivos. Existen diferencias claras en este sentido.

La aceptación de una herencia del menor por su representante legal sin acogerse al beneficio de inventario, puede constituir una actuación de enorme repercusión patrimonial, puesto que, en algunos casos, supondría la responsabilidad del menor con su propio patrimonio de deudas contraídas por el causante.

No se puede interpretar el artículo 166 párrafo segundo del Código Civil, en el sentido de exigir una autorización judicial para aceptar sin acogerse al beneficio de inventario, porque no se desprende del tenor literal del precepto, ni se llega a la conclusión en base a una interpretación histórica, o teleológica de la norma. Además esto mismo no solucionaría los problemas de lesión del patrimonio del menor.

Será la responsabilidad patrimonial de los padres por una extralimitación o abuso de poder representativo, la inoponibilidad de esta actuación al menor, o rescisión por lesión del acto, como solución de *lege ferenda*, y de modo subsidiario, la que podría borrar los efectos lesivos al patrimonio del menor, así como, establecer una responsabilidad limitada de éste, en todo caso, para la aceptación de la herencia por sus representantes legales.

Hemos hecho hincapié en el carácter voluntario de la aceptación o repudiación de la herencia, y en relación a ello hemos tratado el artículo 991 CC. No se puede negar la existencia del requisito subjetivo, que recoge este artículo, por las razones que hemos expuesto, pero afirmamos que, con la existencia de los presupuestos objetivos, se presume que además existe el subjetivo, y su desvirtuación sería de hecho imposible de llevarla a cabo, salvo en el caso excepcional de error esencial excusable del aceptante.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, María Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, Albert RUDA GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Monserrat VERGÉS VALL-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 construcción jurídica del abuso de derecho exige los siguientes requisitos esenciales: *a*) una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, debe ser privada de protección por la ley; *b*) que esta actuación produzca efectos dañinos; y *c*) que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización (STS de 6 de febrero de 1999).

Asimismo, el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado (SSTS de 19 de octubre de 1995, 2 de diciembre de 1994 y 5 de abril de 1993, entre otras).

Principio general de la buena fe.–Según tiene declarado la Sala 1.^a del TS el principio general de la buena fe contemplado en el artículo 7.1 CC constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia.

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.

Costas. Méritos para imponerlas a la parte que hubiera litigado con temeridad.—El olvido del principio de proporcionalidad en el ejercicio del derecho del acreedor ejecutante provocando la pérdida de la vivienda habitual de uno de los fiadores cuando el acreedor podía haber cobrado el resto de lo que se le adeudaba en forma menos agresiva para el patrimonio de los fiadores, llevan a la imposición de las costas por temeridad al acreedor-demandado. (STS de 14 de mayo de 2002; ha lugar en parte).

HECHOS.—El Banco Santander, S. A., otorga un préstamo a A. V. L. y C. T. L. constituyéndose como fiadores los cónyuges V. V. H. y E. L. L.

Por carta del citado Banco, cuya remisión se realiza con intervención de Corredor de Comercio, se comunica a los fiadores la posibilidad del ejercicio de acciones judiciales contra ellos por impago del préstamo. Al apercibirse el fedatario mercantil de que el domicilio real no coincide con aquel al que se dirige la carta, lo hace constar mediante diligencia, pese a lo cual el Banco participa posteriormente el inicio del juicio ejecutivo en el domicilio equivocado y, al no hallar en el mismo a los fiadores, las sucesivas notificaciones judiciales se llevan a cabo por edictos.

El 10 de mayo de 1995 se celebra la tercera subasta del piso propiedad de los fiadores a resultas del juicio ejecutivo instado por el Banco contra los mismos. El importe reclamado por el Banco asciende a la suma de 1.194.131 pesetas de principal, más 450.000 de intereses. Sólo se presenta postura por el Banco, efectuándose la cesión a su favor con el carácter de cesión a tercero, por la cantidad de 2.300.000 pesetas; el remate se aprueba al día siguiente, 11 de mayo, y la cesión de remate se produce el 18 de mayo a favor de la entidad *Fincas Belagua, S. L.*

Con anterioridad a la celebración de la subasta, el Banco había recibido pagos a cuenta de la cantidad adeudada por importe de 550.000 pesetas y el día 11 de mayo de 1995 había obtenido otro pago de un millón de pesetas, efectuado por la entidad *Inmobiliaria Navarra, S. L.*, en nombre de los deudores.

E. L. L., quien se había separado legalmente de su esposo con anterioridad, recompra el piso, que sigue siendo su vivienda habitual, a *Fincas Belagua, S. L.*, para cuyo pago solicita un préstamo hipotecario por valor de 3.750.000 pesetas.

Los fiadores demandan al *Banco Santander, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando al demandado a abonar a E. L. L. determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios y absolviendo respecto a los pedimentos del codemandante. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia revocándola sólo en el sentido de aumentar las cantidades a pagar a E. L. L. (B. F. G.)

2. Doctrina de los actos propios: concepto y requisitos.—Es doctrina jurisprudencial consolidada definir los actos propios como la expresión ine-

quívoca del consentimiento que actúa sobre un derecho o sobre un acto jurídico, concreta efectivamente lo que ha querido su autor y además causa estado frente a terceros (SSTS de 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983, 16 de junio de 1984, 15 de febrero de 1988, 22 de enero de 1997, 7 de mayo de 2001). La aplicación del principio por el que se establece la inadmisibilidad de ir contra los actos propios, requiere la existencia de los siguientes requisitos: *a*) que la conducta haya sido inequívoca, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica que afecta a su autor, y *b*) que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior (SSTS de 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo y 25 de octubre de 2000 y 27 de febrero y 5 y 16 de abril de 2001).

Interpretación del contrato: el denominado «canon de la totalidad» del contrato. El contrato no ha de interpretarse en una sola cláusula, sino en relación a todas, como se deduce del artículo 1285 CC y de una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 5 de febrero de 1985, 21 de febrero de 1991, 22 de mayo de 1992, 20 de abril de 1993 y 26 de octubre de 1998). (STS de 15 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa mercantil *M. A. S. A.* presentó demanda contra una entidad de crédito reclamándole 20.361.682 pesetas en concepto de los excesos de pago que había realizado en calidad de tercer poseedor de una finca hipotecada. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia estima parcialmente el recurso y condena a la entidad de crédito a abonar a la empresa mercantil la cantidad de 18.806.213 pesetas. Presentado, por la entidad de crédito, recurso de casación el TS no da lugar al mismo. (*C. O. M.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión. Colisión con el derecho al honor. Criterios delimitadores.—El TS expone la consolidada doctrina sobre el conflicto entre las libertades de información y de expresión y el derecho al honor. Cada caso se ha de estudiar en su contexto, sin fijar, *a priori*, límites o fronteras entre los derechos. Las libertades tienen una posición preferencial por su garantía institucional de la formación de una opinión pública libre e indisoluble, pero a su vez el ejercicio de las mismas está limitado por el respeto a los derechos de la personalidad, el honor entre ellos. El valor social de las libertades provoca que el estudio de estos límites deba realizarse con una interpretación restrictiva.

Definición de las libertades de información y de expresión.—Los dos derechos tienen un contenido distinto y diferentes límites; mientras que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, que

abarcen incluso las creencias, la libertad de información versa sobre hechos que pueden denominarse como noticiables, es decir, que tengan trascendencia pública a efectos de que la participación de los ciudadanos en la vida colectiva sea real. Por este diferente contenido, los límites del ejercicio de cada una de las libertades también es distinto.

Expresiones innecesarias.—Para el adecuado ejercicio de la libertad de expresión es innecesario emplear términos como «canalla», «matón nocturno», que se «abona al chantaje», lo que supone un gravísimo ataque al honor/dignidad, que no queda desvirtuado por la cualidad pública del agraviado, ni por la supuesta noticia del reportaje. (STS de 21 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. M. (Presidente del Real Madrid en aquel momento) es entrevistado por *Diario 16* el 1 de octubre de 1993, declarando, entre otros aspectos, que: «... Hay quien dirige la opinión, y el más canalla es José María García que, a base de la calumnia y la mentira, levanta la sospecha y la duda en el madridismo...», «Es un matón nocturno que goza del beneficio del miedo de los demás...», «Todo está manipulado por el canalla de la noche, porque el Buitre no le quiso dejar su teléfono particular. Es un chantaje y una vergüenza...», «... y la del canalla de la noche va a ir servido...».

Don J. M. G. interpuso demanda civil de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, solicitando la condena, su publicación y una indemnización de tres millones de pesetas a don R. M. si fuese el autor de las expresiones, y a *Información y Prensa, S. A.*, si el primero las negase. El Juzgado desestimó la demanda respecto a *Información y Prensa, S. A.*, pero condenó a don R. M. por la intromisión en el derecho al honor del demandante a la indemnización de quinientas mil pesetas, a publicar la sentencia en un medio de comunicación de tirada y difusión semejante al de *Diario 16* y a las costas. La Audiencia confirmó la resolución de primera instancia. Tras el fallecimiento del recurrente en casación durante el transcurso del recurso, comparecieron sus herederos, teniéndoles por personados en nombre de su causante. El TS no da lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

4. Vulneración del derecho al honor: requisitos y resarcimiento económicos por su lesión.—La información periodística que contiene una comunicación pública, veraz, referente a hechos comprobados y ciertos obtenidos en el cumplimiento de la tarea profesional de informar, no supone una intromisión ilegítima del derecho al honor. Igualmente resulta legítima la comunicación pública del resultado de un juicio para poner de manifiesto la imparcialidad y neutralidad de un reportaje publicado.

Para obtener el resarcimiento económico por los atentados contra los derechos de la personalidad, no es necesario acudir a la vía de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC), ya que la *Ley Orgánica 1/1982*, de 5 de mayo, establece los cauces jurídico-procesales para la tutela de los ataques ilegítimos al honor, la intimidad y la propia imagen. (STS de 22 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. B. R. interpone demanda contra *La Voz de Galicia*, don J. C. L. y don J. R. D. G. solicitando la indemnización de daños y perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de un reportaje periodístico sobre cazadores furtivos donde se comunicaba a los lectores que el actor había sido sorprendido en un coto privado sin licencia, y una segunda información que da cuenta de la sentencia penal absolutoria del periódico.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Apelada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial desestima el recurso. Recurrida en casación esta resolución, de nuevo por la parte actora, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto. (*S. E. M.*)

5. Derecho al honor. No resulta vulnerado por la divulgación del hecho de haber recibido tratamiento médico.—El haber recibido tratamiento médico no es un hecho que afecte a la reputación y buen nombre del paciente, ni lo difama o hace desmerecer en la consideración ajena.

Derecho a la intimidad. Vulnerado por la divulgación de un dato privado, como es el haber recibido tratamiento médico.—La publicación de las fotografías del paciente sometido a un tratamiento de cirugía estética, sin su autorización y habiendo sido obtenidas por el propio médico interviniente, supone la revelación de un dato privado que implica una intromisión en el derecho a la intimidad del paciente.

Intromisión ilegítima en la intimidad. Presunción de existencia de daños y perjuicios.—El público conocimiento de un dato que pertenece al ámbito de la privacidad ha de dar lugar a la presunción de existencia de perjuicios y daños morales.

Quantum indemnizatorio. Modificación por el TS. Casos en que procede.—Por regla general no es procedente entrar en casación al examen del *quantum* indemnizatorio. Sin embargo, ello debe hacerse cuando la modificación dimana, no de elementos fácticos cuya ponderación es facultad del Tribunal de instancia, sino de aplicación de presupuestos o criterios legales.

Artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. Medidas de tutela judicial de los lesionados por violación del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Difusión de la sentencia.—La remisión del testimonio de la sentencia al Ilustre Colegio de Médicos de Madrid y al Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos en un caso como el presente es innecesario para la difusión de aquélla.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Significado.—Este derecho supone el de obtener una resolución motivada sobre la pretensión deducida.

Falta de legitimación *ad causam*. Posibilidad de apreciación de oficio.—La jurisprudencia tiene reconocida la posibilidad de apreciar de oficio la falta de legitimación *ad causam* (SSTS de 22 de febrero y 28 de diciembre de 2001, reiterando doctrina anterior).

Acumulación de acciones deducibles en juicios de distinta naturaleza. No implica desestimación de la acción indebidamente acumulada.—Según la STS de 3 de octubre de 2000, ante la acumulación en un proceso de dos acciones de distinta naturaleza el Tribunal debe resolver la acción correctamente ejercitada y no hacerlo respecto a la indebidamente acumulada. (STS de 16 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En dos números del suplemento dominical de un periódico de tirada nacional apareció un anuncio con dos fotografías de la demandante figurando bajo las mismas la frase: «Un caso de rejuvenecimiento tratado en Madrid a finales de 1991». Las fotografías se publicaron sin autorización de la demandante y habían sido obtenidas por el demandado F. B. M. con ocasión de una intervención de cirugía estética por él mismo realizada.

La demandante interpone acción contra F. B. M., *Centro Internacional Cirugía Estética, S. A.*, y *Carat España, S. A.*, empresa esta última dedicada a contratar los medios de comunicación conforme a las instrucciones recibidas de las agencias de publicidad. El Juzgado estimó, parcialmente, la demanda absolviendo a la última de las entidades citadas por no constar que fuese la empresa que realizase los anuncios finalmente publicados. La Audiencia revocó, parcialmente, la sentencia de la instancia, considerando que los demandados (salvo *Carat España, S. A.*, que fue absuelta) habían incurrido en una violación del derecho a la propia imagen de la demandante, pero no ordenó remitir testimonio de la sentencia al Ilustre Colegio de Médicos de Madrid ni al Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos. La difusión de la sentencia en el dominical, así como el reconocimiento a la demandante del derecho a replicar y la indemnización de un millón quinientas mil pesetas fue mantenido. La demandante formaliza recurso de casación. (B. F. G.)

6. Indemnización de daños morales por violación de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la imagen. Parámetros del artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo.—Los factores para señalar la cuantía de la indemnización en los casos señalados son: a) las circunstancias del caso; b) la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta la difusión o audiencia del medio a través del que se haya realizado; y c) el beneficio obtenido por la causante de la lesión.

Quantum de la indemnización por responsabilidad civil. Cuestión de hecho no revisable en casación. Excepciones.—La determinación del *quantum* de la indemnización por responsabilidad civil es una cuestión de hecho reservada a los Tribunales de instancia. Hay supuestos especiales, sin embargo, en los que el TS puede revisar este extremo fáctico: a título de ejemplo, cuando la sentencia recurrida no se ha acomodado a los parámetros legales existentes para el caso concreto.

Artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. Medidas de tutela judicial de los lesionados, en particular la difusión de la sentencia. Facultad potestativa del Juzgador de instancia.—La difusión de la sentencia como medida de tutela judicial de los lesionados por la violación del derecho al honor es una facultad potestativa del Juzgador, por lo que no se puede modificar en el recurso de casación. (STS de 19 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Tiempo de Hoy* publicó un reportaje, titulado, «Sexo de lujo y tráfico de personas», en el que aparecía la fotografía de la demandante con el sobreimpreso, «Hablan las

modelos implicadas». Dicha fotografía aparecía junto con el título del artículo en la portada de la revista, portada que apareció durante dos días reproducida en un anuncio publicitario a toda página de dos periódicos de tirada nacional. Asimismo, un periodista de la citada revista intervino en dos ocasiones en un informativo nocturno de una cadena de televisión nacional presentando a la audiencia el número en el que aparecía el reportaje y exhibiendo y mostrando la fotografía de la actora.

La noticia surgió a raíz de unas investigaciones realizadas por la policía como consecuencia de una denuncia sobre un presunto delito de trata de blancas y tráfico ilegal de piedras preciosas entre Manila y España. La actora no fue oída en las diligencias policiales ni particularmente investigada. La revista demandada recogió como rumor público que la demandante había viajado a Filipinas y enviado a Manila a modelos de su agencia, aun cuando dicho rumor había sido desmentido por la interesada.

El Juzgado condenó a los demandados (el director de la revista y los dos periodistas autores del reportaje), declarando que se habían producido actos de intromisión ilegítima en los derechos de honor de la actora. Condenó, por ello, a publicar a su costa la sentencia condenatoria en la revista y en los dos periódicos en los que había aparecido el anuncio, así como a la difusión de una nota informativa en el informativo nocturno, en el que había participado el periodista autor del reportaje, dando cuenta del tenor de la sentencia; la condena incluía también el abono a la actora de veinticinco millones de pesetas de forma solidaria en concepto de indemnización de daños. La Audiencia modificó la sentencia de primera instancia reduciendo la publicación de la sentencia al encabezamiento y fallo de la misma, en vez del texto íntegro, y únicamente en la revista *Tiempo*. Asimismo rebajó el importe de la indemnización a quince millones de pesetas. El recurso de casación lo interpone la parte demandada. (B. F. G.)

7. Derecho a la propia imagen. Vinculación con el derecho a la intimidad.—Según una consolidada doctrina jurisprudencial, tanto del TS (STS de 4 de mayo de 2001 y las que en ella se mencionan), como del TC (SSTC de 18 de junio y 2 de julio de 2001), el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, que atribuye a su titular la facultad exclusiva de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. Aun cuando este derecho tiene su ámbito específico de protección, incluso frente a reproducciones que no den a conocer o no afecten a la vida íntima de su titular, en ocasiones está vinculado al derecho a la intimidad, en el que se incluye la intimidad corporal, quedando así protegido por el ordenamiento el sentimiento del pudor personal.

El derecho a la propia imagen otorga a su titular la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por parte de terceros no autorizados sea cual sea la finalidad perseguida por quien la difunde.

Colisión entre derecho a la propia imagen y derecho a la libertad de expresión y de creación artística.—El derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto. En los supuestos de conflicto con las libertades señaladas resulta preciso analizar si, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, merece alguno de los derechos en pugna que le sea reconocida una especial preferencia.

«Intimidad en soledad» e «intimidad sin aislamiento». Restricción de uso de determinados bienes de dominio público para configurar un ámbito de privacidad.—Todo ciudadano puede establecer diferentes ámbitos o espacios físicos para desenvolver su vida íntima, los cuales, en principio, han de ser respetados. Así sucede respecto a la «intimidad en soledad»; también es protegible una «intimidad sin aislamiento» cuando la misma se circunscribe a un ámbito familiar o a otro círculo personal restringido.

No puede reclamarse intimidad en ámbitos o espacios públicos, pues éstos no son compatibles con la idea de privacidad. No debe olvidarse, sin embargo, que dentro del pluralismo y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que caracterizan a un Estado democrático de Derecho, ha ido surgiendo una aceptación social del hecho de que determinadas zonas de espacios destinados al uso público o común puedan ser utilizados por los ciudadanos que «consideran que conviene al ejercicio de ciertas actividades físicas el máximo contacto con la naturaleza, despojándose de los obstáculos que al efecto puedan significar no sólo las ropas de uso cotidiano, sino incluso aquellas otras más ligeras, que para la práctica de los deportes utiliza un sector realmente mayoritario de la población» (FD 4.º). Ejemplo de ello son las playas nudistas en las que, a través de la aceptación de la conveniencia de la restricción de su uso, determinadas personas pueden ejercer una libertad reconocida en el artículo 9 CE sin molestar a los ciudadanos que no aprueban sus pautas de comportamiento, ni ser inquietados por ellos. Se configura de este modo un ámbito de privacidad absolutamente legítimo dentro del cual pueden decidir si autorizan o no la reproducción de su imagen.

Finalidad del recurso de casación.—Consiste en determinar si, sobre la base de los hechos que el Tribunal de instancia ha tenido por probados, es o no adecuada la apreciación jurídica establecida. (STS de 28 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En el periódico *Heraldo de Aragón* se publica, con ocasión de un reportaje sobre playas nudistas, una fotografía tomada a corta distancia en la que aparece el actor desnudo y de cuerpo entero, pudiendo ser identificado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó, parcialmente, la demanda interpuesta contra *Heraldo de Aragón, S. A.*, condenando a esta última al abono de dos millones de pesetas. Apelada la sentencia por la entidad demandada, fue confirmada por la Audiencia. (B. F. G.)

8. Reproducción de fotografía captada en lugar público. Difusión de imagen sin el consentimiento de la persona afectada.—La difusión de fotografías de una persona tomadas en un lugar público sin su consentimiento tienen el carácter de intromisión ilegítima *siempre que no se halle en los supuestos previstos en el artículo 8.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo (art. 7.5 de la citada Ley)*. La intromisión es ilegítima cuando la imagen de la persona

afectada se difundió sin su consentimiento, dándole una relevancia que impide calificar la imagen como *meramente accesorio*.

Responsabilidad solidaria.—No juega el principio de litisconsorcio pasivo necesario en la demanda interpuesta para exigir responsabilidad civil derivada de ilícito, porque la responsabilidad en ese caso es solidaria (F D I.º). (STS de 6 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una joven demandó a un Diario con motivo de la publicación —sin su consentimiento— de una imagen de las playas de Barcelona en la que ella aparecía en *top less*. En ambas instancias se estimó la demanda, reconociendo a la demandante el derecho a una indemnización civil por un millón de pesetas. En casación no hubo lugar. (C. J. D.)

9. Reclamación de títulos nobiliarios. Litis consorcio pasivo necesario.—No se da lugar a litis consorcio pasivo necesario, al invocarse la nulidad de la distribución de títulos nobiliarios, efectuada en los supuestos de que el otorgante tenga más de un título y varios hijos, caso autorizado por la Ley desvinculadora de 27 de septiembre de 1820 y el Real Decreto de 1912, cuando al afectar a todos los favorecidos por ella, y para que la relación jurídica procesal quede convenientemente constituida, se llama a juicio a todas las personas favorecidas por la distribución, cuestión ésta que ha de resolverse con carácter previo a la nulidad alegada, y, en consecuencia, se prueba que los favorecidos por la distribución fueron los hijos del distribuidor, entre ellos el abuelo del demandado.

Distribución de títulos nobiliarios. Nulidad por falta de aprobación del Monarca.—Es válida la distribución de títulos nobiliarios sin aprobación expresa del Monarca, si fue realizada en los últimos años del siglo XIX, por lo tanto al amparo del artículo 13 de la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1980 y de la Ley de 17 de junio de 1855, que no exigían dicha aprobación, al ser introducida por el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912.

Puede considerarse, no obstante, exigible dicha aprobación, al suponer la distribución una modificación del orden de suceder, que es facultad, que de acuerdo con la Ley 25.1.6 de la Novísima Recopilación, está reservada al Monarca; ahora bien, dicha aprobación se suple si se expiden Reales Decretos de sucesión que la sustituyen.

Determinación de mejor derecho nobiliario. Rehabilitación.—El mejor derecho se reconoce al pariente más propincuo, teniendo en cuenta criterios de descendencia, línea, grado y edad.

La rehabilitación, aunque siempre se concede el título o merced condicionado a la cláusula de «sin perjuicio de tercero de mejor derecho genealógico», es a los efectos de que el parentesco determinante del mejor derecho no puede relacionarse con el concesionario de la rehabilitación, que se concede con carácter polémico, sino con el último poseedor legal, debiendo entenderse por tal a aquel a quien la dignidad correspondería de acuerdo con el orden sucesorio correspondiente.

Cuando el último poseedor legal forma una nueva cabeza de línea, mientras existan personas pertenecientes a ésta, se excluye a cualquier otro pariente perteneciente a otra línea, siguiéndose respecto a la nueva línea formada el orden de suceder.

Distribución. Nueva cabeza de línea distinta a la del primogénito.—La distribución de títulos *intervivos* o *mortis* causa produce una novación o alteración de las distintas líneas sucesorias, con creación en cada una de ellas de una nueva cabeza de línea representada por los designados, de forma que, en lo sucesivo, los descendientes de la persona que constituyó esa cabeza de línea tienen derecho preferente a los de cualquier otra línea, aunque esa otra sea la prellamada, antes de que se hubiese llevado a efecto tal distribución, de donde resulta indudable el preferente derecho de los descendientes del favorecido sobre los descendientes del primogénito del que efectuó la distribución testamentaria. (STS de 11 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, don J. R. H. E., ejercitó acción de mejor derecho a título nobiliario contra don L. H. F. M., solicitando se declare su mejor derecho genealógico al título de Conde ..., frente al demandado, que lo viene poseyendo en virtud de sucesión; así como la invalidez de la rehabilitación operada a favor de don L. H y O., causante del demandado, tras quedar vacante el título, al declararse el fallecimiento del titular sin descendencia. Igualmente se solicita la invalidez de la distribución de títulos propuesta por don J. R. H. y G. C., en la que se otorgó a su segundo hijo, padre del fallecido sin descendencia, el título en litigio.

La parte demandada contestó alegando las excepciones de prescripción de la acción y falta de litis consorcio pasivo necesario, y, subsidiariamente, la declaración de su mejor derecho sobre el título.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó dicha sentencia desestimando, también, la apelación.

El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. R. D. R.)

10. Asociaciones. Plazo de impugnación de acuerdos y actuaciones contrarios a los Estatutos.—Según el artículo 40.3 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación, el plazo para impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que sean contrarios a los Estatutos es de cuarenta días. Se trata de un plazo de caducidad cuyo cómputo debe hacerse desde la fecha de adopción del acuerdo, según ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 15 de noviembre de 1993 y 12 de junio de 1992). La STS de 30 de octubre de 1989 se separa de la citada línea jurisprudencial, pues establece como *dies a quo* la fecha de notificación del acuerdo; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que a esta solución se llega por la especialidad del caso resuelto (expulsión de un socio de una sociedad deportiva) y la necesidad de evitar en el mismo la indefensión.

Analogía. Requisitos de aplicación.—Con arreglo al artículo 4.1 CC y a la doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación (SSTS de 21 de noviembre y 11 de mayo de 2000, 20 de febrero y 13 de octubre de 1998, 10 de mayo de 1996, 11 de mayo de 1995, 4 de junio de 1993, 12 de junio de 1990, 30 de marzo de 1987 y 2 de octubre de 1984, entre otras), los requisitos de aplicación de la analogía son tres: a) que la norma no contemple el supuesto específico, pero sí otro semejante; b) que entre ambos se aprecie identidad

de razón; y c) que no se trate de leyes penales, ni sancionadoras con pérdida de derechos.

Aplicación retroactiva de una norma. Supuesto en el que no tiene lugar.—La situación de retroactividad de una norma no tiene lugar cuando la aplicación de la norma es para el futuro y ni sanciona conductas pretéritas, ni afecta a situaciones o derechos adquiridos. (STS de 11 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 19 de enero de 1996, algunos miembros de la *Asociación Burgalesa del Taxi* (asociación que agrupa a diferentes empresarios que ejercen actividades económicas comprendidas en el servicio de transporte de viajeros por auto-taxi en la provincia de Burgos) interponen demanda contra la misma a fin de impugnar un acuerdo de la Asamblea General Ordinaria de 30 de noviembre de 1995 en virtud del cual se aprobaron dos modificaciones del Reglamento de Régimen Interno, consistentes en la obligación de los socios de no tener en horario de trabajo teléfono móvil o cualquier otro aparato que pueda suponer competencia desleal, siendo causa de baja del Radio Taxi (servicio prestado por la citada asociación) el disponer de este tipo de aparatos.

Contra la sentencia de la Audiencia declarando la nulidad de los acuerdos impugnados por vulnerar lo dispuesto en los Estatutos sobre la finalidad del Servicio de Radio-Taxi y los derechos de los asociados, interpone recurso de casación la *Asociación Burgalesa del Taxi*. (B. F. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Recurso de apelación: efecto devolutivo y ámbito de conocimiento del órgano jurisdiccional de la segunda instancia; principio *tantum devolutum, quantum appellatum*.—El efecto devolutivo del recurso de apelación significa que la *cognitio* del órgano jurisdiccional *ad quem* abarca todas las cuestiones, fácticas y jurídicas, del pleito que se hayan sometido al mismo por las partes, pues, aunque nuestro sistema procesal, a diferencia del de otros países, no reconoce la apelación plena, en el sentido de que no cabe plantear, salvo aspectos excepcionales, cuestiones nuevas (*pendente appellationem, nihil innovetur*), sin embargo permite, dentro de lo postulado (*tantum devolutum, quantum appellatum*; y apelación adhesiva), un nuevo examen del pleito (*revisio prioris instantiae*), tanto en lo que hace referencia a la fijación de los hechos, como a la cuestión jurídica; de tal modo que el órgano jurisdiccional *ad quem* se halla investido de los mismos poderes que el juzgador *a quo*.

Prueba pericial: impugnación: prevalece el criterio del tribunal de instancia, salvo que sea arbitrario o ilógico. No constituyen prueba pericial los informes aportados por las partes.—No es admisible en casación formular una descalificación genérica de la valoración de la pericial sin especificar en qué extremos concurre un defecto susceptible de verificación en

casación, pues es doctrina reiterada que debe prevalecer el criterio de la sentencia recurrida cuando no incida en conclusiones arbitrarias o ilógicas que conculcan las reglas de la sana crítica. Además, no cabe pretender desvirtuar un resultado fáctico deducido de varios medios de prueba mediante la impugnación de uno de ellos, resultando claramente improcedente atribuir valor de pericial a informes acompañados con el escrito de alegaciones que no tienen tal carácter, aunque hayan sido ratificados en período de prueba por el técnico que los expidió.

Negocio de fijación: concepto y naturaleza, según la doctrina científica y jurisprudencial.—El negocio de fijación jurídica (*Festellungsvertrag*; *negozio di accertamento*, en las terminologías alemana e italiana) responde a una función de fijación de la relación jurídica, y ha sido definido en la doctrina como aquél mediante el que las partes, por vía convencional, eliminan la incertidumbre y la controversia o evitan que pueda surgir. Destaca nuestra mejor doctrina que se trata de un negocio creador de una situación jurídica de derecho sustantivo: la situación fijada o acertada. Las partes en contemplación de una relación, o una pluralidad de relaciones jurídicas preexistentes, delimitan y precisan sus respectivas exigencias jurídicas, determinando el alcance, para el futuro, de sus respectivas obligaciones, con lo que dan certeza al ámbito de su interrelación de intereses. En la jurisprudencia predominan las sentencias que asimilan el negocio de fijación con los contratos reproductivos o reconocitivos (SSTS de 28 de octubre de 1944, 6 de junio de 1969, 9 de noviembre de 1974, 23 de junio de 1983, 15 de octubre de 1985, 22 de diciembre de 1986, 25 de mayo de 1987, 16 de febrero y 26 de marzo de 1990 y 30 de abril de 1999); aunque en algunas resoluciones (SSTS de 11 de abril de 1961, 18 de junio de 1962, 29 de octubre de 1964 y 5 de febrero de 1981) se aprecia un criterio más amplio que supone una aproximación a la orientación doctrinal con arreglo a la que mediante un negocio de fijación «no se trata de dar exclusivamente una mayor certeza probatoria, sino que se pretende la exclusión de pretensiones que surgen o pueden surgir de una relación jurídica previa ... por lo que tiene un alcance mucho mayor que la mera reproducción de un negocio en un documento».

Negocio de fijación: efectos.—Como consecuencia de quedar «fijada» la situación jurídica a través de este negocio, es apreciable, al menos por analogía (art. 4.1 CC), una consecuencia jurídica semejante a la que se mantiene por la jurisprudencia en aplicación del inciso primero del artículo 1.816 CC sobre transacción (figura jurídica muy similar a la del negocio de fijación, dentro de cuya órbita se sitúa por unos –STS de 18 de junio de 1962–, y se equipara por otros), de tal manera que no cabe traer a colación –exhumar– aquellas cuestiones (dudas, circunstancias o defectos) que quedaron zanjadas en virtud de lo convenido (SSTS de 3 de junio de 1902, 30 de marzo de 1950, 26 de abril de 1963, 14 de mayo de 1982, 20 de abril y 30 de octubre de 1989 y 6 de noviembre de 1993). (STS de 15 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *M. A. C., S. A.*, demandó a la también mercantil *V. U. C., S. A.*, en reclamación de cantidad. La demandada se opuso y reconvino solicitando la condena de la actora a efectuar determinadas reparaciones. En la resolución del pleito fue determinante la existencia de un documento-finiquito, otorgado por ambas partes, en el que se reflejaron las operaciones de liquidación de las relaciones contractuales existentes entre los litigantes, y en el que se

hizo figurar el saldo pendiente derivado de dichas relaciones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial de Pontevedra revocó la sentencia de instancia y estimó íntegramente la demanda originaria, desestimando la reconvencción formulada. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

12. Causa falsa como cuestión de hecho.—Es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala (Sentencias de 14 de febrero de 1985, 14 de julio de 1986, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre de 1988, 23 de octubre de 1989, 19 de noviembre de 1990, 26 de febrero de 1991, 24 de febrero de 1992 y 4 de marzo de 1993, entre otras) la de que la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa está atribuida al Tribunal *a quo*, por ser, de naturaleza fáctica, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida invariable en casación, a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio probatorio adecuado para ello, lo que requiere la cita inexcusable del precepto que, conteniendo una norma valorativa de prueba, se considere infringida (S de 4 de febrero de 1995).

Carga de la prueba de la inexistencia o la ilicitud de la causa.—Este artículo atribuye al deudor la carga de probar la inexistencia y la ilicitud de la causa. La referencia al «deudor» ha de entenderse en sentido amplio dirigido a los interesados que tengan legitimación para instar la declaración de nulidad radical del negocio que sería la consecuencia jurídica producida por la falta de causa o su ilicitud. La invocación a la causa de la recurrente está fuera de lugar, pues no se trata de que se esté en presencia de una ilicitud o prohibición legal en los contratos que se desestima su pago, sino en la apreciación de los codemandados de la falta de consumación de los pretendidos contratos de préstamo.

