

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 (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 96,00 € más gastos de envío.

Precio del fascículo suelto: 30,00 € 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 Y DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel. 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXI, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2008

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2009

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

NIPO (BOE): 007-09-008-6
NIPO (M. de Justicia): 051-09-004-9
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid. 1997

España y el *Code Napoléon*

CARLOS PETIT
Universidad Onubense (España)

RESUMEN

Este ensayo tiene tres objetivos. Uno primero, bibliográfico, identifica las traducciones del código civil francés al español, con inclusión de textos que presuponen su uso como modelo: cuatro traducciones «expresas» (las de la ley francesa publicadas como libro autónomo: 1809, 1850, 1875, 1888), tres proyectos de traducciones «episódicas» (los fragmentos aparecidos o previstos para ser difundidos en la prensa periódica: 1802, 1803), dos traducciones «legales» (las versiones del Code contenidas en los códigos civiles de Bolivia y Santo Domingo), dos traducciones «implícitas» (esto es, contenidas en otras que ofrecen también el texto napoleónico: la versión de las Concordancias de Antoine de Saint-Joseph, 1843; el anónimo Curso de legislación..., 1839), bastantes más simplemente «ocultas» (de Gorósabel al proyecto de 1836, a los «códigos» de Herrero o Sánchez de Molina...).

El segundo objetivo persigue reconstruir el proceso de recepción y difusión española del entendimiento napoleónico del derecho codificado; se trata entonces de la traducción de la nueva cultura civilística. Tal propósito lleva a presentar, siquiera de modo breve, el pensamiento y el estilo y lenguaje de Gorósabel, de Cirilo Álvarez, de Gómez de la Serna y Montalván...

Finalmente, una parte conclusiva se enfrenta al concepto y a los límites de la misma empresa de traducción, examinando a la luz de las teorías de George Steiner los resultados de la encuesta.

PALABRAS CLAVE

Codificación civil – España – Code Napoléon – traducciones jurídicas – siglo XIX

SUMARIO: I. El *Code civil* y la «pluma del Estado» (1803).–II. «Las Leyes civiles que hoy gobiernan a la Francia». Primera traducción española (1809).–III. Triunfo del *Code* sin traducciones (1836).–IV. Traducciones «discretas» y traducciones «legales»: materiales franceses (1839, 1843) y códigos de Bolivia (1831) y Santo Domingo (1862). V. El *Code* antes del Código: últimas traducciones (1875, 1888). VI. El *Quijote* de Menard, o Napoleón en *Babel*.

I. EL *CODE CIVIL* Y LA «PLUMA DEL ESTADO» (1803)

En 1802, precisamente el 18 de junio, el alférez de fragata retirado José Meneses Montemayor representó ante la Secretaría de Estado para sacar una versión española del periódico *La Décade philosophique, littéraire et politique* (1794-1807), «obra mui util e instructiva para toda clase de gentes porque se trata en ella de la literatura, de las ciencias y de las artes tanto de industria como de imaginacion y de la moral publica y privada; se da noticia de todas las sesiones publicas y trabajos literarios de todas las Academias, Liceos y Sociedades de las ciencias, artes y bellas letras de Europa y de los programas propuestos por dichas Sociedades y Academias; se hallan en ella los anuncios de las obras mas selectas que se publican así en Francia como en los demas reinos extrangeros y en una palabra se reúne en esta obra quanto puede contribuir a la utilidad e instruccion publica» según la entusiasta descripción del alférez Meneses en su solicitud¹. Pasada al dictamen del conde de Isla, titular del juzgado de imprentas, junto a dos números traducidos de prueba, mereció un informe negativo: a ciertas razones de ‘estilo’ opuestas a la publicación, tan frecuentes en estas censuras (poca o ninguna utilidad de la propuesta, incompetencia técnica, desaliño gramatical y léxico del traductor, etcétera)², se añadía ahora el recelo por la «demasiada libertad» de los redactores franceses en cosas de religión; parecía además inconveniente el espacio concedido en la revista a «varios articulos del nuevo Codigo civil de Francia, cuya lectura seria perjudicial en nuestro vulgo», pues, en efecto, para desgracia del alférez, su petición exhibía un ejemplar (cfr. *Décade Philosophique...* 10 de enero, 1802) cuya sección «Política» daba cuenta de la «Continuacion del proiecto de Codigo civil. Examen del segundo proiecto de ley. Sobre la fruicion o privacion de los derechos civiles» y aun del «tercer proiecto de lei del Codigo civil», esto es, una primera versión de la ley de 8 de marzo,

¹ Archivo Histórico Nacional (Madrid), Secretaría de Estado, 3242(I)-20. Para textos y censuras, cfr. Esteban CONDE NARANJO, *El Argos de la Monarquía. La policía del libro en la España ilustrada (1750-1834)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; *vid.* p. 258 (n. 186), con noticia del expediente que interesa. Al amigo Esteban debo además información documental y sugerencias que me complace agradecer públicamente.

² «Proyecto no sólo... inútil, sino también expuesto á los más graves inconvenientes, por que teniendo ya en Madrid tres Periodicos que extracten de la *Década Filosófica* y de otros Papeles literarios de Francia, lo mas util y curioso de ellos, el traductor de este Periodico, no hara mas que repetir lo que ya se huviese insertado en el Mercurio, Memorial Literario, y Semanario de Agricultura. Además... [de] la poca inteligencia del traductor en la lengua castellana, y en todo lo que pertenece al oficio», censura de 12 de julio, *ibid.* Seguían ejemplos: cifras absurdas, falsa localización de Bâle que Meneses no acertaba a identificar con Basilea...

1803 (cfr. *Code arts.* 7-33). Ahí tenemos el primer registro –permanece inédito– en lengua española de la influyente codificación napoleónica.

Religión y código como argumentos contra un periódico francés de ciencia y pensamiento que quiso traducir un marino jubilado español; así lo entendió, al menos, el secretario de Estado Pedro Cevallos (1764-1840), prohibiéndose finalmente la publicación (16 de julio). Aclaremos sin embargo que el *texto legal* censurado fue la simple víctima literaria del *contexto periodístico* de aparición. A pesar de las quejas de Isla sobre la inconveniencia del *Code*, bastante imprecisas en cuanto nos concierne³, las alarmas se habían disparado ante el temor de ver correr por Madrid, sin barreras geográficas ni escasez de ejemplares, la célebre revista de los *idéologues* franceses: nadie como un juez de imprentas para apreciar la diferencia que separaba ese traducir «lo mas util y curioso» de un periódico exótico, insertándolo luego en papeles autorizados⁴, y la impresión completa de los originales con un mero cambio de lengua... lo que sencillamente amplificaría la difusión.

Jugó también la mala suerte. Por una parte, el censor nunca se había mostrado un admirador del nuevo género: «una obra periódica primeramente por solida que se quiera suponer», informó el conde de Isla en 1795 sobre *El desengañador político* que quiso sacar Joaquín Traggia, «siempre se resentiria de la superficialidad de su propia clase... los mismos periodos de tiempo que debia cortar su publicacion serian nocivos... pues por mas que el escritor se esmerase en ceñir sus pensamientos casi nunca conseguiria reunir en medio pliego de papel todas las luces necesarias para ilustrarlos», donde la fragmentación del texto a causa de la periodicidad, la banalización del mensaje por culpa de un medio novedoso y ligero, la nostalgia de los viejos volúmenes, en suma, como la forma adecuada para abor-

³ Un experto contemporáneo en el Derecho real de Castilla no se escandalizaría demasiado ante los artículos traducidos por Meneses. La regulación codificada de la nacionalidad y la extranjería entraban pacíficamente en su práctica y cultura (cfr. *Novísima Recopilación* 1.15.7 y 8; sobre esos y similares textos, con una refutación patriótica de la pretendida xenofobia española «dans la langue qui est aujourd'hui presque universelle en Europe», José SALINAS, *Manuel des droits civils et commerciaux des français en Espagne, et des étrangers en général...* Paris, Jules Renouard, 1829); tampoco le chocarían las previsiones sobre la muerte civil, una institución conocida en Castilla (cfr. *Partidas* 4.18.2 y 6.1.15) aunque tan rebajada en sus efectos (cfr. *Nov. Rec.* 10.18.3, que es la ley 4 de Toro) que acabó por desvirtuarse (cfr. *Nov. Rec.* 12.40.7). Cfr. Jesús VALLEJO, «Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro», en *Historia. Instituciones. Documentos* 31 (2004), 671-685; para la napoleónica, con antecedentes y consecuentes, María Rosa DI SIMONE, «L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia tra il XVIII e il XIX secolo», en *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 74-75 (2001-2002), 21-78.

⁴ «Utilidad» y «curiosidad» controladas, no sólo por el censor que vigilara la producción singular de cada número, sino también por la cautela de los redactores –receptores– traductores. Para estas cosas de la autocensura, cfr. CONDE, cit. (n. 1), pp. 232 ss.

dar públicamente las cuestiones más graves aparecían en una censura que logró cercenar la entusiasta iniciativa editorial⁵.

Por otra parte, la muestra entregada por Meneses tampoco facilitó la concesión de permiso. El primero de los números comenzaba con un texto de «Medicina. Curso elemental de las enfermedades de las mujeres...», extracto de la obra ginecológica de un Vigarous, médico en Montpellier; seguía la «Necrología» del químico Clouet; anunciaba, bajo rúbrica de «Literatura-Moral», los sermones del suizo Reybaz; se ocupaba, en fin, del «Nuevo método de enseñanza para la primera infancia» de Mme. Geulis y del «Tratado de los telégrafos» de Edelcrantz. No caían en el olvido una afectada «Oda a la paz» de Miss Hellen M. William, cuya versión original era también respetada, ni la entrega de premios en el Conservatorio de Música en presencia del primer cónsul (31 de diciembre, 1801). Hasta aquí, nada de particular que cayese fuera de aquel *utile dulci* horaciano que fungía de divisa del periódico. Mas la versión de la *Décade philosophique* recogía además, en la expresión algo pedestre de Meneses, una «Memoria sobre la última guerra entre la Francia y la España» que documentaría acaso los riesgos de permitir una traducción completa; de otro lado, las referencias al proyecto «De la Juissance et de la Privation des droits civils» que tanto disgustó al censor mostraba, bien a las claras, el alcance de un cuerpo legal donde preceptos como el art. 28 (futuro art. 25 del *Code*: «Los derechos de que se priva al reo condenado de muerte civil son los siguientes: ...El matrimonio que hauia contraído anteriormente se disuelve a todos sus efectos civiles») podían irritar las tradiciones y creencias más profundas.

Y, por supuesto, no sólo en nuestra España⁶. Recordará el lector que nos encontramos en junio de 1802, cuando el *Code civil* aún en ciernes había suscitado reacciones contrarias en su misma tierra de origen: como se sabe, ante la oposición desatada en el Tribunado y el Cuerpo Legislativo (una contrariedad que recogía fielmente la *Déca-*

⁵ Cfr. CONDE cit. (n. 1), pp. 380-381. Luis Manuel de Isla desempeñó su judicatura desde junio de 1794 a fecha indeterminada de ¿1803?: Javier GARCÍA MARTÍN, *El juzgado de imprentas y la utilidad pública. Cuerpo y alma de una Monarquía vicarial*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, p. 388; pero nada más veo aquí sobre el personaje.

⁶ Sin embargo, considero una muestra elocuente de la lectura española –aquí imputada al conde de Isla– el Proyecto de Código civil de 1821: tras admitirse la muerte civil (cfr. art. 81), fijando confusamente sus consecuencias, la cuestión del matrimonio era resuelta con una mención a la «separación» de los cónyuges afectados (cfr. art. 333: «la muerte civil induce separación del matrimonio para todos los efectos civiles»). Por fortuna, otra vez puedo remitir a Jesús VALLEJO, «Indicio liberal de la muerte civil. El proyecto de código de 1821 y la definición del sujeto de derechos», en AA.VV., *Derecho, Historia y Universidades. Estudios en Homenaje a Mariano Peset*, II, Valencia, Universitat de València, 2007, 765-775.

da filosófica de nuestro alférez)⁷, Napoleón retiró (12 de nivoso, año X-2 de enero, 1802) los textos pertinentes; un golpe de mano suprimió las voces (Andrieux, Thissié, Chazal, Costant) que protestaron contra el limitadísimo papel de las cámaras en asunto de tanta transcendencia (cfr. arts. 25-38, constitución de 22 frimaire an VIII = 13 de diciembre, 1799) y, por ende, frustradas en sus intentos por enriquecer los títulos con añadidos y enmiendas. La difícil relación entre la muerte civil y el vínculo matrimonial de quien la sufría fue, por cierto, terreno de desencuentros y fuente de varias perplejidades⁸. Unas asambleas más dóciles, seis redacciones sucesivas y la intervención vigorosa de Napoleón fueron necesarios para lograr la empresa codificadora; finalmente, entre marzo de 1803 y marzo de 1804 se aprobaron, ya sin contestación, los treinta y seis títulos, reunidos como *Code civil des français* en virtud de la ley de 30 ventôse, an XII (= 21 de marzo, 1804)⁹. Con la *Década filosófica* a la mano esta complicada gestación –acaso algo más– se habría conocido al dedillo en los reinos de la Majestad católica¹⁰.

Ahí residía entonces el peligro a los ojos del alarmado censor. Buena o mala que fuera, la hipotética versión de Meneses hubiera respetado la cadencia de los números originales y su extensión (sesenta y cuatro páginas en 8.º), la colección en tomos trimestrales y los índices; sobre todo: la proyectada *Década* española tendría que haber recogido los mismos contenidos de su fuente (bajo el atento control de la censura, por supuesto) y la disposición interior de las entregas. Y no se entienda irrelevante esta última cuestión, pues la *Décade philosophique*, puesta al servicio de «un nouveau discours sur le social qui fait se rejoindre économie et moeurs au moyen d'une

⁷ El cronista anónimo advertía que ese punto de los efectos jurídicos de la muerte civil fue cosa controvertida, zanjada finalmente con un rechazo: «el proyecto de lei fue reprovado por el tribunal con el maior numero de 61 votos contra 21».

⁸ DI SIMONE cit. (n. 3), pp. 45 ss. La posición de los juristas del '700, no siempre muy explícitos, distinguía en el matrimonio el aspecto sacramental y los efectos civiles, dejando la *mort civile* (¿pena o estado?) intacto el primero; al elaborarse el código prevaleció la disolución *ope legis* del previo matrimonio del muerto civilmente lo que tuvo inmediata repercusión entre los *émigrés* huidos de Francia (cfr. *ibid.* p. 51, sobre la sentencia de Casación de 16 de abril, 1808); tras la caída de Bonaparte se volvió al *distinguo* sacramento efectos civiles del matrimonio para favorecer así una indisolubilidad que podía apoyar ahora la supresión del divorcio (Toullier), pero también fue posible leer en el (inalterado) art. 25 del *Code* una invitación a las segundas nupcias del viudo civil, aunque se entendiera que cometería adulterio en su fuero interno: sólo la deseable reforma del sistema matrimonial codificado hubiera salvado tanta incongruencia (Dalvincourt). Por eso, en círculos católicos muy próximos al *Code* no tardó en declararse (cfr. art. 13, Constitución belga de 1831) que «la mort civile est abolie; elle ne peut être rétablie».

⁹ Jean Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 272 ss.

¹⁰ Meneses proponía iniciar «la impresion por los dos adjuntos numeros del día 20, y del 30 de Nivose del año 10, correspondientes al 10 y 20 de Enero de este presente año de 1802... siendo preciso no perder tiempo en caso de publicarse esta obra, porque no vaian mui atrasados los quadernos».

requalification de l'intérêt et de l'utilité publique, annonçant dans ses prémisses le développement du libéralisme économique et politique classique», observó la división en «classes savantes» que distinguía a los miembros del flamante *Institut National* esa arcadía de saberes revolucionarios, tan estrechamente vinculada al periódico¹¹. Sin una corporación similar al sur de los Pirineos, sin demasiado liberalismo económico ni político que despachase por aquí los nombres y obras de los Say, Volney, Daunou y compañía¹², el propósito de Meneses se encontraba abocado al fracaso.

Vistas así las cosas, ni las objeciones de Isla contenían posiciones tajantes en contra de la codificación —una simple noticia «política» llegada desde la agitada Francia— ni la ocurrencia del alférez Meneses encerraba, mucho menos, el propósito oblicuo de difundir la ley «revolucionaria» con la excusa inestructiva de la *Décade philosophica*. Si el riesgo residía en la traducción íntegra de la revista («como el emprendedor de este nuevo Periódico no hace, ni se propone mas que traducir... se experimentarían graves inconvenientes, por que en este periodico Francés se insertan muchas cosas que no deven presentarse al público español», insistía Isla) podía bastar con seguir la práctica establecida y autorizar solamente la inserción de artículos selectos en los periódicos nacionales.

Y tal fue la suerte del *Code* en dos de esos órganos, medios literarios del poder¹³. Un año después de la iniciativa arriba descrita la *Gazeta de Madrid* correspondiente al martes 29 de marzo (núm. 25, 1803) publicó —según costumbre¹⁴— una crónica de París

¹¹ Cfr. Josiane BOULAD-AYOUB, «Présentation de l'édition», en: *La Décade Philosophique comme système (1794-1807)*, I-IX, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

¹² Para Volney, «prohibido aun para los que tienen licencia de leer libros prohibidos», cfr. CONDE cit. (n. 1), p. 100, n. 30.

¹³ Se trata en primer lugar del *Mercurio histórico-político* (desde 1784, *Mercurio de España*) fundado por Salvador Joseph Mañer, al principio (1738) una simple y mala traducción del *Mercurio historique et politique* publicado en La Haya hasta pasar a la Imprenta Real en 1756; nuestro segundo periódico, la vieja *Gazeta de Madrid*, fue cosa regia a partir de 1762: cfr. Luis Miguel ENCISO RECIO, *La Gaceta de Madrid y el Mercurio histórico-político, 1756-1781*, Valladolid, Facultad de Filosofía y Letras, 1957 (= *Cuentas del Mercurio y la Gaceta*, titulación del libro en la cubierta), p. 39; también, Paul J. GUINARD, *La presse espagnole de 1731 à 1791. Formation et signification d'un genre*, Paris, Centre de recherches hispaniques, 1973, especialmente pp. 222-223 (*Mercurio*). Con la noticia del *Code*, Raquel RICO, «Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la Gaceta de Madrid y el Mercurio Histórico-Político», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), 265-338; cfr. p. 298 sobre los *Mercurios* de 1803 y la *Gazeta* de 15 de abril del mismo año. Pero veremos que no es cierto, contra lo que afirma Rico, que el *Code* saliese en el *Mercurio* íntegramente.

¹⁴ Y gracias al *Moniteur Universel*, ocasionalmente citado en la *Gazeta*. He podido cotejar el núm. 31 de este periódico (martes 19 de abril, 1803), con el núm. 183 del folio francés (miércoles 2 germinal an XI = miércoles 23 de marzo, 1803): el papel español extracta ampliamente el francés en su información de «Paris 27 de Marzo», que otra vez presenta un marcado contenido jurídico: entre otros, ahí está «el proyecto de ley relativo á los apellidos y mudanzas de nombres», así como «el título 7 del código civil, relativo á la paternidad y á la filiación», aprobado por 216 votos contra 6.

donde se daba noticia, referida al 25 del mes anterior, de la presentación de «el segundo proyecto del código civil» ante el Consejo de Estado; una sintética traducción, que huye de la literalidad sin renunciar por eso a la precisión, acompañaba la información. La crónica se adentraba en el asunto de la muerte civil, pero el público de la *Gazeta* nunca sabría por sus páginas que el matrimonio del condenado era disuelto *ope legis* a causa de la pena¹⁵.

La *Gazeta* informaba además de otra clase de incidencias: nuevos títulos elevados al *Conseil d'État* (estado civil, domicilio, ausencia...) y remitidos, con su informe, al *Tribunat* («el ciud. Grenier, en nombre de la seccion de legislacion, propone al Tribunado en su junta de 28 de Febrero se apruebe y se admita el proyecto de ley presentado por el gobierno sobre el titulo preliminar del código civil, relativo á los efectos y a la aplicacion de las leyes en general, y el Tribunado ha mandado se imprima este Informe»). La atención se mantuvo en los números siguientes (núm. 26, viernes 1 de abril; núm. 27, martes 5 de abril; núm. 28, viernes 8 de abril; núm. 29, martes 12 de abril; núm. 30, 15 de abril; núm. 31, 19 de abril) y el público español conoció así el discurso de Faure a favor del título «de la publicación, de los efectos, y de la aplicación de las leyes en general», con inclusión de artículos decisivos vertidos al español¹⁶ y la aprobación del título sobre goce y pérdida de los derechos («á la pluralidad de 197 bolas blancas contra 13 negras») o de aquel otro de los ausentes y la menor edad. La intención católica de la *Gazeta* tal vez aparecía en la generosa reproducción de la voz contraria al divorcio levantada en el Tribunado (núm. 30, discurso de Carlon-Nisas, pp. 316-319), al tiempo que se omitía la intervención favorable (finalmente triunfante: 188 votos contra 31) del ciudadano Treilhard

¹⁵ «Por la muerte civil pierde el condenado la propiedad de todos los bienes que poseía, y pasa su sucesión á sus herederos del mismo modo que si muriese naturalmente abintestato. Los bienes adquiridos por el condenado despues de haber incurrido en la muerte civil, y que posea al tiempo de su muerte natural, pertenecerán á la nacion por derecho de exheredacion», en *Gazeta* núm. 25, 29 de marzo, 1803, p. 264.

¹⁶ Por ejemplo, el 2.º («la ley solo rige para lo sucesivo, y no tiene ningun efecto retroactivo») o el 4.º («Que el juez que no quiera juzgar á pretexto del silencio, de la obscuridad, ó de la insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como si hubiera incurrido en denegación de justicia»). Para este segundo caso, a la hipotética lectura española sin duda le resultaría reconfortante el comentario del orador: «Muchas veces ha sucedido que los tribunales civiles, no hallando prevista la materia en la ley, se han dirigido al Cuerpo legislativo pidiendo la resolucion; pero si se hubiese atendido á que la ley no puede tener efecto retroactivo, es claro que no debia suspenderse el juicio, pues aun quando se hiciese de nuevo, no podia tener efecto en aquel caso anterior á ella... En una palabra, sea qual fuere el negocio civil ó criminal, ó está la ley expresa ó no: si lo está, no hay mas que sentenciar conformándose con ella: si no lo está, tambien es preciso sentenciar; pero con la diferencia de que en un asunto civil deben los jueces resolver por las reglas de la equidad, las cuales consisten en las máximas del derecho natural, de justicia universal y de razon; y que quando se trata de un proceso criminal, el acusado debe ser absuelto, visto el silencio de la ley».

en el Cuerpo legislativo (p. 319) —esta última no había faltado, por cierto, en el *Moniteur* (núm. 81, mardi 1 germinal, an XI = martes 22 de marzo, 1803), fuente francesa de la hoja madrileña.

Quién sabe si esas cuestiones vidriosas expliquen su hermetismo en los meses sucesivos. Desde fines de abril (1803) y a lo largo del año siguiente nada nuevo salió sobre el código en la *Gazeta de Madrid*, aunque no dejaron de publicarse noticias francesas de índole jurídica: informaciones sobre la ley de escuelas médicas y de la ley de aduanas, sobre la regulación de las fábricas y la navegación del Tarn... ocuparon las páginas del periódico, hasta que la guerra contra Gran Bretaña se apodera de la crónica parisina. El silencio de la *Gazeta* sin embargo no impidió que los españoles supieran del código francés y sus trámites y avatares; en realidad, la especialización en política exterior y una orientación más *savante* reservaron para el *Mercurio de España*, segundo periódico oficial (quiere decirse: propiedad de la corona, dependiente de la Secretaría de Estado, producido en la Imprenta Real) que ahora consultamos, nuestro asunto de la codificación civil francesa sin duplicar esfuerzos editoriales. Y así, el dicho *Mercurio*, una revista aún mensual a cargo del oficial de Estado y poeta de gusto neoclásico Nicasio Álvarez de Cienfuegos (1764-1809), publicó en el número de marzo de 1803 textos del *Code civil* en esta nueva fase de su aprobación definitiva¹⁷. El empeño persiste hasta el 15 de noviembre de 1806, fecha del último *Mercurio* (por entonces, quincenal) que ofreció, traducidos, preceptos del código napoleónico (arts. 1650-1664). A lo largo de esos tres años —sacudidos por abruptas interrupciones y saltos sistemáticos¹⁸— vio la luz una versión española de la ley francesa,

¹⁷ Pero la *Gazeta de Madrid* recogía indirectamente la información, por su práctica de airear los contenidos de su colega *Mercurio*. Cfr. por ejemplo *Gazeta* de 18 de octubre, 1803: «El Mercurio de España del mes de Julio se hallará en el despacho de la imprenta Real: en el Real sitio de S. Lorenzo en la tienda del Rubio, y en Cádiz en casa de D. Manuel Navarro. Contiene en la parte política: noticias de Turquía y Alemania: el discurso de Mr. Pitt sobre las negociaciones con la Francia: varias reflexiones extractadas del Semanario político de Cobbett: noticias de Etruria: el discurso hecho al Cuerpo legislativo de Francia para terminar la sesión [de] continuación del código civil, título vii de la paternidad y de la filiación; título viii de la adopción y de la tutela oficiosa. De España. Real cédula aprobando la instrucción formada por la Real Academia de la Historia sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos: instrucción adicional á la de 27 de Diciembre de 1748 sobre efectos de penas de cámara. En la parte literaria: fin del viage geográfico: noticia de un hombre poco sensible al fuego: noticia de los parages de España donde se ha hallado el *Lichen islandicus*: observaciones meteorológicas de este mes».

¹⁸ Desde el *Mercurio* del 31 de mayo, 1804, la publicación se interrumpe hasta el número del 15 de febrero, 1805, cuando salen los arts. 1101 a 1164; en ese largo hiato las crónicas francesas anuncian la proclamación imperial de Napoleón, los papeles de la conspiración que sufrió aún como primer cónsul y las interminables ceremonias y protocolos de la coronación. Un nuevo salto se da entre el 15 de octubre, 1805, cuando se publican los arts. 1453-1473, y el 31 de julio, 1806: salen traducidos entonces los arts. 1474-1508 y una nota inserta en p. 106 advierte: «los acontecimientos políticos de la Europa impidieron continuar la publicación del Código civil, que se suspendió en el *Mercurio* de 15 de octubre de 1805.

cada vez más atrasada en relación a su fuente —el citado *Moniteur Universel*— y, al final, incompleta¹⁹. Pero llegó a Madrid noticia de la edición oficial del *Code* en la Imprenta de la República (cfr. *Mercurio* 31 de diciembre, 1804, p. 406) y el periódico del rey católico, que nada había publicado desde mayo último, advertía a los lectores que «para no inutilizar la parte del Código, que ya se ha publicado... anotaremos aquí las variantes de la última edición, y seguiremos insertando el nuevo original»: añadidos, correcciones, artículos omitidos, ajustes de sistema... seguían en esas páginas, con mención de los *Mercurios* cuyo texto debía modificarse²⁰. Poco práctica en sus resultados, esa advertencia acredita, en cualquier caso, un escrúpulo de exactitud y un respeto al código vecino que confirma la traducción del extenso discurso de Portalis sobre la derogación del derecho precedente y el alcance de la nueva ley, recogido en el *Mercurio* de 31 de mayo, 1804 (pp. 241-255) —como siempre, a partir del *Moniteur* (cfr. núm. 179, mardi 29 ventôse, an XII = martes 20 de marzo, 1804).

Al sospechar intenciones, no me resulta sencillo valorar la importancia cultural (de cultura jurídica, claro está) de esta primera presencia, truncada, del *Code Napoléon* en España. Adelantemos que la imprenta real madrileña fue el cauce habitual (también el más efectivo)²¹ de la información sobre política extranjera (incluir

Ahora se continuará sin interrupción, si no acaeciesen nuevos disturbios», pero los temidos «disturbios», en la forma de guerra con Prusia y Gran Bretaña, ocupan las páginas siguientes al núm. de 30 de noviembre, 1806, repletas de partes y noticias bélicas. En una coyuntura internacional difícil y abandonada al parecer por los lectores (cfr. GUINARD cit. [n. 13], p. 223, con la real cédula que ordenó el cierre: el viejo *Mercurio* «ni ya tenía aceptación del público, ni rendía utilidades») la revista cesó su publicación, para renacer en 1815.

¹⁹ Cfr. *Mercurio* de marzo, 1803, arts. 1-6; abril, 1803, 7-143; mayo, 1803, arts. 144-222; junio, 1803, arts. 223-305; julio, 1803, arts. 306-361; agosto, 1803, arts. 362-478; septiembre, 1803, arts. 482-509; octubre, 1803, arts. 1-182 del libro III (modos de adquirir y sucesiones); noviembre, 1803, «sigue el libro III del Código civil», arts. 183-256; diciembre, 1803, arts. 257-389 (Fin del libro III); 15 de marzo, 1804, con el «Código civil libro II», arts. 510-536; 15 de abril, 1804, arts. 537-570; 30 de abril, 1804, arts. 571-629; 15 de mayo, 1804, arts. 630-703; 15 de febrero, 1805, «Libro III del Código civil», arts. 1101-1164; 31 de marzo, 1805, arts. 1165-1225 (continuación del título 3º del libro III del Código civil); 15 de abril, 1805, arts. 1226-1233; 30 de julio, 1805, arts. 1234-1301; 15 de julio, 1805, arts. 1302-1348; 31 de julio, 1805, arts. 1349-1369; 15 de agosto, 1805, arts. 1370-1386; 31 de agosto, 1805, arts. 1387-1420; 15 de septiembre, 1805, arts. 1421-1440; 30 de septiembre, 1805, arts. 1441-1452; 15 de octubre, 1805, arts. 1453-1473; 31 de julio, 1806, arts. 1474-1508; 15 de agosto, 1806, arts. 1510-1514; 31 de agosto, 1806, arts. 266-274; 15 de septiembre, 1806, arts. 1540-1573; 30 de septiembre, 1806, arts. 1574-1581; 15 de octubre, 1806, arts. 1582-1630; 31 de octubre, 1806, arts. 1631-1649; 15 de noviembre, 1806, arts. 1650-1664.

²⁰ Por ejemplo, «Pág. 36 del *Mercurio* de Mayo de 1803. Después del artículo 151 deben ponerse los seis artículos siguientes, decretados en 12 de Marzo y promulgados en 22 del mismo» (p. 407); también, «en la pág. 89 del *Mercurio* de 30 de Abril de 1804, en lugar de §. 1. póngase *sección primera*. En la pág. 93, §. 2, póngase *sección segunda*. En la pág. 98, §. 3, póngase *sección tercera*» (p. 411).

²¹ Los datos disponibles corresponden a los últimos años de Carlos III: la *Gazeta* sacaba a fines de 1781 unos diez u once mil ejemplares por número (al ritmo de dos a la semana); el *Mercurio* (mensual), entre dos mil setecientas y cinco mil quinientas copias;

das las novedades legislativas), lo que sin duda aprovechó al *Code*, pero además sus prensas siempre dieron cuenta de las obras traducidas al idioma castellano— en su mayoría, a partir del francés; desde tal perspectiva, a un tiempo programa ilustrado mas también servicio a un público lector que tenía ciertos gustos, los periódicos del rey sirvieron de plataforma para la irradiación de la cultura francesa. Un recuento minucioso de los anuncios literarios aparecidos en la *Gazeta* ha demostrado que ni siquiera la guerra de la Convención quebró en España el aprecio por las letras galas²².

De Francia llegaron casi siempre cosas de religión (más del treinta por ciento de las traducciones), seguidas de la ciencia (casi doce por ciento) y de la historia (casi once por ciento); el derecho arroja saldos modestísimos (apenas el dos por ciento)²³. Ahora bien, esta escasa relevancia de la literatura jurídica francesa en la biblioteca española de traducciones dejaría en su lugar (un lugar igualmente modesto) a la mencionada versión pues, en rigor, el *Mercurio de España* nunca se propuso traducir el código —por más que acabase haciéndolo—. El propósito era otro: utilizar los contenidos del *Moniteur Universel* para alimentar la crónica europea —una circunstancia que condicionó el alcance y la relevancia práctica de la ley en las páginas de la revista madrileña.

Por esta razón, la continuada presencia del *Code* nos resulta, otra vez, un asunto de circunstancias políticas. Al igual que tantas

cfr. GUINARD cit., pp. 60-62. Ahora sabemos que las suscripciones provinciales fueron importantes: casi mil abonados recibían la *Gazeta* (en especial, en el norte de España, de Galicia a Vascongadas y Navarra); más de mil suscripciones registra el *Mercurio*, de modo que la mitad de su tirada se repartía fuera de la corte, con una presencia muy destacada en Cataluña y Valencia; sin embargo, no es fácil precisar la condición de los suscriptores: cfr. ELISABEL LARRIBA, *Le Public de la presse en Espagne à la fin du XVIII siècle (1781-1808)*, Paris, Honoré Champion, 1998, p. 46, pp. 63 ss.

²² Cfr. María Aurora ARAGÓN FERNÁNDEZ, *Traducciones de obras francesas en la Gaceta de Madrid en la década revolucionaria (1790-1799)*, Oviedo, Universidad, 1992; son muy escasas las noticias de interés jurídico (así, p. 32: traducciones del *Droit public* de Jean Domat [1797] y de las causas célebres de Gayot de Pitaval [1798]).

²³ Juan Fernando FERNÁNDEZ GÓMEZ-NATIVIDAD NIETO FERNÁNDEZ, «Tendencias de la traducción de obras francesas en el siglo XVIII», en María Luisa DONAIRE-Francisco LAFARGA (eds.), *Traducción y adaptación cultural: España-Francia*, Oviedo, Universidad, 1991, 579-591 (recuentos de títulos aparecidos entre mediados del siglo XVIII y 1808); por lo demás, esas cifras se ajustan a los totales del censo completo de traducciones: cfr. Manuel-Reyes GARCÍA HURTADO, «La traducción en España, 1750-1808: cuantificación y lenguas en contacto», en Francisco LAFARGA (ed.), *La traducción en España (1750-1830). Lengua, literatura, cultura*, Lleida, Universitat, 1999, 35-43 (religión: 31,74%; literatura: 19,24%; historia: 9,98%; medicina: 8,53%); al fin y al cabo, el dominio del francés como lengua fuente era absoluto (55,11%, seguido del italiano: 18,9%, y del latín: 16,4%). Parece indudable la aptitud de los letrados españoles para utilizar un estudio francés en lengua original; tampoco caben dudas sobre la presencia de obras francesas en sus bibliotecas (cfr. Francisco AGUILAR PIÑAL, «Le livre français dans la bibliothèque de Jovellanos», en *Dix-huitième siècle* 16 [1984], 405-409). Mas la traducción fue un instrumento poderoso para nutrir de productos extranjeros el mercado nacional, así más accesibles; un extremo poco o nada atendido en la historiografía especializada.

versiones españolas de títulos franceses corresponde al momento de estrecha alianza con la República, consagrada en la paz de Basilea (1795); años de profundo galicismo y de admiración popular a Napoleón en que los sentimientos positivos por el nuevo orden pesaron más que el rechazo a los antiguos verdugos del rey cristianísimo: en aquel Madrid de comienzos de siglo «la gente se hacia gala de ser los aliados de la Francia, y los progresos de ésta los miraba la noble España como suyos, como las glorias de una hermana... se admiraba la represión de la anarquía, la sujeción de los partidos, la mejoración de las leyes, la tendencia nueva a la monarquía, y, más que todo para España, la restauración de los altares»²⁴. Y el código en ciernes funcionó como pieza señera de la feliz *organización* que, superada la revolución maldita, lograba finalmente la nación aliada: resulta muy elocuente que el *Mercurio* del 15 de enero, 1804, al cerrar balance del movimiento internacional en el año anterior, entonase una *laudatio* del primer cónsul, motor de la administración y de la renovación legislativa, alegándose precisamente la buena marcha de la codificación civil.

Difíciles equilibrios, en una encrucijada muy crítica. Aunque la España de Manuel Godoy (1767-1851), odiado príncipe de la Paz y mano derecha de Carlos IV, corriera la triste suerte de ser un protectorado napoleónico, los periódicos de Madrid («la pluma del Estado» en la feliz metáfora del príncipe) pudieron fungir de terreno muy adecuado para librar la batalla de la *opinión* y poner a salvo una dignidad «nacional» bastante discutible²⁵. «Con un gobierno como el nuestro», escribió el viejo Godoy desde su exilio parisino, «donde la imprenta no era libre, y donde las materias de la política exterior eran tratadas solamente en la *Gaceta* y el *Mercurio*, pretendió [Napoleón] también encadenar la pluma del Estado. Que no escribiese nadie en parte alguna sino para alabarle o defenderle, y que la imprenta le ayudase a subir al trono de la Francia y ocupar el solio de la Europa... Faltábale la España, no porque nadie lo hostilizase, mas en la cual se publicaban limpiamente las noticias de la Europa, las cuestiones de los Gobiernos y, sobre todo, los debates del Parlamento de Inglaterra, tal como ellos eran». Así las cosas, la

²⁴ Manuel GODOY, *Memorias* (1836-1838), ed. Carlos Seco Serrano, Madrid, Atlas (Biblioteca de Autores Españoles, vol. 88), 1965, p. 367; gracias al concordato, Napoleón parecía desde Madrid «un nuevo Constantino, un Teodosio». Vid. en general Emilio LA PARRA LÓPEZ, *La alianza de Godoy con los revolucionarios. (España y Francia a fines del siglo XVIII)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1992; del mismo, *Manuel Godoy. La aventura del poder* (2002), Barcelona, Tusquets, 2005, pp. 289 ss. «Ante el dueño de Europa».

²⁵ Y así, el embajador francés pudo reprochar al príncipe de la Paz que «los enemigos del Gobierno se complacen en esparcir la *Gaceta* de España», en GODOY cit. (n. 24), p. 367.

traducción del *Code* por esa débil «pluma del Estado» sería propaganda decidida de los éxitos napoleónicos; una publicidad desde luego elogiosa, aunque compensada de inmediato –para enojo del embajador galo en Madrid: «neutral España por las armas, debe serlo del mismo modo por la imprenta»– con aquellas crónicas de Inglaterra que nunca se ahorró el *Mercurio*²⁶.

¿Una guerra de papeles con un editor neutral? Salían en la corte española noticias del enemigo del todopoderoso aliado, «no tomados del *Monitor*, sino de los diarios de Inglaterra, sin ponerles glosas favorables ni contrariar a ninguno de los dos gobiernos» (Godoy). Pero tampoco faltaban las novedades de Francia, por ejemplo los títulos aprobados del *Code civil des français*. Y tal condición informativa limitaba el empeño: la intervención de la prensa del rey en la publicación del *Code* nada tenía que ver con posibles anhelos patrios en pro de la reforma jurídica.

En realidad, cuando el *Mercurio* traducía los textos napoleónicos la monarquía ultimaba una última, vieja pero *Novísima Recopilación* (1805) que era exactamente –en su técnica superada, su proyecto, sus contenidos– la imagen invertida del código celeberrimo²⁷. A pesar de las voces partidarias de la codificación, la *Novísima* y demás fuentes históricas (castellanas: así las Partidas y el Fuero Real, objeto de las preocupaciones eruditas de la Real Academia de la Historia, pero también el Fuero Juzgo de origen visigodo, resucitado con intención regalista por la majestad de Carlos III y puesto editorialmente en manos de la Academia Española) agotaron los esfuerzos. Vigente la recopilación («fárrago de legislación y de historia»), no quedó mucho espacio para un código nacional que, aún pendiente tras los experimentos constitucionales de Bayona (1808) y de Cádiz (1812), apenas sirvió como hipótesis de contraste al discutirse, ya bajo Fernando VII, la reforma de la reciente colección legislativa: «mirada [la *Novísima*] como Código es enteramente viciosa en su forma y en su esencia», opinaron los abogados de Zaragoza en 1817, seguramente con el *Code* a la vista. «La obscuridad, verborrería de las leyes y las inoportunas exposiciones de los motivos que hubo para promulgarlas desdican de la concisión, y laconismo que debe tener un Código; y por otra parte no hay sistemas ni principios fijos, ni instituciones estables de donde se derivan; muchas son obra de la

²⁶ *Ibid.* pp. 366-367; ante las interminables quejas se ordenó publicar las fuentes extranjeras de la *Gazeta*. Son páginas fuertemente polémicas con el conde de Toreno («¡un Toreno, Dios mío!», p. 368) y su acusación de haberse convertido «los diarios de España, o más bien la miserable *Gaceta de Madrid*, [en] eco de los papeles de Francia, unos y otros esclavizados por la censura previa».

²⁷ Cfr. últimamente Clara ÁLVAREZ ALONSO, «La legitimación del sistema. Legisladores, jueces, y juristas en España (1810-1870 c.a.)», en *Historia Constitucional. Revista electrónica de historia constitucional* 4 (2003) [<http://hc.rediris.es/04/Numero04.html>].

casualidad, y casos particulares, y otras no son acomodadas a las ideas, y costumbres de nuestro siglo». Fueron críticas habituales²⁸. Aunque las páginas del *Mercurio* permitieran tales consideraciones, su eficacia parece, en rigor, más bien despreciable, desfigurado el texto francés entre noticias de información política²⁹.

Ciertamente, la aventura napoleónica había provocado toda clase de comentarios, artículos y partes más y menos oficiales³⁰; una tupida red de mensajes dispersos que contenían, reunidos, la gramática adecuada del *Code civil*. Al tratar de similares fuentes y problemas (me refiero al tejido de comunicaciones existente en Francia poco antes de estallar la revolución) el historiador Robert Darnton describió el llamado *efecto libro*, para significar la crucial transformación de mensajes que nacieron como rumor (un «bon mot» cortesano o un popular «mauvais propos») y terminaron convertidos en producto de las prensas³¹. Entre los elementos descritos por este autor (conservación, difusión, cristalización y amplificación, autoridad, narración) nos interesa, dada su especial dimensión en los textos jurídicos, insistir en los dos últimos.

La *autoridad* (literaria) que adquiere cualquier discurso al precipitar como libro se añadiría, en primer lugar, al imperativo, en sí mismo *autoritario*, del cuerpo legal moderno. Por una parte, el

²⁸ José Luis BERMEJO, «Acotaciones a la última fase del proceso recopilador», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), 207-264, con análisis del voluminoso expediente abierto sobre la reforma; el texto que se cita en pp. 254 ss. Vid. también Eduardo GALVÁN RODRÍGUEZ, *Consideraciones sobre el proceso recopilador castellano*, Las Palmas, Universidad, 2003, pp. 65-66, informe del colegio de abogados de Madrid («no es un código de leyes formadas de nuevo y de una vez y arregladas de modo que todas tengan conexión entre sí, ya con respecto a sus disposiciones, y ya con relación al método y orden con que estén distribuidas y colocadas, sino que es una *compilación* de leyes establecidas en muy distintas épocas y muchas de ellas con motivos de casos y ocurrencias particulares»); p. 67, informe del colegio de Sevilla («este Código es todavía más monstruoso que los anteriores; que ni la clasificación de libros, ni la división de títulos, ni la colocación de leyes guardan un sistema regular; que hay muchas que están derogadas; que hay otras, y no es pequeño número, cuyo lenguaje incorrecto, cuyo estilo desaliñado producen a cada momento dudas de mucha transcendencia y derraman la oscuridad en todos los negocios civiles y criminales, fomentando por esta razón los pleitos y la arbitrariedad de los jueces»).

²⁹ Desde luego, el *Code* («que, a mi juicio, se aventaja a todos», p. 370) fue referente —acaso más de lo suponen las menciones deslizadas en el texto— de las famosas críticas contra la *Recopilación* de Francisco MARTÍNEZ MARINA: cfr. *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (1820), en *Obras Escogidas*. Tomo I, ed. José Martínez Cardós, Madrid, Atlas (Biblioteca de Autores Españoles, 194), 1968, pp. 355-480; lo del «fárrago», según recojo más arriba, en p. 362.

³⁰ Y otra vez nos valen los recuerdos de GODOY cit. (n. 24), pues «los jueces encargados de la imprenta tenían orden de llevar las riendas dulcemente y de darle campo ancho, salva siempre la religión y el principio monárquico», p. 206; incluso en los peores momentos de la guerra de España contra la Convención (1793-1795), «aun de los mismos libros y papeles que con razón eran vedados, si alguno bueno había en ellos se extraía juiciosamente y era publicado en los periódicos que ayudaba o protegía el Gobierno», *ibid.*

³¹ Cfr. Robert DARNTON, «*La France, ton café fout le camp!* De l'histoire du livre à l'histoire de la communication», en *Actes de la recherche en sciences sociales* 100 (1993), 16-26.

libro –cualquier libro– es un objeto singular, de fácil conservación y dispuesto a la consulta; con pie de imprenta y dedicatoria, con privilegios de la monarquía, con prólogos y a veces notas, índices y otras referencias adquiere unos aires de rigor y autenticidad que obligan a tomarnos su contenido muy en serio. Mas el dichoso *Mercurio* nunca facilitó la tarea. Su fragmentada versión del *Code civil* resultó algo cambiante y oscilaba entre la publicación de los títulos legales, con discursos y comentarios (extractados o completos), en el contexto de la «parte política» y, en el otro extremo, la mera reproducción de (pocos o muchos) preceptos bajo epígrafes del tipo «Código civil», «Sigue el Código civil», «Sigue el libro III del Código civil». Sin conocerse aún la práctica del folletón anexo ni la publicación seriada de textos extensos al pie de la hoja impresa, susceptible entonces de recortes sucesivos que facilitasen una colección independiente, desde el principio fue imposible convertir en *libro* simples retazos periodísticos de la ley napoleónica.

Por otra parte, la revista madrileña colocaba esa ley justo al lado –por ejemplo– de unas «noticias varias» de Rusia, del arreglo del departamento de la Guerra en Alemania o de una capitulación inglesa en el cabo de Buena Esperanza (cfr. *Mercurio*, «índice de este tomo»: enero-mayo de 1803). Los preceptos del código se ofrecían como una curiosidad, entre muchas, ante los ojos del lector ilustrado. Ya inútil en tanto libro, la intención jurídica de la obra traducida, diluida en el seno de una erudición cosmopolita, se encontraba fatalmente perdida.

Esta última consideración conduce a la *narración* («récit»), otro de los vectores interesantes del «efecto libro». Pues si aceptamos con Darnton que «dans les livres, les anecdotes et les histoires ne sont pas isolées mais reliées les unes aux autres en un long fil narratif, et situées dans un cadre général»³², entonces el contenido de nuestra «parte política» manifiesta una completa ausencia de pretensiones normativas en la difusión del *Code* desde la prensa oficial; es más, podríamos concluir que esa publicación conspiró contra el valor narrativo, irrepetible, de la ley en cuanto *texto jurídico*. Además, en esta clase tan particular de normas, como son los códigos, el *récit* o *narración* cobra una insospechada densidad: pensemos en la unidad de la disciplina codificada por encima de la serie interminable de artículos; en el sistema racional impuesto a una variedad de instituciones; en los estilos literarios del legislador moderno; en la síntesis normativa –en fin– de relaciones establecidas entre sujetos iguales e inserta en unas pocas páginas que caben en el bolsillo. Con su largo recorrido de meses y aun de años, saltos

³² *Ibid.* p. 25.

editoriales, erratas y aparición episódica el *Code civil* que tradujo el *Mercurio* exigía un gran esfuerzo (justamente ‘recopilatorio’) a los lectores que desearan recuperar la imagen más auténtica de la fuente –una imagen tan *legal* como *unitaria*.

II. «LEYES CIVILES QUE HOI GOBIERNAN Á LA FRANCIA». PRIMERA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA (1809)

El número 81 de la *Gazeta de Madrid*, correspondiente al 22 de marzo, 1809, anunció un curioso «Libro. Código Napoleón, ó sean las Leyes civiles que hoi gobiernan á la Francia, traducido al castellano según la edicion que contiene las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo en 3 de septiembre de 1807». Se trata de la primera traducción³³ literal y completa del *Code* de las cuatro publicadas, como tales (en sentido lato hay que añadir otras dos), por las imprentas españolas en el siglo XIX.

Hacia un año que reinaba José I, hermano del emperador, malhadado monarca «de las Españas y de las Indias», mas el libro anunciado por la *Gazeta* no respondió a las necesidades de su debilitado gobierno³⁴. Al contrario que en Westfalia, Varsovia o Italia, Estados recientes de los que oportunamente informó el *Mercurio*³⁵, el *Code civil*, al fin *Code Napoléon*³⁶, no se introdujo en España como ley nacional. Refiriéndose a su querido texto el emperador había consultado «si l’on pourrait l’introduire en Espagne sans inconvenients», con la consiguiente previsión en la carta diseñada

³³ *Código Napoleon con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807*. Madrid MDCCCIX [1809]. En la Imprenta de la Hija de Ibarra. [iii]-xxiv + 426 pp. Como era la regla de las ediciones oficiales del *Code*, también en esta traducción una anotación marginal indica la fecha de aprobación y de promulgación de cada título (expresada ahora en el restablecido, más comprensible, calendario gregoriano).

³⁴ Cfr. Juan MERCADER RIBA, *José Bonaparte, rey de España 1808-1813. Historia externa del reinado*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1971.

³⁵ Sobre el reino de Italia, cfr. *Mercurio* de 15 de julio, 1805, con el estatuto constitucional correspondiente (cfr. art. lvi: entrada en vigor del *Code* desde 1 de enero; traducción al latín e italiano y carácter decisivo de la versión italiana; art. lviii: inmodificabilidad del *Code* durante cinco años, con posibles revisiones posteriores); antes, en ese mismo número (pp. 11 ss.) el decreto imperial de 4 de junio de implantación del *Code Napoléon* (así calificado) en Parma, Plasencia y Guastalla. Para la constitución de Varsovia (art. 69: «El código Napoleon será el código civil del ducado de Varsovia»), cfr. *Mercurio* de agosto, 1807; para Westfalia (art. xlv: «El código Napoleon será el código civil del reino de Westfalia»), cfr. *Mercurio* de octubre, 1807.

³⁶ Cfr. Jean-Louis HALPÉRIN, «L’histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?», en *Pouvoirs* 107 (2003), 11-21. Las dichas «variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807» eran de índole terminológica (exigidas por la proclamación del imperio y el abandono del calendario revolucionario); la única alteración de sustancia tocaba al derecho sucesorio, tras admitir el emperador los fideicomisos nobiliarios.

para el estado-satélite español concedido a su hermano (cfr. proyecto A de la constitución de Bayona, mayo de 1808, art. 53: «Le Code Napoléon formera la loi civile du royaume»), pero las instituciones hispanas, a una con Joachim Murat, hombre de Napoleón en Madrid, disuadieron al César de inmediato: por más que en España se sintiera el «besoin d'un *code légal et méthodique*», se trataba «d'un code civil et d'un code criminel, rédigés avec soin et qui soient le fruit de longues méditations»; nadie aconsejaba por ahora «abroger des lois qui ont rendu nos ancêtres heureux». Se proponía, así, respetar provisionalmente el patrimonio legislativo existente (imprecisas leyes patrias, «adaptées au caractère de la nation») con la promesa de un arreglo futuro al modelo y manera imperial: «on se conformerait le plus possible à l'esprit du code Napoléon»³⁷. Pero no se pasó de ahí³⁸. Ni siquiera en Holanda –otra vieja potencia europea, en varios sentidos similar a España– llegó a frenarse la introducción del *Code* con tanta fortuna³⁹.

La carta finalmente aprobada (8 de julio, 1808) contenía, frente a los silencios de la constitución monárquica holandesa (1806), una promesa de códigos en el art. 96, bendecida por el emperador en persona («Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales»), pero nada más sabemos sobre su ejecución⁴⁰. Un raro volumen publicado tardíamente (1845) como

³⁷ Cfr. Pierre CONARD, *La Constitution de Bayonne (1808). Essai d'édition critique*, Paris, E. Cornély et Cie. Éditeurs, 1910, pp. 116-117. Los textos citados corresponden a la carta (Bayona 19 de mayo, 1808) dirigida por Napoleón a Murat, así como a la representación elevada por la delegación del Consejo de Castilla en Bayona.

³⁸ La rendición a las tropas francesas de plazas españolas fue ocasión para reclamar respeto por el derecho vigente (así Madrid, 4 de diciembre, 1808, art. 6: «Se conservarán nuestras leyes, costumbres y Tribunales en su actual constitucion»; La Coruña, 19 de enero, 1809, art. 13: «Las leyes, usos y vestimentas serán conservadas sin la menor alteracion»), lo que aceptaron el emperador y sus generales con serias reservas (Madrid: «concedido hasta la organizacion definitiva del Reyno»; La Coruña: «las leyes serán aquellas que la constitucion del Reyno estableció, ó estableciere»); pero no es sencillo precisar qué expresaban estas declaraciones. Consulto los textos en la *Gazeta del Gobierno* [Junta Central], Sevilla, núm. 1, 6 de enero, 1809 (capitulación de Madrid); núm. 8, viernes 17 de febrero, 1809 (capitulación de La Coruña); *vid.* también MERCADER cit. (n. 34), pp. 79 ss (Madrid), p. 143 (Sevilla).

³⁹ Peter A. J. VAN DEN BERG, *The Politics of European Codification. A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*, Groningen, Europea Law Publishing, 2007, pp. 254 ss. Aunque la constitución para el nuevo reino de Holanda (1806) no contenía el mandato de codificar, la elaboración del código civil fue una de las primeras medidas del rey Louis Napoléon; desechados los trabajos anteriores, demasiado abiertos a prácticas locales y al derecho romano, fue ultimado un nuevo proyecto, uniforme y estatalista, pero fracasó por la cerrada oposición del *Hoog National Gerechtshof*. El emperador forzó entonces la inmediata introducción del *Code* (1807); todavía se invirtió un año en adaptarlo a las circunstancias del reino (1809).

⁴⁰ Cfr. aún art. 82, segundo párrafo: «Las variaciones que se hayan de hacer en el código civil, en el código penal, en el sistema de impuestos, ó en el sistema de monedas, serán propuestas del mismo modo [*sc.* oradores del Consejo de Estado para presentar el proyecto] á la deliberacion y aprobacion de las Cortes», donde queda claro, frente al tenor aparente del art. 96, la neta distinción de la codificación penal y la civil.

Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte presenta más bien el contenido que delata el subtítulo: *ó sea colección de sus mas importantes leyes, decretos é instituciones*⁴¹.

La constitución de 1808 preveía aún la codificación mercantil: «Habrà un solo código de comercio para España e Indias» (art. 113), dotado del correspondiente aparato jurisdiccional (art. 114). Tampoco llegó este código, pero el régimen jurídico del comercio –un terreno tan familiar al banquero Cabarrús, ahora secretario de Hacienda y estrecho colaborador del rey José– recibió con alguna insistencia la atención legislativa del gobierno (creación de la bolsa de Madrid, decreto de 20 de julio, 1810, con posterior «reglamento de policía»; tribunales mercantiles, d. de 14 de octubre, 1809; patentes de invención, d. de 16 de septiembre, 1811)⁴². Más simple y deseada que la codificación civil, la comercial registraba a su favor la aceptación universal *imperio rationis* de las excelentes ordenanzas del Consulado de Bilbao (1737), base sólida para iniciativas, más y menos institucionales, de las últimas décadas del siglo ilustrado: la creación de corporaciones mercantiles, las sugerencias de los Campomanes y Jovellanos, la conversión de la Junta General de Comercio en un «Tribunal Supremo» con recopilación normativa, por añadidura (1794), las protestas uniformistas de los periódicos (1803), las academias de jurisprudencia y sus concursos (1797)... todos formaron un coro concurrido que apostó por el código unitario. Dentro de tal ambiente, no extraña comprobar que el *Code de commerce* recibiese en España una atención inmediata.

Desde luego, nada tuvo que ver ese interés por la legislación francesa, tampoco ahora, con la causa del régimen bonapartista. Apenas nacía el nuevo código (1807) y el *Correo Mercantil de España y sus Indias* ya había traducido los discursos con que se presentó ante las cámaras legislativas⁴³; unas «discusiones excelentemente trabajadas sobre las cuestiones mas importantes de la jurisprudencia mercantil», según se opinó después, que difundían

⁴¹ Juan Miguel DE LOS RÍOS, auditor honorario de Marina, *Código...* Madrid, Ignacio Boix, 1845. Carente de prólogo y declaración de intenciones, es una recopilación (desnuda de notas) *ratione materiae* de leyes josefinas, a comenzar por la constitución de 1808.

⁴² Los textos en el *Prontuario de las leyes y decretos del Rey Nuestro Señor Don José Napoleon I*, I-III, Madrid, Imprenta Real, 1810-1812; tal vez sea el más relevante la ley de justicia mercantil (I, pp. 377 ss), con el concepto de *acto de comercio* (tít. II, art. 2) y alusión al código deseado –con respeto al derecho sustantivo aún vigente (tít. V, art. 1: «Mientras se publica para nuestro reino un código comercial que sea mas completo, todos los pleytos que ocurran sobre negocios mercantiles se decidirán en los tribunales de comercio, y en los de sus apelaciones por las costumbres, ordenanzas y leyes observadas hasta ahora»). Cfr. Ángel José ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española», en *Revista de derecho mrcantil* 144 (1977), 121-184.

⁴³ Cfr. Luis Miguel ENCISO RECIO, *Prensa económica del siglo XVIII: el Correo Mercantil de España y sus Indias*, Valladolid, Universidad-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1958, pp. 47-48, pp. 110-111.

el lenguaje moderno del derecho codificado. Cuando el código llevaba poco más de tres meses de vida anunció la *Gazeta* la aparición de una versión española; salió algo más tarde (pues «varias circunstancias han retardado la publicación de esta traducción que se prometió al público»), pero esa traducción del *Código de comercio de Francia con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunalado*, obra de «utilidad general... á nuestros comerciantes y aun á nuestros jurisconsultos... pues en él hallarán unos y otros reunidos las mejores reglas que aseguran la buena fe, el crédito y la prosperidad del comercio... absolutamente necesario para nuestros comerciantes que tienen giro y comercio con los franceses»⁴⁴, por fin se puso a la venta en mayo de 1808.

A nosotros nos conviene conocer que este primer fruto –completo– de la codificación napoleónica publicado en español y en las prensas de Madrid ofreció además la ocasión de presentar, igualmente traducidos, varios artículos del *Code Napoléon*. En efecto, la práctica editorial de incluir en un aparato de notas los preceptos del derecho común que atendían las remisiones pertinentes de la ley mercantil especial permitió sacar un breve florilegio civilístico⁴⁵ –o una síntesis de contenidos, en los casos de doble remisión⁴⁶. El rigor del anónimo traductor –la fidelidad a su fuente, donde probablemente figuraban las remisiones– le obligó a incluir aún ciertas normas tomadas del código procesal, mostrando ante los lectores la unidad sustancial de un ordenamiento codificado⁴⁷.

⁴⁴ *Gazeta de Madrid*, núm. 49, 24 de mayo, 1808. Cfr. *Código de comercio... Traducido al castellano con varias notas relativas á nuestra legislación y usos mercantiles, y un plan de una escuela de comercio*. Madrid en la imprenta de la calle de la Grecha, 1808. [416] + xxviii págs. Los discursos en cuestión (Regnaud de Saint-Jean-de-Angely, Jard-Pauvilliers, Duveyrier...) ocupan las pp. 1-210; sigue el *Code*, con artículos numerados por libros (I, arts. 1-189; II, arts. 1-247; III, arts. 1-178; IV, arts. 1-34); las notas de derecho español remiten, por lo común, a las Ordenanzas bilbaínas. El *Plan* (i-xxviii) es obra de uno de los responsables técnicos del código (se trata de Vital Roux, negociante de Lyon y fundador de la célebre *École Spéciale de Commerce et d'Industrie*, 1819). Ni siquiera con el auxilio de la amiga Catherine Fillon he podido determinar cuál fue la edición de referencia, tal vez inexistente sí, como sospecho, esta versión es un *compositum* del traductor español; resulta además singular abrir por libros cuatro series de artículos –impráctica solución, nunca seguida en los cuerpos legales napoleónicos.

⁴⁵ Por ejemplo, la cita del art. 487 en el art. 1.2.º del código mercantil se atiende al pie; algo más abajo, a propósito del art. 1.7.º, su referencia a «la forma arreglada por el Código Napoleon» lleva a insertar la traducción de los arts. 1554, 1555, 1556, 1558 y 1560. Pero la recepción más intensa del *Code* se produce en el contrato de comisión (arts. 91 ss), apoyado en la reproducción íntegra de la disciplina civil del mandato (arts. 1984 ss).

⁴⁶ Así, la traducción del art. 1558 del *Code*, aludido en el precepto mercantil concordante (art. 1.7.º), incluye (entre paréntesis y en cursiva) una noticia de los arts. 203, 205 y 206, a los que se remite.

⁴⁷ Y el art. 65 («toda demanda de separación de bienes se seguirá, instruirá y juzgará conforme á lo que se prescribe en el Código Napoleon, lib. III, tit. V. cap. 2.º, Sec. III [I]») era ocasión, no sólo para traducir los arts. 1.453 ss, sino también los arts. 865 ss del *Code de procédure civile*. La presencia habitual en las notas del código procesal motiva acaso un error del traductor (¿de su fuente?) en relación al art. 50, libro III (= art. 486), donde se

No sería necesario, para comprobar ese extremo, abandonar la *Gazeta* del 9 de marzo, que anunciaba como vimos el *Código Napoleon* (1809). «En todos tiempos y á todos los hombres ha sido en gran manera importante conocer las leyes de las naciones cultas», añadía el anuncio, «ya porque asi pueden saber cómo han de conducirse en los tratos y negocios que con ellos más o menos multipliquen, ya porque viendo los esfuerzos que en otras partes se hayan hecho en la difícil arte de gobernar, pueden aprovechar para su patria los útiles descubrimientos, o evitar los errores que acaso se hayan cometido». La versión oficial (1807) que ahora se traduce incluía el «Discurso con que los oradores del consejo de Estado [Bigot de Préamenu] presentaron al cuerpo legislativo el proyecto de ley acerca de esta nueva edición»: texto importante (pp. [iii]-xiii) que documenta el salto de la «ley particular de los franceses» a la «ley comun de los pueblos de una parte de Europa»; en la argumentación de los oradores, ahora por fin en español, si el *Code civil* había transitado del gobierno consular al gobierno imperial sin alteraciones significativas⁴⁸, de la misma manera pasaría (y en efecto pasó, con aplauso generalizado) desde Francia a Italia y «varios pueblos de Alemania». La información sobre el nuevo derecho francés –tan necesaria para los tratos transnacionales, según argumentos que conocemos, a propósito del *Code de commerce*– encerraba además un valor ejemplar, pues el *Code* sería, considerado en sí mismo, un auténtico «descubrimiento» que aprovechaba a la causa de las reformas. Una «iuscomparación» embrionaria puesta al servicio del legislador nacional justificaba así la traducción: «esta reflexión condujo hace tiempo al traductor, de profesion letrado, á hacer esta traduccion, á la qual pensaba siguiese la de las Leyes inglesas, concluyendo que del cotejo de ambas legislaciones con la nuestra resultaría algun bien para la obra, siglos ha suspirada en España, no pocas veces acometida, y siempre malograda, de un solo código de leyes que nos gobiernen». Por lo menos, la esperanza no saldría muy cara: «véndese en el despacho de la imprenta real á 16 rs. en rústica»⁴⁹.

regula el inventario de bienes que han de elaborar los síndicos de la quiebra «conforme al artículo 937 del Código civil»; la incorrecta terminología (pues a esas alturas el título oficial de la ley era *Code Napoléon*) delata una remisión a la ley procesal.

⁴⁸ Como se advirtió, salvo adaptaciones al marco institucional del imperio y su nueva terminología, la única modificación tuvo que ver con el restablecimiento de las sustituciones sucesorias para la nobleza (cfr. acta imperial de 30 de marzo y senado-consulta de 14 de agosto, 1806).

⁴⁹ No sé cuánto costaba por entonces la *Gazeta* madrileña; el título similar de la España resistente –la *Gazeta de la Regencia de España e Indias*– se suscribía a razón de 64 reales al semestre en Cádiz (128 en las provincias), con tres números semanales: cfr. *Gazeta de la Regencia*...18 de septiembre, 1810.

Sería divertido especular con la contigüidad física –cercanía también de plan y cultura jurídica– del *Code Napoléon*, los *Commentaries* de Blackstone (si es que esta obra era lo que tenía en mente el desconocido letrado-traductor) y la inmensa *Novísima Recopilación*, con la mirada puesta en lograr, a partir de tales materiales, «un solo código de leyes que nos gobiernen». Pero la única pieza tangible del estrambótico proyecto exige un momento ulterior de atención, pues tenemos pendiente determinar la relación existente entre la traducción del *Code* anunciada en la *Gazeta* y la previa, incompleta traducción del *Mercurio*. A ese fin, será suficiente confrontar unos cuantos pasajes tomados al azar⁵⁰.

MERCURIO DE ESPAÑA

Art. 4

El Juez que se niegue á **juzgar**, con pretexto **del** silencio, obscuridad ó insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como *delinqüente* de denegacion de justicia.

Art. 152

Desde la **mayoría** fixada por el artículo 148 hasta la edad de 30 años cumplidos para los **hijos**, hasta la de 25 años cumplidos para las **hijas**, el **acto** respetuoso prescrito en el artículo *anterior*, y **sobre** el qual no haya recaído el consentimiento al matrimonio, se renovará otras dos veces de mes en mes; y pasado un mes despues del tercer **acto** respetuoso, podrá celebrarse el matrimonio.

Art. 331

Los hijos nacidos fuera de matrimonio, exceptuando los nacidos de comercio incestuoso ú adulterino, podrán ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de su **padre** y de su **madre**, quando estos los hayan reconocido *igualmente* [sic] ántes de su matrimonio, ó bien si los reconocen en el acto mismo de la celebracion.

CÓDIGO NAPOLEÓN

Art. 4

El juez que se niegue á *dar sentencia* á pretexto **del** silencio, obscuridad ó insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como *reo* de denegacion de justicia.

Art. 152

Desde la mayor edad establecida por el artículo 148 hasta la de 30 años cumplidos en los *varones*, y la de 25 años cumplidos en las *hembras*, si en vista de la *peticion* respetuosa prescripta por el artículo **precedente** no se hubiese dado el consentimiento para el matrimonio, se renovará la misma *peticion* otras dos veces de mes en mes; y un mes despues de la tercera *peticion* podrá procederse á la celebracion del matrimonio.

Art. 331

Los hijos nacidos fuera de matrimonio, como no sean de comercio incestuoso ó adulterino, podrán legitimarse por el matrimonio subsiguiente de sus *padres* quando estos les hayan reconocido legalmente antes de su matrimonio ó los reconozcan en el acto mismo de su celebracion.

⁵⁰ Por comodidad, los giros tomados de la fuente –a veces en una decidida apuesta por el galicismo– se ofrecen en **negrita**; van en *cursiva* las expresiones más originales.

Queda claro, primero, la existencia de dos manos diferentes; aún cabe precisar que el autor de 1809 no parece haber tenido por delante la versión del *Mercurio* –ni tampoco los pasajes del código civil insertos en las notas de la anterior traducción del código de comercio⁵¹. Y segundo, resulta que el texto del periódico (pero la pobreza de la muestra impone serias reservas) se aproxima más al francés del *Code* que no la anónima versión de 1809, en general más castiza en su léxico y apropiada en la sintaxis⁵².

Esa impresión se confirma en una segunda lectura, que permite detectar las vacilaciones, incluso los errores (si lo fueron), del traductor. A ese fin, no parece necesario ir más allá del índice sistemático. Por ejemplo, los «actes de l'État civil» son «instrumentos ó actas calificativas del estado civil», mas el capítulo (lib. I, tit. IX, cap. iii) «du conseil judiciaire» suena en español «Del consultor judicial» (esta falsa equivalencia *conseill/consultor* se arrastra al texto de los artículos)⁵³. La traducción es rara, pues su autor no ha dudado en ofrecer –correctamente– *consejo* por *conseil* en relación al de familia (arts. 405 ss), pero ahora se desliza una mala conversión de «la comune», como se sabe el ámbito local del que proceden los parientes-consejeros, en el término equívoco *la comun* (cfr. art. 407). Por su parte, *propriété*, empleada tanto en el libro II («Des biens, et de différentes modifications de la propriété») como en el III («Des différentes manières donc on adquier la propriété»), se mantiene al traducir al español el epígrafe del libro segundo, pero cede el puesto a *dominio* en el tercero («De los diferentes modos de adquirir el dominio»); en ese mismo libro los títulos documentan una nueva alteración, referida a *succession* y *succeder* que se traducen al castellano por *herencia* y *heredar*, sin que falte alguna concesión al lenguaje de la fuente... y a su misma ortografía (lib. III, tit. I, cap. iii: «De los diversos órdenes de succeder»). En

⁵¹ Para comprobarlo bastará cotejar un par de artículos:

1808

Art. 487: El menor emancipado que exerce algun Comercio se reputa mayor en los actos relativos á dicho comercio.

Art. 2076: En todo caso no subsiste el privilegio sobre la prenda sino en quanto esta ha pasado á la posesion del acreedor, ó de un tercero que hayan convenido las partes.

1809

Art. 487: El menor emancipado que hace algun comercio se reputa por mayor de edad en quanto diga relacion á su comercio.

Art. 2076: En todos los casos el privilegio no subsiste sobre la prenda sino en quanto esta prenda se puso y ha permanecido en la posesion del acreedor, ó de un tercero en quien se convinieron las partes.

⁵² Pero, según es fácil apreciar, el juicio sería más severo a la vista de la versión parcial contenida en el código de comercio, muy parcial pero superior.

⁵³ Por ejemplo, *vid.* art. 413 [*sic*, por 513]: «Puede prohibirse á los pródigos el pleitear, transigir, tomar prestado, recibir un capital mueble y dar carta de pago de él, enagenar ó hipotecar sus bienes, sin la asistencia de un consultor que les nombrará el tribunal».

sede de obligaciones la *condition résolutoire* reza «condición que disuelve el contrato», mientras las *obligations solidaires* son para el traductor español «obligaciones mancomunadas». Otras veces la traducción implica paráfrasis (así, la sección «Des Copies des titres» equivale a «De las copias de las escrituras que sirven de título»)⁵⁴ o produce una sinécdoque (lib. III, tit. VIII, cap. iii, sec. i: «Del salario de los domésticos y de los obreros», en lugar de «Du louage de Domestiques et Ouvriers»). Finalmente, *expropriation* se vierte castizamente como *desapropiamiento* (lib. III, tit. XIX: «Del desapropiamiento y de la graduación de los acreedores»)⁵⁵.

Si dejamos estas diminutas descripciones para volver sobre la presencia del francés en el horizonte literario español desde tiempos de Carlos III, por lo menos, comprenderemos enseguida la magnitud del asunto.

De un lado, el idioma francés funcionó como lengua de la cultura y de la ciencia (y la técnica); una circunstancia de peso que explicaría su dominio al sur de los Pirineos. De otro, aún bajo la incómoda cuestión lanzada (1782) por Nicolás Masson de Morvilliers («mais que doit on à l'Espagne?»), la recepción de textos útiles a partir de la lengua gala suscitó una cierta desazón patriótica⁵⁶. Tal vez sería exagerado achacar a ese sentimiento el gusto español por adaptar los originales⁵⁷, pero parece evidente que los muchos pareceres vertidos en la época sobre el trabajo de traducción se inscribieron en «la problemática de la inferioridad o retraso de España frente a unos países europeos –en particular, Francia– más adelantados en varios sectores: la economía, la tecnología, la potencia militar, la creación literaria y artística»⁵⁸.

¿También vale ese juicio para el sector del derecho? ¿Y se agotaría en su seno el específico problema de los textos legislativos? A la luz de los análisis ofrecidos por los historiadores de la lengua la

⁵⁴ En general, es cambiante la terminología en materia documental. El epígrafe «De la preuve littérale» se convierte en «De la prueba instrumental», en tanto la expresión «Du Titre authentique» aparece como «Del título ó instrumento auténtico». Las «contre-lettres» del art. 1321 se traducen «contra-escrituras».

⁵⁵ «Desapropiamiento» es voz del *Diccionario* académico desde la edición de 1780 a nuestros días (vigésimosegunda edición, 2001); el galicismo «expropiación» sólo aparece en los diccionarios oficiales a partir de 1869.

⁵⁶ Y en puertas de la invasión napoleónica la *Gazeta de Madrid*, núm. 5, 15 de enero, 1808, aún podía dar cuenta de los contenidos del *Memorial literario*... con atención a «una respuesta á la pregunta que hizo Mr. Masson de Morvilliers... vindicándose el honor de esta [España] ultrajado por aquel».

⁵⁷ Pienso en las traducciones-abreviación/corrección/nacionalización del útil elenco de Inmaculada URZAINQUI, «Hacia una tipología de la traducción en el siglo XVIII: el horizonte del traductor», en DONAIRE-LAFARGA (eds.) cit. (n. 23), 623-638.

⁵⁸ Jean-René AYMES, «Las opiniones acerca de las traducciones en la prensa española de los años 1823-1844», en FRANCISCO LAFARGA *et al.* (eds.), *Neoclásicos y románticos ante la traducción*, Murcia, Universidad, 2002, 35-58, pp. 35-36.

primera duda debe responderse con la negativa: tendremos que esperar a los años 1830 para que se traduzca sostenidamente literatura jurídica extranjera, en particular la francesa: literatura dominante hasta el triunfo del italiano tras la explosión positivista⁵⁹.

Pero la *révolution*, y en lo suyo el *Code*, significó también la toma al asalto de las expresiones lingüísticas; es más, supuso «la entrada de la lengua jurídica en la lengua general» (Brunot), un fenómeno hasta entonces desconocido⁶⁰. A partir de 1789 los términos antiguos lograron otros sentidos (así *familia*, *propiedad*... y por supuesto *código*), mientras los cambios institucionales trajeron neologismos insospechados. Y claro está, cargada la lengua, en general, de contenido político, la moderna cultura dominó cualquier texto o discurso: no sería necesario leer ni traducir un libro jurídico o una colección de leyes para recibir en España, junto a las admiradas letras francesas, el mensaje político de la nueva época.

Tal es la impresión que obtenemos al consultar una de las herramientas idiomáticas más difundidas de aquellos momentos: el *Dictionnaire* del abate Claude-Marie Gattel⁶¹. Su edición del año XI resulta especialmente útil pues se encuentra enriquecida «d'un Vocabulaire des Mots nouveaux introduits depuis la Révolution dans la Langue Française», incluso «d'un Vocabulaire géographique... où les Villes... sont rapport[é]és, etc., tout à la fois et à l'ancienne division par Provinces, et à la nouvelle par Départements». Fuera de estos apéndices, en el cuerpo principal del diccionario nuestro término recibe una definición más bien vetusta: *code* significa ahí «compilación de las leyes de los emperadores... recopilación de las ordenanzas de los reyes de Francia. Lat. Codex» (*ibid.* p. 133); seguramente sería una de «aquellas voces, que, por la mayor parte... teniendo ya su valor equivalente en la lengua», el mismo lexicógrafo confesaba que «no se ha hecho cargo» de incluirlas en la lista (p. 757).

⁵⁹ Pero al respecto es muy débil la investigación. Cfr. Phanor J. EDER, *Law Books in Spanish Translation. A Tentative Bibliography*, Gainesville, University of Florida Press, 1966; Carlos PETIT, «Qualcosa che somiglia all'ammirazione. Ecos de la civilística italiana en España», en *Anuario de Derecho Civil* 57 (2004), 1429-1478.

⁶⁰ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 34 ss. Vid. Béatrice Didier, *Écrire la Révolution 1789-1799*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, más la antología –de título tan expresivo– de Gérard GENGEMBRE, *À vos plumes, citoyens! Écrivains, journalistes, orateurs et poètes, de la Bastille à Waterloo*, [Paris], Gallimard, 1988.

⁶¹ *Dictionnaire François-Espagnol et Espagnol-François, avec l'interprétation latine de chaque mot...* par C. M. GATTEL... Tome Premier. Lyon, chez Bruyset aîné et Cie., rue Saint-Dominique, núm. 74, An XI = 1803. Pero Gattel seguía fielmente el precedente ofrecido por el diccionario académico de 1798, dotado de suplementos: GARCÍA DE ENTERRÍA cit. (n. 60), pp. 36-37, n. 45.

Ciertamente, «le Vocabulaire d'une nation... est une table assez fidèle de toutes ses connaissances», proclamaba Gattel, explicando así la riqueza léxica del español en las materias –disparas y desconcertantes– de la metafísica y la prostitución (cfr. p. iii); mas en relación a los términos técnicos o demasiados específicos «un Dictionnaire de langue ne doit, sans doute, offrir que ceux que le commun des lecteurs est sujet à entendre prononcer, ou à trouver dans de livres ordinaires» (p. ix). Tratándose del francés, a los ámbitos tradicionales del teatro, la filosofía, las ciencias, la medicina se añadía ahora la lengua de las transformaciones jurídicas y políticas: «voces que propiamente pertenecen á las nuevas instituciones, y á los sucesos que han señalado las varias épocas de la Revolución» (pp. 757 ss), que, de aplicar a rajatabla las opiniones expresadas por Gattel, si habían sido incluidas, entonces se debía a su empleo «dans de livres ordinaires». Y esta parte «enrichie» del diccionario *François-Espagnol* –un instrumento como se dice usadísimo en cualquier empresa de traducción que se emprendiera cuando el *Mercurio* sacaba su versión del *Code civil*– difundió discretamente en España los nuevos saberes jurídicos y constitucionales. «No se omitió nada para reunir en este Suplemento todas las voces de este género», confesaba el autor, «que van inclusas tanto en las quatro Constituciones, de los años 1791, 1793, 1795, 1800 [sic], y en el Senatus-Consulto orgánico de 1802, como en las leyes y otros actos emanados de las Asambleas Constituyente, Convencional y Legislativas; y se ha tratado cada artículo de un modo bastante extenso, para que se pueda juzgar no solamente del estado presente de la Constitucion Francesa, sino tambien de las variaciones que tiene experimentadas». Tantas innovaciones podían justificarse por la necesidad de designar realidades antes desconocidas, pero la invención caprichosa o, aún peor, el interés en ocultar un sentido indeseable tras una palabra deslumbrante debía rechazarse también, hasta dejar en su lugar el léxico más espurio⁶². Los vocablos constitucionales y de la experiencia parlamentaria (*acclamation, acte constitutionnel, assamblée primaire, convention nationale, ordre du jour...* pero no *constitution*)⁶³, los neologis-

⁶² «Simples *neologismos*, ó palabras y locuciones nuevas, extrañas por sí mismas á las memorables mutaciones con que la Revolucion han sucedido en la forma de gobierno. Deben su existencia, ó al espíritu y amor de novedad... ó al interes que tenían los que las crearon de esconder baxo de unas palabras ininteligibles, ó apartadas de su verdadero sentido, los intentos y sistemas que no se atrevían profesar» (*ibid.*).

⁶³ Otra de las voces en las que primaría el «valor equivalente en la lengua», como se decía del *código*. De todas formas, aparte la inclusión de «constitution civil du clergé», que no es poco, en el cuerpo del diccionario la voz *constitution* recoge una (segunda) acepción como «la forma, ó sistema de gobierno que tiene adoptada cada estado» (p. 149). En consecuencia, *convención nacional* se define como «asamblea de los Representantes de una nacion para darle una Constitucion, ó para mudarla, modificarla, etc.».

mos de la justicia legalista del Estado (*accusateurs nationaux, tribunal de cassation...*)⁶⁴, en fin, los términos gubernativos (*administration centrale, adjoint, session...*) resumían con total eficacia un mundo de instituciones que hoy nos resulta familiar.

Y además *sans-coulotte, organiser* (arreglar el movimiento interior de un cuerpo político, de una administración, etc.), *guillotine, vandalisme, inmoral (homme, action)*, incluso *télégraphe...* Un atento lector de Gattel, el polígrafo catalán Antonio de Capmany (1742-1813), al elaborar su propio diccionario (donde, advertía, «van enmendados, corregidos, mejorados, y enriquecidos considerablemente los de Gattel, y Cormon») no tuvo más remedio que encararse con el problema de los neologismos revolucionarios⁶⁵. Capmany razonó contra su admisión, al tratarse de voces que «nunca han sido de la lengua, ni de un sistema constante de la nación» (p. viii); expresiones tan volubles como fracasadas, «términos para designar nuevos establecimientos, nuevos oficios, nuevas funciones, nuevas jurisdicciones, cuyas continuas variaciones, y al fin, cuya ruina total, manifiestan la poca firmeza y autoridad de nombres tan perecederos»⁶⁶. A las alturas de 1805 estos juicios nos parecen demasiado injustos, más cercanos a la simple manifestación de un deseo que a una descripción imparcial del tesoro léxico: «mi objeto» —confesará Capmany pocos años más tarde— «era más político que gramatical». El deseo cobraba fuerzas tratándose del español, pues «tales voces no admiten traducción en especial, ni aplicación nacional, ni análoga a nuestra vida política, ni civil» (misma p. viii). Sin merecer traducción como parte viva del idioma, quedarían entonces como testimonio mudo de unos tiempos convulsos: «memorias históricas para los curiosos de aquellos sucesos, en cuya época las innovaciones en la legislación y en la lengua no tuvieron límites» (*ibid.*). Mas Antonio de Capmany no era del todo consecuente, pues al *Nuevo Diccionario* pasaron voces revolucionarias sueltas, como *brumaire* («segundo mes del nuevo calendario francés», que acaso mereció tal honor por el célebre

⁶⁴ «Tribunal único y solo en toda la república que casa, ó anula una sentencia dada por un Tribunal, por falta de formalidad, y hace pasar el proceso á otro».

⁶⁵ *Nuevo diccionario francés-español...* Por D. ANTONIO DE CAPMANY. Madrid, Imprenta de Sancha, MDCCCV [1805]; uso la segunda edición (1817), tras cotejar correspondencias. Cfr. Manuel BRUÑA CUEVAS, «Las mejoras aportadas a la traducción por el *Diccionario* de Capmany (1805)», en FRANCISCO LAFARGA (ed.) cit. (n. 23), 99-110; sobre todo, Françoise ÉTIENVRE, *Rhétorique et patrie dans l'Espagne des Lumières. L'oeuvre linguistique d'Antonio de Capmany (1742-1813)*, Paris, Honoré Champion, 2001, especialmente pp. 280 ss con fragmentos del «Prólogo», pp. vii-viii, que aquí nos interesan.

⁶⁶ Y Capmany tendría en la cabeza, como ejemplo contrario de vocablos de más prosapia, ciertas «Traducciones de algunos nombres technicos» (cfr. pp. 189-190: *droit coutumier, seigneur terrien, corps intermediaire, heritage amorti, droit emphytéotique...*) que había recogido en su *Arte de traducir el idioma Francés al Castellano* (1776), edición comentada por M.^a del Carmen Fernández Díaz, Santiago de Compostela, Universidad, 1987.

golpe de estado napoleónico), *administration* («el acto de administrar... hoy también se dice en francés del gobierno, ó modo de gobernar los ramos del Estado»), *arrondissement*, *conseil de ville*, *département*... o ciertas unidades del sistema métrico (*centigramme*, *centimètre*, *centilitre*) aun faltando originariamente las básicas⁶⁷.

A pesar de esas inconsecuencias la lúcida relación que supo anudar Capmany entre leyes, idioma y revolución hubiera bastado para llevarnos hasta su *Nuevo diccionario*, pero el autor presenta, en general, un marcado interés que obliga a considerarlo con mayor detalle.

Ya se sabe que el dominio imperial en España fue todo menos pacífico; en realidad, sobre la reacción antifrancesa –variadísima en sus modalidades, protagonistas e intenciones– del pueblo español se levantó un mito fundador del sentimiento nacional⁶⁸. Una de esas reacciones –de las más violentas, no obstante su condición literaria– fue la *Centinela contra los franceses*, publicada a finales de 1808 por el polígrafo catalán, nuestro autor de diccionarios. «No es éste tiempo de estarse con los brazos cruzados el que puede empuñar la lanza», arrancaba el panfleto⁶⁹, «ni con la lengua pegada al paladar el que puede usar el don de la palabra para instruir y alentar a sus compatriotas». Convencido de su propia capacidad para «alentar» por medio de la palabra, a la lengua acudió Capmany para hacer una condena patriótica de la Francia invasora, mostrando de paso su proverbial sensibilidad ante los aspectos lingüísticos de la política y el derecho. Lo nuevo de la tiranía francesa estribaría, según Capmany, en la imposición de sus propias leyes a los pueblos derrotados, singular estrategia con la que «las conquis-

⁶⁷ En efecto, si en 1805 *mètre* era solamente «metro: lo mismo que verso, poesía», la omisión se repara en 1817: «Mètre... unidad de medida y fundamento de todas las demás, en el nuevo sistema de Francia. Es la diez millonésima parte del cuarto de un meridiano terrestre, y equivale á 3 pies castellanos, y 5889 diez milésimas, que vienes á ser muy poco mas de 7 pulgadas. El decímetro cúbico es la unidad de medida de capacidad, y se llama *litro*: un centímetro cúbico de agua, es la unidad de peso, y se llama *gramo*». También se completó la definición del calendario revolucionario (floréal, germinal...); en realidad, la nueva edición del Capmany podía dar entrada finalmente al adjetivo de referencia: «*Revolutionnaire*. s. m. y f. (voz nueva). Revolucionario: el partidario de una revolución».

⁶⁸ José ÁLVAREZ JUNCO, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2004, pp. 119 ss. La casualidad ha querido que estas líneas se escriban a principios de 2008, año del bicentenario de la invasión napoleónica y, por ende, de celebraciones oficiales que responden a este divertido invento de la *nación*: cfr. Real Decreto 1770/2007, de 28 de diciembre, «por el que se crea el Consejo para la Coordinación de las Conmemoraciones de los Bicentenarios del Constitucionalismo en España e Iberoamérica» (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 16, de 18 de enero, 2008).

⁶⁹ ANTONIO DE CAPMANY, *Centinela*... Parte primera. Madrid, Gómez Fuentenebro y C^a, 1808. Cfr. p. 73, para la frase citada sobre intenciones de gramática política, procedente de una exposición a Godoy. Veo un anuncio de la *Centinela*... en la *Gazeta de Madrid*, 4 de noviembre, 1808.

tas de Napoleón no siguen el orden ni sistema de las antiguas. Ahora no dexa leyes, costumbres, usos, privilegios, clases: todo lo transtorna, hasta el culto divino. Introduce su moneda, su idioma, sus fórmulas, y reglas de gobierno, su constitucion política y militar, y su código civil... Esto se llama entre los franceses *organizar*, esto es, descompagnar»⁷⁰. La crítica general se aplicaba por supuesto a España, encarnándose en aquella carta constitucional de Bayona. «Como nuestras leyes son viejas, nos venía [Napoleón] á dar otras nuevas: ésta es la última tiranía y humillacion que pueden sufrir los pueblos vencidos del conquistador. Pues ¡quál será la soberbia y vanidad de Napoleón, que se hace nuestro legislador antes de conquistarnos! Dígalo la nueva *Constitucion española*, que nos regaló su sabiduría y beneficencia: monumento escandaloso de nuestra futura esclavitud»⁷¹. Y esa constitución flamante merecía aún una condena ulterior, basada ahora en razones de *estilo* que eran, en rigor, las razones mismas del código: «en la corteidad del volúmen está el mayor desprecio, y en la brevedad estudiada de sus artículos la mayor injuria con la mayor malicia».

El afrancesamiento de España, auspiciado por Godoy y reflejado en mil traducciones, habría sido además la causa de la corrupción del idioma⁷², pues la lengua, una sólida barrera contra la invasión de las ideas francesas, terminó por ceder, franqueando así el paso a barbarismos temibles⁷³—y también a constituciones y leyes... traducidas y anunciadas de modo irresponsable en los periódicos⁷⁴. «En medio de estos temores y anuncios que cercaban mi corazon

⁷⁰ *Centinel*... Parte segunda. Madrid, Sancha, 1808, p. 37.

⁷¹ Parte primera, pp. 85-86.

⁷² ASÍ CAPMANY: «Si tarda mas tiempo en venir nuestra redencion, gracias á la agresion de nuestros pérfidos aliados, no solo se acabará de estragar la lengua española, sino que se hubiera acabado de todo punto... pues no solo se habia alterado la índole y frase, mas tambien el vocabulario castellano, con la pestilencia de tanto traductor jornalero, y de la adulterina parla de tanto jóven que volvia de la romeria de París transformado en arlequin»; Parte segunda, p. 11.

⁷³ «No quiero extenderme aquí a todo lo que pide la reforma de los abusos introducidos en nuestra lengua... El diccionario hispano-galo compondría un buen volumen, y lo dexo para otra ocasion... Por ahora deseo ver desterradas las palabras *asamblea, bello-sexô, detallar, organizar, requisicion, seccion, resultado, autoridades constituidas, agentes del gobierno, funcionario público*... La misma voz *central*, aunque castellana, me incomoda, solo por verla usada en Francia para establecimientos políticos y literarios de su loca revolucion. Además en español no recibe esta voz la acepcion que se le quiere atribuir en el significado de principal ó capital»; Parte segunda, pp. 19-20.

⁷⁴ Y así, reconquistar la *Gazeta de Madrid*—perdida por causa de Godoy—era cuestión primordial: «con esta guerra limpiarémos la Guia de forasteros de los nombres asquerosos de las familias reynantes napoleónicas, y de sus satélites coronados. Recobrarémos la libertad de publicar la *Gazeta* de nuestra Corte toda de nuestra cosecha, ó eleccion, y no dictada al beneplácito de los Embaxadores de Francia, que tenian atadas las manos al compositor en los artículos concernientes á noticias políticas y militares del resto del mundo: del mentiroso *Monitor* y *Publicista* de Paris, únicos periódicos que se permitian leer y extractar»; Parte primera, pp. 19-20.

sobresaltado, padecía yo el dolor y rabia de ver anunciados en carteles y en periódicos nuestros: *Código Napoleon –Vida de Napoleon– Catecismo de Napoleon*, traducciones al castellano, y vendidas a la rebatía⁷⁵. Horror y vergüenza de nuestra nación! Veía, y no quería ver, colgadas por estos tendajos y librerías de estampas, manchadas las puertas y las paredes con *retratos de Napoleon* iluminados, y sin iluminar, de todos tamaños; y veía allí, con un palmo de boca abierta, bausanes de montera, de peluca, y de corona, que se apelluzgaban á contemplar con curiosísima admiración, quando debiera ser con horror, la imagen del héroe, que luego nos enviaría 100 mil bayonetas, y 20 mil sables, para traernos la felicidad que no conocíamos y que ya hemos empezado á gustar. Y todo esto ¿era otra cosa que irnos familiarizando con la vista de este tyrano, cobrándole cierto amor con la misma admiración? ¿No era en algún modo llamarle con estas demostraciones, y aclamarle ya en corazones simples, ó corrompidos? Gravemente han ofendido á la patria los traductores, los censores, los impresores, libreros, grabadores, y compradores. En esa calle de las carretas, por haber sido el teatro principal de tales escándalos, debe hacerse una pyra, en donde ardan publicamente tan exêcrables monumentos».

La furia de Capmany⁷⁶ me parece admirable y hermana modélicamente la denuncia del idioma francés, la política literaria proclive a las traducciones y las preferencias de la imprenta y aun del público lector en la recepción de los «execrables monumentos» napoleónicos –el código por supuesto incluido. Quién sabe qué hubiese escrito si la *Centinela contra los franceses*, aparecida según vimos en 1808, se hubiera publicado más tarde; por ejemplo en 1812, cuando su tierra de origen fue anexionada *de facto* al imperio.

El desgraciado episodio tuvo lugar al levantarse una administración civil en los cuatro departamentos en que había sido dividido (decreto de 26 de enero, 1812) el principado de Cataluña (decre-

⁷⁵ Cfr. aún otro pasaje de la Segunda parte (pp. 46-47), referido discretamente al *Code*: «En Francia todo suena o revolucion o regeneracion. En el tiempo del furor democrático se quitaron los nombres de reyes y de santos a las plazas, calles y establecimientos públicos, convirtiéndoles en nacionales y republicanos. Viene el corso Napoleon a regenerarlos y todo se napoleoniza; y con su nombre se rebautizan pueblos, plazas, calles, teatros, museos, paseos, puertas, puertos, navíos, institutos y leyes. Sólo falta que se diga: «Napoleon me valga», «Vive Napoleon», «Napoleon ayude a Vm.», «Vaya Vm. con Napoleon», del modo que hemos dicho hasta aquí: *Dios me valga, Vive Dios, Ayúdele a Vm. Dios, Vaya Vm. con Dios*». Por supuesto, escapa de mi propósito perseguir la presencia mitificada de Napoleón entre los españoles; cfr. Irene CASTELLES-Jordi ROCA, «Napoleón y el mito del héroe romántico. Su proyección en España (1815-1831)», en *Hispania nova* 4 (2004) [<http://hispanianova.rediris.es/index.htm>].

⁷⁶ Cfr. Parte primera, pp. 67-69. Localizo en la *Gazeta* (30 de octubre, 1807) una «Vida de Napoleon I, Emperador de los franceses y Rey de Italia... tomo IX... Se vende... en la librería de Fuentenebro, calle de las Carretas, y de Ranz, calle de la Cruz».

to de 2 de febrero), pero, en rigor, José I nunca ejerció su gobierno en los territorios situados al norte del Ebro, cuyo interés estratégico había aconsejado someterlos a un régimen militar⁷⁷. A medida que la guerra española se enconaba y parecía más próxima la campaña contra Rusia, Cataluña resultaba, vista desde Francia, una nueva *marca hispánica* protectora de las fronteras meridionales. De esa historia complicada es suficiente recordar que la anexión de los departamentos catalanes a Francia trajo consigo la circulación práctica del *Code* –aun sin haberse promulgado⁷⁸.

El decreto imperial de febrero ordenaba a las autoridades (art. 5) tomar «toutes les mesures préparatoires pour la publication du Code Napoléon, du Code de procédure civile et criminelle, du Code pénal et du Code de commerce... en vertu d'un décret spécial émané de nous»; las autoridades circularon la cuestión de si «Se ha hecho en Cataluña algun estudio del Código Napoleon? Que dificultad se hallara en las opiniones para introducirlo?» (1812): aunque desconocemos la respuesta, sabemos que los jueces no dejaron de utilizarlo «prescindiendo de... no haberse mandado observar» (1811), amparándose –en su caso– en las coincidencias del *Code* con el derecho romano, sistema supletorio del catalán⁷⁹. Tampoco faltaron disposiciones de las nuevas autoridades con incidencia en materias de derecho privado⁸⁰. Pero quedaba todavía pendiente la traducción –la promulgación– de la ley francesa.

A pesar de la tendencia inicial de los invasores al uso del catalán, «saliendo en él los diarios, las proclamas y las actas de los cabildos municipales (bien que cuajados de galicismos que los desacreditaron)»⁸¹, predominó el castellano como *lingua franca* de

⁷⁷ MERCADER cit. (n. 34), pp. 278 ss. También, del mismo, «La anexión de Cataluña al Imperio francés (182-1814)», en *Hispania. Revista española de historia* 7 (1947), 125-141.

⁷⁸ Cfr. Federico CAMP, «Historia jurídica de la Guerra de la Independencia. Segunda parte. Exposición de instituciones y hechos (continuación)», en *Revista Jurídica de Cataluña* 27 (1921), 189-203. También, aunque sin uso de las útiles aportaciones de Camp, que aún debe consultarse, Pedro DEL POZO CARRASCOSA, «La introducción del Derecho francés en Cataluña durante la invasión napoleónica», en J. Michael SCHOLZ (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1992, 189-213.

⁷⁹ Textos en DEL POZO, cit. (n. 78). Cfr. p. 203, n. 35 (preferencia por el catalán), p. 195 (cuestión sobre el *Code*); p. 209 (uso del *Code* por los jueces). Pero Del Pozo olvida que el título oficial del texto fue *Código Napoleón*, un poderoso nominativo –en lugar de la equivocada forma genitiva que continuamente utiliza (pp. 191, 197, 208...) y que ha pasado al artículo *Codi de Napoleó* (*sic*) de la *Gran Enciclopèdia Catalana*, s. v. [http://www.enciclopedia.cat/fitxa_v2.jsp?NDCHEC=0018448], aparentemente elaborado a partir de su contribución.

⁸⁰ Así un *arrêté* de 11 de junio, 1812, contra la práctica de instituir herederos de confianza: DEL POZO cit. (n. 78), p. 198.

⁸¹ CAMP, «Historia... Primera parte. Generalidades (continuación)» *ibid.* 24 (1918), 447-469, p. 450. Por eso, la resistente Junta de Cataluña usaba el español, «para contrariar el empeño del enemigo, quien, según se ha dicho, se cubría con la máscara de la lengua indígena» (p. 448).

la administración ocupante. Un oficio del barón de Gérando, intendente de la Alta Cataluña (departamentos del Ter y del Segre), comunicó al ministerio francés de Justicia en junio de 1812 que la traducción del *Code* se encontraba lista para la imprenta; partidario de la lengua local («il serait je crois d'un juste usage politique de s'emparer de toutes les antipathies qui existent, du Catalan contre l'Espagnol, de le favoriser par nos institutions, de rendre toujours plus forte la ligne de démarcation morale entre les deux Peuples»), el intendente se refería a una versión catalana –por desgracia hoy desconocida⁸². La respuesta de París fue disuasoria: «j'ai lieu de craindre que vous n'ayez été induit en erreur sur le caractère de l'usage de l'idiome catalan... le catalan n'est qu'un langage purement populaire... il serait... à désirer qu'on pût donner la préférence à la langue espagnole» (*ibid.*). Otras autoridades participaron de la misma visión: al consultar el intendente de Barcelona «s'il conviendra que ces Codes... soient traduits en langue Castellane, ou en langue Catalane», la comisión encargada del asunto respondió que «n'a pas hésité un seul instant sur ce point, et elle a opiné à la majorité de neuf contre un que les Codes... doivent être traduits en langue Castellane»; de paso, era criticada la política del mariscal Augereau, favorable, como Gérando, al catalán («Cette mesure ne servit qu'à rendre difficile la rédaction des actes, et a dégoûter ceux qui en était chargés... on reprit l'usage de l'Espagnol sous le gouvernement du Monseigneur le Duc de Tarente»)⁸³. Por esa deseada versión española del *Code* –una hipótesis contemplada por el mismo Gérando, al anunciar la catalana– se pagaron en 1813 unos quinientos francos, que retribuyeron también la traducción del código de procedimientos civiles y las correspondientes copias; el trabajo con los códigos restantes, aún por hacer, se valoró en trescientos⁸⁴. Tampoco ahora conocemos unos textos que, de haberse promulgado, habrían salido impresos a doble columna (en español con el original francés enfrente: similar a la edición italiana de 1806, aunque sin la traducción latina que incluye esta última), según el estilo seguido por la administración napoleónica. Queda demostrado, al menos, el olvido en que había caído la aún cercana edición de 1809: una empresa auspiciada por el desgraciado gabinete josefino que, como ese gobierno mismo, a lo que se ve, nunca extendió su influencia al norte del Ebro.

⁸² DEL POZO cit. (n. 78), p. 197, n. 17.

⁸³ CAMP cit. (n. 78), pp. 190-191.

⁸⁴ CAMP cit. (n. 78) menciona además (p. 191, n. 1) un oficio de 1 de agosto, 1812, sobre la inserción de la traducción en periódicos españoles, sin más noticias.

III. TRIUNFO DEL *CODE*... SIN TRADUCCIONES (1836)

«Traducir bien una comedia es adoptar una idea y un plan ajenos que estén en relación con las costumbres del país a que se traduce, y expresarlos y dialogarlos como si se escribiera originalmente; de donde se infiere que por lo regular no puede traducir bien comedias quien no es capaz de escribirlas originales.» Corría el año 1836 y la admonición anterior, cosa de Mariano José de Larra (1809-1837), periodista pionero en España y con mucho el más lúcido de todos, se publicaba en los periódicos cuando estaba a punto de firmarse el primer proyecto (completo) de un código civil español⁸⁵.

Larra sabía perfectamente de lo que trataba. Traductor de comedias francesas (cfr. «Felipe», «No más mostrador», «Partir a tiempo»... todas éstas de Eugène Scribe) y poeta dramático él mismo (cfr. «Los Inseparables», «Macías», «Un desafío»...), aunque no fuese su prestación literaria más conocida, el rechazo de las malas traducciones se sostenía en una sólida práctica de agudísimo escritor. Pues la traducción suponía, antes que dominar los secretos de una lengua extranjera («porque para traducir... mal no se necesita más que atrevimiento y diccionario: por lo regular, el que tiene que servirse del segundo no anda escaso del primero»), conocer aún mejor las reglas propias del arte, los entresijos de la materia o género de referencia... en una palabra, disponer de todo lo necesario para elaborar un pieza original, equiparable a la fuente. Según la teoría de Larra, la versión nacional del texto exótico dejaba entonces de ser una cuestión de vocabulario y de gramática para entrar de lleno en el ámbito de la creación intelectual.

Sólo traduce bien quien puede además crear. La conclusión resulta muy válida en relación a los textos jurídicos y bastaría cruzar, para comprobarlo, el citado proyecto de 1836 con otro, incompleto, de 1821 –más la avalancha de libros de derecho traducidos a partir de la implantación en España del llamado «sistema representativo» (1834)⁸⁶. En este sentido, el proyecto de código civil de las

⁸⁵ Cfr. «De las traducciones», en *El Español. Diario de las doctrinas y de los intereses sociales*, Madrid, núm. 132, viernes 11 de marzo, 1836. Para el proyecto de código (obra de la comisión formada por José Ayuso, Eugenio de Tapia y Tomás M.^º Vizmanos, 15 de septiembre, 1836), cfr. Juan F. LASSO GAITE (ed.), *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil*, II, Madrid, Ministerio de Justicia, ¿1979?, apéndice tercero en pp. 89-320.

⁸⁶ Cfr. EDER cit. (n. 59), pp xi ss, donde destaca el predominio de títulos franceses en relación al derecho privado, al menos hasta el último tercio del siglo XIX. Para la ciencia y el derecho de la administración, *vid.* Manuel MARTÍNEZ NEIRA, «Relevancia del derecho administrativo francés en la educación jurídica española», en *Forum historiae iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte* (2005) (= FHI) [http://www.forhistiur.de/zitat/0505neira.htm], especialmente al n. 9 (traducciones de Gandillot en 1835; Bour-

Cortes del Trienio (1821) representa una alternativa original («creativa») a la codificación de cuño francés –lo que exige ahora su breve consideración⁸⁷.

La historiografía jurídica más solvente ha mostrado la deuda de ese proyecto con el *Code civil des français*. Muchos preceptos pasaron a su texto y las normas del derecho internacional privado, la regulación de la ausencia, los actos del estado civil y su registro... encontraron un precedente claro en el derecho napoleónico. Dejó además su peso la tradición histórica de Castilla y la regulación canónica, singularmente en relación al régimen matrimonial y a la patria potestad, pero también es visible la influencia de Jeremy Bentham, a la que se debe el enfoque y las categorías generales del discurso preliminar y el tratamiento del «estado doméstico» de aprendices y sirvientes⁸⁸. Y sin embargo, este proyecto tan abierto a la ley francesa iba mucho más allá de la relación genética, indudable, que cabe establecer en los artículos.

No se trató desde luego de una «traducción» del *Code* al alcance del liberalismo español. Hay que recordar, primero, la índole estrictamente parlamentaria del frustrado intento. Al restablecerse en 1820 la Constitución de Cádiz, una de las primeras medidas de las Cortes consistió en nombrar una comisión que elaborase el código; aunque no llegaron a culminar la tarea, los comisionados, en particular Nicolás M.^a Garely, catedrático de leyes valenciano y responsable principal, trabajaron con dedicación⁸⁹. A punto de teorizarse sobre la ineptitud de las cámaras dichas «políticas» para afrontar la magna tarea (dicha «técnica») de la codificación⁹⁰, atribuir la iniciativa y aun la ejecución del código al órgano legislativo constituyó una coherente opción que nunca más volvió a tantearse.

bon en 1824 y 1834; Bonnin en 1834; Macarel en 1838 y 1843; Vivien en 1854), n. 22 (textos oficiales para la enseñanza, traducciones del francés: Macarel cit., De la Serve, 1821). Pero debo corregir la afirmación apresurada del amigo Martínez Neira referida al reinado josefino: «el código Napoleón no fue traducido al castellano» (*ibid.* al n. 1); sabemos que no fue así.

⁸⁷ Cfr. Mariano PESET REIG, «Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil* 28 (1975), 29-100. Últimamente, Adela MORA CAÑADA, «En los comienzos de la codificación civil española» (2005), en FHI [http://www.forhistiur.de/zitat/0508mora.htm].

⁸⁸ MORA cit. (n. 87), a los nn. 29 ss.

⁸⁹ Además del mencionado Garely (1777-1850), futuro ministro de Gracia y Justicia y presidente del Tribunal Supremo, la comisión estaba formada por Antonio Cano Manuel, Pedro de Silves, Antonio de la Cuesta, Juan Nepomuceno Fernández San Miguel, Martín Hinojosa y Felipe B. Navaro. Cfr. PESET cit. (n. 87), pp. 37 ss.

⁹⁰ Para el caso español, una de las primeras y más influyentes voces fue Joaquín Francisco PACHECO, «Códigos. Su formación. Su discusión», en *Boletín de Jurisprudencia y Lejislacion* 1 (1836), 115-121, pero allí recordaba la posición coincidente de su colega francés Dupin. Sin entrar en la posición doctrinal subyacente, con todo *vid.* Francisco TOMÁS Y VALIENTE, «Aspectos generales del proceso de codificación en España», en *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid, Alianza, 1989, 9-30.

Y no solamente en España: si Napoleón había confiado los códigos al impulso gubernativo⁹¹, el citado Bentham –la gran autoridad filosófica de los liberales españoles– encomendaba a un experto su factura: mejor si se trataba de un individuo singular y por añadidura extranjero⁹².

Aquel entendimiento que exaspera los contenidos técnicos del código por encima de su fortísima vocación política –o, si se prefiere, que proclama la autonomía del derecho civil respecto del político, con juicios elementales, pero tan difundidos, del tipo: «las constituciones pasan y el código permanece»– se diseña en estos avatares para no abandonar jamás la historia de la codificación. Precisamente el proyecto de las Cortes de 1821 resulta un ensayo original, en segundo lugar, por su convencida vocación de arraigarse en el mismo orden constitucional: «el *Código civil* no es otra cosa más que el desenvolvimiento de los artículos 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 16, y 17 de la Constitución» (*Disc. prel.*, p. 16)⁹³.

Podría entenderse que la razón antes alegada –la *condición parlamentaria*– bastaría para explicar esta otra característica del frustrado código –la llamaré *condición constitucional*– dado el peso de las Cortes en el diseño orgánico de 1812, si no fuera porque la insistencia de Garely en razonar la dependencia del código con

⁹¹ Para la tramitación del *Code*, HALPÉRIN cit. (n. 9), pp. 263 ss: una de las claras «conditions de la réussite» napoleónica sería «la nouveauté qui consistait à faire rédiger un Code civil par une commission restreinte émanée du gouvernement et non par un comité plus ou moins étoffé composé de membres des assemblées» (p. 272). Por eso tiene gran valor el precepto de la carta de Bayona, olvidado en la corta historiografía que ha merecido el intento (cfr. Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, «La influencia de Francia en los orígenes del constitucionalismo español», en FHI [2005], [http://www.forhistiur.de/zitat/0504sarasola.html]), que implantaba en España una tramitación del código a la francesa (art. 82; *supra* n. 40).

⁹² Y todavía mucho mejor si el encargado era el mismísimo Bentham, un entusiasta escritor que se ofrecía espontáneamente al presidente americano James Madison (1811) lo mismo que al czar ruso Alejandro I (1814); la carta a Madison justifica la intervención del codificador extranjero: cfr. Jeremy BENTHAM, «*Legislator of the World*». *Writings on Codification, Law and Education*, ed. by Philip Schofield and Jonathan Harris, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 25 ss; con mayor brevedad, esto también (*pro domo sua*) en la carta al czar, p. 45. Cfr. aún «Codification Proposal» (1822), pp. 279 ss («Hands nor more than one»), pp. 262 («The hand of a *foreigner*, not only admissible but *preferable*», donde se manifiesta a favor de convocar un concurso público de borradores, con premio al ganador). Y la idea del concurso de legisladores *amateurs* fue puesta en práctica –sin éxito– en Portugal (1822): cfr. Mario REIS MARQUES, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, Coimbra, Universidad (Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento XXIX), 1986, pp. 151 ss.