Carácter real del préstamo.—El Código civil parece asignar carácter real tanto al préstamo de uso (comodato), como al préstamo de consumo (mutuo), puesto que en el artículo 1740 se menciona la entrega de la cosa como elemento de especial significación en la formación y perfección de los contratos de comodato y mutuo. La jurisprudencia ha interpretado este precepto en el sentido de considerar que la entrega de la cosa en estos contratos es uno de sus requisitos esenciales, juntamente con el consentimiento, objeto y causa (SSTS de 4 de mayo de 1943, 12 de febrero de 1946, 26 de febrero de 1957, 8 de julio de 1974 y 28 de febrero de 1983). La más reciente doctrina jurisprudencial insiste en el carácter real del contrato de préstamo, aunque alguna resolución no descarta la posibilidad del contrato consensual. La STS de 7 de octubre de 1994 declara que no puede tenerse por existente un préstamo de dinero e imponer la obligación de devolver determinada cantidad, si la entrega de numerario por el prestamista al prestatario no se ha realizado. Y la STS de 27 de octubre de 1994 afirma que el contrato de préstamo no nace por el mero consentimiento de las partes, sino por la recepción de la cosa, en el caso que nos ocupa, el dinero. (STS de 11 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—F.I. N. C. formalizó tres préstamos en documento privado con A. N. V. y F. O. V. en los que se establece la cantidad de

dinero que la prestamista les entregará. Posteriormente, F.I. N. C. formalizó otro préstamo en documento privado con A. N. V. y F. O. V. en el que se establece que les entrega la cantidad de 5.000.000 de pesetas en concepto de préstamo. Posteriormente, F.I. N. C. interpuso demanda contra los prestatarios, reclamando la devolución de las cantidades que decía haberles entregado en concepto de préstamo. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y establece que los demandados deben responder solidariamente del pago de los cuatro préstamos. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso formulado por los codemandados, ya que consideró que no se había producido la entrega de la cantidad de dinero en los tres primeros contratos. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

13. Requisitos para la existencia de error sobre el objeto.—El error *in re* recae sobre la cosa misma del contrato y actúa como invalidante del consentimiento. Tal como ha declarado esta Sala en repetidas ocasiones, la existencia de los vicios del consentimiento es un hecho sometido a la libre apreciación del tribunal de instancia, de modo que si éste no ha apreciado la existencia del error no corresponde al TS fijar su existencia. Para la existencia de un error es necesario que haya una equivocación sobre la sustancia de la cosa que es objeto del contrato y que esa equivocación no fuera evitable mediante una diligencia media de quien ha padecido el error. En el presente caso, es conocida perfectamente por las partes cuál era la situación de las fincas agrupadas y con una moderada y elemental atención hubieran podido evitar agrupar la finca litigiosa y mantenerla al margen como independiente. Si hubiesen actuado con la diligencia necesaria, el error se habría evitado. (STS de 30 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. y don M. agruparon ocho fincas de su propiedad, agrupación en la que incluían una finca que lindaba por el norte con la carretera nacional y por el sur con un camino. Posteriormente, dividieron esta finca en dos fincas distintas, que se aportaron a las sociedades *Alfombras Boyer* y *Alfombras Crevillente*. Don I. y don M. interpusieron demanda contra *Alfombras Boyer, S. A.*, *La Fabil Boyer, S. A.*; *Alfombras Crevillente, S. A.*, y otras dos compañías financieras, en la que solicitaban que se declarase que una de las fincas agrupadas (la que lindaba por el norte con la carretera nacional y por el sur con un camino) es de su propiedad y que la escritura pública en la que se realizaba dicha agrupación era nula parcialmente en lo referente a la agrupación de aquella finca. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Los demandantes recurrieron esta sentencia ante la Audiencia Provincial de Alicante, que desestimó el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el TS declara que no ha lugar. Según los demandantes, en el acto de agrupación de las fincas había existido un error en la sustancia de la cosa. El TS desestima el recurso porque considera que no fueron diligentes y que deberían haber conocido las circunstancias referentes a la situación de las fincas. (M. V. V.)

14. Alcance de la interpretación *contra proferentem*.—La doctrina de esta Sala por lo que se refiere a la regla de interpretación *contra proferentem* considera que es una aplicación concreta del principio básico de la buena fe en la interpretación negocial. Para su aplicación es necesario no sólo la redacción unilateral del contrato, sino, sobre todo, que la cláusula, el sentido de la cual se discute, sea oscura. Esta regla, sin embargo, no es rígida y para su aplicación se deben tener en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato, de modo que si de los términos del contrato se pueden deducir conclusiones que disipen la oscuridad presente, el artículo 1288 CC no será aplicado. Por tanto, si bien una cláusula del contrato padece de imprecisión jurídica, resulta perfectamente comprensible en lo esencial, gracias a la interpretación junto con los demás criterios hermenéuticos, de modo que no se le debe aplicar la regla de la interpretación *contra proferentem*.

Aplicación de la regla de la interpretación literal.—Según el artículo 1281 CC, si los términos de un contrato son claros y no dejan ninguna duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de las palabras. En el presente caso, si bien es cierto que los términos en que se pactó el arrendamiento no ofrecían dudas significativas, lo que sí que planteaba problemas era determinar si una cláusula del contrato hacía referencia al contrato de opción de compra o al arrendamiento de local. Por ese motivo, cabe indagar cuál era la voluntad común de los contratantes. Además, el artículo 1281 CC y la doctrina jurisprudencial establecen que los criterios interpretativos no son excluyentes entre ellos y el criterio sistemático se encuentra expresamente reconocido en el artículo 1285 CC. En base a esto, si bien la cláusula discutida se titula «Opción de compra», en los primeros apartados se hace referencia a los derechos contractuales de arrendatario y arrendador, de lo que se deduce que esta cláusula funciona como cláusula general relativa tanto al contrato de arrendamiento como al de opción de compra. (STS de 26 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. C. y don J. J. O. celebraron dos contratos, que formalizaron en un mismo documento. Uno de los contratos consistía en el arrendamiento de un local comercial para desarrollar la actividad de restaurante y bar. El segundo contrato establecía una opción de compra sobre aquel local a favor del arrendatario. En este documento se incluía una cláusula que establecía que don J.J. debía pagar una determinada cantidad alzada, estableciendo un pago fraccionado de dicha cantidad. Doña C. C. interpuso demanda en la que solicitaba el pago de la cantidad establecida en dicha cláusula o, alternativamente, la resolución del contrato de arrendamiento, así como que se declarase resuelta la opción de compra sobre el inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó. El demandado interpone recurso de casación porque considera que la cláusula en virtud de la cual se le reclama dicha cantidad hace referencia al contrato de opción de compra y no al de arrendamiento. El TS desestima el recurso porque considera que las cláusulas del contrato, si bien no eran totalmente claras, eran comprensibles en el conjunto y, además, la cláusula de cuya interpretación se duda se refiere también al contrato de arrendamiento. (M. V. V.)

15. Defensor judicial. Contraposición de intereses.—No hay contraposición de intereses entre la hija menor de edad donataria de unos bienes y su padre donante, cuando ambos son demandados por terceros que piden la nulidad o rescisión del contrato, pues tienen «sustancial coincidencia [de intereses] en que se declare la validez y eficacia» del negocio. No ha lugar.

Defensor judicial. Oportunidad procesal para alegar el conflicto.—No procede alegar esta circunstancia sólo en el escrito de conclusiones cuando previamente no se ha recurrido el auto que ha declarado a la menor en rebeldía. No ha lugar.

Acciones de regreso entre fiadores.—Nacen en el momento en que uno paga al acreedor en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra (art. 1844 CC). Sin este requisito, el cofiador que paga no está legitimado para repetir contra sus cofiadores ni tiene interés jurídico que le permita impetrar acciones de nulidad o revocatorias de contratos en los que no ha sido parte. Ha lugar.

Obligaciones solidarias.—Por especialidad de la norma, prefiere el artículo 1844.III CC, frente a las normas generales de las obligaciones solidarias (art. 1145 CC), en cuanto a los efectos del pago entre codeudores solidarios.

Acciones de conservación del crédito.—Sólo corresponden al acreedor (art. 1121 CC), calidad de la que carece el cofiador que paga sin haber sido requerido por demanda judicial ni hallándose el deudor en estado de concurso o quiebra (art. 1844 CC).

Legitimación de terceros para impetrar la nulidad o inexistencia de un contrato.—Sólo están legitimados los terceros a quienes el contrato perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual (STS de 5 de noviembre de 1990); o que tengan un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vean perjudicados o afectados en alguna manera por el referido contrato (STS de 21 de noviembre de 1997 que cita la STS de 14 de diciembre de 1993). En el mismo sentido se invoca autoridad de las SSTs de 22 de octubre de 1916, 12 noviembre de 1920, 11 de enero de 1928, 12 de abril de 1945, 19 octubre de 1959, 31 de mayo de 1963 y de 29 de diciembre de 1970.

Facultad del Tribunal para apreciar de oficio la legitimación del actor.—Procede estimar de oficio la falta de acción de los demandantes cuando consta que no han pagado con los requisitos del artículo 1844.III CC (STS de 24 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.— Los demandantes son cofiadores solidarios que ejercitan acciones de nulidad (por simulación) y, subsidiariamente, de rescisión por fraude de acreedores de sendas escrituras de donación y de un contrato de compraventa, contra los transmitentes y sus causahabientes. Los demandados son marido y mujer y sus causahabientes, hijos de éstos, uno de ellos menor de edad. El marido ha donado a una hija una finca rústica, y a otra hija un piso, por sendas escrituras públicas. Una de las hijas es menor de edad. La mujer, con el consentimiento del marido, ha vendido al hijo, también por escritura pública, otra vivienda. Todas estas escrituras han accedido al Registro de la Propiedad. Ambos cónyuges se defienden por separado. El hijo alega falta de legitimación pasiva para ser emplazado en el juicio. Las hijas son declaradas en situación procesal de rebeldía y esta resolución no es recurrida durante el juicio.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara nula e inexistente por simulación la compraventa y rescindidas por fraude de acreedores las donaciones, debiendo procederse a la cancelación de las inscripciones registrales correspondientes. La Audiencia Provincial de Oviedo desestima el recurso de apelación interpuesto por la mujer y el hijo (el marido y la hija mayor de edad se adhieren a este recurso, pero no apelan), y confirma con costas la sentencia de primer grado. El TS hace lugar al recurso de casación. (M. S. R. P.)

16. Ratificación contractual tácita.—No se infringe el artículo 1259.º CC cuando por parte del *dominus* existe una aceptación contractual tácita (en este sentido, entre otras, las SSTs de 10 de abril de 1952, 10 de mayo de 1984, 12 de abril de 1996, 24 de octubre de 1997 y 18 de mayo de 1999). Dicha ratificación tácita puede apreciarse mediante la constatación de hechos concluyentes que necesariamente implican la aceptación por parte del mandante de lo realizado por el mandatario, que, cuando hace uso de la acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado y dota de validez al contrato. (STS de 10 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *JDR Consultores y Editores, S. L.*, promueve demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad *Aguas y Servicios del Huesna A. I. E.*, sobre reclamación de cantidad en pago de determinadas obras y servicios prestados. La demandada contesta alegando que nadie con poder bastante había realizado tal encargo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Recurrido el fallo por la demandante, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia, estimando plenamente la demanda. Tal fallo es impugnado de nuevo por la demandada, y el TS declara no haber lugar al recurso de casación. (S. E. M.)

17. Solidaridad de deudores. Pago total del crédito por uno de ellos: extinción del crédito y derecho de regreso.—Si paga el total de lo adeudado uno solo de los deudores solidarios, no se subroga en el crédito el que pagó, sino que se extingue el mismo, y para que no haya enriquecimiento indebido, el Código civil en el párrafo segundo del artículo 1145 concede un derecho de repetición a efectos de reclamar a cada uno de los codeudores la parte que le corresponda y los intereses del anticipo.

El derecho de regreso: formas de ejercitarlo.—El deudor solidario que pague (nuevo acreedor) da lugar al nacimiento *ex novo*, de tantos derechos de crédito a su favor como codeudores estaban obligados inicialmente y por las cuantías correspondientes a cada uno de ellos. Pudiendo acumular sus acciones y proceder contra todos en un solo procedimiento; o bien, interponer un procedimiento contra cada deudor, que, a su vez, podrá oponerle las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las personales, sin que perjudique lo actuado frente a los demás (STS de 4 de mayo de 1999). (STS de 11 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El actor y el demandado en el presente litigio fueron condenados en otro procedimiento, junto con una tercera persona, a indemnizar, con carácter solidario y sin atribución de cuotas, los daños y perjuicios ocasionados en un local sito debajo del que ellos tenían ocupado (en concepto de arrendatario del local causante del daño figuraba el demandado y como subarrendatarias se encontraban la actora y la tercera persona).

La actora, que había pagado el total del importe de la indemnización a que fueron condenados los tres, reclamaba aquí la cuota correspondiente al demandado. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y estimó parcialmente la demanda al obligar al demandado a pagar a la actora la mitad del total de la indemnización que en su día ésta había satisfecho. El TS da lugar al recurso de casación al rebajar la cuantía de la obligación a la tercera parte. (*I. D. L.*)

18. Obligación mancomunada e indivisible. La celebración de un contrato de compraventa en el que los compradores adquieren de forma mancomunada e indivisible, exige el ejercicio conjunto de la acción ex artículo 1139.—Más que una comunidad de bienes, lo que se constituye con el referido contrato de compraventa entre los compradores es una auténtica relación mancomunada e indivisible; lo primero, porque ambos compran sin que se exprese la solidaridad entre ambos —art. 1157 CC—. Mancomunidad, pues, que en principio debería ser por iguales partes —art. 1138 CC—, lo que permitiría la acción individual en pos al cumplimiento de lo pactado por cada uno de ellos. Mas no se olvide que esa mancomunidad funda un derecho sobre el objeto comprado que, por esencia, es indivisible; luego es cierto que se trata de una obligación mancomunada pero indivisible, por lo que la disciplina del artículo 1139 CC es insoslayable en el sentido de que se precisa la actuación conjunta de ambos titulares, sin que, como se sostiene *de contrario*, la pretensión deducida individualmente deba viabilizarse, porque beneficia al ausente, ya que es una obviedad que el objetivo de la acción deba no ser querido, por no beneficioso, por el ausente (tiempo transcurrido y suma cuantiosa pendiente de pago).

Celebración de contrato de compraventa por varios adquirentes. No da lugar al nacimiento de una comunidad sobre el bien adquirido.—No se está en presencia de una comunidad de bienes por no existir el objeto material en común que sería su contenido. Aun admitiendo que dicha comunidad se dé o recaiga en un derecho, a tenor del artículo 392.II CC, pues como tal derecho ha de entenderse el derecho de crédito a que se entregue la cosa comprada, o de reclamar entrega de la cosa si, previamente, se cumple con la obligación de pago; empero, incluso en esta visión comunitaria, la sanción del artículo 394 CC veda un ejercicio individual de la acción, por tratarse de actuación, en su caso, perjudicial para esa comunidad. (**STS de 31 de enero de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. H. L. presentó demanda contra la entidad I. H. E. C., solicitando se declarase la existencia de un contrato de compraventa celebrado entre la demandada, como vendedora, y don F. H. L. y don A. G. B., como compradores, de forma mancomunada e indivisa, sobre un finca propiedad de la primera, por

importe de sesenta y tres millones de pesetas, de las que se habían entregado cien mil pesetas a cuenta. Suplicando se condenase a la demandada a otorgar escritura pública y a recibir el precio en la forma pactada, así como a hacer entrega del objeto del contrato: los pisos; así como la devolución de las cantidades pagadas en tal concepto. El Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera apreció la falta de litisconsorcio activo necesario y absolvió en la instancia, dejando imprejuzgada la cuestión. La Audiencia Provincial de Cádiz entró a conocer del fondo del asunto y desestimó la demanda. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

19. Presunción de inocencia. Inaplicabilidad al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales.—El principio constitucional de inocencia (art. 24.2 CE) ha de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, pues su inaplicabilidad como regla general se proyecta al enjuiciamiento civil de cuestiones sobre cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales (SSTC 52/1984, 72/1991 y 25 de marzo de 1991). (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Daviano N. interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, demanda contra la *Compañía de Seguros Ascat*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso presentado por don D. N. y estimó el formulado por la *Compañía de Seguros Ascat*. La representación procesal de don D. N. planteó recurso de casación, declarando el TS que no ha lugar a la casación. (N. D. L.)

20. Resolución contractual, por vía judicial, según el artículo 1124 CC: ha de llevarse a cabo en demanda principal o reconvenzional y no por vía de excepción.—La resolución contractual en aplicación del artículo 1124 CC debe ser declarada judicialmente siempre que no se haya acordado por las partes, sin que pueda oponerse por vía de excepción (STS de 1 de abril de 2000) a diferencia de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, sino que precisa reconvencción (STS de 15 de noviembre de 1999).

La determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual es *quastio facti*.—En consecuencia, sólo puede ser impugnada en casación por la vía adecuada en los casos en que sea atacable la valoración probatoria efectuada en la instancia (SSTS de 18 de octubre y de 24 de noviembre de 1999). (STS de 12 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la venta de unas máquinas, la vendedora demanda al comprador el precio de las mercancías vendidas y entregadas. El demandado en su reconvencción alegó que las máquinas no habían sido entregadas en el estado de calidad y funcionamiento pactado, ni se había prestado la garantía y asistencia comprometida, pero no ejercitó la acción resolutoria. Quedó proba-

do el impago del precio, la falta de identificación precisa de las máquinas defectuosas y la no reclamación por el demandado de su reparación dentro del período de garantía. La demanda prospera en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

21. Resolución extrajudicial. Oposición de una parte a la resolución.—En nuestro sistema jurídico la resolución contractual se produce extrajudicialmente. Sin embargo, viene reiterando la jurisprudencia de esta Sala que, si existe oposición de una de las partes contratantes, es preciso para que tenga lugar dicha resolución una declaración judicial de que es conforme a Derecho (SS, entre otras, de 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 30 de marzo de 1992, 15 de junio de 1993, 20 de octubre de 1994, 29 de diciembre de 1995, 8 de marzo de 1996, 9 de abril de 1998 y 15 de noviembre de 1999). Por otro lado, también es doctrina uniforme que la declaración judicial de resolución contractual requiere el ejercicio de la acción correspondiente en demanda, o reconvencción (SS de 19 de noviembre de 1994, 3 y 20 de junio de 1996, 20 de junio de 1998, 15 de noviembre de 1999, 1 de abril y 6 de octubre de 2000, 1 de diciembre de 2001 y 12 de febrero de 2002, entre otras).

Exceptio non adimpleti contractus.—No puede pretender el cumplimiento el contratante que no ha cumplido. En el caso, no hay una situación de incumplimiento por el arquitecto encargado del proyecto. El encargo, consistente en la elaboración de un Proyecto de viviendas familiares, comprendía cuatro fases, las tres primeras ya están cerradas, haciendo referencia el litigio a la cuarta. Con fundamento en lo sucedido en el desarrollo contractual en relación con las otras fases entiendo la sentencia del juzgado que el arquitecto presentaba el proyecto cuando *Golf del Sur, S. A.*, se lo solicitaba. En la cuarta fase el arquitecto no presentó la obra porque *Golf del Sur, S. A.*, no lo solicitó y, por tanto, no existe incumplimiento. (STS de 5 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Estudio Técnico ARQTE* se comprometió a elaborar un proyecto de viviendas unifamiliares en cuatro fases para la entidad *Golf del Sur, S. A.* El arquitecto de *Estudio Técnico ARQTE* presentó el proyecto de cada una de las tres fases al Colegio de Arquitectos para que fuese visado cuando el comitente lo requiriera. Posteriormente, *Golf del Sur, S. A.*, notificó a *Estudio Técnico, S. A.*, la resolución del contrato por no haberle presentado el proyecto correspondiente a la cuarta fase. *Estudio Técnico ARQTE* se opuso a la resolución y más tarde presentó el proyecto de la cuarta fase. El Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias y el *Estudio Técnico ARQTE, S. L.*, interpusieron demanda contra la entidad *Golf del Sur, S. A.*, en reclamación de la cantidad adeudada por la realización del cuarto proyecto, frente a la que la demandada opuso la *exceptio non adimpleti contractus*. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, ya que consideró que no había habido ningún incumplimiento por *Estudio Técnico ARQTE* porque su obligación de entregar el proyecto nacía en el momento en que la comitente lo hubiese solicitado, cosa que no llegó a hacer. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

22. Extinción de contrato: efectos desde entonces.—El Tribunal Supremo reitera el contenido de los artículos 1295, 1124, 1303 y 1123 del CC, así su propia doctrina y la postura científica mayoritaria sobre la extinción del contrato y sus efectos, que establece que ésta ha de provocar efectos *ex tunc*, no *ex nunc*, es decir, no desde el momento en el que se decide la extinción, sino retroactivamente desde la celebración del contrato. Esto provoca que se haya de volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido, con la consecuencia lógica de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos.

Extinción de contrato y enriquecimiento injusto.—Esta extinción, y la vuelta a la situación preexistente, no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que haya recibido del otro antes de la resolución, aunque sean parciales o inadecuadas, lo que provocaría un enriquecimiento injusto. Con ello se consigue el exacto reintegro de las cosas y su vuelta a la situación anterior, con la recíproca devolución de las cosas o de su valor que constituyeron las prestaciones mutuas de los contratantes. (STS de 5 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato de compraventa de 18 de marzo de 1983, formalizado entre don S. C. G., como vendedor, y don B. L. B. y doña R. G. F., como compradores, los segundos adquirieron un local comercial por el precio de 11.850.000 pesetas. Tras el pago del primer plazo, de 4.000.000 de pesetas, los compradores no abonaron al vendedor el segundo plazo, de 7.850.000 pesetas, por el incumplimiento del vendedor de las condiciones del contrato.

El vendedor demandó a los compradores, solicitando que se les condenase a la entrega de 7.850.000 pesetas más los intereses del 15 por 100 de 4.850.000 pesetas, junto a los intereses moratorios, perfeccionando la compraventa. Los demandados, tras oponerse a lo pedido en la demanda, solicitaron en demanda reconvenzional que se declarase la extinción del contrato, por el incumplimiento del vendedor, con el pago de la cantidad entregada a cuenta más el IPC desde el contrato hasta la presentación de la demanda. El Juzgado estimó la demanda. La sentencia fue recurrida en apelación a la Audiencia que estimó el recurso. El TS no da lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

23. Recurso de casación en ejecución de sentencia. Inexistencia del efecto de cosa juzgada. Liquidación definitiva de los daños y perjuicios.—En la fase de ejecución provisional no cabe recurso de casación, pero sí en la de ejecución definitiva (STS de 15 de noviembre de 1991). El hecho de que en la ejecución provisional no quepa el recurso de casación, el cual tiene una especial importancia en sede de ejecución definitiva, en orden a preservar la intangibilidad del fallo, es decir, la defensa de la sentencia contra las actuaciones practicadas en su ejecución (STS de 7 de abril y 5 de diciembre de 1997, 23 de marzo de 1998 y de 24 de octubre de 2000). No es conforme a derecho intentar el procedimiento liquidatorio de los artículos 928 y siguientes en sede de ejecución provisional, por corresponder la concreción de los daños y perjuicios (liquidación) a la fase de ejecución definitiva.

Indemnización por imposibilidad de cumplimiento de la ejecutoria en forma específica.—Cuando una sentencia condena a la indemnización de daños y perjuicios no cabe dejarla vacía de contenido, no concediendo cantidad alguna en tal concepto en fase de ejecución de sentencia, estableciendo como resultado final, a efectos prácticos, que los daños y perjuicios son ilusorios (STS de 9 de marzo de 1993).

Indemnización de daños y perjuicios: no la puede integrar la simple devolución de la cantidad adelantada como parte del precio con sus intereses.—Reducir la indemnización a la devolución de la parte del precio anticipada aunque sea con los intereses legales (además de que dicha devolución no constituye en sí una propia indemnización), contradice los preceptos legales relativos a la determinación de la indemnización de daños y perjuicios; y, lo que aquí es más relevante, el derecho al adecuado y efectivo cumplimiento de lo declarado en la sentencia. Ciertamente, cabría la posibilidad de que la devolución del precio anticipado con los intereses legales constituyera la solución del caso, pero no es la aquí aplicable porque no se da la hipótesis de culpa de ambas partes, ni de falta de culpa del ejecutado, al ser a él imputable la imposibilidad de otorgar la escritura de venta. También cabría argüir en orden a una falta de prueba de la existencia de daños y perjuicios, pero no cabe olvidar que el tema de su existencia corresponde, según reiterada jurisprudencia, al proceso declarativo y no al de ejecución, al cual sólo cabe remitir la cuantía y, en su caso, las bases, cuando una y otras no pueden fijarse en el juicio de declaración. (STS de 3 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Suscrito un contrato de promesa bilateral de compraventa, respecto de una finca con precio cierto, del que el promitente en compra entregó un millón de pesetas, quedó pendiente el abono de la suma restante para el momento de otorgarse la correspondiente escritura pública. Transcurrido el plazo acordado, don M. L. A., promitente en compra demandó la elevación del acuerdo a escritura pública o, subsidiariamente, lo dispuesto en el Libro IV del Código civil. En fase de ejecución provisional se declaró la obligación del demandado de abonar como indemnización de daños y perjuicios la cantidad de un millón de pesetas más intereses legales. Instada ejecución definitiva de la sentencia original, se solicita como liquidación de daños y perjuicios la cantidad de treinta y siete millones, que es aprobada por el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria. Recurrido dicho auto en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la resolución de instancia, por entender que se había producido el efecto de cosa juzgada. El TS revoca el auto de la Audiencia y da lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

24. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Inicio del cómputo de la acción.—El enfrentamiento de criterios jurídicos para el cómputo de la acción rescisoria, por fraude de acreedores, debe solucionarse con fundamento en las siguientes premisas: a) Demandadas las dos partes de un contrato de compraventa de inmueble (contrato oneroso), esto es, vendedor y comprador, por supuesto *consilium fraudis* a los fines de que se declare su rescisión por fraude de acreedores, el adquirente comprador no puede beneficiarse, en principio, inscrita la titularidad en el registro, de la protección que se dispensa al

tercero, *ex* artículo 34 LH, pues, precisamente, su buena o mala fe resulta litigiosa. *b)* La demanda rescisoria no podrá prosperar, sin perjuicio de otras acciones indemnizatorias, si se establece finalmente que el adquirente, a título oneroso, actuó de buena fe y, por ello, sin obligación de devolución de la cosa según los artículos 1295 y 1298 del CC. *c)* El subadquirente (o adquirente de quien adquirió del deudor) si es adquirente de buena fe, se halla protegido por el párrafo segundo del artículo 1298 CC. El subadquirente, aún inscrita la adquisición del inmueble, en el Registro de la Propiedad, no se halla protegido, como tercero, conforme al artículo 37 LH en los supuestos previstos por el número cuarto, letras *a)* y *b)*, que son, precisamente, los afectados por el segundo párrafo del número cuarto del artículo 37 de la LH.

A la luz de los precedentes postulados, debe concluirse que la regla del artículo 37 LH es aplicable a los subadquirentes en los supuestos reseñados y en los términos que se han explicado, de manera que el cómputo de cuatro años de la acción rescisoria ha de iniciarse «desde el día de la enajenación fraudulenta». Se establece, por tanto, una regla especial, limitada a los casos cuyo objeto y sujetos se han especificado. En los demás casos, se sigue, en definitiva, la norma general del artículo 1969 del CC, interpretada jurisprudencialmente, según el criterio de que la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquella se funda. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Landesbank Rheinland-Phalz* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Elche, en la que se solicitaba la rescisión por fraude de acreedores de la venta de una finca y un chalet hecha por parte de T.W. H. S. a su compañera sentimental, I. L. M. La demanda fue desestimada en primera instancia al considerar la caducidad de la acción ejercitada, puesto que habfan pasado más de cuatro años entre la fecha de la enajenación fraudulenta y el día de la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recuso de apelación presentado por la sociedad *Landesbank Rheinland-Phalz* considerando, por el contrario, que la acción no había caducado. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La presente sentencia sigue una ya consolidada doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en las SSTS de 16 de febrero de 1993 (RJ 1993/774) y 1 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8772) en la que se considera que el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años de la acción de rescisión por fraude de acreedores debe empezar desde el momento en que la víctima tiene conocimiento del daño patrimonial. Sin embargo, la sentencia que se comenta hace una excepción a esta doctrina, considerando que tratándose de subadquirentes, el cómputo del plazo de la acción será desde el día de la enajenación fraudulenta por imperativo del artículo 37.4 LH y no desde el día en que se conoció el daño patrimonial. Parece que con la presente sentencia se ha establecido definitivamente un criterio estable de interpretación del artículo 1299 CC, que como es sabido, difiere del criterio tradicional seguido por el TS anteriormente. (Véase una exposición de las diferentes tendencias sobre este tema en Francisco Javier ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por*

fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 103-105). (A. S. C.)

25. Subsidiariedad de la acción de rescisión por fraude de acreedores. Debe acreditarse la insolvencia del deudor.—La S de 3 de octubre de 1995, aducida en el motivo, ha mantenido, con cita en la precedente de 7 de diciembre de 1989, que tratándose de obligación solidaria entre codeudores, la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin precisar actuación contra el patrimonio del deudor y como consecuencia, el acreedor, no tiene que probar la insolvencia de los restantes deudores. Pero, sin desconocer tal doctrina, resulta irrelevante, habida cuenta que la sentencia *a quo* declara, con carácter de dato fáctico y de hecho probado e inatacable en esta vía casacional, «que el 13 de febrero de 1992 recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, por la que se ordenó seguir adelante la ejecución despachada contra *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.*, designando la entidad ejecutante, *Banco Pastor, S. A.*, entre otros bienes la finca registral núm. 49001...». En definitiva, que *Sodeco* tenía otros bienes y ello torna irrelevante el tema de la solidariedad. (STS de 19 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Pastor, S. A.*, designó, entre otros bienes, una finca situada en Madrid en el proceso ejecutivo seguido contra las entidades mercantiles *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.* La entidad de seguros *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* avalaba numerosas operaciones que suscribieron *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.*, pero al mismo tiempo *Sodeco, S. A.*, intervino como avalista solidario de *Uribitarte, S. A.*, ante *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* Debido al alto riesgo asumido por la entidad aseguradora a consecuencia de la elevada cuantía de las operaciones, *Sodeco, S. A.*, constituyó escritura de hipoteca a favor de *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* pero el bien hipotecado era uno de los que designó el *Banco Pastor* en el proceso ejecutivo que seguía contra *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.* Interpuesta demanda sobre rescisión de contrato de constitución de hipoteca por el *Banco Pastor, S. A.*, contra *Sodeco, S. A.*, y *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en todos sus extremos excepto lo relativo a costas. Interpuesto recurso de casación por el *Banco Pastor, S. A.*, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

26. Tercería de mejor derecho. Doctrina jurisprudencial sobre preferencia de créditos.—La jurisprudencia de esta Sala declara la preferencia del crédito fundado en póliza de arrendamiento financiero cuya fecha sea anterior al cierre y liquidación de la póliza de crédito confrontada, y ello porque «en el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se ha pacta-

do su amortización en plazos». (SSTS de 7 de abril de 2000 y 8 de mayo de 2001 con cita de las de 13 de marzo de 1995, 9 de noviembre de 1998 y 7 de abril de 2000).

Tercería de mejor derecho. Imposibilidad de alegar nulidad del título del tercerista cuando no sea cuestionada la existencia del contrato.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala permite al demandado-ejecutante en las tercerías oponer la nulidad del título del tercerista, no lo es menos que esta nulidad oponible será la fundada en inexistencia del correspondiente negocio jurídico por simulación u otras razones que puedan implicar confabulación entre tercerista y ejecutado o fraude en perjuicio del ejecutante, pero no la fundada en condiciones del propio contrato que puedan resultar especialmente gravosas para el demandado ejecutado siempre que la existencia del contrato en sí mismo sea incuestionable. Esta limitación, que ya se desprende de la regulación de las tercerías en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 y de la jurisprudencia de esta Sala, aparece hoy muy explícitamente reflejada en el artículo 620.1 de la nueva LEC. (STS de 3 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Lico Leasing, S. A.* interpuso demanda de tercería de mejor derecho contra la mercantil *Banco Popular Español, S. A.*, J. M. M. y su esposa A. R. M. La demanda se fundamentaba en la preferencia de la póliza de arrendamiento financiero formalizada por *Lico Leasing, S. A.* a J. M. M. y a su esposa, respecto a la póliza de crédito suscrita entre el *Banco Popular Español* y el matrimonio demandado. La póliza de arrendamiento financiero tenía fecha de 23 de octubre de 1991 y se practicó la liquidación en fecha 16 de julio de 1993. La póliza de crédito fue formalizada el 14 de agosto de 1992 y liquidada el 8 de junio de 1993. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda considerando que la liquidación de la póliza de arrendamiento financiero es posterior a la de la póliza de crédito. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación presentado por la entidad *Lico Leasing, S. A.* y el TS declara no haber lugar al recurso de casación al considerar que la preferencia del crédito de la entidad arrendadora del *leasing* viene determinada por la fecha anterior de su póliza, respecto a la fecha de liquidación de la póliza de crédito del banco. (A. S. C.)

27. Tercería de mejor derecho. Prelación de créditos. Contrato de *leasing* frente a contrato de apertura de crédito.—La jurisprudencia tiene declarado que en los créditos documentados mediante póliza de crédito, no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación de créditos, sino la de fijación fehaciente del saldo exigible, para lo que no basta su nacimiento, sino que precisa que el mismo sea exigible, por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras la exigibilidad, es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente, y, que no se debe dar preferencia al crédito que consta en escritura y que ha ido a la ejecución, en base a la mensura exclusiva de la fecha de las sentencias ejecutivas cuando los acreedores han embargado, por ello, un mismo bien del deudor. Con la base antedicha, hay que proclamar, entonces, que la póliza que plasma el contrato de *lea-*

sing es el que debe gozar de preferencia, en el caso de autos, ya que dada la naturaleza la deuda queda predeterminada con exactitud en su contenido, pudiéndose hablar perfectamente de una cantidad líquida exigible. Cualidad de la que no goza el contrato de apertura de crédito que exige una liquidación, ya que en ella se parte de la base de una absoluta iliquidez hasta que no se proceda al cierre definitivo de la cuenta. (STS de 31 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *BBV Leasing, S. A.* formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Palma de Mallorca demanda contra el *Banco Comercial Español, S.A.*, y don M. A. P. Ll. sobre tercera de dominio. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó la sentencia recurrida declarando el mejor derecho de *BBV, Leasing, S. A.* frente al *Banco Comercial Español, S. A.* El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

28. Cesión de crédito y cesión de contrato.—No se debe confundir la cesión de un crédito nacido de un contrato sinalagmático con la cesión de un contrato, porque para la validez de la cesión de un crédito no es necesario el consentimiento del deudor cedido, sino que el conocimiento del deudor cedido sólo tiene como objeto evitar que pague al cedente y se libere.

Resolución de contrato y cesión de crédito.—Respeto a la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, esta Sala entiende que la eficacia de la resolución del contrato de donde nace el crédito cedido no está sujeta al consentimiento del cesionario. Además, el deudor cedido no puede ver limitados sus derechos, acciones y facultades contractuales por una cesión del crédito ya que el conocimiento del deudor de la cesión lo único que hace es cambiar el destinatario del pago. Por tanto, es lícito que el deudor cedido oponga al cesionario, cuando éste reclame el cumplimiento de la deuda, la inexistencia del crédito motivada por la resolución unilateral del contrato. El deudor cedido y el cesionario no están unidos por ningún contrato, ya que sólo existía un contrato que era el que unía al deudor cedido con el cedente. Por este motivo, el deudor cedido sólo resuelve respecto al cedente, ya que es con él con quien le unía una relación contractual y si entre deudor cedido y cesionario no hay una relación sinalagmática no se puede ejercer entre ellos la facultad resolutoria del artículo 1124 CC. Sin embargo, la resolución por incumplimiento es una excepción que puede oponer el deudor cedido al cesionario cuando éste le reclame el cumplimiento de la deuda. Además, no es necesario que la resolución del contrato por incumplimiento sea declarada judicialmente, sin perjuicio que si no es aceptada, los tribunales puedan apreciar si se hizo bien o no.

Carga de la prueba del hecho extintivo.—Respecto a si la voluntad de los contratantes era la de pagar los servicios a medida que se fueron efectuando, debe ser el deudor cedido el que pruebe que las facturas endosadas al cesionario hacían referencia a un pago anticipado de los servicios. Al cesionario sólo le corresponde probar que existió una cesión del crédito. Es el deudor cedido, que tiene la facultad de oponerse al pago exigido al cesionario, quien tiene la carga de la prueba del hecho extintivo según el artículo 1214 CC. Por tanto, el deudor cedido debe probar que lo que se contrató no era la prestación de servicios profesionales de trato sucesivo, sino la ejecución de una

obra. Si se contrató la ejecución de una obra, el incumplimiento frustra el fin del contrato, de modo que la resolución tendría eficacia retroactiva. En cambio, si se tratase de una prestación de servicios profesionales, la resolución del contrato no implica que las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento deban ser restituidas, de modo que la resolución sólo afecta para el futuro. (STS de 15 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*RTVE* celebra con *Summa Consulting, S. A.*, dos contratos en virtud de los cuales *Summa Consulting* se obliga a realizar el desarrollo y gestión de un sistema de gestión de producciones ajenas a *RTVE*. En ambos contratos se establecieron las fases que formarían el trabajo y se fijó un precio alzado para cada una de las fases, pero no se pactó nada sobre la forma de pago del precio a *Summa Consulting, S. A.* Ésta entregó varias facturas a *RTVE* por honorarios profesionales y las endosó a *Banco Pastor*, notificándolo a *RTVE*, que, según lo que consta en ellas, tomaba razón del endoso. *RTVE* no pagó todas estas facturas. *RTVE* comunicó al *Banco Pastor* que el contrato con *Summa Consulting* había sido resuelto por causas no imputables a *RTVE* y que las facturas endosadas por *Summa Consulting* no serían abonadas. *Banco Pastor* demandó a *RTVE* reclamándole el pago de las cantidades debidas. Esta demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. La demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que fue desestimado. *Banco Pastor* interpone recurso de casación ante el TS porque considera que la resolución del contrato entre *RTVE* y *Summa Consulting* no fue consentida por *Banco Pastor* y no había sido hecha judicialmente. Además, considera que correspondía a *RTVE* probar que las facturas emitidas por *Summa Consulting* se referían a anticipos de los servicios que debía prestar esta última empresa. El TS desestima el primer motivo del recurso pero estima el segundo, ya que entiende que en virtud del artículo 1214 CC le corresponde a *RTVE* probar que las facturas endosadas no se referían a servicios ya prestados, sino a servicios futuros.

NOTA.—En esta sentencia, el TS se plantea la cuestión de si el cedente, una vez que ha ejercitado la facultad resolutoria, se puede oponer al pago de la deuda reclamada por el cesionario. El Código civil no prevé qué excepciones puede oponer el deudor cedido frente al cesionario, sino solamente los casos en que el deudor puede oponer la compensación de su deuda con un crédito que tenía frente al cedente (art. 1198). Según la doctrina, se debe distinguir entre las excepciones objetivas y las personales (véase Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. vol II, «Las relaciones obligatorias». Madrid, Cívitas, 1993). Si la excepción es objetiva, el deudor la puede oponer al cesionario aunque haya conocido y consentido a la cesión. En cambio, si la excepción es personal, el deudor sólo podrá oponerla al cesionario cuando no hubiera consentido a la cesión de forma expresa o tácita. Se considera que hay consentimiento tácito si el deudor no se opone a la cesión o no reserva sus excepciones cuando se le ha notificado dicha cesión. Según el TS, en este caso, la resolución del contrato es una excepción de carácter objetivo, de modo que el deudor cedido (*RTVE*) puede oponerla

aunque hubiera habido un consentimiento tácito a la cesión, consentimiento que existe porque una vez se le ha notificado la cesión, no se opone a ella, sino que toma razón del endoso. (M. V. V.)

29. Concepto de promesa bilateral de compraventa.—Según ha declarado en repetidas sentencias esta Sala la esencia de la promesa de la compraventa radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, de modo que hasta su perfección las partes sólo quedan obligadas a obligarse. El precontrato sólo contiene el proyecto del futuro contrato.

Tipos de promesa bilateral de compraventa.—Corresponde a las partes establecer si nos encontramos ante un contrato perfecto de compraventa o ante una promesa bilateral de compraventa, voluntad que se manifiesta a través de los pactos que han constituido sus relaciones recíprocas. Sin embargo, es cierto que las promesas bilaterales de compraventa no siempre presentan las mismas estipulaciones, ya que a veces las partes dejan para el futuro tanto la propia obligación de celebrar el contrato definitivo como la total determinación de los elementos de dicho contrato. En este caso, el incumplimiento sólo puede conducir a la exigencia por la parte dispuesta a cumplir de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido suponer. Pero en otros supuestos son las mismas partes las que demuestran su decidida voluntad, a través de prever todos los detalles, de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que en ese momento, por diferentes circunstancias, no pueden celebrar. En este último caso, si una de las partes incumple lo que prometió, la otra está facultada para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa sino también del contrato definitivo.

Requisitos del contrato de compraventa.—Según el artículo 1445 CC, las características del contrato de compraventa son, en primer lugar, que se trata de un contrato consensual, de modo que se perfecciona por el simple consentimiento, tal como se deduce de la expresión «se obliga» y del artículo 1450 CC, que establece que la venta se perfecciona entre comprador y vendedor si se hubiese pactado la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ninguna de las dos cosas se hubiese entregado. En segundo lugar, es un contrato bilateral, ya que de él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes. En tercer lugar, es un contrato oneroso, dada la correspondencia entre las contraprestaciones de las partes. Y, finalmente, es un contrato traslativo de dominio, ya que sirve de título para adquirir el dominio de la cosa vendida, de conformidad con la doctrina del título y del modo. Si en el documento privado objeto de litigio se fija la cosa objeto de la compraventa, el precio y la forma de pago, se puede decir que este documento contiene todos los requisitos necesarios para ser considerado como contrato de compraventa, de modo que la compraventa quedó perfeccionada y es vinculante. (STS de 3 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don G. J. B. y don M. M. C., junto con sus esposas, constituyeron una sociedad, de la cual ambos fueron nombrados administradores. Una vez acordada la disolución de esta sociedad, se decidió vender una nave propiedad de la sociedad a don G. Este contrato de compraventa constaba en un documento privado. Fijados día y hora para el otorgamiento de escritura pública, no compa-

recieron en este acto ni don M. ni su esposa. Don G. demandó a don M. y su esposa, solicitando que se declarase que el contrato de compraventa celebrado en documento privado era válido y debía ser cumplido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Los demandados recurrieron esta sentencia ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que estimó el recurso de apelación interpuesto al considerar que se trataba de una promesa bilateral de compraventa. Don G. interpone recurso de casación ante el TS, que lo estima. El TS considera que como en el documento privado se establecía claramente la cosa objeto del contrato, el precio y la forma de pago, dicho documento contenía todos los requisitos exigidos para ser considerado contrato de compraventa. (*M. V. V.*)

30. Compraventa de cosa cierta: no incluye construcciones que no aparecen mencionadas en la delimitación descrita.—Si el contrato de compraventa tiene por objeto una cosa cierta y determinada, con una concreción tal que el mismo contiene las previsiones tales que permiten la determinación definitiva del objeto sin necesidad de nuevos acuerdos, se ha de estar al contenido del contrato, sin que se pueda incluir en el mismo construcciones u objetos que no queden reflejados en el contrato originario.

Interpretación de los contratos en casación.—Según reiterada y consolidada jurisprudencia, la interpretación de los contratos es cuestión encomendada a los tribunales de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación salvo que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la Ley, o haya existido manifiesta equivocación. (**STS de 8 de marzo de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato privado de 17 de abril de 1993, doña S. C. M. vende a don F. A. C. una casa cortijo. Posteriormente, al pagar el segundo plazo de la venta, surgió la controversia sobre la extensión del citado cortijo, razón por la cual la vendedora demanda al comprador para que le abone los ocho millones quinientas mil pesetas del resto del precio del cortijo, no abonado hasta el momento. El demandado se opuso y formuló reconvenición en la que solicitaba se declarase vendida en el contrato privado la casa cortijo y el patio y la nave para ganado del mismo, así como que se condenase a la demandante a otorgar escritura pública de la compraventa tan pronto como se le pagase la citada parte del precio. El Juzgado estimó la demanda en su totalidad al declarar vendida la casa cortijo y sus anexos, pero sin incluir patio ni nave para ganado, condenando al demandado a abonar el precio sin condiciones de otorgamiento de escritura pública. La sentencia fue recurrida en apelación por el demandado. La Audiencia estimó el recurso sólo en lo relativo a la obligación de la vendedora de otorgar escritura pública. El TS no da lugar al recurso de casación. (*L. A. P. M.*)

31. Resolución de contrato de compraventa por incumplimiento por falta de pago del precio: efectos.—La falta de cumplimiento de la obligación principal del comprador en un contrato de compraventa, la del pago del precio, motiva, sin lugar a dudas, la posibilidad de la petición de resolución del contrato por parte del vendedor. La resolución provoca la vuelta al *statu quo* anterior;

se extinguen las obligaciones con efecto retroactivo y se devuelve el precio parcialmente pagado, condenando al vendedor incumplidor a abonar al comprador la indemnización de daños y perjuicios que consiga acreditarse, sin que, evidentemente, se produzca el traslado de la propiedad del objeto de la compraventa de vendedor a comprador. (STS de 18 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato de compraventa don H. F. M. adquirió las acciones de una sociedad mercantil por un precio cierto. El comprador pagó inicialmente una escasa cuantía en relación con el total.

El comprador demandó a los vendedores y accionistas de la entidad mercantil, solicitando la perfección del contrato y que se obligue a los vendedores a otorgar escritura pública de la compraventa. Los demandados, tras oponerse a lo pedido en la demanda, solicitaron en demanda reconvenzional se declarase la extinción del contrato, por el incumplimiento del comprador de su obligación de pago, además de la condena a éste de la indemnización de daños y perjuicios pertinente. El Juzgado desestimó la demanda y estimó la reconvezional al declarar resuelto el contrato y condenar al comprador a la indemnización de daños y perjuicios que se establecería en ejecución de sentencia. La Audiencia desestimó el recurso del demandante. El TS no da lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

32. Resolución de contrato de compraventa (art. 1124 CC). Incumplimiento de las obligaciones del vendedor: los compradores no están obligados a aceptar una prestación defectuosa que hace al objeto del contrato inhábil para el fin perseguido (viviendas con defectos constructivos no aptas para su habitabilidad).—Los compradores de viviendas no tienen obligación de aceptar, como cumplimiento del vendedor, unas viviendas que necesitan ser reparadas para que cumplan su función. Por tanto, los compradores tienen el derecho a rechazar una entrega de viviendas que no son aptas para su habitabilidad, y no tienen obligación de soportar la reparación de defectos de lo mal ejecutado para que exista habilidad del objeto adquirido, si en el examen de las viviendas antes a su aceptación se han observado esos defectos. (STS de 12 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil vendedora de unas viviendas en construcción demandó a dos compradores para que cumpliesen los contratos privados de venta. Los dos compradores al contestar a la demanda formularon reconvezional solicitando la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento. El Juzgado estimó en lo sustancial la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primer instancia y estimó la reconvezional. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

33. No aplicación del artículo 1594 CC al contrato de compraventa.—El artículo 1594 CC establece que el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener

de ella. Precepto legal aplicable al contrato de obra y sin referencia alguna al contrato objeto de autos, que es un contrato de compraventa, relacionando el motivo del recurso este precepto inaplicable con el artículo 1124 CC, con olvido de que no cabe acumular en un mismo motivo la infracción de preceptos dispares (S de 22 de julio de 1992).

Compatibilidad de los artículos 1124 y 1504 CC.—El artículo 1124 está estrechamente ligado al artículo 1504, ya que ambos son compatibles y el segundo una especialidad del primero (S de 7 de marzo de 1983), teniendo en cuenta la concordante doctrina de que, pese al requerimiento y a la voluntad resolutoria del vendedor, ha de sopesarse si el comprador ha mostrado o no esa voluntad de incumplir (S de 22 de marzo de 1985). La sentencia impugnada tiene en cuenta que los artículos 1124 y 1504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan en el sentido de que la regla con carácter general para toda clase de obligaciones que contiene el primero hace explicación de modo específico y concreto del segundo cuando se trata de bienes inmuebles. Esto significa que el resultado resolutorio que contempla el artículo 1504 CC exige concurrencia de los requisitos que para el ejercicio de la del 1124 CC exige la jurisprudencia. Uno de estos requisitos es que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones por ella contractualmente asumidas, pues según la jurisprudencia no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones (SS de 17 de septiembre de 1985 y 21 de septiembre de 1993).

Resolución del contrato de compraventa por incumplimiento por el vendedor de la obligación de entregar la cosa.—En la sentencia impugnada se acredita tanto el cumplimiento de sus obligaciones por el comprador, con la entrega de la parte del precio convenido, como la pertinaz insistencia del vendedor en negar la entrega de la cosa vendida, con alegaciones impositivas que la sentencia soberanamente no ha estimado probadas. Tanto para los supuestos del ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa contemplada en el artículo 1504 CC, en el supuesto de venta de bienes inmuebles, como el que con carácter genérico atorga al artículo 1124 CC, en el caso de obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida no basta un simple retraso en el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendente importancia pueda justificar la resolución (S de 20 de noviembre de 1984). (STS de 31 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—M. B. C. formalizó un contrato privado de compraventa de un local comercial con J. A. C. por el precio de 7.250.000 pesetas. J. A. C. entregó al vendedor la cantidad de 4.400.000 pesetas, quedando por entregar 2.850.000 pesetas. M. B. C. no entregó al comprador la posesión del inmueble y no elevó el contrato a escritura pública. J. A. C. interpuso demanda contra M. B. C. solicitando que se declarase la obligación del demandado de elevar el contrato a escritura pública y de entregar la posesión del local, contra el pago de la cantidad de 2.850.000 pesetas que había quedado pendiente, o subsidiariamente, que se declarase resuelto el contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el demandante porque el vendedor había incumplido con sus obligaciones. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

34. Resolución del contrato de compraventa (arts. 1124 y 1504 CC): incumplimiento inequívoco y objetivo (impago del 90 por 100 del precio); impago prolongado, duradero e injustificado; frustración del fin económico-jurídico del negocio.—La resolución a tenor de los artículos 1124 y 1504 CC no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase *actitud deliberadamente rebelde* al incumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

Es aconsejable la resolución en los contratos en que concurra el impago prolongado, duradero e injustificado, o quede frustrado el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, o bien, es aconsejable, mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa. (SSTS de 24 de octubre de 1990, 30 de julio de 1997 y 22 de febrero de 2002)

Notificación resolutoria del artículo 1504 CC: naturaleza (acto obstativo al pago y declarativo de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato) y consecuencias.—La jurisprudencia relativa al artículo 1504 CC contempla el requerimiento al deudor como un acto que impide el pago y declara la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato (SSTS de 2 de diciembre de 1993 y 25 de febrero de 2002), de modo que sólo queda abierta la posibilidad de pagar en tanto no haya requerimiento propiamente resolutorio (SSTS de 16 de marzo de 1995 y 25 de febrero de 2002, entre otras). (STS de 11 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante dos contratos de compraventa celebrados en documento privado el mismo día, una entidad mercantil compró tres parcelas a dos personas que eran hermanas. A la firma de los contratos la compradora pagó el 10 por 100 del precio total y tomó posesión de los inmuebles. Se acordó que el resto del precio se completaría al escriturar las fincas a nombre de la compradora; también, los contratantes se obligaron a elevar los referidos documentos a escritura pública tan pronto como lo requiriese la compradora. Después de dos meses de las ventas, la compradora envió una carta a las vendedoras en la que le decía, que tan pronto como se aprobase el Plan Parcial que afectaba a los terrenos, lo que parecía inminente, se procedería a escriturar y abonar el 100 por 100 de las cantidades aplazadas. El Plan se aprobó tres meses y medio más tarde. Posteriormente, transcurridos treinta y cinco días de la citada aprobación, las vendedoras requirieron notarialmente a la compradora y dieron por resuelto el contrato. Como consecuencia de lo anterior, las vendedoras promovieron demanda para la resolución de los referidos contratos contra la entidad mercantil, la cual se opuso y reconvino para solicitar que las vendedoras escrituraran las ventas. El Juzgado acogió la demanda y rechazó la reconvención, y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

35. Contrato de suministro.—El contrato de suministro es un contrato por el cual una de las partes se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra u otras, prestaciones periódicas y continuas y que tiene como función la satisfacción de necesidades continuas para atender al interés duradero del acreedor.

Diferencias entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa.—El contrato de compraventa no se puede identificar con el de suministro, aunque tenga algunas afinidades con este contrato. De acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, el contrato de suministro se rige por lo que hayan previsto las partes y en su defecto por la normativa de la compraventa. Una de las diferencias básicas entre la compraventa y el contrato de suministro es que mientras en la compraventa la cosa vendida se entrega de una vez o en actos distintos, en el suministro la entrega se cumple de forma sucesiva y en él una de las partes se obliga a la entrega de las cosas y la otra al pago del precio en entregas y pagos sucesivos y períodos determinados o determinables.

Indemnización de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento.—Tal como ha declarado esta Sala en repetidas ocasiones, es necesaria la existencia de daños y perjuicios para que sea procedente la indemnización prevista en los artículos 1101 y 1106 CC. (STS de 23 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fertisac, S. L.*, y *Dainsa Fertilizantes, S. L.*, celebraron un contrato en virtud del cual *Fertisac* debía entregar una determinada cantidad de fertilizantes y abonos a la otra empresa. Aunque los pedidos se habían realizado en agosto, las primeras entregas no se produjeron hasta octubre y aunque los productos entregados no coincidían exactamente con los de los pedidos, *Dainsa Fertilizantes* los retiró sin manifestar ninguna queja y realizó un primer pago. Posteriormente, *Dainsa Fertilizantes* hizo otro pago a *Fertisac*, quedando aún por pagar una determinada cantidad del precio. *Fertisac, S. L.*, interpuso demanda contra *Dainsa Fertilizantes* en la que le reclamaba el pago de esta suma. *Dainsa Fertilizantes* formuló reconvencción contra dicha demanda y solicitó que *Fertisac* le abonase la suma que le debía por no haberle entregado los productos que había pedido así como una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la falta de suministro. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero estimó parcialmente la reconvencción y condenó a *Fertisac* a pagar una cantidad de dinero. *Fertisac* interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Granada. *Dainsa Fertilizantes* interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial porque considera que *Fertisac* ha modificado unilateralmente las condiciones del contrato y que la Audiencia Provincial no reconoce la existencia clara de un contrato de suministro. El TS estima que no se trata de un contrato de suministro propiamente, sino de un contrato de compraventa donde las partes van modificando sus acuerdos. (M. V. V.)

36. Donación. Requisito de entrega simultánea: entrega de cheques equivale a entrega de dinero.—La entrega de cheques equivale a la entrega de dinero, pues se impone la flexibilización de la letra del párrafo II del artículo 632, que exige la entrega simultánea, por la realidad social, en cuanto que las donaciones de dinero se materializan en la realidad y así se percibe por cualquiera por la entrega de cheque contra la cuenta del donante; sin que sea obstáculo que el cheque esté librado contra tenedor para pago a favor del donatario, aunque no esté librado a favor de éste o al portador; y ya que, en definitiva, el cheque se supone racionalmente entregado de una forma u otra al donatario, con lo que se cumple la prevención legal de entrega simultánea. (Sentencia de 15 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. P. T. y doña P. P. G. presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid, demanda contra don P.A. P. P. y doña M.T. A. G. por reclamación de cantidad. La Sección vigésimo primera de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

37. Donación de inmueble encubierta bajo la apariencia de una compraventa formalizada en escritura pública: validez de la donación.—La jurisprudencia del TS ha sido vacilante en orden a admitir la eficacia de la donación disimulada, bajo la apariencia de una compraventa simulada. No obstante, las últimas sentencias de esta Sala, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto, han aceptado la validez de dichas donaciones, cuando en el contrato disimulado (la donación de inmueble) concurren además de los requisitos generales de todo contrato los que corresponden a su naturaleza especial. En este sentido, la donación será válida, pese a la ausencia de literal expresión de aceptar la donación, cuando constando la realidad del *animus donandi*, el negocio jurídico se hubiera formalizado en escritura pública en cuyo otorgamiento hubieran intervenido los interesados con ánimo de hacer y recibir la donación (SSTS de 21 de enero de 1993, 13 de noviembre de 1997, 2 de noviembre de 1999.) (STS de 18 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor presentó demanda en la que solicitó la declaración de nulidad de determinados contratos de donación y de compraventa. La causa de la nulidad radica, según el actor, en que los contratos se formalizaron en escritura pública como compraventas cuando en realidad se trataba de donaciones. El Juzgado desestima la demanda. Presentado recurso de apelación la Audiencia Provincial lo desestima. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

38. Contrato mixto: arrendamiento de parte de un local destinado a Centro médico con pacto de exclusividad.—El arrendamiento, de un local destinado a Centro médico, a un médico para el ejercicio libre de sus actividades médicas, unido a otros pactos que pueden ser de prestación de servicios o de exclusividad es un contrato mixto, como contrato en que se combi-

nan elementos de uno típico y elementos distintos, que dan lugar a un contrato nuevo; es arrendamiento de cosa, al que se añaden obligaciones de no hacer (exclusividad) y de hacer (uso de las instalaciones del centro, en exclusiva).

Régimen jurídico del contrato mixto.—Se regula por la normativa del arrendamiento de cosa de los artículos 1546 y siguientes del CC, y por el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, en relación con la *lex contractus* consagrada en el artículo 1091 del mismo cuerpo legal.

Pago de las rentas por persona jurídica distinta del arrendatario.—En el contrato figura claramente una persona física (médico) sin que en ningún caso se nombre a persona jurídica alguna. En tal caso el contratante es la persona física, sin que tenga trascendencia jurídica que los recibos los abonase una persona jurídica, lo que podría venir motivado por ser el médico el real titular de la sociedad (teoría del levantamiento del velo), por pagar la deuda ajena (pago por tercero) o por razones puramente fiscales. (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil (clínica) celebra un contrato con un médico, mediante el cual la primera cedía al segundo un área determinada de su clínica, para que el médico lo dedicase, aportando su mobiliario, a consulta, con pacto de exclusividad del médico durante dos años. Poco después de celebrarse el contrato, el médico trasladó su consultorio a otro centro médico.

La Clínica demandó al profesional para resolver el contrato y para que éste le indemnizase los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento. El Juzgado estimó en parte la demanda al declarar resuelto el contrato y condenar al médico a indemnizar a la actora en la mitad de su pretensión. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

39. Arrendamiento financiero o *leasing*: procedencia de la tercería de dominio a favor de la tercerista financiadora del *leasing* concertado con el usuario ejecutado.—El contrato suscrito entre la entidad financiadora y el usuario del bien debe ser catalogado como arrendamiento financiero, y acreditado el impago de las correspondientes cuotas por el usuario y, sobre todo, el de la cuota residual y, por tanto, sin haberse ejercitado la correspondiente opción de compra, es claro que la propiedad del vehículo permanecía en el patrimonio de la tercerista, cuyo título se integra por dicho contrato cuando se ejercitó el embargo a instancias de la Seguridad Social ejecutante, y codemandada en este proceso, siendo irrelevante que el vehículo embargado figurase a nombre de la ejecutada. Existe hoy un cuerpo jurisprudencial que avala sobradamente esta calificación (STS de 28 de noviembre de 2001).

Arrendamiento financiero o *leasing*: contenido del contrato.—Como es sabido, según reiterada jurisprudencia, en el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes, la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra; el proveedor que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario; y éste, el usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing*, y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo. Tal

contrato es una institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial; es un contrato complejo y en principio atípico, regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC. Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la D A 7.^a en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario (STS de 5 de octubre de 2000). (STS de 8 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *U-L., S. A.*, promovió tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y la mercantil *V., S. L.*, sobre la titularidad dominical de un camión, solicitando la promovente que se declarase su propiedad sobre el vehículo embargado, al no haberse satisfecho diversas cuotas del *leasing* concertado a favor de la compañía demandada, y, en especial, la cuota residual, por lo que el camión nunca había pasado a la propiedad de la demandada, dada la reserva de dominio existente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación interpuesto y, con estimación de la demanda inicial, declaró que el vehículo era propiedad de la actora y mandó alzar el embargo trabado sobre el mismo. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

40. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. La escasa cuantía en que se cifra el valor residual no permite entender que el contrato se ha transformado en una compraventa de bienes a plazo.—La escasa cuantía del valor residual establecido en los contratos de *leasing*, que cumplen con los requisitos básicos exigidos por la normativa que le es de aplicación, para ejercitar la opción de compra, que es característica de los mismos, no es suficiente para entender modificada su naturaleza hasta convertirlos, sobre esa única base, en contratos de venta de bienes muebles a plazos.

Objeto del contrato de arrendamiento financiero y libertad contractual para establecer la proporción que ha de guardar el valor residual con el precio total.—Por medio del contrato de *leasing* se traslada únicamente el uso de lo que en cada caso es su objeto, a cambio de una renta calculada sobre el beneficio del uso transmitido, el deterioro consiguiente a su ejercicio, y la posibilidad de definitiva adquisición del dominio a cambio del pago de un resto fácil de atender y correspondiente, ya solamente, a lo que pudiera perder del precio, que no suele ser dispar a las cuotas convenidas que le preceden o suele consistir en un porcentaje mínimo del valor de adquisición del proveedor por el arrendador, en la mediación y financiación de este último para el arrendamiento financiero. Sin que exista base legal ni lógica que esta-

blezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto a aquel valor (SSTS de de 1 de febrero de 1999 y de 28 de noviembre de 1997).

La reserva de dominio propia del arrendamiento financiero hace procedente la tercería de dominio planteada.—La reserva de dominio para el arrendador que sobre su objeto supone el contrato de arrendamiento financiero mientras no llegue a consumarse el traspaso de aquél a medio del ejercicio de la opción de compra pactada, ha de llevar aparejada la estimación de la tercería de dominio promovida, pues trabado embargo sobre bienes que no pertenecen al deudor embargado, ha de alzarse la medida en cumplimiento del objetivo final que corresponde a la tercería de dominio, que centra su éxito en el levantamiento de la traba llevada a cabo indebidamente si atendemos a los sujetos afectados, el arrendador con reserva de dominio durante el curso del contrato de arrendamiento financiero hasta su consumación, y el arrendatario sólo usuario en igual trayecto. (STS de 14 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *B. L. S. A. F., S. A.*, interpuso demanda de tercería de dominio contra la Dirección Provincial de Navarra de la Tesorería de la Seguridad Social y contra la mercantil *S. I. N., S. A.*, en la que, amén de solicitar la suspensión del correspondiente procedimiento de apremio, pidió se declarase que los bienes embargados eran de propiedad de la demandante, quien había constituido un arrendamiento financiero a favor de la compañía demandada, sin que al tiempo del embargo se hubiese hecho efectivo el pago del último plazo o valor residual, de manera que la reserva de dominio a favor de la actora se hallaba aún vigente. El Juzgado de Primera Instancia de Pamplona desestimó la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Navarra estimó el recurso de apelación y declaró haber lugar a alzar la traba de los bienes embargados. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

41. La sola suscripción de la póliza en el arrendamiento financiero determina el momento inicial para exigir la cantidad debida en caso de incumplimiento.—Es un hecho notorio que efectivamente se ha establecido jurisprudencialmente el diferente tratamiento que en cuanto a preferencia de derechos ha de asignarse a las pólizas de préstamo y a las de crédito. Pero no puede aceptarse, en cambio, que las pólizas de *leasing* hayan de ser asimiladas, en cuanto al punto objeto de discusión, a las de crédito. Ha de recordarse la doctrina establecida por las SS de esta Sala de 9 de noviembre y 30 de diciembre de 1998, 7 de abril de 2000 y 8 de mayo de 2001, en las que se afirma que no existe analogía entre el préstamo y el arrendamiento financiero, pues en este último contrato la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario. Sin embargo, se añade, lo relevante para atribuir preferencia con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de pólizas de préstamo y de crédito no es la naturaleza de contrato, sino la circunstancia de que en el préstamo la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de la suscripción de la póliza y ello, aunque se hayan establecido plazos de amortización parcial, pues la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética,

en tanto que en el caso de la concesión de crédito la obligación está condicionada a la efectiva utilización del mismo, por lo que es imprescindible para fijar el saldo deudor la práctica de una liquidación de las disposiciones realizadas, momento en que el crédito alcanza autenticidad indubitada y resulta exigible, por lo que la fecha de dicha liquidación es la relevante a efectos de oponer su preferencia a otro crédito concurrente. En el arrendamiento financiero de análogo modo a lo que sucede en el préstamo, la exigibilidad del precio surge desde el momento mismo de la firma de la póliza.

Equivalencia de la figura del fiador solidario a la de un deudor más.—El artículo 1144 afirma CC que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, entre los que ha de considerarse incluido el fiador que se haya obligado en dicha forma, pues es doctrina pacífica la que entiende que la fianza solidaria no existe propiamente como tal, sino que asume la naturaleza de una propia obligación solidaria, convirtiendo al fiador en un deudor más en lo que se refiere al derecho del acreedor a exigir el pago de la obligación principal. Ha de recordarse, al respecto, que esta Sala ha declarado reiteradamente que el fiador solidario puede ser compelido a pagar, sin necesidad de que el acreedor formule reclamación alguna, previa o simultánea contra el deudor principal (SS de 3 de febrero de 1990 y de 10 de abril de 1995 y las que en las mismas se mencionan). (STS de 30 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Lico Leasing, S. A.*, interpuso demanda de tercería de mejor derecho contra la también mercantil *GDS Leasing, S. A.*, y *M.V. P. M.*, respecto de los bienes embargados en un procedimiento ejecutivo seguido por *GDS Leasing, S. A.*, contra *M.V. P. M.* y *Lico Leasing, S. A.*, fundamentaba su tercería en unos contratos de arrendamiento financiero celebrados con la demandada *V. P. M.* en los años 1988 y 1989, contratos anteriores al que *GDS Leasing, S. A.*, formalizó con la misma señora el 29 de marzo de 1990. La cuestión estriba en que en el primer caso la notificación al deudor del saldo líquido de la póliza se hizo el 2 de noviembre de 1992 mientras que en el segundo fue hecha con anterioridad, concretamente el 26 de julio de 1991. Presentada la demanda de tercería ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona, fue desestimada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por *Lico Leasing, S. A.* El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

42. Responsabilidad decenal. Responsabilidad del promotor.—El que resulta ser sólo promotor no lleva a cabo por sí actos de edificación, es decir, que no materializó el proceso constructivo, si bien lo idea, lo controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha. De admitir esta tesis —no ser los promotores responsables—, nunca procedería exigirles responsabilidades y el artículo 1591 CC actuaría como escudo protector, en vez de cumplir su finalidad de tutelar los derechos de quienes resultan perjudicados por la obra mal realizada, según las reglas edificativas. Su responsabilidad en el ámbito de la solidaridad autoriza a incluir al promotor en el espacio jurídico del artículo 1591 CC, ya que, por una parte, el promotor es también vendedor y está obligado a entregar lo que construye con las condiciones de

servir a su finalidad, que no es otra que procurar una habitación para las personas segura, apta, útil y conforme al uso destinado (S. de 10 de noviembre de 1999 que cita otras).