⁹³ Cfr. aún *Disc. prel.*, p. 23: «La Constitución en su artículo 280 autoriza a todo español para emplear el juicio de árbitros que terminen sus desavenencias. Toca a la ley, siguiendo el espíritu de este artículo, autorizar las transacciones, fijando su naturaleza y efectos». Debe recordarse que esta vocación constitucional o sensibilidad por los derechos individuales, al menos, aparece en el primer código civil vigente redactado en lengua española, el *Código civil para gobierno del Estado libre de Oajaca* de 1827-1828; sólo por esta razón aportaría un testimonio negativo del éxito napoleónico: cfr. Raul ORTIZ-URQUIDI, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1974, texto del código en pp. 119 ss.

respecto a la constitución expresa una inquietud diferente, una suerte de teoría embrionaria de la jerarquía normativa en la que el código carece aún de su futura centralidad. Una teoría *embrionaria*, pues la constitución –como el código mismo– es *ley* (precisamente: la *ley fundamental*, cfr. *Disc. prel.*, pp. 16 ss, p. 27) y su contenido estaría así disponible a la hora de codificar mediante otra ley del parlamento que sería más detallada; sin embargo, aquella ley primera también señala los principios (los derechos y obligaciones de los nacionales) que debe desplegar el código: desde tal perspectiva, de jerarquía material antes que jurídica, el civil se presenta como una *ley secundaria* (cfr. por ejemplo p. 16). Se afirma mediante ese giro el carácter primario, al menos por cronología *previo* de la constitución, proseguida de un código con función garantista⁹⁴.

La ley primaria o constitucional aportaría además, según el discurso que leemos, unas «bases político-legales» que dominan temáticamente el código como ley secundaria: entre otros, «el principio de la representación nacional», «la propiedad considerada en toda su extensión» y «el equilibrio y división de los poderes» (p. 13). Son dogmas que conforman un *sistema* de instituciones sobre el que se hace posible contrastar las viejas compilaciones «españolas» para, en su caso, sustituirlas por un texto más acorde a las bases enunciadas. La rutinaria admiración por las Partidas, el Fuero Juzgo o, ya algo menos, la *Novísima Recopilación* –aquellos «códigos» tan excelentes de la nación española– por fin dejaba paso a un profundo escepticismo: no sólo por razones técnicas («muchedumbre de leyes... recíproca incoherencia en razón de la diversidad de luces o de capricho del que la dictó... oscuridad... perplejidad», p. 13), con la constitución a mano las fuentes del viejo derecho parecían inutilizables⁹⁵. Y de tal cadena de razonamientos –desplegada con lógica constitucional– pendería por fin un código completamente *nuevo*.

La lectura del *Discurso* ofrece otros testimonios (búsqueda de la certeza, disciplina de la interpretación, extensión de un mismo ordenamiento por toda la definición territorial gaditana) de la *con-*

⁹⁴ Cfr. *Disc. prel.*, p. 12: «... la Constitución no pudo ni debió trazar más que el cuadro de las *obligaciones* y de los *derechos*; y si no los marcaba la ley con los detalles más circunstanciados, bien pronto levantaría su ominosa cerviz la arbitrariedad más caprichosa. «Leyes sabias y justas» han de entrar en estos pormenores; y su conjunto es lo que se llama *Código civil*». Sobre la ley secundaria, *vid.* por ejemplo p. 16.

⁹⁵ «Penetrada la Comisión de estas verdades, que sólo indica, conoció que cualquiera que sea el mérito de los Códigos actuales, ninguno de ellos podría aplicarse al sistema constitucional, ni satisfacer la justa impaciencia del poder judicial, que suspira por la publicación de uno que le sirva de pauta y guía, no ofrecer siquiera a la Comisión un modelo de imitación», *ibid.* p. 13.

dición constitucional del proyecto: una de esas normas «sabias y justas» previstas para dar cuerpo y valor («conservar y proteger») a «la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de los españoles» (Constitución de 1812, art. 4)⁹⁶. Con su indudable densidad, que la historia posterior de los códigos convertirá en caso excepcional, la condición evocada nos lleva hacia una tercera nota, que llamaré, sin demasiada convicción, la *condición sistemática* del proyecto.

No me refiero ahora al *systema iuris* o plan general de la obra, sino al contenido institucional que abarcaría nuestro código –un ámbito donde las diferencias con el francés resultan abismales. Aun con recurso aproximado al llamado plan de Gayo, seguido por Napoleón, en la primera de sus partes («De los derechos y de las obligaciones individuales»), la distribución de materias guarda poca relación con el texto francés; la distancia aumenta –hasta perderse de vista ese código/modelo– al considerar la segunda («De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones»), por desgracia apenas abocetada, pues esa segunda parte –subdividida dos libros– habría de ofrecer un desarrollo legal del catálogo de autoridades eclesiásticas, político-gubernativas, militares y judiciales previsto en la Constitución, con señalamiento de sus derechos y deberes; en suma, un inesperado «código administrativo» sin paralelo en Francia (sería una síntesis de decretos de las Cortes, leyes antiguas y propuestas novedosas de la comisión codificadora: cfr. p. 25), donde Garely y los suyos pretendían incluir las reglas necesarias para hacer efectivas las obligaciones de los españoles y garantizar sus derechos. No es posible conocer al detalle las derivaciones de aquellas simples muestras que ofreció la comisión en el discurso, mas es legítimo pensar que importantísimas cuestiones jurídicas (del cauce legal de los cultos y pías asociaciones al régimen de los tributos, a la instrucción o enseñanza, a la desamortización eclesiástica: cfr. p. 26) hubieran tenido que añadirse al diseño orgánico prometido.

Resultaba necesario dedicar las pocas líneas anteriores al esbozo de 1821 para situar, por contraste, la «napoleonización» irreversible que tuvo lugar después. En efecto, por más que Marfano Peset considere el proyecto aludido «inicio en el largo camino de afran-

⁹⁶ Y así, la comisión confesaba que la parte primera del código «desenvolvía» ese artículo: *Disc. Prel.*, p. 25. Sería importante precisar el alcance de los dos adjetivos que califican la ley, utilizados ahí y en otro precepto de similar relevancia (cfr. art. 12: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra»); recordemos al menos aquella tradición sustancialista (quiere decirse, no formal ni jurídica) en la definición de *ley* (*emula divinitatis, antestis iustitiae, sanctio santa...* etc.), característica del antiguo régimen.

cesamiento de nuestra codificación civil» (p. 35), tal conclusión, correcta si nos limitamos a enumerar concordancias entre artículos, se opone a la vocación parlamentaria y constitucional del texto de las Cortes, así como al sistema propuesto como patrón de contenidos. Por eso, entiendo que el éxito del *Code* como referente o «sentido común» de la codificación y aun del mismo derecho civil debe ser datado en los años 1830.

Una década sin traducciones en sentido estricto, pero con dos escritos poderosos que contienen una recreación precisa de su espíritu y preceptos. Si se hubiera metido en estas cosas de derecho, el periodista Larra hubiera opinado que la *Redacción del Código civil de España* del abogado tolosano Pablo Gorosábel (1832) (con sus épigonos) y el proyecto gubernativo de código civil (1836) eran imitaciones o copias («ocultas») del original francés... con mucho diccionario y bastante atrevimiento.

Suele repetirse que la obra de Gorosábel es un proyecto privado de código civil. En realidad, esa afirmación desenfocada –nacida probablemente con la crónica de Antequera⁹⁷– oculta que el oscuro letrado de Tolosa, como tantos otros antes y después, pretendió sintetizar el derecho privado en vigor, disperso en los textos históricos castellanos (Partidas, Fuero Real) y en la *Novísima*, con uso del estilo legal y el modelo sistemático aportado por el *Code* (una «redacción del código civil... esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación... escrito bajo el método de los códigos modernos», como reza su título)⁹⁸. La índole recopilatoria parece evidente, y la expresión codificada no disimula la auténtica condición de tratado elemental de la materia civilística. Si el propósito de Gorosábel fue «simplificar, ligar y coordinar la legislación existente», dejaba también a salvo y recomendaba al «Monarca legislador... dar un paso mas y hacer la reforma completamente, esto es, en su redaccion, estilo y en el fondo mismo» (p. xxvii); el autor ni siquiera ofrecía su obra como material auxiliar en la deseada tarea. La contraposición entre «lo existente» y

⁹⁷ Cfr. José M.^a DE ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1886, p. 46. Supongo que de ahí pasaría a Federico DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I (1949), rep. facs. Madrid, Civitas, 1984, p. 189, fuente de la literatura posterior; así, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, «El sistema del derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* [RGLJ] 92/260 (1986), 321-427, pp. 358 ss, y sobre todo Juan BARÓ PAZOS, «Los proyectos de código civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García Goyena», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, II, Santander, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 1993, 32-52; cfr. p. 39, donde Baró se admira del silencio sobre Gorosábel que guardó Pedro Gómez de la Serna al repasar en 1871 los trabajos de codificación en tiempos de Isabel II.

⁹⁸ Pablo GOROSÁBEL, *Redacción...* Tolosa: En la Imprenta de la Viuda de la Lama. Con superior licencia. 1832. 326 pp. Sobre las versiones posteriores de este escrito (1834, 1846), cfr. ÁLVAREZ VIGARAY cit. (n. 97), pp. 364 ss.

«el fondo mismo» del código supone un largo trecho que Gorosábel nunca se atrevió a recorrer.

Redactar un libro jurídico «en la forma de los códigos modernos» no implicaba, en conclusión, la elaboración de un proyecto autónomo⁹⁹. Podemos añadir un poco más tras revisar la licencia de impresión de este libro, uno de los últimos expedientes tramitados en el Consejo Real cuando agonizaba el régimen de censura previa¹⁰⁰.

De la solicitud elevada al Consejo por el agente de Gorosábel, un Silvestre Ibáñez, a 25 de junio, 1831, sabemos que aquél, «dedicado á la Jurisprudencia española... concibió el proyecto de reunir en un solo volumen las disposiciones vigentes y aplicables del derecho civil privado esparcido en las Partidas, Fuero Juzgo y Real, Ordenamientos, Leyes de Toro y Recopilaciones Nueva y Novísima, ordenandolas bajo un metodo sencillo y claro». Pasado a dictamen del Colegio de Abogados de la Corte, según era habitual tratándose de libros jurídicos, el secretario de esa institución se expresó favorablemente: nada había ahí contrario a «los sanos principios religiosos, ni que pugne en lo mas minimo con las sagradas prerrogativas del trono»; de forma oblicua se alababa aún el mérito de «reunir... todas las disposiciones de nuestra Legislacion civil... reducidas ya á un corto volumen, y colocadas bajo un orden que fácilmente se percive» (7 de febrero, 1832), por lo que fue otorgada la licencia (16 de febrero). La aparición de la *Redacción*... se demoró algo más, pues en mayo siguiente, cuando Gorosábel manifestaba estar «preparando la impresión y publicación», pidió privilegio de diez años para vender la obra con exclusión de terceros, a lo que el Consejo accedió («en la forma ordinaria, y haciendo el servicio señalado por tarifa») días más tarde (concesión del 8 de junio y real cédula de privilegio de 19 de junio, 1832).

Una pacífica, discreta y bastante ágil concesión de *imprimatur*. Sin que tampoco apareciese la vocación de «proyecto» a tenor de estos materiales, la utilidad de los mismos procede, en rigor, de su cercanía a otra iniciativa que documenta el ascenso del *Code* como modelo con total olvido de la tentativa autóctona del Trienio, pero también nos transmite una sentida necesidad de arreglar la dispersa legislación española con obras elementales que facilitaran su conocimiento. Y así, un Juan Antonio de la Vega, abogado de San Pedro

⁹⁹ Y así, BARÓ reconoce (cit. n. 97, p. 34) que en Gorosábel «no se aprecia... una pretensión que conduzca a la oficialización de su proyecto y a su adopción como Ley». Por eso tampoco debe extrañar que, aun contrario al mayorazgo, nuestro autor incluyese un tratamiento de la figura: cfr. BARÓ, p. 36.

¹⁰⁰ Archivo Histórico Nacional, Consejos, leg. 5571-7. La amistad de Esteban Conde, reconocido experto en cosas de la imprenta (cfr. *El Argos de la Monarquía* cit., n. 1), me ha permitido acceder a una copia del expediente.

de Orazo en Galicia, pidió permiso en 1831 (6 de febrero) para sacar un *Ensayo de un compendio de derecho civil general de España*¹⁰¹. Otra vez el secretario del colegio madrileño evacuó por encargo la censura (18 de septiembre, 1831); con mayor entusiasmo que en la *Redacción*, sin duda por la exposición «doctrinal» seguida ahora, se elogiaba el acertado esfuerzo de compendio («un prontuario por decirlo así de los derechos y deberes civiles»), el buen orden («nuevo y sencillo»), el estilo («llano y perceptible»), la omisión de puntos discutidos («controversias inútiles»)... en una palabra: al *Ensayo* se proyectaba la *vulgata* de valores jurídicos ilustrados (sencillez, método, certeza) depositados en el código ideal que, con el *civil des français* sobre la mesa del jurista aun faltando el código propio, inspiraba la narración del autor. Algunas críticas merecieron sus descuidos al presentar «una idea histórica de nuestros Códigos generales» y por la práctica de citar las leyes recopiladas según la *Nueva* (en su edición de 1775; por tanto, con desprecio a la posterior y «vigente» *Novísima Recopilación*) –mas uno y otro extremo, seguramente debidos a las penurias de una biblioteca de aldea, no impidieron por supuesto la concesión de licencia (21 de septiembre)¹⁰²-. El resultado fue un trasunto de la ley napoleónica, cuyo sistema se asumía con implícita convicción («entra el autor en la materia dividiendo su obra en libros subdivididos en títulos que también subdivide en capítulos y estos en secciones», describía el censor), insertando normas tomadas de las viejas colecciones españolas¹⁰³.

En realidad, si dejamos aparte el derecho de contratos¹⁰⁴, los dos tomos que leemos componen un breve tratado de derecho civil, elaborado con el *Code* siempre a la vista. Aunque no abundan las citas de la ley francesa (aludida generalmente en la referencia inaugural a «tantas leyes nacionales y extranjeras, de cuya lectura y conocimiento no podemos dispensarnos», I, p. vii)¹⁰⁵, la presencia de Napoleón resulta obvia al observador. Por ejemplo, la historia

¹⁰¹ AHN, Consejos, leg. 5571-8. La obra (I-II) fue publicada en Madrid, imprenta de Miguel de Burgos, 1832-1834.

¹⁰² No consta en el expediente, pero una de las graves advertencias de la censura aconsejó incluir una nota a la vuelta del frontispicio (tomo I): «Las leyes recopiladas que se citan, corresponden en general á la Recopilacion del año de 1775».

¹⁰³ Sobre el texto, cfr. la descripción de ALVAREZ VIGARAY cit. (n. 97), pp. 372-373.

¹⁰⁴ Inexplicablemente ausente: una «Advertencia» final, en cierre del tomo II (p. 268), sirve al autor para confesar que «Para el complemento del Compendio de derecho civil según mi plan resta el vasto título de los Contratos ú Obligaciones. No siendo este mas que un ensayo, y debiendo ser pocos los que deseen dicho título, le omito».

¹⁰⁵ Cfr. por ejemplo la sección «De la representacion» (tomo II), con mención a pie de página (p. 74) de «Tit. 13 Part. 6: Febrero lib. 2 cap. 7 §. 2; Code civil arts. 739 al 744». En otra ocasión (*ibid.* p. 70) el autor es más explícito: «en Francia tampoco puede oponerse esta falta [de heredero] á los tios ó tias, ni á los sobrinos ó sobrinas del matador», remitiendo la nota correspondiente al «Code civil art. 728».

legislativa –punto débil del libro, en opinión del censor– se encuentra en un capítulo «De las leyes», cómodamente colocado en un «Título preliminar» que incluye sección (vi) «De la publicación, de los efectos, y de la aplicación de las leyes en general» (I, pp. 40 ss). Sigue la materia expuesta en libros inspirados en el *Code* (I: «De las personas»; II: «De las cosas y bienes, de su propiedad y dominio ó señorío, y de sus diferentes modificaciones»; III: «De las diferentes maneras de adquirir el dominio»), que también ha sido la fuente de las divisiones inferiores: títulos (por ejemplo, I.1: «Del goce y privación de los derechos civiles»; II.3: «Del usufructo, del uso y de la habitación»), capítulos (más ejemplos: I.7.1: «De la filiación de los hijos legítimos») y secciones (así, I.7.1.1: «De las pruebas de la filiación de los hijos naturales»), todo en consonancia con un texto legal que, no literalmente traducido, se adaptaba complacidamente al español hasta dominar la cultura local; tal vez un análisis minucioso del libro III nos reserve los mejores ejemplos, pues el título 1, «De las sucesiones», emplea una terminología técnica –continuamente usada luego (v. gr., III.1.2: «De las calidades que se requieren para suceder»)– que expresa mayor respeto al original que la misma traducción josefina (1809), según vimos. Y aunque no faltan aquí y allá disquisiciones que encierran desarrollos originales¹⁰⁶, la sintaxis habitual, la ausencia de autoridades y aun el léxico no se apartan de lo propio en una ley codificada –con independencia de la falta de articulación de los breves párrafos que llenan las páginas¹⁰⁷.

Más estilizada la *Redacción* de Gorosábel, por esa última razón, que el *Ensayo* del escritor gallego, en todo caso sus autores asumieron con decisión la propuesta del *Code civil* y el programa legalista que el código traía consigo; por eso, las concretas deudas con el modelo de referencia, inevitables, resultan más bien cosa secundaria¹⁰⁸. Sobre todo, tratándose del llamado proyecto de Gorosábel. La reflexión sobre la ley queda ahí circunscrita en los

¹⁰⁶ Pienso en la «Observación preliminar. De pocos bienes inmuebles se puede adquirir un dominio pleno en España» con que se abre el libro III (tomo II, pp. 3 ss), pero también vale *ibid.* pp. 78 ss, sobre derechos sucesorios de la prole ilegítima («Legislación hebrea, griega, romana y española en esta parte», p. 270 del índice). Ahora bien, en estos casos De la Vega renunció a las subdivisiones, con el resultado de intercalar forzosamente los excursos en el entramado sistemático general, como digo construido a la francesa.

¹⁰⁷ Por ejemplo, tomo II, p. 72: «Las sucesiones se confieren á los hijos y descendientes del difunto, á sus ascendientes y parientes colaterales, en el orden y siguiendo las reglas que se expresarán»; tomo I, p. 62: «Los extranjeros en España deben ser tratados y juzgados conforme á los pactos existentes con el gobierno de la nación á que pertenecen». Bastaría colocar un número inicial para convertir estos párrafos del tratado en artículos de código.

¹⁰⁸ *Vid.* por ejemplo art. 944 de Gorosábel («El mandante está obligado á pasar por lo que obre el mandatario, siempre que este no salga de los terminos que se le hayan prescrito») en relación al art. 1998 del *Code* («Le mandant est tenu d'exécuter les engagements

estrictos márgenes del *titre préliminaire* (cfr. Gorosábel: «Título preliminar. De la fuerza de las disposiciones de este código»). La *materia iuris* del ordenamiento civil era ahora disciplina de familia («estados domésticos»), regulación de contrato y proclamación de propiedad («derecho de gozar y disponer de una cosa como quiera», art. 189); negativamente, se excluían contenidos penales, laborales, mercantiles y, sobre todo, administrativos –según habían intentado las Cortes apenas una década atrás. El *Ensayo* participaba de la misma, en absoluto evidente lógica material, con ambigüedades al momento de definir el concepto de base que sólo explicaría el respeto a la tradición de Gayo y Justiniano sin olvidar los contenidos impuestos por Bonaparte: y así, «*Derecho civil* es la ciencia de lo que nos es permitido, podemos ó no podemos hacer los españoles en lo civil y relativo á nuestras personas, bienes y acciones, conforme á los principios de la recta razon y del mayor bien del estado marcados en las leyes vigentes... *Ley civil* es la prescrita ó admitida por nuestros soberanos para reglar nuestras acciones, libertades y prohibiciones en lo civil segun dichos principios»¹⁰⁹. Al igual que en De la Vega, la receta expositiva de Gorosábel seguía a pie juntillas la técnica del código francés. Copiándolo a su manera, esta pobre doctrina del absolutismo tardío postuló la superioridad del *Code* que venía a «traducir», fiel *modelo* que desplazaba, por «antiguos» («irracionales», «desordenados», «controvertidos»), los dichos «códigos» (*Partidas* y *Fuero Real*, con algo de *Fuero Juzgo* y *Novísima Recopilación*) «españoles» (de una histórica *Castilla* hecha *España*), por fin «derecho vigente». En realidad, estas recreaciones-traducciones «ocultas» del *Code civil des français* concebían en los términos de la *ley* moderna –un mandato universal definido por la forma, carente así de enseñanzas morales y aplicable en cualquier caso sin ayuda del arbitrio judicial– viejos fragmentos normativos sacados de contexto, insertos en un orden enteramente nuevo: «las disposiciones de este código obligan a todos los españoles que gocen de la calidad de tales» (art. 1), «desde su publicación, y no tienen efecto retroactivo» (art. 2), «a toda clase de personas» (art. 3), «el juez no puede decidir los casos no determinados en este código» (art. 6), etc. Una mentalidad jurídica ajena a las fuentes ahora reordenadas palpitaba en Gorosábel y su colega... por más que *sólo* quisieran clasificar materiales «legales» tomados de libros jurídicos castellanos «en la forma de los códigos modernos».

contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné»). Pero no son frecuentes préstamos tan literales.

¹⁰⁹ DE LA VEGA cit. (n. 101), tomo I, p. 28.

«Nadie puede dejar de cumplir las disposiciones de este código á pretexto de su injusticia» (art. 7), insistía aún Gorosábel. Significativamente el autor no señalaba la base de tan rotunda admonición, auténtica norma de cierre de su «título preliminar»¹¹⁰. La reducción legalista de la jurisprudencia tradicional (en el doble efecto de acotación «a la francesa» de la materia civilística y de intervención protagonista del legislador entre las fuentes) parece completa, sin que un previo referente constitucional, al modo y manera de Garely, compensara «por arriba» la potencia normativa depositada en el Estado. La reforma liberal de la universidad –otro acontecimiento que tuvo lugar en estos años 1830– amplificó decisivamente aquella ideología, al acotar como *derecho administrativo, penal, civil, mercantil...* la abigarrada herencia del *ius commune* con un renovado énfasis en el *ius proprium* castellano que, poco a poco, se convertía, a la espera de códigos nacionales (pero con los franceses como objetivo), en el fluyente *derecho español*¹¹¹.

Al servicio de esa práctica académica se escribieron apresuradamente nuevos manuales y redactaron cursos de lecciones. Así, en 1840 hizo aparición una de las isagogas más felices, los *Elementos del derecho civil y penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española* de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalván¹¹². Obra de tanto éxito (sumaba catorce ediciones en 1886, cuando estaba casi a punto el tardío código español) ha convocado a los civilistas interesados en la memoria de

¹¹⁰ Cfr. p. 2, sin notas al precepto. El respeto al viejo derecho había obligado a establecer salvedades en relación con la *ignorantia iuris* (militares, labradores, pastores, mujeres en des poblado); también se recogía la *interpretatio principis* en caso de lagunas, según antigua tradición visigoda que cuajó en la ley 1 de Toro (1505).

¹¹¹ Para una comparación del plan «absolutista» de 1824 con el «liberal» de 1836, cfr. Carlos TORMO CAMALLONGA, «Implantación de los estudios de jurisprudencia en el Arreglo provisional de 1836: el caso de la Universidad de Valencia», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Lebrija de estudios sobre la universidad* 6 (2003), 221-254. El «arreglo» de 1836 sustituía la presencia protagonista del derecho romano y de los cánones por un «derecho patrio» presentado ahora *ratione materiae* como «Derecho Público, Civil y Criminal» (curso cuarto), pero aún se conocían asignaturas «texto», como ese año sexto de «Partidas y Novísima Recopilación». De modo significativo, lo último desapareció en el decisivo y duradero plan de 1845, con su «Tercer año. Derecho civil, mercantil y criminal de España», incluso un «Quinto año. Códigos civiles españoles. Código de comercio. Materia criminal. Derecho político y administrativo» (Real Decreto de 17 de septiembre, 1845, art. 18; ed. *Historia de la educación en España. II. De las Cortes de Cádiz a la Revolución de 1868*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1985). Pero esta nueva lógica académica, tan deudora de la experiencia del derecho codificado, ya se documenta en la España josefina: cfr. Mariano PESET, «La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», en *Anuario de historia del derecho español* 38 (1968), 229-375, pp. 273 ss con el informe sobre Salamanca (cátedra de Code incluida) del general Thiébault.

¹¹² I, Madrid: 1840, Establecimiento Tipografico, calle del Sordo numero 11; II, 1841. El volumen tercero se dedica al derecho penal como «Parte segunda» (Madrid: 1842. Imprenta de D. Vicente de Lalama. Calle del Prado, núm. 27), lo que permite tratarlo como aportación distinta.

la propia disciplina¹¹³; pero no se ha insistido lo suficiente en la relación que une al Gómez de la Serna –Montalván con Gorosábel y, aún más, De la Vega. Por encima de diferencias menores, los tres libros comentados¹¹⁴ parecen los puntos de una línea uniforme en la que aquel manual ejecutó la misión de consagrar en las aulas una visión «napoleónica» del derecho civil (esto es, la «colección de las disposiciones legales, que establecen las relaciones mutuas de los ciudadanos... declara los derechos y obligaciones de los hombres en las diferentes condiciones de la vida privada, y... fija los modos de adquirir, conservar, recobrar y perder los primeros, y los medios de hacer eficaces las segundas», a tenor del tomo I, p. 4)¹¹⁵ y de imponer un estilo docente que siempre supo combinar los datos «legales» patrios (apenas presentes en breves notas de remisión a las fuentes castellanas) con el *sistema* codificado y hasta sus mismas fórmulas de expresión: la numeración de los párrafos, el rechazo a cualquier discusión doctrinal, la atribución implícita de la fuerza normativa estatal a enunciados de dudosa naturaleza procedentes de textos seculares... en fin, la irrelevancia del juez entre las fuentes –compatible con el protagonismo judicial en la práctica cotidiana de un ordenamiento que aún no respetaba la legalidad formal–¹¹⁶ dan testimonio de una equiparación «natural» del *derecho civil* del tratadista español al *derecho del código civil* del legislador francés.

De la *traducción literal* a la *traducción cultural*, podríamos entonces decir. Otro manual coetáneo confirma esa tendencia, al tiempo que acredita una más convencida recepción del legalismo

¹¹³ Cfr. Ángel M. LÓPEZ LÓPEZ-Cecilia GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, «La enseñanza del derecho privado en la universidad liberal», en Miguel A. BERMEJO CASTRILLO (ed.), *Manuales y textos de enseñanza en la Universidad liberal*, Madrid, Dyckinson (Biblioteca del Instituto Antonio de Lebrija, 13), 2004, 235-300, pp. 263 ss; también ÁLVAREZ VIGARAY cit. (n. 97).

¹¹⁴ Sería fácil añadir alguno más. Por ejemplo, Fermín VERLANGA HUERTA, *El derecho civil universal por aforismos, con los comentarios sacados de los más acreditados espositores nacionales y extranjeros. Clasificado en cinco libros, según el orden de materias del Código civil francés*, Madrid, Imprenta de Yenes, calle de Segovia núm. 6, 1843, que viene a ser una versión de, entre otros textos, los *Prolegomena juris* (1820) de André-Marie-Jean-Jacques DUPIN. Pero sobre este autor-traductor volveremos de inmediato.

¹¹⁵ Todavía en 1846 unos *Elementos de derecho patrio* del divulgador Joaquín Escriche, a la pregunta elemental «¿Qué es el Derecho civil?», respondían «a la romana»: «La colección de las leyes que cada nación tiene establecidas para la administración de los intereses generales del Estado, y para todo lo relativo a la extensión y ejercicio de los derechos o facultades particulares de cada uno de sus individuos» (ÁLVAREZ VIGARAY cit., n. 97, p. 389).

¹¹⁶ Para esta importante derivación, que abarca el problema de la conformación de la justicia liberal, la formación técnica de los magistrados, la determinación y publicación de la ley... entre otras cuestiones, cfr. ahora Marta LORENTE (ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, con sus remisiones a investigaciones previas de varios de los autores ahí reunidos (Lorente, Fernando Martínez).

imperante en el *Code*. Las *Instituciones de Derecho civil* de Cirilo Álvarez, abogado descollante y futuro presidente del Tribunal Supremo de Justicia, no sólo siguen celosamente el *ordo* napoleónico en sus tres libros y contenidos (I, «De las personas»; II, «De las cosas en general, del dominio que podemos tener en ellas, y de las diferentes modificaciones de este dominio»; III, «De la adquisición y transmisión del dominio») ¹¹⁷. Permanece la indefinición inevitable en un ordenamiento todavía no codificado, lo que aflora en las continuas referencias a la *Novísima* y las Partidas, mas la deuda principal con el *Code* reside en el concepto que le da sentido: «ley es toda resolución soberana, promulgada solemnemente... Para serlo no necesita ser justa, útil, ni reunir las otras cualidades que suponen de esencia algunos tratadistas de nuestro derecho ¹¹⁸. Si emana del que tiene el poder, y si se promulga solemnemente, será siempre una ley, aunque no reúna otras virtudes» (pp. xiv-xv). Con razón pudo después destacarse que el autor de estas frases fue «el primer jurisconsulto que ha reunido en una obra didáctica el cuerpo del Derecho español... Demuestra... además un conocimiento profundo del Derecho francés, con el cual compara nuestras leyes» ¹¹⁹.

En puridad, mediante estas «traducciones» («ocultas») de concepto y estrategias de composición textual avanzaba en España la causa de una codificación a la francesa sin necesidad de traducciones –aunque fuese incierto el resultado final del proceso y fracasaran, uno tras otro, los proyectos ¹²⁰. 1834. Al poco de fallecer Fernando VII, un real decreto de 29 de enero comisionó a José Ayuso, Eugenio de Tapia y Ramón Cobo de la Torre –secretario sustituido varias veces, la última por Tomás María Vizmanos– la redacción de un código civil. Los trabajos se desarrollaron sin novedad y el 15 de septiembre de 1836 fue elevado el texto a Gracia y Justicia; las premuras de la guerra sucesoria, los frecuentes cambios ministeriales, las revisiones gubernativas y una nueva carta constitucional (1837) dificultaron sin embargo su discusión y aprobación por las Cortes. Aunque no es del momento conocer los avatares de este

¹¹⁷ Valladolid, Imprenta de D. Julian Pastor, 1840.

¹¹⁸ Y ÁLVAREZ remachaba la crítica: «admitida una vez esta doctrina [se refiere al contenido moral de la ley], que sientan con tanta ligereza como buena fe, algunos autores, se desnaturalizan las ideas de ley y de Gobierno, y se autoriza la rebelión de los particulares y de los pueblos contra el poder del estado; porque á cualquiera le sería lícito resistir el cumplimiento de las órdenes superiores, que no fueran justas, honestas y convenientes, según su opinión», p. xv. Se trata del enunciado mínimo del «absolutismo jurídico», una categoría –sin duda controvertida– de gran potencia analítica: cfr. Paolo GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹¹⁹ Cfr. Alberto AGUILERA en la obra cit. *infra* (n. 154), pp. 9 ss.

¹²⁰ CARLOS PETIT, «El Código inexistente (i). Para una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Anuario de Derecho Civil* 48 (1995), 1429-1465.

segundo intento fracasado¹²¹, conviene repararlo rápidamente a los efectos de las páginas actuales.

Dividido en cuatro libros y con 2.458 artículos, el proyecto recordado disputa al más conocido de 1851 el afrancesamiento definitivo de nuestra legislación civil¹²². Por una parte, en 1836 desapareció aquel compromiso parlamentario con el proceso y el reto de la codificación que había inaugurado la experiencia gaditana: desde ahora los códigos serían competencia técnica del gobierno, tal y como sucedió bajo Fernando VII con el código mercantil y un frustrado código penal (también se pensó –nada más– en el civil) y según consagró al cabo de unos años la Comisión de Codificación organizada en el ministerio de Gracia y Justicia (1843)¹²³.

Por otra parte, el proyecto se limitó a seguir los carriles institucionales marcados por el *Code*. Desapareció la vocación garantista de 1821, que había llevado a incluir –lo sabemos– una amplia regulación administrativa en el futuro código *civil*, pero la presencia del texto del Trienio puede rastrearse en éste con facilidad (cfr. arts. 19-20; arts. 151 ss; arts. 1259 ss). La «traducción» jurídica en juego satisfizo además aquella originalidad creativa que Larra exigía a los buenos adaptadores: si el orden sistemático respetó en sus grandes líneas los primeros libros del *Code civil* («De los derechos correspondientes a las personas», «Clases de bienes, propiedad y servidumbres»), la materia del libro tercero pasó a dos, respectivamente de «Obligaciones y contratos y prueba judicial» y «De las sucesiones testamentarias» –un plan que ningún proyecto, manual o texto legal adoptó luego en España¹²⁴. Mas el *Code* se filtró todavía en el decisivo título preliminar, con su esforzada disciplina de la publicación de la norma y su mensaje de sumisión judicial a la

¹²¹ LASSO GAITE cit. (n. 85), I, pp. 107 ss.

¹²² Cfr. DE CASTRO cit. (n. 97), p. 189 y n. 8, con noticia del proyecto de 1836 como un rápido preliminar al estudio del posterior de 1851, pp. 189-192; cfr. p. 191, sobre el «afrancesamiento de la doctrina», tan característico en el primero. Paradójicamente, el rigor de este autor, que conocía aunque apenas aludía a un texto al fin y al cabo inédito, se ha desvanecido cuando el proyecto de 1836, publicado (LASSO cit., n. 85) y estudiado (J. Michael SCHOLZ, «Spanien», 397-686, en Helmut COING, [hrg.], *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/1, Manchen, C. H. Beck, 1982, pp. 491-497) está al alcance de cualquiera: cfr. LÓPEZ-GÓMEZ SALVAGO cit. (n. 113), p. 258.

¹²³ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE cit. (n. 90). Uno de los miembros de la Comisión en su composición primitiva fue Cirilo Álvarez, seguramente en reconocimiento a su condición de tratadista del derecho civil, como vimos.

¹²⁴ Pero la segunda edición del Gorosábel, aparecida diez años más tarde, tal vez acusara recibo del proyecto, cuya división en libros sigue con fidelidad (cfr. ÁLVAREZ VIGARAY cit., n. 97, p. 367 ss); desconozco los canales que pudieran dar a conocer, en su día, un texto inédito. Tal vez se trate de una simple coincidencia; esta explicación funciona, desde luego, para los manuales (tardíos) que, al seguir el sistema alemán (desde el pionero libro de Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de ampliación del Derecho civil y Códigos españoles*, Granada, Impta. de Sabatel, 1879), presentan una aparente relación con el intento de 1836.

estricta legalidad («Ningún Juez ni Tribunal podrá excusarse, so pena de responsabilidad, de pronunciar sentencia a pretexto de que no hay ley positiva acerca del asunto sometido a su decisión», rezaba el art. 13; cfr. art. 12: «Contra las leyes de este Código no pueden alegarse el no uso ni los actos posteriores contrarios, ni la costumbre o fuero particular de cualquier pueble observados anteriormente a su promulgación»); así como, en general, en la identificación del derecho privado («las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas», a tenor del *Discurso Preliminar*, ed. cit., p. 90) con el arsenal de materias *civilísticas* que, al margen de su disposición en más o menos libros, delimitó, con el suyo, el primer cónsul¹²⁵.

IV. TRADUCCIONES «DISCRETAS» Y TRADUCCIONES «LEGALES»: MATERIALES FRANCESES (1839, 1843) Y CÓDIGOS DE BOLIVIA (1831) Y SANTO DOMINGO (1862)

No toda traducción se anuncia como tal a sus lectores. Limitándonos obviamente a la que interesa, hemos descubierto algunas disfrazadas bajo la «Parte política. Francia» de un periódico o infiltradas en notas circunstanciales de otro libro legal también vertido al castellano. Sin embargo, los ejemplos mejores de «traducción discreta» se documentan con dos obras aparecidas en los años treinta y cuarenta.

El *Curso de Legislación...* publicado (1839-1842) por la imprenta Roger, de Barcelona, es nuestro primer testimonio¹²⁶. Libro anónimo –según regla de nuestras traducciones– y sin otra referencia que la reserva de propiedad literaria a favor de una «Sociedad de la Biblioteca del Abogado», sólo presente con el índice del volumen último y tercero. Al momento de arrancar en España el «sistema representativo» –la presencia de un parlamento dotado de funciones legislativas– el *Curso*, lo mismo que otras

¹²⁵ Así, el *Discurso* mencionaba «el ejemplo de la Francia y de la Prusia y otras naciones cultas donde el Código civil se halla reducido al Derecho Privado» (ed. cit., p. 91), con un craso error en esa aislada, superficial referencia al *Allgemeines Landrecht*. Cfr. SCHOLZ cit. (n. 122), p. 495, quien resalta el mérito del proyecto en la delimitación del ámbito civilístico.

¹²⁶ *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger. Calle Aviñó, frente a la de Fernando VII. I, 1839; II, 1841 (Rambla, exconvento de Capuchinos); III, 1842.

obras muy oportunas¹²⁷, quiso ofrecer un valioso documento de la vieja «ciencia de la legislación» al público peninsular; ahora, con traducción de los materiales preparatorios de la gran ley francesa («los mejores informes y discursos leídos al tiempo de discutirse el Código») en una suerte de selección a partir de Loqué o de Fenet¹²⁸. Uno de los tópicos del momento justificaba la difusión: «la justicia es por todas partes la misma; una como el sol brilla en medio de las sociedades» (I, arranque del Prólogo, p. 59), de modo que la identidad de necesidades del hombre se correspondería con una identidad de solución jurídica. En los momentos de definición nacional del ordenamiento, sin embargo serían «ligeras las modificaciones que separan el derecho civil español de los demás que rigen en la Europa moderna, modificaciones más leves todavía cuando se le compara con el francés, ya que es tan parecida la situación del hombre en esos dos pueblos, ya que son tan semejantes sus costumbres, tan análoga su clase de gobierno; ya que están fundados por fin los códigos de las dos naciones en la anchísima base de la legislación romana... que cuando estudiamos las leyes de aquella nación, no parece sino que estudiamos, al menos en su fondo, las leyes romanas y las nuestras propias». Por lo demás, el *Code Napoléon* sería «francés por su sanción, más europeo por su celebridad», de modo que «al leer las discusiones para la formación de su código... no parece sino que leemos las discusiones, el examen y la crítica de nuestros códigos mismos» (p. 6).

El pasaje carece de desperdicio y nos coloca ante algunas de las nuevas verdades que trae consigo el célebre *Code*. Primera: el código civil escapa de la determinación de un legislador nacional para configurarse, ante todo, como resultado de un proyecto animado por la razón objetiva. Al liberarse de la política el derecho civil, será irrelevante (más bien contraproducente) confiar al parlamento su regulación: la imagen de una cámara legislativa, sede de la discusión política (por ende, de la pasión, de la división interesada, del verbo encendido e irracional...), contrapuesta al estudio sosegado que exige la factura correcta de la ley (asegurada por el gobierno y atribuida a técnicos y expertos), palpita en esas manifestaciones, fundamento último de la comisión codificadora que estaba a punto de nacer (1843). Segunda: el des-politizado código es un producto científico, por lo tanto universal. El momento

¹²⁷ Pienso en Jeremy BENTHAM, cuya *Táctica de las asambleas legislativas*, vertida al español en 1824 (Paris, Imp. de J. Smith) sale por fin en edición madrileña de 1835; añádase la presencia de textos y ejemplos franceses al diseñarse aquí la estrategia codificadora: cfr. PACHECO cit. (n. 90).

¹²⁸ J. G. Loqué, *Esprit du Code Napoléon...* I-VI, Paris, Garnery, 1805-1807; P. Antoine FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil ...* I-XV, Paris, 1827.

«nacional» se reduce entonces a la mera formalidad de la sanción; su contenido lo convierte en una «ley europea», pues se vive en la Europa liberal con arreglo a una misma cultura y en ella existe identidad de retos y necesidades. Tercera: por razones no tan sólo cronológicas, el *Code* se presenta como ese inevitable código europeo, de modo que la actividad del legislador nacional que, así el español, se encuentre rezagado en su tarea tiene que limitarse a sancionar nacionalmente ese gran, universal precedente. Y claro está, la política legislativa codificadora, calcada sobre el ejemplo francés, también ha de conducir, como resultado, a un texto legal que calque también su modelo. Cuarta: si se acepta todo lo anterior, el desempeño profesional de los juristas locales sería, visto en conjunto, una colosal empresa de traducción o acarreo práctico del texto-fuente –con los materiales preparatorios, según ofrece ahora el *Curso* que leemos– y de implantación del pensamiento jurídico (cultura de ley, definición del ámbito civil como derecho privado, delimitación del derecho civil-privado según el conjunto de instituciones presentes en el *Code*) que el modelo incorpora; un nuevo «sentido común jurídico», en fin, que se difundía en España sin mayor discusión. Además, la enfatizada identidad política de España y Francia no debería pasarse por alto, pues la doctrina constitucional del momento supo crear una imagen de la experiencia gaditana –aquella que dio lugar a un originalísimo proyecto de código civil, como sabemos– que resulta equivalente (pasional, furiosa, revolucionaria, incluso «asquerosa») a la memoria del momento jacobino en la pluma de los doctrinarios franceses¹²⁹.

Bastaría lo anterior para justificar –entendiendo– que el *Curso de legislación...* de la imprenta Roger de Barcelona encerró una «tra-

¹²⁹ «La revolución española hecha en 1836 para restablecer la Constitución de 1812 absorbía la atención de la Europa... Pero la España no quería permanecer aislada... Así consignó en su Constitución de 1837 la necesidad de establecer dos cámaras (como en todos los estados constitucionales), robustecer el poder central, dar dignidad al rey, organizar la libertad de imprenta y los derechos de los españoles, no bajo la hipótesis [*sic*] de los principios abstractos, sino bajo la influencia de elementos de gobierno realizable y con el fin de combinar la libertad con el orden y con la *soberanía práctica de los poderes constituidos*. Así pues, la Constitución de 1837 no es un producto asqueroso de las pasiones y de los furores revolucionarios, sino un monumento grandioso de sabiduría y un eterno documento de la sensatez española», según Plácido María ORODEA, *Elementos de derecho político constitucional aplicados a la Constitución Política de la Monarquía Española de 1837*, Madrid, Imprenta de Pita, 1843, pp. 14-15. Pero acúdase también a un órgano y un autor puestos al servicio del «sistema representativo» en sus orígenes: J. F. P. [Joaquín Francisco ПАСНЕКО], artículo editorial en *La Abeja. Diario universal*, lunes 18 de agosto, 1834: «la constitución cayó porque era imposible que se sostuviera. Su restauración en el año 20 fue un anacronismo: no estábamos en 1812. La nación era otra, otros los intereses, otros los elementos sociales. Restablecida con buena intención, trájonos sin embargo tristes consecuencias, acerbos y abundantes lágrimas... como sistema de gobierno nosotros le conceptuamos imposible: le apreciamos como monumento histórico: como recuerdo de una época de gloria, como un movimiento jeneroso hácia la libertad»; cfr. también, del mismo, «Veinte y cuatro de septiembre», *ibid.* miércoles, 24 de septiembre, 1834.

ducción oculta» del *Code Napoléon*. Pero los desconocidos traductores incluyeron además una versión completa de esa ley al objeto de facilitar la lectura («para mayor inteligencia de las discusiones [*sic*] hemos juzgado conveniente encabezarlas con los mismos artículos sobre los que versan, esperando que no llevarán á mal nuestros suscriptores el que les proporcionemos así un medio de poseer este célebre código», I, p. 10, n. 1), lo que obliga a un breve comentario.

Desde luego, hacerse con una copia del *Curso...* permitió a muchos disponer del *Code*, pero el acceso a su texto –incluida la incomodidad derivada de la inevitable impresión por entregas y la compra en suscripción– no fue ciertamente algo sencillo. De un lado, los traductores-impresores operaron con descuido al escoger la fuente de su versión: sin pronunciamientos editoriales expresos, una simple comprobación deja concluir que se utilizó un texto legal desfasado (no se acusa recibo, por ejemplo, de la supresión del divorcio: I, pp. 200 ss). De otro lado, los artículos originales se dispersaron a lo largo de los tres tomos, a modo de introducción normativa que daba sentido a los discursos, cuya traducción y estudio se promete y se ofrece como objetivo principal; invertida la habitual relación entre exposición de motivos y cuerpo legal –por tanto, privilegiando la doctrina del derecho codificado sobre la disciplina legislativa– el *Code civil* se fragmentaba según el conjunto de sus títulos, cada uno traducido, reproducido (en tipos diminutos) y seguido de las intervenciones (de los Portalis, Gary, Boutleville, Guillet...) pronunciadas ante los órganos legislativos napoleónicos. Aunque la traducción de los artículos legales se efectuó sobre la versión final de la ley (en contra de cuanto promete la referencia a «proyectos» que ofrecen los índices), el «efecto libro» se perdía –aquí también– a beneficio de los discursos de presentación y, en el fondo, de la apuesta por el *Code* en tanto nueva razón escrita. Sepamos, finalmente, que la episódica traducción fue completamente original: de nada sirvió aquel viejo *Código Napoleón* de la España josefina –ni, menos aún, el fragmentario intento del *Mercurio*¹³⁰.

¹³⁰ Basta contraponer las versiones, antes recogidas, de los artículos 4, 152 y 331 con los lugares paralelos de este *Curso*: «El juez que se resista á fallar, bajo pretexto de silencio, obscuridad, ó insuficiencia en la ley, podrá ser acusado como culpable de denegación de justicia» (art. 4); «Cuando un hijo se halle entre la edad señalada en el artículo 148 y los treinta años, y una hija desde dicha edad hasta la de veinte y cinco años, la demanda respetuosa prescrita en el artículo anterior, y sobre que no haya recaído consentimiento, será renovada por dos veces consecutivas de mes en mes, y al otro mes despues de la tercera demanda podrá pasarse sin mas requisito á la celebracion del matrimonio» (art. 152); «Los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero no de union incestuosa ó adulterina, podrán ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres, cuando estos los hubiesen reconocido antes ó en el acto mismo de celebrarlo» (art. 331).

1844. La sección de espectáculos de la *Gaceta de Madrid*, correspondiente al 1 de agosto, anunció una divertida *soirée* en el teatro del Príncipe. «A las ocho y media de la noche. Se pondrá en escena la comedia en dos actos titulada *Napoléon lo manda*. Seguirá un intermedio de baile nacional, dando fin á la funcion con la graciosa pieza en un acto cuyo título es *El calavera en la posada*». Unas semanas después, ahora como información bibliográfica, el periódico daba noticia de una segunda obra relacionada con Napoleón.

No se trataba de una comedia, por supuesto, aunque el mandato imperial también fuese el nudo de la trama. Me refiero a otra «traducción oculta» (acaso mejor sería calificarla de «discreta») del código civil, diferente de las anteriores (cfr. *Gaceta* de 28 de septiembre). Los abogados Fermín Verlanga Huerta y Juan Muñiz Miranda habían puesto en castellano la *Concordancia...* de Fortuné Anthoine de Saint-Joseph (1840), un centón de textos legales recibido en España con celeridad y aplauso (1843) y objeto de reedición poco más tarde (1847)¹³¹. Parece que este libro fue usado en la enseñanza, llegando así a las manos de profesores y estudiantes una nueva versión del *Code civil*: pues los muchos preceptos coleccionados, dispuestos en columnas y cuadros sinópticos que permitían una lectura panorámica, partían de la ley francesa, base ineludible del ensayo comparativo¹³². Se ofrecía de ese modo un texto de incómodo acceso que atrapaba el *Code* en una tupida red de lugares paralelos (Holanda, Baviera, Vaud, Prusia, Cerdeña, Dos Sicilias, Friburgo, Baden, Berna...) que, sin embargo, le otorgaban una centralidad robusta: con el Saint-Joseph por delante el jurista español comprendía a simple vista que el soñado «código europeo» –por supuesto el *Code civil*– figuraba en cabeza de una larga cadena de leyes diversas... todas dotadas, empero, de profunda identidad. El código francés era además el patrón («dechado que sirve de muestra para sacar otra cosa igual», según el *Diccionario* académico entonces circulante, pero también «el dueño de la casa donde

¹³¹ *Concordancia entre el Código civil francés, y los códigos civiles extranjeros...* Traducida del francés por D. F. Verlanga Huerta y D. J. Muñiz Miranda, abogados del Ilustre Colegio de Madrid. Madrid, Imprenta de D. Antonio Yenes, 1847, 328 pp. El pertinente anuncio publicado en la *Gaceta* (22 de julio, 1847) ofrecía la obra en suscripción: seis entregas de doce pliegos (diez reales en la Corte), puestos a la venta los domingos; la publicación se completaría el 16 de agosto.

¹³² Cfr. *Gaceta* de 31 de mayo, 1845, con anuncio de la última (18ª) entrega, advirtiéndose que desde junio se procedería a encuadernar los fascículos, de modo que los suscriptores rezagados se verían obligados a comprar la obra completa. Antes de la puesta en marcha del sistema de listas oficiales de textos (cfr. Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la universidad contemporánea*, Madrid, Dykinson-Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija núm. 4, 2001) una disposición de 31 de julio, 1844, había declarado esta traducción texto «útil para la enseñanza».

otro se aloja... voz usada en la tropa») sobre el que contrastar los esfuerzos contemporáneos en el terreno de la codificación, tanto más logrados cuanto más fieles al texto-modelo; desde semejante perspectiva, la *Concordancia*... resultó desde su misma concepción un empeño de traducción lingüística cargado de intenso sentido jurídico –lo que pasó, intacto, a la forma castellana¹³³. Caso poco frecuente, en la escueta «advertencia» inaugural los traductores se pronunciaron sobre su labor: «en cuanto al mérito de la traducción, el público ilustrado juzgará; pero desde luego confesamos que esta tarea la hemos hallado incomparablemente mas árdua de lo que creíamos antes de emprenderla». Protesta comercial o excusa que nadie pedía, Verlanga Huerta y Muñiz omitieron cualquier otro particular que diese cuenta de las dificultades experimentadas: «hay puntos muy oscuros y metafísicos, que no es posible penetrar sino con el auxilio de un estudio profundo y de un conocimiento mas que mediano de la historia y de la legislación» (p. iii).

Con todo su interés y vocación universal, la *Concordancia* desconocía un código que no hubiera complicado en absoluto la labor de aquellos traductores, por ser su lengua el español.

Me refiero al *Código Santa Cruz* (1831), quiere decirse, el código civil de la república de Bolivia –un cuerpo legal tan próximo al *Code* que incluso copiaba, como vemos, la práctica de denominar la ley según el legislador¹³⁴; en el caso que nos ocupa el mariscal Andrés José de Santa Cruz (1792-1865), presidente de Perú (1826) y de Bolivia (1829) y alma de la confederación episódica formada por ambos estados («supremo protector», 1836). Uno de los caudillos de las campañas bolivarianas de independencia («empedernido admirador de Napoleón», en palabras de Carlos Ramos), sin duda el más intrépido en el ámbito legislativo: apoyado en los jueces de la Corte Suprema (Manuel María Urcullu, Casimiro Olañeta) y de la Corte de Chuquisaca (Manuel José de Antequera, José María de Llosa), designados para formar la comisión codificadora, Santa Cruz promulgó en 1830, sin mucho escrúpulo y con bastantes prisas¹³⁵, el proyecto así elaborado como código civil de Boli-

¹³³ Cfr., por ejemplo, art. 4: «El juez que se niegue á dar sentencia á pretexto del silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como reo de denegacion de justicia». O también art. 544: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de la cosas del modo mas absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes ó por los reglamentos».

¹³⁴ Tengo a la vista la edición *Código civil de Bolivia*, estudio preliminar del Dr. Carlos TERRAZAS TÓRREZ. Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959. Cfr además Alejandro GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 307 ss.

¹³⁵ Las intenciones «napoleónicas» de Santa Cruz le llevaron a expresar el deseo de participar en las discusiones del código, aunque no pasó de ahí (GUZMÁN cit., n. 134, p. 311, n. 648); los trabajos de impresión retrasaron la entrada en vigor (2 de abril, 1831)

via (1831), luego extendido al Perú (1836). Y es que «un coro de desaprobación clamaba contra nuestras leyes civiles, escritas en los códigos españoles», según protestas del mariscal en el acto de promulgación. «Confusas, indeterminadas, contradictoras y esparcidas en mil volúmenes diferentes, no podían asegurar la propiedad, el honor y la vida... Restos de la jurisprudencia romana y gótica, redactados en tiempos del feudalismo... Yo he creído no deber retardar la publicidad de estos Códigos de urgente necesidad para la República, considerando que nuestro primer gobierno no tendrá tiempo bastante para formarlos, discutirlos y sancionarlos, teniendo otros muchos asuntos de que ocuparse con precisión»¹³⁶.

Son manifestaciones inspiradas en el famoso libro de Beccaria¹³⁷, de la misma manera que ese código improvisado no era cosa diferente a una versión castellana, amputada aquí y allá, del *Code civil des français*. Común la arquitectura del texto, también ahora basado en el sistema de tres libros (con sus correspondientes divisiones), los 2.281 artículos originales se condensaron en 1.556, en su mayoría fiel traducción del francés¹³⁸ –depurado de ciertas reglas poco compatibles con las circunstancias locales (cfr. art. 17, sobre consecuencias de la muerte civil, entre las que nada se prevé

del código (decreto de 22 de marzo), promulgado originariamente para hacerlo el primero de enero de ese año. También se sancionó un código penal, en este caso una versión del código español aprobado por las Cortes del Trienio (1822). Una ley de la Asamblea Constituyente de 18 de julio, 1831, ratificó el decreto de marzo, «mientras el Poder legislativo se ocupe de su discusión y sanción» (art. 1); a ese objeto el constituyente invitaba a los tribunales a enviar sus observaciones y experiencias (art. 2), pero los códigos cautelarmente aprobados recibían el nombre oficial de «Código Santa Cruz, y bajo este título serán conocidos en la República» (art. 3). En realidad, así lo fueron siempre, a pesar de que, caído en desgracia el mariscal, una ley de 28 de agosto, 1839, los tituló simplemente «códigos bolivianos». En lo tocante al civil, a pesar de intentos de reforma (1845), la superación sólo tuvo lugar en 1976 con la aprobación de un segundo código, inspirado en el italiano (1942), que aún constituye derecho vigente.

¹³⁶ *Código*, ed. cit. (n. 134), pp. 11-13. Cfr. también el acto promulgatorio para el Perú (1 de noviembre, 1836), con tópicos similares («masa confusa de disposiciones inconnexas, en que se excuadran violentamente la sabiduría de los Romanos con los errores de la Edad Media; los fallos del Derecho Canónico, con las medidas transitorias de una administración efímera»), aunque ahora forzados en demasía («imitaciones mal acomodadas de los Códigos extranjeros» etc.), en Carlos RAMOS NÚÑEZ, *El Código napoleónico y su recepción en América latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 271 ss (p. 273).

¹³⁷ Cfr. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido del italiano por D. Juan Antonio de las Casas, Madrid, por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., MDCCLXXIV (1774), «Prologo del autor», p. xij ss: «Algunos restos de Leyes de un antiguo Pueblo conquistador, hechas recopilar por un Principe, que doce siglos há Reynaba en Constantinopla, mixturadas despues con ritos Lombardos, y envueltas en farraginosos volúmenes de privados y oscuros intérpretes...».