Fundamento de la responsabilidad del promotor.—La justificación de la legitimación del promotor y su capacidad para asumir responsabilidades está en cuanto el vendedor queda obligado a cumplir exacta y debidamente las prestaciones de lo que para él construyen los profesionales que contrata, es decir, sin vicios ni imperfecciones y si se ocasionan ruinógenos su responsabilidad se prolonga y alcanza a responder de los defectos, juntamente con los demás como causantes directos, pues el promotor viene a hacer suyos los trabajos ajenos, realizados por el personal que eligió y, en caso de vicios, su obligación de entrega a los adquirentes lo ha cumplido de forma irregular y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros relacionados con él mediante los oportunos contratos (S de 12 de marzo de 1999).

Promotor no constructor.—Ha de tenerse en cuenta que el hecho de que la promotora no sea constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 (SS de 21 de febrero de 2000 y 8 de octubre de 2001).

Protección de la parte débil.—La evolución de la jurisprudencia tiende a aplicar la tutela judicial efectiva para amparar a la parte contractual más débil, que, por regla general, son los adquirentes de viviendas, en la mayoría de los casos a costa de un gran esfuerzo económico y sus derechos no decaen por el hecho de no haber contratado con los constructores o por no haber puesto reparos en el momento de recepción, pues el promotor realiza las obras en su indudable beneficio y con destino al tráfico, mediante venta a terceros y éstos confían en su prestigio profesional y, por ello, no deben ser defraudados. Es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y constructores, y estas actuaciones ya determinan que procede su inclusión en el artículo 1591, pues ha de evitarse el posible desamparo de los futuros compradores frente a la mayor o menor solvencia de los intervinientes de la construcción (SS de 8 de octubre de 1990 y 13 de octubre de 1999, entre otras).

Solidaridad.—Cuando concurren responsabilidades plurales, conforme al artículo 1591 CC, reiteradamente la jurisprudencia viene aplicando la solidaridad, por no ser posible determinar la proporción o el grado en que la conducta de cada uno ha sido determinante de los vicios ruinógenos (S de 28 de diciembre de 1998, que cita otras). (STS de 13 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. M. interpuso demanda frente a la *Inmobiliaria Espacio, S. A.*, los arquitectos y el aparejador del edificio propiedad de varias personas, por existir en la fachada del mismo vicios ruinógenos. Por este motivo solicitó al Juzgado de Primera Instancia de Moncada que les condenase solidariamente a abonarle una indemnización por valor de 11.870.621 pesetas. Además, reclamó contra la inmobiliaria, promotora de la construcción, otra indemnización en concepto de retraso en la entrega de una vivienda. El Juez dictó sentencia el 17 de septiembre de 1993 en la que estimó parcialmente la demanda. Condenó a la promotora a pagar la suma solicitada en concepto de indemnización por retraso y, solidariamente con el resto de demandados, a pagar 5.013.772 pesetas como indemnización por los vicios de la construcción. Los demandados recurrieron en apelación

y la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.^a, estimó, parcialmente, el recurso mediante sentencia de 31 de julio de 1996. Absolvió a la promotora de la condena por retraso y a los arquitectos de la condena que les impuso el Juzgado, y confirmó la sentencia de éste en el resto. La inmobiliaria recurrió en casación por entender que la sentencia de la Audiencia había infringido la jurisprudencia sobre el artículo 1591 CC, ya que no le había imputado las deficiencias de la construcción ni sus causas, o una actuación culposa en relación con la producción de los vicios. Así, añade el recurso, la sentencia recurrida no habría individualizado su responsabilidad frente a la empresa constructora o el aparejador, lo que hubiese impedido que se le condenase solidariamente. El TS considera probado que no cabía la individualización y, por las razones expuestas anteriormente, declara que no ha lugar al recurso. (A. R. G.)

43. Responsabilidad decenal. Individualización de la responsabilidad.—Se trata de dos obras distintas que se sucedieron en el tiempo y fueron realizadas por técnicos y empresas diferentes y para nada relacionadas, por lo que la sentencia con las pruebas aportadas mal podía individualizar y determinar las responsabilidades que se exigen a los demandados en tanto no se concreta el hacer negativo de los mismos, así como el de los intervinientes no identificados que llevaron a cabo obras modificativas posteriores y cabe la posibilidad de darse situación de interferencia, lo que hace preciso depurar la responsabilidad de los distintos ejecutores, con determinación de los trabajos llevados a cabo por cada uno de ellos y su corrección o no, así como de las influencias del mal hacer de unos en el buen hacer de otros o viceversa.

Solidaridad.—En temas de construcción a los que se aplica el artículo 1591 CC es conocida la doctrina jurisprudencial que proclama la solidaridad de los intervinientes en el proceso edificativo, siempre que no sea posible determinar o individualizar la proporción o el grado en que la conducta de cada uno de ellos ha sido determinante en la causación de los vicios ruinógenos (SS de 22 de noviembre de 1997 y 8 de junio de 1998, entre otras). La referida solidaridad excluye la excepción de litisconsorcio pasivo.

Ámbito en que la solidaridad opera.—Estos casos hay que referirlos a una situación de construcción debidamente concretada y delimitada por la correspondiente relación contractual que la rige y disciplina, que no es el caso de autos, pues, en primer lugar, no se trata de reclamación por terceros adquirentes y no se acreditó mediante pruebas decisivas o actuaciones censurables concretas que pudieran atribuirse a los demandados y, a su vez, ha de tenerse en cuenta que la excepción que se discute opera en el ámbito de la relación interna que compromete a los incluidos en la misma y, al resultar preexistente, facilita utilizar las acciones de repetición entre los relacionados que procedan (SS de 17 de octubre de 1995 y 10 de julio de 2002, entre otras).

Contratos coligados.—No es el caso de autos, ya que se dan dos contratos que ninguna coligación se ha demostrado mantengan, salvo su proyección material en la urbanización, pero realizados y ejecutados en períodos de tiempo distintos, aunque sucesivos y dotados de plena autonomía e independencia.

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—Esta Sala decidió un supuesto similar en la S de 18 de octubre de 2000, por haber intervenido dos empresas distintas y no haberse demandado a la que se imputa mala ejecu-

ción de los trabajos causantes de los vicios ruinógenos denunciados y tuvo intervención decisiva en las obras realizadas en la urbanización, decretando la procedencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 14 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Almerinaves, S. A., interpuso demanda contra diversas personas en la que solicitó que se las condenase a responder solidariamente por la ruina de cierta obra. En particular, ésta había consistido en urbanizar unos terrenos, para lo cual se construyeron cuatro calles perimetrales conforme al proyecto. Finalizada la misma, terceros no identificados llevaron a cabo obras de modificación de las anteriores y construyeron dos calles transversales con sujeción a nuevos proyectos, de tal manera que las intersecciones con las calles inicialmente construidas presentaban varios daños, consistentes en «deficiencias de compactación de la explanada con desperfectos en la red de abastecimiento de agua». El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería tuvo en cuenta este hecho y entendió que los vicios no podían atribuirse únicamente a los demandados. Por ello, apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ejercitada por los mismos y dictó sentencia el 23 de octubre de 1998 en que desestimó la demanda. *Almerinaves, S. A.*, recurrió entonces en apelación, pero la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, *Almerinaves, S. A.*, recurrió en casación por entender que se había incurrido en incongruencia y en una infracción de la jurisprudencia sobre la excepción referida. El TS, además de las razones anteriormente expuestas, subraya que no se había demandado a las personas que habían ejecutado las obras en segundo lugar y por ello desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—En realidad, el caso es sustancialmente distinto al de la citada S de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000/8810). En ésta, los actores habían demandado al arquitecto por la defectuosa ejecución de un contrato de obra (llamado de desmonte y movimiento de tierras), ejecutado por una tercera empresa. No se trataba de un supuesto de responsabilidad decenal ni se discutió si las partes responderían solidariamente, a diferencia de lo que sucede en el caso anteriormente extractado. Aquí, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario parece prosperar porque a las obras realizadas por los demandados sucedieron otras por terceros, sin que cupiese determinar quién de todos causó efectivamente los vicios. En fin, esta salvedad, no prevista por el artículo 17.3 LOE, empeora notablemente la posición de quien sufre los vicios. (A. R. G.)

44. Incumplimiento del contrato por retraso en la entrega de la obra e incremento del precio alzado.—Se produce la resolución del contrato por dos incumplimientos fundamentales de la parte actora, que frustran el fin económico del contrato: la falta de terminación del molde en la fecha convenida y la pretensión del aumento de precio, en un contrato de obra pactado con un precio cerrado alzadamente. Estos incumplimientos justifican su reso-

lución y fundamentan la aplicación del 1124 CC, que ha sido invocado por la parte demandada en su reconvencción. En cambio, el pago del anticipo con retraso no frustró el fin económico del contrato y, por consiguiente, carece de entidad necesaria para resolver el contrato.

Desistimiento del contrato de obra.—El artículo 1594 CC faculta al dueño de la obra a desistir de la realización de la misma, aunque no hubiese comenzado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener. En este caso, no se puede alegar desistimiento porque nos encontramos ante dos incumplimientos que producen la resolución del contrato.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—Ésta no está recogida en nuestro ordenamiento civil, aunque se entiende que puede ser apreciada por los Tribunales, como señalaba la S de 12 de junio de 1956 (criterio que se mantiene en sentencias más recientes como la de 15 de noviembre de 2000), para que se pueda pedir la revisión o resolución o hasta la suspensión de los contratos. Pero es necesario que se trate de una alteración de los supuestos básicos del contrato completamente extraordinaria, que origine una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones de las partes y que no pudieron prever al contratar. Estos requisitos no se cumplen en el contrato de autos, ya que se trata de un contrato que ha de concluirse en un plazo corto de tiempo, siendo este elemento de prestación en plazo breve una circunstancia elevada a fundamental del contrato. Es cierto que hay que entender que los precios de la construcción del molde han sufrido un aumento, pero esta circunstancia está dentro de las previsiones normales de personas que se dedican a esta especie de trabajos. Estos errores están dentro de una previsión ordinaria; por lo tanto, el cambio de las condiciones básicas del contrato no es extraordinario, ni son imprevisibles la modificación de esas circunstancias y, por consiguiente, no es de apreciar esta cláusula. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Auximol, S. A.*, formalizó un contrato de obra con *Cremasa, S. A.*, comprometiéndose a la construcción de un molde en un plazo determinado y a un precio alzado. La comitente, en fecha posterior a la pactada, entregó la cantidad establecida en el contrato, en concepto de adelanto del precio de la obra. Posteriormente, *Cremasa, S. A.*, ante el retraso en la entrega de la obra solicitó la resolución del contrato. La contratista interpuso demanda contra *Cremasa, S. A.*, reclamando el pago de un precio superior al pactado para la construcción del molde. *Cremasa, S. A.*, formuló demanda reconvenccional solicitando que se declarase la resolución del contrato de obra por incumplimiento de *Auximol, S. A.* La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas demandas. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por *Auximol, S. A.* y estimó el recurso interpuesto por *Cremasa, S. A.* ya que entendió que el tiempo es un elemento esencial y al no haberse terminado la ejecución de la obra en el plazo pactado había un incumplimiento grave del contrato que fundamenta su resolución. *Auximol, S. A.* interpuso recurso de casación alegando que el contrato no se puede resolver por no existir ningún incumplimiento que justifique la resolución. La contratista justifica la entrega con retraso por el pago con retraso de la comitente de la cantidad adelantada y el incremento del precio pactado en base a

la cláusula *rebus sic stantibus*. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El contratista que quiere incrementar el precio de una obra, cuando ha pactado con el comitente un precio alzado, tiene dos posibilidades: alegar la cláusula *rebus sic stantibus* como en este caso o el artículo 1593 CC. El artículo 1593 CC se refiere al contrato de obra inmobiliaria o llevada a cabo sobre un inmueble. Sin embargo, la doctrina por analogía entiende que este artículo se aplicará a los contratos cuyo objeto sea una cosa mueble (véase Francisco Lucas Fernández, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, t. XX-2, Edersa, Madrid, 1986, p. 384). El artículo 1593 CC establece que se podrá producir un aumento del precio de la obra en caso de cambio en el plano de la obra y siempre que todo ello haya sido autorizado por el propietario. La jurisprudencia ha interpretado muy laxamente estas exigencias: no exige cambio de plano y es suficiente una autorización puramente genérica, verbal o tácita (véase Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil*, t. II, artículo 1.593, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1201, Inmaculada Vivas Tesón, «Comentario a la STS de 6 de julio de 1998», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, pp. 315-322).

En este caso, la contratista justificaba el incremento del precio alzado en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero el Tribunal no la admite, ya que, como es sabido, sólo se acepta en circunstancias extraordinarias. Si la contratista hubiera alegado el artículo 1593 CC, habría tenido más posibilidades de poder justificar el incremento debido a la interpretación laxa que de éste hace la jurisprudencia. (R. T. B.)

45. Fianza. Nacimiento de la obligación del fiador. Posición del deudor principal. Fiador solidario.—El fiador debe desde que contrae la fianza. Su obligación no nace en el momento en que el crédito garantizado no es satisfecho; cuando se produce el incumplimiento del deudor principal lo que debe hacer el fiador es cumplir, no constituirse en deudor (STS de 10 de junio de 1966).

El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre acreedor y fiador. Cuando el fiador es solidario, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea al deudor principal.

Fianza y suspensión de pagos del deudor principal. Falta de incidencia en la obligación del fiador del convenio entre acreedores y suspenso.—El convenio entre acreedores y deudor afianzado en el procedimiento de suspensión de pagos no tiene ninguna incidencia en la obligación del fiador, pues, de lo contrario, se desnaturalizaría y quedaría vacía de contenido la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa (STS de 24 de enero de 1989). La responsabilidad del fiador subsiste, pues, en estos casos, por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza, como por no ser incardinable el convenio de la suspensión de pagos en el concepto de transacción. Debe tenerse en cuenta, además, que los efectos del convenio se limitan

a sus intervinientes (SSTS de 16 de noviembre de 1991, 6 de octubre de 1986 y 7 de junio de 1983).

La liberación de los fiadores en estos casos se produce únicamente cuando el acreedor garantizado renuncia a los fiadores (SSTS de 8 de enero de 1997 y 16 de noviembre de 1991). Tal renuncia no se produce si votan en contra del convenio o no asisten a la Junta (STS de 8 de enero de 1997).

La inclusión del acreedor que cuenta con la garantía del fiador en la lista de acreedores, no entraña novación del crédito (STS de 19 de diciembre de 1989).

No ejercicio del derecho de abstención por el acreedor en la suspensión de pagos. Liberación del fiador. Excepción.—La STS de 1 de julio de 1988 admitió la posibilidad de liberación del fiador si el acreedor no ejercita su derecho de abstención en una suspensión de pagos, por tratarse de un supuesto subsumible en el artículo 1852 CC. Esto no tiene lugar, sin embargo, cuando dicha pasividad del acreedor no puede perjudicar a los fiadores por haberse constituido la fianza con carácter solidario, de tal manera que se exime al acreedor de tener que perseguir y realizar los bienes del deudor antes de dirigir su acción contra los fiadores. (STS de 22 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Crédito y Ahorro, S. A.*, suscribe con la entidad mercantil *Felipe Hergueta, S. L.*, tres pólizas de crédito intervenidas por Corredor de Comercio Colegiado en las que intervinieron como fiadores solidarios con renuncia expresa a los beneficios de excusión y división F. H. M. y su esposa D. G. de la O. quienes, con sus hijas, eran los únicos socios de la sociedad prestataria.

Posteriormente, los cuatro únicos socios elevan a públicos los acuerdos previamente adoptados por los que aumentaron el capital social de la compañía y la transformaron en Sociedad Anónima con la denominación *Electrodomésticos Felipe Hergueta, S. A.*

Con el fin de llevar a cabo un segundo aumento de capital, se emiten 7.600 nuevas acciones que, previa renuncia por las hijas a su derecho de suscripción preferente, fueron suscritas íntegramente por los cónyuges, quienes para su pago aportaron a la sociedad todos sus bienes inmuebles.

Tras la solicitud de *Electrodomésticos Felipe Hergueta, S. A.*, se declara por auto la suspensión de pagos de la citada entidad.

El *Banco de Crédito y Ahorro, S. A.*, se incluye por propia iniciativa en la lista definitiva de acreedores. En Junta de Acreedores se aprueba un Convenio de quita y espera. El *Banco de Crédito y Ahorro, S. A.*, ni asiste a la Junta ni formula oposición al Convenio.

Electrodomésticos Felipe Hergueta, S. A., paga lo correspondiente según el Convenio al *Banco de Crédito y Ahorro, S. A.*

El citado Banco interpone demanda contra los fiadores solidarios solicitando la cantidad correspondiente hasta el pago total de la deuda y la nulidad del segundo aumento de capital social realizado mediante la emisión de acciones y la suscripción de las mismas a través de la aportación a la sociedad de bienes inmuebles de los socios-fiadores. Contra la sentencia de la Audiencia que acoge todos estos pedimentos, los demandados interponen recurso de casación. (B. F. G.)

46. Contrato de cesión de suelo por obra. Incumplimiento del cesionario. Falta de solicitud de la licencia de obras en tiempo razonable.—Se incumplió por el recurrente su obligación de construir tempestivamente (o en el plazo fijado, o, incluso, en el plazo tácito, según S de 26 de julio de 1996, de tal forma que transcurrido el mismo no cabe su cumplimiento en términos generales, S de 24 de julio de 1998) para lo que, es claro, se precisaba la obtención de la licencia municipal que el recurrente no solicitó en el tiempo razonable. Esa licencia indispensable para construir debía haberse solicitado en tiempo prudencial por la parte, sobre todo, cuando empezó a seguido a derruir el inmueble y obligó al actor a cambiarse de residencia.

Término esencial. Delimitación.—Si bien la sentencia recurrida dice literalmente que se frustró el fin económico del contrato por no ser ya posible su cumplimiento en los términos en que se pactó «de los que eran esenciales el tiempo de la realización de la obra», la utilización de «esenciales» no equivale al concepto técnico o prístino de un plazo esencial que condiciona la misma existencia o razón de ser de la obligación en que se inserte el mismo, de tal forma que, si no se cumple durante su decurso o en el día señalado la misma, ya no puede cumplirse al haber desaparecido su razón de ser o presupuesto causal —el conocido y vulgarizado ejemplo del «vestido de novia para el enlace», que, si no se entrega antes del día nupcial, frustra el fin negocial—, sino que, en el caso de autos, ha de entenderse con un sentido de razonabilidad, o sea, que por la dilatación o demora —de ahí que no se pueda fijar de antemano su término—, ya por las vicisitudes acontecidas *ex post*, el negocio se había frustrado, al devenir extemporáneo o sin que se pueda, por ende, ya eliminar o hacer desaparecer los trastornos que, en la idea representativa de su cumplimiento adecuado, tuvo en cuenta el afectado por esa demora. Asimismo, se compadece mal tal pacto con la postura del actor que, en vez de seguir viviendo en el inmueble hasta que fuere oportuno ejecutar la obra, ahorrándose la renta del piso arrendado y obteniendo la renta del local, de lo que se desprende que no medió tal pacto de demorar la ejecución de la obra.

Interpretación del contrato.—Se decía en S de 14 de febrero de 2002: «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del CC, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial» (SS. de 2 de noviembre de 1983 y 15 de marzo de 2001, entre otras).

Resolución del contrato. Requisitos.—Prevalece el minucioso diseño de la conducta obstativa al cumplimiento que hace la Sala *a quo*. Aparece pacífica la concurrencia de una serie de hechos, a saber, que las partes se hallan ligadas por un vínculo contractual generador de obligaciones recíprocas, habiendo cumplido el actor con su obligación de entregar el inmueble y habiendo incumplido la demandada la suya de construir sobre el solar resultante del derribo del mismo una nueva edificación. Asimismo, tal incumplimiento ha frustrado el fin económico del contrato, por no ser ya posible su cumplimiento en los términos que se pactó de los que eran esenciales el tiempo de realización de la obra en atención a que el actor tuvo que salir del

inmueble de su propiedad y arrendar una vivienda en espera de volver al edificio a construir, sin que pueda ser compelido a esperar indefinidamente a que la demandada cumpla con su obligación, habiendo visto frustradas sus legítimas expectativas.

Existencia de incumplimiento resolutorio.—La cuestión clave de la litis se halla en determinar si la demandada tiene una explicación o justificación razonable a su postura. Dos son las causas en que apoya su incumplimiento, a saber, que existía un pacto verbal por el que el comienzo de la obra tendría lugar cuando terminase otra que está ejecutando, y la negativa del actor a elevar a escritura pública el contrato privado de permuta. Es sabido que, en materia de cumplimiento, se decía en S de 20 de marzo de 2002: siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (SS de 22 de julio de 1995, 20 de julio de 1996 y 9 de diciembre de 1997). El problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el número 4 del artículo 1692 LEC, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (S de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (S de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985). Se reitera, en definitiva, el incumplimiento acreditado, auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado (SS de 18 de marzo de 1991 y 20 de septiembre 2001, entre otras). **(STS de 15 de mayo de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don R. y doña B. concluyeron el 26 de septiembre de 1994 un contrato en virtud del cual el primero se obligó a ceder a la segunda la finca urbana de su propiedad, sita en Cabra, a cambio de que ésta derribase la construcción existente, construyese un edificio en la misma finca y entregase al primero una prestación descrita como el «25 por 100 de la superficie útil sobre la rasante del edificio que se construya». Al parecer, las partes convinieron que don R. escogiese las viviendas que quería recibir. A tal efecto escogió dos viviendas de la planta baja, además de que se le otorgase el derecho de usar y disfrutar en exclusiva los patios de luces, a pesar de su carácter común. Las partes pactaron, asimismo, un plazo para ejecutar las obras de un año a contar desde la fecha en que el Ayuntamiento de Cabra otorgase la licencia municipal de obras. Don R. abandonó la vivienda que ocupaba en el edificio a derruir, ocupó otra en arrendamiento y cedió lo prometido. Al parecer, doña B. no solicitó la licencia, pero requirió notarialmente al mismo el 17 de enero de 1996 para que otorgase la forma pública. Don R. resolvió entonces el contrato por incumplimiento e interpuso demanda judicial, en la que solicitó, además de que se declarase la resolución, una indemnización de daños a razón de 70.000 pesetas por cada mes transcurrido, de acuerdo con la cláusula penal prevista en el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cabra dictó sentencia el 14 de mayo de 1996, en que desestimó la demanda sobre la base de que no se habían frustrado las legítimas expectativas del

actor, dado que todavía podía solicitarse la licencia. Éste recurrió en apelación. La Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, dictó sentencia el 25 de julio de 1996, en la que estimó el recurso, declaró procedente la resolución, y condenó a doña B. a devolver el solar resultante del derribo del antiguo edificio y a pagar la pena convencional acordada desde que finalizó el derribo. La demandada recurrió en casación. El TS desestima el recurso. Además de las razones expuestas anteriormente, su sentencia deduce que las partes habían querido que se construyese inmediatamente del hecho de que doña B. procedió enseguida a derribar el edificio y, a mayor abundamiento, alude también a la circunstancia de que el arquitecto de la obra tenía entendido que la obra se iba a realizar inmediatamente.

NOTA.—La sentencia parece alejarse de la postura mantenida por la del mismo Tribunal de 13 de diciembre de 2002 que, con un criterio discutible, rechazó en línea de principio que se pudiese resolver el contrato de cesión de suelo por obra por retraso (puede verse *CCJC*, 61, 2002, pp. 153-169). Nótese también que el cesionario no recuperará coste alguno del derribo del edificio. (*A. R. G.*)

47. Cesión de suelo a cambio de vuelo edificado: paralización interdicial de la construcción: *iura novit curia* y cuestiones nuevas.—El principio *iura novit curia* completado con la máxima *da mihi factum dabo tibi ius*, permite al juez establecer su juicio crítico y valorativo del modo que entiende más apropiado, incluso aplicando normas no invocadas por los litigantes, con respeto de la *causa petendi* y el componente jurídico de la acción; pero tal principio no permite apreciar las cuestiones no suscitadas ni la falta de legitimación *ad causam*.

Los artículos 1091 y 351 CC son normas genéricas cuya invocación debe completarse con preceptos específicos.—La sentencia no desconoce la fuerza vinculante de la *lex privata*, conforme al artículo 1091 CC, derivada de la voluntad de las partes plasmada en un contrato; y lo mismo ocurre con el artículo 351 CC, cuya infracción debe incardinarse en otro precepto, como el incumplimiento contractual o el error.

Exceptio inadimpleti contractus: el incumplimiento como cuestión fáctica.—Se alega que las cedentes del solar no cumplieron lo acordado, pues aseguraron en la escritura de venta que la finca cedida estaba *libre de cargas, gravámenes y arrendamientos*, mientras que en el subsuelo existían dos bodegas pertenecientes a terceros ajenos a las transmitentes. Pero esta Sala viene reiterando que la declaración de cumplimiento o incumplimiento de la obligación es cuestión fáctica, atacable por la vía del error en la apreciación de la prueba, si bien puede constituir también una cuestión de derecho cuando la base para la determinación del incumplimiento esté en la trascendencia jurídica de los actos ejercitados. En este caso, las sentencias de instancia declaran que los cesionarios conocían, o debían conocer, la existencia de las bodegas, hasta el punto de haber requerido a los dueños de las mismas comunicándoles la iniciación de las obras; de ello cabe deducir, lógicamente, que no hubo incumplimiento en las cedentes, pues no puede imputárselo a la contraparte el que asume plenamente las circunstancias de la finca que adquiere, y adopta un comportamiento coherente con dicha situación.

No hay imposibilidad de la prestación por parte de los cesionarios.—La resolución recurrida no aprecia la existencia de imposibilidad física

o material, ni legal o jurídica. Las SSTs de 6 de abril de 1932 y 8 de abril de 1969 declaran que la apreciación de la imposibilidad corresponde al Tribunal de instancia, y aun cuando esta doctrina debe ser puntualizada distinguiendo la fijación de la base fáctica del aspecto relativo a su diagnosis consistente en la determinación de la significación jurídica, en el caso ocurre que se impugnan las afirmaciones fácticas sin utilizar la única vía idónea. El motivo carece de consistencia pues la llamada *carga o gravamen* consistente en la existencia de bodegas, era conocida y asumida y, por otro lado, no impide edificar como afirma la instancia, ya sea mediante un proyecto urbanístico alternativo o a través de una modificación del proyecto utilizado; además, los efectos de la suspensión interdictal se pudieron evitar previendo o garantizando los eventuales daños a que puede dar lugar la obra, aparte de no haberse intentado el procedimiento legalmente posible para su continuación; de ahí que cabe concluir que los demandados podían haber cumplido el compromiso asumido de haber observado la diligencia exigible y adoptado el comportamiento que requerían las circunstancias del caso, siendo inaplicable la normativa sobre la imposibilidad de la prestación recogida en los artículos 1184 y 1272.

Cláusula penal moratoria: condena de futuro: no hay situaciones de mora indefinida.—La LEC 1881 no regulaba las condenas de futuro pese a lo cual las ha admitido la jurisprudencia, y actualmente también las admite el artículo 220 LEC 2000, por lo cual en el derecho anterior, según doctrina jurisprudencial, no cabía reducirlas a las hipótesis previstas explícita o implícitamente en las leyes. Por otra parte, la estipulación contractual recoge una cláusula penal moratoria que, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que sea aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC (SSTs de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001 y 27 de febrero de 2002). El motivo alegado por los demandados debe ser acogido porque el juicio sobre la situación de morosidad, en el caso, debe limitarse hasta el momento de la presentación de la demanda toda vez que la mora constituye una situación de carácter transitorio o temporal, pero no indefinida, en el sentido de perpetua o de duración ilimitada, por lo que se convierte en incumplimiento definitivo por la prolongación de la mora en el tiempo, sin que puedan coexistir ambas situaciones jurídicas porque son incompatibles. Además, no armoniza dicha incertidumbre o interinidad con la certeza necesaria para las condenas de futuro que, por lo general, se aplican por la jurisprudencia a las obligaciones a plazo, y sin que se den aquí circunstancias que excepcionalmente justificaron la admisión de dicha condena (así, SSTs de 19 de noviembre de 1954, 20 de mayo de 1982 y 30 de junio de 1986). En consecuencia se delimita la condena al pago de la multa desde la fecha en que debieron entregarse las viviendas hasta la fecha de la presentación de la demanda. (STS 30 de abril de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Se trata del supuesto —frecuente en la vida actual— de cesión de solar a cambio de plantas a construir con plazo de tres años de entrega y multa de 15.000 pesetas diarias por retraso. Las obras están paralizadas por interdicto de obra nueva interpuesto por los titulares de bodegas en el subsuelo. En ambas sentencias de instancia se estimó la demanda interpuesta por las cedentes en la que se había solicitado el pago de la pena hasta el día de la entrega efec-

tiva de los pisos y locales. Se alegó por los cesionarios imposibilidad sobrevenida. En notable sentencia (Pte.: Corbal), se estima parcialmente el recurso, ofreciéndose, por un lado, en la sentencia un excelente resumen de doctrina jurisprudencial sobre imposibilidad sobrevenida (en el 7.º FD), con la finalidad de rechazar el motivo alegado por los demandados, mientras que a continuación se estima el motivo relativo a las condenas de futuro, aunque relacionándolo con el concepto de mora del deudor en el que, sin embargo, parece que no había profundizado el recurso. El resultado es que las cedentes sólo van a percibir durante unas pocas semanas el importe de la multa diaria pactada, mientras que en las sentencias de instancia parece haberse establecido una condena indefinida de futuro cuyo importe por el retraso anual ascendería a la suma de 547.500 pesetas (o su equivalente en euros). Sobre el tema, en general, puede verse M.ª Eugenia Serrano Chamorro, *Cambio de solar por edificación futura*, 3.ª ed. (Cizur Menor, 2002), pp. 327 ss., aunque no contempla expresamente supuestos como el presente; pero sí menciona casos en que el TS ha aplicado la facultad moderadora del artículo 1154 CC: así, SSTs de 31 de mayo de 1994 (cuando la pena estipulada es excesiva), 26 de junio de 2000 (cuando se dan incumplimientos recíprocos) y 9 de octubre de 2000 (en atención a la buena fe y a la equidad).

Sorprende, de alguna manera, lo escueto del 8.º FD que contiene la *ratio decidendi* de la estimación del recurso, y que, a mi juicio, cabe resumir así: la figura de la condena de futuro es inapropiada para este supuesto y la mora o retraso en la entrega de los pisos y locales a que se obligaron los cesionarios se ha transformado en incumplimiento definitivo, por lo cual ha dejado de funcionar la cláusula penal. De ambas razones la de mayor peso es la segunda por su carácter sustantivo. Alguna duda se suscita por haber situado la sentencia extractada en la fecha de la presentación de la demanda el inicio del incumplimiento definitivo por parte de los demandados; la demanda se limita a pedir el cumplimiento del contrato con expresa aplicación de la cláusula penal hasta la entrega efectiva de los pisos y locales; los demandados piden la absolución alegando imposibilidad sobrevenida; ambas sentencias de instancia dan la razón a las actoras, pero el TS al estimar parcialmente el recurso sitúa la fase de incumplimiento definitivo en el momento de iniciarse la relación procesal entre las partes. ¿Por qué en tal momento y no en otro distinto? La acusación de adolecer de incertidumbre, en el caso la condena de futuro parece, al menos, discutible, pues están suficientemente delimitadas la cuantía de la multa y la periodicidad; es verdad que el día final del pago de la multa no lo expresaron las sentencias de instancia, pero ello dependía de la voluntad de los demandados y el TS deja bien claro que no hay imposibilidad de cumplimiento. Podría concluirse que se ha buscado una solución de equidad, aun a riesgo de debilitar la eficacia compulsiva de la utilización de la multa penitencial en este tipo de contratos. (G. G. C.)

48. Buena fe: se presume su existencia.—La buena fe no necesita ser probada. Razón por la cual quien afirma que no existe buena fe debe probarlo.

Doctrina del enriquecimiento injusto: aplicación subsidiaria.—Afirma el TS (S de 19 de febrero de 1999) que la doctrina del enriquecimiento injusto no es aplicable cuando existen normas específicas que regulan el supuesto concreto.

Doctrina del enriquecimiento injusto: se requiere para su aplicación que el enriquecimiento no haya sido impuesto.—La jurisprudencia del TS (SS de 27 de abril de 1999 y 1 de marzo de 2000) señala que no cabe proteger a quien enriquece a otro en contra de su voluntad.

Gastos necesarios: concepto.—Son los indispensables para la conservación de la cosa en su integridad física y funcional. (STS de 6 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El presente litigio tiene su origen en la nulidad de un arrendamiento (por ilicitud de la causa) en el que la entidad *Agency Group, S. A.*, era la arrendataria en virtud de la cesión del contrato que realizó don S. H. G.