¹³⁸ Así, el título preliminar boliviano se reduce a cinco artículos, el primero equivalente al párrafo primero del art. 1 del *Code*, el 2.º idéntico al 2.º del *Code*, el 3.º es traducción del pár. 2.º del art. 3.º, el art. 4.º equivale al art. 3.º, pár. 1.º, el art. 5.º al art. 6.º. La famosa definición del derecho de propiedad reza como sigue, en el castellano del Código Santa Cruz: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o reglamentos» (art. 289).

en relación al vínculo matrimonial) e incrementado con algunas otras, exigidas por tales circunstancias (cfr. art. 455: «A los indios residentes a más de una legua de sus respectivos cantones concede la ley el privilegio de hacer sus testamentos de palabra o por escrito con sólo dos testigos vecinos»)¹³⁹.

Por gestación gubernativa, estructura y contenido y aun por título oficial el *Código Santa Cruz* encierra, como vemos, una auténtica «traducción legal» del código civil napoleónico. Pero existió otra de la misma índole, más cercana a la fuente y, desde luego, más directamente involucrada en nuestra historia legislativa.

Faltaban veintiséis años para la aprobación del código nacional cuando un territorio antillano recién adquirido por España, la parte hispana de Santo Domingo vuelta a la antigua potencia por temor al vecino Haití, conoció la entrada en vigor de una ley civil que era copia de la francesa: los 1.868 artículos del *Código... de la provincia española de Santo Domingo*¹⁴⁰, oficialmente publicado en 1862, contenían, en efecto, otra versión reducida del *Code civil*. En realidad, el *Code* regía en la isla desde la década de 1820, cuando menos; primero a título supletorio, para completar el lacunoso ordenamiento haitiano (1816, 1822), más tarde incorporado casi íntegramente en el *Code Civil de la République de Haïti* (1825), que también estuvo vigente en la parte española, dominada por el vecino estado occidental desde 1822.

Dos décadas largas después, proclamada su independencia de Haití, la República Dominicana inició vida autónoma con respeto provisional a los códigos haitianos; sin embargo, la guerra que estalló entre los dos estados insulares aconsejó al poder legislativo de Santo Domingo sustituir esos códigos por la adopción *in toto* de las leyes napoleónicas originales, en la versión modificada de la Restauración (1816) que, como sabemos, había suprimido el divorcio (decreto de 4 de julio, 1845). La insólita medida inició un doble movimiento de adaptación y de traducción de los textos legales franceses. Aunque ésta se ultimó (1848), nunca fue promulgada; antes bien, en 1851 el Congreso aprobó la importación desde España y para uso de los tribunales locales de cincuenta copias de la traducción de Pío Laborda (1850) –la segunda versión completa,

¹³⁹ Pero sobre la «esquizofrénica» proscripción de la costumbre, en país de mayoría indígena, ha escrito hace poco RAMOS NÚÑEZ cit. (n. 136), p. 149. Sobre otras desviaciones del modelo (en materia de esponsales y de sucesión legítima, principalmente), *ibid.*, pp. 152-153.

¹⁴⁰ Cfr. GUZMÁN cit. (n. 134), pp. 289 ss. También Wenceslao VEGA B., *Historia del derecho dominicano*, Santo Domingo, Instituto Tecnológico de Santo Domingo, 2.ª ed. 1989, pp. 135 ss, pp. 176 ss.

autónomamente impresa como tal, del código francés desde tiempos de José Bonaparte¹⁴¹.

No interesa documentar la marcha hacia una traducción autónoma, plagada de iniciativas inconcluyentes; es suficiente saber que el empeño sólo culminó al volver la parte hispana de la isla a la soberanía española (1861), bajo cuyo régimen se encargó a dos magistrados de la Real Audiencia local (José M. Morillas, Tomás Bobadilla) verter el *Code civil des français* al castellano, promulgándose el trabajo resultante (real orden de 8 de julio, 1862), que fue publicado en la *Gaceta* de la colonia y en edición separada. Pero nos las habemos con una traducción *oficial*, quiere decirse, la versión de una ley exótica –vigente a pesar de la lengua– realizada a otro idioma, en el que debía reproducir su mensaje imperativo. La labor del traductor –sin duda auxiliada por textos precedentes¹⁴²– era, a un tiempo, adaptación lingüística y revisión jurídica, en este

¹⁴¹ *Código civil francés, traducido y anotado por D. Pío Laborda y Galindo. Cate-drático que fue de Jurisprudencia, y Fiscal cesante del Tribunal Supremo de Justicia.* Madrid, Imprenta de D. José María Alonso, 1850. El traductor avisa que trabaja sobre la edición parisina de 1836 –escrúpulo insólito, por cierto– y abraza una vocación didáctica, para que en los estudios universitarios «se cuente el de este Código»: al fin y al cabo esa ley sería una nueva formulación de los sanos principios del derecho romano, base del derecho de las naciones de Europa, de modo que el empeño del traductor sería universalmente útil a todos. En el aparato de notas (ciento setenta y siete) predomina la aclaración doctrinal y la crítica sobre la concordancia y la referencia a la legislación nacional; por esta razón, no faltan notas aclaratorias y referencias españolas.

¹⁴² Pienso en el texto recién citado; mas un cotejo revela la autonomía de los dominicanos:

1850	1862
Art. 2: La ley dispone para lo sucesivo; no tiene efecto retroactivo.	Art. 2: Las leyes no tienen efecto retroactivo.
Art. 4: El juez que rehusare juzgar bajo pretexto del silencio, de obscuridad ó de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.	Art. 4: El juez que reuse [<i>sic</i>] fallar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad.
Art. 1781: Al dueño se le cree por su dicho en cuanto á la cuota de los salarios En cuanto al pago del año vencido. Y en cuanto á lo que diga haber dado á cuenta por el año corriente.	Art. 1397: El dueño ó amo deberá ser creído afirmando con juramento, salvo prueba en contrario, 1.º sobre el tanto del salario del sirviente domestico. 2.º sobre el pago de los salarios devengados en el año vencido y en el corriente.

Las diferencias son notables. Sin embargo, en el tenor del código dominicano parece haberse tenido muy presente el proyecto español de 1851, base remota del código actual como es bien sabido; así, para los ejemplos consiguandos, cfr. art. 2 del proyecto («Las leyes no tienen efecto retroactivo»), art. 4 («El juez que rehusare fallar á pretesto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad»), art. 1526 («El amo es creído afirmándolo con juramento, salva prueba en contrario, 1.º Sobre el tanto del salario

segundo caso por un indudable imperativo confesional: una real orden de 4 de mayo, 1862, recopilada como antecedente o generalísima exposición de motivos en cabeza de la edición gubernativa del Código, ordenó suprimir «todo lo relativo al matrimonio civil que se comprende en los artículos 144 al 202 y 227 al 311 inclusive, entrando en consecuencia toda la materia de matrimonios... en el derecho comun y demas disposiciones vigentes en todas las Provincias de Ultramar... á los Sagrados Cánones y á la disciplina Eclesiástica de España», que sería anotado además en los libros parroquiales (así fueron también eliminados los arts. 34 a 101, «que hacen referencia á las actas del estado Civil»); cosa por completo diferente resultaba la corrección con que procedieran los magistrados-traductores al realizar los inevitables ajustes ¹⁴³.

V. EL *CODE* ANTES DEL CÓDIGO: ÚLTIMAS TRADUCCIONES (1875, 1888)

¿Y España? El largo periodo final que conduce a la codificación civil reproduce los esquemas anteriores. Por un lado, y sin perjuicio de su trabajosa implantación práctica, la cultura del derecho «ius-absolutista» triunfó como proyecto dominante, aunque ahora las voces críticas podían encontrar en otro referente legal muy cercano un modelo seductor. Por otro lado, el uso del código francés para realizar a su imagen y semejanza una recopilación sintética del derecho nacional todavía contenido en viejos libros jurídicos se renovó en los años 1870 gracias a Sabino Herrero y José Sánchez de Molina. Finalmente, dos tardías traducciones (1875, 1888) parecen trazar la impecable parábola de ascenso y logro definitivo de una ley afrancesada, escoltada por versiones castellanas del *Code* desde 1809 hasta los momentos de preparación y aprobación del texto codificado aún en vigor (1888).

Un modelo emergente, se decía, admirado por los críticos españoles del código francés –de la filosofía absolutista que le otorgó sentido. Se trata del originalísimo *Código civil portuguez, aprobado por carta de lei de 1 de julho de 1867*, llamado (no oficialmente)

del sirviente doméstico. 2.º Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente»).

¹⁴³ Así, el tít. 4 del libro I, «Del matrimonio», se desdobra en dos breves capítulos (arts. 47-70, respectivamente: «De las obligaciones que nacen del matrimonio» y «De los derechos y obligaciones entre marido y mujer»), sin disciplina alguna sobre el establecimiento del vínculo y su disolución; de forma incoherente el art. 1061 (versión del art. 1441 del *Code*) regula la disolución de la comunidad matrimonial de bienes por muerte, divorcio, nulidad del matrimonio y separación de bienes, aunque los preceptos que siguen se limitan a los casos, pacíficos, primero y último.

te) Código de Seabra por el alto magistrado y político liberal Antonio Luís de Seabra (1798-1895), su autor y responsable principal. El código de Portugal («la obra legislativa más notable, la más elevada, la que más han perfeccionado las deliberaciones de una comisión científica», en opinión de un notable español)¹⁴⁴ ofrecía, frente a Francia, «un nuevo concepto» del derecho civil» (Torres Campos), derivado de la consagración de los derechos individuales u «originários» entre sus preceptos (cfr. art. 359: existencia autónoma, libertad, asociación, apropiación, autodefensa; arts. 362-363: libertad de pensamiento y expresión; también art. 2361 y 2367 y, en general, toda la parte cuarta «Da ofensa dos direitos e da sua reparaçào») —llamativa circunstancia, ésta de «dar cabida en un cuerpo de leyes civiles á derechos hasta ahora únicamente consignados en los Códigos políticos... verdadera revolucion legal consumada por la nueva legislación portuguesa»¹⁴⁵.

Con su importancia, la literatura española sobre el código de Seabra, que registra dos versiones contemporáneas y alguna monografía, escapa ahora de nuestra preocupación¹⁴⁶. Parece suficiente registrar un hueco, recordar la ausencia de ese código diverso en las colecciones normativas que continuaron, en tiempos cercanos al código civil español (1888), el género recopilatorio al uso desde los años treinta.

La obra del jurista y político moderado (ministro de Gracia y Justicia, 1858) y miembro de la comisión de codificación José

¹⁴⁴ Son palabras del catedrático, entonces ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Ríos, al defender en las Cortes la ley de Matrimonio Civil de 1870 (cfr. Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, 10 de mayo, 1870, núm. 277, p. 7867).

¹⁴⁵ Cfr. *Código civil português*, traducido al castellano, y precedido de un prólogo por D. Patricio de la Escosura, y anotado y concordado con la legislación española por D. Isidro Autran, magistrado de Audiencia y abogado del Ilustre colegio de Madrid. Madrid, Imprenta de la Biblioteca Universal Económica, [calle] Segovia, [núm.] 38. 1868, xli-141-314 pp.; la frase citada en p. 179. Vale la pena recordar el caso de otro código, el colombiano de 1858, reformado en 1887 para agregar a su texto el título sobre derechos (tít. iii) de la constitución estatal (1886).

¹⁴⁶ Rafael M.^a DE LABRA, *Portugal y sus códigos. Estudio de política y legislación contemporáneas*, Madrid, Víctor Sáiz, 1877; idem, «La legislación Portuguesa. (El Código civil de 1867). Artículo primero», en *RGLJ* 58 (1881), 5-18; idem, *La legislación portuguesa contemporánea. Estudios de legislación comparada*, Madrid, Impta. T. Minuesa, 1890; Manuel Torres Campos, reseña a los *Estudios de Ampliación del Derecho civil...* 1879, de Felipe Sánchez Román, en *Revista de los Tribunales* segunda época, 2 (1879), 370-374. La segunda traducción (completa: la de Escosura-Autran no pasó del art. 640), con un signo ideológico tan diverso a la primera, fue obra de Alberto AGUILERA Y VELASCO, *Código civil português, comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes de Europa y América*, Madrid, Establecimiento tipográfico de García y Caravera, 1879, con amplio y poco sustancial prólogo del codificador español Manuel Alonso Martínez (i-xlvii); cfr. p. 61, a propósito del decisivo art. 359: «los principios consignados en este título, por más que se deriven de las buenas doctrinas y estén en armonía con los últimos adelantos de la ciencia jurídica, no son propios de un Código y tendrían lugar más oportuno en la Constitución política y aun en el Código penal»; cfr. aún p. 11, sobre lo mismo: «un pequeño defecto puramente formal».

María Fernández de la Hoz (1812-1887) no ha de entretenernos demasiado¹⁴⁷. Su *Código civil redactado con arreglo a la legislación vigente...* (1843) reproduce hasta en el título las inquietudes que apreciamos en Gorosábel, con idéntica técnica compilatoria; nueva resultaría la expresión de respeto al «derecho constituido» y la tarea realizada como base indispensable de un deseado «proyecto de codificación general». A lo que se me alcanza, no comparece el *Code civil* en el prólogo ni entre las fuentes (siempre castellanas: lugares paralelos de los artículos que estilizan sus contenidos), pero la disciplina general del texto y su sistema han sido deudores, cómo no, del derecho napoleónico¹⁴⁸.

Al menos por cronología, el *Código* anterior enlaza las obras de Gorosábel y De la Vega con dos compilaciones cercanas al código español, que finalmente conviene presentar¹⁴⁹. Aparecidas con cercanía de fechas y adornadas de las mismas razones –el enésimo intento de arreglar viejos materiales en el molde moderno que ofrecía el *Code* sin olvidar las novedades del momento, en especial la legislación de aguas y la inmobiliaria¹⁵⁰– los largos tratados de Sánchez de Molina y de Sabino Herrero se afiliaban con al código francés a través del célebre proyecto de 1851 («en el orden de materias he adoptado», confesó el primero, «el método seguido en el proyecto de Código civil español, conforme... generalmente al del Código civil francés», p. x); ambos concedían una amplísima presencia a las resoluciones judiciales entre las normas recogidas

¹⁴⁷ José M.^a FERNÁNDEZ DE LA HOZ, *Código civil...* por... Licenciado en derecho civil, Abogado de los Tribunales y del Ilustre Colegio de Madrid, Académico profesor de mérito de la Matritense de Jurisprudencia y Legislación, é individuo de otras corporaciones literarias y científicas. Madrid, Eusebio Aguado, 1843. 257 pp. También fue autor de una obra recopilatoria similar, en la materia de procedimientos.

¹⁴⁸ Y así el título preliminar y los cuatro libros (I, «De las personas»; II, «De las cosas»; III, «De los diferentes modos de adquirir»; IV, «De las obligaciones»), que recuerdan el orden del código actual; los mismos están subdivididos en títulos, capítulos y secciones. El número de preceptos llega a 1.529 artículos, con amplia presencia de las Partidas, la *Novísima* y el Fuero Real, pero también abiertos a las novedades del siglo (por ejemplo, la sección xiii del capítulo sobre sucesión testada se refiere a «la moderna legislación con respecto á mayorazgos» y recoge el decreto de las Cortes de 27 de septiembre, 1820, según fue restablecido por otro de 30 de agosto, 1836).

¹⁴⁹ JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El derecho civil español (en forma de código). Leyes, no derogadas, desde el Fuero Juzgo has las últimas reformas de 1870...* Madrid, Imprenta de D. J. L. Vizcaino-Imprenta de D. Manuel Minuesa, 1871; SABINO HERRERO, *El código civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes...* Valladolid, Hijos de Rodríguez, 1872.

¹⁵⁰ En este sentido, resulta muy expresiva el Herrero, dotado de un interminable índice de fuentes: más de treinta procedentes del viejísimo Fuero Juzgo, once del Fuero Viejo de Castilla, cien largos del Fuero Real... incluso se incluye una cita aislada al fuero municipal de Sepúlveda. Como era de esperar, el protagonismo toca a Partidas (un millar de referencias), ante las que las ciento y cincuenta (ca.) de la *Novísima Recopilación* parecen algo exiguas; las leyes modernas estaban bien representados (casi quinientas referencias a la ley hipotecaria y su reglamento; unas ciento cincuenta en el caso de la ley del registro y de la ley del matrimonio civil...).

(«jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia... en 1500 sentencias»: Sánchez de Molina; «con arreglo á la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia»: Herrero), singular circunstancia poco antes desconocida mas explicable, no sólo por la labor de la corte de casación al seleccionar el derecho vigente en una biblioteca repleta de textos no codificados¹⁵¹, sino también por la consagración –desde 1838, con un impulso imparable desde el código procesal de 1855– de la llamada *doctrina legal* o lectura judicial en sede de casación, cuyo quebrantamiento o infracción era, como si se tratase de la ley, motivo ulterior de recurso¹⁵². Y esta combinación de leyes tradicionales y normas modernas, recopiladas con sistemática a la francesa y apoyadas en sentencias del Tribunal Supremo fue también una estrategia seguida en la docencia del derecho civil anterior al código¹⁵³.

Los de Herrero y Sánchez de Molina son dos exposiciones coincidentes en orientación y espíritu, mas separados por varias diferencias. La principal concierne a la actitud de cada uno de estos juristas ante el derecho tradicional; podría decirse rápidamente que la vocación «filológica» del primero (reproducía los textos histórico *in extenso*, anotando las variantes que presentaban las diversas ediciones) contrasta con la parquedad del segundo, autor de síntesis normativas más afines que las de su colega al lenguaje del derecho codificado. Otra distinción, notable por la simultaneidad de los esfuerzos, toca al orden de libros que estructura la colección: mucho más próximo al *Code* el seguido por Sánchez de Molina (Título preliminar»; I, «De las personas»; II, «De las cosas ó bienes»; III, «De las obligaciones») que el de Sabino Herrero (I, «Disposiciones generales»; II, «De la familia»; III, «De las herencias»; IV, «De la propiedad y sus modificaciones»; V, «De las obligaciones»).

Pocos años después (1875) apareció una nueva traducción del código francés debida a Alberto Aguilera –la tercera traducción publicada en España de forma independiente¹⁵⁴. Se incluía en una

¹⁵¹ Y así Sánchez de Molina: «en la aplicación del antiguo y del nuevo derecho se observaron vacíos, dudas y contradicciones que hicieron difícil el estudio y la jerarquización de las leyes e indispensable a falta de un código general y uniforme, establecer reglas que suplieran lo omitido, aclarasen las dudas y pusieran en armonía las disposiciones contradictorias», pasando la solución por la jurisprudencia: «a satisfacer esta necesidad han venido las decisiones del Tribunal Supremo de justicia, cuya jurisprudencia sirve de regla y muchas veces de guía en el confuso laberinto de nuestra legislación civil».

¹⁵² Para esta particularidad española, cfr. el testimonio contemporáneo de José DE CASTRO Y OROZCO, «Examen del recurso de casación en España», en *RGLJ* 13 (1858), 235-390.

¹⁵³ Fernando DE LEÓN y OLARIETA, *Metodología de la ciencia del Derecho, seguida del programa de Ampliación de Derecho civil y códigos españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura*, Valencia, J. Domenech, 21877.

¹⁵⁴ ALBERTO AGUILERA Y VELASCO, *Colección de códigos europeos y americanos. Código civil francés comentado concordado y comparado con las legislaciones vigentes*

«colección de códigos europeos», aunque la naturaleza excelente de la ley napoleónica aparecía en su condición inaugural («primer grupo, primera sección, tomo primero»). Mas en los tiempos de la *Troisième République* el *Code* se merecía una *historia*: la introducción generosa (pp. i-xxviii) de Estanislao Figueras podía así recorrer la experiencia occidental desde Roma hasta Napoleón, con énfasis en las épocas medieval y moderna y conclusión sobre la ley que se vertía al castellano; la misma sería una colosal transacción entre la filosofía y la historia —entre Portalis y Cambacères. Muchas, muchísimas notas insertan la traducción de Aguilera en la red de códigos civiles que ahora debían parangonarse con ese modelo superior. A veces se trata de recordar las leyes francesas más recientes que incidían en la disciplina primitiva (cfr. n.1 en p. 11, sobre la publicación de la ley tras la crisis de 1870); otras veces las notas remiten al régimen español y, con más o menos detalles (no es infrecuente la reproducción de preceptos, siempre efectuada en español), los lugares paralelos que ofrecían otros códigos y las fuentes del derecho romano; sin embargo, la acribia del traductor al escrutar reformas en su texto deja bastante que desear¹⁵⁵. Más raras son las referencias a la doctrina que, cuando se deslizan, se encuentran al servicio del precepto codificado.

En cualquier caso, el código de Aguilera fue la primera versión que respondió a escrúpulos de legislación comparada: materia de interés creciente en cualquier rincón de Europa durante la segunda mitad del siglo, la época dorada —de nuevo con Francia en cabeza— de los gabinetes y las revistas de derecho extranjero; cuando menos, la comparación entre códigos —ajena todavía a la comparación jurídica en sentido propio— sería una técnica utilísima al servicio de la reforma del derecho nacional. La consideración valía particularmente para España, notablemente atrasada, lo sabemos, en la definición codificada del ordenamiento. Tal vez por esas razones la última traducción del *Code* fuese publicada en una segunda colección de textos legales, en perfecta sincronía con la ley civil definitiva. Dos ilustres juristas y hombres políticos de la izquierda liberal española, el editor Alejo García Moreno y el ex ministro (Gracia y Justicia) Vicente Romero Girón, sacaron a final de siglo una magna *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, cuyo tomo cuarto de «Instituciones de la repú-

de España, Portugal, Italia, Suiza, Alemania, Bélgica, Holanda, Rusia, Inglaterra, Estados Unidos de América, Bolivia y Lusiana, y con el derecho romano, Madrid, Librería Universal de Córdoba y Compañía, Puerta del Sol, número 14, 1875.

¹⁵⁵ Por ejemplo, estamos en 1875 y todavía se traduce el tremendo art. 1781 (ya lo conocemos: «El dueño es creído por su palabra: en la parte de gajes, en el pago del salario del año vencido, y en lo que haya dado á cuenta para el año corriente», en la versión de Aguilera), derogado por ley de 2 de agosto, 1863.

blica francesa» recogía la ley napoleónica¹⁵⁶. Otra vez la traducción se encuentra rodeada por gran aparato de notas, pero Romero Girón y García Moreno se limitaron aquí a referir normas y fallos exclusivamente franceses; seguramente en las densas remisiones a otras fuentes y en el diseño general del proyecto comparativo se contienen sus méritos principales, pues, en lo que hace a la versión española, la traducción de Aguilera parece haber contribuido a la comentada de modo más que decisivo¹⁵⁷. Ahí estribaba, entonces, su singularidad: se diría que Aguilera quiso informar de la forma jurídica «código», que su escrúpulo de jurista consistió en presentar en mil lugares paralelos las soluciones legales de los textos modernos, en tanto el *Code* de la *Colección...* fue una pieza más, todo lo relevante que se quiera, de una antología de leyes que, con sus textos y con las notas, ofrecía un conocimiento acabado del derecho positivo francés. Más allá del volumen concreto, la intención de los traductores se habría de satisfacer con la serie de *instituciones de los pueblos modernos* en su conjunto.

VI. EL QUIJOTE DE MENARD, O NAPOLEÓN EN BABEL

Los códigos civil y comercial franceses fueron las primeras leyes extranjeras traducidas al español. Esas traducciones resultaron las únicas emprendidas en Europa sin tener como objetivo la introducción del nuevo derecho codificado como derecho vigente

¹⁵⁶ *Colección...* Madrid, Establecimiento tipográfico de José Góngora, San Bernardo, núm. 85, 1888. Inauguran el tomo leyes políticas y administrativas; el *Code* en pp. 131 ss; seguían las leyes expropiatoria (pp. 505 ss) e hipotecaria (pp. 515 ss), el código procesal civil (pp. 537 ss), etc.

¹⁵⁷ Otra vez será útil cotejar, para comprobarlo, unos pocos preceptos:

1875	1888
Art. 2: La ley dispone para el porvenir: no tiene efecto retroactivo.	Art. 2: Las disposiciones de las leyes se refieren al porvenir y no tienen efecto retroactivo.
Art. 4: El juez que rehusare juzgar pretestando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegacion de justicia.	Art. 4: El juez que rehusare juzgar pretestando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegacion de justicia.
Art. 544: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos.	Art. 544: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos.

de los territorios dominados por Bonaparte¹⁵⁸. El *Code Napoléon* reveló así su importancia en España e inauguró una fértil estación de piezas legales en castellano que representan muy bien las dos colecciones citadas en el párrafo anterior. Podríamos seguir la reflexión y enunciar una aparente paradoja de la experiencia contemporánea, debida a la delimitación nacional del derecho en tiempos de definición científica, por ende universal, del saber jurídico, con la especialidad comparatística como una de las vías de síntesis o de salida. La interesante cuestión tiene que ver, sin duda, con nuestro actual argumento; es suficiente recordar que los orígenes de aquella especialidad se localizaron en Francia y estuvieron inextricablemente unidos a la celebración del primer centenario de la ley napoleónica¹⁵⁹. Pero otra cuestión general –más general todavía– reclama, por último, la atención.

Sabemos de la existencia imaginada del poeta simbolista Pierre Menard, quien compartía con el emperador de los franceses lengua materna de expresión... aunque había empeñado sus esfuerzos en escribir (¿traducir?) en (¿al?) español¹⁶⁰. Aficionado a los ensayos contradictorios –firmó «una invectiva contra Paul Valéry, en las *Hojas para la supresión de la realidad* de Jacques Reboul», que suponía realmente «el reverso exacto de su verdadera opinión sobre Valéry»– el sueño más ambicioso del autor fue componer el *Quijote*. Por supuesto, Menard no quería copiar el célebre libro de Cervantes –aunque la copia también encierre una cuota parte de autoría¹⁶¹–; no se trataba tampoco de emprender una vulgar traducción –a la fuerza, inversa– por más que Pierre Menard, en su loco empeño de «producir unas páginas que coincidieran –palabra por palabra y línea por línea– con las de Miguel de Cervantes», tuviera que lograr «un manejo bastante fiel del español del siglo XVII», pagando el precio de un «estilo arcaizante... extranjero al fin». Le hubiera bastado con «ser, de alguna manera, Cervantes», mediante el procedimiento de «recuperar la fe católica, guerrear contra los moros o contra el turco, olvidar la historia de Europa entre los años de 1602 y de 1918», pero resultaba más comprometido y poéticamente más seductor «seguir siendo Pierre Menard y llegar al Qui-

¹⁵⁸ Cfr. Barbara DÖLEMEYER, «*C'est toujours le français qui fait la loi*. Originaltext und ÜBERSETZUNG. Anhang: Übersetzungen des Code civil und Code Napoléon», en Barbara DÖLEMEYER et al. (hrsg.), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 2006, 1-35 (Anhang) en pp. 21-35: traducciones al alemán, flamenco, italiano, latín y polaco).

¹⁵⁹ Cfr. Carlos PETIT, «Lambert en la Tour Eiffel o el derecho comparado de la *belle époque*», en *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, Istituto Lombardo, 2001, 53-98.

¹⁶⁰ Jorge Luis BORGES, «Pierre Menard, autor del Quijote» (1939), en *Ficciones* (1944), ahora en *Obras Completas*, I, Barcelona, RBA, 2005, 444-450.

¹⁶¹ Cfr. ahora Luciano CANFORA, *Il copista come autore*, Palermo, Sellerio, 2006.

jote, a través de las experiencias de Pierre Menard». La dura tarea apenas dejó otro testimonio que la carta-informe usada por el narrador y unos cuantos fragmentos de la obra, inconclusa y olvidada.

Nuestro ficticio autor y su empresa imposible encierran una profunda enseñanza sobre los límites de la traducción¹⁶². Como cualquier otra lectura, la traducción siempre es *re-escritura*: resulta una hipótesis demasiado improbable la reconstrucción del sentido «literal» u «originario» de un texto con la misma inocencia del arqueólogo que atrapase excavando un trozo de cerámica o una vieja inscripción. Esta inquietante conclusión nos atañe directamente como habituales usuarios de «fuentes» pretéritas (el mismo Borges nos mostró el absurdo de las recuperaciones «objetivas» de los hechos pasados), pero aquí observaremos la dificultad desde el terreno específico del comercio literario entre dos lenguas. Una vez colocados ahí, aceptemos, cuando menos, que la lectura del traductor interviene *de modo necesario* en las circunstancias de (re)producción de un mensaje que ahora debe emitirse bajo otra forma lingüística.

Toda traducción es lectura; toda lectura es reescritura. En realidad, toda comunicación es traducción: «atender al significado es traducir» (Steiner, p. 14). Las apretadas propuestas de Borges (crítico literario y creador –a un tiempo– en el desconcertante relato del poeta Pierre Menard) se añaden a las consignas que lanza Steiner y precipitan en un *tópos* de larga tradición¹⁶³. Babel significa el origen maldito de la diversidad de hombres y culturas, pero simboliza además la riqueza inagotable del pensamiento¹⁶⁴. Si la vanidad de la Torre nos condenó a traducir (esto es, a crear), Babel también aparece como un depósito de libros sin cuento, millones de millones de obras que despliegan desde la Biblioteca las suertes combinatorias de los veintitantos signos alfabéticos. Como poco, la Biblioteca de Babel tiene que contener un ejemplar de cada libro... traducido a cada lengua.

Allí se encontrará el *Code Napoléon*. También estarán sus traducciones, todas ellas, en un impreciso futuro. «Los tiempos futuros, los subjuntivos futuros en particular, me parecían poseídos de

¹⁶² Para lo que sigue, George STEINER, *Después de Babel. Aspectos del lenguaje y la traducción* (1975, ²1992), trad. de Adolfo Castañón y Aurelio Major, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995 (reimp. 2001); cfr. pp. 90 ss sobre Menard-Borges.

¹⁶³ Jorge L. BORGES, «La biblioteca de Babel» (1941), en *Ficciones* cit. (n. 158), 465-471. Cfr. Steiner cit. (n. 160), pp. 89-90.

¹⁶⁴ Y esta vertiente de la metáfora es la que interesa a Paolo FABBRI, «La Babele felice. *Babelix, babelux... ex Babele lux*», en *Elogio di Babele*, Roma, Meltemi, 2000, pp. 65 ss. Cfr. p. 72, a vueltas con Dante: «Dante sa che nell'eclissi del «vecchio sole» latino si può trovare la nuova lingua italiana... Babele allora non è la città dell'unità perduta. È quel posto felice, confuso, che ha permesso la traduzione tra tutte le altre lingue».

un verdadero poder mágico... Me parecía incongruente que el *code civil* no impusiera algunas restricciones al uso del futuro, que potencias tan ocultas como el *futur actif*, el *futur composé*, el *futur antérieur* estén a la mano de cualquiera. El *futur prochain*, ese presente que se inclina levemente hacia adelante, era el único que tenía un semblante familiar.» Steiner *dixit* (p. 153). Al margen de los temores de un niño muy singular –no en último término por disponer de ¡tres! lenguas maternas (cfr. Steiner, p. 132)– el fragmento merece comentarios.

Uno primero, casi despreciable ahora, recordaría al pequeño políglota que ese «mágico» futuro de subjuntivo se usa comúnmente en el idioma de Cervantes (y de Menard) como forma predilecta del legislador penal: así lo recomendaron los críticos en tiempos codificadores... siempre y cuando se tratara de «la comisión de ciertos crímenes atroces o que degradan al hombre igualándole a las bestias; crímenes que la ley comprende en su sanción, tan sólo por estimarlos posibles, pero que rehuye presuponer que han de llegar a existir en la realidad de los hechos»¹⁶⁵. El dictamen préterito del literato sobre el uso del futuro aún pertenece al presente de nuestro derecho codificado, aunque explorar la relación del tiempo verbal con las categorías jurídicas (una cuestión apenas barruntada por Steiner: el futuro respondería al «ineluctable parentesco de la libertad y la incertidumbre», p. 154), alejándonos en exceso del asunto actual, queda para mejor ocasión¹⁶⁶. Cuesta esfuerzo susstraerse, con todo, al repetido icono pictórico del vencedor del futuro gracias al empeño legislativo –así la conocida alegoría «Napoléon couronné par le Temps, écrit le Code civil», óleo sobre lienzo (131 × 160 cm.) de Jean-Baptiste Mauzaisse (1832), en Malmaison– que alcanza máxima expresión en la mediocre pero muy atrevida tela «Napoléon sort de sa tombe» (1840) del devoto Horace Vernet. El amigo Paolo Cappellini, conocedor de esta última pintura, nos recordaba hace poco una penetrante observación de Chateaubriand que bien puede servir de glosa del Vernet: «vivant il a manqué le monde, mort il le possède... Bonaparte appartenait si fort à la domination absolue, qu'après avoir subi le despotisme de sa personne, il nous faut subir le despotisme de sa mémoire»¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cfr. Marcelino MENÉNDEZ Y PELAYO, «Sobre el empleo constante del futuro imperfecto en las leyes penales» (1884), informe académico a favor del tiempo de presente con la excepción referida. Cfr. *Obras completas. Varia*, II, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (*Obras completas de Menéndez Pelayo. Edición nacional*, vol. 64), 1956, 173-179, p. 175.

¹⁶⁶ Al menos, vid. Rafael SÁNCHEZ FERLOSIO, *El alma y la vergüenza*, Barcelona, Destino, 2000, pp. 190 ss (análisis de modos verbales y derecho), pp. 205 ss (Kelsen).

¹⁶⁷ Paolo CAPPELLINI, «L'Âme de Napoléon. Code civil. Sekularisierung, Politische Form», en Wernert Schubert-Mathias Schmoeckel (hrsg.), *200 Jahre Code civil. Die*

Desde luego, es muy fácil concluir que el despotismo del emperador palpita precisamente en su código civil. Un segundo comentario del pasaje de Steiner arriba transcrito observa el *Code* como metáfora de la prohibición y la mentira, incluso del reproche implícito en el enunciado normativo¹⁶⁸. Desde tal perspectiva, Bonaparte utiliza en *Babel* un habla autoritaria y manipuladora, un idioma de traducción improbable –por lo menos, al inglés– si responde a «razones que podrían perderse en la noche de los tiempos» (Steiner, p. 312). En otras palabras, la eventual versión del *Code civil* extendería el oprobio babélico más allá de las fronteras de Francia... siempre que fuera posible, a la manera de Pierre Menard, llegar hasta el mismo código a través de las propias experiencias.

Ciertamente, la traducibilidad de esa ley y el servicio práctico rendido por sus numerosas versiones tienen que ver con el fenómeno que Steiner designa «soberanía de las lenguas mayores» (p. 14). En el caso del español, las primeras expresiones del *Code civil* –todas incompletas y todas episódicas, por lanzarse según vimos desde la prensa– carecieron como sabemos de intención jurídica (la vía de publicación contribuyó además al efecto), mas su mera existencia documenta el pago del tributo debido a la supremacía lingüística francesa. (Y así, al no ser el alemán una lengua igualmente «soberana» nadie intentó por aquí la traducción del *Allgemeines Landrecht*). Una vez afirmada la «soberanía» de Francia también en el ámbito de la expresión codificada del derecho fueron traducidas de modo «natural» ciertas obras que celebraban la universalidad de un texto que, en rigor, no dejaba de ser una opción jurídica local. «¿Por qué el *Homo sapiens sapiens*, genética y fisiológicamente uniforme en casi todos los aspectos, sujeto a idénticas posibilidades de evolución y a las mismas limitaciones biológicas y ambientales, habla miles de lenguas incomprensibles entre sí, algunas de las cuales están separadas por unos cuantos kilómetros?». La dura «cuestión babélica» así enunciada por Steiner (p. 14) estaría entonces detrás de aquel *Curso de legislación...* publicado en Barcelona (1839-1842) a mayor gloria del *Code civil* («frances por su sancion, mas europeo por su celebridad»), donde el tenor de los preceptos, incluso por la opción del impresor, contó mucho menos que las exposiciones y piezas justificativas del legislador: se trataba de difundir una cultura jurídica, antes que un texto legal determinado.

napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa, Köln, etc., Böhlau Verlag, 2005, 1-16, p. 15.

¹⁶⁸ STEINER cit. (n. 160), pp. 311 ss.

Sin duda, ese *Curso de legislación...* que recordamos constituye un serio intento de superar la «alambrada de púas de la incompreensión recíproca» (Steiner, *ibid.*). Pero el *Code* había aportado desde los tiempos humildes de su vida en las gacetas un completo «vocabulario y un repertorio de fórmulas protocolarias» (cfr. Steiner, p. 53) que, con independencia de proyectos nacionales y traducciones más (1809, 1850) y menos directas (1839, 1843), fue el idioma exquisito que muy pronto hablaron las clases jurídicas. Un *derecho civil* de individuos propietarios que trafican con sus bienes y viven bajo la disciplina (paterna y estatal) de la unidad doméstica, destilado en breves proposiciones legales con numeración corrida, dispuesto en tres precisos libros precedidos de un título preliminar, fue la lengua de aquellos «códigos» redactados por Gorosábel, Sánchez de Molina y Herrero; el idioma de los «manuales» o «ensayos» de derecho civil (sólo diversos desde fuera a las obras anteriores) de los De la Vega, Álvarez, Gómez de la Serna y Montalván. Y sin duda estas obras doctrinales con aspecto de leyes significaron la traducción más eficaz del *Code civil des français*. Al fin y al cabo, como vimos, «atender al significado es traducir».

Por esa razón la traducción exige a veces otras traducciones. En primer lugar, el *Code* que se traducía era, a su vez, traducción: una suerte de *creole*, un resultado casi perfecto de la «pidginización» («modo con cui si parla le lingue agli stranieri e ai turisti, ai bambini e agli animali»: Fabbri, p. 74) del lenguaje complejo del *ius commune*, ahora reducido a sus expresiones mínimas, depuradas, más eficaces. Ahora bien, «le lingue pidginizzate non assicurano la comunicazione totale; sono, piuttosto, lingue che servono per una comunicazione determinata, che proteggono i soggetti nella comunicazione. Chi parla una lingua pidgin non vuole mescolarsi con l'altro, vuole usarla il minimo necessario per avere qualcosa insieme a lui, ma nello stesso tempo per tenerlo a buona distanza» (Fabbri, p. 75). Si el habla napoleónica satisfizo las necesidades expresivas del jurista, en segundo lugar el *Code* también alteró la comunicación del resto de ciudadanos, incapaces de acceder a un lenguaje nuevo y esotérico: «las diversas castas, los distintos estratos de una sociedad se sirven de idiomas diferentes» (Steiner, p. 53). El *Code civil* fue lengua dentro de la lengua —una deriva en absoluto evidente, tras ser superada la historia profesional de la hermética lengua latina— que echó por tierra el sueño de la norma autoevidente, dotada de transparencia natural. El experto se adueñó, gracias al código, de la gramática legal y se convirtió entonces en el traductor de la ley ante la sociedad: «bien puede suceder», advierte Steiner todavía (p. 54), «que las funciones diferenciadoras

y beligerantes de una lengua dentro de una comunidad económica y socialmente dividida pesen más que las funciones de la comunicación genuina». No puede así extrañarnos que, una vez promulgado su código, el emperador de los franceses se apresurara a restablecer la corporación de abogados y las facultades de jurisprudencia.

La práctica historiográfica es un instrumento sutil de dominación, al resultar siempre una fuerza «selectiva de los valores». Y también: «el tiempo presente tiene carta de naturaleza pues ya ha puesto un pie en el futuro que lo confirma. Recordar es exponerse a la desesperación». Estos duros juicios de George Steiner (p. 32) no sólo recuerdan a los profesionales de la lectura y composición de relatos históricos el compromiso inherente a su tarea¹⁶⁹; no sólo insisten en el asunto de los tiempos verbales que dejamos antes apuntado: bastaría con alegar el triunfo de la sucesión forzosa para lanzar una interesante discusión sobre el alcance social y económico del «presente indefinido» que instauró el *Code Napoléon* (cfr. Steiner, p. 156). Si utilizamos esos juicios como herramientas de interpretación se explica con facilidad la restauración pacífica de cuerpos forenses y facultades donde se enseñó un derecho —otra vez separado de la sociedad— y su imposible marcha atrás cuando el *Code* dominaba el terreno de lo jurídico. Ya se sabe: «per depurare la lingua bisgona spingere alle estreme consequenze i suoi principi costitutivi: l'arbitrarietà e la tirannia sul pensiero»¹⁷⁰. Artistas como Mauzaisse *monumentalizaron* la ley napoleónica, pero contribuyeron a ese mismo objetivo las incontables traducciones (episódicas, expresas, implícitas, ocultas, legales...) del código famoso y la difusión triunfante del derecho civil codificado. Con toda la importancia que se quiera atribuir a los aspectos puramente «mercantiles» de las traducciones (la versión local de la ley francesa, impresa y puesta a la venta por librereros españoles, sirvió para superar las barreras comerciales antes que las lingüísticas; el caso de la versión de Pío Laborda, adquirida oficialmente en Santo Domingo, nos reserva un magnífico testimonio al respecto), la empresa de traducir el *Code civil* suponía aceptar *a priori* su carácter memorable, convertir ese texto en depósito de saberes excelentes, propuestos ahora como la nueva y deseable experiencia jurídica.

¹⁶⁹ Le imponen además humildad: «el tiempo pasado de los verbos es la única garantía de la historia... la historia es un acto verbal, un uso selectivo de los tiempos pretéritos» (STEINER, p. 41, p. 55).

¹⁷⁰ FABBRI cit. (n. 163), p. 27; cfr. en general todo el capítulo «Nouvelingue: dalla standardizzazione ai pidgins», pp. 25 ss, a vueltas con el 1984 de George Orwell y las estrategias de supresión del *Oldspeak*.

En realidad, la *manumentalidad* de un código digno de ser traducido nos sitúa ante la «confianza inicial» que inaugura, para Steiner, el «desplazamiento hermenéutico» de cualquier acto de traducción¹⁷¹. El traductor confiaría de un modo intuitivo en la seriedad de su texto-fuente y le concedería «de entrada, que *hay algo allí* que debe comprenderse; que el traslado no será vacuo» (p. 303); limitándonos al caso actual, la manifestación de poder de un déspota admirado (no es necesario recordar las acusaciones de bonapartismo que lanzó el furibundo Company contra el público de Madrid), lo mismo que la proclamada soberanía de la lengua francesa apoyaron, a no dudar, la aceptación de esa «*otra* manera de decir» en derecho, de una forma «aún no evaluada ni explorada» de «significaciones y estructuras». Y seguramente el gastado *tópos* de la romanidad del *Code*, presente en sus versiones hispanas según vimos, apuntaló la «confianza inicial» expresada por sus autores.

La vieja Roma aún funcionó, código presente, como «icono verbal», como «ficción activa» (quiere decirse, «un modo de hacer vida con las letras»: Steiner, p. 51) que sintetizaba los valores, el «sistema», los conceptos mismos del derecho contemporáneo; Roma aportó incluso la estética y la terminología política apreciadas por un *emperador* que comenzó siendo el *primer cónsul*. Pero el precio del gusto neoclásico y la alegre conexión del derecho romano con el derecho civil moderno serían un capítulo del segundo desplazamiento hermenéutico steineriano, fase teórica de la traducción caracterizada por una labor de «agresión». «La afirmación de Heidegger de que la comprensión no es materia de método sino de modalidad primaria del ser, de que *ser equivale a comprender el ser otro*, puede matizarse con el más modesto y directo axioma según el cual todo acto de comprensión debe apropiarse de otra entidad... traducimos *al... español... francés...*» (Steiner, p. 304). Desde el ángulo «agresivo» de observación la *ansiada fidelidad* del traductor a su fuente nos parece sencillamente un plateamiento imposible, salvo que comprendamos tal cualidad como el compromiso ético mediante el cual «el traductor-intérprete crea una situación de intercambio significativa» (Steiner, p. 309). Por lo menos, la gastada pregunta sobre la bondad de una versión desde su correspondencia con el texto versionado resultará más bien secundaria

¹⁷¹ Salvo estos acercamientos teóricos, también respecto del *Code* se ha cumplido la maldición de George Steiner: «no sabemos prácticamente nada del proceso genético que ha presidido el trabajo del traductor, ignoramos los principios *a priori* o puramente empíricos, las astucias y rutinas que han guiado su elección de tal equivalente y no de otro, que lo han hecho preferir un cierto nivel estilístico, que han cedido el lugar a una palabra *x* antes que a una *y...*» (p. 282). Así, resultan extraordinarias las traducciones jurídicas de John H. Wigmore: cfr. Carlos PETIT, «Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la *Modern Criminal Science* americana», en *Quaderni fiorentini* 36 (2007), 801-900.

cuando la comprensión de la base o fuente, «como sugiere la etimología, *comprende*, no sólo cognoscitivamente, sino también por circunscripción y digestión... el desciframiento es disección» (Steiner, p. 304). Al momento de proyectar las consideraciones de Steiner sobre el *Code Napoléon* nos vuelve al recuerdo el sorprendente interés por los discursos, las votaciones, los motivos del código flamante, contenidos en los números del *Mercurio de España* y en el *Curso de legislación...* de Barcelona –sin olvidar los ricos paratextos de la traducción josefina vendida en la Imprenta Real; elementos todos que consintieron una «invasión y explotación exhaustivas» del código nuevo y de su pensamiento jurídico... a beneficio inmediato de los lectores nacionales. Por otra parte, el *Code civil* bien pudo llegar a ser una de esas palabras del léxico revolucionario que atesoraban sin mucho entusiasmo los vocabularios de la época (nominalmente no fue así, como sabemos); un ejemplo acabado de la traducción-creación que propuso por su parte Larra y que conoció secuela en las iniciativas de los Gorosábel y compañía.

Acaso esos libros doctrinales, esos códigos en la forma pero tratados de sustancia envejecida, respondieran mejor al concepto de «incorporación» –el tercer desplazamiento hermenéutico de la teoría de Steiner. En efecto, la lengua de destino es una estructura preexistente que no permanece inalterada tras el proceso de traducción; también se nos presenta el fenómeno opuesto, pues «cualquiera que sea el grado de «naturalización», el acto de importación es capaz de dislocar o reacomodar toda la estructura del original... Aquí se presentan dos familias de metáforas, probablemente emparentadas: la de la comunión sacramental o encarnación y la de la infección» (p. 305). Las metáforas de la «incorporación» valdrían perfectamente para el lenguaje de la ley y del derecho y entonces, aunque recogieran solamente fragmentos de las Partidas o de la *Novísima Recopilación*, los autores-traductores de los años treinta y siguientes, al cruzar los vetustos «códigos españoles» con el nuevo derecho codificado, terminaron por producir una síntesis triunfante –la cultura española del *Code Napoléon*– que hizo posible pero también retrasó, a un tiempo, la codificación civil en España.

No estoy en condiciones de valorar el tardío Código español de 1888-1889 desde la «reciprocidad o restitución» que Steiner teoriza como cuarto momento hermenéutico (cfr. de nuevo p. 17). Desde luego, «al ser metódico y analítico, y al proceder por penetración y enumeración, el proceso de la traducción... detalla, ilumina y, en general, da más cuerpo a su objeto... incluir un texto fuente en la

categoría de las obras que merecen traducirse equivale a conferirle una dignidad inmediata y a involucrarlo en una dinámica de magnificación» (Steiner, p. 307). Aceptando que el código vigente resulta la última de esas versiones del *Code* localizadas en el siglo XIX, no se trataría ciertamente de una que «sobrepasa el original» y así permite «deducir que el texto fuente encierra un potencial de reservas esenciales de las que no es consciente ni él mismo» (p. 308), más bien deberíamos aceptar –por respeto a la cronología de los textos cuando menos– el supuesto exactamente contrario, sin perjuicio de reconocer el interés que todavía se mantiene en este modesto caso: «cuando queda por debajo del original, la traducción digna de ese nombre subraya las virtudes intrínsecas del original», nada menos.

«La traduzione è una precondizione, non un esito... siccome le lingue non sono sistemi chiusi, ogni traduzione arricchisce la lingua di partenza almeno quanto arricchisce la lingua d'arrivo», insiste Fabbri todavía (p. 73). Y tal vez el ideal de la «igualdad en el proceso hermenéutico», esa forma superior de fidelidad al texto-fuente según hemos comprobado más arriba, nunca satisfecho del todo con una contribución singular, sólo pudo predicarse del conjunto de la biblioteca hispana de traducciones –episódicas, expresas, implícitas, ocultas, legales– que hasta aquí se ha examinado.

El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Burgos

RESUMEN

Admitido que el mercado interior exige un Derecho contractual uniforme, estudiamos en este trabajo el atractivo Anteproyecto de la Academia de Pavía. Tras examinar sus orígenes, características y contenido, hacemos un rápido repaso de las reglas generales sobre los contratos y las obligaciones, con especial referencia a las relativas al cumplimiento, incumplimiento y remedios. Nuestro trabajo termina con el esquema previsto para la compraventa.

ABSTRACT

The Common Market demands a uniform Law of Contracts in the future. So, we study here the stimulating Preliminary Draft of the Academy of European Private Lawyers. After its origins, features and contents, we make a brief analysis of the main rules on contracts and binding effects, giving especial attention to performance, non-performance and remedies. We finish with the set of rules on sales.

PALABRAS CLAVE

Mercado interior europeo – Marco Común de Referencia – Código Europeo de Contratos (Pavía) – Contratos, obligaciones y compraventa.

KEYWORDS

European Common Market – Common Frame of Reference – Preliminary Draft of the European Contract Code (Pavia) – Contracts, obligations and sales.

SUMARIO: 1. El nuevo Derecho europeo de contratos. 2. La Academia de Pavía y el Anteproyecto Gandolfi. 3. Estructura y contenido del Anteproyecto. 4. Noción y elementos esenciales del contrato. 5. Formación, interpretación y efectos. 6. Ineficacia, anomalías y remedios. 7. El incumplimiento y la responsabilidad contractual. 8. La compra-venta y contratos afines. 9. El valor ejemplar del Anteproyecto.

1. EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

La meta de la unificación del Derecho privado en Europa, no sólo hunde sus raíces en la vieja tradición del *ius commune*, sino que ha sido una inquietud recurrente a lo largo del siglo XX, aunque sólo en el último decenio ha adquirido verdadera importancia práctica. En efecto, la idea resurge en pleno apogeo del nacionalismo jurídico cuando E. Lambert propuso una reforma de los estudios de Derecho civil publicada en 1900, precisamente el año en que culmina la codificación decimonónica y entra en vigor el Código civil alemán. Seguidamente, tras la Gran Guerra, la unificación se plasmó en el Proyecto franco-italiano de 1927 que, inspirado en el Código suizo, se tuvo en cuenta en la redacción del Libro IV –de las obligaciones– del Código italiano; y conforme a la Resolución del Parlamento Europeo de 1989, este Proyecto debía servir de pauta para el futuro Código europeo de obligaciones y contratos. Finalmente, ya en nuestros días, el Acta Única Europea le confiere una interesante dimensión práctica pues establece el mercado interior sin fronteras a partir de 1993; como señaló G. Gandolfi con acierto, el mercado único exige un Código también único en lo que concierne, al menos, al Derecho de contratos que está llamado a regir el comercio entre los distintos Estados integrados en el mercado común¹.

Lo que es lógico habida cuenta de que, en el ámbito de la Unión Europea, ahora ampliada a cerca de una treintena de Estados miembros, la diversidad legislativa no sólo aumenta los costes de transacción de los contratos intracomunitarios, sino que comporta dificultades graves para las pequeñas y medianas empresas en el tráfico transfronterizo, al tiempo que puede ser perjudicial para los consu-

¹ Nos referimos a su reseñable artículo «Pour un code européen des contrats», en *RTDC*, 1992, pp. 707 y ss. En particular, la hegemonía de Prusia en el Imperio alemán podría explicar el actual predominio de la conjunción anglo-germana en la futura codificación europea, según se desprende del estudio de A. J. KANNING, «The emergence of a European Private Law: Lessons from 19th Century Germany», en *Oxford JLS*, 27, 2007, pp. 193 y ss.

midores que se arriesgan a contratar bienes o servicios en el extranjero. Por eso, centrándonos en el Derecho europeo de contratos, no debe extrañarnos que en el año 2000 hayan aparecido dos proyectos encaminados a regularlo, a pesar de las indudables dificultades que existen para la unificación. Entre otras, destacan la resistencia anglosajona a la codificación, la velada oposición de las grandes empresas y los grandes despachos profesionales, la omisión del tema tanto en el Tratado Constitutivo como en la pseudo Constitución Europea o, en fin, la disciplina diversa de las obligaciones en los diferentes ordenamientos europeos. Aunque difieren en sus métodos y sus metas, a los dos proyectos se debe el mérito de haber incitado a las instituciones comunitarias, tanto a la Comisión como al Parlamento, a que intervengan en el asunto aunque partan de concepciones opuestas; de acuerdo con sus previsiones, cabe esperar que los trabajos de uno y otro estén terminados a comienzos del próximo decenio².

El primero de estos proyectos está constituido por los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cuya redacción ha estado a cargo de una Comisión presidida por O. Lando; comprende las reglas generales sobre el contrato y las obligaciones contractuales, que se han estudiado en dos importantes libros españoles, un comentario encabezado por L. Díez-Picazo y otro sobre el Derecho privado europeo coordinado por S. Cámara Lapuente³. A dichas reglas se han añadido posteriormente otras sobre la compensación, la transmisión, la prescripción y la ineficacia⁴. Este conjunto forma parte hoy de algo tan confuso como el denominado Marco Común de Referencia previsto por la Comisión en su plan de acción de 2003, al que se agregó el año siguiente la revisión del acervo comunitario en materia de consumo. Aunque no está claro cómo ha de elaborarse, a juicio de A. Cabanillas Sánchez⁵, su redacción se ha encomendado, de momento, a los especialistas integrados en la Red sobre Principios Comunes del Derecho Contractual Europeo,

² Para más datos y referencias nos remitimos a nuestros trabajos «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Unión Europea», en *RDP*, 1993, pp. 223 y ss., y «El Anteproyecto de Pavía», en *Derecho Patrimonial Europeo*, coords. G. Palao, L. Prats y M. J. Reyes, Cizur Menor, 2003, pp. 419 y ss. Últimamente, el amplio y documentado trabajo de E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006.

³ Aludimos a L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES MORENO, *Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002, y *Derecho Privado Europeo*, coord. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2003.

⁴ Vid. A. VAQUER ALOY, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia, 2005.

⁵ El Anteproyecto francés de reforma del «Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción» (Estudio preliminar y traducción), en *ADC*, 2007, p. 628.

constituida en 2005 bajo la coordinación del Study Group, dirigido por C. v. Bar, y el Acquis Group, que encabeza H. Schulte-Nölke⁶.

Fruto de esta labor es el llamado «proyecto académico» de Marco Común de Referencia (DCFR) que, junto a estas reglas generales, contiene además normas sobre la compraventa, el arrendamiento de cosas, los servicios en general –y en particular sobre los contratos de construcción, fabricación, depósito, diseño, información o consejo y tratamientos médicos y sanitarios– así como sobre el mandato, la agencia, la franquicia y la concesión mercantil, a lo que se unen las relativas a la fianza, la gestión de negocios ajenos, la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento indebido. En cada apartado se integran las disposiciones protectoras de los consumidores, sin constituir en general unidades independientes.

Aunque se trata de un texto incompleto, sus redactores pretenden que sea multifuncional; y por eso, a la vez que puede servir a la Comisión para elaborar el texto normativo del futuro Marco Común de Referencia y para revisar y armonizar las Directivas de consumo, puede valer también como modelo para el legislador comunitario y estatal, además de ser un instrumento normativo destinado a regir los derechos y obligaciones de las partes en los contratos, y no sólo las operaciones de consumo, pero siempre de carácter facultativo y, por tanto, de aplicación voluntaria por los contratantes (*Opt in*)⁷.

Este proyecto se propicia, como dijimos, por la Comisión Europea y, de acuerdo con el II Informe de situación, publicado el 25 de julio de 2007⁸, se concibe ahora como una «caja de herramientas» para el legislador europeo y la posible elaboración de un futuro Libro Blanco sobre el consumo, pero –y esto es lo llamativo– no aspira a alcanzar una armonización a gran escala, ni pretende ser un Código civil europeo. Su contenido está todavía sin determinar pues cabe agregar la contratación de servicios financieros, los retrasos en los pagos –incluida la reserva de dominio–, así como otras cuestiones generales, tales como los requisitos de forma, la validez, los vicios del consentimiento y la interpretación del contrato, aun cuando tales materias se incluyen ya en el DCFR.

⁶ El texto se titula *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, eds. C. v. Bar, E. CLIVE y H. SCHULTE-MÖLKE, Munich, 2008, con una extensa *Introduction debida a los editores*, pp. 3 y ss.; sobre los colaboradores de ambos grupos, pp. 41-49.

⁷ *Introduction*, pp. 29 y ss.

⁸ COM (2007) 447 final. A partir de este Informe, a juicio de G. ALPA y G. CONTE, parece que la Comisión, en contraste con el Parlamento Europeo, abandona la armonización del Derecho privado y se concentra exclusivamente en el *acquis* comunitario en materia de consumo (*vid. Rifessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire*, en RDC, 2008, pp. 142 y ss.).

El otro proyecto es el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, que concuerda básicamente con la propuesta que el Parlamento Europeo ha formulado a través de media docena de Resoluciones, la última consultada es de 7 de septiembre de 2006⁹. De acuerdo con esta propuesta, el mercado interior exige un Derecho privado uniforme, en especial en materia de contratos, cuyo *corpus* debería estar acabado en 2010 y ser de eficacia vinculante para las partes contratantes, si bien pueden excluirlo mediante pacto expreso (*Opt out*). Ello presupone grandes esfuerzos de armonización del Derecho civil, por lo que el Parlamento sugiere a la Comisión que reoriente sus trabajos, mantenga abiertas todas las opciones y tenga en cuenta que el Marco Común de Referencia debe formularse con una perspectiva de largo plazo.

Pese a la ambigüedad de estos términos, es claro que el Parlamento propone aquí un futuro *Código europeo contratos* que, además de las obligaciones extracontractuales, puede ampliarse también a los bienes muebles, las garantías mobiliarias e incluso al *trust*, en lo que coincide con el DCFR¹⁰. Pero es, asimismo, igualmente claro que esto no confiere al Anteproyecto de Pavía un respaldo oficial, aunque es fácil apreciar una marcada convergencia de estilo y de propósitos, como podremos comprobar a continuación.

2. LA ACADEMIA DE PAVÍA Y EL ANTEPROYECTO GANDOLFI

En efecto, recordemos que en el otoño de 1990, se reunieron en la Universidad de Pavía varios juristas procedentes de países distintos para estudiar la posibilidad de unificar el Derecho de los contratos en Europa y acordaron formar un grupo de trabajo permanente que, con el nombre de Academia de Iusprivatistas Europeos y sede en Pavía, quedó formalmente constituido en 1992. La Academia está formada por más de un centenar juristas de los diferentes países de la Unión Europea y de Suiza, muchos de ellos son de gran prestigio, como los fallecidos F. Wieacker, A. Trabucchi o A. Tunc, o como los españoles J. L. de los Mozos, G. García Cantero y A. Luna Serrano, el primero de los cuales ostentó la presidencia hasta su inesperado y lamentable fallecimiento. Reciente-

⁹ P6_TA(2006)0352, *DOUE* C 305 E/247, de 14 de diciembre de 2006, donde figuran las referencias a las Resoluciones anteriores.

¹⁰ Según la *Introduction*, cit., p. 22, los tres libros que faltan en la actualidad para completar el DCFR se dedicarán, asimismo, al régimen de los bienes muebles, de las garantías mobiliarias y del *trust*.

mente se han incorporado nuevos miembros procedentes de los países del Este, de América Latina y también de España¹¹.

Tras resolver algunos aspectos preliminares, la Academia se ocupó de complejas cuestiones metodológicas en las tres sesiones siguientes¹², y a partir de 1995 acometió directamente la tarea de elaborar el futuro texto normativo, cuya redacción definitiva ha estado a cargo de G. Gandolfi, en su condición de coordinador de los trabajos, y por eso esta propuesta suele denominarse también «Anteproyecto Gandolfi». El Libro I, relativo a la doctrina general del contrato y las obligaciones contractuales, se ha publicado en francés con el título de *Code européen des contrats*, cuya última edición es de 2004¹³. Aparte del texto articulado, la obra contiene cinco interesantes informes del coordinador sobre las diversas materias, en los que, tras exponer el *status quaestionis* en las diferentes fuentes, se resumen las propuestas y las opiniones de los Académicos, se someten a un análisis comparativo, y se dan a conocer los motivos y el origen directo de cada precepto. Entre nosotros, se han publicado dos extensas obras, un *Comentario* dedicado al Profesor De los Mozos y unas *Anotaciones*, que ha coordinado G. García Cantero, sobre su posible impacto en nuestro Derecho¹⁴. En la actualidad, la Academia trabaja en el Libro II, que versa sobre los contratos en particular y probablemente el enriquecimiento sin causa y los daños¹⁵; más adelante haremos una breve referencia al esquema previsto para el contrato de compraventa¹⁶.

En su afán de alcanzar la meta de la unificación efectiva, la Academia se ha inspirado en dos fuentes fundamentales, el *Contract Code* redactado por H. McGregor para la Law Commission en 1965 debidamente actualizado¹⁷, y el Código civil italiano, que ha servi-

¹¹ Los nuevos miembros españoles son L. H. Clavería Gosálbez, C. Rogel Vide, C. Maluquer de Motes, C. Martínez de Aguirre, J. M. de la Cuesta y el autor de estas líneas.

¹² Las actas de estas sesiones se han recogido por P. STEIN, *Convegni di studio per la redazione del progetto de un Codice europeo dei contratti* (Pavia, 1992-1994), Milán, 1996, pp. 5 y ss.

¹³ Publicado por GIUFFRÈ, Milán, 1.ª ed. 2000, 2.ª ed. corregida 2001 y nueva ed. revisada por L. GATT, 2004; hemos dado noticia de su publicación en *ADC*, 2001, pp. 753 y ss., *RCDI*, 668, 2001, pp. 2679 y ss., y en nuestra nota informativa «El nuevo Anteproyecto Gandolfi para la unificación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», en *Noticias UE*, 204, 2002, pp. 9 y ss.

¹⁴ Respectivamente, *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos* (Pavía). *Comentario en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dirs. C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero, Madrid, 2003 y *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, coord. G. García Cantero, Zaragoza, 2005.

¹⁵ Informa de los últimos trabajos G. GANDOLFI, «Il libro secondo (“Des contrats en particulier”) del “Code européen des contrats”», en *RDC*, 2005, pp. 653 y ss.

¹⁶ Disponible en www.accademiagiurprivatistieuropei.org. it

¹⁷ *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, trad. y Nota Preliminar por J. M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997.

do como «hoja de ruta» para orientar los trabajos. Se ha acudido al primero por representar una síntesis actualizada del Derecho inglés y escocés, y al segundo por contener el doble influjo del Código civil francés y del BGB. Pero se han tenido en cuenta, además, otros Códigos importantes como el suizo, el portugués o el holandés, con una atención muy especial al nuestro, sin perjuicio de las Directivas comunitarias protectoras de los consumidores¹⁸.

Dadas estas fuentes, se comprende que el estilo del Anteproyecto sea de corte clásico y que pretenda abarcar todos los aspectos de la materia, y por eso condensa en un solo precepto la disciplina de cada instituto a la par que aporta soluciones prácticas a los problemas planteados por cada uno de ellos. En este sentido, no es un *Restatement* de las doctrinas imperantes en los Derechos vigentes en Europa, como lo era de alguna manera la propuesta original de O. Lando, sino un conjunto de reglas que puedan ser aplicadas por las partes contratantes y, en su caso, por el juez o el árbitro competente. Acaso por ello su redacción no siempre alcanza la nitidez que sería de desear y en ocasiones sea un tanto prolija y reiterativa, aparte de que contiene numerosas remisiones cruzadas que no hacen fácil su lectura y comprensión.

A nuestro modo de ver, cuatro son las características más sobresalientes del Anteproyecto. Ante todo, se trata de unas reglas que pretenden regular toda clase de contratos, lo mismo nacionales que internacionales, tanto entre empresarios como los celebrados por los consumidores, bien sean contratos civiles o bien de índole mercantil. Por otro lado, se han omitido las categorías abstractas que podrían encontrar alguna oposición en el Derecho anglosajón, y de aquí que no se mencione el negocio jurídico y que la obligación aparezca sólo como un efecto típico del contrato; tampoco hay una cláusula general de buena fe, aun cuando existen numerosas aplicaciones concretas de la misma, que ni siquiera figura como criterio autónomo para interpretar el contrato, si bien el resultado de la interpretación no puede ser contrario a la buena fe (art. 39.4). Asimismo, existe un decidido propósito de conservación del contrato que se advierte, tanto en la disciplina de las diversas anomalías que pueden afectarle, como en cierto *favor debitoris*, que tiene distintas manifestaciones, tales como, entre otras, los plazos suplementarios y el fraccionamiento del pago (art. 110), la renegociación del contrato por las partes en caso de excesiva onerosidad de la prestación (arts. 97.1 y 157) y la prohibición de acumular los remedios del incumplimiento cuando provoque una situación insostenible para

¹⁸ Para más información J. L. DE LOS MOZOS, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía», en *Estudios sobre Derecho de Contratos, Integración Europea, Codificación*, Madrid, 2005, pp. 173 y ss., y G. García Cantero

el deudor (art. 171.3). Con todo, la conservación del contrato se frustra con frecuencia por las numerosas facultades de desistimiento previstas en materia de compraventa. En fin, se han reducido notablemente los supuestos de remisión a la discrecionalidad del juez, pero no por desconfianza, sino porque se ha querido evitar a toda costa la «renacionalización» del futuro Derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los tribunales en los distintos Estados miembros, con la sorprendente salvedad de que en caso de contradicción entre una norma comunitaria y una constitucional se da preferencia inexplicablemente a esta última (art. 140.3).

3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El texto articulado, que se ha publicado también en castellano¹⁹, consta de 173 artículos, algunos muy extensos, que se agrupan en once Títulos, los cuales se ordenan en forma relativamente novedosa para conseguir una estructura unitaria en la que coexisten, en acertada simbiosis, materias que pertenecen, entre nosotros, al ámbito del contrato y al ámbito de las obligaciones. Así, los cinco primeros Títulos comprenden las habituales reglas sobre la definición de contrato, régimen aplicable y capacidad de las partes, la formación del consentimiento mediante los tratos preliminares y la conclusión por medio de la oferta y la aceptación, el contenido, la forma y la interpretación. Pero el Título VI contempla, junto a las fuentes de integración del reglamento contractual, los efectos del contrato, así como los tradicionales elementos accidentales de la condición, el término y el modo o carga, además de la representación, con la novedad de los contratos con persona a designar y los contratos a favor de tercero.

Además, los dos Títulos siguientes –los Títulos VII y VIII– versan sobre el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones. Mientras el primero prevé la diligencia exigible y las normas sobre el pago, con las especialidades propias de las obligaciones pecuniarias, alternativas, solidarias e indivisibles, el segundo, en cambio, alude a los distintos supuestos de incumplimiento, la excesiva onerosidad, la mora del deudor y del acreedor, así como a las consecuencias o remedios del incumplimiento, que son la acción de

¹⁹ Existen dos versiones con muy pocas variaciones entre sí; una es de J. L. DE LOS MOZOS y A. LUNA SERRANO, que se titula «Academia de Iusprivatistas Europeos, Código europeo de contratos (Anteproyecto)», en *RGLI*, 2001, pp. 713 y ss., y la otra es una traducción dirigida por G. GARCÍA CANTERO, «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», en *RDN*, 44, 2002, pp. 299 y ss., con una interesante presentación debida al mismo autor.

incumplimiento, la ejecución forzosa en forma específica, la reparación *in natura* y la reducción del precio, la resolución por incumplimiento esencial, la restitución y la indemnización de los daños y perjuicios, cuyo régimen se desplaza en parte, con un criterio discutible, al Título final del Libro I (Sección 2. Remedios).

Asimismo, tras el Título relativo a la cesión del contrato, el crédito y la deuda, el Título X se ocupa de la extinción del contrato y consagra los modos extintivos distintos del incumplimiento, es decir, la novación, la condonación, la compensación y la confusión, junto a la prescripción y la caducidad. El Título XI, el último del Libro I, se desdobra, por un lado, en las anomalías del contrato, entre las que destaca la opinable categoría de la inexistencia, y por otro, los remedios, que comprenden la rescisión por lesión, la resolución judicial, la responsabilidad contractual, cuya disciplina abarca los requisitos, el daño reparable y las modalidades de la reparación, así como la cláusula penal, las acciones inhibitoria y conminatoria y, por último, el arbitraje.

En fin, el Libro II está todavía en fase de elaboración y se ocupa de los distintos tipos contractuales, que se regulan lo mismo para armonizar su disciplina que para evitar disparidades con las normas generales del Libro I. Así, junto a la compraventa y figuras afines, está previsto contemplar los contratos de obra y de servicios —que se distinguen por el reparto del riesgo— los arrendamientos en sus diversas especies, el transporte y la expedición, el seguro, los contratos reales, el préstamo y contratos bancarios, la fianza, incluso la omnibus, y otras garantías personales, el mandato, en especial el mandato de crédito, la mediación, la transacción y la donación; a esto hay que añadir un amplio elenco de figuras de importación anglosajona, que van desde el *engineering* hasta el contrato de *charter*, pasando por el *know how* y la *joint venture*, entre otros²⁰.

4. NOCIÓN Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Según el Anteproyecto, el contrato se define como «el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas», acuerdo que puede manifestarse también a través de actos concluyentes activos u omisivos, siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente expresada, a los usos o a la buena fe (art. 1).

²⁰ G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., pp. 660 y 666 y ss.

Estamos ante una concepción amplia del contrato, pues, no sólo es una fuente hábil para crear relaciones jurídicas entre las partes, sino que puede incidir además en las otras vicisitudes de las mismas. Observemos que la obligación, expulsada por la puerta del Anteproyecto, hace su entrada por la ventana de la relación jurídica, ya que ésta es siempre la materia sobre la que recae el contrato. Del contrato pueden surgir obligaciones para ambas partes o para una sola de ellas, con lo que se da cabida a los contratos gratuitos y, en especial, a la donación, así como otros efectos, que anuncian la eficacia vinculante de las cláusulas implícitas y de las fuentes de integración del contrato.

Conforme al Anteproyecto, las cláusulas implícitas forman parte del contrato si se imponen por las disposiciones (imperativas) del mismo, del Derecho comunitario o de los Derechos nacionales, en especial cuando reemplazan las cláusulas diferentes introducidas por las partes, o bien se derivan del deber de buena fe, de las relaciones precedentes entre las partes, de las costumbres generales y locales o del fin perseguido por los contratantes (art. 32); en tanto las fuentes de integración, que se denominan factores extracontractuales —extraconsensuales, más bien— determinan los efectos del contrato, que no se derivan solamente de los pactos, sino también de las mencionadas disposiciones, los usos, la buena fe y la equidad (art. 44). A pesar de la proximidad entre unas y otras, parece que difieren según el diseño del Anteproyecto en que las cláusulas implícitas completan o integran el contenido del contrato, mientras que los factores extracontractuales determinan los efectos del mismo, supuesto que uno y otros sean en realidad aspectos diferentes.

Con todo, el núcleo esencial de esta noción de contrato radica en el acuerdo de las partes, en cuya virtud pueden determinar libremente su contenido, dentro de los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, y que resultan marcados por el propio Anteproyecto y las disposiciones antes citadas, siempre que las partes no persigan el único fin de dañar a otro; en particular, el Anteproyecto contempla la posibilidad, además, de acordar contratos atípicos, combinar tipos regulados o establecer una conexión concordada entre diversos actos (art. 2). De una parte, la prohibición de dañar a otro se ha entendido como una suerte de función social del contrato, dado que excluye los actos emulativos y enlaza con la exigencia de que su contenido sea útil (art. 26)²¹. Y de otra parte, salta a la vista que los elementos

²¹ Opina en este sentido P. STEIN, «Norme fondamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel “Codice europeo dei contratti”», en *RDC*, 2007, pp. 229 y ss.

esenciales son solamente estos dos, el acuerdo de las partes y el contenido del contrato (art. 5.3)²², con lo que desaparecen tanto la causa como la *consideration*, en la medida en que estas dos figuras no sean exactamente coincidentes, a pesar de que se mantiene la discutida categoría de los contratos reales (art. 34.2)²³.

Hay aquí, pues, un notable anticausalismo, que concuerda con el DCFR²⁴, y se debe no sólo a las incertidumbres conceptuales de la causa, sino a que su finalidad fiscalizadora se puede alcanzar igualmente por medio de los límites impuestos a la autonomía privada que acabamos de ver, ya que su infracción provoca la nulidad del contrato (art. 140) por ser de contenido ilícito (art. 30.1)²⁵.

Pero esto no nos debe ocultar que se trata de una importante innovación para nosotros, puesto que comporta la consagración de la noción iusnaturalista del contrato, que se basa exclusivamente en el consentimiento eficaz, y el abandono de la concepción sustantiva que impera en nuestro Código civil. No sólo se han desoído las recomendaciones de un sector atento de nuestra doctrina²⁶, sino que la supresión se ha justificado, en términos generales, desde una perspectiva funcional y no estructural de los elementos esenciales del contrato, dado que hay otros filtros que permiten controlar igualmente a la autonomía privada²⁷. No obstante, los motivos elevados a la categoría de causa, o la causa subjetiva, se podrían encauzar en el Anteproyecto por la vía habitual de la condición

²² Es de notar que, para el Anteproyecto, el contenido ha de ser originariamente posible (art. 27), mientras que en el DCFR la imposibilidad originaria no invalide el contrato, es un riesgo asumido por el deudor, se rige por las reglas del incumplimiento (art. II.7:102).

²³ En particular, sobre estos últimos, G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., p. 672.

²⁴ Cfr. el art. II.4:101, a cuyo tenor el contrato se entiende concluido, sin más requisitos, siempre que exista voluntad de crear un vínculo jurídico y acuerdo suficiente. Además, la causa está implícita en el contrato, en opinión de J. L. DE LOS MOZOS, puesto que éste es una *causa traditiruis*, esto es, como de los posibles títulos hábiles para adquirir o transmitir bienes («La regulación del contrato y el problema de la causa», en *Estudios*, cit. pp. 101 y ss.).

²⁵ Mantiene una opinión semejante G. GARCÍA CANTERO, «En torno a la noción de contrato europeo», en *Anotaciones*, cit., pp. 15 y ss.; asimismo, J. A. MARTÍN PÉREZ, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coord. E. Llamas Pombo, Madrid, II, pp. 283 y ss. Además, la causa está implícita en el contrato, en opinión de J. L. DE LOS MOZOS, puesto que ésta es una *causa traditinis*, esto es, uno de los posibles títulos hábiles para adquirir o transmitir bienes («La regulación del contrato y el problema de la causa», en *Estudios*, cit. p. 101 y ss.).

²⁶ Nos referimos, en concreto, a la meditada obra de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, especialmente los epílogos, pp. 269 y ss.; asimismo, F. J. INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, p. 652.

²⁷ En este sentido J. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, Objeto y Causa/Consideration», en *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 399 y ss.; un planteamiento similar propone M. STORME, «The Binding Character of Contracts-Causa and Consideration», en *Towards a European Civil Code*, eds. A. HARTKAMP y otros, 2.ª ed. rev. y ampl., La Haya, Londres y Boston, 1998, pp. 239 y ss.

suspensiva (art. 49) o resolutoria (art. 50), cuyos efectos retroactivos dependen en ambos casos de la voluntad de los contratantes.

Acaso para mitigar en parte el alcance de esta innovación, el Anteproyecto exige que el contenido del contrato no sea ilícito ni abusivo. Es ilícito en dos casos, por ser contrario a las disposiciones imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, por un lado y por otro, por constituir un medio para eludir una regla imperativa. Y es abusivo en estos tres supuestos: Ante todo, cuando existe lesión por dependencia o inexperiencia de una de las partes, en cuyo caso el contrato es rescindible; seguidamente, cuando las condiciones generales sean restrictivas para el adherente y éste no las apruebe por escrito, condiciones generales que son eficaces, por regla general, si el adherente las conoce o las ha debido conocer usando de una diligencia ordinaria (art. 33), y finalmente cuando se trate de cláusulas desequilibradas, no negociadas e impuestas al consumidor, aun en el caso que el profesional actúe conforme a la buena fe (art. 30). Es de notar que basta el contenido desequilibrado de la cláusula para que se considere abusiva, aun cuando el profesional proceda de buena fe, y que consumidor es sólo la persona física –y no jurídica– que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales (art. 9.2).

5. FORMACIÓN, INTERPRETACIÓN Y EFECTOS

De acuerdo con el Anteproyecto, el hecho de entablar negociaciones es libre, por eso la falta de conclusión del contrato no engendra para las partes responsabilidad alguna, a no ser que exista un comportamiento contrario a la buena fe. En particular, la reticencia en los tratos preparatorios, así como la interrupción inmotivada una vez examinados los aspectos esenciales del contrato –pero no antes– obligan a reparar el interés negativo, esto es, los gastos realizados y la pérdida de ocasiones similares a la que se ha frustrado (art. 6); lo mismo ocurre cuando hay una infracción positiva o negativa del deber de información, caso en el que si el contrato se llega a concluir con infracción de dicho deber, el infractor debe, además de restituir lo recibido, indemnizar en una medida equitativa, sin perjuicio de la impugnación del contrato por la otra parte a causa de haber padecido un error en la formación del consentimiento (art. 7). Asimismo, el deber de reserva obliga a un uso restringido de las informaciones confidenciales, cuya infracción obliga a reparar el daño sufrido por la otra parte y a restituir lo percibido en la medida del enriquecimiento propio (art. 8). Por último, en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, el comerciante debe informar por escrito al consumidor de su

derecho a desistir del contrato (art. 9), en tanto en los contratos extracomunitarios las partes deben conformarse a los usos generalmente admitidos en el mismo sector, siempre que los conozcan o los deban conocer (art. 10).

Por otra parte, el Anteproyecto distingue las nociones de oferta, comunicación publicitaria, invitación a ofertar y promesa al público. La oferta debe contener todas las condiciones del contrato a estipular, o que sean al menos determinables, de modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y expresar además, aunque sea implícitamente, la voluntad del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación. La comunicación publicitaria es aquella que carece de los requisitos de la oferta o la que se dirige a personas indeterminadas, y constituye una invitación a hacer una oferta, salvo que consista en una promesa dirigida al público (art. 13), en cuyo caso vincula al que la hace desde el momento en que se comunica y se extingue en el plazo predeterminado, o en el que se deduzca de su naturaleza o finalidad, o al cabo de un año si no llega a tener lugar la situación en ella prevista (art. 23).

En fin, en los contratos celebrados entre ausentes es válida la oferta escrita y remitida por cualquier medio –incluidos los electrónicos– y el contrato se reputa concluido en el momento y en el lugar en que el oferente ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la aceptación (art. 12), conocimiento que se presume desde que la declaración escrita ha llegado a su poder (art. 21), sin perjuicio de probar la imposibilidad de conocerla sin falta suya (art. 22). Se consagra así la solución italiana que además se ha acogido, conforme a la *communis opinio*, por el nuevo artículo 1262-II CC, modificado por la Ley de comercio electrónico de 2002²⁸. En consonancia con la regla del «último disparo»²⁹, si la aceptación no coincide con la oferta, pero sólo difiere en aspectos marginales, el contrato se considera concluido con arreglo a la aceptación (art. 16.7).

Sobre la interpretación del contrato, el Anteproyecto ofrece algunas reglas que llaman también la atención. Ante todo, es determinante la intención clara y unívoca de los contratantes, siempre

²⁸ En cambio, a pesar de que la nueva redacción es confusa, creemos que hay datos suficientes para entender que el nuevo precepto ha consagrado el criterio de la expedición, acaso de forma impremeditada, como hemos puesto de relieve en «Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor L. Díez-Picazo*, Madrid, 2003, II, pp. 237 y ss.

²⁹ Para esta regla, el conocido trabajo de S. DURANY PICH, «Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto», en *ADC*, 1992, pp. 1011 y ss.; en particular, nos remitimos al nuestro «Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2005, II, pp. 4975 y ss.

que se deduzca del tenor literal y del conjunto de cláusulas, dando preferencia al lenguaje propio de las partes y a la terminología técnica; al lado de este protagonismo del texto, los elementos extrínsecos, como las declaraciones y conductas de las partes, incluso las posteriores a la estipulación del contrato, sólo sirven para superar las dudas cuando sean compatibles y estén relacionadas con dicho texto –pero no en otro caso– y la buena fe no es un criterio autónomo de interpretación sino un límite, pues, como sabemos, su resultado no puede ser contrario a la misma o al buen sentido (art. 39). Subsidiariamente, se debe preferir la interpretación que produzca algún efecto y la contraria al autor de las cláusulas predisuestas y no negociadas (art. 40), así como, en los contratos gratuitos, la menos gravosa para el deudor y, en los onerosos, la que suponga una mejor composición equitativa de los intereses contrapuestos de los contratantes (art. 41).

Aparte de la influencia decisiva del Código italiano en este punto, es claro que incide además la *Parol Evidence Rule* del Derecho anglosajón por el respeto casi sacral que se confiere a la interpretación literal y por la restricción impuesta a los elementos extrínsecos, regla un tanto arcaica que se ha superado en buena medida en los ordenamientos de procedencia³⁰.

Por lo que atañe a la eficacia del contrato, el Anteproyecto contempla tanto los efectos obligatorios como los efectos reales. Mientras los primeros consisten en las obligaciones de dar, hacer y no hacer, los deberes accesorios (art. 45) y los deberes de protección de la persona y bienes del acreedor y de sus auxiliares (art. 99), los últimos determinan que la transmisión de la propiedad de una cosa mueble, o de un derecho real sobre la misma, tanto entre las partes como frente a terceros, no se produce por el sólo consentimiento –como cabría esperar del marcado consensualismo del Anteproyecto– sino que, de acuerdo con la teoría clásica del título y el modo, a partir del momento de la entrega de la cosa, salvo voluntad contraria de las partes (art. 46.1). Lo que es un acierto, en cuanto a la selección del sistema transmisivo, pero el ámbito reconocido a la autonomía privada francamente criticable en esta materia porque afecta a los terceros y crea inseguridad jurídica³¹, a la vez que confiere una buena dosis de ambigüedad al concepto legal de compraventa (art. 174)³².

³⁰ Para más detalles, J. L. DE LOS MOZOS, «Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea», en *Estudios*, cit. pp. 225 y ss. y en nuestro estudio «La interpretación del contrato», en *Código Europeo de Contratos*, cit., pp. 247 y ss., y allí referencias.

³¹ Opina así, con razón, S. GASPARD LERA, «Los efectos del contrato», en *Anotaciones*, cit., pp. 247 y ss.

³² Nótese que el DCFR no se pronuncia al respecto (art. 10.2:101.a), si bien el contrato permite ceder créditos y contratos y asumir deudas (art. III.5:112).

De aquí que en caso que el transmitente no sea propietario o titular de la cosa mueble, la adquisición a *non domino* se produce a favor del adquirente de buena fe a partir de dicha entrega (art. 46.2). Por eso, si el pago se realiza con cosa ajena, el deudor no puede pedir la restitución sino ofreciendo la prestación debida, mientras que el acreedor puede imponer tal restitución, exigir la prestación y reclamar los daños y perjuicios (art. 78.3). En cambio, los bienes muebles registrables y los inmuebles se transmiten conforme al Derecho nacional aplicable y su eficacia frente a terceros exige la satisfacción de los respectivos requisitos de publicidad (art. 46.3)³³.

Asimismo, los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa objeto del contrato pasan al adquirente desde el momento de la entrega (art. 46.4) y si ha habido varios contratos sucesivos sobre la misma cosa, goza de preferencia el primero que obtenga de buena fe la posesión material de la misma (art. 47). Consiguientemente, el Anteproyecto es restrictivo en lo que concierne a las prohibiciones de disponer cuando declara que la prohibición de enajenar, o de hacerlo a un precio distinto del pactado, sólo tiene efectos obligacionales entre los contratantes, abstracción hecha de la buena o mala fe del tercer adquirente, y siempre que se circunscriba a un límite de tiempo razonable y exista un interés apreciable por parte de quien impone la prohibición (art. 48).

6. INEFICACIA, ANOMALÍAS Y REMEDIOS

El Anteproyecto se inclina por la categoría genérica de la ineficacia a la par que regula de forma pormenorizada las distintas anomalías que pueden afectar al contrato y consagra un amplio elenco de las mismas, con una disciplina notablemente prolija. Se trata de la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y la inoponibilidad³⁴.

Ante todo, la inexistencia se presenta por la falta de una actuación jurídicamente relevante, por la falta del destinatario de la declaración de voluntad o la incapacidad jurídica del mismo, por carecer de objeto, por la discordancia de la aceptación y la oferta debida al contenido equívoco de esta última, o por la declaración incompleta e insubsanable. En suma, se trata de una oferta irrele-

³³ Lo que estima acertado J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, «Los efectos del contrato», en *Código Europeo de Contratos*, I, cit., pp. 265 y ss.

³⁴ Tratamos el tema detalladamente en nuestro trabajo «Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos», *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, coord. J. Delgado Echeverría, Cizur Menor, 2007, pp. 13 y ss.

vante tanto porque carece de destinatario o como porque es ineficaz; en todo caso, se precisa que si existen dudas se estimará que hay nulidad y no inexistencia (art. 137).

Por su parte, la nulidad tiene lugar cuando el contrato es ilegal por ser contrario al orden público, a las buenas costumbres o a una regla imperativa que proteja el interés general o salvaguarde situaciones de interés social; cuando carece de los elementos esenciales y cuando la norma aplicable prevea expresamente la nulidad. También tiene lugar la nulidad en otros supuestos en que el contrato es también ilegal, esto es, en la hipótesis del contrato prohibido por una norma penal y en la del que no ha sido autorizado por un órgano público, cuando esta autorización sea necesaria para la celebración del mismo. En fin, parece que la nulidad se concibe como el régimen general de la ineficacia del contrato (art. 140).

Por otra parte, la anulabilidad se produce por la falta de capacidad de obrar, por los vicios del consentimiento (art. 146), que son el error (art. 151) y la violencia moral (art. 152), y por los vicios padecidos por el representante (art. 67), incluso en el supuesto de la autocontratación (art. 68). Nótese que el dolo pierde su autonomía y se concibe sólo como un hecho que provoca el error sufrido por la otra parte³⁵.

Además, la ineficacia puede provenir de la voluntad de las partes o de una disposición legal. En el primer supuesto, hay ineficacia en los casos de simulación, condición suspensiva o resolutoria, plazo inicial o final y falta de autorización pública o aprobación de un tercero convenidas por los contratantes. En el segundo supuesto, la ineficacia surge por la ilegalidad del contrato, por la celebración del mismo de buena fe pero sin pretender efectos jurídicos, o por sanción expresa de la norma aplicable, que priva de efectos al contrato, sin proclamar su nulidad (art. 153).

Por último, la inoponibilidad se presenta por la simulación y la reserva mental, por la infracción de los requisitos de forma o de publicidad que protegen a determinadas personas o a los terceros, por el fraude consciente y recíproco de ambas partes, por los actos de encubrimiento de los contratos nulos o por determinación expresa o análoga de la norma aplicable al contrato (art. 154).

Mientras la inexistencia y la inoponibilidad son insubsanables, la nulidad admite la confirmación, con la salvedad del contenido ilícito (art. 143) y la conversión en otro contrato válido (art. 145), en tanto la anulabilidad se puede eliminar por la aceptación del defecto y la confirmación (art. 149), lo mismo que la ineficacia

³⁵ Comparte esta asimilación, *de iure condendo*, L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Las Nulidades de los Contratos*, cit., p. 83.

(art. 153.5). Además, cabe la nulidad parcial, por regla general, siempre que la parte del contrato subsistente posea por sí misma consistencia y validez autónomas, el tiempo que realice de manera razonable el fin perseguido por los contratantes (art. 144).

En todos estos casos, la anomalía opera por la concurrencia de los distintos supuestos que la provoca, pero exige declaración judicial, debiendo las partes intentar un acuerdo extrajudicial durante tres o seis meses antes de acudir al juez, el cual puede decretar, además, una acción ejecutiva de tipo conminatorio o inhibitorio según los casos. Asimismo, proceden tanto la restitución de los bienes entregados como, en términos generales, la indemnización del interés negativo (art. 166.3).

7. EL INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El Anteproyecto presenta en esta materia novedades de interés y también más de algún punto discutible. Ante todo, concibe el incumplimiento en términos netamente objetivos, a cuyo tenor «una obligación contractual se considera incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o auxiliares adoptan un comportamiento diferente en relación a aquél previsto en el contrato» (art. 89). Si el deudor cree que no podrá cumplir, debe comunicarlo por escrito al acreedor, quien, si no declara en tal caso la obligación incumplida, no puede rechazar luego el cumplimiento posterior de la obligación (art. 90), o si estima que el deudor no está en condiciones de cumplir en un tiempo razonable, puede exigirle que le otorgue una garantía, cuya omisión habilita al acreedor para declarar el incumplimiento definitivo de la obligación (art. 91).

Asimismo, el deudor moroso o el que ha cumplido en parte su obligación, puede pedir la renegociación del contrato cuando el incumplimiento se debe a que, por acontecimientos tan extraordinarios como imprevisibles, la prestación ha devenido excesivamente onerosa, en tanto que la imposibilidad sobrevenida, debida a motivos no imputables al deudor, exime del cumplimiento de la obligación; no obstante, en el supuesto en que el contrato contenga una garantía explícita o implícita de que el cumplimiento es siempre exigible, el deudor debe indemnizar el daño sufrido por el acreedor al haber contado con el cumplimiento de la prestación (art. 97).

Por otra parte, el Anteproyecto contempla la hipótesis del mal llamado incumplimiento eficiente³⁶, o violación eficaz, según la cual, salvo pacto expreso en contrario, hay incumplimiento si el deudor omite efectuar la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación (art. 98). En caso de incumplimiento de los deberes de protección, se considera que la prestación debida ha quedado incumplida si el daño se ha producido durante o a causa de su ejecución, y constituye una consecuencia inmediata y directa de la misma; si no es así, el deudor incurre en responsabilidad extracontractual (art. 99). Se admite el pago anticipado o en cantidad superior a la debida, pero en este último caso el acreedor debe satisfacer una contrapartida proporcionalmente superior (art. 101), sin que pueda rechazar, por regla general, la prestación ofrecida, bajo el pretexto de que ha devenido inútil a causa de circunstancias sobrevenidas (art. 102), pues, en otro caso, el acreedor incurre en mora (art. 103) y el deudor se libera (art. 105).

En fin, sólo el incumplimiento relevante permite la resolución del contrato, el cual exige el incumplimiento total de las prestaciones principales, causando al acreedor un perjuicio que le priva sustancialmente de lo que podía esperar del contrato, si bien basta el incumplimiento parcial cuando ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener el resto de la prestación debida (art. 107). Y ello sin perjuicio de los demás remedios que se ofrecen al acreedor en todos los supuestos de incumplimiento.

En efecto, el Anteproyecto propone un amplio y bien articulado catálogo de una docena de remedios, que hemos mencionado antes, los cuales se pueden clasificar en comunes y especiales. Son comunes la *exceptio non adimpleti contractus* o suspensión del propio cumplimiento (art. 108), el plazo de gracia y los plazos parciales (art. 110), la reducción del precio (art. 113), la ejecución forzosa (art. 111), la restitución de lo entregado en especie o en dinero (arts. 115 y 160), la declaración de daño sufrido por el acreedor (art. 171), la indemnización de los daños y los perjuicios (art. 116), conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (arts. 162-168), así como las acciones inhibitoria y conminatoria (art. 172); mientras que se pueden considerar como remedios especiales la resolución (arts. 114 y 158), la renegociación del contrato por excesiva onerosidad (art. 157), la rescisión por lesión (art. 156), la pena convencional (art. 170), las cláusulas de exoneración (art. 106) y el arbitraje (art. 173), puesto que proceden

³⁶ Es de gran interés la crítica de D. FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy* (1989), ahora en *Perspectives on Contract Law*, antología de R. E. BARNETT, Boston-Nueva York-Toronto-Londres, 1995, pp. 42 y ss., aunque no difiere, en el fondo, del clásico *pactio in diem addictio*.

solamente en determinadas situaciones particulares. Sabemos que estos remedios son acumulables, a condición de que no se produzca una ventaja que sobrepase el perjuicio sufrido por el acreedor o que provoquen una situación insoportable para el deudor (art. 171.3).

De estos remedios destacan los *punitives damages*, la responsabilidad contractual y su posible modalización por las cláusulas limitativas de la misma. En cuanto a los primeros, el Anteproyecto los consagra en la ejecución en forma específica, con la finalidad de incitar a la satisfacción espontánea y oportuna de la prestación debida. Para ello se permite que el juez condene al deudor que no se somete, o se somete con retraso, al pago de una multa cuyo importe máximo es el triple del valor de la prestación y se destina en un 70% al acreedor y el 30% restante a favor del Estado. La multa puede consistir en una suma fija, que produce los intereses determinados por el juez, o bien en un montante por cada día de retraso, que se distribuye en la proporción indicada (art. 111)³⁷.

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, aparece desdoblada en una regla general de responsabilidad presunta y una regla especial de responsabilidad por culpa, según se trate de una obligación de resultado o de una obligación de medios contraída por un profesional³⁸. Determina el Anteproyecto, en efecto, que todo deudor debe comportarse conforme a lo convenido, la buena fe y la diligencia exigida en cada caso específico, según lo acordado, las circunstancias y la práctica corriente, incluso cuando la obligación se enmarca en el curso de una actividad profesional o empresarial; no obstante, cuando se trate de una obligación de hacer de naturaleza profesional se la considera cumplida si el deudor realiza todos los actos necesarios para que se obtenga el resultado previsto, a no ser que de acuerdo a lo pactado, a las circunstancias o al uso se reputa que debe alcanzar plenamente dicho resultado (art. 75).

Por eso, las obligaciones de hacer se consideran incumplidas por el retraso de la obra, por la ejecución parcial o defectuosa, o por el empleo de materiales inapropiados, pero, si se encuadran en una determinada actividad profesional o empresarial, basta el resultado insatisfactorio, salvo que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional requerida, o que ha acudido en tiempo útil a los técnicos necesarios y a los medios, instrumentos,

³⁷ Lo que es criticable, además de excesivo, en opinión de M. YZQUIERDO TOLSADA, «Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor», en *Código Europeo de Contratos*, cit., II, pp. 449-451.

³⁸ Para esta distinción en el Anteproyecto, J. M. LOBATO GÓMEZ, «El incumplimiento», en *Código Europeo de Contratos*, cit., II, pp. 382 y ss.; la consagra también el DCFR a propósito del contrato de servicios (art. IV.C.2:106).

lugares y colaboradores apropiados (art. 94). Lo que encierra, como es evidente, un privilegio a favor de los profesionales liberales de muy difícil justificación.

En consecuencia, en caso de incumplimiento, en cualquiera de sus modalidades, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deben ser considerados como consecuencia del mismo. Pero se libera si demuestra que el incumplimiento no es atribuible a su conducta sino a una causa extraña, imprevisible e irresistible (art. 162.1); en particular, si se trata de un profesional, queda además liberado si demuestra haber adoptado la diligencia requerida en la situación específica o prueba la causa extraña que acabamos de mencionar, y sólo responde por culpa grave cuando ha obrado con el consentimiento de la víctima, o de las personas próximas al mismo, su representante o su asistente legal, debidamente informados, en un terreno en el que la experiencia científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados (art. 162.3). Se trata de un nuevo privilegio que recuerda la exoneración por los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por productos defectuosos, sólo que la encontramos aquí referida a la *lex artis* exigible a ciertos profesionales, en especial, de la medicina.

Por su parte, el daño reparable, salvo dolo o culpa (grave)³⁹ del deudor, se limita al daño que, según lo acordado, las circunstancias, la buena fe y los usos, se deba considerar razonable por estar implícitamente asumido por una persona avisada al momento de la celebración del contrato, incluyendo el menoscabo causado por los auxiliares o terceros dependientes del deudor, siempre que se pruebe la existencia, entidad y cuantía del mismo (art. 162).

En particular, el daño patrimonial comprende la pérdida sufrida y la ganancia razonable dejada de obtener, así como la probabilidad de ganancia cierta y razonable, pero no los perjuicios patrimoniales reflejos que han sufrido los acreedores de la víctima, salvo que ésta fallezca o padezca lesiones graves (art. 163). Los daños morales son reparables cuando hay graves perturbaciones psíquicas de los sentimientos de afección, sufrimientos corporales o atentados contra la salud, así como el daño moral reflejo padecido por el cónyuge o los parientes más próximos del difunto (art. 164)⁴⁰. En fin, el daño futuro es reparable si existe

³⁹ En el texto del artículo 162.4 se omite, por error, que la culpa debe ser en este caso «grave», como lo pone de relieve la interpretación sistemática del precepto.

⁴⁰ Es de notar que el DCFR consagra una solución parecida (art. VI.2:202), mientras que entre nosotros el tema sigue abierto; nos remitimos a nuestros trabajos «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 845 y ss., y con mayor amplitud «Los daños de familiares y terceros por la muerte y lesiones de una persona», en *Centenario del Código Civil*,

certeza razonable de que el incumplimiento no ha agotado su eficacia causal, pero el daño eventual no da lugar a la reparación (art. 165).

Por otra parte, es función de la reparación eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, debiendo efectuarse por el cumplimiento forzoso y la restitución bajo forma específica, más la indemnización de los daños y perjuicios; sólo si esto no es posible, o es excesivamente oneroso para el deudor, la reparación específica se puede sustituir por una suma de dinero. La reparación en su conjunto debe procurar al acreedor el interés positivo, los gastos efectuados y las ventajas obtenidas por el deudor (art. 166), mientras que pierde el derecho a la misma si no ha adoptado las medidas necesarias para evitar el daño o para impedir su agravamiento (art. 167).

Además, si la cuantía de la indemnización es de prueba imposible o extremadamente difícil, se admite una evaluación equitativa, basada en pericias y presunciones; asimismo, atendido el comportamiento, el interés y la condición económica del acreedor, el juez puede reducirla equitativamente si es desproporcionada o insostenible para el deudor y el incumplimiento no ha dependido de su mala fe, o si se trata de contratos gratuitos en los que el deudor incurre en falta leve (art. 168).

Por último, el Anteproyecto es razonablemente restrictivo en lo que concierne a las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad contractual. En efecto, son nulas las que exigen anticipadamente al deudor que actúa con dolo o culpa grave, así como las que restringen las excepciones en los casos de nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato; aparte de las cláusulas abusivas, tampoco valen las que exoneran de la culpa leve al deudor si el acreedor está al servicio del mismo o se trata de un monopolio legal. Por el contrario, sólo se consideran válidas las cláusulas que fijan márgenes de tolerancia en el cumplimiento, o franquicias en la indemnización de perjuicios, siempre que sean conformes a los usos y a la buena fe, y los acuerdos que establecen presunciones simples de caso fortuito cuando normalmente lo sea (art. 106).

En fin, son abusivas las cláusulas establecidas en condiciones generales respecto de cualquier adherente, no sólo de consumido-

Madrid, 1990, II, pp. 2069 y ss.; últimamente, M. J. PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana de los derechos de crédito*, Madrid, 2005, y M. CUADRADO IGLESIAS, «Consideraciones acerca del perjuicio del crédito por parte de tercero», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coord. E. Llamas Pombo, Madrid, 2006, I, pp. 345 y ss.; en contra J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *El daño por intrusión. Derecho y economía*, Barcelona, 2007, esp. pp. 179-181.

res, que limiten la responsabilidad a favor del predisponente, o le confieran la facultad de desistir o de suspender el contrato, así como las que impongan al adherente caducidades y restricciones sobre excepciones o en sus relaciones con terceros, al par que la imposición de la prórroga automática del contrato, el arbitraje y la exclusión de los tribunales correspondientes (art. 30.3).

8. LA COMPRAVENTA Y CONTRATOS AFINES

En cuanto a la compraventa, se la define como «el contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transmitir o transmite la propiedad de un bien, o de un derecho sobre el mismo, al comprador, el cual se obliga a pagar o paga al vendedor un equivalente en dinero (precio)» (art. 174.1)⁴¹. Observemos, ante todo, que esta definición fluctúa entre la eficacia obligatoria o transmisiva de la compraventa, lo que es consecuencia del discutible compromiso alcanzado sobre los efectos reales del contrato⁴², que sabemos se producen por la entrega, salvo pacto en contrario (art. 46.1) y se reitera un tanto inútilmente tras la mencionada definición (art. 175.2).

De aquí se desprende que la obligación de entregar imponga al vendedor el deber de realizar todos los actos necesarios para transmitir al comprador la propiedad y la posesión (art. 194.1); que los derechos de tanteo y retracto sólo tengan efectos obligacionales (art. 180) y que la venta de cosa ajena sea válida, aunque confiere al comprador la facultad para desistirse del contrato y para reclamar los daños (art.183). Llama la atención, por otra parte, que el precio deba ser una suma «equivalente» al valor del bien vendido puesto que da a entender que exige cierta conmutatividad o proporcionalidad entre el valor económico de una y otro, al tiempo que se permita a las partes acordar que la transmisión se haga a favor del comprador o a favor de un tercero (art. 174.1 *i.f.*), en lo que concuerda con el DCFR⁴³.

Naturalmente que el Anteproyecto pretende regular solamente la compraventa de bienes muebles, lo mismo existentes que fabri-

⁴¹ Para el texto del Libro II utilizamos la traducción de J. L. de los Mozos, disponible en la página web de la Academia (nota 16).

⁴² Lo recalca G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., p. 661.

⁴³ Cfr. el artículo IV.A.1:202, de acuerdo con el cual el vendedor se obliga, asimismo, a transmitir el dominio al comprador o a un tercero, lo que añade una dificultad innecesaria a la definición de compraventa, dado que el propio DCFR admite la transmisión de la posición contractual del comprador (art. III.5:301) y el Anteproyecto, el contrato a favor de tercero (art. 72); para este último, S. CÁMARA LAPUENTE, «El contrato a favor de tercero», en *Anotaciones*, cit., pp. 401 y ss.

cados, producidos o modificados por el vendedor, pero no cuando el encargo es posterior a la conclusión del contrato, o cuando se proporciona el proyecto o los materiales, o se encargan determinados servicios (art. 177), ya que en estos casos se configura por lo general un contrato de obra. Mientras los muebles corporales exigen que su tráfico sea lícito de acuerdo con las normas comunitarias y estatales (art. 178), los inmateriales pueden ser los derechos, incluidos los de crédito, y otras «situaciones jurídicas y de hecho» (*sic*) o bien las creaciones intelectuales o industriales de cualquier naturaleza, cuya transmisión requiere la entrega del título habilitante para su ejercicio y de los bienes materiales que procedan (art. 181).

Además de la compraventa de bienes futuros (art. 182), se contempla la de universalidades compuestas por cosas corporales muebles, bienes inmateriales y relaciones jurídicas activas y pasivas, todos unificados por su destino funcional a un fin común; en esta hipótesis, el contrato ha de constar por escrito, el inventario no desintegra la unidad funcional y, si se trata de una explotación económica, el vendedor debe abstenerse de llevar a cabo una actividad análoga en el espacio y durante el tiempo que se pacte sin que se le pueda impedir toda actividad profesional (art. 184).

Por lo que respecta al contenido del contrato, el Anteproyecto subraya la protección del comprador en lo que concierne tanto a las obligaciones de información como a las condiciones de la entrega. En efecto, en las ventas efectuadas en establecimientos abiertos al público, la oferta y, en su caso, la publicidad debe indicar el precio, la denominación del bien, la identificación del fabricante y el procedimiento de producción, la materia prima y sus características fundamentales, el uso adecuado, la instalación y el mantenimiento del bien, junto con la obligación de permitir su examen (art. 188). Asimismo, al momento de celebración del contrato sobre bienes que se venden embalados, el vendedor debe informar sobre la identidad del fabricante, la denominación del bien, datos de fabricación y sus características esenciales, las sustancias peligrosas, instalación, uso y conservación, así como sobre las empresas de reparación, la caducidad del bien y otorgar el recibo (art. 189). En caso de incumplimiento, se confiere al comprador las facultades para exigir el desistimiento, la sustitución, la restitución, la resolución y el resarcimiento (arts. 205 y 206). Estas facultades se rigen por las reglas generales sobre los remedios que conocemos y tratan de evitar, a juicio del coordinador, que la información sea puramente ilusoria⁴⁴.

⁴⁴ G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., p. 662.

Por su parte, entre las condiciones de la entrega, destaca que el vendedor debe proporcionar un bien que sea conforme con el contrato y sus declaraciones escritas y verbales, bien que ha de tener en todo caso la calidad necesaria para el uso a que está destinado y además no tener defectos de fabricación o vicios que no sean aparentes o no resulten de las declaraciones contractuales (art. 196.2). El incumplimiento de esta obligación –lo mismo que si se entrega un bien distinto del vendido (*aliud pro alio*)– permite al comprador reclamar la sustitución, la reparación, la rebaja del precio y el resarcimiento de los daños, a la vez que le permite procurarse un bien análogo a expensas del vendedor con una autorización judicial previa (art. 207).

Es claro que estamos aquí ante una simbiosis de la garantía de conformidad y el clásico saneamiento de los vicios ocultos. Como explica G. Gandolfi, se pretende con ello superar la abstracta categoría de la falta de conformidad, dado que ésta se limita a constatar la inactuación del reglamento contractual y a conferir los consiguientes remedios ante el incumplimiento. Por el contrario, se trata hoy en día de habilitar al comprador para que adquiera una cosa que pueda usar y le sirva, atendiendo a la compleja fenomenología de los avances tecnológicos, con lo que se quiere asegurar la eficiencia del contrato de compraventa y la del propio mercado⁴⁵.

En fin, sólo podemos mencionar las figuras afines a este contrato, que el Anteproyecto concibe como tipos particulares de compraventa. Así, al lado de la compraventa con reserva de agrado, a prueba y sobre muestras (art. 210), hay un régimen supletorio para la compraventa con reserva de dominio (art. 211), el *leasing* (art. 212), la compraventa con pacto de retro (art. 213), el contrato estimatorio (art. 214), el suministro (art. 215), la compraventa con pacto de exclusiva (art. 216), la concesión de venta en exclusiva (art. 217), la compraventa con franquicia (art. 218) y la efectuada mediante subasta (arts. 209 y 210).

9. EL VALOR EJEMPLAR DEL ANTEPROYECTO

En suma, es obvio que este rápido recorrido por el Anteproyecto no es suficiente para sacar conclusiones definitivas. Sin embargo, nuestro repaso nos ha permitido comprobar que no estamos ante simples doctrinas generales sobre el contrato, ni ante el Código italiano con retoques, o ante un mosaico de solu-

⁴⁵ G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., pp. 663-664.

ciones dispares, sino que se trata de un conjunto de reglas bien sistematizadas y coherentes, que proceden de una delicada labor de comparación y de selección, y que permiten resolver las controversias que se presenten en la práctica. Por eso, aunque el Anteproyecto requiera una profunda revisión crítica, es de gran valor científico y merece ser estudiado con atención, y probablemente con provecho, puesto que representa un punto de equilibrio en el que convergen las orientaciones que prevalecen en los principales ordenamientos europeos, como lo ponen bien de relieve sus numerosas y notables concordancias con el DCFR. Junto a esta síntesis, el Anteproyecto ofrece la ventaja de su actualidad ya que es también un punto de llegada de la evolución del Derecho europeo a lo largo del siglo pasado, siendo apto, por ello, para regir los contratos en la actualidad. De aquí que, cualquiera que sea su futuro, llegue o no a adquirir fuerza de ley, puede ser un buen ejemplo para modernizar la materia a semejanza de las reformas acaecidas en Holanda y en Alemania y la que se ha iniciado en Francia⁴⁶, así como para renovar la disciplina del contrato de compraventa, siquiera en parte, como se ha propuesto atinadamente entre nosotros⁴⁷. En definitiva, se trata de un buen modelo que se debe tener en muy cuenta en la necesaria –y ya urgente– renovación del Derecho de obligaciones y contratos de nuestro Código civil.

⁴⁶ Para esta última, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El Anteproyecto francés», cit., en *especial el Estudio Preliminar*, pp. 621 y ss.

⁴⁷ Convincente al respecto resulta A. M. MORALES MORENO, «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», en *ADC*, 2003, p. 1609 y ss.; en particular, «Comisión General de Codificación, Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», en *BIMJ*, núm. 1988, pp. 108 y ss. (año 2005, p. 2076 y ss.), que, aunque se limita a sustituir el régimen de los saneamientos por el incumplimiento debido a la falta de conformidad, se extiende a otras ramificaciones sistemáticas derivadas de esta importante reforma, tales como la definición de la compraventa, la determinación del precio, la transmisión del riesgo, la imposibilidad inicial, así como las reglas sobre los gastos, transporte, entrega, frutos y diferencias de calidad y cabida.