La entidad *Agency Group, S. A.*, interpone demanda contra doña C. R. B. y los herederos desconocidos de doña C. B. A., suplicando se dicte sentencia en la que se declare, entre otras cosas, las siguientes: 1.^a) el derecho de la demandante a que se le restituya cierta cantidad de dinero en concepto de gastos necesarios y de mejoras útiles realizadas en una finca propiedad de las demandadas; 2.^a) el derecho de la demandante a continuar en la posesión de la finca objeto del litigio hasta que no se le restituyan dichas cantidades; 3.^a) el derecho a recibir una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la nulidad del contrato de arrendamiento relativo a la finca objeto del litigio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

49. Enriquecimiento sin causa: requisitos.—En aquellos supuestos en los que el acreedor hipotecario se adjudique una finca hipotecada minorando con ello el crédito de remate y posteriormente venda dicha finca a un tercero por un precio superior, no resultará de aplicación la teoría del enriquecimiento injusto por no cumplirse los requisitos de la misma (aumento o disminución patrimonial, empobrecimiento del actor e inexistencia de justa causa). Tras la adjudicación del bien, el acreedor pasa a ser propietario y, por ello, por muy elevado que sea el precio de venta al tercero de ese bien, esto no hace disminuir el crédito existente y tampoco supone el surgimiento de un enriquecimiento injustificado.

Allanamiento de los demandados: solidaridad.—Existiendo solidaridad jurídica entre los demandados, por ser idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad, no es admisible llegar a un fallo distinto para cada uno de ellos en virtud del principio de unidad que debe presidir todas las resoluciones judiciales. Por este motivo, el allanamiento en estas circunstancias, nunca puede resultar vinculante para el juzgador.

Diligencias para mejor proveer.—Es constante la jurisprudencia del TS (SSTS de 27 de enero y 31 de mayo de 1972, 2 de abril de 1982, 23 de mayo

de 1985, 20 de enero de 1986, 2 de junio y 8 de octubre de 1987 y 8 de julio de 1988), que afirma el carácter potestativo de las diligencias de mejor proveer por parte del Juzgado que conozca del litigio, no siendo admisible su discusión por las partes, ni dando por ello lugar a recurso alguno. (STS de 29 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Mapfre Hipotecaria, S. A.* concede un préstamo a *Suel Auto, S. A.* En garantía de su devolución se constituye una hipoteca sobre una nave industrial, y todo ello se consigna en escritura pública que tiene acceso al Registro. En documento privado consta el aval del préstamo por don M. H. L., doña R. C. P., don L. P. C. y doña C. L. G. Debido al incumplimiento, la entidad *Mapfre Hipotecaria, S. A.*, ejecuta la hipoteca, adjudicándosele dicha nave industrial al ser declaradas desiertas las dos primeras subastas, vendiéndola dos años más tarde a un tercero. Dicha entidad mercantil interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía reclamando, a la deudora y a los fiadores, el pago de la cantidad resultante de restar al importe adeudado la cantidad por la que se le adjudicó el inmueble hipotecado.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los demandados al pago de dicha cantidad más los intereses legales. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y condena a los demandados a pagar la cantidad que resulta de minorar la reclamada en la demanda menos la suma del precio obtenido por la venta del inmueble al tercero y el precio de adjudicación. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casando o anulando la sentencia de la Audiencia Provincial y acogiendo el fallo de instancia. (S. E. M.)

50. Culpa extracontractual: muerto en accidente de trabajo: competencia jurisdicción civil.—Pertenecen al orden jurisdiccional social las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo y aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades; y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC; doctrina reiterada en las SSTs de 21 de marzo de 1997, 13 de octubre de 1998, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999.

Doctrina jurisprudencial.—Las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos del TS no crean doctrina jurisprudencial a efectos del recurso de casación (por todas, STS de 4 de diciembre de 1995).

Incumplimiento medidas de seguridad: diligencia exigible a la empresa minera: concurrencia de culpas.—En el desarrollo de las actividades sumamente peligrosas, donde, sin duda, se ubican las mineras, es exigible una diligencia más intensa que la concerniente a un buen padre de familia, y

no basta con la observancia de las normas reglamentarias para considerar la inexistencia de responsabilidad. Precisamente con el objetivo de incrementar las precauciones fueron establecidas una serie de pautas en las disposiciones internas de seguridad en la mina en donde se produjo el accidente; ahora bien, su mera ordenación es inocua para la finalidad pretendida si por los agentes laborales, cualquiera sea su categoría o función, no se exterioriza la conducta correspondiente para el logro de su plena efectividad, o no se cumplen las previsiones establecidas, como ha sucedido en el supuesto del litigio, en el que las desobedecieron la propia víctima, el Delegado Minero de Seguridad, el Vigilante y el Director facultativo, al no exigir el último a los dos anteriores y éstos al picador que se cumpliera la disposición interna de seguridad número 19.22.

Caso fortuito o fuerza mayor.—Para que el suceso en cuestión origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y cuando el acontecimiento dañoso fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia, por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que como tal es excluyente de la situación de excepción que establece el artículo 1105 CC.

Concurrencia de responsabilidades: doctrina general.—Se alega que el accidente del picador se ha producido en la órbita del contrato de trabajo, en cuyo caso no cabe hablar sino de responsabilidad contractual; pero ello se desestima porque constituye doctrina jurisprudencial la de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), y ello da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. (STS de 15 de julio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Me parece oportuno que la sentencia haya resaltado con especial énfasis la mayor diligencia en la previsión del daño que recae sobre las empresas dedicadas a la extracción de carbón, al tratarse de actividades especialmente peligrosas. Lo que no impide valorar una actitud negligente en la víctima por desobedecer las normas específicas sobre seguridad vigentes en la mina; si bien lo que ocurrió es que ningún representante de la empresa, directamente relacionado con el accidentado con ocasión del trabajo, cumplió con sus deberes de vigilancia y seguridad. Concurrencia de responsabilidades que hacen claramente desplazar la balanza hacia el lado de la empresa, aunque la demanda solicitó veinticinco millones de indemnización y la instancia concedió ocho millones y medio (aproximadamente, un tercio de lo pedido).

El motivo basado en la yuxtaposición de responsabilidades parece encaminado a replantear el tema de la competencia civil, resuelto en FD 1.º. El accidente se debió a la falta de cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, lo que según alguna direc-

ción jurisprudencial permitía incardinar el tema en el ámbito laboral (así, en SSTs de 10 de febrero y 20 de marzo de 1998), según la cual la competencia es de la jurisdicción laboral cuando se infringen medidas de seguridad (cfr. mi anotación en ADC, 2001, p. 470). Ha sido oportuno, en este caso, la invocación de esa doctrina jurisprudencial extractada para justificar el rechazo del motivo, si bien queda en pie la fundamentación última del abandono de la referida doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: derrumbamiento de silo de carbón: doctrina general sobre competencia civil.—La doctrina de esta Sala que ahora se reitera, es que el daño causado al trabajador que está cumpliendo su función, no sólo da lugar a las acciones que contempla la legislación laboral, sino también a las que derivan de los artículos 1902 y 1903 CC, lo que da lugar a la compatibilidad de las responsabilidades e indemnizaciones (SSTs de 5 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 30 de noviembre de 1998 y 18 de mayo de 1999), y a la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la llamada responsabilidad extracontractual, lo que se reitera al expresar que el orden jurisdiccional civil es el que conoce de la acción personal de daños y perjuicios al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC, que excede de la órbita específica del contrato de trabajo (STS de 13 de octubre de 1998), competencia del orden jurisdiccional civil para resolver cuestiones como la presente, que se reitera constantemente (así, la STS de 15 de abril de 1999 resume la doctrina jurisprudencial, que igualmente recoge la STS de 7 de julio de 2000).

Solidaridad y litisconsorcio pasivo necesario.—Se rechaza la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la empresa de la que era trabajador el fallecido, pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que atribuye a los codeudores de la posible indemnización el carácter de solidaridad, que excluye el litisconsorcio pasivo necesario.

Prescripción extintiva: Dies a quo: diligencias penales.—El cómputo que establece el artículo 5 CC excluye el día inicial de aquél; por otro lado, según reiterada jurisprudencia, siguiéndose diligencias penales, el cómputo no comienza el día del auto de archivo sino el de notificación de éste, pues según la STS de 25 de marzo de 1996, la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente al derecho constitucional de la perjudicada de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño.

Nexo causal y responsabilidad.—Se declara probado que *Hunosa* omitió la diligencia debida y fue causa del daño personal de la víctima, consistente en la pérdida de la vida, no cabiendo en casación hacer supuesto de la cuestión partiendo en el motivo de datos fácticos diferentes, sin impugnarlos adecuadamente.

Quantum indemnizatorio: incongruencia.—Se alega incongruencia porque la demanda no menciona el *pretium doloris* y la sentencia sí lo hace; pero el recurso yerra sobre el concepto de incongruencia que es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia; en este caso, el fallo de la sentencia entra dentro del contenido del suplico de la demanda, limitándose a razonar la cuantía de la indemnización, en lo cual no hay incongruencia. (STS de 26 de abril de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia sigue la línea bien definida por la STS de 8 de octubre de 2001, en la que se hace un cuidadoso balance de la jurisprudencia recaída en la materia, sin olvidarse de las resoluciones contradictorias, inclinándose por mantener, en definitiva, la competencia civil (extractada en *ADC*, 2002, pp. 1966 ss., con anotación mía; en este mismo fascículo, STS de 15 de julio de 2002, en sentido idéntico). En la doctrina, resueltamente en contra de la atribución a la jurisdicción civil Yzquierdo Tolsada, «Responsabilidad civil por accidente de trabajo», en *Tratado de responsabilidad civil*, (a cargo de Reglero Campos, Cizur Menor, 2002, pp. 1392 ss.). En relación con el *quantum* indemnizatorio no hubo acuerdo en las sentencias de instancia. La demanda solicitó un total de cuarenta y cinco millones de pesetas de indemnización (veinticinco millones para la viuda y diez millones a cada una de las dos hijas menores); el Juzgado de Primera Instancia concedió la suma global de dieciséis millones, no indicando la forma de reparto; la AP otorgó doce millones a la viuda y seis a cada una de las hijas; la demanda utilizó, con relación a la suma total reclamada, la frase de *en concepto de indemnización por los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante*, aunque el último concepto no sea habitual invocarlo; ha hecho bien el TS en rechazar la supuesta incongruencia denunciada. (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: responsabilidad por incendio en finca contigua con resultado de dos muertes: responsabilidad *in re ipsa*: juicio de probabilidad cualificada.—En los casos de daños por incendio no es suficiente con expresar que no se ha acreditado cuál fuese la causa del siniestro, sin que sea preciso acudir a la teoría estricta de la creación del riesgo, porque la actividad desplegada por una costurera que almacena telas inflamables en habitación contigua es fundamento de responsabilidad por infringirse máximas de absoluta verdad y entendimiento universal, ínsitas en la naturaleza de las cosas, fundamento del principio de responsabilidad por la contigüidad razonable de las cosas (o *in re ipsa*), o en el juicio de probabilidad cualificada según STS de 30 de noviembre de 2002, todo lo cual conduce a la conclusión tan obvia como que quien tiene la cosa o habita un inmueble y en él se produce el evento dañoso, en principio y salvo que se produzca un *casus* habrá de pechar con el resarcimiento del daño o lesiones que se produzcan a quienes, como los fallecidos, bien ajenos estaban a esa onda expansiva de contacto con aquellas cosas.

Culpa de la costurera profesional.—Hay falta de vigilancia o descuido al no preservar los útiles de la costura profesional de su probable ignición, no evitando que de sus cosas propias se produzcan daños a los demás ajenos a las mismas.

Inversión de la carga de la prueba: absolucón de la propietaria del piso.—En el presente caso se integra el presupuesto de causalidad de probabilidad razonable, y por la inversión del *onus probandi*, se obtiene el actuar culpabilístico de la responsabilidad que se declara, la cual dista de la objetiva y no pugna con la clásica del reproche culpabilístico, del que no cabe acusar a la propietaria del piso que fue por completo ajena a la causa productora del incendio. (STS de 29 abril de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Hay una errata manifiesta en la fotocopia que manejo de la sentencia número 392/2002 pues el fallo dice *no haber lugar al recurso de casación*, cuando a continuación declara casar y anular la sentencia recurrida *estimando en parte la demanda*. Se trata de un *lapsus calami* susceptible de ser corregido mediante la lectura del resto del fallo. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó al abono de veinte millones de pesetas tanto a la ocupante de la vivienda en que se originó el fuego, como a su propietaria; la Audiencia Provincial absolvió de la demanda por no probarse la relación de causalidad. El TS (Pte.: Villagómez Rodil) estima el recurso y parcialmente la demanda, si bien corrige la argumentación que utilizó el Juzgado de Primera Instancia en el sentido de ser innecesario acudir a la responsabilidad por riesgo, bastando con el recurso a la inversión de la carga de la prueba y a la responsabilidad *in re ipsa*. La reciente STS de 7 de noviembre de 2000 ha declarado que cuando se produce un incendio por causas desconocidas no puede concluirse, sin más, que ha sido necesariamente fortuito (se trataba del incendio de un hostel instalado en un inmueble, con resultado de muerte: extractada en *ADC* 2000, p. 885 ss. con anotación mía). La sentencia es de aprobar en su fundamentación. (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: caducidad de la instancia: inexistencia.—Como ya señalé la añeja STS de 12 de diciembre de 1927, la caducidad de la instancia es sanción con que castiga la ley el abandono de los litigantes, y se hace preciso que tal abandono o inactividad sean imputables a la parte como proclama el artículo 412 LEC 1881 (SSTS de 5 enero de 1907, 21 de abril de 1986 y 29 de junio de 1993). En nuestro derecho, a partir de 1924 rige el impulso de oficio, o lo que es igual, el deber de los órganos jurisdiccionales de continuar la tramitación procesal sin necesidad de apremios o acuses de rebeldía, o cualquier otro acto de impulso de parte; por ello es difícil que se den los supuestos de caducidad, aunque no dejan de ser posibles ya que el Decreto de 1924 admite la suspensión a petición de ambas partes litigantes (STS de 29 de junio de 1993). En el presente caso el proceso en primera instancia estuvo paralizado por más de cuatro años, pero no procede la caducidad porque aquella paralización fue por causa independiente de la voluntad de los litigantes; la demora es únicamente imputable al Juzgado de Primera Instancia en donde estaban los autos que debieron ser remitidos a la Audiencia Provincial para la tramitación del recurso de apelación.

Daños por colisión de vehículos: reclamación del acompañante de moto: prueba.—La STS de 5 de abril de 1963 ratificada por la STS de 10 octubre de 1975, establecen que cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su propia diligencia. La STS de 19 de diciembre de 1986 añade que en aquellos casos en que aparece una conducta generadora de daño, corresponde a su autor demostrar la inexistencia de culpa y sufrir inversión de la carga de la prueba si no ha probado su inculpabilidad. Más recientemente las SSTS de 21 de octubre de 1994, 23 de abril de 1998 y 13 de julio de 1999, entre otras, siguen tal dirección evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario. La inversión de la carga de la prueba aparece conectada por la jurisprudencia de esta Sala con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolle el agente (así, SSTS de 8 febre-

ro, 4 de junio y 23 de septiembre de 1991, 20 de enero de 1992, 12 de julio de 1994, 4 de febrero de 1997 y 13 de julio de 1999).

Incongruencia.—No es de estimar porque en el extenso suplico de la demanda se solicitan todas las posibilidades de condena, directa y subsidiaria, de todos los demandados, sin que aparezca la condena en proporción determinada, ni señalando cuotas, sino que se pide la condena al pago de cincuenta millones de pesetas para ambos conductores, de la moto y del coche, y a sus respectivas compañías de seguro. Es de advertir que aunque el *petitum* del escrito inicial no se incluye expresamente la palabra *solidariamente*, que lo dice implícitamente al pedir que ambos conductores sean condenados a determinada suma sin especificar cuotas, lo que la sentencia interpreta adecuadamente como condena solidaria. (STS de 18 de julio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—El accidente ocurre el 30 de agosto de 1982, por una colisión entre una moto y un coche, resultando lesionado el acompañante de la moto quien interpone dos demandas contra ambos conductores, que son acumuladas en 1988, y resueltas por sentencia de 30 de diciembre de 1989 del Juzgado de Primera Instancia estimando parcialmente la demanda. La siguiente diligencia se produce más de cuatro años después solicitando la caducidad de la instancia y el abandono de la acción, lo que fue estimado por el Juez. Recurrida la caducidad, fue estimado el recurso y dictada sentencia de apelación el 16 de marzo de 1994, se estimó también íntegramente la demanda, aunque en lo relativo a las aseguradoras sólo dentro de los límites del seguro correspondiente. El recurso de casación se rechaza conforme a la doctrina extractada.

Llama la atención la circunstancia, poco frecuente, de que transcurran veinte años entre los hechos y la sentencia del TS, con evidente negligencia del Juzgado que retuvo injustificadamente los autos por más de cuatro años. Como el accidentado quedó parapléjico a consecuencia de las secuelas de la colisión, cabe preguntarse cómo ha podido subsistir el lesionado durante estos años. Es de aprobar la declaración de no caducidad de la instancia (en el mismo sentido se pronuncia el art. 238 LEC 2000 al disponer «que no se producirá caducidad de la instancia o del recurso si el procedimiento hubiere quedado paralizado por fuerza mayor o por cualquier otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados»). (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual. Legitimación activa. Incongruencia. Perjudicado no propietario.—Sucede en efecto que la UPV manifestó en la demanda ser propietaria del inmueble destinado a Escuela Universitaria de Empresariales en el momento de producirse los daños cuyo importe se reclama, titularidad dominical de hecho inexistente, por lo que la incongruencia consistiría en reconocer su legitimación activa cuando en realidad es meramente usuaria por cesión del Gobierno Vasco. Ahora bien, en la propia demanda la Universidad funda su legitimación activa en ser el sujeto que ha sufrido el daño y por tanto ha sido perjudicado, sufriendo unos desperfectos sin haber tenido culpa alguna; en consecuencia la inexactitud inicial de atri-

buirse la propiedad del inmueble deviene inoperante porque al ejercitarse una pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, carece de relevancia cuando el elemento determinante es ostentar la condición de perjudicado, por lo cual la sentencia es congruente.

Daños por obras en finca colindante. Responsabilidad por hecho ajeno. Ampliación de los supuestos del artículo 1903 CC.—Se declara probado que los daños causados al edificio destinado a E.U. de EE.EE. por el hecho de construirse un estacionamiento subterráneo en finca colindante, son atribuibles a la actividad de una empresa no demandada; pero la responsabilidad se funda sólo en la interpretación jurisprudencial del artículo 1903, apartado 4.º, CC en los supuestos de contrato de obra, que viene a sentar el principio de que el dueño de la obra responde en todo caso siempre que se haya reservado el control o supervisión de la misma. La conclusión de la Audiencia Provincial se ajusta a la doctrina jurisprudencial por cuanto que la responsabilidad por hecho ajeno puede ampliarse a supuestos no específicamente previstos en el artículo 1903 y en relaciones entre empresas como las habidas en este caso sólo se exige que aquella que haya encargado a otra la realización de determinados trabajos mantenga alguna vigilancia o ingerencia en el desarrollo de éstos (SSTS de 4 de mayo de 1982, 26 de junio de 1984 y 4 de abril de 1997), como ocurre en este caso en virtud de la transmisión de la concesión administrativa originariamente adjudicada a la empresa no demandada.

Prueba del daño causado.—Es cierto que no se ha practicado prueba pericial propiamente dicha y en la fase procesal adecuada; pero tal circunstancia no obsta a que, por los demás elementos de juicio que se desprenden de los autos, convenientemente especificados en la sentencia, se llegue a conclusiones probatorias sobre la existencia de los daños y su importe, que es lo realizado por la Audiencia Provincial con toda lógica y ponderación, siendo de notar también que el informe del Centro de Investigación Tecnológica Labein, de carácter público, estudia exhaustivamente estos temas mediante una constatación documentada de los daños producidos y su importe mediante observación de aquéllos, siguiendo la evolución de los mismos y sus causas, sin que en realidad haya sido objeto de concreta contradicción. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre la ampliación jurisprudencial de los supuestos del artículo 1903 *vid.*, últimamente, Esther Gómez Calle, «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno» en el *Tratado de responsabilidad civil*, coord. Reglero Campos, Cizur Menor, 2002 cit. pp. 438 ss., con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales. (G. G. C.)

55. Responsabilidad civil del Notario por negligencia de sus empleados: hipoteca unilateral en garantía de obligaciones: la Notaría como complejo unitario de actividad profesional.—El Notario demandado actuó correctamente en la función profesional que le competía al autorizar una escritura de constitución de hipoteca unilateral en garantía de diez obligaciones hipotecarias, y a consecuencia de la misma se confeccionaron unos títulos que contenían una doble matriz, con lo que se actuaba en total concordia con el artículo 154 LH y con el artículo 247 RH; pero de esa doble matriz no hubo

toma de razón en el Registro de la Propiedad, gestión que se asume normalmente por la Notaría; y por no existir tal diligenciamiento en el mismo se pudo cancelar la hipoteca por impulso de un tercero ajeno a la presente cuestión, sin haberse cumplido sus fines para la parte demandante. Y como la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe éste responder de los perjuicios causados por las personas que tuviera empleados y con ocasión de funciones propias.

Culpa in eligendo o in vigilando.—La función notarial alcanza aquellas incidencias que tengan su origen, o su marco, en el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella, sobre todo cuando es el empleado o afecto a la Notaría el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento de la doble matriz aludida; con ello se configura plenamente la presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* en relación al Notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales. No se puede olvidar que el Notario como director de la Notaría está dentro de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad —la *accountability* anglosajona—, lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que ha encargado, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar cuando no se consigue la finalidad perseguida y se ocasionen concretos perjuicios.

Quantum indemnizatorio: Damnum emergens y lucrum cesans.—En cuanto al daño emergente es lógico que el montante alcance el importe de las cinco obligaciones no percibidas por cada uno de los demandantes que supone un importe de cinco millones cada uno; el lucro cesante comprende los intereses devengados con el rédito del 22 por 100 de demora pactado en la escritura de emisión, desde el 22 de diciembre de 1992 hasta el 15 de marzo de 1994 que hacen un total de 2.700.274 pesetas. (STS de 6 de junio de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia llamativa por su protagonista y por lo apodíctico y contundente de los argumentos constitutivos de la *ratio decidendi* al estimarse un recurso interpuesto por los particulares perjudicados contra dos sentencias de instancia coincidentes uniformemente en contra (Pte.: Sierra y Gil de la Cuesta). Si habitualmente se ha resaltado la actuación notarial como servicio público que pone al servicio de los particulares la *fides publica*, imprescindible para la seguridad del tráfico, la sentencia que extracto lo enfoca bajo la perspectiva complementaria de la actuación de una empresa privada cuyo titular responde por la negligencia de sus empleados (art. 1903.4 CC); lo que parece igualmente correcto pues aquel servicio público se presta a los ciudadanos mediante una organización empresarial, sujeta, por tanto, a las reglas civiles de responsabilidad. Sentencia, sin duda, importante por sus consecuencias prácticas ya que, acaso, pueda propiciar, en el futuro, el incremento de esta clase de reclamaciones. (G. G. C.)

56. Culpa extracontractual: responsabilidad médica. Incompetencia de jurisdicción. Derecho transitorio. Causación de los daños y presentación de la demanda anteriores a la entrada en vigor de Ley de 1992.—Se

reclaman las secuelas derivadas de intervenciones médicas ocurridas en 1987 y 1988, siendo presentada la demanda el 30 de julio de 1992, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 26 de noviembre de 1992 sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, por todo lo cual no procede estimar la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil.

Traspaso de competencias sanitarias del Estado a la Generalidad Valenciana.—No puede estimarse la falta de legitimación pasiva del Servicio Valenciano de Salud (SERVASA), pues aparte de constituir cuestión nueva, hay que tener en cuenta que el traspaso de competencias en materia de salud opera sin excepción y sin limitación alguna, y según el Decreto que lo acordó, el traspaso a la Generalidad de las obligaciones anteriores del Estado se efectúa a partir del 1 de enero de 1988.

Daños por secuelas subsiguientes a operación de apendicitis.—Hay que resolver sobre las causas determinantes de la aparición de la quemadura en el abdomen y del hidrocele en el testículo derecho, y hay que concluir que el motivo fue debido a un contacto con el antiséptico que habitualmente se usa, tintura de yodo, lo que revela que en la asistencia dispensada al menor no fue completa la diligencia, siendo el conjunto de deficiencias asistenciales el originador del daño, que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo tenía una concentración más elevada de la normal, unida al factor lumínico calorífico derivado de la lámpara del quirófano. En cuanto a otras secuelas nacidas de la intervención consistente en la punción aspiradora del hidrocele que derivó en una tumoración intraescrotal derecha, hay que confirmar la sentencia de apelación que estima que las anomalías en la salud del enfermo, posteriores a la inicial operación de apendicitis, tienen su causa en ésta y proceden del obrar descuidado de quienes intervinieron en los distintos actos médicos, procediendo la aplicación del artículo 1902 CC.

Responsabilidad por el conjunto de deficiencias asistenciales: doctrina general.—Cuando una reclamación se formula contra una Administración sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo, o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo. Cuando así ocurre los Tribunales acuden a la idea de *conjunto de posibles deficiencias asistenciales*, lo que exime al paciente de la prueba de en cual de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella. La STS de 16 de diciembre de 1987 puede considerarse precursora de esta doctrina jurisprudencial que invoca, no sólo la interpretación lógica, sino también sociológica de los preceptos reguladores, sin olvidar el soporte de la *aequitas* y con atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo.

Daño desproporcionado. Carga de la prueba.—Tiene declarado esta Sala que la doctrina sobre la carga de la prueba no opera, en principio, contra el médico o profesional sanitario, estando a cargo del paciente, aunque se excepciona cuando el daño es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación del médico ha quedado constatada por el propio Tribunal (SSTS de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 19 de febrero de 1998). (STS de 17 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El menor es operado el 17 de noviembre de 1987 al ser diagnosticado de apendicitis, y tras un postoperatorio normal se le aprecian vesículas de pus en el abdomen por quemaduras por el yodo que le han aplicado. El 22 del mismo mes presenta inflamación de pene que mejora con tratamiento y la quemadura evoluciona a queuloide objeto de resección el 13 de diciembre de 1987. El 24 de marzo de 1988 se le diagnostica un hidrocele secundario y el 6 de mayo de 1988 se le practica una punción-aspiración y el 1 de junio es intervenido para evacuar hematoma. (G. G. C.)

57. Responsabilidad civil: culpa médica: falta de información del médico: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down: inexistencia de relación de causalidad.—La relación de causalidad es *quaestio iuris* accesible a la casación, y en el presente caso se niega que exista entre la conducta impugnada al médico consistente en la falta de información a la paciente, y el resultado producido, el nacimiento de un niño afectado por el síndrome de Down. Dice la STS de 30 de noviembre de 2001 que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente en casos singulares un juicio de probabilidad cualificada, este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o buen sentido. En el presente caso cabe decir que, aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia afirma categóricamente «que la Sra. R. en ningún momento quiso abortar»; no existiendo prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse por tanto que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante aborto; por el mero hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus circunstancias personales, ello no permite suponer que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir la relación de causalidad, procede estimar el recurso. (STS de 7 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La codemandante de cuarenta años de edad, madre de tres hijos y que había tenido anteriormente un aborto espontáneo, acude a la consulta del demandado quien comprobó que la paciente se hallaba embarazada de dos meses y medio; transcurrido el plazo de gestación durante el cual fue asistida por aquél, dio a luz un hijo varón con síndrome de Down a quien se le detectó a las pocas sema-

nas de vida cardiopatía y hepatopatía; durante el embarazo la gestante acudió al médico al leer en una enciclopedia el riesgo de concebir el hijo con alguna malformación, si bien cabe suponer que las tenía antes por ser de dominio público que a partir de treinta y cinco años el embarazo comporta riesgos de este tipo; el ginecólogo se encargó de disiparlas diciéndole que no se preocupara y que todo iba normal; lo mismo hizo separadamente con el marido de la gestante. En la demanda interpuesta por ambos cónyuges, en nombre propio y de sus hijos menores, solicitaban al ginecólogo y a la entidad propietaria de la clínica privada en que aquél actuaba, una indemnización de doscientos sesenta millones de pesetas. La estimó parcialmente la demanda y condenó a la suma global de cincuenta y cinco millones de pesetas. En apelación se redujo la suma a 40 millones de pesetas, existiendo un voto particular que absolvía plenamente de la demanda. El TS estima el recurso, en coincidencia con el voto particular.

NOTA.—Se trata de un caso que la doctrina anglosajona denomina *wrongfull life*, etiqueta que también se ha difundido entre nosotros. La no uniforme doctrina jurisprudencial del TS al resolver los casos planteados se manifiesta aquí en la dirección restrictiva; ya que se declara que entre la omisión en que ha incurrido el médico al no informar adecuadamente a la gestante de los riesgos que en su situación personal conllevaba el embarazo, y el nacimiento de un niño con síndrome de Down no hay relación de causalidad, lo que, por lo demás, parece evidente; por otra parte, ningún elemento probatorio demuestra en la gestante la intención de acudir al aborto en el caso de darse la mencionada anomalía en el feto. Sobre casos similares: SSTS de 6 de junio de 1997 y 4 de febrero de 1999. Las circunstancias de esta última sentencia particularmente dramáticas, diferían parcialmente de las aquí concurrentes (en un centro del INSALUD se realizan determinadas ecografías a la gestante que no sirvieron para detectar las graves anomalías del feto, si bien, en definitiva, se absolvió tanto a la ginecóloga como a aquél: cfr. su extracto y mi anotación en *ADC*, 2000, pp. 1719-1721). En el presente caso parece clara la violación por el ginecólogo de su deber de informar, si bien la sentencia extractada no aclara el alcance jurídico de la misma; constituye, sin duda, un ilícito administrativo, pero la sentencia niega toda consecuencia civil, no hay relación de causalidad; y tampoco la gestante expresó su intención de abortar. En la doctrina Elena Vicente Domingo, «El daño», en el *Tratado de responsabilidad civil*, coord. por Reglero Campos, cit. pp. 252 ss. (G. G. C.)

58. Culpa extracontractual. Muerte de menor de tres años por asfixia mecánica al ingerir golosina dada por su padre. Exoneración de la vendedora. Responsabilidad del fabricante.—La entidad demandada comercializaba en España el producto de gominola fabricado en Italia, denominado *fresón*, que cumplía entonces las prescripciones reglamentarias; el 3 de marzo de 1994, en el kiosko que regentaba A. M.^a G. J. se vendió al actor una bolsita de gominolas, quien entregó para su consumo uno de los caramelos a su hijo S., de tres años de edad: instantes después el niño se sintió indispuerto siendo trasladado al Centro de Salud de la localidad, en donde ingresó cada-

ver; el Forense manifestó que no se precisaba de la práctica de autopsia por ser evidente la causa de la muerte, que consistió en asfixia mecánica por sofocación provocada por la obstrucción de las vías respiratorias debido a la ingestión de una golosina, cuyos restos fueron vomitados por el niño poco antes de producirse el óbito; el 6 de julio del mismo, por denuncia de la madre, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha prohibió la comercialización del producto, y el Instituto Nacional del Consumo informó que el caramelo en cuestión implicaba un serio riesgo para la salud y seguridad de la población infantil, debido al tamaño, textura y constitución de la materia que lo forma, lo cual contraviene el artículo 31 LGDCU. Respecto de la expendedora del producto no se ha demostrado una conducta causante, en nexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta al vender la bolsita de caramelos al padre, y no al hijo. En cambio, respecto del fabricante, si bien en la fecha del suceso el caramelo comercializado cumplía las prescripciones reglamentarias, es de observar que el artículo 26 de aquélla requería *los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto*, lo que obliga a extremar las precauciones correspondientes a la propia esencia y a las características del producto; tratándose de que el consumo principal del caramelo se situaba en la población infantil, su ingestión podía poner en peligro la salud o la vida de dichos destinatarios finales.

Artículo 28 LGDCU: responsabilidad objetiva o por riesgo creado.—En esta norma singular se exige la garantía de determinados niveles de seguridad de los productos alimenticios y de los dirigidos a los niños; el criterio de imputación de responsabilidad se localiza en el hecho de que el consumidor sufra el daño, sin que sea preciso que haya mediado o no negligencia del fabricante, o comerciante, pues basta que aquél pruebe el daño y que el mismo sea efecto del bien o servicio, habiéndose acreditado en este caso el enlace entre la muerte del menor y la ingestión de la gominola.