La cesión de la herencia en el Código Civil: *¿Cambio personal del heredero?*

MANUEL ESPEJO LERDO DETEJADA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Según el parecer de García Goyena la cesión de herencia a la que se refería el Proyecto de Código Civil de 1851, sustancialmente similar a la del actual Código, comportaba un auténtico cambio personal del heredero. No ha sido ésta una explicación de los efectos de la cesión que haya hecho fortuna en la doctrina posterior. Se ha preferido, con base en una consideración muy personalista de la condición de heredero, entender intransmisible dicha cualidad. La consecuencia de ello ha venido a ser la acogida de una concepción atomista de la cesión de la herencia, que en la práctica se revela en la necesidad de tantos actos traditorios como bienes existan en la misma, y en la imposibilidad de provocar una auténtica transmisión de las deudas hereditarias (como no fuera con el consentimiento de cada uno de los acreedores). De este modo se ha llegado a una construcción teórica de la figura absolutamente disfuncional en la práctica, pues se impide al llamado desvincularse eficazmente de las operaciones sucesorias. Paradójicamente, como es bien sabido, en nuestra doctrina más reciente ha ido ganando terreno una concepción patrimonialista de la herencia, que entiende que la misma conserva cierta unidad, y que el heredero desempeña sobre ella la función de administrador y liquidador, antes de poder incorporar el residuo a su propio patrimonio. A la vista de ello, ¿no se nos ofrecerían datos más que suficientes para replantearse la doctrina sobre la cesión de la herencia? ¿No sería posible, en aquellos casos en que no existiera responsabilidad personal del heredero, una auténtica transmisión de dicha condición? Casos tan señalados como la cesión sin aceptación previa por el llamado, o la cesión cuando existe beneficio de inventario, serían susceptibles de acoger este modo de entender la cesión de la herencia. De este modo, sin menoscabo de los derechos de nadie, se lograría hacer más eficaz y práctica la institución estudiada y se atendería a la concepción que sobre ella se quiso consagrar en nuestra Codificación.

PALABRAS CLAVES

Cesión de la herencia. Compraventa de herencia. Fases del fenómeno sucesorio. La cualidad de heredero. Responsabilidad del heredero.

SUMARIO: I. Explicación del tema y la perspectiva elegidos para este trabajo: 1. ¿Cesión de la herencia o compraventa de la herencia? El valor de los condicionamientos legales sobre la figura a la hora de afrontar su construcción teórica. 2. La presencia de la figura de la cesión de la herencia, sin más caracterizaciones, en nuestro sistema y sus posibles significados. 3. La trascendencia del enfoque metodológico adoptado para el estudio de la institución de la cesión de la herencia.—II. Presupuestos dogmático-sucesorios de la teoría doctrinal comúnmente admitida sobre la cesión de la herencia y replanteamiento crítico de los mismos: 1. El significado conceptual de la herencia y del heredero en las bases dogmáticas de nuestro Código Civil. A) Concepto y función del heredero en nuestro Código Civil: la pluralidad de enfoques que cabe advertir en sus normas. a) Planteamiento y cuestiones generales. b) El concepto de heredero que cabe deducir de los preceptos de nuestro Código y su influencia en el problema de la cesión de la herencia. B) Tratamiento específico de la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia. La polémica doctrinal al respecto y nuestra opinión. 2. El supuesto carácter intransmisible de la cualidad de heredero y su repercusión en el régimen de la cesión de la herencia. A) Planteamiento de la cuestión y principales consecuencias del pretendido carácter intransmisible de la condición de heredero. B) Argumentos que, en la opinión de los autores, sustentan la tesis de la intransmisibilidad de la condición de heredero. C) Nuestra opinión sobre este particular. Fundamentos normativos en el Código Civil de la posición que sustentamos y argumentos de orden funcional a favor de la misma. D) La pretendida vigencia entre nosotros del aforismo *semel heres, semper heres*.—III. La cesión de una herencia abierta, pero todavía no aceptada.—IV. La cesión de una herencia ya aceptada. Diferencia de régimen según se conserve o no la responsabilidad *intra vires* del heredero.—V. Transmisión o cesión de una herencia que ya ha sido liquidada y partida: ¿estamos verdaderamente ante un supuesto de transmisión de la herencia?—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

I. EXPLICACIÓN DEL TEMA Y LA PERSPECTIVA ELEGIDOS PARA ESTE TRABAJO

1. ¿CESIÓN DE LA HERENCIA O COMPRAVENTA DE LA HERENCIA? EL VALOR DE LOS CONDICIONAMIENTOS LEGALES SOBRE LA FIGURA A LA HORA DE AFRONTAR SU CONSTRUCCIÓN TEÓRICA

No resulta frecuente encontrar en la doctrina española un trabajo monográfico con un título como el que tiene el presente¹. Y no

¹ Ciertamente existen algunas excepciones, pero no son muy generalizadas: cfr., entre los estudios monográficos, MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Cesiones de derecho here-

porque el tema abordado no haya sido objeto de atención entre nosotros, sino porque es mucho más corriente que los autores traten de la venta, o de la compraventa, de herencia, y que así queden titulados sus estudios, aunque no ignoren que existen también otros tipos de contrato mediante los cuales se puede ceder la herencia². Ni que decir tiene que esta realidad doctrinal es coherente con la sistemática de nuestro Código, que únicamente regula de forma extensa la venta de la herencia, por lo que dicha opción científica no necesitaría más justificación que el tratamiento legal de la figura, al que seguiría en eso de manera fiel³. No quiere ser, pues, nuestra observación una crítica radical a quienes adoptan el mismo ángulo de visión que nuestro legislador, sino una simple constatación del estado de cosas del que partimos; lo que es necesario para poner de manifiesto las consecuencias dogmáticas de este planteamiento, que serán las que deban someterse a crítica, si fueran merecedoras de ella.

Por otra parte, la razón de la opción sistemática de nuestro legislador no es fácilmente criticable desde un planteamiento jurídico realista, porque probablemente la compraventa de la herencia sea la hipótesis más frecuente en la que un heredero transmite, o pretende transmitir, a otra persona su propia posición jurídica en la sucesión,

ditario», *RDN*, enero-marzo 1967, pp. 221 ss; y entre las obras generales: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, 1.º, revisado y puesto al día por CASTÁN VÁZQUEZ Y BATISTA MONTERO-RÍOS, Madrid, 1989, p. 208, epígrafe «Cesión o enajenación de herencia»; ALBALADEJO, *Derecho civil*, Barcelona, 1979, p. 423, y en *Curso de Derecho civil*, V, Barcelona, 1991, p. 191; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 439; *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 299 y *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 197.

² En nuestra doctrina existen referencias a algunas otras formas negociales de la cesión de la herencia: cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, pp. 195 ss; y RUBIO GIMENO, «La donación de herencia: un caso particular de donación modal», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Murcia, 2004, pp. 4431 ss. Dedicó un epígrafe a la cesión a título gratuito: BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, 3.ª edición, Barcelona, 1995, pp. 1022-1023. En la Jurisprudencia puede observarse una variedad de causas de la cesión, junto con los tipos más frecuentes de compraventa de herencia. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1915 (JC, núm. 138), una dación de herencia en pago de deudas; en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de diciembre de 2004 (JUR 2004/114652) una cesión de herencia para asegurarse la subsistencia mediante un derecho de alimentos; en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006/3343), una donación. Hemos dedicado un comentario a esta última Sentencia en «Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código», *RdP*, núm. 18, 2007, pp. 453 ss.

³ La rúbrica del capítulo VII, del título IV, del libro IV, «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales» apoyaría la transmisibilidad de la condición de heredero, sea cual sea el título contractual utilizado. Pero la exclusiva referencia a la venta de herencia en los artículos siguientes, pone de manifiesto que, en un acercamiento superficial, para el Código la transmisión de la herencia se realiza a través del contrato de compraventa. Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en CAPILLA RONCERO (COORD.), *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1999, p. 576: «El Código Civil sólo regula de manera expresa, aunque imperfecta, la enajenación por venta, seguramente el supuesto más frecuente en la práctica».

dentro de las varias modalidades de cesión de los derechos sucesorios⁴. Pero no es desdeñable, desde una perspectiva también realis-

⁴ La afirmación de que la venta de la herencia es la hipótesis más frecuente de cesión de los derechos hereditarios está muy extendida: cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *loc. cit.* Igualmente CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, 1.º, cit., p. 208, la venta de la herencia es «subespecie más frecuente y prototipo» de la enajenación o cesión de la herencia; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 299 y *Elementos de Derecho civil*, V, cit. p. 197: «el Cc. se limita a disciplinar su compraventa, por ser esta modalidad la única corriente en el tráfico». En la doctrina italiana, encontramos una afirmación similar en FEDELE, *La compravendita dell' eredità*, Torino, 1957, p. 18: «La impropria sistemazione del codice trova la sua spiegazione, oltre che nell' influenza della tradizione del diritto romano, nella circostanza che delle varie figure contrattuali di alienazione di eredità, la compravendita è certamente quella più frequente ed importante nella pratica». Por otra parte, en cuanto a la importancia del fenómeno en sí de la transmisión de la herencia por parte del heredero en la doctrina extranjera es frecuente encontrar la afirmación de que la institución no es muy utilizada (así: ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, en *Trattato di Diritto Civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli*, volume quinto, fascicolo primo, Milano, 1960, p. 93: «Allo scarso interesse pratico dell' istituto, fa riscontro un rilevante interesse dogmatico»; MIRABELLI, *I singoli contratti*, en *Commentario del Codice Civile*, UTET, terza edizione, rielaborata e aggiornata, Torino, 1991, p. 201; GRECO y COTTINO, *Della vendita*, en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, seconda edizione, Bologna-Roma, 1981, p. 503; RUBINO, *La compravendita*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, XXIII, Milano, 1952, p. 114; GIACOBBE, voz «Cessione di eredità», *Enciclopedia del diritto*, VI, p. 902); en cambio, entre nosotros es necesario tener en cuenta algunas afirmaciones de juristas prácticos, ya algo antiguas, pero todavía no desmentidas: «La transcendencia práctica [de la enajenación de herencia], ... es considerable, sobre todo en regiones de fuerte corriente emigratoria (Galicia, Asturias...), en donde unas veces el heredero no mejorado cede sus derechos hereditarios al que lo está, para con su producto emigrar, y otras son los herederos residentes fuera de España los que venden sus derechos al que se ha quedado al cuidado de la hacienda y de la casa matriz. En estos supuestos, la cesión de derechos hereditarios, ciertamente muy frecuente, viene, en cierto modo, a corregir la disciplina del Código Civil respecto al pago de las legítimas que, como es sabido, ordinariamente tiene que hacerse en bienes hereditarios»: así, ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», *RDP*, 1967, p. 383; *vid.*, asimismo, MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Cesiones de derecho hereditario», *RDN*, enero-marzo 1967, p. 221: «La cesión del derecho hereditario antes de formalizar la partición es negocio jurídico que se produce de antiguo y con bastante frecuencia, sobre todo en ciertas comarcas españolas. Donde impera el minifundio es normalmente imposible que aquel mismo patrimonio del que ha vivido estrechamente la familia del causante, sea suficiente para sustentar las familias de todos sus herederos; y la fuerza de los hechos impone como única solución viable el que uno de tales herederos continúe solo la explotación agraria, buscando los otros la colocación "fuera de la casa" con ayuda del capital en metálico que aquél les proporciona. El fenómeno se va extendiendo ante la creciente atracción que la ciudad ejerce sobre el campesino: hoy en la familia rural, por numerosa que sea, pocos serán los hijos que quieran continuar viviendo del campo y en el campo; la mayoría prefiere un capital en efectivo para establecerse en los medios urbanos, y a cambio de él renuncian a su parte en el patrimonio heredado de sus padres». RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 45, diagnostica que: «A pesar de la apreciación inicial acerca de la utilidad de la realización financiera de una herencia cediéndola como un todo a cambio de un precio igualmente total, la complicación negocial a que da lugar esa recreación convencional del fenómeno sucesorio da pie a una escasa transcendencia práctica del instituto al menos en cuanto a controversia judicial se refiere». En nuestra opinión no debe deducirse la escasa transcendencia práctica de la figura del hecho de que existan pocas controversias judiciales. Así, esta última autora afirma que la cesión de cuota hereditaria es el «único supuesto con cierta transcendencia práctica», y añade en nota «los precedentes jurisprudenciales son escasos aunque existentes, a diferencia de lo que ocurre con la cesión de la herencia por el heredero único»: así en p. 91 y n. 283. Nos parece que estos datos de la jurisprudencia no necesariamente deben interpretarse así: la inexistencia de controversias

ta pero no tan ceñida a la frecuencia estadística con que una figura se presenta en la vida jurídica práctica, considerar la posibilidad de una cesión que se realice por título diferente al de la compraventa (tal como lo hace, expresamente, el art. 1.000.1.º CC).

Ahora bien, una de las cuestiones más importantes que suscita la opción sistemática de la Ley es que tras la venta de herencia subyacen no solamente los problemas contractuales y obligacionales abordados expresamente por la legislación, y explicados de forma extensa por la doctrina que la comenta, sino algún aspecto esencial de Derecho sucesorio. Pero el tratamiento exclusivo de las cuestiones contractuales resulta facilitado por una terminología que reduce la figura, en la práctica, a una simple modalidad del contrato de compraventa, y también por el propio contenido de la normativa que el Código dedica a la materia. Y suele quedar más en la sombra la realidad de que el objeto del contrato nos remite al Derecho de sucesiones; y, sobre todo, se oscurece una trascendental cuestión de pura dogmática sucesoria: si la posición jurídica de heredero es transmisible, y si lo fuera –cosa que normalmente no se admite en la doctrina pero que, paradójicamente, resulta tener bastante más fundamento en las normas de nuestro Código que la opinión contraria– en qué términos y con qué límites lo sería⁵. En la resolución de esta cuestión se advierte cierta repetición rutinaria de la idea de que la cualidad de heredero no es transmisible; idea que más que objeto de verificación suele ser punto de partida indiscutido para las diversas construcciones teóricas.

En otros ordenamientos es algo más frecuente que la doctrina utilice la expresión de cesión de la herencia o cesión de los derechos hereditarios⁶. A nuestro parecer, se hace justicia así a la posibilidad de que existan otros títulos diferentes a la compraventa mediante el que se instrumente el negocio de cesión de la herencia. A pesar de que esta perspectiva, al menos en teoría, sería de suyo más adecuada para plantearse críticamente el tema dogmático-sucesorio acabado de mencionar, lo cierto es que tampoco en estas

relativas a la enajenación de la herencia por el heredero único puede obedecer, sin duda, a dos causas; en primer lugar, a la menor frecuencia práctica de este tipo de sucesión si se compara con la hipótesis de pluralidad de herederos. En segundo lugar, a la menor conflictividad que presenta el caso en que sólo hay un interesado principal en la sucesión, lo que excluye de entrada todos los conflictos relativos al retracto de coherederos (que, de hecho, son los litigios más frecuentes en el caso de enajenación de la cuota de herencia).

⁵ CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, Caracas, 1968, p. 11: «sin duda que la enajenación de herencia constituye una figura jurídica contractual, pero su contenido, los particulares efectos que genera y los términos y conceptos que operan en su normación son propios del Derecho sucesorio».

⁶ Citaremos solamente algún ejemplo: GIACOBBE, voz «Cessione di eredità», *Enciclopedia del diritto*, VI, pp. 902 ss. El artículo 1547 del *Codice Civile*, expresamente contempla la enajenación de la herencia a título oneroso o gratuito.

otras aproximaciones doctrinales resulta frecuente que los autores se cuestionen la intransmisibilidad de la cualidad de heredero.

Está plenamente justificado, a nuestro juicio, hacerse aquí cuestión de esa materia desde una perspectiva que, aparte de contar con la autoridad de García Goyena⁷, puede aportar al problema de la cesión de la herencia algunas facetas inexploradas que contribuyan al esclarecimiento de las muchas dudas que su régimen legal ha venido provocando. Indirectamente, este planteamiento puede también contribuir a una mejor comprensión del régimen sucesorio, aunque es obvio que este ensayo no puede intentar un tratamiento completo de todos los aspectos de dicho régimen.

¿Podría ser tachado nuestro empeño de conceptualista o de excesivamente dogmático? A nuestro juicio, no. La tacha de dogmático no debería ser utilizada contra un planteamiento que precisamente se pregunta por las consecuencias prácticas de una determinada construcción doctrinal comúnmente aceptada. Y si esas consecuencias prácticas nos parecieran discutibles, las opciones deberían ser, una de dos, o cargar a pesar de todo con esa construcción (y entonces sí se puede denunciar el dogmatismo de esa postura); o intentar revisarla. Esta segunda forma de actuar nos parece la sana manifestación de la tarea intelectual propia del estudioso del Derecho: confrontar las conclusiones científicas teóricas y conceptuales con las exigencias de la práctica, con vistas a verificar su compatibilidad. Un buen concepto será aquel que describe bien la realidad jurídica, sin imponerle restricciones indebidas a su fluido funcionamiento⁸.

¿Podrá decirse de nuestro empeño que resultaría más convincente como planteamiento *de lege ferenda* que como expresión de

⁷ Como veremos luego, la propia expresión «cambio personal del heredero» que nos cuestionamos en el título de este trabajo está tomada de las *Concordancias*.

⁸ Estamos de acuerdo, con los términos en que IHERING, plantea la cuestión, y hemos intentado tener en cuenta sus advertencias: «Las formulaciones doctrinales y las abstracciones que conducen a resultados prácticos absurdos o que repugnan a la voluntad declarada de la ley, se condenan ellas mismas; su planteo debe contener algún error [...]. En las cuestiones prácticas, como en la aritmética, es el resultado el que prueba la exactitud de la operación; si el resultado está mal, la operación tiene que adolecer de algún error. El cálculo deberá revisarse: el resultado práctico tiene por función ser correctivo del pensar teórico. Con esto he tocado el punto que lleva la marca de lo que yo llamo la moderna jurisprudencia de conceptos. Toda jurisprudencia opera con conceptos. Pensar jurídicamente equivale a pensar en conceptos, y en ese sentido toda jurisprudencia es jurisprudencia de conceptos, empezando por la romana. El aditamento, en sí, es superfluo. Si yo, no obstante, lo añado, es para calificar aquella desviación de la jurisprudencia de hoy que, sin prestar atención a la finalidad última, que es la práctica, ni a las condiciones de aplicabilidad del derecho, ve en él tan solo un objeto en el que puede ejercitarse el pensamiento lógico, librado a sí mismo y que lleva en sí su propio atractivo y su propia finalidad: una palestra para las evoluciones lógicas, para la gimnasia del espíritu, en la que se llevará la palma quien revele el mayor virtuosismo»: así en *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, traducción del alemán por Banzhaf, Madrid, 1987, pp. 272-273.

la interpretación del Derecho vigente? Obviamente, es el lector quien debe juzgar a tenor de los argumentos que desarrollaremos, pero no lo pensamos así. Ciertamente puede suceder que nuestras ideas parezcan inaceptables desde el Derecho constituido, pero aprovechables para una hipotética revisión del mismo; no obstante, no se debe olvidar que en el origen inmediato de la construcción que vamos a ensayar se encuentra la autoridad de García Goyena, al interpretar el Proyecto de Código Civil de 1851⁹. Por eso, y por los argumentos que se aportan a lo largo de este ensayo, pensamos que sus conclusiones tienen valor incluso para el Derecho vigente.

2. LA PRESENCIA DE LA FIGURA DE LA CESIÓN DE LA HERENCIA, SIN MÁS CARACTERIZACIONES, EN NUESTRO SISTEMA Y SUS POSIBLES SIGNIFICADOS

Es necesario tener presente que, pese a la ausencia en nuestro Código Civil de una regulación típica de la institución general de la cesión de la herencia, o de los derechos hereditarios, no se puede decir que estemos ante un instituto desconocido en nuestro sistema, pues incluso resulta mencionado expresamente en algunos preceptos de nuestro Código, si bien ciertamente no merece más que escuetas referencias. Institución, pues, la de la cesión de la herencia, que se presenta en nuestro Código como nominada, pero, sin embargo, prácticamente atípica en cuanto se refiere a su régimen jurídico¹⁰.

Basta recordar aquí, a los efectos de demostrar que el Código Civil no desconoce la figura general de la cesión de los derechos hereditarios, la aparición de la institución en la sede de la teoría general del contrato, y, en concreto, en el artículo 1280 CC, que prescribe que «deberá constar en documento público la cesión de los derechos hereditarios», dejando sentado que la compraventa no tiene porqué ser el único negocio en que se materialice el propósito de ceder los derechos hereditarios, sino que esa cesión es un género amplio que conocerá en la práctica muchas y diversas formas contractuales. Asimismo, se muestra esta perspectiva en materia de aceptación de herencia, lugar en el que se dispone que se entiende aceptada la herencia «cuando el heredero vende, dona o cede su

⁹ Decimos origen inmediato porque, como se podrá advertir a lo largo de este ensayo, hay otros muchos apoyos para la tesis que vamos a defender.

¹⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La venta de herencia en el Código Civil», en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 2003, p. 292: «Aunque el Código Civil alude en distintos lugares a diversos tipos de negocios (venta, donación, cesión, etc.) por los que puede realizarse la enajenación de la herencia, sólo se ocupa con cierta atención del supuesto de venta de herencia».

derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a algunos de ellos» (art. 1.000.1.º CC), cuyo sentido e interpretación deberá ser dilucidado con detalle más adelante, pero que, igualmente, nos está hablando expresamente de un alcance general de la posibilidad de cesión, y no sólo de la que se realiza a título de compraventa¹¹. La cesión sería, pues, un efecto jurídico genérico, que resulta lícito lograr mediante variados tipos de actos.

¿Y qué alcance y significado deberá tener esa cesión en nuestro sistema? Muy frecuentemente se responde que, en rigor, la posición jurídica de heredero es intransmisible¹², con lo que la cesión de herencia sólo podrá significar en Derecho la transmisión por título singular de las cosas que la herencia hubiera comprendido. Dice, por ejemplo Vallet, «del mismo modo que quien nace y reúne las condiciones exigidas para ser persona no puede dejar nunca de haber sido persona; así quien *uno ictu* ha sucedido *in locum* o *in ius* tampoco puede dejar nunca de haber sido heredero ... no puede perderse la cualidad de heredero ... imprime carácter perpetuo a sus sujetos»¹³. Esta idea más que objeto de verificación suele ser punto de partida indiscutido para las diversas construcciones teóricas sobre la enajenación de la herencia. Sin duda el fundamento de esta tesis se quiere anclar sólidamente en una tradición histórica venerable que arranca de los orígenes romanos de la figura del heredero, como personaje central, junto con el causante, del fenómeno sucesorio. Y, desde luego, parecería concordar con una construcción hiperpersonalista de la figura, tal como la podemos encontrar en Bonfante: la herencia romana no sería para él una adquisición patrimonial directa y pura, sino una adquisición mediata en la cual uno resulta investido del patrimonio y responsable de las cargas inherentes a él, como consecuencia de la asunción de un título, el *nomen heredis*, que significaba en los orígenes remotos una potestad familiar¹⁴. Ahora bien, con independencia, incluso, de la contestación y descredito entre la romanística de la explicación bonfantiana¹⁵, es decir, aun aceptando esa explicación a efectos

¹¹ Porque la norma se refiere primeramente a un intento de transmitir el *ius delationis* (ya que parte de que aún no se ha producido la aceptación), cosa que el legislador no permite, pues incluso si existiera ese intento empírico de las partes, la Ley le atribuye de forma inmediata el significado de aceptación de la herencia, con lo que lo realmente transmitido será la herencia en sí misma considerada.

¹² Tan generalizada se muestra esta explicación que, de forma bastante singular, en Navarra se abre la regulación de la venta de herencia con esa afirmación: «La cesión de la herencia no confiere al cesionario la cualidad de heredero» (así la Ley 325 del Fuero Nuevo).

¹³ *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 129. Pero el problema, más que si se puede dejar de «haber sido» heredero, es si se puede dejar de «serlo», lo cual es diferente.

¹⁴ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, Milano, 1974, p. 101.

¹⁵ Entre nuestra romanística, pueden verse referencias a esta cuestión en MIQUEL, *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1987, pp. 140 ss.

argumentativos, ¿seguiría siendo el heredero hoy, entre nosotros, el mismo que tenía ante los ojos este autor? Parece que la respuesta negativa no sería irracional. ¿No habrá, por tanto, que cuestionarse la afirmación tan repetida de que la condición de heredero es intransmisible? Entonces podría cambiar bastante nuestra forma de mirar la figura de la cesión de la herencia, primordialmente desde el punto de vista de la práctica, como tendremos ocasión de apreciar a lo largo del trabajo.

Cabe preguntarse si el mero hecho de poner en duda la afirmación de la intransmisibilidad de la cualidad de heredero no nos estaría conduciendo a desviaciones peligrosas o casi heréticas, sobre todo si atendemos al dato de la sustancial unanimidad con que se la admite. A tanto no se debe llegar. Es cierto que la duda que acabamos de plantear es algo provocadora. Pero no se debe exagerar, puesto que ya García Goyena, en tres pasajes diferentes de las *Concordancias*¹⁶, sostuvo la opinión que ahora nos replanteamos. Nos parece que esta tesis merece más que decir, que este autor se ha «confundido» y que «olvida la premisa básica» de la figura¹⁷; la orientación metodológica de este ensayo toma en cuenta la explicación de García Goyena como punto de partida, si bien no en forma de aceptación acrítica, sino para analizar si nuestro ordenamiento presenta las condiciones necesarias para que esa tesis sea correcta.

Éstas son las palabras de D. Florencio y el contexto en que se escribieron.

En primer lugar, derechamente, en el comentario al precedente del actual artículo 1531 CC, es decir, en la primera de las normas que se dedica a la compraventa de la herencia. Literalmente dice: «aquí no se venden las cosas particulares contenidas en la herencia, sino una cosa incorporal, el derecho o título universal de heredero»¹⁸. Habrá ocasión de volver sobre esta concepción, que claramente influye en la propia rúbrica del capítulo donde se asienta el régimen de la venta de la herencia en el actual Código Civil.

En segundo lugar, de una forma muy expresiva, en lo que hoy sería el párrafo primero del artículo 1000 CC, aquel que tiene por aceptada la herencia cuando el llamado la dona, vende o cede por otro título. Afirman las *Concordancias*: «no descubro grande utilidad ni aun uso en nuestro artículo... porque ni los legatarios ni los acreedores hereditarios pueden hoy sufrir perjuicio en el cambio

¹⁶ Lo que excluye que se tratara de un defecto de expresión o una mala inteligencia por nuestra parte.

¹⁷ Así RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, Madrid-Barcelona, 2003, p. 13, nota 2.

¹⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 771, art. 1462.

personal del heredero»¹⁹. Apunta nuestro ilustre comentarista a que la norma no tendría sentido en la actualidad, pues una cesión del derecho hereditario no comportaría daño para los acreedores y legatarios. Si esto se puede decir es porque para la cesión de la herencia se abandonaría el criterio aplicable a la enajenación por el heredero de bienes concretos de la herencia, recogido hoy por el artículo 1024 CC, según el cual se opera la subrogación real de la contraprestación en el lugar que ocupaban en la herencia los bienes enajenados. No sería ésa, pues, la solución imperante para la cesión de la herencia, sino que en esta operaría un cambio personal del heredero, conservándose para los acreedores la garantía que representan los propios bienes hereditarios.

Finalmente, por si no estuviera ya claro el propio tenor literal del actual artículo 1067 CC, aquel que establece el retracto de coherederos, Goyena añade en su comentario a su correspondiente precedente en el Proyecto esta locución: «derecho hereditario tanteado»²⁰.

¿No se advierte una clara conciencia en García Goyena de la persistencia o continuidad patrimonial de la herencia que es tan intensa que hasta permite una ulterior *sustitución* o *cambio* de la persona del heredero sin perjuicio del mantenimiento de la base de responsabilidad a favor de acreedores y legatarios? Y decimos que es intensa esa continuidad patrimonial porque el cambio personal de heredero no perjudica a los acreedores y legatarios. Estaríamos bastante lejos de la idea, presuntamente romana, de la intransmisibilidad de la condición de heredero, como fruto de su carácter personal²¹. Nos parece que la explicación de Goyena no puede rechazarse liminarmente, como si constituyera un disparate. Basta pararse un momento en el hecho de que ya Ulpiano se refirió al comprador de la herencia como viceheredero, es decir, el que hace las veces u ocupa su lugar²²; sería ésta una idea no muy lejana a la posibilidad de una transmisión de la

¹⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 422, art. 830.

²⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 454, art. 916.

²¹ Idea que tampoco puede garantizarse que fuera verdaderamente aceptada por cualquier jurista romano. Así, por ejemplo, ULPIANO, al enfrentarse al problema de la extinción por confusión de las deudas contra la herencia, de las que fuera titular el heredero, estimó que «si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere; et idcirco teneri venditori hereditatis, sive cum moritur testator, debuit, quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate, sive quid in diem debeatur, sive sub conditione, et postea conditio extitisset; ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur». (D. 18.4.2.18). La locución viceheredero, no pasó inadvertida a toda la doctrina posterior del Derecho común, y evidentemente no podemos pasarla nosotros tampoco en alto.

²² Cfr. el texto citado en nota inmediatamente anterior.

cualidad de heredero tras la adición. Asimismo, en Derecho romano también fue posible la *in iure cessio hereditatis*, mecanismo mediante el cual el llamado *ab intestato*, por tanto antes de la adición, cede su derecho, quedando constituido el cesionario en auténtico heredero²³. Por otra parte, en el mismo Derecho romano fue posible la *usucapio pro herede*, mediante la cual el que poseyera durante un año algún bien de la herencia, sin necesidad de otros requisitos adicionales, quedaba convertido en heredero²⁴. El recuerdo de esos precedentes puede valer para advertir que la tesis de García Goyena puede tener más fundamento que el que habitualmente se le otorga, pues la condición de heredero no parece ser, por esencia, una función tan familiar, personalísima e intransmisible como a veces se nos intenta hacer ver; y, asimismo, esos antecedentes recomiendan el estudio de la materia distinguiendo la fase sucesoria en que nos encontremos.

Es más, nos parece claro que la explicación de García Goyena se mueve también muy cerca de una idea patrimonialista del heredero que, explicada modernamente entre nosotros por Lacruz y Peña, en un contexto diferente (el de la responsabilidad por las deudas hereditarias), ha ido ganando adeptos posteriormente, aunque no sea aceptada unánimemente. Curiosamente, los autores que siguen esta orientación moderadamente patrimonialista de la herencia, y que podían haber conectado fácilmente con el planteamiento de García Goyena, ni siquiera invocan sus afirmaciones (que tanto podían apoyar sus

²³ Vid. GAYO, *Instituta*, 2, 34-35: «Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. Nam si is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedit, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem uocatus esset...»; en el mismo sentido en 3, 85. No interesa ahora poner de manifiesto los límites y excepciones de esta figura, sino que la posibilidad misma de que estamos tratando no resultaba desconocida en el Derecho romano.

²⁴ GAYO, 2, 52-58: «... olim rerum hereditarium possessione uelut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno ... postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse ... Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa obseruatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequeretur». Sobre la explicación de la figura, y también sobre su origen y evolución, puede verse IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, traducción del alemán por Banzhaf, Madrid, 1987, pp. 125 ss; bajo el expresivo título de «la ratonera del antiguo derecho sucesorio»; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, Milano, 1974, pp. 276-277: no puede extrañar que la figura parezca a este autor «l'istituto più misterioso» o que represente «un lato assai oscuro» de la teoría de la usucapión. Probablemente la figura sea todo eso, pero esos perfiles difíciles se acrecientan en la visión teórica de este autor sobre la sucesión; FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965; GNOLI, «Sulla sottrazione di "Res hereditariae" nelle istituzioni di Gaio», *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, 1982, pp. 205 ss; TUMULESCU, «Gaius 2, 55 e L'usucapio pro herede», *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino, 1971, pp. 417 ss; MURGA GENER, *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Zaragoza, 1983, pp. 256-257, ha ensayado una original y sugestiva explicación de la institución. No obstante, aquí no nos interesa el estudio detallado de la figura, sino simplemente destacar su existencia en lo que tiene de contrapunto de la seguridad doctrinal actual en cuanto a la intransmisibilidad de la condición personal de heredero.

propias ideas), ni por supuesto admiten esas conclusiones sobre la cesión de la herencia. Quizá, como la doctrina patrimonialista se sabe tan original (en una dogmática proclive a aceptar los planteamientos romanistas), evita detallar las repercusiones de sus nuevas directrices (así lo afirma explícitamente Peña²⁵). Pero, aunque no se replantee directamente la dogmática de la cesión de la herencia por esos autores, sí que sitúan el toro en suerte para que podamos ahora hacerlo.

En cualquier caso nos parece claro que ambos aspectos: la dogmática general sobre el fenómeno sucesorio y la herencia y la posible cesión de ésta (y su concreto alcance) son materias muy relacionadas entre sí. La primera cuestión se refiere a los fundamentos del sistema sucesorio, a sus directrices cardinales, mientras que la segunda no es más que un aspecto colateral y derivado pero estrechamente vinculado a aquellos principios. Entendemos que una dificultad básica para que muchos autores admitan una auténtica cesión de la herencia ya aceptada es la relativa a la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias. En suma, si consideramos cierto el viejo aforismo de que «postquam adita est hereditas, nomen, fictioque hereditatis cessat, et proprium heredis efficitur patrimonium»²⁶, la viabilidad de la explicación de García Goyena sería nula; sin embargo, si recordamos también que, en esa misma tradición del Derecho común, se considera que la herencia con beneficio de inventario no se entiende propiamente adida²⁷, se nos abre un amplio portillo para la admisibilidad teórica de la posible cesión de la herencia en sentido pleno, en los casos en que la condición de heredero no implique responsabilidad por las deudas fuera de los bienes de la herencia.

Desde este punto de vista, el de las deudas hereditarias, la doctrina de este último autor no es tampoco absolutamente excéntrica. De hecho la doctrina clásica española sobre la venta de la herencia ofrece no pocos ejemplos de opiniones contrarias a la tesis más común de que los acreedores hereditarios no podían reclamar el pago de sus deudas directamente al comprador, y que sólo excepcionalmente cabría una reclamación subsidiaria, es decir, después de haber hecho demandado infructuosamente al heredero. Hubo,

²⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, reimpresión con epílogo, Granada, 2006, p. 1.

²⁶ Principio que le resulta clave a OLEA, A., *Tractatus de cessione iurium et actionum*, Lugduni, 1699, p. 232, núm. 17, para rechazar que el derecho de acrecer beneficie al comprador de la herencia. Otra formulación de ese mismo principio puede verse en ESPINO DE CÁCERES, *Speculo testamentorum*, Venetiis, 1598, p. 337, núm. 12 y p. 433, núm. 6. Anteriormente en BARTOLO, *In primam Infortiati partem*, Lugduni, 1581, Título *De acquirenda haereditate*, p. 142: «postquam quis adivit, desiit haereditas esse, et confunditur cum patrimonio heredis».

²⁷ ESPINO DE CÁCERES, *Speculo testamentorum*, cit., p. 438, núm. 43: «qui confecit inventarium, ex hoc non videtur adire hereditatem».

pues, quienes sostuvieron que en todo caso cabía la reclamación directa al comprador y que dieron testimonio de que vieron practicar esta doctrina; e incluso estimaron que no había de permitirse que los acreedores hereditarios demandaran al vendedor²⁸.

3. LA TRASCENDENCIA DEL ENFOQUE METODOLÓGICO ADOPTADO PARA EL ESTUDIO DE LA INSTITUCIÓN DE LA CESIÓN DE LA HERENCIA

La ventaja de afrontar el estudio de la institución de la cesión de la herencia con la perspectiva que proponemos es que nos permite separarnos de un modo de trabajar demasiado ceñido al texto de las normas relativas a los contratos, como resultaría obligado si nos ocupáramos de la compraventa de la herencia, y en cambio nos da pie para afrontar el estudio de la institución desde la consideración de las distintas fases del fenómeno sucesorio y desde los propios principios generales que rigen la sucesión. Se podrá atender así a la caracterización de la condición de heredero como posible o imposible objeto de transmisión *inter vivos* y no dependeremos tanto de los problemas específicos que la compraventa plantea, que se mueven, como es lógico, más en el plano obligacional que en el propiamente sucesorio.

De hecho, en nuestra opinión, buena parte de los estudios doctrinales relativos a esta materia terminan centrándose en la obligación de saneamiento del vendedor (cfr. art. 1531 CC) y en las obligaciones que derivan del contrato de compraventa de herencia (cfr. arts. 1533 y 1534 CC), que son las únicas perspectivas que aportan los preceptos que se ocupan de la compraventa de la

²⁸ AZEVEDO, A., *Comentarii iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Tomo III (Libro V, Título XVI de la Nueva Recopilación), Lugduni, 1737, pp. 426-427, núm. 39; HERMOSILLA, G., J. Y S., *Notae, additiones, et Resolutiones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii, II*, Coloniae Allobrogum, 1726, título V, Ley 13, Glosa V, núm. 10, p. 478. La base de esta opinión fue la Ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá (Recogida en la *Novísima Recopilación*, 10, l. 1). No obstante, justamente con el fundamento aquí discutido, fue de la opinión contraria GUTIÉRREZ, J., *Operum, VIII*, Lugduni, 1730, IV Repetitio, núm. 64, p. 117: «Cum heres etiam post venditionem remaneat heres, poterit conveniri a creditoribus hereditariis». Otra cosa, evidentemente es que si el comprador de la herencia asumió el pago de esas deudas, el vendedor *solvens* pueda recuperar lo que satisfizo: así expresamente, en la doctrina del Derecho común, DE LUCA, *Cessionis iurium, et actionum*, Neapolis, 1687, p. 149: «quando igitur aliquis emit rem, vel haereditatem cum onere satisfaciendi creditoribus haereditariis, tunc debitor constituendo procuratorem non potest nocere creditoribus, quin possint adversus eum agere, ipse tamen quod praestitit, poterit ab emptore recuperare». Ahora bien, fue también tesis generalmente admitida en el Derecho común la de que los acreedores podían demandar al comprador de la herencia en el caso de que el heredero fuera insolvente: cfr., por ejemplo, CINO DE PISTOIA, *In Codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est, Digesti veteris Doctissime commentaria*, Torino, 1964 (edición facsímil de la de Francoforti ad Moenum, 1628), p. 260 A (C. 4, 29).

herencia. En nuestra opinión se pueden considerar como poco deseables los resultados de estos estudios (repetimos, desde la perspectiva aquí adoptada) no sólo porque los mismos autores no tienen más remedio que reconocer que las normas legales relativas a la materia son muy escuetas en su contenido²⁹, sino también porque las mismas provocan un efecto de distracción de la atención hacia problemas interesantes desde la perspectiva de la compraventa, pero que no afectan a la sustancia de la cuestión anteriormente planteada que es, desde el punto de vista sucesorio, la más importante de todas. Por otra parte, si se combina ese tratamiento doctrinal ceñido al dato legal, con la relativa insuficiencia de las normas, bien se puede comprender que el resultado de los estudios existentes sobre la materia no siempre sea plenamente satisfactorio ni siquiera desde la perspectiva obligacional, pero, desde luego, nunca desde el punto de vista que en este trabajo nos interesa.

Resulta así mucho más justificado, a nuestro juicio, intentar el acercamiento a esta materia desde una perspectiva más amplia: quizá se perderá rigor en el detalle del régimen propio del contrato de compraventa que resulta aplicable al caso de la compraventa de la herencia; pero pueden abrirse horizontes nuevos e inexplorados, que permitirán, a su vez, un ulterior afinamiento en el tratamiento de esos o de otros detalles particulares del régimen contractual de la cesión de la herencia, desde otros presupuestos diferentes a los que hoy resultan habituales en la doctrina. En suma, al iluminar el problema desde el ángulo visual de la regulación sucesoria, quedan también indirectamente iluminados algunas de las facetas que no son las puramente sucesorias.

Ciertamente el inconveniente con el que se encuentran las exposiciones más habituales sobre esta materia, y que hemos acabado de señalar, se mitiga en buena parte gracias al hecho de que en esta institución es relativamente fácil y asequible comparar la regulación actual con el elenco de problemas que planteaba la misma en el *Corpus Iuris*, con el que se llega a completar el escaso tratamiento institucional de la figura por parte de los Códigos modernos (entre ellos el nuestro)³⁰. Pero, con este modo de proceder, se corre el riesgo cierto de seguir siendo tributarios de unos planteamientos

²⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, 1.º, cit., p. 209: «Las legislaciones, por lo general, regulan muy insuficientemente la enajenación de todo o parte de la herencia, y ello es causa de las dudas y discusiones que han surgido en la doctrina al tratar de perfilar su construcción jurídica y sus efectos». En el mismo sentido, CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., p. 11.

³⁰ Para el tratamiento doctrinal sistemático de las fuentes romanas sobre nuestra figura: *vid.* TORRENT, *Venditio Hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca, 1966, pp. 153 ss.

teóricos que pueden corresponder a un sistema jurídico como el romano, diferente al actual sistema sucesorio español que ha quedado configurado a través de la influencia de normas de muy variada procedencia³¹.

Por poner algún ejemplo al que ya se ha hecho alusión: a pesar del aboleo tardo-romano del beneficio de inventario, como mecanismo para suavizar los efectos de la aceptación de la herencia en cuanto a la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias, está bastante claro que los problemas sobre la venta de herencia y sus soluciones recogidos en el Digesto parten de una situación normativa, la del Derecho romano clásico, en la que el beneficio de inventario como solución general no resultaba conocido, por lo que es obvio que dichos textos, más o menos interpolados, no se han replanteado el problema de la compraventa de la herencia desde una perspectiva en la que ya entonces el compilador justinianeo podría haberse situado. Pero es que la institución del beneficio de inventario inaugura un modo de entender la sucesión por completo diferente al romano clásico: desde un concepto personal de la sucesión se está en camino de llegar a un concepto más patrimonial de la misma (concepto residual de la herencia), que es el que se puede entender vigente entre nosotros. Si ya el legislador justinianeo debía haber repensado las soluciones clásicas sobre la venta de la herencia en virtud del innovador criterio ¿Cuánto más hoy sería necesario repensar las soluciones clásicas sobre la compraventa de la herencia desde esa nueva perspectiva del concepto residual de la herencia!³². Es

³¹ Se puede aceptar la afirmación de ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, p. 9, según quien «Si bien en el Derecho Privado, y por lo tanto en cada una de sus partes, es perceptible un sentido conservador o tradicionalista mucho más acusado que en el Derecho Público, es el Derecho sucesorio una de las ramas del Privado en la que resulta más patente la inercia histórica. Es también el Derecho sucesorio *mortis causa* la rama que, por la supervivencia de sus complejos ingredientes históricos, encierra las más alambicadas construcciones técnicas. El dato histórico en la sucesión por causa de muerte no es una pura curiosidad retrospectiva, sino la única clave que en muchos casos puede explicar reglas hoy vigentes». Pero esto no puede suponer una coartada para la pereza intelectual, pues las diferentes concepciones teóricas deben acompañarse a la evolución legal de las instituciones.

³² Puede llamar la atención que tampoco haya llevado a cabo esta tarea PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, reimpresión con epílogo, Granada, 2006, que tan atinada y novedosamente estudia los problemas relativos a la generalización paulatina a través de la historia de nuestro Derecho de la concepción de la herencia como productora de una responsabilidad del heredero normal y naturalmente sólo *intra vires*. De hecho, al referirse a la compraventa de la herencia, se mantiene el autor en una perspectiva clásica, cuando era lícito preguntarse si las conclusiones generales de su estudio no imponían una revisión de la posibilidad de transmitir la condición de heredero. A esta necesidad de revisar otras cuestiones sucesorias apuntaba la «indicación preliminar»: «se aborda en este estudio un tema que afecta a los fundamentos del sistema sucesorio... se dan como directrices cardinales del sistema español otras distintas de las tenidas como tales por la doctrina común. La prudencia aconseja, por eso, esperar y no hacer ahora cometido nuestro, la consideración de todas las repercusiones de aquellas directrices. Por eso, precisadas las ideas que nosotros estimamos básicas, nos contentaremos muchas veces con indicar las nuevas cuestio-

evidente que estamos ante una tarea pendiente, porque concebida la herencia como un patrimonio en liquidación, resulta mucho más razonable plantearse si la función normalmente atribuida al heredero dentro del mecanismo liquidatorio es lícito que pueda ser realizada por un tercero (cfr., por ejemplo, los arts. 1026 y 1032 CC, que apuntan a la solución positiva de esta duda). Seguir alegando, al menos en el caso en que funcione una forma limitada de responsabilidad del heredero, que el interés de los acreedores de la herencia impide la transmisión de la misma por el heredero nos parece que supone tener en poco el significado institucional del beneficio de inventario, y la propia función en él de la figura del heredero, que viene a ser parecida a la de un administrador y liquidador que actúa no exclusivamente en interés propio, si quiere seguir conservando los beneficios que le proporciona dicho inventario³³.

Si la condición de heredero debe entenderse como un título (adquisición de bienes y deudas) debería seguirse aceptando la tesis romanista, mientras que si esa condición se entendiera complementariamente como una función que se debe cumplir sobre la herencia, entendida esta última como un patrimonio sujeto a liqui-

nes que plantean los puntos de vista de que se parte, y las nuevas perspectivas para resolver las que tradicionalmente estaban ya planteadas» (*op. cit.*, p. 1; reitera esta idea en el epílogo, cfr., p. 279). En realidad, pensamos, que el autor no quiso ir más lejos en su trabajo de lo que constituía el empeño principal del mismo, pero, si se aceptan sus conclusiones sobre la interpretación del sistema legal, es lícito preguntarse por todas las consecuencias que puedan implicar en relación con las materias conexas. La posible virtualidad en nuestra materia del pensamiento de PEÑA tampoco se llega a concretar al responder al argumento de que la organicidad del patrimonio hereditario y la inherencia en el mismo de las deudas resultaría desmentido ante la constatación de que en la cesión de herencia no se admite que junto con los bienes pasen también las deudas. «Lo que evidencia esta constatación [responde PEÑA] es que los herederos son impotentes para transmitir *inter vivos* el patrimonio de que son titulares, en cuanto unidad abstracta de bienes constitutiva de un especial ámbito de responsabilidad. Tras la venta de herencia, los herederos son igualmente deudores y puede sostenerse que el precio que reciben pasa a integrar el patrimonio hereditario. Haya venta o donación de herencia, el acto está sujeto, en su caso, a las acciones revocatorias en función del patrimonio hereditario, el cual persiste como patrimonio separado. En el supuesto de beneficio de inventario aparece clara la inherencia de deudas y bienes, y esto no obsta para que tampoco los herederos puedan transmitir *inter vivos* el patrimonio de que son titulares»: así, *op. cit.*, p. 117, nota 17.

³³ ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los doctores D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Caravantes, Madrid, 1874, voz «Beneficio de inventario», p. 65: «Los bienes inventariados suelen quedar en poder del mismo heredero inventariante, quien tiene el carácter de depositario y administrador con respecto a los acreedores, legatarios y demás interesados en la herencia, mientras quiera conservar el beneficio de inventario». Para una reflexión actual en el mismo sentido: LÓPEZ JACOISTE, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, artículo 1026, pp. 2416-2417: «La masa hereditaria viene adscrita a la finalidad fundamental de asegurar el derecho de los acreedores y legatarios ... No es que por este medio la propiedad de los bienes hereditarios le resulte gravada al heredero; su dominio subsiste invariado, pero se le imprime una función [...] Acaso acontezca que desempeñe la administración el propio heredero, pero entonces la dimensión funcional y de cometido al servicio de la indicada utilidad ajena ha de prevalecer sobre su particular conveniencia».

dación, la alternativa propuesta por García Goyena quizá sería más aceptable. ¿Y cuál es la opción tomada por el legislador español? No cabe duda de que la cuestión es discutible, y ha sido ampliamente discutida. Si, por una parte, las normas más generales de nuestro Código parecen caracterizar la figura del heredero más como un título que como una función; también es cierto que el desarrollo posterior de la institución, sobre todo dentro de las normas dedicadas a la regulación de la llamada aceptación a beneficio de inventario, sin negar esta perspectiva, nos conduce más bien a la idea de una función que debe desempeñar el heredero (la función de administrar y liquidar la herencia en beneficio de acreedores y legatarios), antes de poder acceder personalmente al eventual residuo, incorporándolo plenamente a su propio patrimonio.

A nuestro juicio la tesis patrimonialista es una explicación que describe bien nuestro sistema (mejor que la meramente personalista). En sede general, es decir al analizar la figura del heredero, Lacruz dejó escritas unas palabras que exponen muy bien el sentido de nuestro sistema, aunque en algún aspecto deban quizá ser explicadas o matizadas: «la figura del heredero ha sido establecida y regulada por la ley, acaso no tanto en contemplación al causante cuanto a los acreedores, de una parte, y al orden público, a la economía nacional, a la necesidad de un ordenado reparto y una continuidad en la administración y explotación de los bienes del causante, de otra. El heredero es un *administrador* y un *liquidador* [...] se trata, en suma, de una misión del heredero casi exclusivamente patrimonial, pero que se le confiere personalmente, del mismo modo que la condición de deudor es intransferible –propia de la deuda no se puede ceder– aunque su contenido es material. Lo personal es el título más que la función. El heredero es, por voluntad de la ley, un liquidador y un responsable, si bien con facultades que se extienden a las relaciones y derechos extrapatrimoniales no extinguidos por la muerte del causante, y es además, eventualmente, un adquirente de bienes. La figura del heredero tiene, por consiguiente, un evidente aspecto de cargo, de *officium*, que se confiere indisolublemente unido con el derecho a la generalidad de los bienes, y que lleva consigo la responsabilidad por todas las deudas»³⁴.

Hay en este texto un equilibrio –que necesariamente ha de ser difícil– entre dos aspectos de la condición del heredero: es un título que le permite adquirir bienes y derechos, y, además, ostenta una función (que no es personal, como acredita el Código Civil, cuando permite que las facultades de administración del caudal propias del heredero sean ejercitadas por persona diferente: art. 1026). Cuan-

³⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, pp. 24-25.

do, adicionalmente, se dice en las normas que se puede transmitir la herencia y García Goyena explica esta figura como vimos que la explicaba, cabe razonablemente preguntarse si no serán exclusivamente los aspectos extrapatrimoniales de la herencia los que tengan que seguir un régimen excepcional de no transmisión, pues incluso la responsabilidad por las deudas no tendría que extenderse más allá de los bienes hereditarios en los casos de una ordenada liquidación con arreglo a las normas legales (lo que demuestra que la responsabilidad *ultra vires* no es carácter esencial de la condición de heredero).

Se tratará de ver cómo afecta a la cesión de herencia y a sus efectos la fase del fenómeno sucesorio en que nos encontremos, puesto que no tendría que ser lo mismo transmitir o ceder la «herencia» de forma inmediata a la apertura de la sucesión, que hacerlo una vez que ya se ha verificado la aceptación del llamamiento hereditario (y, entonces, también dependería del modo de responsabilidad del heredero), o, incluso, cuando el fenómeno sucesorio ha avanzado aún más³⁵.

³⁵ A veces se dice que normalmente «con la aceptación de la herencia se agota en rigor el proceso hereditario». No estamos de acuerdo con esta apreciación, aunque se matice que «no ocurre así cuando llamadas varias personas a la misma herencia surge entre ellas una situación de comunidad. El mecanismo de la sucesión es entonces más complejo; el proceso hereditario se prolonga y, aun después de la aceptación, han de tenerse en cuenta las reglas del Derecho de Sucesiones»: así opina FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, p. 12; el autor reitera estas ideas en p. 109. En realidad, la cuestión sucesoria es siempre mucho más compleja que lo que esa afirmación sugiere, aunque exista un único heredero, porque, por un lado, media en cualquier caso la cuestión de las deudas hereditarias, y, por otro lado, la posibilidad de enajenación de la herencia también lo hace. De hecho en esta misma obra acabada de citar se reconoce, hablando de la herencia como *universitas*, que «hay casos –como el del heredero único que acepta pura y simplemente– en los que, normalmente, no hay interés en considerar los objetos de la sucesión como agrupados en una universalidad. Y aun en estos casos puede imponerse la consideración *sub specie universitatis* en relación con la venta de la herencia o con el ejercicio de la *actio petitio hereditatis*. Pues bien, en todos estos casos en que se hace abstracción de los particulares objetos, puede ser útil la idea del derecho hereditario *in abstracto*, que será el que corresponde al heredero sobre la universalidad de la herencia. No significa –como se ha querido ver– un nuevo derecho sobre un objeto nuevo, sino, precisamente, la abstracción de los verdaderos objetos de derecho determinada por el especial modo de considerarlos». Estas afirmaciones demuestran que, en realidad, con la aceptación no se acaba, en rigor, el proceso sucesorio. En cambio, todavía recientemente el planteamiento criticado alcanza predicamento: «La herencia no permanece como realidad intacta en el patrimonio del heredero y de hecho su utilidad jurídica se disuelve en el fenómeno mismo de la sucesión. Lo que queda tras ella es sólo la posibilidad convencional de vender unos bienes o derechos cuyo rasgo común es el de haber llegado al patrimonio del vendedor con ocasión de una misma sucesión *mortis causa*»: así RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 45. A pesar de lo cual, la misma autora tiene que reconocer en p. 53 que «la consideración inicial de la herencia se ha disuelto con la aceptación pura y simple hecha por el heredero –como tampoco existía durante la vida del causante– y las partes, convencionalmente, la han retomado al efecto de celebrar sobre ella un contrato de compraventa»; nótese que, aunque no se diga, se viene a reconocer que, al menos, en el caso del beneficio de inventario no hay tal disolución de la herencia. La idea de estos autores responde a la antigua máxima «hereditas postquam est adita non dicitur amplius hereditas, sed proprium heredis patrimonium» –analizada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deu-*

Indudablemente el modo de trabajar que nos proponemos en este estudio nos lleva a realizar una construcción muy personal, que no tiene por qué convencer a todos (y quizá sólo convenga a pocos), y obliga a escribir sin falsilla, es decir, sobre un planteamiento inexplorado en la doctrina, con el peligro de desviación que puede correrse si la mano no gobierna con el suficiente pulso. En cambio, puede tener la indudable ventaja de hacer entrar un poco de aire fresco en el tratamiento de una institución cuyas presentaciones doctrinales presentan un perfil algo anquilosado, a nuestro juicio. En cualquier caso, resulta preferible equivocarse en el desarrollo del trabajo, si con ello se obliga a la doctrina a realizar un nuevo esfuerzo de fundamentación de determinados principios sucesorios, que, para ganar en seguridad, aquietarse con opiniones aceptadas pacíficamente hasta ahora, pero que pueden carecer de un apoyo claro en las normas. Aunque finalmente se demostrara lo poco fundado de nuestro actual propósito, o los escasos resultados prácticos de esta nueva perspectiva, quizá se habría podido contribuir en cierta medida al mejor entendimiento y justificación de la dogmática sucesoria.