Responsabilidad del padre. Culpa compartida. Moderación de la indemnización.—Al examinar la conducta del padre del menor fallecido, quien adquirió la bolsita de gominolas en un kiosko y proporcionó a su hijo una golosina de esta clase, se advierte que incidió en desatención pues tuvo que observar el tamaño del caramelo y considerar que, por sus proporciones, era impropio para el consumo de un niño de tres años de edad y, sin embargo, decidió su entrega a éste; pero tal reponsabilidad se estima de menor grado que la del fabricante originándose un supuesto de culpa compartida admitida por la doctrina jurisprudencial, y que se traduce, no en una compensación de culpas sino de sus consecuencias pecuniarias, dando lugar a una moderación del montante económico a satisfacer que se reduce de los casi diez millones y medio de pesetas a seis millones. (STS de 10 de junio de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Frente a la unanimidad de ambas sentencias de instancia desestimatorias de la reclamación interpuesta por el padre de un menor que ingirió una gominola y murió por asfixia mecánica, la sentencia extractada, con mejor criterio a mi juicio (Pte.: García Varela), encontró argumentos en la LGDCU para estimar parcialmente la reclamación interpuesta por su padre. Los hechos se producen antes de la entrada en vigor de la Ley de 1994 que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva Comunitaria de 1985 sobre la responsabilidad por los productos; por tanto, sin otro horizonte norma-

tivo que el general del Código y el novedoso cap. VIII de la LGDCU de 1984 (sobre las ulteriores vicisitudes legislativas *vid.* M.^a Ángeles Parra Lucán, «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en el vol. *Tratado de responsabilidad civil*, coord. Reglero Campos, Cizur Menor, 2002, cit. p. 1193 ss. La sentencia extractada continúa la línea ampliamente favorable al consumidor que se había manifestado en SSTs de 15 de marzo de 1989, 25 de marzo y 3 de octubre de 1991 y 31 de julio de 1997, entre otras, y debe aprobarse en principio, si bien resulta tratado con alguna dureza el progenitor del niño fallecido (¿le era exigible otra conducta?) pues se le acusa de *desatención* (¿hasta el punto de reducir casi a la mitad la indemnización solicitada?) al entregar a su hijo la gominola que no contenía en su envoltorio ninguna advertencia ni contraindicación. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

59. Propiedad. Acción reivindicatoria: requisitos.—La acción reivindicatoria precisa, para prosperar, sendos requisitos relativos al demandante, al demandado y a la cosa. En cuanto al demandante, que es el propietario no poseedor, debe probar su derecho de propiedad; el demandado, poseedor no propietario, puede impedir el éxito de la acción probando su derecho a poseer; la cosa reivindicada debe reunir los requisitos de identidad e identificación. (SSTs de de 25 de junio de 1998 y 28 de septiembre de 1999.)

No es necesario solicitar la nulidad del título del demandado para que prospere la acción reivindicatoria.—No tiene sentido mantener que al ejercitar la acción reivindicatoria, el demandante tiene que incluir en su demanda, como petición principal, la nulidad del título que invoca el demandado. En primer lugar, porque no puede saber qué invoca el demandado hasta que conteste la demanda y, en segundo lugar, porque si niega todo derecho a poseer del demandado, ninguna petición de nulidad procede.

La teoría del título y el modo como medio de adquirir y transmitir el derecho de propiedad.—En Derecho español, el contrato no transmite por sí mismo el derecho de propiedad, sino que se sigue la teoría del título y el modo. Así, el artículo 609 CC prevé la adquisición de la propiedad por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, lo que ratifica el artículo 1095 del mismo Cuerpo legal que dispone que el adquirente por contrato no adquirirá derecho real sobre la cosa hasta que haya sido entregada (SSTs de 9 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

El precio es elemento esencial en la compraventa.—La falta de precio y, en consecuencia, la falta de consentimiento sobre el mismo genera la inexistencia de la compraventa a tenor de los artículos 1445 y 1450 del CC.

La inexistencia contractual (de la compraventa, en este caso) se equipara —por similitud de sus efectos— a la nulidad, aunque sean dos conceptos dogmáticamente distintos.—Ello implica que es de aplicación a la inexistencia el artículo 1303 CC relativo a la nulidad de los contratos. (STS de 13 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El actor ejercita una acción reivindicatoria al considerar que no perfeccionó el contrato de compraventa en virtud del cual el demandado adquirió de aquél la finca objeto del pleito. Quedó demostrada la ausencia de precio en la venta, lo que produjo una falta de perfeccionamiento del contrato y, en consecuencia, la inexistencia de la transmisión. El Juzgado estimó la demanda, la Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y consideró válida la adquisición de la finca por parte del demandado. El TS da lugar al recurso de casación presentado por el actor. (*I. D. L.*)

60. Acción reivindicatoria. Requisito de identidad de la finca.—La S de 1 de diciembre de 1992, dice que la identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno con sus cuatro puntos cardinales, debiendo éstos concretarse con toda precisión y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del artículo 348 CC (SS de 12 de abril de 1980, 6 de febrero de 1982, 31 de octubre de 1983 y 17 de enero de 1984).

Tratándose de bienes inmuebles, la jurisprudencia ha precisado los elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de decidir si se cumple o no este requisito de identidad de la finca reivindicada. La S de 21 de marzo de 1985 dice que la identidad de las fincas se ha de comprobar atendiendo principalmente, al nombre con el que se les designa, a sus cabidas y linderos y a cuantos medios adecuados sean utilizados para la formación de juicio por el juzgador, originando, según proclama la S de 6 de octubre de 1915, aún habiéndose producido inscripción registral, una cuestión de hecho contraída a la identificación de las fincas y a la determinación del terreno que corresponda a los títulos respectivos, ya que las inscripciones del Registro de la Propiedad acreditan solamente la actuación del funcionario encargado del mismo, pero no son documentos auténticos que comprueben por sí solos la realidad del derecho al ser mera corroboración del título en que conste el derecho. A través de los linderos y cabida de la finca, estima probada su identificación la S de 10 de julio de 1987, porque esta descripción da idea de tres linderos fijos: un camino y un arroyo, linderos naturales, y un olivar de tercera persona, por lo que a partir de esos tres linderos, se puede obtener mediante la aplicación de la cabida, el cuarto lindero que es común con los demandados. Da idea pues de una situación, incluso de una forma cuadrangular y de una cabida, suficientes para una identificación con la exactitud exigibles. (**STS de 23 de mayo de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ejercitó la actora acción reivindicatoria frente al Ayuntamiento de Torroella de Montgrí, la Generalitat de Cataluña, *Edificios Boston, S. A., Promociones Bruguera, S. A., y Promociones Alcamar, S. A.* Manifestaba la demandante haber heredado la finca de su padre sin que pudiera acreditar debidamente su titularidad dominical. Tampoco quedó identificada la finca objeto de la acción con la claridad suficiente. Ambas circunstancias justificaron la desestimación de la demanda por el Juzgado. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia y no hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*R. G. S.*)

61. La indemnización expropiatoria se identifica, en el caso, con el derecho a obtener una concesión administrativa.—El motivo quinto de este recurso se desestima porque la sentencia de la Audiencia dedica su FD 2.º a la respuesta de la cuestión aquí suscitada, con la determinación de que el derecho a obtener una concesión administrativa constituye en este caso la indemnización misma, mediante una argumentación que es aceptada por esta Sala, sin que el planteamiento de la recurrente relativo a que el sistema indemnizatorio establecido en la Ley 22/1988 sea insuficiente para sus intereses, constituya materia a dilucidar en este juicio.

Sistema indemnizatorio de la Ley 22/1988, de Costas.—Esta Sala tiene declarado, en S de 22 de marzo de 2002, que «el artículo 132.2 de la Constitución, al señalar que “son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”, no contiene una expresa excepción de los derechos adquiridos legítimamente por particulares. La derogación *ad futurum* que el precepto constitucional implica en su apartado 1 («la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad»), así como la regulación de la Ley del Patrimonio del Estado y del Patrimonio Nacional, en cuanto a su administración, defensa y conservación (artículo 132.3), no significa que en caso como el presente en que el Estado enajene legítimamente tales bienes a adquirentes de buena fe, vayan ahora a ser expropiados sin la correspondiente indemnización, porque ello conculcaría el artículo 33.3 CE. La doctrina del principal intérprete del Texto Fundamental, el Tribunal Constitucional, tiene declarado al respecto que «la garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 33.3, cuando precisa que la privación de bienes y derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes —STC 111/1983, de 2 de diciembre— y asimismo reconoce un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación —STC 108/1986, de 29 de julio—, cuya doctrina es aplicable al supuesto de autos, habida cuenta que la demandante adquirió los terrenos objeto del pleito mediante escritura pública de 17 de diciembre de 1985, documento que no ha sido impugnado de contrario, los cuales estaban inscritos en el Registro de la Propiedad de Ayamonte, cuyo primer titular registral fue el Ayuntamiento de esta localidad, y a cuya inscripción originaria han sucedido las posteriores practicadas a favor de los particulares que traen causa de la inicial, entre ellos la actora, con lo que se han cumplido los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la Ley de costas de 1969, para que pueda reconocerse la propiedad privada sobre terrenos en un principio demaniales con anterioridad a la Ley de costas de 1988, toda vez que la primera inscripción fue practicada antes de la entrada en vigor de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, que es uno de los presupuestos necesarios para ello, amén de los reconocimientos de carácter privado de dichos terrenos realizados por la Administración y que se detallan en la sentencia recurrida.

En definitiva, los terrenos de que se trata quedaron sometidos al régimen establecido en la Ley de costas de 1988 para la utilización del dominio público a partir de la promulgación de este texto legal, y el medio compensatorio o

indemnizatorio establecido es el que se determina en la DT 1.2 de la repetida normativa.

Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.—El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [...] es el ostentado por cualquier persona para ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante los órganos judiciales con la finalidad de que le sean satisfechas, lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonablemente, con arreglo a Derecho y en un plazo también razonable, a lo largo de un proceso en que todos los titulares de derechos e intereses afectados puedan alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones. (STS de 7 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Isla Canela, S. A.* demandó al *Ministerio de Obras Públicas y Transportes*. La cuestión litigiosa giraba en torno a si los bienes adquiridos por la actora, objeto de un deslinde aprobado por Orden Ministerial de 5 de marzo de 1980, quedaban o no afectados por la DT 1.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Protección, Utilización y Policía de Costas. El Juzgado acogió parcialmente la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. Ambas partes interponen recurso de casación que el TS desestima. (R. G. S.)

62. No cabe presumir la existencia de un pacto de indivisión de la cosa común.—Siendo facultad que corresponde a los comuneros la de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, no puede afirmarse como se hace en la instancia, que el no ejercicio de esa facultad durante un período de tiempo más o menos largo permita deducir de ello, conforme a las reglas del criterio humano, la existencia de un pacto de indivisión y menos aún la duración del mismo, requisito esencial para la validez del pacto de indivisión.

Extinción de la comunidad e indivisibilidad jurídica de la cosa común por razones económicas.—La circunstancia de que la división material de la vivienda comporte cuantiosos gastos para su realización no puede condicionar la extinción de la comunidad, obligando a los comuneros a permanecer en la indivisión en contra de su manifestada voluntad de salir de esa situación; ante esta situación de indivisibilidad jurídica, por razones económicas, es de aplicación el criterio mantenido en S de 19 de junio de 2000 según la cual «del mismo modo que si se ha peticionado la división material y la cosa es indivisible, el Juzgador debe acordar la venta en pública subasta, de conformidad con lo establecido en el artículo 404 CC, sin que ello implique incongruencia (SS de 26 de febrero y 30 de mayo de 1981)», y la S de 3 de abril de 1995, en supuesto en que se interesó, exclusivamente, la división material, dice que «al no ser posible la división material o física del local litigioso, dada la indivisibilidad jurídica del mismo, según ya se ha razonado anteriormente, para poder poner fin al condominio, en el que ningún condueño está obligado a permanecer (art. 400.1 CC), y habiendo solicitado el actor don J. H. A. la extinción del mismo, la única solución legal posible es la de que si los condueños no se pusiesen de acuerdo en que se adjudique a uno de ellos indemnizando al otro o sobre la venta extrajudicial del mismo, habrá de procederse a su venta en pública subasta con admisión de licitadores extra-

ños, repartiendo el precio por partes iguales, entre los dos condueños (arts. 404 y 1062 CC)».

Al no acceder la sentencia recurrida a la extinción de la comunidad de bienes existente entre los litigantes, infringe el artículo 400, párrafo primero; CC, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala antes citada. (STS de 22 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El litigio que enfrenta a las partes se refiere a la división de una cosa común, en el caso una vivienda. Desestimada la demanda en ambas instancias interponen recurso de casación los actores declarando el TS haber lugar. (R. G. S.)

63. División material de la planta de un inmueble en régimen de propiedad horizontal. Consentimientos necesarios para ello. Normativa aplicable. Fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados.—En el segundo motivo se alega infracción de la sentencia recurrida del artículo 8 en relación con los artículos 5 y 16.1.^a LPH de 21 de julio de 1960, porque entiende que aunque el primero de los indicados artículos de la Ley de propiedad horizontal, permite la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, sin embargo para ello, además del consentimiento de los titulares afectados, se necesita la aprobación de la Junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5, sin alteración de la cuota de los restantes, y entendiendo que tal división material afectaría al título constitutivo, ya que la misma implicaría modificar elementos esenciales del título de constitución, por lo que a tenor de la regla 1.^a del artículo 16 de la referida ley, para la división material se exige la unanimidad de todos los propietarios.

Entendemos que ha de estimarse este motivo y ello sin necesidad de hacer disquisición alguna, en torno a si para la aprobación de la división de la planta cuarta del inmueble sito en la calle Atocha número 97, de Madrid, se necesita la unanimidad o es suficiente la mayoría, primero por haberse desestimado la aprobación de la división en Junta de propietarios, y por que es claro que la sentencia de la Audiencia, en vez de aplicar el artículo 8 LPH, que se refiere concretamente a la posibilidad de que los pisos o locales sean objeto de división material para formar otros más reducidos e independientes, tuvo solamente en cuenta un precepto como es el artículo 348 CC, que se refiere de forma general a las facultades del dominio, en el que además se prevé que éstas están sometidas a las limitaciones establecidas en la leyes, y es una de las que pone límites a estas facultades de dominio la que regula el régimen de propiedad horizontal.

Pues bien, en el artículo 8 de esa ley, establece como queda dicho la facultad de dividir los pisos y locales, pero para que tal división surta efecto, es preciso, como señala el párrafo segundo del mencionado artículo, además del consentimiento de los titulares afectados, que en este supuesto no hay duda de que ha sido prestado, «la aprobación de la Junta de propietarios», aprobación que no la han obtenido los demandados, pese a que fue solicitada en forma, en cuanto en la Junta de propietarios, celebrada el 27 de julio de 1993, se les deniega la autorización para dividir el piso cuarto en cuatro viviendas distintas e independientes; acuerdo como dice la sentencia dictada en primera

instancia, que devino firme por no ser recurrido por los titulares de la planta cuarta, por lo que también se hizo innecesaria la remisión que hace el artículo 8 al artículo 5 LPH, para la fijación de nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, que debería haberse hecho, en su caso, como determina el apartado último del párrafo segundo del citado artículo 5, tomando como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento exterior o interior, su situación y el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. (STS de 30 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la calle Atocha número 97 de Madrid interpone demanda sobre alteración de elementos comunes contra varios copropietarios. Éstos habían modificado elementos comunes del inmueble cambiando además la configuración interna del piso 4.º de la finca sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvenición de los demandados. La Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente la apelación de éstos. Ha lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la comunidad. (R. G. S.)

64. Sanación del acuerdo de la junta de propietarios por caducidad de la acción.—En el motivo segundo se acusa la infracción de los artículos 15, párrafo segundo, LPH de 1960 y 6.3 CC. En síntesis, se alega que al no concurrir en la convocatoria y en la celebración de la Junta los requisitos que exige el artículo 15 LPH de 1960 se produce el efecto del artículo 6.3 CC de nulidad radical que es insubsanable y por consiguiente no susceptible de caducidad.

El motivo no puede ser acogido porque la jurisprudencia dictada en aplicación de la Ley de 21 de julio de 1960 distingue las ilegalidades que por afectar estrictamente al régimen de propiedad horizontal se encuentran sometidas a la normativa del artículo 16.4, y a las que, por ende, es aplicable la sanción por el transcurso del plazo de caducidad, en cuya previsión normativa es incardinable el supuesto que se examina, de aquellas otras infracciones que por atentar a la esencia de la institución, contravenir disposiciones imperativas o prohibitivas sin estar legalmente previsto un efecto distinto, o conculcar las reglas de la moral o el orden público, o implicar fraude de ley, determinan la nulidad radical e insubsanable. Y en este sentido, cabe citar las SS de 26 de junio de 1993, 24 de julio de 1995, 18 de noviembre de 1996, 7 de abril, 7 de junio y 9 de diciembre de 1997, 26 de junio de 1998 y 5 de mayo de 2000, entre otras.

Por lo razonado debe desestimarse también el tercer motivo, en el que se denuncia infracción del artículo 11 en relación con la norma primera del artículo 16, ambos de la LPH de 21 de julio de 1960, y jurisprudencia que los interpreta, pues, aunque el tema fue jurisprudencialmente polémico como ponen de relieve varias sentencias y con especial atención la de 7 de abril de 1977, ha terminado por prevalecer (SS de 7 de abril y 7 de diciembre de 1997, 26 de junio de 1998, 5 de mayo de 2000) el criterio de que la sanación por caducidad de la acción es aplicable no sólo a los acuerdos en que basta la mayoría sino también a aquellos otros, como el del caso (en que se acuerda la

distribución del uso y disfrute de un patio común entre los comuneros), en que es preciso que concorra la unanimidad. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado estimó la demanda formulada por dos propietarios frente a los restantes miembros de la comunidad y dejó sin efecto el acuerdo adoptado por la Junta de propietarios sobre división del patio común, además de condenar a los copropietarios demandados a derribar a su costa las construcciones y cerramientos levantados en dicho espacio. La Audiencia Provincial revocó en apelación la sentencia del Juzgado desestimando la demanda por caducidad de la acción. Los actores interponen recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

65. El pacto de exclusiva para el ejercicio de una actividad comercial integrado en los Estatutos de una comunidad de propietarios no vulnera las disposiciones de libre comercio y competencia.—El artículo 27 *bis* de los Estatutos reguladores de la comunidad actora establece literalmente lo siguiente: «concedido contractualmente a un local el ejercicio de una actividad con carácter de exclusiva, en ningún otro local del centro comercial podrá desarrollarse la misma actividad, ni siquiera de forma parcial, fraccional, complementaria, accesoria, secundaria, marginal o temporal, salvo que medie autorización expresa del titular de la exclusiva. El incumplimiento de esta obligación y consiguiente ejercicio, en algún otro local, de una actividad concedida en exclusiva, aun en las antes indicadas formas parciales, se considerará, de conformidad con lo determinado en el artículo 27 de estos Estatutos, como actividad no permitida estatutariamente, quedando facultados y legitimados indistintamente, tanto la comunidad de propietarios, a través de sus órganos rectores, como el titular de la exclusiva presuntamente perturbada para ejercitar las acciones previstas en el artículo 22 de estos Estatutos, artículo 19 LPH de 21 de julio de 1960, o cualquier otra que estimare procedente en orden a obtener, en definitiva, el cese de la infracción o privación del uso del local para el infractor o el lanzamiento o resolución del contrato cuando se tratare de ocupante no propietario».

Limitaciones como ésta se introducen frecuentemente en los Estatutos de comunidades de propiedad horizontal relativas a centros o galerías comerciales, con la intención, por una parte, de integrar distintos tipos de negocios para completar los servicios a los clientes, y, por otra, para evitar la duplicidad de puestos o tiendas similares dentro del mismo recinto.

Estos pactos —contemplados y autorizados en los arts. 5, párrafo tercero, 7, párrafo tercero, y 19 LPH de 21 de julio de 1960, y en la reforma introducida en la misma por la Ley 8/1999— no vulneran las disposiciones de libre comercio y competencia aducidas por la recurrente.

En este caso, la prohibición de que se trata figura claramente en los Estatutos de la actora, obra inscrita en el Registro de la Propiedad, es de obligado cumplimiento para la comunidad de propietarios y perjudicará a terceros (art. 5 LPH). (STS de 8 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios *Centro Comercial del Zoco de Pozuelo* demandó a *Establecimientos Alfaro, S. A.* El con-

flicto se centraba en la eficacia de una regla estatutaria de la comunidad actora relativa a que, en el supuesto de concesión en exclusiva de una actividad comercial a algún local del centro comercial, no podría realizarse la misma en ningún otro, salvo que mediase autorización del titular de la exclusiva. En el caso la actividad se concretaba en la venta de «complementos y artículos para animales» dándose la circunstancia de que el mismo negocio se desarrollaba en otro de los locales, faltando la pertinente autorización por parte del titular. El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue parcialmente revocada en grado de apelación por la Audiencia. Recurrió en casación el *Grupo Alfaro, S. A.*, declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

66. Los anuncios conocidos como «ofertas de trabajo o empleo» suponen una actividad creativa susceptible de propiedad intelectual con la tutela jurídica correspondiente.—Para el estudio y resolución de la cuestión casacional planteada hay que partir de la base de dos premisas: una, como es la plasmada en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, que establece que la publicación sobre ofertas laborales realizada por la firma *Talleres de Imprenta, S. A. (TISA)-La Vanguardia*, ahora parte recurrente, es una obra colectiva según el artículo 8.1 de la Ley 22/1987, y de creación única y autónoma en la que se funden las aportaciones de diferentes autores —aspecto positivo—, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de éstos un derecho sobre el conjunto —aspecto negativo.

La segunda premisa, fundamentada en los autos, es que la entidad recurrente *C. I. Laborales, S. L.*, a través de la revista *Sol (Setmanal d'Oportunitats Laborals)* ha publicado ofertas de anuncios de empleo aparecidos en otros medios de comunicación, entre ellos los de la referida obra colectiva *La Vanguardia*; al inicio, haciendo constar la fuente de procedencia, más tarde con la fórmula aludiendo a la «prensa diaria» como tal fuente, para terminar eludiendo cualquier referencia a la procedencia de tales anuncios; todo ello sin copiarlos o reproducirlos literalmente y además con otro formato pero con el mismo contenido.

Plasmado lo anterior, es preciso ya adentrarse en consideraciones jurídicas que se derivan de tales premisas.

Ante todo hay que proclamar que la persona jurídica recurrente en casación es la editora y propietaria de una obra colectiva de publicación y que desde luego ostenta la titularidad de los derechos de explotación de la misma. Abarcando dichos derechos sobre la totalidad de tal obra colectiva, así como sobre aspectos parciales de la misma, que en el presente caso abarcarán la sección de ofertas laborales. Todo ellos se infiere, aparte de ser reconocido en la sentencia recurrida, de una interpretación lógica del artículo 8 de la Ley 22/1987, puesto que dicha obra colectiva cuyo aspecto parcial es el de las ofertas laborales, supone una actuación de medios personales y materiales, dirigida a un fin concreto de edición y divulgación, que necesita una actividad coordinadora ineludible, sin que puedan separarse los derechos de dicha obra colectiva en favor de sus realizadores concretos.

Como se verá, hasta este momento, la concordancia con las tesis de la sentencia recurrida es casi total.

Pero es en la valoración de dichas ofertas o mensajes de ofrecimientos laborales donde inexcusablemente ha de surgir la motivación que hará estimable el actual motivo.

Pues no se puede aceptar que con un enfoque hermenéutico de la normativa de la propiedad intelectual, dichos anuncios de ofertas laborales recogidos de una publicación por otra, ya sea *per se* o como integrantes de un *totum* deban quedar sin el amparo lógico de toda propiedad intelectual por no tener tal naturaleza.

Y ello no es asumible, desde el instante mismo que dichos anuncios conocidos con la denominación de «ofertas de empleo o trabajo», suponen lisa y llanamente una actividad creativa con cargas de originalidad, que no pueden encasillarse en cláusulas de estilo o usos tipográficos.

No hay que olvidar en este aspecto que un ofrecimiento de un puesto de trabajo, con la carga socio-económica que supone, precisa una actividad intelectual de cierto calado para hacer atractiva la oferta y con el fin de obtener un éxito que redundaría a favor, tanto del oferente como del futuro solicitante, así como del medio en el que se plasma la misma, que tiene, por ello, el derecho a ser protegido en su afán creador. (STS de 13 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Talleres de Imprenta, S. A. (TISA) demanda a C. I. Laborales, S. L., por reproducir y distribuir esta entidad anuncios publicitarios de La Vanguardia —concretamente, las denominadas «ofertas de empleo»— sin disponer de autorización. Se solicita en la demanda que se le prohíba a C. I. Laborales, S. L., la realización de la mencionada actividad, más el pago de determinadas cantidades en concepto de indemnización por los daños morales y los perjuicios económicos causados. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia el recurso de apelación que interpone la demandada. Presenta TISA recurso de casación, que el TS acoge. (R. G. S.)

67. Distinción entre gastos necesarios y útiles. Relevancia a efectos de su abono de la buena o mala fe del poseedor. Modificación sobrevenida de la buena fe.—El artículo 453 CC distingue los gastos necesarios de los útiles. Los primeros responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente (S de 26 de noviembre de 1998), pues en todo caso los referidos desembolsos los hubiera tenido que hacer quien resulte vencedor en la posesión discutida, por lo que a efectos de evitar situaciones de enriquecimiento injusto, el referido artículo 453 CC, en relación al 455 CC, viene a otorgar el derecho de su reembolso a todos los poseedores, sin distinguir lo sean de buena o mala fe.

No sucede así respecto de los gastos útiles, los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementan su producción o su rendimiento, con repercusión consecuente de su mayor valor en venta. El Código Civil no define tales gastos y es sólo el artículo 57 LAR el que hace referencia a los mismos, al tener en cuenta las mejoras útiles, que refiere a las obras que se incorporan a la finca y ocasionan aumento duradero de su productividad, rentabilidad o valor agrario. A estos gastos sólo tienen derecho los poseedores de buena fe.

El desarrollo del motivo contiene el alegato de que el recurrente ostenta la condición de poseedor de buena fe continuada y por ello los gastos útiles le

deberán ser abonados hasta el cese definitivo en la posesión, asistiéndole el correspondiente derecho de retención.

La impugnación no procede ya que, conforme a los hechos probados, no se trata de un supuesto de total y plena ignorancia por parte del recurrente de los derechos que asistían a la actora, es decir, del vicio que podía invalidar su título de adquisición (art. 433 CC), pues en este caso sí conocía y tenía acceso para poder alcanzar que su compraventa de la finca podía resultar ineficaz, pues en la escritura de 10 de abril de 1989 se hace constar bien expresamente, en el capítulo de cargas, que según el Registro de la Propiedad constaba una sustitución fideicomisaria, ordenada por el padre de la demandante en su testamento y no figurando registralmente que ésta hubiera cedido sus correspondientes derechos, es decir, los conservaba y al consolidarse en la misma y acceder a la titularidad de la finca, conformaron título en virtud del cual plantó la demanda para reivindicarla.

Se trata, por tanto, de una sustitución fideicomisaria vigente y confirmada a favor de la actora, perfectamente conocida por el recurrente, al que si bien le asistía una buena fe de principio, por cuanto la titularidad de su derecho no había sido impugnada, aquella situación resultó alterada desde el momento en que fue emplazado para contestar a la demanda interpuesta por doña E. F. N., produciéndose una modificación sobrevenida de la buena fe que le asistía al ejercitar su derecho la demandante, derecho que permanecía expectante y subsistente, entrando en juego el artículo 435 CC en cuanto prevé que la posesión de buena fe pierde este carácter desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente y sin negar a éste el derecho a defenderse, por lo que no procede exigirle el allanamiento, evidentemente la situación registral conocida se tradujo en realidad jurídica materializada al promoverse demanda, recobrando su vigencia y efectividad el gravámen fideicomisario inscrito y es a partir del acto procesal del emplazamiento para contestar a la demanda cuando los gastos útiles que pudiera haber realizado el recurrente dejan de ser reembolsables y están desasistidos del derecho de retención, pues se presentan como gastos arriesgados, verificados a su comodidad y por su cuenta, con lo que la retención sólo abarca y despliega los efectos que la Ley le atribuye hasta el tiempo que la sentencia declara ha poseído de buena fe y esto es así, por lo que no se prolonga más allá y menos hasta que se produzca el cese definitivo en la posesión. (STS de 20 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El litigio que enfrenta a doña E. y a don F. se centra en la reivindicación por parte de la primera de una finca gravada con una sustitución fideicomisaria inscrita a su favor en el Registro de la Propiedad. Se opone el poseedor del inmueble, don F., y reconviene reclamando, para el caso de que se estime la pretensión de la actora, el abono de los gastos útiles y necesarios hechos en la finca. El Juzgado estima la demanda y, parcialmente, la reconvención condenando a la actora al abono de los gastos necesarios pero no al de los útiles en la medida solicitada por el poseedor demandado. Ape-lan ambas partes y la Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. El TS estima el recurso de casación que interpone el demandado pero sólo en el particular relativo a la condena en costas en la primera instancia. (R. G. S.)

68. Usucapión: posesión en concepto de dueño. Requisitos y sentido en el que debe entenderse que se trata de una «cuestión de hecho».—El motivo debe ser desestimado porque incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión al partir como probado del supuesto de hecho contemplado en la norma en contra de lo apreciado en la resolución recurrida sin haber obtenido previamente el reconocimiento de la realidad de aquél. Por ello, si la Sala de instancia llegó a la conclusión de que el demandante «no ha justificado su título de dominio porque ni posee la finca en concepto de dueño desde el año 1950, ni aun tomando como fecha inicial para el cómputo de la prescripción el año 1977, en que por primera vez se le abonan las rastrojeras, habrían transcurrido los treinta años exigidos por el artículo 1959 CC, y no puede decirse tampoco que poseyó en concepto de dueño, todo lo más cultivó con la tolerancia de sus auténticos propietarios (arts. 432, 444, 447, en relación con los arts. 1941 y 1959 CC)», es claro que no se han infringido los preceptos expresados en el enunciado con arreglo a los cuales sólo la posesión que se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para la usucapión del dominio, cuya exigencia es de aplicación tanto para la usucapión ordinaria como para la extraordinaria (SS de 8 de octubre de 1928, 9 de febrero de 1935, 23 de abril de 1948, 3 de octubre de 1962, 30 de septiembre y 20 de noviembre de 1964, 23 de junio de 1965, 3 de octubre de 1966, 19 de mayo y 26 de octubre de 1984, 11 de marzo de 1985, 6 de junio y 5 de diciembre de 1986, 2 de julio de 1991, 24 de enero y 10 de julio de 1992, 3 y 28 de junio de 1993, 7 de febrero y 17 de noviembre de 1997, 16 de noviembre de 1999 y 29 de diciembre de 2000).

La jurisprudencia viene reiterando que el requisito no es un concepto puramente subjetivo e intencional (SS de 20 de noviembre de 1964, 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 19 de junio de 1984, 5 de diciembre de 1986, 10 de abril y 17 de julio de 1990, 14 de marzo de 1991, 28 de junio de 1993, 6 y 18 de octubre de 1994, 25 de octubre de 1995, 7 y 10 de febrero de 1997 y 16 de noviembre de 1999), por lo que no basta la pura motivación volitiva (SS de 6 de octubre de 1975 y 25 de octubre de 1995) representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso además el elemento objetivo o causal (SS de 20 de noviembre de 1964 y 18 de octubre de 1994) consistente en la existencia de «actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico» (SS de 3 de octubre de 1962, 16 de mayo de 1983, 29 de febrero de 1992, 3 de julio de 1993, 18 de octubre y 30 de diciembre de 1994, 7 de febrero de 1997), «realización de actos que sólo el propietario puede por sí realizar» (S de 3 de junio de 1993); «actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios» (S de 30 de diciembre de 1994). La fijación, en el proceso, de la realidad o existencia de estos actos o circunstancias pertenece a la *quaestio facti*, por lo que su apreciación corresponde al juzgador de instancia, la cual sólo puede ser combatida en casación mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba fundada en la conculcación de una regla legal de prueba, pero, en cambio, el juicio de calificación mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados la significación jurídica de «en concepto de dueño» (concepto jurídico indeterminado) constituye una *quaestio iuris*, y, por ende, es susceptible de revisión en casación. En tal sentido debe entenderse la doctrina jurisprudencial cuando alude a la posesión en concepto de dueño como cuestión de hecho (SS de 27 de diciembre de 1945, 30 de septiembre de 1964, 30 de marzo de 1974, 20 de diciembre de 1985, 3 de junio

de 1993, 20 de octubre de 1994 y 25 de octubre de 1995) y declara vinculante en casación la apreciación de la resolución recurrida de no haber sido poseído el bien por el actor en aquel concepto (S de 25 de octubre de 1983, con cita de la de 28 de noviembre de 1983 y 16 de noviembre de 1999), y en tal sentido se han manifestado las recientes SS de 2 de diciembre de 1998 y 16 noviembre 1999.

Necesidad de acreditar externamente la interversión del concepto posesorio.—La doctrina sobre la relevancia de acreditar los «actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico» es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio (art. 436 CC), de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero *animus* o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa (SS de 6 de octubre de 1975, 13 de diciembre de 1982, 16 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1984, 29 de febrero y 10 de julio de 1992 y 25 de octubre de 1995), lo que por lo demás no supone más que aplicar una antigua regla del Derecho romano recogida en textos del *Corpus Iuris* (D 41.2.3.19, y C 7.32.5), aceptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y de la que se hicieron eco diversas sentencias de esta Sala (SS de 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 13 de diciembre de 1988 y 25 de octubre de 1995) con arreglo a la que «nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión» (*neminem sibi ipsam causam possessionis mutare posse*, en el texto del *Digesto*; y *nemo causam sibi possessionis mutare possit* en el texto del *Codex*; y en los cuales también parece existir base, —*sibi ipsum*, D; *nulla extrinsecus accedente causa*, C—, para entender que la prohibición se refiere sólo a la mera voluntad). (STS de 17 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio al que se refiere el recurso de casación versa sobre el dominio de una finca respecto de la que el actor ejercita acción declarativa de propiedad pretendiendo haber adquirido por usucapión determinadas parcelas. Los demandados reconvienen y ejercitan acción reivindicatoria como dueños de una concreta finca registral, existiendo acuerdo entre las partes en cuanto a la coincidencia de las parcelas que dice haber usucapido el actor y la finca registral, aunque no hay coincidencia exacta ni de superficie ni de límites. La sentencia del Juzgado estimó la demanda y desestimó las reconveniones, pero fue revocada en apelación desestimándose así la demanda y acogándose las reconveniones. La sentencia de apelación se apoyó en tres argumentos: la insuficiencia de la prueba aportada por el actor; la existencia de incontestables contrapruebas y la presunción, no desvirtuada, de existencia, pertenencia y posesión de la finca derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad que otorga a los titulares inscritos el artículo 38 LH. Interpone recurso de casación el actor y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

69. Identificación de la finca y principio de legitimación registral.—Si bien las inscripciones del Registro de la Propiedad acreditan solamente la actuación del funcionario encargado del mismo, pero no son docu-

mentos auténticos que comprueben por sí solos la realidad del derecho al ser mera corroboración del título en el que conste el derecho, también entiende esta Sala que cuando están definidos los linderos por los cuatro vientos de la finca reivindicada en las escrituras, y acreditada la identificación física de la finca, las dudas que subsistan sobre los linderos no pueden perjudicar al propietario que goza a su favor del principio de legitimación derivado del asiento registral, pues no cabe atribuir nula eficacia a la inscripción, ya que ésta ampara al titular también con la presunción de lo que diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica como a las circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, de manera que se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificada o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular *secundum tabulas* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de la prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada según lo dispuesto en los artículos 1, 9, 21, 38 y 41 LH. Así se expresa la sentencia del TS de 31 de marzo de 1953, en el sentido de admitir, en principio, la descripción registral, lo que refuerza la conclusión sobre identificación plena en este caso.