II. PRESUPUESTOS DOGMÁTICO-SUCESORIOS DE LA TEORÍA DOCTRINAL COMÚNMENTE ADMITIDA SOBRE LA CESIÓN DE LA HERENCIA Y REPLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LOS MISMOS

1. EL SIGNIFICADO CONCEPTUAL DE LA HERENCIA Y DEL HEREDERO EN LAS BASES DOGMÁTICAS DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL

A) CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL HEREDERO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: LA PLURALIDAD DE ENFOQUES QUE CABE ADVERTIR EN SUS NORMAS

a) *Planteamiento y cuestiones generales*

Será determinante para resolver la duda que nos estamos planteando dilucidar en qué consiste ser heredero para nuestro Dere-

das del causante, cit., pp. 46 ss-. Pero el contraste de la misma con la afirmada responsabilidad *cum viribus* por las deudas de la herencia, obligó a entender, por ejemplo, que la herencia en situación de beneficio de inventario se debía tener por no aceptada. Esta inconsecuencia muestra las limitaciones de la máxima.

cho. Ello nos permitirá juzgar con más acierto si esa cualidad puede ser objeto de cesión. La doctrina común suele partir de la tesis de que la cualidad de heredero resulta increíble a un tercero, lo cual viene a fundamentarse en el carácter personal de que estaría adornada esta posición jurídica; en consecuencia, cuando se produce la cesión de la herencia, el cedente sigue conservando el título de heredero. Como consecuencia es frecuente que se afirme que la herencia objeto de cesión es diferente a la herencia en sentido propio, por lo que es necesario «redefinir» la figura de la herencia a los efectos de dar contenido a la institución de la cesión de la herencia, porque la definición sucesoria normal de la misma no serviría en este contexto ya que la herencia en sentido estricto sería intransmisible. En conclusión, para esta visión de las cosas, la herencia objeto de cesión no sería lo mismo que la herencia en sentido propio; y, asimismo, el heredero cedente no podría desvincularse de, al menos algunos, de los efectos de la sucesión.

No podemos ignorar que, entre los problemas que preocuparon en nuestra Codificación, no se encontraba presente de forma explícita y extensa el relativo al concepto, las características y el significado general de la herencia y del heredero; en particular no se planteó con especial atención el concepto de heredero, con lo que se vino a arrastrar un defecto de origen que condicionaba el ulterior desarrollo de la normativa sucesoria³⁶. Puede pensarse que, cuando enfocamos este problema conceptual, estamos ante una cuestión secundaria, más propia de la doctrina que del legislador, pero en realidad no es así porque la materia acabada de subrayar tiene una enorme importancia práctica porque delinea de forma principal el papel que el heredero está llamado a cumplir cuando la sucesión

³⁶ En realidad, el problema no se puede achacar solamente a la Codificación, al menos si aceptamos la opinión de FUENTESECA en el «Prólogo» a la monografía de TORRENT, *Venditio Hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, cit., p. 11: «La no existencia de una específica y completa investigación sobre el tema [de la venta de la herencia] se debió, sin duda, a la dificultad básica de explicar el contenido y alcance de la expresión *hereditas* [...] ¿cómo podría concebirse esta *venditio hereditatis* si el concepto de *hereditas* no estaba claro?». Pero, desde luego, en la Codificación se manifiesta también esta poca atención a las cuestiones más generales sobre el significado del heredero y de la herencia. Por citar un significativo testimonio: en una obra extensa y detallada sobre el Proyecto de Código Civil de 1851 se pasa directamente de tratar del usufructo a hacerlo de las solemnidades de los testamentos, omitiendo toda consideración sobre las normas generales relativas a la sucesión. Nos referimos a la obra de CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código Civil», en *El Derecho Moderno*, XI, 1851, p. 240. A pesar de todo, algún mérito singular sí puede atribuirse a nuestra Codificación, frente a los modelos de la época: lo pone de manifiesto GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 549 del Proyecto de 1851 (precedente del actual art. 659 CC): «Los Códigos modernos no definen la herencia: parece sin embargo natural conocer la cosa de que va a tratarse, fijar su naturaleza y efectos generales, y esto no puede conseguirse sino por una buena definición»: *Concordancias*, cit., p. 295.

queda abierta. Desde luego, tiene gran importancia en nuestro tema de la cesión de la herencia, la decisión legal sobre si se debía imponer al heredero la responsabilidad *ultra vires* por las deudas hereditarias, o, por el contrario, se debía seguir la idea de que dicha responsabilidad *ultra vires* sólo procede cuando el heredero se aparta de las garantías liquidatorias de la herencia legalmente previstas. En el Proyecto de 1851 influyó una visión personalista del heredero proveniente del Derecho francés, si bien sus doctrinas se desenvolvieron con un menor grado de seguimiento, ya que aun abandonando el criterio de nuestro Derecho histórico³⁷, y optando claramente por un sistema de responsabilidad del heredero que, institucionalmente, venía a ser *ultra vires hereditatis*³⁸, todavía se conservó en algún precepto la idea de la persistencia del patrimonio hereditario tras la aceptación³⁹.

El Código Civil supuso un reforzamiento del sistema tradicional, ya que parece regular la materia sobre la base de que la suce-

³⁷ El sistema tradicional castellano resulta espléndidamente explicado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 21 ss. Las ideas de ese sistema tradicional se pueden sintetizar en que: «1.ª La responsabilidad *ultra vires* deja de ser consecuencia natural de la sucesión y pasa a ser una incidencia de la liquidación e incluso una pena para cuando se infringe el régimen de liquidación.

^{2.ª} El patrimonio hereditario persiste como entidad funcional independiente no sólo tras la muerte, sino también —al menos en España— tras la aceptación y —hasta cierto punto— tras la partición.

^{3.ª} La sucesión en las deudas es un simple aspecto, pues, de la sucesión universal entendida, sin duda, como sucesión en el patrimonio hereditario que comprende en sí las obligaciones»; en particular interesan también las pp. 24 y 25, sobre el concepto residual de la herencia en Las Partidas. Cfr. la opinión de SALA, según la cual la responsabilidad *ultra vires* no es consecuencia natural de la sucesión: «si hubiere admitido la herencia, dejando pasar el tiempo sin hacer inventario, quedan obligados, tanto sus bienes como los del testador, a pagar cumplidamente las deudas y mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la cuarta parte»: *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo I, Coruña, 1837 (edición facsímil, Pamplona, 2002), p. 186.

³⁸ Sobre las características del sistema del *Code* y el origen francés del sistema adoptado por el Proyecto de 1851: vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 73 ss. Fundamentalmente interesa destacar que «En el sistema del Código francés impera una concepción personalista (no patrimonialista) de la sucesión en las deudas. La idea de que el heredero continúa la personalidad del difunto, de que la personalidad del difunto y la personalidad del heredero forman una sola unidad, es la explicación tradicional francesa de la transmisión hereditaria». Claro reflejo de esta idea puede advertirse en la explicación de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 427: «El heredero, según el artículo 549, sucede y representa al difunto, no sólo en sus bienes y derechos, sino en sus deudas, cargas y obligaciones, y según el 834, es responsable de ellas con sus bienes propios, cuando no alcancen los hereditarios: al tratarse de aquellos dos artículos se ha visto que son de origen romano». Vid. también OBARRIO MORENO, *Beneficium inventarii: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español*, Madrid, 2006, pp. 268 ss.

³⁹ Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 76: «A pesar de la influencia francesa, todavía en algún artículo trascendía la idea tradicional de la persistencia del patrimonio hereditario». Muy en particular podía advertirse esta idea en los preceptos alusivos a la cesión de la herencia, y en los comentarios de GARCÍA GOYENA a los mismos, tal como vimos *supra*, apartado I, 2, a pesar de que PEÑA no aprovecha en este lugar estos textos tan claros.

sión no implica de suyo responsabilidad del heredero más allá de los propios bienes hereditarios⁴⁰. Ciertamente faltó una reflexión más explícita de los autores próximos a la codificación sobre el criterio vigente en cuanto a las deudas de la herencia⁴¹, pero ello no impide que hoy se haya aceptado muy generalizadamente esta interpretación del sistema⁴².

Ya hemos dicho que el problema sucesorio de fondo que condiciona el alcance de la cesión de la herencia es el criterio adoptado por el ordenamiento en cuanto a si el papel del heredero incorpora preponderantemente la función de administrar y liquidar la herencia en beneficio de acreedores y legatarios⁴³; con carácter previo a poder acceder personalmente al eventual residuo, incorporándolo plenamente a su propio patrimonio. Pensamos que es precisamente la existencia de este deber u *officium* el que puede justificar la existencia de responsabilidad *ultra vires* del heredero cuando no liquida ordenadamente la herencia; de lo contrario resulta difícilmente justificable imponer al heredero semejante carga.

⁴⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 87: «a diferencia del Proyecto de 1851 y conforme al sistema tradicional, en el Código Civil se parte de los principios siguientes: 1.º Después de la aceptación sin precisar si es a beneficio de inventario, cabe todavía el beneficio de inventario, por lo que la responsabilidad *ultra vires* aparece como incidencia del fenómeno liquidatorio y ajena, por tanto, al fenómeno sucesorio. 2.º El patrimonio del causante sigue igualmente afecto a las deudas del causante, a pesar de la muerte, de la aceptación o de la partición. No se regula el beneficio de separación porque la separación de patrimonios se da siempre. La persistencia del principio “primero es pagar que heredar” confirma la separación de patrimonios». Sobre las influencias que obraron, en la elaboración de los artículos 659 a 661 CC, fundamentalmente del Código Civil portugués, son interesantes las consideraciones de este mismo autor: «se acepta para nuestro Derecho la misma idea básica de un sistema en el que impera con pureza la concepción *patrimonial* y en el que, en consecuencia, se niega la responsabilidad *ultra vires* y la confusión de patrimonios»: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 109.

⁴¹ Sobre esta materia, *vid.*, en extenso, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 89 ss.

⁴² En cualquier caso, a nosotros esta cuestión nos interesa no en sí misma sino por su estrecha relación con la institución de la cesión de los derechos hereditarios y, en particular, con el alcance y significado que haya que darle a la misma. Justifica ello el alcance parcial de esta exposición.

⁴³ De ahí que se hable de «un doble carácter muy marcado en el heredero beneficiario: el de propietario y el de administrador»; así GITRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, p. 63; LACRUZ extiende el juicio a todo heredero: *vid.* nota siguiente. Esta realidad nos parece clave para entender la figura de la cesión de los derechos hereditarios. Es decir, «la responsabilidad *ultra vires* se presenta en la liquidación cuando el heredero no se ajuste, en la gestión del patrimonio hereditario, a un determinado régimen impuesto en garantía de acreedores y legatarios. No es que este régimen se imponga como obligación legal; se impone como carga de la que se puede prescindir ateniéndose a las consecuencias desfavorables prescritas por la Ley. Hay supuestos, sin embargo, en que la responsabilidad *ultra vires* se impone claramente como pena a quien infringe determinados deberes de lealtad: ocultación o sustracción de bienes (art. 1002 Cc); omisión de bienes en el inventario (art. 1024-1.º Cc)»; así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 119.

Estamos, por ello, casi plenamente de acuerdo con Lacruz (salvo algunos importantes matices) cuando opina que «la figura del heredero ha sido establecida y regulada por la ley, acaso no tanto en contemplación al causante cuanto a los acreedores, de una parte, y al orden público, a la economía nacional, a la necesidad de un ordenado reparto y una continuidad en la administración y explotación de los bienes del causante, de otra. El heredero es un *administrador* y un *liquidador*, cometidos, como se ve, de naturaleza económica, que no dejan de serlo porque el legislador los confiera en este caso con carácter personalísimo y bajo graves responsabilidades. Es en cuanto administrador y liquidador como recibe el heredero la posesión de todos los bienes de la herencia, necesaria para garantizar el destino de tales bienes al pago de las deudas, y es en esa calidad como sucede en la *generalidad* (no la universalidad) del activo y del pasivo, de las cosas y deudas, porque sólo así se evita que queden cabos sueltos, es decir, bienes sin dueño»⁴⁴.

En cualquier caso pensamos que la preponderancia que haya que dar a uno u otro acento sobre la figura del heredero, cargo relativo a la forma de ordenar la liquidación de la herencia o adquirente de bienes y deudas, obedece al momento del *iter* sucesorio en que nos encontremos, pues la misma viabilidad actual y concreta de aceptar a beneficio de inventario, simplemente solicitar la práctica del inventario una vez aceptada la herencia (cfr. art. 1015 CC), o, por el contrario, la pérdida definitiva de esta facultad, influyen grandemente sobre la posibilidad de considerar al heredero como un simple liquidador (condición que sería institucionalmente normal en él); como también influye sobre esto la propia actitud que puedan tomar los acreedores hereditarios para defender su derecho a la subsistencia patrimonial de la herencia como tal. Por tanto, una vez descartada que esta última condición de administrador o liquidador de la herencia agote la posición de un concreto heredero, se

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, pp. 24-25. Y continúa diciendo el autor: «se trata, en suma, de una misión del heredero casi exclusivamente patrimonial, pero que se le confiere personalmente, del mismo modo que la condición de deudor es intransferible –propia de la deuda no se puede ceder– aunque su contenido es material. Lo personal es el título más que la función. El heredero es, por voluntad de la ley, un liquidador y un responsable, si bien con facultades que se extienden a las relaciones y derechos extrapatrimoniales no extinguidos por la muerte del causante, y es además, eventualmente, un adquirente de bienes. La figura del heredero tiene, por consiguiente, un evidente aspecto de cargo, de *officium*, que se confiere indisolublemente unido con el derecho a la generalidad de los bienes, y que lleva consigo la responsabilidad por todas las deudas». Obviamente, estamos en desacuerdo con la idea de que el título de heredero se confiera personalmente, si de ello se quiere sacar la conclusión de que no se puede ceder, pues ello queda desmentido por la regulación positiva de nuestro Código Civil, que permite que el mismo título (y, desde luego, la función) pueda ser objeto de cesión a un tercero, pero –salvo en esta cuestión– nos manifestamos plenamente de acuerdo con las palabras citadas.

debe mantener que un tercero no puede asumir en su totalidad esa posición jurídica del heredero, pero precisamente porque éste se ha apartado de las consecuencias que resultan normales a su título de tal; asumiendo personalmente unas responsabilidades que, sin ser personalísimas e intransmisibles, sí necesitan para su transmisión del concurso y consentimiento de los terceros afectados por la misma (los acreedores)⁴⁵. Pero, ¿cuál sería la razón que se pueda dar para exigir el consentimiento de éstos a la cesión cuando la responsabilidad del heredero se encuentre limitada a tan sólo los bienes de la herencia? La hipótesis de la cesión no sería diferente para ellos (acreedores y legatarios) a la prevista por el párrafo segundo del artículo 1026 CC que se refiere a la posibilidad de que la herencia beneficiaria sea administrada por persona diferente al heredero. Por tanto, la viabilidad de la asunción plena por un tercero de las funciones del heredero, con liberación de éste, depende de si en el instante en que se pretenda la subrogación del tercero en la posición de heredero, la herencia se encuentra sujeta al procedimiento propio del beneficio de inventario; si, al menos, es posible todavía solicitar dicho beneficio de inventario, pues como es sabido, ésta no es facultad del heredero que dure indefinidamente, sino más bien está sujeta a plazos especialmente perentorios; o, finalmente, si la herencia se halla en una situación de administración o equiparable a ella por otras razones (cfr. arts. 992.2, 1021 y 1022 CC y 182 LC).

Bajo esta perspectiva no parece que pueda ser idéntico, a los efectos de su posible cesión, el significado de la herencia recién abierta que el de la herencia en estadios posteriores, incluso el de la herencia ya liquidada y partida, pues la distinta condición de la herencia repercute sobre la propia situación del heredero y por

⁴⁵ La opinión del texto estaría perfectamente justificada si admitimos la tesis de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 132: «puede decirse que la llamada *aceptación a beneficio de inventario es una simple aceptación; el heredero a beneficio de inventario es el único heredero puro* en cuanto que en él se dan con pureza los efectos de la sucesión universal y por eso responde sólo con los bienes de la herencia (Cfr. art. 1023-1.º).

Y en cambio la llamada *aceptación pura y simple* envuelve un título *complejo*. Y *el llamado heredero puro y simple no es un puro y simple heredero*; en él sobre los efectos de la sucesión universal se superponen los del apartamiento del régimen liquidatorio; y así resulta responsable –por las deudas del causante– por dos razones, por haber aceptado la sucesión a título universal (razón por la que responde con los bienes de la herencia) y por apartarse de las garantías liquidatorias legalmente establecidas (razón por la que responde, además, con sus propios bienes) (Cfr. art. 1003 Cc)». Asimismo, quedaría justificada la tesis del texto, desde otra perspectiva si tenemos en cuenta la explicación de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 422: «no descubro grande utilidad ni aun uso en nuestro artículo [se refiere al artículo 830 del Proyecto, similar al actual artículo 1000.1.º CC]... porque ni los legatarios ni los acreedores hereditarios pueden hoy sufrir perjuicio en el cambio personal del heredero».

fuerza debe motivar diferencias en lo que se refiere al régimen de la cesión de la misma; diferencias que se mostrarán claras según la cesión se realice en cada uno de los momentos procedimentales en que la sucesión puede encontrarse, pues la propia situación del heredero es muy diferente en cada uno de esos momentos⁴⁶. Por este motivo, será necesario estudiar más adelante el régimen, o la posibilidad misma, de la cesión de la herencia, distinguiendo dicha posibilidad en función del momento o fase de la herencia en que se haya realizado dicha cesión.

b) *El concepto de heredero que cabe deducir de los preceptos de nuestro Código y su influencia en el problema de la cesión de la herencia*

Es lógico que en los textos legales de nuestro Código destinados a conceptualizar la figura del heredero brille sobre todo la idea de que su posición jurídica constituye un título adquisitivo que se sitúa en paralelo a los otros modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales (cfr. art. 609 CC); ciertamente, en realidad, el desarrollo normativo subsiguiente hace que el título hereditario presente –frente a los otros títulos de adquisición de los derechos reales– particularidades de gran importancia. En el fondo la razón de dichas particularidades se desprende de dos características especiales que presenta el fenómeno sucesorio si se lo compara con los normales mecanismos adquisitivos: la especial condición del objeto de la adquisición (la herencia), que ni mucho menos puede reducirse a un simple conjunto de derechos reales; y la inexistencia de una relación jurídica de clase alguna entre el causante de la herencia y el sucesor en la misma⁴⁷.

El problema conceptual del título de heredero está agudizado por el hecho de que aparece enfocado desde cuatro puntos de vista en nuestro Código⁴⁸. Ciertamente al final podremos comprobar que la divergencia de esas diferentes visiones no es tan grande como inicialmente pueda parecer, sino que, más bien, se trata de aspectos complementarios de un mismo fenómeno. Ahora bien, no se puede olvidar que la figura del heredero presenta, además de esas cuatro facetas que se pueden deducir más directamente de normas especí-

⁴⁶ Con independencia de que siempre «la herencia constituye un patrimonio, es decir, una unidad abstracta de bienes que constituye un ámbito independiente de responsabilidad y un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones»: así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 157.

⁴⁷ SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», en *Doctor Honoris Causa Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Bellaterra, 1985, pp. 94-95.

⁴⁸ En la exposición que sigue, adoptamos fundamentalmente las ideas y la presentación de las mismas de SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», cit., pp. 98 ss.

ficas, un acusado perfil de cargo, función u *officium*, características que no se deducen con claridad de una u otra norma concreta, sino más bien del conjunto de la regulación, con lo cual tendríamos que tener en cuenta este quinto rasgo de la condición de heredero, que resulta –en la práctica– decisivo desde el punto de vista de la responsabilidad⁴⁹. Es precisamente la existencia de este perfil de *officium* en el heredero el que hace aconsejable o necesaria en ocasiones la cesión de la herencia, cuando el heredero no está en condiciones de cumplir con esas cargas, o le resultan en exceso gravosas, y, sin embargo, no ha considerado conveniente repudiar el llamamiento.

Las cuatro visiones sobre el heredero a las que acabamos de aludir tienen una amplia tradición en la dogmática jurídica y son las siguientes. En primer lugar, desde el punto de vista del efecto jurídico que produce, la idea de heredero se vincula a una forma de suceder, universal, que se contrapone a la sucesión a título particular: es la perspectiva que aparece con toda claridad en el artículo 660 CC.

En segundo lugar, en el art. 668, «el título universal sigue contraponiéndose al título particular, pero no se asocia ya a la sucesión como efecto sino a la herencia. Pasamos, pues, de la consideración del *effectum iuris* a la del *Obiectus Iuris*. Es aquí una determinación objetiva –que concreta en el artículo 659– del ámbito de la adquisición la que parece caracterizar al título de heredero»⁵⁰.

En tercer lugar, «la referencia al título se transforma en una referencia a la persona –al Subiectus Iuris– allí donde precisamente sería de esperar una clara referencia al título en sentido estricto como justificación de la adquisición del heredero: el artículo 1531 señala que el heredero que vende la herencia “sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero”. El título de heredero aparece aquí como cualidad subjetiva, y la sinonimia entre “cualidad” y “título” que sugiere este precepto resulta independientemente confirmada por el artículo 999 (“título o cualidad heredero”)»⁵¹.

Finalmente, en cuarto lugar, el artículo 1009 se refiere al título en formación, es decir, una situación que supone para el llamado una legitimación adquisitiva, fruto del *ius delationis*, y no un título ya plenamente formado: a pesar de que el Código siga hablando de heredero, se puede fácilmente colegir que la posición del llamado no es en absoluto la misma que la del que ya ha aceptado.

Estamos de acuerdo con los que piensan que la perspectiva adecuada para afrontar el título de heredero es la del efecto jurídico, es

⁴⁹ Cfr. la tesis de LACRUZ, a la que hemos hecho alusión un poco más arriba.

⁵⁰ SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», cit., p. 99.

⁵¹ Idem.

decir, la idea de sucesión universal que aparece en el artículo 660 CC, pues, entre otras cosas, ésta es la perspectiva que permite integrar el concepto de «heredero» en sentido propio, con la existencia previa de un título en formación que no se consolida hasta que se verifica la aceptación por el llamado. Asimismo esta idea permite entender también la referencia legal a una cualidad personal de heredero⁵². En particular, por tanto, de las anteriores facetas o perspectivas sobre el heredero casi todas ellas se pueden describir bajo la idea más amplia de que ser heredero comporta un modo de suceder peculiar, mientras que sería únicamente criticable o abiertamente rechazable la idea del título hereditario como expresión de una titularidad que recae sobre un objeto autónomo de derechos, que sería la herencia, porque esta explicación no es más que un intento dogmatizante de «mantener el paralelo heredero/título adquisitivo a todos los efectos»⁵³, lo cual es un exceso que termina por no aclarar nada, sino más bien por complicar las cosas de modo innecesario, puesto que la herencia no es en realidad un objeto autónomo de derechos.

Ciertamente esta visión objetiva de la figura del heredero, como titular de la herencia, tiene su importancia como expresión del contenido de la sucesión universal (cfr. art. 659 CC). Por otra parte, quizá al rechazarla estamos desechando la explicación que más fácilmente permitiría concebir la figura de la cesión de la herencia, pues una vez convertida ésta en un autónomo objeto de derechos subjetivos no habría ninguna dificultad insalvable en considerarla transmisible⁵⁴. Ahora bien, pensamos que no se puede decir que el

⁵² En ese sentido se pronuncia SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», cit., pp. 102 ss.

⁵³ SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», cit., pp. 100-101. Cfr. el planteamiento criticado en la exposición de SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo I, Coruña, 1837 (edición facsímil, Pamplona, 2002), p. 156: «Los modos de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza a la adquisición de cosas singulares o particulares. Vamos ahora a tratar de los universales, por los cuales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes, cual es la herencia, que no es otra cosa que *Universal patrimonio de alguno con sus cargas*. Su adquisición consta de dos partes, delación, y suscepción o admisión. La delación es el título para adquirirla, y la admisión el modo». Asimismo, sobre toda esta cuestión resulta clásico el planteamiento de BARBERO, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Milán, 1936 (ristampa inalterata, Centro stampa Università di Camerino, 1980), pp. 1 ss. «*L'universalità di cose*, a differenza dell'*universalità di persone*, non è una categoria ontologica, ma è una categoria logica. [...] *L'universalità di cose* è una categoria logica, perchè non esprime un nuovo oggetto di diritto».

⁵⁴ RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 45: «la venta de la herencia enlaza... con la concepción objetiva de la herencia que considera a ésta como objeto de la sucesión y al título de heredero como título adquisitivo ex artículo 609 Cc. Según el esquema aparente del artículo 1531 Cc, el heredero se limita a vender aquella “cosa” –la herencia– que ha adquirido mediante sucesión». Claro está que, en esta tesis, todavía habría que explicar cómo puede producirse la transmisión de las deudas al cesionario. De todos modos, pensamos que no habría mucho obstáculo en explicarlo: la sucesión en las deudas

hecho de subrayar las deficiencias de esta perspectiva conceptual de la herencia implique de suyo sostener que todas sus consecuencias sean rechazables, cosa que habría que demostrar. Y mucho menos permite ello afirmar que el título de heredero no pueda ser objeto de cesión, porque eso nos haría incurrir en un exceso dogmático similar, al menos, al propio de la tesis criticada⁵⁵. Ciertamente parece evidente que concebir en estos términos el fenómeno hereditario impondrá algunos límites a la misma posibilidad de la auténtica cesión de la herencia (que son los que se trata de encontrar en este trabajo, entre otras cosas), o, al menos, exigirá alguna explicación adicional a su justificación teórica o dogmática, pero no tiene por qué implicar su imposibilidad metafísica. A veces, en cambio, de las afirmaciones de la doctrina parece deducirse que es tan evidente esta afirmación de la imposibilidad de la cesión de la herencia que, ni siquiera, necesitaría demostración alguna.

Un problema específico que se puede presentar al abordar la figura de la sucesión y, en concreto, la del título de heredero, es que, «ante la falta de homogeneidad y la posible inexistencia de objetos materiales en la sucesión, la doctrina ha oscilado muchas veces haciendo girar el concepto de sucesión en torno a alguno de los dos únicos elementos clave del proceso: el *causante* y el *heredero*»⁵⁶. Para solucionar el problema dogmático acabado de indicar, doctrinalmente se han dado dos respuestas alternativas. La primera consiste en poner el acento en la idea de que el heredero continuaba la personalidad del causante. Ni que decir tiene que esta explicación, aunque expresiva y gráfica (de ahí que se la siga utilizando, más o menos vergonzantemente), no es en absoluto exacta.

no implica de suyo responsabilidad *ultra vires*, por lo que es perfectamente transmisible la cualidad de heredero, sin contar con el consentimiento de los acreedores hereditarios, ya que los derechos de éstos se van a seguir haciendo efectivos sobre el mismo patrimonio hereditario.

⁵⁵ De hecho, cabe recordar que la conceptualización de la *hereditas* como *res* incorporal –que proviene de BARTOLO (*In primam Infortiati partem*, Lugduni, 1581, Título *De acquirenda haereditate*, p. 142) y es recogida luego por DONELLO (*vid.* DONELLO, *Opera omnia*, II, Roma 1828, capítulo II, núms. 1 a 7) y VOET (*Commentariorum ad Pandectas*, III, Bassani, 1827, p. 172)– tiene influencia en la Codificación francesa y española: no hace falta más que comprobar la rúbrica del capítulo en que se regula en nuestro Código la venta de la herencia, donde claramente se la considera como cosa incorporal. Pensamos que esa elección del legislador puede tener sus consecuencias, y no se la puede rechazar por muy criticable que sea desde el punto de vista dogmático. De hecho tiene sus ventajas, como el de la superación de la atomización de la venta de herencia a través de la aparición de un mecanismo traditorio que supera la necesidad de la entrega individualizada de todos los bienes. Sobre esta cuestión puede recordarse la moderna polémica relativa a la «naturaleza jurídica» del Derecho hereditario. Aparte de en las obras generales, puede verse reflejada, resumidamente, pero con referencia a los principales hitos doctrinales de la misma en GUTIÉRREZ JEREZ, «Sobre la naturaleza jurídica del derecho hereditario y su constancia registral», en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, II, Almería, 2000, pp. 767 ss.

⁵⁶ SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», *cit.*, pp. 110-111.

La segunda explicación, ampliamente extendida entre nuestros autores, lleva a reconocer que existe como elemento peculiar una condición o cualidad personal de heredero. La idea de condición de heredero aparece en el artículo 1531 CC, y con apoyo en él podría pensarse que responde a una realidad verdaderamente existente. En verdad la explicación de la norma obedece a que «indiscriminadamente colocada la herencia en el artículo 609 como un título adquisitivo sin más, el artículo 1531 contribuye a deshacer la confusión: pese a configurarse como un supuesto de hecho adquisitivo de titularidades patrimoniales, éstas no tienen por qué existir. Pero, por lo mismo, no cabe interponer la cualidad o *status* de heredero entre el título y su eventual eficacia adquisitiva en el intento de buscar una posición que el ordenamiento tutele con independencia de los efectos que eventualmente pudieran derivar de ella [...]. Así, la alternativa *se es heredero porque se adquiere* (art. 660) o *se adquiere porque se es heredero* (arts. 999 y 1531) estaría mal puesta: el primer término presupondría que el título es posterior a la adquisición y el segundo, que sin adquisición no hay título. En realidad, se es heredero porque se acepta una legitimación adquisitiva universal, aceptación que constituye el último elemento de la formación de un supuesto de hecho de conformación sucesiva, el título de heredero»⁵⁷.

Si las cosas son así, como nos lo parece, resultaría lógico pensar que la forma tan peculiar de adquisición que comporta el título de heredero no puede ser objeto de una transmisión mediante un título *inter vivos*, porque una vez resuelto o encauzado el problema sucesorio, con la aceptación del llamado, el ordenamiento carecería de todo interés para que «la herencia» pudiera seguir circulando en el tráfico como un objeto. Aparentemente, pues, el interés del ordenamiento por la herencia se agotaría en el momento en que este instrumento conceptual o institucional ha logrado su función propia que sería facilitar el tránsito patrimonial desde el extinguido patrimonio del difunto al de su sucesor. Es obvio que hay mucho de cierto en esto último, por cuanto una vez producido el fenómeno sucesorio, éste no se puede reiterar: el llamado aceptante queda constituido sucesor, y ése es un hecho que no puede borrarse en lo que se refiere a ciertas consecuencias que ya se hayan producido cuando se realiza la cesión de la herencia.

Pero, no obstante, aunque sólo fuera porque el Código reconoce reiteradamente la posibilidad de transmisión o cesión de la

⁵⁷ SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», cit., pp. 112-113. Se añade en nota 50 (p. 129): «No se objete que “cualidad” designa ahí el concepto “titularidad” porque precisamente el 1531 presupone que no tiene por qué transmitir titularidad alguna y que de ello no se responde. Menos se tratará de una “titularidad intransferible” porque entonces la alusión del precepto no sólo carecería de objeto, sino que resultaría incorrecta: ¿Por qué responder de ella?»

herencia, sería necesario analizar las cosas con más calma, pues como nadie se plantea que efectivamente el ordenamiento se desentienda de la herencia una vez que ha sido aceptada, sino que a esta figura se la sigue considerando en las normas de forma reiterada, cabe preguntarse perfectamente si dicha realidad puede ser objeto de cesión. Una de esas manifestaciones ulteriores de la herencia es la repetida aparición en nuestro Código de la posibilidad de que la cualidad de heredero, es decir su peculiar posición jurídica, pueda ser transmitida efectivamente por su titular. Se trata, pues, de aplicar nuestra atención a este problema para entender en qué puede consistir para la ley esta figura de la cesión o transmisión de la herencia, y qué papel cabe asignarle a tal cesión en el desenvolvimiento de los efectos propios de la sucesión.

Por de pronto no se puede olvidar la consideración de que la adquisición de la herencia se verifica mediante la aceptación voluntaria y libre de la misma por parte del llamado, por lo que puede estar justificado que el ordenamiento permita la cesión y transmisión de la condición de heredero si es que ello fomenta precisamente la aceptación (como que legalmente la implica y presupone en verdad, está claro que esta salida –la cesión– que se ofrece al heredero favorece la aceptación) y, por consiguiente, asegura la aparición de un heredero para la herencia ya abierta. No se debe olvidar que este último es el objetivo principal perseguido por el ordenamiento ante cualquier hipótesis de apertura de la sucesión, por lo que no tiene nada de particular que se propicie, más o menos directamente, su verificación. Por otra parte, un elemento adicional que puede resultar clave en nuestra reflexión es el de que, aunque la aceptación implica que el problema sucesorio ha quedado encauzado, no se debe olvidar que en el momento de la aceptación todavía queda pendiente la culminación de todo el proceso sucesorio que sólo se puede considerar finalizado una vez que se satisfagan las deudas y los legados y se adjudiquen los bienes de forma concreta a cada uno de los coherederos.

Entendemos, por eso, que el análisis sobre el significado de la cesión de la herencia debe partir de la función que el heredero está llamado a cumplir en cada una de las fases en las que la herencia se puede encontrar desde el punto de vista fáctico, con las diversas consecuencias de orden jurídico que ello implica para dicho heredero. En efecto, la existencia de la figura del heredero se justifica precisamente en una variedad de fundamentos, del que no es el menos importante el del interés público en encontrar un sucesor, y el de la defensa de la seguridad, seriedad y la confianza del crédito. Desde esta perspectiva se debe reconocer que la sucesión se ordena en dife-

rentes formas (básicamente, las representadas por el heredero puro y simple y por el heredero beneficiario) y, éstas en diferentes fases, y por ello no tendría nada de particular que el heredero pretendiera la enajenación de la herencia en una u otra de esas formas y fases; en principio la enajenación de la herencia pudiera ser posible en todas ellas, aunque también parece evidente que en cada caso debiera tener un sentido, contenido y efectos diferentes. Y esto último no sólo en cuanto al régimen específico que se deduzca del título contractual mediante el que la cesión se verifique, sino también en relación con el funcionamiento del fenómeno sucesorio en sentido propio.

Una cosa es, por ejemplo, la aceptación pura y simple, hipótesis en la que valen muchas de las apreciaciones subrayadas por la doctrina, sobre todo la idea, que analizaremos luego más pormenorizada y matizadamente, de la imposibilidad de transmitir en sentido propio la misma condición de heredero. Es obvio, en este caso, que no será posible una perfecta desvinculación del heredero de las consecuencias del fenómeno hereditario mediante la subrogación de un tercero en su posición jurídica, puesto que las deudas hereditarias han pasado a gravar también su propio patrimonio personal. Pero, en cambio, bajo esta misma perspectiva otra cosa muy diferente sería la hipótesis de la herencia en la que rige el beneficio de inventario, pues las normas propias de esta institución permiten la aparición de otros actores diferentes al propio heredero en el proceso sucesorio, ya que aquí el heredero viene contemplado como un administrador o liquidador de la herencia (aunque, claro está, es también sucesor y no se pueden olvidar los aspectos extrapatrimoniales de su posición). Es factible, pues, en la indicada hipótesis, que un tercero pueda asumir por completo el papel del heredero, sin que esa aparición de un nuevo sujeto implique de suyo perjuicio para nadie, puesto que las deudas hereditarias seguirán gravando, sin modificación alguna, al patrimonio hereditario.

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que la condición de administrador en este caso del beneficio de inventario, si bien viene unida de forma natural a la condición de heredero, puede encomendarse a otra persona (cfr. art. 1026 CC). Pese a esta última norma, hemos visto que se sostiene que la condición de administrador viene confiada personalísimamente al heredero⁵⁸. ¿No puede verse en este último juicio una demostración clara de la hipertrofia que asume este carácter personalísimo del heredero? ¿Y la evidencia de que la administración de la herencia no es un cometido personalísimo, unido al dato de que se considere que esta tarea es la más propia del heredero, no apunta a que la misma condición de heredero

⁵⁸ Cfr. la opinión de LACRUZ, *Elementos*, V, cit., pp. 24-25.

sea transmisible? No sería, a nuestro juicio, incompatible con la filosofía legal que la propia condición de heredero pueda transmitirse a otra persona de forma plena, ya que se podría admitir que esta otra persona vendría a ocupar, al menos, una posición jurídica muy parecida a la del simple administrador, durante la liquidación, y un adquirente del residuo resultante, una vez producida ésta. No valdrían aquí, fácilmente, los argumentos doctrinales que excluyen que la condición de heredero pueda transmitirse por éste de forma voluntaria a otra persona que asuma plenamente su papel.

No será lo mismo desde el punto de vista de los efectos de la cesión sobre la sucesión, pues, transmitir la herencia beneficiaria o sujeta a administración, que transmitir la que no lo es o no puede serlo, pues siendo ambas formas de suceder manifestaciones de un mismo fenómeno sucesorio, presentan diferencias tan acusadas entre sí, que es lógico que dichas diferencias tengan trascendental relevancia a la hora de la enajenación de la herencia. Esta apreciación nos lleva, por tanto, a la necesidad de analizar el problema relativo al papel del heredero con relación a las deudas de la herencia, en función y relación directa muchas veces con la forma en la que se haya producido la aceptación ya sea de forma pura y simple ya sea a beneficio de inventario⁵⁹. Pero, a su vez, esto obliga a tratar de forma más general el criterio de nuestro Código sobre el problema de las deudas de la herencia.

B. TRATAMIENTO ESPECÍFICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LAS DEUDAS DE LA HERENCIA. LA POLÉMICA DOCTRINAL AL RESPECTO Y NUESTRA OPINIÓN

Como es sabido, hace ya algo más de medio siglo, Lacruz⁶⁰ propuso la idea de que el sistema sucesorio de nuestro Código implicaba

⁵⁹ En contra de la importancia de este tema en nuestra materia, RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 151: «No importa que se sostenga la cohesión patrimonial de la herencia incluso después de la aceptación pura y simple; la garantía seguirá siendo personal y los bienes disponibles. La preferencia de cobro que en consideración a esa cohesión quiera defenderse sólo podrá hacerse efectiva sobre los bienes de la herencia en tanto éstos permanezcan en el patrimonio del heredero. La conclusión es que la herencia como conjunto patrimonial gravado por deudas es innegociable, del mismo modo que lo es el patrimonio personal». A nuestro juicio, sostener la cohesión patrimonial de la herencia importa mucho en esta materia. Ciertamente que si se enajenan bienes concretos pertenecientes a la herencia, respecto a ellos no existe reipersecutoriedad a favor de los acreedores, sino la subrogación real; pero que esto sea así no impide que la transmisión del conjunto de la herencia sí comporte una correlativa transmisión de las deudas: ambas cuestiones son diferentes desde el punto de vista jurídico. Así lo apoya GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 422: cuando afirma que «ni los legatarios ni los acreedores hereditarios pueden hoy sufrir perjuicio en el cambio personal del heredero».

⁶⁰ En sus anotaciones al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, Barcelona, 1953, pp. 213 ss. Después de esa fecha ha tenido ocasión de desarrollarlo en otras obras generales. Reconoce la contribución de LACRUZ el autor que más extensa y profundamente ha

que la herencia mantenía siempre, en beneficio de los acreedores de la misma y con independencia de la forma en que se hubiera producido su aceptación, una cierta separación con relación a los patrimonios personales de los herederos, pues de lo contrario, se estaría propiciando que en virtud de un acto propio del llamado se llegara a afectar a la posición jurídica de los acreedores de la herencia, que verían cómo los acreedores particulares de los herederos competirían con ellos mismos sobre los activos pertenecientes a la herencia. Esta doctrina suponía una importante corrección de las ideas hasta ese momento imperantes, e inauguraba una visión de las cosas que iba a seguir dando frutos en la década siguiente. Resulta bien conocido, en efecto, que esta interpretación ha hecho cierta fortuna en la doctrina posterior, y cuenta en su favor con una excelente monografía que la desarrolla y amplía esas iniciales consideraciones con todo lujo de argumentos⁶¹. A pesar de ello no se puede decir que este modo de entender nuestro sistema sucesorio se haya aceptado unánimemente entre nuestros autores, al menos como conclusión que deba defenderse *de lege lata* (porque *de lege ferenda* sí que cuenta en su favor con la opinión doctrinal casi unánime⁶²). No obstante estas reticencias que todavía pueden observarse, en nuestra opinión, esta tesis de la separación de patrimonios, propuesta por Lacruz y desarrollada posteriormente por Peña, es sustancialmente correcta y describe adecuadamente nuestro actual sistema sucesorio, incluso después de la importante influencia que sobre él han proyectado las recientes Leyes de Enjuiciamiento Civil y Concursal.

Esta tradicional discusión supone comparar dos grandes sistemas de entender la sucesión: «como subrogación del heredero en la posición jurídica del causante frente a sucesión como adquisición de un remanente de bienes»⁶³; se trataría, en suma, de comprender

estudiado esta materia: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 99, nota 27. En las páginas siguientes tomamos las principales ideas de nuestro estudio: «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley Concursal», en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro-Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 1907 ss.

⁶¹ Nos referimos, claro está, a la clásica monografía de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, reimpresión con epílogo, Granada, 2006. Encuadra nuestro sistema en el marco del Derecho comparado otra obra reciente: MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», *ADC*, 1998, pp. 81 ss.

⁶² Para este tema deben verse las recientes contribuciones de DURÁN RIVACOBAGONZÁLEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006, pp. 231 ss; y RAMS ALBESA, «El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Madrid, 2003, pp. 5469 ss; idem, «Las deudas de la herencia: una vieja cuestión pendiente», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, cit., pp. 463 ss.

⁶³ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una

mejor a cuáles de estos sistemas se adscribe el diseñado por nuestro Código. El entendimiento de que los efectos de la sucesión, incluso en el caso en que se haya producido una aceptación pura y simple, no comportan de suyo y a todos los efectos la confusión patrimonial entre la herencia y el patrimonio personal del heredero (porque esta confusión no se produce en daño de los acreedores hereditarios, sino sólo en daño del heredero), no es admitido todavía por toda la doctrina⁶⁴, por lo que nos cumple ahora dar cuenta sumariamente de cuál es el estado de la cuestión sobre esta trascendental materia.

La doctrina civil más antigua⁶⁵ solía entender que la sucesión implicaba de suyo dicha confusión patrimonial y que solamente podía limitarse este efecto si el heredero hacía uso del beneficio de inventario. Por tanto, en el caso de la aceptación pura y simple, el heredero recibía de forma inmediata todos los bienes y deudas del causante, con lo que se producía con plenitud de efectos la confusión de patrimonios entre el patrimonio hereditario o herencia y el personal del heredero. La razón fundamental de esta tesis se apoya sobre el artículo 1023.3 CC, interpretado *a contrario*, lo que haría decir al Código que en la aceptación pura y simple se confunden los bienes de la herencia con los propios del heredero⁶⁶.

Desde el punto de vista histórico, una primera matización de esta explicación, vino referida a la hipótesis en la que no hubiera un único heredero, sino pluralidad de éstos⁶⁷. En ese caso, la persistencia de la comunidad hereditaria, que sólo termina con la partición, tenía que significar el mantenimiento de una cierta separación patrimonial entre las masas de la herencia y los respectivos patrimonios

perspectiva comparada)», cit., p. 81. Más adelante se señala que «Nuestro Ordenamiento participa de caracteres similares a aquellos Ordenamientos que, perteneciendo al Derecho continental y sin renunciar a sus raíces latinas, propenden a la patrimonialización del sistema»: así en p. 142.

⁶⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», cit., p. 145: «un importante sector de la doctrina sigue relacionando nuestro sistema con los de marcadas tendencias personalistas. Según esta opinión, la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, son las reglas generales en nuestro sistema en virtud del artículo 1003 CC y como consecuencia de estar vigente la idea de subrogación del heredero en la esfera de su causante».

⁶⁵ Puede verse tratada, bajo la denominación de doctrina «tradicional», por MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», cit., pp. 145 ss.

⁶⁶ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1989, p. 556. Sigue su argumentación LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho Civil (V). Derecho de sucesiones*, coord. por Capilla Roncero, Valencia, 1999, p. 563.

⁶⁷ Al decir de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 98, estas explicaciones «no se convienen con los principios, de que parte la doctrina común, de sucesión personal en las deudas por los herederos y confusión de patrimonios».

personales de los coherederos, separación que debía mantenerse hasta que la partición se produjera de forma efectiva y, por consiguiente, desapareciera el patrimonio hereditario como tal⁶⁸.

Una nueva matización doctrinal vino a añadirse posteriormente. Según esta explicación el patrimonio del causante, en todo caso⁶⁹, sigue siendo centro de responsabilidad por las deudas que le afectan, y, en esa dimensión, se encuentra separado del patrimonio del heredero, incluso del que sea heredero único aceptante de forma pura y simple. Para esta opinión, el argumento que brinda el artículo 1023.3.º CC no puede conducir a entender que la confusión patrimonial se produce a todos los efectos, sino que solamente permite afirmar que la aceptación pura y simple implica la confusión del patrimonio del heredero con la herencia, en daño del propio heredero. En cambio, no resulta razonable extender ese efecto perjudicial a los terceros (los acreedores hereditarios son terceros respecto a los actos del llamado), pues supondría otorgar al heredero o, mejor dicho, al llamado, un poder de decisión que afectaría directamente al derecho de los acreedores de la herencia, que podrían quedar enormemente perjudicados por las decisiones que éste tomara⁷⁰.

Para esta tesis, la separación patrimonial que se produce en el marco del fenómeno sucesorio admite distintos grados en función de los mecanismos liquidatorios de la herencia que se utilicen por los herederos. La separación más intensa es la que se produce en el caso de que funcione el beneficio de inventario, pues entonces «el caudal relicto mantiene una vida propia mediante un régimen específico, la administración separada y la subrogación real, hasta que se complete la liquidación conforme a las reglas legales o se pierda el beneficio de inventario»⁷¹. En cambio «en la aceptación con responsabilidad ilimitada la “separación de patrimonios” es en un solo sentido, pues el heredero no conserva, en propio provecho, las

⁶⁸ Así, por ejemplo, GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria en el Derecho español», *AAMN*, 1953, p. 256, y LÓPEZ JACOISTE, «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», *RGLJ*, 1958, pp. 515-516. Para Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., p. 555: lo que hay en ese caso «es un resultado de hecho beneficioso para los acreedores hereditarios».

⁶⁹ También cuando exista un único heredero: *vid.*, por ejemplo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Madrid, 1991, p. 32.

⁷⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, cit., p. 31, remitiéndose a LACRUZ. Según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 143: «el patrimonio hereditario persiste siempre individualizado por razón de su afectación a las deudas y cargas hereditarias, a pesar de la muerte del titular, de la aceptación (haya o no beneficio de inventario, sean uno o varios los herederos, haya o no juicio de testamentaría) o de la partición. Y persiste hasta la total extinción de las cargas a que está afecto».

⁷¹ Así LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, cit., p. 108.

acciones y derechos que tenía frente al difunto (art. 1023.2º, *a contrario*), ni se considera a sí mismo como un administrador y liquidador del caudal, de cuyos elementos dispone libremente si los interesados no le han puesto las cortapisas que prevé la ley. La separación, aquí, no impide la desaparición de valores de caudal, ni la agresión, contra él, de los acreedores del heredero; y sólo explica la preferencia de los del causante, y los legatarios, sobre los bienes relictos, en tanto éstos subsistan y sean identificables»⁷².

Los argumentos de esta tesis nos resultan plenamente convincentes, mientras que los que se pueden mostrar en contra de ella son mucho más débiles. Por otra parte, incluso los autores que no aceptan la separación patrimonial en el sentido que acabamos de indicar, no dejan de reconocer que la solución que critican es mucho más justa que la que resulta de la confusión de patrimonios⁷³; es que, en definitiva, allí donde hay confusión de patrimonios parece que debería arbitrarse un mecanismo de protección de los acreedores del causante que corrija los efectos indeseables que esa confusión puede producir en las legítimas expectativas de dichos acreedores (que, en realidad, no contrajeron sus deudas con los herederos sino con el causante)⁷⁴. En nuestro sistema no está

⁷² Así LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, V, cit., p. 108. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, cit., p. 65, explica que «de cara a los acreedores hay un patrimonio indiviso con una titularidad conjunta y ésta, en la medida en que pertenece al grupo, seguirá constituyendo la garantía para el pago de las deudas del causante. Si además hay alguna aceptación pura y simple por parte de los coherederos se producirá,... una ampliación de responsabilidad; pero el consorcio hereditario que surge con la aceptación seguirá siendo responsable del cumplimiento de las obligaciones que tenía el causante, independientemente de que además se haya producido o no una ampliación de responsabilidad».

⁷³ Así LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho Civil (V)*, cit., pp. 559-560: la idea de confusión patrimonial «conduce a resultados injustos, principalmente para los acreedores del causante y también para los que el heredero tenía antes de aceptar la herencia»; en p. 564 «la separación de patrimonios es una medida justa». Para LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 7, Madrid, 2001, p. 399, dicha separación sería «acaso deseable». Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., p. 554: «es evidente que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario es una medida justa y protectora de modo objetivo de los intereses de todos, pero como se articula como poder del heredero nada tienen que hacer los acreedores y legatarios. De ahí que numerosas legislaciones, siguiendo la tradición histórica del Derecho Romano, regulen la separación de patrimonios (el personal del heredero y el hereditario) como beneficio que se concede a los acreedores hereditarios y legatarios».

⁷⁴ En definitiva, «en un régimen de confusión patrimonial no puede dejarse sin tutela a los acreedores hereditarios frente a los acreedores del heredero. El beneficio de separación es una institución-contrapeso que necesariamente ha de darse allí donde se admite la confusión patrimonial»: así GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Madrid, 1962, p. 33. Tenía claro este punto GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 439 (comentando el art. 871 del Proyecto que regulaba el beneficio de separación): «La justicia de este artículo es evidente: los acreedores no contrajeron con el heredero sino con el difunto por consideraciones personales o de su patrimonio; sin pensarlo ni quererlo *inciderunt in heredem*; y no es justo que por hallarse este agobiado de deudas pierdan sus créditos, cuando pueden pagarse con los bienes del difunto o deudor primitivo»; también, en el mismo sentido, CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de

regulado dicho mecanismo, pero no por un olvido o rechazo del legislador, sino por haberse entendido que el ordenamiento ya protegía suficientemente a los acreedores mediante una automática separación de patrimonios que funcionaría de forma institucionalmente normal en todas las hipótesis de sucesión⁷⁵.

Las razones que se pueden aducir para justificar esta explicación doctrinal sobre el sistema sucesorio español son muy variadas. Una primera razón se fundamenta sobre el artículo 1911 CC, que vería muy disminuida su eficacia si la garantía del cumplimiento de las obligaciones pudiera cambiar arbitrariamente a la muerte del deudor, mediante la decisión de los coherederos de aceptar pura y simplemente o de verificar la partición de los bienes hereditarios⁷⁶. Añade también Peña que nuestro Código Civil, al establecer la prelación de los créditos, presupone que, aunque el deudor muera, su patrimonio subsiste como masa afecta a sus deudas, como demuestra el artículo 1924, número 2.º CC⁷⁷, en relación con algunas de ellas. Habría que aceptar, pues, que mientras los bienes relictos puedan identificarse, se encuentran sujetos a la responsabilidad por las deudas del causante⁷⁸.

las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código Civil», en *El Derecho Moderno*, XI, 1851, p. 274: «No sería justo que los acreedores del heredero fuesen preferidos a los del difunto en cuanto a cobrar con los bienes de la sucesión, puesto que el mismo heredero no es llamado sino después de estos últimos a participar de los beneficios de la herencia. Esta misma es la doctrina del artículo 871 del proyecto».

⁷⁵ Así lo aclaran, perfectamente, los autores citados en nota 92.

⁷⁶ Aceptan esta idea MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, cit., pp. 31-32 y 55 ss; y MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», cit., p. 161. Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 151-153: «el patrimonio en cuanto ámbito de la responsabilidad está estructurado por norma de *ius cogens*. Su disolución no puede quedar a merced del titular o titulares del mismo, porque su régimen afecta a terceros».

⁷⁷ Así en *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 165: «nuestro Derecho, mismamente al establecer el orden de prelación de créditos, supone que el titular del patrimonio afecto a tales créditos —es decir, el deudor— puede haber muerto. No obstante la muerte del deudor, y en relación con todos sus bienes muebles e inmuebles, los créditos siguen estando clasificados, para su graduación y pago, en los términos que establece el capítulo relativo a la clasificación de créditos (cf. arts. 1921 ss.). A pesar, pues, de la muerte del deudor no se considera disuelto el patrimonio: los bienes guardan su cohesión en función de los créditos que afectan al patrimonio, cuando éste ha pasado ya a constituir herencia (cfr. arts. 1911, 659, Código Civil)».

⁷⁸ DORAL, «Titularidad y patrimonio hereditario», *ADC*, 1973, p. 468: «las deudas siguen conectadas con el patrimonio en cuanto fondo de garantía, concretadas en bienes, y adheridas a la cotitularidad global que corresponde a cada heredero». Esto es lo que explica que haya «algunos casos en que el heredero no está obligado a pagar más de lo que valga la herencia, aunque la haya aceptado pura y simplemente. Tales son los siguientes: (...) cuando los acreedores y legatarios confiesan no haber mas bienes en la herencia, pues así se desvanece la presunción en que se fundó la ley para hacer responsable al heredero por falta de inventario»: así ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, I, cit., p. 204. Este criterio procede del Derecho común, según explica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 41.

Una segunda razón se refiere a la comparación que se puede establecer, si no se acepta esta tesis, entre las posiciones jurídicas del legatario de cosa cierta y del legatario de cantidad con la del acreedor del causante. En efecto, el legatario de cosa cierta, por la propia naturaleza de esta atribución, tendría preferencia sobre los acreedores del heredero; esa misma preferencia la puede obtener el legatario de cantidad si utiliza la vía de la anotación preventiva de su legado (así el art. 50 LH). Resultaría absolutamente inverosímil que, en cambio, el acreedor del causante resultara menos protegido por el ordenamiento que el legatario⁷⁹.

Una tercera razón se fundamenta en la posibilidad de los acreedores hereditarios de solicitar la anotación preventiva del Derecho hereditario, lo que sólo puede tener como fin el aseguramiento del derecho de prelación que adornaría al propio acreedor hereditario sobre el caudal relicto, con relación a los acreedores personales del heredero⁸⁰.

Una cuarta razón se puede encontrar en el artículo 1082 CC, pues la *ratio* del precepto, que opera también en el caso de la aceptación pura y simple y no sólo en la herencia beneficiaria, se encuentra en el designio de salvaguardar los bienes de la herencia de la agresión que puedan sufrir por parte de los acreedores de los coherederos; está claro que, si en esta norma se reconoce la facultad de oponerse a la práctica de la partición a los acreedores de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, es porque se parte de que son preferentes a cualquier otro derecho que pretenda hacerse efectivo sobre dichos bienes hereditarios⁸¹.