La identificación de la cosa a efectos del recurso de casación es cuestión de hecho.—La jurisprudencia (SS de 23 de mayo de 1984, 7 de febrero y 7 de octubre de 1985, 17 de febrero de 1987, 10 de junio y 4 de noviembre de 1993, 19 de febrero y 9 de julio de 1996, entre otras muchas), ha declarado, a efectos del recurso de casación, que todo lo referente a la identificación de la cosa es cuestión de hecho.

La compraventa hecha por los demandados de finca adquirida con anterioridad por la actora, aunque inscrita, no tiene protección hipotecaria al conocer los demandados la adquisición de la demandante.—La alegación de los demandados del artículo 1462 CC al considerar la escritura pública otorgada a su favor e invocar que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultase o se dedujese claramente lo contrario; y la consiguiente alegación de que, al adquirir públicamente, el día 5 de junio de 1993, el local comercial inscrito en ese momento a nombre de la *Cooperativa de Viviendas Nuestra Sierra de Segovia*, de buena fe, amparados en el asiento registral previo a la trasmisión, determina la protección que se previene en el artículo 34 LH para el adquirente de buena fe, con presunción de que el Registro de la Propiedad es exacto e íntegro, cualquiera que fuese la realidad jurídica extrarregistral; y que, por tanto, la protección no se deriva del asiento practicado a su favor, sino del asiento anterior, que constituye, según los recurrentes, presunción *iuris et de iure*, no pueden ser aceptadas.

Las razones para la referida falta de aceptación de los motivos esgrimidos radican en la circunstancia de que el 4 de septiembre de 1990, fecha señalada para la primera subasta, compareció ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Segovia, doña J. I. M. a los efectos de señalar que su esposo, don J. I. de F. B. tenía suscrito contrato de arrendamiento; y el día 9 de mayo de 1991, otorgada la escritura de compraventa, que es título de la entidad actora, en el Juzgado se dio traslado a ésta del contrato de opción de compra y promesa de venta citado de fecha 14 de febrero de 1987.

Sin perjuicio de que este documento privado no podía tener valor frente a terceros antes de su incorporación a un registro público, lo que se hizo con

posterioridad al otorgamiento de la escritura de compraventa a favor de la entidad recurrente, aparece que el conocimiento del proceso de apremio que tenían los recurrentes no permite conceder la condición de tercero de buena fe a los demandados en el momento de la adquisición del local reivindicado en escritura otorgada por la Cooperativa; con todo lo cual la presunción de buena fe exigida por el artículo 34 LH desaparece, conforme a lo dispuesto en su párrafo segundo, ya que se ha probado que los demandantes conocían la inexactitud del Registro. (STS de 23 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados en la instancia formulan recurso de casación contra la sentencia de apelación que declaró que *HASA, S. A.* era propietaria de la finca urbana en litigio y su derecho a reivindicarla a los demandados, dando lugar al desalojo de éstos, que carecían de cualquier derecho a poseerla. El TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

70. Caracteres esenciales de la hipoteca de máximo.—Según autorizada doctrina científica, la hipoteca de máximo, que se sitúa dentro del grupo genérico de las hipotecas de seguridad, y que, salvo en la modalidad de hipoteca de garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, carece de regulación global específica en nuestra legislación hipotecaria, es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios; de este concepto se desprenden las siguientes notas básicas en esta clase de hipoteca: *a)* fijación de un límite superior de responsabilidad hipotecaria; *b)* indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la misma; *c)* indicación del crédito en sus líneas fundamentales; y *d)* concreción por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado.

Hipoteca de máximo y principio de especialidad.—Al respecto, la sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación: «[...] hay que observar el especial sentido que da a toda la cláusula la frase “y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan”, ya que constituye una auténtica fórmula abierta y, en consecuencia, contraria al principio de especialidad, el cual exige la identificación de las obligaciones garantizadas con la hipoteca, lo que, por consiguiente, determina la nulidad de la hipoteca litigiosa».

Esta Sala coincide con la instancia en la precisión de que el inciso indicado supone una auténtica fórmula abierta, que es contraria al principio de especialidad, pero discrepa en que su inclusión en la cláusula produzca la nulidad de la hipoteca, a causa de la pormenorizada lista de relaciones jurídicas igualmente reseñadas de que puede provenir la obligación asegurada.

Conviene acercarse a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta cuestión.

La RDGRN de 4 de julio de 1984 ha rechazado la inconsistente referencia a «las diversas operaciones crediticias que en la actualidad tienen los bancos acreedores con la sociedad deudora»; la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 ha desechado la hipoteca que trataba de garantizar un saldo sin precisión de los conceptos de abono y de cargo en la cuenta, cuyos «créditos entre sí no tienen conexión causal y a los que se identifica con datos más o menos completos y también el importe de otras obligaciones que quedan en total

indeterminación, tanto en su futura existencia, que queda al arbitrio del banco, como en cuanto a su fuente y causa»; la RDGRN de 26 de noviembre de 1990 expresa que no puede admitirse una hipoteca en la que la determinación del objeto del contrato quede al arbitrio de una sola de las partes; la RDGRN de 3 de octubre de 1991 indica que la hipoteca no puede configurarse como la afección de todo o parte del valor en cambio del bien gravado a favor de un determinado sujeto, de manera que no puede admitirse la hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, presentes o futuras, pues el carácter accesorio de la hipoteca requiere una adecuada justificación de la obligación garantizada, pudiendo tratarse de una obligación futura, por supuesto, pero en este caso debe quedar perfectamente identificada, al tiempo de la constitución, la relación jurídica de que derive la obligación que ha de asegurarse; la RDGRN de 17 de enero de 1994 manifiesta que, si bien esta Dirección General tiene afirmado que en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se ha de acoger, en cuanto a los datos relativos a la obligación garantizada, con cierta flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, en el presente caso dista de cumplirse con los mínimos exigibles, pues ni cabe la constitución de hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes, ni es posible garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras, respecto a las cuales según expresa esta Resolución, «ya decidió este centro directivo por Resolución de 17 de enero de 1994, basándose en las razones que en ella quedaron expuestas, que se exige que el crédito, por el momento inexistente y que haya de quedar garantizado, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes, y ocurre en el caso planteado que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica previa sino las que en un futuro queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor».

Estas Resoluciones no ofrecen duda sobre la inadmisión de la hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, concebida para toda clase de obligaciones, así como la necesidad de la adecuada justificación de la obligación garantizada, sea presente o futura, pero en esta última hipótesis debe quedar perfectamente identificada, cuando se constituya la hipoteca, la relación jurídica de que derive la obligación que debe asegurarse. (STS de 27 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Inmobiliaria Peñarrubia, S. A.* y el *Banco Pastor* suscribieron una hipoteca de máximo con el objeto de garantizar las operaciones concertadas entre la inmobiliaria y la entidad financiera. En la escritura de hipoteca se incluía una cláusula –fundamental para la suerte de los pleitos trabados– cuya imprecisa formulación arrojaba dudas sobre el alcance de las obligaciones aseguradas. La inmobiliaria acude al Juzgado en demanda de la nulidad de la escritura y de la liquidación de saldo de la hipoteca efectuada por el banco amén de una indemnización por los daños derivados de la ejecución de la hipoteca. El Juzgado desestimó la demanda pero la Audiencia estimó parcialmente la apelación de la actora. Recurren en casación el banco y la inmobiliaria. Ha lugar al recurso interpuesto por el *Banco Pastor*. (R. G. S.)

71. Notificación del procedimiento ejecutivo hipotecario a los titulares de derechos reales sobre el inmueble hipotecado: supuesto de titularidades *ob rem*.—El motivo segundo alega infracción del artículo 131, regla 5ª, LH y 225 RH y de la jurisprudencia que interpreta su aplicación; se argumenta que, habiéndose notificado la existencia del procedimiento judicial sumario a quien en la certificación de cargas aparecía como titular dominical del predio dominante en la inscripción registral del predio sirviente, se cumplió el requisito exigido por la regla 5.ª del artículo 131 LH.

Dice la STC 69/1995, de 9 de mayo, que «este Tribunal ya señaló en STC 6/1992 que, si bien la posibilidad abierta a los interesados de acudir al oportuno proceso declarativo para la defensa de sus derechos que prevé el artículo 132 LH, permite declarar la constitucionalidad del denominado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero y garantizando, en todo caso, su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de “ejercer el juicio declarativo correspondiente” que le reconoce la ley, ya que esta conclusión podría ser cierta en determinados casos, pero no en todos, dependiendo ello de las circunstancias, que no son siempre las mismas».

Indudable la legitimación de la comunidad actora para ejercitar la acción de nulidad del procedimiento judicial sumario seguido a instancia de la recurrente en casación por su carácter de tercero perjudicado en sus derechos, no puede obviarse que los propietarios integrantes de la comunidad demandante son titulares dominicales del predio dominante de la servidumbre que gravaba la finca hipotecada objeto de la ejecución; esta titularidad es una titularidad *ob rem*, unida al dominio del predio dominante independientemente de quien aparezca como propietario de ese predio en la inscripción causada por el acto constitutivo de la servidumbre en la hoja registral del predio sirviente, al no ser necesario que se hagan constar en ésta las sucesivas transmisiones del predio sirviente. Esta titularidad de un derecho real de servidumbre exigía la notificación a quienes la ostentaban, de la existencia del procedimiento ejecutivo hipotecario a los efectos de poder ejercer los derechos que la propia Ley hipotecaria les reconoce; ese derecho a la tutela judicial no puede quedar sometido a la conducta del anterior titular del predio sirviente al que, con apoyo en la certificación registral de cargas, se le haya hecho la notificación. No resultan, por tanto, infringidos los preceptos que se citan en el motivo que ha de ser desestimado. (STS de 17 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Caja de Ahorros y de Pensiones de Barcelona* ejecuta una hipoteca por el procedimiento del artículo 131 LH. La finca hipotecada estaba gravada con un derecho real de servidumbre. La comunidad de propietarios, actora, pretende la nulidad del procedimiento basándose en que a los propietarios del predio dominante, titulares de la servidumbre, no se les ha notificado la existencia del procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La *Caja de Ahorros* formula sucesivamente recurso de apelación y de casación siendo ambos desestimados. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

72. Alimentos: criterios para la fijación de su cuantía.—Constituye una exigencia especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 CC, la valoración de la capacidad económica del alimentante a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos en el supuesto de los hijos menores de edad. Así, en este caso, los criterios deberán de ser más amplios y beneficiosos para el menor, dadas las peculiares características de este tipo de deudas dónde existe un interés público de protección del alimentista por su vínculo de edad y filiación (SSTS de 21 de noviembre de 1986 y 5 de octubre de 1993).

Uniones de hecho: pensión compensatoria.—Si bien es cierto que la jurisprudencia anterior consideraba inaplicable la pensión compensatoria a las uniones de hecho, satisfaciendo estas necesidades indemnizatorias por la vía de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente se ha producido un cambio en la doctrina jurisprudencial (ver en este sentido las SSTS de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) que considera más adecuada la aplicación analógica del artículo 97 CC a estas uniones extramatrimoniales. (STS de 16 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la ruptura de la unión de hecho de seis años de duración, doña R. G. G. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre adopción de medidas extramatrimoniales contra don J. J. A. R.

El Juzgado de Primera Instancia atribuye la guarda y custodia a la madre, con un régimen de visitas a favor del padre, una pensión alimenticia para el menor también a cargo del padre, y una pensión compensatoria que el demandado deberá de abonar a la actora. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia, reduciendo la pensión alimenticia y dejando sin efecto la pensión compensatoria. El TS estima el recurso de casación interpuesto, anulando la sentencia de la Audiencia y confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado.

NOTA.—La presente sentencia viene a consolidar la jurisprudencia del TS favorable a la aplicación analógica a las uniones de hecho de las pensiones compensatorias previstas en el artículo 97 CC. Resulta más idónea dicha aplicación analógica para proteger los intereses de los convivientes, que la anterior postura jurisprudencial basada en la aplicación sistemática de la doctrina del enriquecimiento injusto. Ante la semejanza existente entre el supuesto de hecho que contempla el artículo 97 CC y la situación que surge en el momento de la ruptura de la convivencia estable y duradera de la pareja de hecho, y dada la ausencia de una regulación legal, lo más correcto es acudir a la fuerza expansiva del propio ordenamiento aplicando en virtud de la analogía *iuris* el mencionado artículo.

Así lo han contemplado también las Comunidades Autónomas que cuentan con su propia regulación sobre parejas de hecho, reconociendo —cuando sus atribuciones competenciales lo permiten— una pensión compensatoria a favor del conviviente que tras la ruptura de la unión se vea perjudicado económicamente, restableciendo

de esta forma el equilibrio entre los patrimonios de los miembros de la pareja. Este es el caso de las Comunidades catalana, aragonesa, navarra y balear.

También es necesario destacar como la línea jurisprudencial, abierta con la STS de 27 de marzo de 2001, actualmente está plenamente consolidada, puesto que la STS de 17 de enero de 2003 (posterior a la reseñada) se manifiesta de nuevo a favor de la aplicación analógica del artículo 97 CC a las uniones de hecho.

Son de especial interés para el estudio del tema relativo a la aplicación analógica de las pensiones compensatorias a las parejas de hecho los comentarios de jurisprudencia realizados por Crespo Mora, M.^a del Carmen, «Comentario a la STS de 27 de marzo de 2001», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002, pp. 513-524; y Salazar Bort, Santiago, «Parejas de hecho y pensión compensatoria. (Comentario a la STS de 5 de julio de 2001)», en *Actualidad Civil*, 2002-II, pp. 751-758. (S. E. M.)

73. Fraude de acreedores: el convenio regulador de separación matrimonial no puede conllevar la total insolvencia de una parte.—Aun reconociendo que la pensión compensatoria no es una donación, ni puede considerarse el importe de la misma como una concesión graciosa que hace uno de los cónyuges al otro en razón a los años de matrimonio, sino que se hace para restablecer la desigualdad económica que la ruptura matrimonial supone para uno de los contrayentes en relación con el otro, y en algunos supuestos, como puede ser el caso presente, para compensar la dedicación exclusiva a la familia de la mujer durante el matrimonio y al cuidado de los hijos comunes, y en este caso, además, habida cuenta de los treinta años de vida en común. Sin embargo, la sentencia de instancia entiende que se da ese *consilium fraudis*, en la esposa, al apreciar la prueba de confesión y el reconocimiento de la señora A., de que su marido se quedaba en completa insolvencia.

Fraude de acreedores: la dación en pago para el abono de una pensión compensatoria no significa variación del régimen económico matrimonial.—El artículo 1317 CC se refiere a las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio, y en este supuesto, como es sabido, no hay variación del régimen de matrimonio, sino de lo que se trata, es una vez acordada la cesación de la vida en común de los cónyuges, y establecida la obligación del marido de pagar una pensión compensatoria, y para llevar a efecto la misma, transmite a la mujer separada la propiedad de todos sus bienes inmuebles y procede a inscribir en el Registro de la Propiedad este acto de enajenación de su patrimonio inmobiliario a favor de su mujer, sin que pueda afectar tales actos al régimen económico del matrimonio, cuando éste ha fenecido a consecuencia de la sentencia firme de separación.

Efectos del aval solidario.—Es facultad del acreedor, en el caso que existan dos avalistas obligados solidariamente, reclamar del deudor que estime más conveniente dada la naturaleza de este vínculo. (STS de 20 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco de Fomento, S. A. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza en la que se

solicitaba la rescisión por fraude de acreedores de la transmisión de bienes efectuada en concepto de pensión compensatoria por parte de J. D. R. a su esposa I. A. C. Los bienes dados en concepto de pensión compensatoria tenían un valor muy superior a los veintinueve millones de pesetas que fijaba el convenio, hecho por el cual el Tribunal de instancia estimó la demanda de rescisión por fraude interpuesta por el banco. Apelada la sentencia por la parte demandada, fue confirmada íntegramente por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

74. Inmueble inscrito como presuntamente ganancial. Embargo por una deuda ganancial. Tercería de dominio: el cónyuge no deudor no está legitimado para interponerla.—El TS afirma que, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge no deudor debe desestimarse por dos razones: *a)* el cónyuge no deudor no tiene la cualidad de tercero, y *b)* no es propietario en exclusiva del bien en litigio.

Tercería de dominio. Presupuesto inexcusable: título de dominio.—El TS afirma en jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 4 de diciembre de 1931, 18 de agosto de 1934, 5 de octubre de 1971, 21 de junio de 1982 y 19 de febrero de 1992) que la expresión «título de dominio» no equivale a documento preconstituido sino a la justificación dominical «consistente en la prueba de algunos de los llamados modos de adquirir la propiedad».

Sociedad de gananciales: comunidad de tipo germánico.—Jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Civil del TS señala que la sociedad de gananciales no es equiparable a una comunidad de bienes de los artículos 392 a 406 CC (comunidad de tipo romano).

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales no existen cuotas; esto es, no puede afirmarse que cada cónyuge sea propietario de la mitad de los bienes gananciales. Lo anterior permite a nuestro Alto Tribunal afirmar que los cónyuges, hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, sólo tienen un derecho expectante sobre los bienes gananciales. (STS de 31 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña S. A. E. V. S. interpone una tercería de dominio contra las entidades mercantiles *Basander de Leasing, S. A.* y *Sumay, S. A.*, y don V. S. S., solicitando se dicte sentencia en la que se declare que los bienes embargados, descritos en la demanda, son propiedad de la demandante, así como que se ordene el alzamiento del embargo trabado sobre dichos bienes.

El Juzgado de Primera Instancia absuelve a los demandados al estimar la excepción de litispendencia invocada por uno de los codeemandados. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto (revoca y deja sin efecto la estimación de la excepción de litispendencia y, entrando en el fondo de la cuestión, absuelve a los demandados). El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

75. Disolución de la comunidad de bienes: subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar.—La doctrina jurisprudencial considera que

aunque el titular dominical puede pedir la división de la cosa común, la cesación de esta comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso que corresponda al otro cotitular. Por este motivo, una vez atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar a un cónyuge por sentencia de divorcio, este derecho se mantendrá indemne ante la eventual venta del bien en subasta pública, salvo modificación por voluntad de los interesados o por decisión judicial del órgano competente en relación al proceso matrimonial (SSTS de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio y 16 de diciembre de 1995 y 27 de diciembre de 1999).

Imposición de costas: artículo 523 LEC.—No es posible considerar que existe una estimación total de la demanda, cuando el motivo que se acoge por la Sala es una cuestión valorable como excepción y su eventual acogida no produce ninguna desarmonía en el proceso, por lo que su acogimiento en relación al pronunciamiento sobre las costas habrá de regirse por lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 523 LEC. (STS de 26 de abril de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don A. C. F. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre acción de división de cosa común contra doña M. C. P. L., solicitando se declare la extinción de la comunidad existente entre el actor y su esposa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando la procedencia de la división y del procedimiento de venta a favor de la consorte parte demandada. En grado de apelación, la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia, declarando procedente la división sin perjuicio del derecho de uso exclusivo de la vivienda conyugal del que disfruta la demandada en virtud de decisión judicial. El TS, en casación, estima parcialmente el recurso interpuesto, en el solo sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se recogen las disposiciones relativas a la condena en costas en el artículo 394. En este artículo se establece el llamado criterio del vencimiento como regla general en la imposición de costas en la primera instancia y, además, se contemplan las circunstancias que con mayor frecuencia han servido a la jurisprudencia para excepcionar de la victoria procesal en esta materia (complejidad de la cuestión litigiosa, falta de claridad de la norma, ambigüedad del tratamiento legal o diversidad de criterios judiciales). Este criterio pretende restringir la fórmula del anterior artículo 523 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 que establecía un criterio de vencimiento atenuado, donde había una mayor flexibilidad a la hora de apreciar las circunstancias excepcionales. (S. E. M.)

76. Falta de colaboración del demandado a las pruebas biológicas de paternidad.—El TS recuerda que es doctrina reiterada la que —sin atribuir directamente a la negativa del demandado a colaborar en la prueba hematológica, el valor de una *ficta confessio*, ni la *admisión implícita* de la paternidad—, sí estima que esa falta de colaboración es *un indicio especialmente*

valioso o significativo que, unido a otras pruebas, hace posible declarar la paternidad del demandado (FD 1.º).

Obligación de posibilitar las pruebas biológicas de investigación de la paternidad y límites.—La obligación del demandado de posibilitar la prueba biológica de la paternidad se deriva del artículo 39.2 CE, conforme al cual «*la ley posibilitará la investigación de la paternidad*». No se trata de pruebas degradantes ni contrarias a la dignidad de la persona. La obligación de someterse a ellas podría cesar si supusieran un grave riesgo para la salud. En otro caso, siempre que existan razones que justifiquen la decisión judicial de realizar la prueba, el demandado debe someterse a ella, sin que los derechos fundamentales a la intimidad o a la integridad física puedan invocarse como límite al cumplimiento de esta obligación (FD 1.º). (STS de 17 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose ejercitado acción sobre reclamación de filiación no matrimonial, el demandado se negó a colaborar en la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad. No obstante, declaró conocer a la madre e incluso a los hijos de ésta, y haber tenido encuentros ocasionales en el lugar de trabajo y en el domicilio de aquélla. También se adjuntaron fotografías a los autos. Como resultado del conjunto de la prueba, en ambas instancias se estimó la demanda, y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

77. Relaciones paterno-filiales: privación de la patria potestad.—Para poder privar total o parcialmente de la patria potestad a los progenitores, en virtud del artículo 170 CC, es necesario un incumplimiento grave, probado y reiterado de los deberes inherentes a la misma. La despreocupación y el alejamiento temporal, al menos externo o formal, de uno de los progenitores, sin perjuicio de las desavenencias existentes en la pareja, no constituyen por sí mismos una causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad. Salvo en el supuesto de desamparo total del menor, y dado que éste tiene derecho a conocer, relacionarse y continuar las relaciones futuras con sus progenitores, ha de concederse la oportunidad de poder ejercer y cumplir los deberes que a dichos progenitores les corresponden, protegiendo de esta manera el principio fundamental de actuar siempre en beneficio del menor (SSTS de 5 de octubre de 1987, 11 de octubre de 1991, 10 de enero de 1992 y 6 de julio de 1996).

Derecho de visitas: limitaciones.—La doctrina jurisprudencial considera que el derecho de visitas no debe ser objeto de una interpretación restrictiva, ya que su finalidad primordial es la reanudación de las relaciones paterno-filiales, evitando con ello las rupturas definitivas. Tan sólo está justificada la limitación o el cese de este derecho cuando se dé un peligro real y concreto para la salud física, psíquica o moral del menor (SSTS de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992, 22 de mayo y 21 de julio de 1993). (STS de 9 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L. S. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra doña G. P. J. para la fijación del régimen de visitas de su hijo. Doña G. P. J. contesta la demanda solicitando

la privación de la patria potestad al actor y la suspensión del derecho de visitas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvenición, y declara que la titularidad de la patria potestad la ostentarán ambos progenitores, si bien el ejercicio le corresponderá exclusivamente a la madre, bajo cuya guarda queda el menor. La sentencia es recurrida por la demandada ante la Audiencia Provincial, que desestima el recurso confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Tras el informe del Ministerio Fiscal que comparte la doctrina de la sentencia apelada, el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (S. E. M.)

DERECHO DE SUCESIONES

78. Interpretación de testamento: doctrina general: interpretación psicológica o personalísima.—Según reiteradísima doctrina de esta Sala, la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que resulten ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley. En el presente caso se ha acudido a una interpretación psicológica o personalísima, tendente a explorar la voluntad real del testador siempre que tal voluntad resulte de *circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento* (SSTS de 31 de diciembre de 1996 y 26 de abril de 1997), es decir, a una interpretación del testamento ajustada a la jurisprudencia de esta Sala; así se valora todo el conjunto de factores que permiten explicar por qué el testador, en vez de legar el piso por entero a su segunda esposa, adoptó la fórmula de legarla su participación ganancial, destacando entre tales factores extrínsecos, como especialmente relevantes, la inscripción registral del piso desde varios años atrás como presuntivamente ganancial del testador y su segunda esposa, es decir, la propia legataria, y los conocimientos jurídicos del testador, Procurador de los Tribunales, según consta tanto en los documentos privados como en la escritura pública de compraventa y en el propio testamento, y sabedor, por tanto, del alcance de dicha inscripción (arts. 866, 1379 y 1380 CC), de suerte que acaba resultando plenamente razonable y coherente la conclusión del Tribunal sentenciador en orden a que la verdadera voluntad del testador *no era otra que la de legar el íntegro dominio de que era titular en el piso litigioso a su cónyuge; esto es, a todo evento, aun siendo ganancial, y con mayor evidencia al ser privativo.* (STS de 24 de mayo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—En su testamento, otorgado en estado de bínubo, el testador lega a su segunda esposa su participación ganancial en el piso litigioso, y el usufructo del resto de sus bienes. Instituye herederos a sus cuatro hijos del primer matrimonio y les sustituye por su descendencia. Una hija del primer matrimonio impugna la validez del legado, habiendo declarado la Audiencia que existía una clara voluntad de legar el íntegro dominio de que era titular sobre el piso

litigioso a su segunda esposa, y ello a todo evento, aun siendo ganancial con esta última y con mayor evidencia al ser privativo, como a la postre resultó ser.

La argumentación del recurso resulta harto rebuscada; se dice que si el artículo 862 CC declara nulo el legado de cosa ajena, si el testador ignora esta circunstancia, también sería nulo si el testador ignora que la casa ya no era ganancial sino privativa suya, y razona que en tal caso sólo le hubiera dejado el usufructo como hizo con los demás bienes; si el testador hubiera querido que su esposa se convirtiera en dueña de todo el piso, se lo hubiera podido legar conforme al artículo 1380 CC, el piso o su valor. Hay que decir que la interpretación que hace el recurso del artículo 862 párrafo 1.º CC, es contraria a la habitual de la doctrina (por todos, cfr. Ossorio Serrano en *Comentarios Min. Justicia*, I, p. 2108). El apoyo que se busca en el artículo 1380 CC resulta poco sólido; si lega la mitad de los gananciales que le corresponden sobre el piso es porque la otra mitad ya le pertenecería a la legataria al dividirse la sociedad; pero ocurre que el bien no es ganancial sino privativo del testador, luego el argumento carece de base. La sentencia en su conjunto (Pte.: Marín Castán) es de aprobar, aunque acaso la denominación de interpretación *psicológica o personalísima* suscite alguna reserva. También es de valorar el silencio de los otros tres hijos del causante que han aceptado tácitamente que la segunda esposa de su padre sea propietaria de un piso, —al parecer, con funciones de residencia secundaria. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

79. Competencia desleal. Riesgo de asociación.—Debe sustentarse, de un lado, en una consideración global de la presentación del producto, sin fragmentación de sus distintos elementos, y, de otro, en una muy especial atención a los principios informadores de la Ley de competencia desleal que, como indica su preámbulo, contempla una vertiente hasta entonces desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal: la derivada del principio de protección del consumidor en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, razón por la cual dicha Ley se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. (STS de 1 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Schlegel, S. A.* presentó al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Terrassa demanda contra la entidad *Tecseal, S. A.* don José V. P., don J. M.ª V. C., don L. L. B., don A. G. B. y don C. G. L., sobre competencia desleal. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por los demandados, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente al recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

80. Contrato de agencia. Concepto. Distinción de figuras afines.—El artículo 1 de la Ley 12/1992 caracteriza la figura del agente por el dato de promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o de promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones. En el caso en cuestión, la entidad recurrida, en cambio, se limitaba a distribuir productos a los clientes de la propia recurrente, no a la promoción de contratos por cuenta o en nombre de ella, y a la venta a sus propios clientes de los que adquiriría en exclusiva de la recurrente. Son dos relaciones jurídicas distintas. La segunda es claro que no es agencia. La primera tampoco. La recurrida había contraído por ella la obligación de almacenaje, reparto y distribución de productos destinados a clientes propios de la recurrente a cambio de una comisión. Esta actividad es objeto de un contrato innominado del tipo *do ut facias*, que nada tiene que ver con la venta o distribución en exclusiva, ni es promoción de ninguna operación de comercio; los clientes a los que sirve las mercancías la recurrida lo son de la propia recurrente, no adquiridos para ella por el trabajo de la primera.

Contrato de agencia. Aplicación analógica de las normas del contrato de agencia a la concesión en exclusiva: límites.—La jurisprudencia es favorable a la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de agencia, si bien ha de matizarse, en el sentido de que es procedente aquella aplicación pero con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva, y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato. La razón de recurrir al procedimiento analógico consiste en que tanto el agente como el concesionario son distribuidores de productos del principal o concedente, actúan en interés del mismo, promoviendo ventas, si bien a través de instrumentos jurídicos distintos. La Ley 12/1992 es un derecho especial, para la materia de contrato de agencia, no contiene normas excepcionales, que son las no susceptibles de aplicación analógica, sino una regulación específica para una materia concreta, lo que en modo alguno significa por sí misma una normativa que se aparte o contradiga la regulación de las obligaciones y contratos en general.

Contrato de agencia. Desistimiento unilateral. Preaviso.—La jurisprudencia admite el desistimiento unilateral, siempre con la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte la terminación. De lo contrario, sería abusivo el ejercicio de esta facultad o no conforme a la buena fe. El juzgar sobre si el tiempo de preaviso es o no razonable ha de hacerse con vistas a las circunstancias de cada caso.

Contrato de agencia. Desistimiento unilateral. Indemnización.—El adelantar la terminación tres meses a la fecha en que hubiera sido correcta, obliga a la recurrente a indemnizar por el tiempo en que, pudiendo estar en vigor el contrato, sin embargo no lo estuvo. Ahora bien, sucede que la recurrida cesó inmediatamente en sus actividades con la recurrente, no se benefició de esos dos meses de preaviso, por lo que mal puede exigir indemnización no ya por la extinción misma del contrato como sin razón alguna pretende, pues no hay ninguna duda de que la recurrente tenía la facultad de desistir unilateralmente, sino por los cinco meses que debía de haber durado el preaviso, ni por los tres que faltaban desde la fecha en que debía de terminar según el requerimiento. Efectivamente, si no aprovechó los dos meses de preaviso, extinguiendo inmediatamente el contrato, no es razonable que se le indemnice por ellos ni por los tres que faltaban.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela. Improcedencia.—Es arbitraria la aplicación del artículo 28 de la Ley 12/1992 a una mera consolidación o mantenimiento de dicha clientela, y mucho más cuando ello se sustituye por una presunción sin base fáctica probada.

Contrato de agencia. Indemnización por «pérdida de imagen» y por reestructuración de personal. Improcedencia.—Ambas carecen de sentido, pues la recurrida sabía lo indeterminado de la fecha de extinción de la distribución, y que la misma era previsible. No es un suceso anormal que irrumpe en el proceso de desarrollo del contrato sino previsible, y ante ese evento no tomó ninguna precaución adecuada en forma de cláusula indemnizatoria. A la reestructuración de personal se pueden aplicar las mismas consideraciones, a las que hay que añadir lo poco racional que resulta que los gastos necesarios para dar cumplimiento a un contrato se hagan gravitar sobre la contraparte que lo extingue legalmente. (STS de 28 de enero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Lácteos Lallana, S. A.*, interpuso ante el Juzgado número 13 de Zaragoza demanda contra *Mantequerías Arias, S. A.*, en reclamación de cantidad por extinción unilateral de la exclusiva que tenía concedida a la actora; la demandada reconvino la reclamación de cantidades que la actora le adeudaba. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda principal, y estimó parcialmente la reconvencción. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por *Lácteos Lallana, S. A.* El TS haber lugar a la casación planteada por *Mantequerías Arias, S. A.* (N. D. L.)

81. Contrato de seguro multirriesgos transportistas. Interpretación.—La normativa de la interpretación de los contratos y especialmente el artículo 1288 CC que consagra la regla *contra proferentem* en cuya virtud la parte contratante, en este caso, la compañía aseguradora que redacta una cláusula oscura, como la determinación de la persona del conductor y el concepto de éste, no puede aprovecharse de la misma en su beneficio y motivar la total falta de pago de la suma asegurada. En definitiva, debe interpretarse el contrato en el sentido de que los vehículos deben quedar totalmente identificados y los conductores son los que conducen el vehículo sin que se exija —porque no lo exige— que estén individualmente identificados en el contrato. (STS de 14 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña L.R. G. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de El Ejido contra *Hércules Hispano, Seguros y Reaseguros* sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia desestimó las pretensiones del actor. La Audiencia Provincial de Almería confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

82. Contrato de seguro. Interés del asegurado: determinación.—La Ley de contrato de seguro no siempre utiliza la palabra asegurado en un sentido estricto que serviría para designar a la persona titular del interés asegurado y a la que corresponden los derechos que derivan del contrato, sino que en

ocasiones la emplea en sentido amplio, comprensivo también de las figuras del tomador del seguro y del beneficiario. Si bien muchas veces coinciden en la misma persona las cualidades de tomador del seguro, asegurado y beneficiario, no dejan de ser frecuentes los supuestos en que las mismas corresponden a sujetos distintos, como sucede en el caso que nos ocupa, en que concurre en el señor R. V. el carácter de asegurado, además del de tomador del seguro y a la par titular del interés en atención al cual el contrato se ha celebrado, como beneficiario designado en el mismo, en tanto que otros asegurados son distintas personas pertenecientes a su empresa, que aun cuando ostentan algunas facultades y hayan de cumplir determinadas obligaciones, no ostentan en cambio interés alguno en relación con el riesgo que sobre ellos recae. A partir de este planteamiento, resulta evidente que cuando se habla en la ley del prevalente interés del asegurado ha de entenderse que dicha protección podrá ser reclamada exclusivamente por quien en verdad ostente el interés que ha determinado la concertación del seguro, persona que muchas veces será el asegurado, si bien en otras ocasiones, cuando, como en la presente, sean distintos el asegurado y el beneficiario no puede dudarse que tal protección debe dispensarse únicamente a este último.

Contrato de seguro. Consentimiento del asegurado: presunción.—La exigencia del artículo 83 LCS respecto a la existencia de consentimiento del asegurado, cuanto éste no ha sido el tomador del seguro, no siempre requiere la constancia por escrito pues según el propio precepto, el mismo puede presumirse de otra forma. No sólo la sentencia recurrida entiende acreditado, tras la valoración de la prueba testifical practicada que el trabajador accidentado, señor C. O., tenía que conocer la existencia del seguro, sino que habiendo sido formalizado el contrato de autos el 9 de marzo de 1989, era de obligada observancia el artículo 50 del Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento de Ordenación del seguro privado, que impone que en los seguros de vida además de la póliza se utilice el boletín de adhesión suscrito conjuntamente por el tomador del seguro y el asegurado, y considera como infracción muy grave en su artículo 124 la utilización de documentación contractual sin cumplir lo establecido en los artículos 47 a 54 del propio Reglamento. La alegación respecto a la falta de constancia del consentimiento del señor C. O. a la formalización del seguro o carece de la más mínima seriedad o, en otro caso, sería reveladora de un grave descuido de la recurrente en la observancia de las normas reguladoras de la actividad aseguradora, del cual no puede pretender la misma obtener un beneficio.

Contrato de seguro. Beneficiario: interpretación.—El artículo 84 LCS, aplicable también al seguro de accidentes por expresa disposición de su artículo 100, faculta al tomador del seguro para designar beneficiario. A su vez, en el artículo 102 se fijan las consecuencias de que, ya el propio asegurado, ya el beneficiario, causen dolosamente el siniestro, lo que está evidenciado que la ley expresamente admite que la condición de beneficiario no tiene por qué coincidir con la de asegurado. Por otro lado, la posición preferente del tomador del seguro, que se desprende de diversos preceptos de la Ley 50/1980 (arts. 7, 84, 85, 87, 92, 95 ...) se reafirma en las Condiciones Generales del seguro de accidentes de autos, al establecerse en la cláusula 5.1.2 que en caso de invalidez permanente la indemnización se pagará al tomador, condición que en el presente caso concurre —junto con la de beneficiario— en el señor R. V. Además, nos hallamos ante un contrato redactado previa y unilateralmente por una empresa y que, por tanto (art. 1288 CC y art. 10.2, párra-

fo segundo, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, por referirnos únicamente a la legislación vigente en la fecha en que la póliza se formaliza) las dudas en su interpretación no deberán favorecer a la parte que hubiere ocasionado su oscuridad, sino que han de resolverse en contra de quien las haya redactado. (STS de 25 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. R. V. V. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Sevilla demanda contra la *Compañía Aseguradora Grupo Vitalicio, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Ambas partes litigantes recurren en apelación, dictando la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla sentencia en la que confirma la resolución apelada. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

83. Contrato de seguro. Recargo del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro (LCS). Procedencia: criterios jurisprudenciales.—La jurisprudencia ha declarado que la aplicación del artículo 20 LCS requiere que el impago por la aseguradora de la indemnización correspondiente sea injustificado o bien obedezca a causa imputable a la misma, lo que no sucede si existe controversia que exija decisión judicial que determine si efectivamente la aseguradora ha de proceder a la cobertura del evento acaecido. En tal sentido, procede dicho recargo si la omisión de cualquier clase de diligencia por parte de la aseguradora sobre la cuantificación de los daños causados en el hecho enjuiciado y su oposición arbitraria a las pretensiones del asegurado, obligando al mismo a entablar un litigio, determina la procedencia del recargo que establece el artículo 20 LCS. Esto es, la resistencia de la entidad demandada al pago deja de tener cualquier clase de justificación una vez que la misma fue conocedora de la ilícita conducta de su agente y de la procedencia del abono del capital asegurado. (STS de 11 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don José Luis G. M., don A. G. E., doña E. M. G. y doña B. G. M interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Zaragoza demanda contra *La Unión y El Fénix Español, S. A., Compañía de Seguros y Reaseguros*. La sentencia de instancia estimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia que estimó parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

84. Letra de cambio. Reclamación de pago anticipado al avalista del aceptante quebrado.—No existe infracción del artículo 50 de la Ley cambiaria cuando la acción que se ejercita es la directa que es la que corresponde al tenedor de la letra, cuando promueva la acción cambiaria contra el aceptante o su avalista, como determina la primera parte del artículo 49 de la citada ley, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita la acción derivada de la letra contra cualquier otro obligado en vía de regreso. En el caso de autos, no hay duda que la acción que se ejercita es la acción directa, ex artículo 49, cuando se reclama al primero de los obligados al pago de la letra, el aceptan-

te o a sus avalistas, y como de acuerdo con el artículo 883 CCO las deudas pendientes del quebrado se tendrán por vencidas a la fecha de la declaración de la quiebra, y el avalista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley cambiaria, responde de la deuda de igual manera que el avalado, no hay duda que se puede exigir el pago anticipado también al avalista del aceptante, con mayor virtualidad si cabe, que a los avalistas de cualquiera de los obligados en vía de regreso, cuyo supuesto esta específicamente previsto en el citado artículo 50, que contempla exclusivamente el ejercicio de la acción de regreso contra los demás obligados al pago de la letra, que no sean el aceptante de la misma o sus avalistas. Por lo que muy bien se puede razonar que con la misma razón por la que es exigible ese pago anticipado en vía de regreso a los avalistas del librador y demás obligados en vía de regreso, lo ha de ser, en el ejercicio de la acción directa, contra el avalista del principal obligado del pago de la letra. (STS de 8 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Montajes Tubería Industrial, S. A.* presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo demanda contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* avalista de la librada-aceptante declarada en quiebra, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que confirmó la sentencia apelada. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

85. Persona jurídica (sociedad anónima). Representación orgánica y voluntaria: diferencias.—La representación orgánica se rige por la normativa correspondiente al tipo de sociedad de que se trate, mientras que la voluntaria para actos externos se regula por las normas del Código Civil sobre el mandato y por los artículos 281 y ss. CCO sobre el mandato mercantil.

El cambio de personas en el órgano de administración de la sociedad no supone la automática revocación de las facultades del apoderado de dicho órgano.—Las facultades del apoderado subsisten, pese a los cambios personales en el órgano de administración, mientras éste no revoque el poder válidamente otorgado en su día (SSTS de 19 de enero de 2000 y 3 de diciembre de 2001, entre otras). (STS de 14 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La pretensión de los actores estaba encaminada a que las dos sociedades anónimas demandadas dejaran de utilizar la marca y rótulos de establecimiento que una de esas compañías había transmitido a los demandantes. Las entidades mercantiles demandadas formularon reconvencción alegando la nulidad de la transmisión, por haberse efectuado mediante apoderado de la sociedad, cuyas facultades se habrían extinguido al cesar como administrador único la persona que había otorgado el poder a favor de aquél. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción. El TS no da lugar al recurso de casación que interpusieron las dos sociedades demandadas. (I. D. L.)

86. Sociedad anónima. Administradores. Responsabilidad.—Las circunstancias tanto de nombramiento y aceptación como de cese de administradores, han de consignarse en el Registro Mercantil, como disponen los artículos 138 y 147 de su Reglamento, en garantía de terceros que hayan de confiar en su contenido hasta los extremos que señala el artículo 42.2 de dicho Reglamento, tanto para lo que aparezca inscrito como para la omisión de hacerlo o para rectificar el asiento cuando su contenido haya variado. En consecuencia, el momento que se ha de tener en cuenta para determinar la extinción de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es el de la inscripción en el Registro Mercantil de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas.

Novación.—La evolución jurisprudencial sobre el tema ha precisado que la dicción genérica con que se usan en el comercio las frases «prórroga» y «renovación» no siempre equivalen a la voluntad de novar, modificar y sustituir compromisos preexistentes, ya que toda «espera o aplazamiento», aquí de antemano previsto, si algo significa como ponderativa de un espacio de tiempo mayor, es el medio de facilitar con menos apremio de la deuda contraída, no el propósito de crear, cuando terminantemente no se dice, una nueva obligación distinta de la primordial, que en derecho tampoco es dable presumir. Las diversas prórrogas de un crédito no crean convenciones que sustituyan a la primera cuando se limitan a aplazamientos de pago y reducción de crédito, por entregas parciales, pero dejando subsistente y sin restricción en parte alguna de lo pactado, no existe novación subsistiendo la obligación primitiva se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórrogas o pagos fraccionados. En los supuestos de renovación de un letra de cambio, sustituyéndola por otra nueva, hay que distinguir entre el crédito cambiario y el crédito causal, pues si bien éste puede prorrogarse en cuanto a la fecha de su vencimiento, constituyendo una renovación simplemente modificativa respecto a una de sus condiciones principales, cuando la modificación del vencimiento se lleva a una nueva letra de cambio no hay novación en sentido técnico, porque no se pueden novar las obligaciones de una letra sin crear otra distinta, naciendo la obligación del aceptante en esta segunda letra con ella aunque se funden en un pacto causal que será distinto al que dio origen a la primera letra.

El descuento bancario. Concepto y características.—El descuento bancario, contrato de crédito y de liquidez 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 del crédito cedido y en el que la cesión tiene lugar *pro solvendo* y con la cláusula «salvo buen fin», tal como viene declarando una profusa jurisprudencia. Precisamente este 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 anticipo puede tener lugar de diversas formas, y entre ellas el ingreso en una cuenta de crédito o en una cuenta corriente. El derecho de reintegro puede ejercitarse judicialmente a través de diversas acciones o hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento, que como modalidad del derecho de reintegro consiste en la operación de cargar al librador los defectos que resultaron impagados lo que se reconoce en numerosas sentencias. (STJ de 28 de enero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, La Caixa*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Zaragoza contra *Wonder Internacional, S. A.* y sus administradores don A. L. R., don L. G. L., don A. A. R., don J. A. M. B., *Cubriwonder, S. L.*, don F. Q. G. y don J. B. C., reclamando el pago de cantidad. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago de la cantidad reclamada a todos los codemandados excepto a don A. L. R., don J. A. M. B. y don J. B. C., que resultaron absueltos. La sentencia de segundo grado revocó parcialmente la de primera instancia en el sentido de condenar, además de a quienes lo fueron en primera instancia, a don A. L. R. y don J. A. M. B. El TS declaró haber lugar al recurso de casación planteado por don A. L. R. y don J. A. M. B. (*N. D. L.*)

87. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículos 135 y 134.5 LSA : incumbe al actor la carga de probar la responsabilidad en que hubieran incurrido los administradores demandados.—El que la jurisprudencia haya declarado aplicable la técnica de la inversión de la carga de la prueba en determinados ámbitos del muy amplio campo de la responsabilidad civil, normalmente caracterizados por el riesgo que genera la actividad del sujeto demandado como responsable del daño, no significa que esta técnica sea trasladable sin más a todos los litigios sobre responsabilidad civil y, menos todavía, a aquellos en que se enjuicia la culpa o negligencia del profesional. Más en concreto, acuerda de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas fundada en el artículo 135 LSA, el demandante tiene que probar la acción u omisión dolosa o culposa del actor (cfr. STS de 28 de junio de 2000); exigiéndose la prueba por el demandante no sólo del daño sino también del nexo causal (cfr. STS de 30 de marzo de 2001). Es doctrina consolidada, en materia de responsabilidad ex artículo 135 LSA, que la carga de la prueba incumbe al demandante; pues en este ámbito, el reconocimiento de una inversión de aquélla se ha ceñido a aspectos muy concretos en que es la propia Ley la que establece una presunción en contra de los administradores, como es el caso del artículo 133.2 LSA, con la solidaridad de todos los miembros del órgano de administración que hubiera realizado el acto o adoptado el acuerdo lesivo (cfr. SSTS de 20 de julio de 2001, de 18 de enero de 2000 y de 21 de septiembre de 1999).

Recurso de casación: improcedencia de nueva valoración conjunta de la prueba.—La casación no es una tercera instancia o recurso de cognición plena por el que los litigantes pudieran lograr una nueva valoración conjunta de la prueba. La Sala no puede traspasar los límites de su facultad integradora de los hechos, cuyo ejercicio debe estar presidido por la moderación, si no se quiere romper la naturaleza propia del recurso de casación, para caer de lleno en una valoración conjunta de la prueba a modo de órgano de instancia (cfr. SSTS de 28 de mayo de 2001, de 19 de junio y de 20 de marzo de 2000). (**STS de 25 de febrero de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *W. S. S. S.*, compañía de seguros, interpuso demanda contra don J. M. F., don J. L. M. B. y don L. E. M. B., en ejercicio de la acción individual de responsabilidad del artículo 135 LSA contra los mismos en su condición de administradores de la

mercantil *I. J. S. A.*, y subsidiariamente de la acción social de responsabilidad, al amparo del artículo 134. 5 LSA alegaba la actora haber sufrido un perjuicio como consecuencia del pago a la tomadora del seguro de parte de la indemnización por los riesgos cubiertos, siendo así que la asegurada era otra compañía propiedad de los mismos demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que el daño sufrido por la aseguradora demandante se había debido a su propio error en el pago y a su pasividad en el juicio de faltas, donde pudo oponer su condición de acreedora en virtud de subrogación. La Audiencia Provincial de Burgos confirmó la sentencia de instancia. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

88. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Eficacia retroactiva.—La jurisprudencia atribuye al régimen de la impugnación de los acuerdos sociales establecido en la Ley de sociedades anónimas de 1989 un grado máximo de retroactividad.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Orden público: concepto y examen de supuesto concreto.—El concepto de orden público, en el ámbito de los acuerdos sociales, tiene carácter restringido, se concibe como protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, de suerte que infringirían el orden público los acuerdos, convenios o negocios que atacaran esa protección siempre que tuvieran la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE. En tal sentido, no existe vulneración del orden público en el cambio de tres administradores solidarios a cuatro mancomunados, dado que lejos de perjudicar los derechos de los accionistas, los intereses sociales, los de los propios demandantes o los derechos de los acreedores sociales, los fortalece notablemente.

Buena fe.—La buena fe impone que una pretensión no pueda ejercitarse cuando se haya dejado pasar tanto tiempo que el adversario de la pretensión tenga razones objetivas para esperar que el derecho ya no se ejercitará. (**STS de 4 de marzo de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. H. G. y don R. R. S. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria demanda contra la compañía mercantil *Fuertur, S. A.*, don J. J. M. F., don L. M. G. S. O. y don J. A. V., solicitando se declarase la nulidad de acuerdos sociales adoptados en Junta universal. Dicho Juzgado estimó la demanda. La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

89. Contabilidad. Finalidad.—La contabilidad cerrada en cada ejercicio debe reflejar con claridad y exactitud la situación patrimonial de la empresa, y los beneficios obtenidos durante el ejercicio o las pérdidas sufridas y que el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria se redacten de manera que con su lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación de la compañía y del curso de sus negocios,

Balance.—El balance es el elemento fundamental del que habrá de desprenderse con exactitud, veracidad y en forma suficientemente clara y descriptiva la situación de la sociedad, satisfaciendo así no sólo el interés de los socios sino también el de los terceros y acreedores, a todos los cuales les importa conocer la cifra del patrimonio social y por consiguiente la situación económica de la empresa.

Cuentas anuales. Reglas de valoración.—Siendo las cuentas anuales un medio de medición del patrimonio social que impiden tanto el reparto de beneficios ficticios como la ocultación de anomalías e inexactitudes, su confección habrá de ajustarse a las reglas de valoración (arts. 193 y ss.) que establece la Ley de sociedades anónimas en relación con el Código de comercio y, por lo que a este litigio afecta, a la norma del artículo 195.1 de dicha Ley según la cual los elementos del activo inmovilizado deberán valorarse al precio de adquisición o al costo de producción, conforme a lo establecido en el Código de comercio.

Cuentas anuales. Valoración incorrecta: régimen sancionador.—En caso de valoración incorrecta de los activos, el balance integrador de las cuentas anuales no responde a los requisitos de exactitud, veracidad y de claridad exigibles. Es cierto que el artículo 34 CCO permite que «en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable», pero no se puede olvidar que, a continuación, dispone este artículo 34 que «en estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa», requisito incumplido por la recurrente. El acuerdo que infringe el artículo 195.1 de la Ley de sociedades anónimas y los correspondientes del Código de comercio, sólo puede merecer la calificación de nulo al infringir normas de inexcusable observancia, dada su función garantizadora de la exactitud y veracidad de las cuentas anuales de la sociedad tanto frente a los socios como a los acreedores y terceros, puesto que su trascendencia no se limita al ámbito interno de la sociedad sino que se refleja en toda la actuación de ésta en el tráfico jurídico. (STS de 11 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M., don G. y don F. P. M. H interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander contra la entidad mercantil *E. Pérez del Molino, S. A.*, sobre nulidad de acuerdos sociales. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación interpuesto por don M., don G. y don F. P. M. H. declarando nulo el acuerdo impugnado. El TS declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

90. Sociedades anónimas. Responsabilidad prevista en la DT 3.ª: finalidad y alcance.—La finalidad de la responsabilidad punitiva recogida en la Ley de sociedades anónimas de 1989 debe contemplarse desde la perspectiva del favorecimiento de la seguridad del tráfico, el desencadenamiento de la sanción no precisa la existencia de un daño, siendo suficiente para la originación de dicha responsabilidad de administradores o liquidadores, con la falta de adaptación de los estatutos a lo previsto en la Ley de 1989. Tal responsabi-

alidad nace el 30 de junio de 1992, tope o fecha inicial de su adaptación a la nueva normativa societaria y el ámbito objetivo está constituido por las deudas sociales, comprendiendo tanto las anteriores como las posteriores al 30 de junio de 1992. Ello es así no sólo porque «donde la Ley no distingue, no debe distinguir el intérprete», sino porque la finalidad del precepto está dirigida a forzar y compeler el cumplimiento de tal obligación legal y, asimismo, porque la DT 5.ª, en su último inciso, señala la misma sanción –responsabilidad personal y solidaria– para administradores y liquidadores. Esta responsabilidad se aplica y subsiste aun para las sociedades anónimas en período de liquidación, pues el precepto se extiende a los liquidadores, con una responsabilidad directa de los mismos, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 279, que restringe su responsabilidad frente a accionistas o acreedores tan sólo en caso de fraude o negligencia grave en el desempeño del cargo. La voluntad del legislador resulta clara, ha pretendido hacer responsable de las deudas sociales a los liquidadores cuando la sociedad anónima no se haya adaptado a la nueva normativa en el plazo señalado y del mismo modo que para los administradores.

Sociedades anónimas. Conversión de administradores en liquidadores.—No hay en la Ley de sociedades anónimas una norma permisiva de la conversión de administradores en liquidadores, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 110 LSRL, donde se contiene esta previsión; la regla general del artículo 268 de aquel texto legal es la designación de liquidadores por la Junta cuando los estatutos no hubieren establecido normas sobre su nombramiento; no obstante, en el caso de autos, después del acuerdo disolutorio y el vacío para obrar la liquidación, no parece impropia la estimación de que el administrador se transformó en un liquidador *de facto*, pues otra cosa supondría la factibilidad de abrir una vía de fraude en la sociedad, ante la completa inexistencia de un gestor de los intereses sociales, internos y externos, a partir de la disolución.

Sociedades anónimas. Liquidación: alcance.—El período liquidatorio de la sociedad disuelta consiste en el conjunto de operaciones relativas a la realización de los cobros, pagos y operaciones pendientes, y, en su caso, en el reparto del activo resultante entre los socios, con la incidencia eventual de que si en el balance final, o a lo largo de las actuaciones, surge una situación de insolvencia, provisional o definitiva, los liquidadores deberán solicitar en el término de diez días a partir de aquel en que se haga patente esa situación, la declaración de suspensión de pagos o de quiebra, según proceda (art. 124 LSA), cuyo proceso liquidatorio transcurre desde la disolución hasta la extinción final con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para su constancia y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, y, entre tanto, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica, según dispone el artículo 264 LSA. La doctrina jurisprudencial ha precisado que la sociedad conserva su personalidad, aun después de su disolución, hasta que se practica la liquidación, sin que ésta pueda darse por terminada mientras no se hayan cumplido todas las obligaciones pendientes. (STS de 12 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial del Motor, S. A.* interpuso ante al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tudela demanda contra don J. M. G. S. sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Navarra confirmó la resolución recurrida. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

91. Unión temporal de empresas. Solidaridad *ex lege*.—El artículo 8 de la Ley 18/1982, de 26 de noviembre, sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresa y Sociedades de Desarrollo Regional crea el instituto de la responsabilidad solidaria de las empresas miembros de la «agrupación» o «asociación temporal» frente a terceros acreedores en el cumplimiento obligacional, no sólo circunscritos al ámbito de los deberes fiscales, sino de cualesquiera otras obligaciones dimanantes de los actos y operaciones que por constituir el objeto o actividad para la cual nació esa «unión» vienen siendo realizadas con el común denominador del beneficio conjunto de todos sus componentes. (STS de 28 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Fuentes, S. L.* interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Elche demanda contra *Ferrocarriles y Obras Civiles, S. A. (Fyocsa), Vías y Construcciones, S. A. (Viosa), y Promociones Más al Sur, S. L.*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Alicante resolvió la apelación confirmando la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

92. Unión temporal de empresas. Régimen jurídico. Solidaridad.—Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional establece la solidaridad, pues en el apartado 8 del artículo 8 precisa que la responsabilidad contra terceros de los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso, solidaria e ilimitada para sus miembros; y en escritura de constitución de la unión temporal de empresas, dado que, en el caso de autos se cumplió lo dispuesto en el apartado 2 sobre el objeto de la unión, expresado mediante una memoria o programa, con determinación de las actividades y medios para su realización, sin existir razón alguna que sustente la posibilidad de que la gerencia nombrada en la escritura haya actuado sin publicidad y fuera de la finalidad que le confería la propia unión temporal de empresas. No es óbice para la aplicación de la solidaridad lo recogido en el artículo 9 —las empresas miembros de la unión temporal quedarán solidariamente asociadas frente a la Administración Tributaria por las retenciones en la fuente a cuenta de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o sobre sociedades que la unión venga a realizar, así como por los tributos indirectos—, y en el artículo 7.2, el cual establece que la unión temporal de empresas no tendrá personalidad jurídica propia. (STS de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Transexport, S. L.* presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de El Ferrol, demanda contra *Cuiña, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. El referido Juzgado dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación ante la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, fue confirmada. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

93. Suspensión de pagos. Necesario concurso de los interventores: prueba y efectos.—Incumbe a la parte actora y recurrida, en virtud de las reglas

sobre la carga de la prueba, establecidas en el artículo 1214 CC, haber probado como elemento básico de la licitud de su pedimento, el necesario concurso de los interventores, con carácter previo, para autorizar la celebración del contrato del que dimanar las obligaciones que se reclaman. Tal carga no fue debidamente liberada, antes bien, queda acreditado este elemento fundante de la pretensión. La carencia del referido presupuesto obliga, de acuerdo con la dicción legal (artículo 6 «el suspenso que practicare cualquiera de las operaciones indicadas [...] sin el concurso de los interventores [...] incurrirá en la responsabilidad definida en el artículo 548 CP y los actos que realice serán nulos e ineficaces») a estimar, producida la denuncia, la nulidad e ineficacia del negocio cuestionado. Debe reputarse, adecuado a Ley, el rigor justificado en su interpretación, pues no puede quebrarse de ninguna manera el principio de la *par conditio creditorum*; la nulidad de estos actos se explica, así, por razones de orden o interés público. Es más, los actos del suspenso realizados sin la concurrencia de los interventores no sólo incurrir en nulidad radical, sino que pueden generar la correspondiente responsabilidad al amparo del artículo 1902 CC.

Voto particular.—El estado de suspensión de pagos no produce limitación alguna en la capacidad jurídica, ni de obrar del suspenso, aunque haya de contar con el concurso de los interventores para determinadas operaciones y la realización de actos por el suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que determina es la posibilidad de que éstos o en su caso los acreedores ejerciten las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si les resultaren perjudiciales. (STS de 14 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Proyecto Control y Gestión de Obras, S. A.*, planteó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander demanda contra la entidad *Intra Corporación Financiera, S. A.*, y contra la intervención judicial designada en el expediente de suspensión de pagos de la compañía demandada sobre reclamación de cantidad. El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que resolvió la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de *Intra, Corporación Financiera, S. A.* Recurrida en casación por *Intra, Corporación Financiera, S. A.*, el TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

DERECHO PROCESAL

94. Jurisdicción laboral: reclamación de cantidad: defecto en el ejercicio de la jurisdicción.—No es suficiente con la cita en los fundamentos de derecho de la demanda, del capítulo III, Título VI, Libro IV del Código civil y del artículo 1254 y concordantes, cuando la cuestión debatida se atribuye a la jurisdicción social; además, la cita del artículo 9.2 LOPJ se torna contra la tesis del recurrente, porque atribuye al órgano jurisdiccional civil, no sólo las materias que le son propias, sino todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, y la planteada en la demanda lo está al

orden social o laboral. En el contrato de 2 de noviembre de 1983, los administradores solidarios de cierta empresa contratan al actor, nuevo accionista, y determinan sus servicios profesionales como Consejero Apoderado, pero no pasa a convertirse en Administrador porque tal nombramiento corresponde a la Junta General de la Sociedad; se determina que prestará sus servicios a la empresa en la oficina que, a tal fin, se abrirá en Barcelona; más tarde será despedido originándose la presente reclamación que pretende infructuosamente encauzarse por la vía civil. La Sala 1.^a ha declarado que la exclusión del ámbito laboral se basa en la naturaleza del vínculo en cuya virtud desempeña sus funciones, como los arrendamientos de servicios para funciones de alta gerencia y dirección; doctrina conforme con la de la Sala 4.^a aplicable al caso actual caracterizado por las notas de voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona; también se ha declarado por esta última Sala la compatibilidad entre la relación laboral y la societaria.

Indefensión.—Se alega indefensión con base en el artículo 74 LEC derogada porque la sentencia de primer grado resolvió estimarse incompetente por razón de la materia, oyendo al Ministerio Fiscal, pero sin oír ni prevenir a las partes y, en particular, a la demandante; tampoco se ha declarado la nulidad de lo actuado. El motivo se rechaza porque el artículo 74 LEC se está refiriendo a una cuestión de competencia entre dos órganos de la misma jurisdicción ordinaria y no de diferentes jurisdicciones y, en definitiva, lo que veda es la promoción de oficio de las cuestiones de competencia. Por ello, la sentencia ni ha declarado la nulidad de lo actuado, ni hace la prevención del artículo 74 LEC, porque las sentencias de instancia ya señalan con suficiente claridad al recurrente la imposibilidad de actuar la pretensión de la demanda en la jurisdicción civil, y ha sido tan sólo la contumacia de la parte actora la determinante de tal situación, no existiendo indefensión ya que en cualquier tiempo pudo acudir a la vía jurisdiccional adecuada.

Inaplicación del Estatuto de los Trabajadores.—Se denuncia inaplicación del artículo 1.3.a) del ET de 1980, lo que no es cierto, pues dicho precepto repite con literalidad idéntica la redacción aprobada por la reforma de 24 de marzo de 1995, actualmente en vigor, en el que se excluye «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de Administración en las empresas que revistan la forma jurídica de la sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». Se diferencian así dos situaciones que suelen confundirse en la práctica, pero que aparecen separadas normativamente en sus efectos; por una parte, los miembros de los órganos de administración de las sociedades, cuya relación se incardina en el ámbito del Derecho mercantil y cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción civil, y, de otro, el personal de alta dirección de las empresas no comprendido en el caso anterior y que da lugar al nacimiento de una relación laboral, y que es el caso aquí comprendido; la STS de la Sala 4.^a de 22 de diciembre de 1994 destaca que en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre la alienidad, que no existe en los miembros de los órganos de administración, característica que se da en el caso aquí contemplado. (STS de 26 de abril de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

95. El tema del IVA, al igual que el relativo a todo impuesto, pertenece a la Administración Tributaria y cualquier contienda judicial ha de

plantearse en la vía contencioso-administrativa.—La doctrina de la Sala 1.^a del Supremo mantiene de forma constante que la decisión sobre la idoneidad de la factura del IVA, la prescripción de la repercusión a terceros y la legislación aplicable corresponde a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 27 de septiembre de 2000). Por consiguiente, constituye abuso de jurisdicción cuando el órgano civil entra a conocer la obligación tributaria del recurrente, fijando la cuantía y el tipo aplicable del IVA (STS de 3 de noviembre de 1995). Sólo ha de considerarse competente a la jurisdicción civil cuando su incursión en el tema del IVA es de carácter accesorio, pero de ningún modo cuando dicha materia es la cuestión central del pleito. (STS de 15 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En el acto de celebración de escritura de compraventa de una serie de bienes inmuebles la compradora *Promociones Rogau, S. L.*, paga la cantidad de 7.500.000 pesetas en concepto de IVA al tipo del 6 por 100 sobre el precio a la también mercantil *Promociones y Construcciones Serafín Garrido, S. A.* No obstante, ésta última, vendedora, promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la compradora exigiéndole la cantidad de 1.784.000 pesetas debido a que una posterior actuación inspectora de la Agencia Estatal Tributaria reputa aplicable el 15 por 100, levantando al efecto el oportuno expediente. Tanto la resolución del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial desestiman la demanda formulada por la vendedora y el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Promociones y Construcciones Serafín Garrido, S. A.* (Alma R. G.)

96. Embargo: concepto procesal y concepto registral.—El embargo, desde el punto de vista procesal, es la traba de un bien que desemboca en su adquisición, a los efectos de realización de valor para cumplir la obligación dineraria que fue objeto del proceso donde se produjo el embargo. Desde el punto de vista registral, es una garantía, que constituye, en perjuicio de posteriores adquirentes del bien embargado, una afección de tipo hipotecario en seguridad de la obligación que dio lugar al mismo; responde a la antigua hipoteca judicial; como tal asiento registral, carece de carácter constitutivo. (STS de 31 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El complejo supuesto de hecho —una maraña de acontecimientos en los que los aspectos cronológicos son relevantes— plantea la cuestión jurídica que la propia sentencia resume: «la *litis* se centra en la demanda declarativa del derecho de propiedad adquirido por compraventa en escritura pública (1989) inscrita en el Registro de la Propiedad (en 1990) frente al derecho sobre las mismas fincas adquirido por los demandados por auto aprobando la ejecución de hipoteca (de 1992) inscrito en el Registro de la Propiedad (en 1993)». El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. Los demandantes interponen recurso de casación y el TS lo estima. El Magistrado José Almagro Nosete formula un voto particular discrepante. (R. G. S.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LVI, 2003

FASCÍCULO III julio-septiembre

Págs.

Estudios monográficos

Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/Iván HEREDIA CER- VANTES: «La cesión de créditos: reflexiones sobre los proble- mas de ley aplicable»	969
Álvaro Rodrigo VIDAL OLIVARES: «La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de merca- derías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comer- ciales internacionales»	993
Elda GARCÍA-POSADA GÓMEZ: «El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español»	1043
Mónica NAVARRO MICHEL: «Sobre la aplicación de la regla <i>res ipsa loquitur</i> en el ámbito sanitario»	1197
Jacobo B. MATEO SANZ: «Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil»	1231
Luis Antonio SANZ VALENTIN: «En torno al concepto de bienes de naturaleza duradera y su incardinación en las garantías de la venta»	1357

Bibliografía

LIBROS

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. ^a LOURDES: «Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español. (Estudio doctrinal y jurisprudencial)», por M. ^a Teresa Alonso Pérez	1395
ORTEU CEBRIÁN, Fernando/ALIAS GAROZ, Isabel: «Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. (Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo)», por Juan Pozo Vilches	1396
RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual», por Máximo Juan Pérez García	1399

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 1405

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Belén CASADO CASADO: «La aceptación tácita por los padres de la herencia de los hijos menores de edad. (A propósito de la STS 801/2002, de 26 de julio)» 1439

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, María Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, Albert RUDA GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Monserrat VERGÉS VALL-LLOVERA 1461