⁷⁹ Añadía LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 373: que «la legislación hipotecaria, dado su carácter adjetivo, no impone ella la preferencia del legatario, sino simplemente da carácter *erga omnes*, es decir, frente a cualquier adquirente, a una prelación que debe existir en virtud de normas distintas de las registrales».

⁸⁰ Los preceptos que se deben tener en cuenta a este respecto son los artículos 42,6.º y 46 LH. No obstante, la posibilidad de que los acreedores de la herencia solicitaran la anotación preventiva del derecho hereditario, que estaba clara hasta la entrada en vigor de la nueva LEC 2000, ha venido a quedar oscurecida por ésta. En efecto, el artículo 46 LH, dice en su primer párrafo que «el derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar». En nuestra opinión, esta última referencia permite seguir admitiendo que los acreedores están legitimados para solicitar la anotación preventiva, aunque hay que reconocer que ello queda más claro en el párrafo segundo: «si la anotación fuere pedida por los herederos, legitimarios o personas que tengan derecho a promover el juicio de testamentaría...»; lo que sucede es que la nueva LEC 2000 ya no legitima a los acreedores a que promuevan este último juicio, por lo que este segundo párrafo no constituiría un apoyo para la precedente interpretación. Sobre la antigua redacción: *vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», cit., pp. 166 ss.

⁸¹ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una

La quinta razón se mueve en el orden procesal y, aunque procede del sistema adjetivo precedente al actual, se puede encontrar hoy en los artículos 782.4 y 788.3 LEC 2000⁸², que vienen a ser la materialización procesal del precepto civil que acabamos de examinar, en los casos en que se esté sustanciando el procedimiento de división judicial del patrimonio hereditario⁸³.

Se pueden añadir, todavía, dos razones más, argumentadas y razonadas por Peña de una manera extensa y convincente: la primera, que el CC debió respetar en esta materia la tradición histórica, según había ordenado al Gobierno la Base 18. Esa tradición histórica, minuciosamente estudiada por el autor, conduciría a la afirmación de la tesis de la relativa separación de patrimonios como efecto natural de cualquier hipótesis de sucesión *mortis causa*. La segunda razón que aporta este autor es la existencia en nuestro sistema de un principio tradicional, que cabe enunciar con el aforismo «primero es pagar que heredar», que subsiste en la Jurisprudencia relativa al Código Civil, y que alcanza la consideración de principio general de Derecho⁸⁴.

¿Cuáles son las razones que sirven para argumentar la tesis doctrinal contraria, es decir, la que considera un efecto normal de la sucesión la confusión de patrimonios, sólo excepcionalmente evitable mediante la aceptación a beneficio de inventario? Ya hemos visto que, incluso para los autores que defienden que ésta es la solución que adopta nuestro ordenamiento, el sistema de confusión de patrimonios parece menos justo y adecuado que el de separa-

perspectiva comparada)», cit., p. 164. Y habría que añadir, de nuevo con LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 374, que la situación de los acreedores de la herencia y del heredero o los herederos «no puede variar por el hecho de que los sucesores sean uno o varios», por lo que debe existir ese mismo criterio «cuando el sucesor universal sea uno».

⁸² Y, antes, en el artículo 1093 LEC 1881. Nos debemos remitir, para el análisis de las reglas de la nueva LEC en la perspectiva que nos interesa en este estudio al tratamiento que le dispensa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 289 ss. Para la antigua LEC, *vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», cit., pp. 164 ss.

⁸³ Las cinco razones a las que nos referimos en el texto fueron propuestas por LACRUZ BERDEJO por primera vez en sus Notas al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, Barcelona, 1953, p. 214. Posteriormente son reiteradas, con mayor o menor amplitud en: *Derecho de sucesiones. Parte General*, cit., pp. 373-374; *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 164; *Elementos*, V, cit., p. 114. Las referencias a estos argumentos en otros autores son constantes.

⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, V, cit., p. 107, nota 2, se hace eco de estos argumentos y los acepta. También resultan convincentes para ALBALADEJO, *Derecho civil*, V, volumen primero, Barcelona, 1979, pp. 249 ss. En cambio, VALLET DE GOYTISOLO, se muestra en desacuerdo con esa pretendida vigencia histórica del concepto residual de la herencia; tal concepto «no era sino una imagen, referida al contenido económico resultante de la liquidación de aquello en que de hecho se luca el heredero»: así en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2, Madrid, 1989, p. 623.

ción⁸⁵. No podemos dejar de hacer alusión a ello, porque nos parece que en el punto de partida ya sale con desventaja esta tesis, pues sus propios partidarios dudan de la conveniencia de la misma desde el punto de vista de la justicia.

Desde el punto de vista legal, explicaba Lacruz, en opinión que compartimos, que «contra este conjunto de argumentos [se refiere, obviamente, a los argumentos a los que nos hemos referido más arriba en pro de la tesis de la automática separación de patrimonios como efecto ligado a la sucesión], únicamente De la Cámara esgrime una de cierto peso: el artículo 1925 CC, que restringe los créditos preferentes a los enumerados en los artículos anteriores a él»⁸⁶. Nos convencen plenamente las razones que contra la aplicación de este precepto, aduce a continuación el mismo Lacruz: «aquel precepto no se ha redactado pensando en las deudas hereditarias, ni en la recepción de un conjunto de bienes vinculados al pago de una deudas, a tenor del artículo 1911, que es, por cierto, uno de los anteriores al 1925. Y además en los casos de separación de patrimonios (beneficio de inventario, testamentaria, etc.) no se trata de simple prelación individual, sino del destino de una masa de bienes, primordialmente, al pago de ciertas deudas, y la prueba de que esto puede hacerse con independencia de los artículos 1921 ss. CC, está en el beneficio de inventario, no mencionado en tales preceptos»⁸⁷. Estamos de acuerdo: el artículo 1925 no está pensa-

⁸⁵ Con la excepción de GARCÍA-BERNARDO, «Crítica de un privilegio: el beneficio de separación», *RDN*, 1966, que considera menos justo el sistema de separación en beneficio de los acreedores que el sistema de confusión, ya que el «aspecto privilegiado pugna con la conciencia social, política y jurídica de nuestra época»: así p. 97.

⁸⁶ LACRUZ BERDEJO. *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 374. DE LA CÁMARA aborda esta cuestión en «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección tercera, volumen I, Madrid, 1964, p. 798, nota 143; y hoy en *Compendio de derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pp. 19 ss; y también en el Comentario al artículo 1082 CC del *Comentario al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Insisten en el argumento del artículo 1925 CC en favor de la no separación de patrimonios: GARCÍA BERNARDO, «Crítica de un privilegio: el beneficio de separación», cit., p. 93, que considera que la opinión de LACRUZ no es consistente; LÓPEZ JACOISTE, «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», cit., p. 513; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., p. 557: «no hay... ningún precepto que autorice a alterar el sistema de créditos privilegiados y de su graduación, que es legal y *numerus clausus*», y LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 7, cit., p. 399. «lo cierto es que ninguno de los preceptos relativos a la preferencia de créditos,... que ciertamente son imperativos, pero de aplicación estricta, contempla con carácter general la posible (y acaso deseable) preferencia de los acreedores de la herencia y de los legatarios».

⁸⁷ LACRUZ BERDEJO. *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 374. Se trata, pues, de satisfacer a los acreedores *cum viribus* y no solamente *pro viribus*: cfr. en este sentido, ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, cit., «Por razón del beneficio de inventario goza el heredero las ventajas siguientes: [...] Evita la confusión de sus bienes propios con los de la herencia; de suerte, que no podrá trabarse ejecución en aquéllos por las deudas que pesen sobre éstos, ni aun en cuanto a la cantidad que según el inventario o estado de la sucesión haya de pagar el heredero beneficiario».

do para resolver la situación de las deudas cuando interfiere el fenómeno sucesorio por la muerte del deudor; por este motivo en los artículos que inmediatamente preceden a este precepto no aparece ninguna alusión al hecho de que, indiscutiblemente, el beneficio de inventario presenta particularidades propias, como sería obligado si este artículo pretendiera abordar el tratamiento del problema de las deudas de la herencia⁸⁸.

Por otra parte, nos parece fundamental entender que en este tema no estamos hablando de prelación individual entre los acreedores, porque no se comparan los créditos contraídos por el mismo deudor, sino los créditos que han pasado a ser del mismo deudor en virtud del fenómeno sucesorio, lo cual plantea problemas que exceden de la perspectiva propia de las normas relativas a la prelación de créditos, pues en realidad se refieren a una cuestión diferente que es el de la separación (o confusión) de patrimonios como fruto o efecto del fenómeno sucesorio⁸⁹.

Un segundo argumento que se suele utilizar en la doctrina favorable a la automática confusión de los patrimonios radica en el hecho de que en el Código Civil no se haga ninguna mención al beneficio de separación de patrimonios, ni exista «ningún principio sustantivo con el que se pueda reconstruir, labor en extremo difícil por la complejidad del instituto, como lo prueba la minuciosa regulación de los Códigos que lo recogen»⁹⁰. También serviría de argumento en este mismo sentido el hecho de que no hayan pasado a nuestro Código las previsiones que sobre el beneficio de separa-

⁸⁸ Así también GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, p. 445: «es difícil precisar si se trata de una situación de prededucción o de preferencia, ya que no está claro que exista concurso entre los acreedores de la herencia y los acreedores del heredero. Parece más adecuado tratarlo como un supuesto de prededucción. La prueba de esta afirmación se encuentra en el dato de que este supuesto de preferencia no puede integrarse en la graduación general —como sucede con todos los privilegios—, sino que se presenta como una exigencia *a priori* para proceder al reparto de los bienes de la herencia. Por ello, este presunto privilegio se entiende de una manera mucho más adecuada como un caso de prededucción, situado al margen de la graduación de las causas de preferencia».

⁸⁹ Como fenómenos diferentes tratan la separación de patrimonios y la preferencia también Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., p. 557: «si, como creemos, no existe una auténtica separación de patrimonios en nuestro Derecho fuera del supuesto de la aceptación a beneficio de inventario, ¿hay, no obstante, alguna preferencia para el cobro sobre los bienes que proceden del patrimonio hereditario en favor de los acreedores del causante y legatarios frente a los del heredero?». También subraya esa distinción GARRIDO, *vid. nota anterior*. Según GONZÁLEZ GARCÍA, *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Madrid, 1989, p. 147, las normas sobre concurrencia y prelación de los créditos están dispuestas «para cuando varios acreedores deban ordenar sus pretensiones con referencia a los *bienes de un mismo deudor*; en cambio la separación de patrimonios trata de evitar que tenga que hacerse tal ordenación con los créditos que han nacido contra distintos deudores, y que, sin la separación, tendrían que satisfacerse sobre un patrimonio formado por la confusión de patrimonios diferentes».

⁹⁰ Así Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., p. 555.

ción se contenían en el Proyecto de Código Civil de 1851⁹¹, lo que demostraría su falta de subsistencia actual.

Lacruz opina, para rebatir el argumento anterior, que si el contenido de esa regulación de la separación de patrimonios propia del Proyecto de 1851 no llegó a recogerse en nuestro Código Civil no fue porque nuestros codificadores pensaran que el criterio de la separación automática merecía rechazo, y que, por eso, no se debía incorporar a nuestro ordenamiento, sino más bien por todo lo contrario, es decir, «por entender los legisladores del 88 que su contenido había pasado a la LEC, con cuyo juicio de testamentaría era posible obtener resultados parecidos a los de la separación»⁹². No obstante, el autor discrepa de la idea de que el principio de separación de patrimonios tenga su apoyo fundamental en la Ley Enjuiciamiento Civil, pues estima que también se puede encontrar en el Código Civil⁹³

⁹¹ Lo subraya LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho Civil (V)*, cit., p. 562. También CRISTÓBAL MONTES, «El beneficio de separación en el Derecho español», *RCDI*, 1970, p. 66: «pese a tan interesante precedente, el Código Civil español no recogió la institución de forma expresa e independiente, dando lugar a una situación de vacío legal».

⁹² *Derecho de Sucesiones. Parte general*, cit., p. 376. En favor de esta explicación se mostró CRISTÓBAL MONTES, «El beneficio de separación en el Derecho español», cit., p. 88: «es innegable que en el Derecho sucesorio español late la idea del carácter preferente de los créditos contra el caudal relicto sobre los créditos contra el heredero, y la mejor prueba de ello la constituye, como se ha visto, la existencia de esos procedimientos de *ab intestato* y testamentaría, por cuyo través se logran los resultados propios de la *separatio bonorum* y que, en todo momento, aunque no la establezcan ni puedan establecerla, dan por supuesta la preferencia de los acreedores del causante»; en el mismo sentido DE LA CÁMARA, *Comentario*, p. 2542. También se destacó que el silencio del Código Civil sobre el beneficio de separación difícilmente puede deberse al olvido teniendo en cuenta la minuciosa regulación del Proyecto de 1851: ROCA SASTRE, «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *ADC*, 1960, p. 1157.

⁹³ «En mi opinión, la preferencia de los acreedores del caudal y los legatarios (por este orden) sobre los acreedores personales del heredero existe, pero —y en esto estoy de acuerdo con ROCA SASTRE— no tiene su apoyo fundamental en la LEC, si bien este cuerpo legal refleja un principio general, que tomó del proyecto de CC del 51, y que, sin afirmarse expresamente en ningún lugar del Código vigente, se halla implícito también en él, como antes en la LH»: así LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, cit., p. 373. Para LÓPEZ JACOISTE, «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», cit., pp. 534-535: «el esbozo de las prerrogativas de los acreedores, que a grandes rasgos acabamos de hacer, muestra un claro afán legal por mantener compacto un fondo patrimonial destinado a la finalidad del cumplimiento de las obligaciones hereditarias», si bien tiene que reconocer más adelante que «pese a delatarse esa línea directriz, por vía de crítica diré que el conjunto de garantías establecidas en favor de los acreedores hereditarios, y aun de los legatarios, aparece como inorgánico, asistemático y sin una lógica interna coherente. Ese defecto de tecnicismo se salva, en parte, al pensar que, dado el amplio número de prerrogativas arbitradas, en la práctica serán verdaderamente insólitos los casos en que los acreedores hereditarios no puedan emplear con éxito alguna de ellas en defensa de su derecho»: así pp. 535-536. En parecido sentido: GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, cit., p. 38: «el beneficio de separación, en resumen, está en el Derecho patrio repartido por diversos artículos; más aún, está disperso por diferentes cuerpos legales, al margen incluso del Código Civil». Claro está que «el método para conseguir la separación de patrimonios, los juicios divisorios de herencia, no es adecuado por largo, costoso y complicado. Además es dudosa la posibilidad de iniciar un juicio divisorio en el caso de heredero único o cuando la herencia ya esté partida por el testador, aunque sea promovido por los acreedores a los solos efectos de lograr cobrarse con preferencia a los acreedores

conformando un auténtico principio general⁹⁴; nosotros concordamos con estas últimas afirmaciones, porque si el beneficio de inventario viene configurado en el Código como un mecanismo cuyos efectos están pensados en beneficio de los herederos (cfr. art. 1023 CC), que son quienes pueden instar ese procedimiento, sería incoherente atribuir de forma exclusiva al beneficio de inventario los efectos de las normas que, en dicha sede sistemática, establecen la separación de los patrimonios en beneficio de los acreedores de la herencia (cfr. arts. 1027, 1028, 1029 y 1034 CC). Sería impensable sostener que la aplicación o no del criterio general que informa estas normas vaya a quedar en manos de los deudores, incluso en posible perjuicio de los acreedores.

En suma, pues, «en cuanto a los herederos y a los acreedores del causante el sistema español se presenta con un significado intermedio entre el sistema romano y el anglosajón, con ventajas respecto de los dos»⁹⁵. En efecto, el sistema romano presenta la ventaja de que los herederos entran inmediatamente en los bienes hereditarios, con lo que se evitan los trámites del proceso liquidatorio de la herencia, y las consiguientes dilaciones y gastos. Pero estas ventajas se consiguen a costa de una notable perturbación de los créditos contra el causante pues cambian de patrimonio responsable, y se dividen *ipso iure* entre los coherederos. Esta perturbación de los créditos puede perjudicar a los herederos ya que están sujetos a responsabilidad *ultra vires* (el beneficio de inventario no aparece hasta Justiniano); y puede también perjudicar a los mismos

del heredero»: así LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho Civil (V)*, cit., p. 562. Hoy habría que añadir a esos argumentos el más concluyente de la imposibilidad de los acreedores de instar el juicio de división de la herencia en virtud de la LEC 2000.

⁹⁴ Según VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y...*, XIV, 2, cit., pp. 641-642: «tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento civil [obviamente se refiere a la Ley derogada, vigente a la fecha de publicación de estos *Comentarios*], en todas las ocasiones en que regulan supuestos concretos de colisión de derechos entre acreedores del causante y legatarios dan preferencia a los primeros con tanta uniformidad como la que mantienen al conferir prioridad a los legatarios en conflicto con acreedores del heredero. Ello me inclinó por considerarlo como trasunto de un principio general tradicional, implícito en nuestro Derecho positivo, del que derivan aquellas aplicaciones concretas. Es decir, pensé que si bien nuestros textos legales no recogen la *separatio bonorum* romana, sí obedecen al criterio sustantivo de dar prioridad, para satisfacerse con los bienes de la herencia, a los acreedores del causante respecto de los legatarios, y a éstos frente a los acreedores del heredero. La cuestión no sería, pues, sustantiva, sino procesal, al faltar la regulación de la *separatio bonorum creditoribus*». Se hace eco de este argumento, y lo acepta, CRISTÓBAL MONTES, «El beneficio de separación en el Derecho español», cit., pp. 88 y 89.

⁹⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 104. Para LÓPEZ JACOISTE, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, cit., art. 1010, p. 2389: «la responsabilidad *ultra vires* no pertenece en nuestro sistema a la esencia, no es nota en todo caso inexcusable de la posición jurídica de heredero». Según SALA: «si hubiere admitido la herencia, dejando pasar el tiempo sin hacer inventario, quedan obligados, tanto sus bienes como los del testador, a pagar cumplidamente las deudas y mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la cuarta parte»: *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo I, cit., p. 186.

acreedores del causante en el supuesto de herederos cargados de deudas (pues han de concurrir en los bienes hereditarios con los acreedores particulares de los herederos, salvo que todavía se esté en plazo de pedir la *separatio bonorum*), y también a causa de la división entre ellos de las deudas del causante⁹⁶.

En cambio, en el sistema anglosajón, a los herederos sólo pasa el remanente, y no directamente los bienes ni las deudas, porque han de soportar necesariamente un proceso liquidatorio. A cambio de esto, los herederos nunca sufren perjuicio a cuenta de la herencia, y los acreedores hereditarios obtienen la máxima protección⁹⁷.

En el sistema español se procuran conjugar las ventajas del sistema romano y las del anglosajón: por una parte, los herederos, sin necesidad de proceso liquidatorio, entran directamente en los bienes; pero, por otra parte, pueden asegurarse –si así lo deciden– de no sufrir perjuicio alguno si cumplen las garantías liquidatorias legales del beneficio de inventario⁹⁸. Por este motivo, resulta natural que las características de la cesión de la herencia en nuestro ordenamiento sean diferentes a las que se presentan en cada uno de los referidos sistemas; ni son las habitualmente sostenidas por la doctrina prácticamente unánime, con fundamento en el sistema romano; ni tampoco se puede decir, con apoyo en el sistema anglosajón, que la figura de la cesión resulte desconocida o que sea imposible su verificación⁹⁹.

⁹⁶ Así, casi literalmente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 104.

⁹⁷ Seguimos a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 104. Sobre los diferentes sistemas comparados de adquisición de la herencia, se pueden ver: CÁMARA LAPUENTE, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», en *Derecho privado europeo* (coord. Cámara Lapuente), Madrid, 2003, pp. 1225-1226; MONJE BALMASEDA, *La herencia yacente*, Madrid, 2001, pp. 99 ss; LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Bruxelles, 1996; PETITJEAN, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en Droit français et en Droit anglais*, Paris, 1959.

⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 105: «El sistema romano ha parecido ideal para las situaciones ordinarias –herencias solventes– y el anglosajón para los casos prácticamente excepcionales –herencias insolventes–. El sistema español se presenta con ventaja respecto de los dos para la gran generalidad de los supuestos. En él se resuelve la crisis de la titularidad del patrimonio con armonía y flexibilidad práctica. Únicamente puede censurarse: 1.º que de incumplirse las garantías liquidatorias legales, se imponga la responsabilidad *ultra vires*, en lugar de la presunción de que la herencia tiene bienes bastantes para pagar, como con más acierto hace el Código portugués ...; y 2.º la oscuridad con que se regula el derecho de los acreedores a intervenir el patrimonio mientras no se les pague o afiance». Este último aspecto resulta, incluso, agravado en virtud de la nueva LEC.

⁹⁹ En cambio, para el sistema angloamericano, *vid.* PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1, Barcelona, 1975, p. 386: «Cuando nuestros autores afirman que no es propiamente una venta de herencia el negocio jurídico por el que un heredero se obliga a entregar los bienes concretos que en definitiva le correspondan como resultado de la sucesión, señalan la única operación que estaría al alcance del beneficiario en el sistema angloamericano. Allí no hay venta de herencia porque, en realidad, no hay herencia, al quedar el patrimonio del causante inmediatamente intervenido y sometido a un riguroso procedimiento de liquidación».

En nuestra opinión, pues, el hecho de que se pueda sostener con fundamento que la aceptación de la herencia no comporta de modo automático la confusión de patrimonios del causante y de los herederos, sino más bien que se pueda afirmar todo lo contrario, es decir, que los patrimonios se mantienen separados, justifica que no sea difícil imaginar la posibilidad de que el heredero constituya una figura perfectamente sustituible en todas sus funciones, en tanto que, por sus actos, no haya incurrido en algunas de las conductas que dan lugar a su automática responsabilidad sobre su patrimonio propio en cuanto a las deudas de la herencia (caso éste en que habrá que conjugar de algún modo la obligada presencia de los dos sujetos, cedente y cesionario, en las operaciones liquidatorias de la herencia). Bajo este punto de vista, pues, no puede decirse que la condición de heredero deba tener un carácter necesariamente intransmisible¹⁰⁰. Vamos a ver a continuación que, a pesar de ello, la doctrina suele sostener sin fisuras que este sería un carácter propio de la condición de heredero y, muchas veces, eso se justifica (indebidamente, a nuestro juicio) en razón de la protección debida a los acreedores de la herencia.

2. EL SUPUESTO CARÁCTER INTRANSMISIBLE DE LA CUALIDAD DE HEREDERO Y SU REPERCUSIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA CESIÓN DE LA HERENCIA

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y PRINCIPALES CONSECUENCIAS DEL PRETENDIDO CARÁCTER INTRANSMISIBLE DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO

Llegamos en este epígrafe a una de las cuestiones fundamentales que la posibilidad de la cesión de la herencia suscita desde el punto de vista de la dogmática sucesoria. La doctrina común suele partir, para el tratamiento de la presente materia, de afirmar que la cualidad de heredero resulta incedible a un tercero, lo cual viene a fundamentarse en el carácter personal de que estaría adornada esta

¹⁰⁰ MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Cesiones de derecho hereditario», cit., p. 227: «tenemos que llegar a la conclusión de que el heredero único que acepta la herencia pura y simplemente no puede luego transmitirla globalmente como algo separado del resto de su patrimonio; pues por el hecho de la aceptación la masa hereditaria se integra en ese patrimonio personal del heredero que, según se infiere del artículo 1911, está constituido por todos sus bienes presentes y futuros.

En cambio hay supuestos en que la herencia podría constituir un patrimonio separado; y, efectivamente, como casos de patrimonio separado señala la doctrina a la herencia yacente, la herencia indivisa, y la herencia aceptada a beneficio de inventario».

posición jurídica¹⁰¹; en consecuencia, cuando se produce la cesión de la herencia, el cedente sigue conservando el título de heredero¹⁰². Por ese motivo es también frecuente que se afirme, que para

¹⁰¹ La afirmación es tan frecuente (FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1957, p. 61, habla «dell'insegnamento tradizionale che la compravendita di eredità non involge alienazione della qualità di erede») que su justificación detallada nos parece que es innecesaria, no obstante lo cual podemos citar, como exponentes muy recientes de este modo de ver las cosas, a RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 24: «la incredibilidad de la cualidad de heredero se revela como el auténtico escollo al proyecto negocial diseñado en los artículos 1531, 1533 y 1534 Cc y el aspecto que hace diferir la venta de herencia de una venta ordinaria. El título que da identidad y cohesión patrimonial a la “cosa” vendida es el título de heredero que, sin embargo, no resulta transmisible...»; y a COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, p. 245. Asimismo, ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones*, de KIPP, I, 2.^a ed. al cuidado de PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, Barcelona, 1976, pp. 226-227; «Problemas de la venta de herencia», en *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1981, pp. 11-12; BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952, p. 174; GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», *RGLJ*, 1959, pp. 366; CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., p. 18; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., p. 384: «la doctrina parece convenir en que se enajenan unas consecuencias económicas de una previa situación o status que permanece vinculado a la persona del cedente, lo que hace que la vis atractiva de esta cualidad no pueda decirse extinguida en absoluto»; asimismo, en p. 387; BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, cit., pp. 1021-1022; GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XIV, 1, Madrid, 1989, p. 223 «el comprador extraño del derecho hereditario no por ello alcanza la cualidad de heredero; no se le confirió la condición de partícipe en la herencia a la que es ajeno, ya que el carácter de heredero es personalísimo»; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, p. 338: «la venta de herencia no comprende, lógicamente, la cualidad o condición de heredero, personalísima e intransferible». Si se quiere una referencia a los más reputados manuales: cfr. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, II, Madrid, 1959, p. 235; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, 1.º, cit., p. 212; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 440; *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 299; *Elementos de Derecho civil*, V, cit., pp. 197-198; ALBALADEJO, «La enajenación de la herencia en Derecho español», *RDP*, 1978, p. 4; ídem, *Derecho civil*, V, 1.º, cit., p. 425; *Curso de Derecho civil*, V, cit., p. 193; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1, cit., p. 389; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en CAPILLA RONCERO (coordinador), *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, cit., p. 576; MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, cit., p. 195. En apoyo de esta idea se citan también habitualmente las Resoluciones DGRN de 29 de agosto de 1925 (*JC* núm. 114) y 19 de diciembre de 1930 (*JC*, núm. 159) que, efectivamente, sostienen esta idea pero sin una relación directa con la solución que requería el caso. En otros ordenamientos: RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 115; SCHLICHTING, «Erbrecht», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 9, München, 2004, p. 2314: «Gegenstand des Erbschaftskaufes ist nicht das Erbrecht des Erben». La afirmación en cuestión, la podemos encontrar ya hecha por VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, III, Bassani, 1827, p. 172 «Vendita vero haereditate licet emptor haeres non fiat, dum is, qui semel haeres extitit, non potest desinere haeres esse...: vicem tamen haeredis sustinet»; y POTHIER, «Traité du Contrat de vente», en *Oeuvres*, III, Reimpresión de la edición de París de 1847 por Bugnet, p. 207: «Lorsqu'on vend une hérité, ce n'est pas le titre et la qualité d'héritier qu'on vend: ce titre et cette qualité sont attachés à la personne de l'héritier, et ne peuvent s'en séparer; d'où il suit qu'ils ne peuvent se vendre: car, comme une personne ne peut s'obliger à l'impossible, je ne puis m'obliger envers un autre à lui faire avoir une chose qui par sa nature ne peut subsister dans une autre personne que dans la mienne».

¹⁰² GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XVIII, Tradotto e annotato dall'Avvocato Umberto Grego, Milano, 1901, pp. 684-685: «Il diritto ereditario stesso non è però trasmesso al compratore si che questi acquistò con ciò la qualità di vero erede, imperocchè, se il venditore aveva già adita l'eredità, egli, è divenuto erede e resta tale, secondo il rigore dei principi di diritto [la duda sobre cuáles sean esos principios queda resuelta en el siguiente párrafo, en el que se habla de la regla *semel heres, semper heres*], anche dopo avvenuta la tradizione delle cose e dei beni pertinenti all'eredità»; DORAL, «Titularidad y patrimonio hereditario»,

entender bien qué es la cesión de herencia es necesario «redefinir» la figura de la herencia a los efectos de dar contenido a la institución de la compraventa de la herencia, porque la definición sucesoria normal de la misma no serviría en este contexto ya que la herencia en sentido estricto sería intransmisible¹⁰³. En conclusión, para esta visión de las cosas, la herencia objeto de cesión no sería lo mismo que la herencia en sentido propio; y, asimismo, el heredero cedente no podría nunca desvincularse de, al menos algunos, de los efectos de la sucesión¹⁰⁴.

Ciertamente, incluso en los autores que participan de esta dirección doctrinal, pueden advertirse claras fisuras y vacilaciones cuando, desde la afirmación de principio de que la condición de heredero es intransmisible, se baja a las conclusiones concretas que esa categórica idea debe tener. Así puede advertirse en la propia formulación general de la tesis por algún autor¹⁰⁵; o en cuanto a la posición del extraño que adquiere una cuota hereditaria, que se dice

cit., p. 461: «El cedente sólo es titular de la herencia entendida la titularidad como “cualidad personal”, y el cesionario es sujeto de un derecho, el derecho a pedir la división; en orden al interés que le reporta ya desde ahora esa posición puede intervenir en la partición». Cfr. KIPP-COING, *Derecho de sucesiones*, 2.º, Barcelona, 1976, p. 219: «El comprador adquiere, contra el heredero vendedor, pretensiones contractuales a la transmisión de los objetos de la herencia (en su caso la porción del coheredero); pero él no se convierte en *heredero* y sucesor universal. La posición de heredero como tal *no* pasa a él (a diferencia, por ejemplo, del caso de la sucesión fideicomisaria)». Para BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, cit., p. 1022: «el vendedor no queda en lo sucesivo completamente eliminado». Incidentalmente, porque en realidad el implicado no había adquirido una cuota de la herencia sino un bien perteneciente a la misma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1962 (*RJ* 1962\3608): «ni éstas [las coherederas] le transmitieron los derechos sucesorios de que eran titulares, ni mucho menos la cualidad de heredero, de carácter personalísimo e intransmisible».

¹⁰³ Es necesario aquí citar a LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La venta de herencia en el Código Civil», en cit., pp. 296-297: «Como la posición jurídica del heredero es intransmisible, parece obvio que cuando la palabra “herencia” se utiliza como término de referencia del objeto de un contrato de compraventa, no se podrá entender en el sentido genuino que la palabra tiene como expresión del contenido objetivo del título de heredero. Según esto, resulta que el significado jurídico de la herencia es distinto según se la contemple como objeto de sucesión a título universal o como objeto de enajenación a título singular. Aunque la misma palabra se utilice indistintamente para designar el *objeto de la sucesión mortis causa* y el *objeto del contrato de venta*, es obvio que el contenido del *nomen iuris* es diferente porque el título que define la naturaleza y el objeto de la transmisión es distinto en uno y otro supuesto»; lo sigue GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XIX, Madrid, 1991, p. 734. Y tras su planteamiento, muy claramente RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 13, en el propio encabezamiento de la «Introducción»: «La redefinición de la noción de herencia en su consideración como objeto de un contrato de compraventa».

¹⁰⁴ Según una expresiva explicación, el cedente «no desaparece de la escena jurídica»: así DE LA CÁMARA (F), «Inscripción del derecho hereditario», cit., p. 503.

¹⁰⁵ Cfr. BINDER, *Derecho de sucesiones*, Traducido de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español por José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953, p. 284: «Objeto de la compraventa de herencia es sólo, naturalmente, el caudal relicto en el sentido anteriormente explicado; no la situación jurídica de heredero, que es personalísima e intransferible»; si bien, paradójicamente, algo más adelante añade: «De acuerdo con el fin de la compraventa de la herencia, la obligación del heredero no sólo se dirige a la transmisión de estos particulares objetos, sino también a poner a disposición del adquirente su situación jurídica de heredero, en tanto ello sea posible dada su naturaleza personalísima».

que entra en la comunidad hereditaria¹⁰⁶; o al reflexionar sobre el hecho de que la condición de heredero conservada por el cedente puede ser puramente honorífica¹⁰⁷.

Interesa detenerse en la posibilidad de que el cesionario de la herencia adquiera el eventual derecho de acrecer o que lo conserve el cedente. La actual doctrina española suele concordar en que, salvo otra previsión por los interesados, el eventual acrecimiento corresponde al cesionario o adquirente de la herencia¹⁰⁸. La solución nos parece correcta, ahora

¹⁰⁶ FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, p. 44: «tampoco puede pensarse que se enajene la cualidad de heredero, que es intransferible»; p. 67: «la cuota es disponible: el coheredero que vende su derecho *sale de la comunidad* aunque siga siendo heredero; el extraño que la adquiere *entra en la comunidad* aunque no sea coheredero»; p. 115: «podemos afirmar que el extraño que adquiere la cuota de un coheredero entra en la comunidad hereditaria colocándose en el lugar que correspondía a su causahabiente y adquiriendo todos sus derechos y facultades. No así la cualidad de heredero, de la que no puede despojarse el vendedor porque es estrictamente personal»; p. 190: «no podremos hablar ya de comunidad de *herederos*, pero sí de comunidad *hereditaria* en cuanto seguirá teniendo por objeto la herencia de una persona». Hemos querido ser prolijos y reiterativos en la cita de este autor para poner de manifiesto las dificultades constructivas que aparecen cuando se sostiene la intransmisibilidad de la cualidad de heredero. *Vid.*, también, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, pp. 325-326: «El titular de una cuota hereditaria o del derecho hereditario abstracto tiene facultades para disponer, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y sea a título oneroso o gratuito, de la referida cuota en cuanto bien u objeto peculiar y distinto de los que concretamente se hallan comprendidos en la herencia [...]. La comunidad hereditaria es, en cuanto a la *hereditas*, comunidad por cuotas, al modo romano, y en cuanto a cada bien concreto, comunidad *zur gesamte Hand* o mancomunidad que únicamente permite la disposición cuando “todas las manos” concurren a la enajenación del gravamen»; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, cit., p. 128: «Ningún precepto establece expresamente que cada coheredero pueda disponer de su cuota, pero ello se desprende con evidencia absoluta de las reglas sobre comunidad ordinaria y sobre retracto en el Cc., así como de la Lh.».

¹⁰⁷ Pero, desde luego, cabe preguntarse con DE LA CÁMARA (F.), «Inscripción del derecho hereditario», *RCDI*, 1926, p. 564, si esa condición no expresará una realidad vacía: «en el caso de enajenación total del derecho hereditario parece evidente que esa cualidad queda sin contenido económico reducida a un título honorífico, que ninguna utilidad reporta al que lo posee; el heredero que se desprende de sus derechos a la masa indivisa se asemeja a un excedente voluntario de la herencia». El autor, en cambio, considera que si la transmisión es de cuota hereditaria, el cedente conserva todos sus derechos como tal heredero. También parece deducirse este vaciamiento de la condición de heredero de la opinión de SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado*, XXIII, Madrid, 1906, p. 954, que la condición de heredero queda privada de toda significación económica: «no es esta cualidad [la de heredero] la que transmite al comprador, porque no puede depender de él dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco con el difunto causante de la herencia, sino la masa de bienes y deudas dejada por aquél, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo, el *universum ius defuncti*. El heredero que vende la herencia permanece siendo heredero, pero ha cesado de ser dueño del patrimonio hereditario en la parte que pudiera corresponderle; el título de heredero sigue indeleble en él, pero el derecho concreto en que aquél se traduce pasa al comprador».

¹⁰⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 772, artículo 1464; RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., pp. 92 ss; COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., pp. 263-264; ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia», cit., pp. 18-20; GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», cit., pp. 385 ss; CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., pp. 112 ss; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., pp. 392-393; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, cit., p. 198; ALBALADEJO, «La enajenación de la herencia en Derecho español», cit., p. 7; PANTALEÓN, *Comentario*, cit., p. 1036; GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, cit., p. 747.

bien, es incoherente con la afirmación de que la condición de heredero no se puede transmitir. Si esto fuera así, debería ser el cedente quien se beneficiara de la porción acrecida, ya que le correspondería aquello que es propio de la condición de heredero¹⁰⁹. A menos que se diga, claro está, que dicha condición es puramente honorífica; pero, entonces, no es fácil decir que esa afirmación tenga verdadera importancia dogmática.

La criticada concepción dogmática de nuestra figura termina, además, por imponer en la práctica una incómoda visión atomística

¹⁰⁹ Ya pueden encontrarse expresiones de esa opinión en nuestros clásicos, como reflejo de una cuestión largamente debatida en el Derecho común. Puede verse recogida la discusión, con abundancia de citas en GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XVIII, Tradotto e annotato dall'Avvocato Umberto Grego, Milano, 1901, pp. 704 ss. Entre nuestros clásicos, por ejemplo: GÓMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii*, I, Salamanca, 1570, capítulo 10, n. 44, fol. 89 v. y 90: «pars, vel portio repudiata, vel defecta accrescat haeredi principali directo, non vero emptori et particulari successori»; la razón principal está clara: «in eum remanent omnia iura universalia directa»; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum progressu tractatus*, III, Venetiis, 1573, § XXII, nn. 65 ss., por la misma razón de que el vendedor sigue siendo heredero «remanet verus haeres»; OLEA, A., *Tractatus de cessione iurium et actionum*, Lugduni, 1699, p. 232, se pronuncia con gran coherencia: «haeres vendita haereditate, haeres adhuc manet ... et a creditoribus haereditariis convenitur... jurisque intellectu portio haereditaria semper apud eum manet: cum non haereditatem vendidisse censeatur, sed bona hereditatis: postquam enim adita est haereditas, nomem, fictioque haereditatis cessat, et proprium haereditis efficitur patrimonium». Bajo el Código Civil, opinó así MANRESA, prácticamente en solitario «el derecho de acrecer que corresponde al heredero no tiene, sin duda alguna, el carácter de emolumento, beneficio o provecho de la herencia, sino del heredero, lo cual es cosa muy distinta. No se trata, por ejemplo, de una finca o de un derecho más que forme parte del haber hereditario y del cual no se tuviese noticia, sino de algo que corresponde al heredero mismo; y como dentro de la universalidad, si bien tiene legítima cabida todo lo que a la herencia pertenece, no cabe sin embargo, lo que es personal del heredero, de aquí que entendamos que el derecho de acrecer nacido con posterioridad al hecho de la venta, no debe entenderse incluido en la transmisión»: *Comentarios al Código Civil español*, X, 1, sexta edición revisada por D. José María Bloch, Madrid, 1969, pp. 584-585. En cambio, se mostró en contra PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros codicis justiniani imperator*, I, Venecia, 1773, p. 167, considerando que el acrecimiento beneficiaría al comprador. En el ámbito del Derecho común, fue también frecuente esta tesis: *vid.*, por ejemplo, MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, I, Coloniae Allobrogum, 1631, pp. 197 ss., con muchas referencias. Resulta especialmente interesante uno de los argumentos utilizados por este autor «neque etiam refragatur, quod haeres representat personam testatoris, cum ei iura directa inhereant: quia emptor etiam vicem haereditis obtinet ... et vere portionem haereditatis habet». En verdad el problema doctrinal se centró precisamente en el punto relativo a si la pretendida condición personal de heredero del cedente –heredero directo se lo llama muchas veces– justificaba suficientemente el mantenimiento en él del derecho de acrecer, o si esa condición era algo puramente honorífico y, por tanto, el derecho de acrecer correspondía al verdadero titular de la cuota de herencia, que –además– podía calificarse como viceheredero. La construcción llega a una posible síntesis con la explicación de VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, III, Bassani, 1827, pp. 173 ss., quien considera que se debe distinguir («distinguendum videtur»): «Ius ipsum quod attinet, illud penes haereditatis venditorem remanere puto»; por la conocida explicación: «cum enim cohaeredi portio cohaereditis deficientis accrescere debeat, venditor autem non obstante venditione haeres manserit secundum ante dicta, nec emptorem vendendo haereditatem fecerit, necesse fuit, ut ipse qua haeres hoc iure gauderet»; en cambio, «dein pacto seu venditione transit in emptorem quantum ad effectus suos; iuribus ipsis tum haereditatis tum accrescendi nunquam a venditore, velut in perpetuum haereditate, separandis». Claro que la síntesis viene a subrayar la vaciedad de la condición de heredero nominalmente conservada. Para otras explicaciones: RIPA, *In primam, et secundam Infortiati partem Commentaria*, Venetiis, 1585, L. *Re coniuncti (Super secunda Infortiati)*, nn. 90-99.

del funcionamiento de la cesión de la herencia¹¹⁰, en la que, a despecho de la consideración legal (en la que parece partirse de la posibilidad de la cesión del derecho hereditario como tal, es decir, en su conjunto¹¹¹), se prescinde de la idea de una transmisión unitaria de la herencia y se estima que en realidad lo que existen son tantas transmisiones singulares como objetos específicos pertenezcan a la herencia¹¹², con la necesidad de entregar (exigencia de la necesaria *traditio* en cuanto requisito propio de una transmisión jurídico-real causada por contrato) todos y cada uno de dichos objetos para que se pueda entender transmitida la propiedad sobre los mismos¹¹³; es obvia la incomodidad de esta exigencia, si bien

¹¹⁰ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1978, p. 116, llega a preguntarse si esta concepción que hemos llamado atomística, no hará inútil el concepto de venta de la herencia, aunque lo niega.

¹¹¹ Y, de hecho, esta visión está presente en algunos autores antiguos (aparte de que lo está en GARCÍA GOYENA, como ya sabemos): cfr. BURÓN GARCÍA, *Derecho Civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, III, Valladolid, 1900, p. 855: «si hubiere sido objeto de ella una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado el transmitente o vendedor a responder de su cualidad de heredero, porque esto es lo único que puede considerarse como objeto del contrato, no las cosas singulares de que conste la herencia»; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, IV, Madrid, 1899, p. 782: «Esta doctrina no tiene otro propósito que mantener íntegro el objeto del contrato, que es en estos casos una cosa universal, y se quebrantaría si no se establecieran esos abonos y reintegros (arts. 1532 a 1534)».

¹¹² El tema está ya planteado por GÓMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii*, II, Salamanca, 1569, fol. 5: «vendita haereditate et omnibus bonis in ea contentis non transit dominium sine traditione sicut si venderetur res particularis»; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it. por Fadda y Bensa, Torino, 1925, p. 394: «L'acquirente non acquista l'eredità come tale, ma entra nei singoli rapporti patrimoniali, appartenenti alla stessa, come singoli. Quindi egli non ha la proprietà delle cose ereditarie prima della tradizione; relativamente ai crediti ereditari egli è cessionario; dei debiti dell'eredità egli risponde soltanto secondo le regole dell'assunzione di debito»; GIACOBBE, voz «Cessione di eredità», *Enciclopedia del diritto*, VI, cit., p. 904: «In sostanza il problema si pone in questi termini: ove si consideri l'eredità come complesso unitario, è possibile concepire la cessione di eredità come negozio unitario avente per oggetto l'*universum ius defuncti*; ove invece a quel concetto non si acceda, è necessario scindere il negozio di cessione in tanti negozi autonomi, ancorchè collegati, sia pure in unità di contesto, quanti sono i singoli elementi che compongono l'eredità». Entre nosotros, por todos, SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», en *Doctor Honoris Causa Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, Bellaterra, 1985, p. 109: «hay un solo título pero una exigencia de pluralidad de actos traditorios (art. 1531)».

¹¹³ Así: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1, cit., p. 388: «Incluso reduciendo el fenómeno al activo de la herencia, no existe propiamente una transmisión en bloque, en un solo acto y con efectos de transmisión inmediata sobre cada elemento de dicho activo. Ningún precepto lo autoriza y ninguna razón suficiente lo justifica. El comprador no se coloca o subroga en el lugar del heredero vendedor en un solo acto de adquisición [...]. Sólo cabe que este cumplimiento tenga cierta unidad a base de la tradición instrumental»; ALBALADEJO, «La enajenación de la herencia en Derecho español», cit., p. 5; id. *Derecho civil*, V, 1.º, cit., p. 426; *Curso de Derecho civil*, V, cit., p. 193: «Cada derecho componente del conjunto necesita para ser transferido, o para que su adquisición por el comprador tenga plenos efectos, que se cumplan las exigencias legales prescritas para su transferencia o para la plena eficacia de ésta. Por ejemplo, para la transmisión de la propiedad de cosas hará falta la entrega (modo) las letras de cambio habrán de ser endosadas al comprador de la herencia, etc.»; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 445: «Como toda enajenación, la venta de herencia requiere título y modo, pero con una particularidad: el título abarca la totalidad de los bienes vendidos, y supone la

hay que reconocer que muchos de los problemas se pueden solucionar a través de la tradición instrumental, como reconocen muchos autores. Incluso, puede aparecer la consecuencia de que deban funcionar los eventuales derechos de adquisición preferente que pertenezcan a terceros y que recaigan sobre bienes concretos que formen parte de la herencia (cuestión ésta que tiene perfiles que la hacen desbordar, no obstante, del estricto planteamiento de este trabajo, pues se refiere más bien a la configuración específica que esos derechos de adquisición presenten¹¹⁴).

obligación de reembolsar la totalidad de las deudas, mientras que la transmisión de cada bien, así como la asunción —si llega a realizarse— de cada deuda, necesita, para perfeccionarse, de un acto de cumplimiento que será diferente según la naturaleza de cada objeto. Si bien, sin duda, la tradición instrumental podrá tener lugar en un mismo instrumento para todas las cosas y todos los derechos reales hereditarios que sean susceptibles de ella»; ídem, *Notas al Derecho de sucesiones* de BINDER, cit., p. 286: «Evidentemente, la venta de herencia es meramente obligacional y precisa de un negocio de cumplimiento como cualquier otro contrato de compraventa. Lo contrario sería desnaturalizarla, y crear una sucesión universal anómala donde la ley no ve sino una sucesión *inter vivos* y a título particular [...]. Por aplicación de las reglas comunes del Cc. sobre la compraventa, parece que el contrato de cesión de la herencia precisa de tantos negocios de disposición cuantos son los objetos que componen ésta, si bien, por ejemplo, la tradición instrumental podrá tener lugar en un mismo instrumento para todas las cosas y todos los derechos reales hereditarios (cfr. arts. 1462 y 1464 Cc.)»; parecidamente en *Derecho de Sucesiones*, I cit., pp. 301-302; en *Elementos de Derecho civil*, V, cit. p. 198 destaca una consecuencia: «si el heredero vendedor no tiene la posesión real de las cosas relictas, que otro ha arrebatado al causante o al caudal, y sí sólo la llamada “posesión civilísima”, será precisa la escritura pública»; GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», cit., p. 373; MORALES MORENO, *Poseción y usucapión*, Madrid, 1972, p. 270 n. 194; PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993, p. 1039: «Por el mero cruce de los consentimientos de quien vende y quien compra la entera herencia, no se transmiten ya al comprador todos y cada uno de los bienes y derechos que la integran [...]. El vendedor está obligado a realizar aquellos actos que, según sus respectivas leyes de circulación, resulten necesarios para completar el supuesto de hecho de la transmisión de cada concreto bien o derecho al comprador»; GUTIÉRREZ ALLER, «Compraventa de herencia en el Código Civil», en *Derecho de sucesiones. Donación*, director Seoane Spiegelberg, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 217-218; RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 83: «existe una única venta y una multiplicidad de actos traditorios. La transmisión de las titularidades debe operar singularmente puesto que la herencia no es un bien transmisible/adquirible, y ello a pesar de que se recurra a un instrumento unitario de entrega como pueda ser la escritura pública». También es ésta la opinión de BINDER, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 284: «Puesto que, empero, la masa de la herencia es sólo una unidad colectiva, tampoco puede el heredero transmitir al comprador su derecho a la herencia por medio de un acto de disposición único, sino que son precisos tantos actos de cumplimiento de su obligación, como objetos existan en la masa de la herencia»; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIX, cit., pp. 737-738.

¹¹⁴ Sobre el tema: Sentencia de 5 de febrero de 1909 (*JC*, núm. 65): «Considerando que la cesión o venta de los bienes, derechos y obligaciones que componen una herencia, significa y equivale tanto como la transmisión por título singular de las cosas que comprende y, en consecuencia, si entre ellas se encuentra el dominio útil de una finca, dada en foro al causante del vendedor, es indudable que, a virtud de aquella venta corresponde al dueño directo el derecho de retracto definido en el artículo 1636, en relación con el 1655 del Código Civil, sin que a su ejercicio puedan oponerse, ni la circunstancia de hallarse comprendida la cesión del foro en el conjunto de bienes y derechos que constituyan la masa o caudal, objeto del contrato, ni el hecho de haberse concertado la venta por un solo precio, ya que en tales casos, según tiene establecido este Tribunal Supremo, puede el retrayente subrogarse, en la forma establecida en el artículo 1521 del mencionado Código Civil, en el lugar del primer adquirente, una vez determinada

No se puede negar, de hecho tampoco la doctrina lo niega, que este modo de entender la institución de la venta de la herencia terminará por complicar excesivamente el funcionamiento de la figura, y que, por lo tanto, es un mal aliado para su operatividad práctica¹¹⁵. De este modo se dificulta su eficacia, tal como la desean las partes contratantes, que si algo manifiestan al utilizar la cesión es que el cedente quiere desentenderse de las operaciones sucesorias que serán asumidas por el cesionario; en cambio, en virtud de este entendimiento dogmático,

la parte del precio que corresponda a la cosa sujeta al retracto, cuya eficacia legal no puede quedar a merced de formas o modos de transmisión, por los cuales fácilmente podría eludirse». La doctrina nos parece criticable y, en realidad, en el supuesto procedía esta solución no porque la venta de herencia equivalga a esta enajenación atomizada de cada uno de los elementos de la misma, sino porque, como reconoce el siguiente considerando «la casi totalidad de la herencia se halla constituida por la finca que se retrae, y porque, aparte de no haberse acreditado la existencia de cargas algunas que obliguen a una liquidación de aquella...». Ante esa situación, fácilmente podía pensarse que, efectivamente, la venta de la herencia pretendía eludir la existencia del retracto legal. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006/2366) el retracto que se ejercitaba era el arrendaticio (arts. 47 ss. TR LAU 1964). La Sentencia afirmó que procedía el retracto porque el título de adquisición de la vivienda no era el hereditario, sino la compraventa de la cuota de herencia: «En primer lugar ha de señalarse que en la venta de la herencia regulada en el artículo 1531 del Código Civil, una de cuyas formas es la venta por un coheredero de una cuota parte de su cuota hereditaria (caso que es el aquí contemplado), es opinión común en la doctrina civilística que el objeto de la venta es el contenido patrimonial (activo y pasivo) de la herencia o de la cuota parte vendida, no la cualidad o posición de heredero; el comprador de la herencia no se convierte en heredero; no es sucesor universal *mortis causa* del difunto, sino sucesor inter vivos y a título particular del vendedor. De ahí que no pueda afirmarse, como se pretende en el recurso, que la atribución del piso en cuestión fue asignado a la demandada-recurrente a título de herencia, aunque sólo sea parte del mismo». Curiosamente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 30 de octubre de 1998 (AC 1998/7573), no se aceptaba la idea de la transmisión atomizada pero se daba lugar igualmente al retracto: «la acción de retracto es indiscutiblemente procedente. La parte actora pretende la nulidad de la cesión de derechos hereditarios por entender que encubre una venta, pero es que la cesión de derechos hereditarios no es otra cosa que una venta, la denominada «venta de herencia» que menciona el artículo 1531 del Código Civil; la compraventa del artículo 1445 del Código Civil implica el cambio de cosa por dinero, pudiendo ser el objeto de venta no una cosa sino un derecho, no un objeto sino varios, o bien una «universitas». Si bien en el caso de la venta de derechos suele emplearse la denominación de «cesión de derechos», la cesión de derechos que regulan los artículos 1526 del Código Civil ss., no tiene naturaleza jurídica propia, sino que implica la cesión a título de venta, permuta, etc., y es reconducible a la disciplina del contrato que le sirve de título. En resumen, la cesión de derechos hereditarios no es otra cosa que la venta de una «universitas», o de un conjunto de derechos, y supone una compraventa de objeto complejo. No hay simulación alguna, pues, pero tampoco óbice para la apreciación, por el título transmisivo, de la acción de retracto».

¹¹⁵ MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Cesiones de derecho hereditario», cit., p. 222: «incluso los que admiten la posibilidad de ceder globalmente el derecho hereditario atribuyen muchas veces tan precarios efectos a la cesión que uno llega a dudar de su utilidad.

¿La razón? Pues la de siempre: la “naturaleza” de la cualidad de heredero. El honorabilísimo título de heredero es personal e intransferible; y una vez que se adquiere por la aceptación de la herencia, acompaña al titular hasta su muerte, sin que pueda hacer nada por desprenderse de tal cualidad.

Por eso un heredero podrá transmitir el contenido económico de su derecho hereditario; pero si hay que hacer la partición, o concurrir con los demás herederos a la enajenación de algún bien hereditario, o inscribir en el Registro de la Propiedad cuando la inscripción era posible, el cesionario no podrá hacerlo: todo eso es un privilegio del heredero que enajenó su derecho mediante un precio pagado religiosamente por el cesionario para adquirirlo; sin que, por lo visto, haya adquirido nada, pues que para ejercerlo necesita la intervención de su transmitente».

dichas operaciones sucesorias deberán ser realizadas por el cedente, con lo que los anhelos de simplificación que éste manifiesta se revelarán imposibles de lograr. Quizá sólo esta constatación debería bastar para poner de manifiesto la conveniencia de replantearse los presupuestos sobre los que esta figura ha sido construida doctrinalmente.

Principalmente la idea de la imposibilidad de la cesión de la herencia impone como consecuencia que el heredero cedente debe seguir respondiendo de las deudas hereditarias, salvo que los acreedores consientan la asunción de la deuda por el cesionario¹¹⁶, hipótesis esta última que cabe pensar que será muy poco frecuente en la práctica, aunque sólo sea por la dificultad que representa para el heredero tener que localizar a los acreedores y pedir su consentimiento para una operación que les resulta ajena (no se olvide que, precisamente, el heredero no quiere inmiscuirse en la gestión y liquidación de la herencia ya que realiza anticipadamente el valor de su parte, por lo que resulta poco menos que imposible que sí desee o pueda inventariar las deudas, localizar a los acreedores y recabar de cada uno de ellos su consentimiento).

B) ARGUMENTOS QUE, EN LA OPINIÓN DE LOS AUTORES, SUSTENTAN LA TESIS DE LA INTRANSMISIBILIDAD DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO

¿Cuáles son los argumentos que apoyan, para nuestro sistema, esta forma de ver la consistencia dogmática del Derecho hereditario que viene a condicionar de un modo tan importante la eficacia

¹¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, 1.º, cit., p. 212, si bien «No obstante lo expuesto, la doctrina científica viene admitiendo que, a virtud del espíritu del artículo 1534, el comprador debe responder del pago de las deudas hereditarias, frente al acreedor que se lo reclame, en la medida que alcancen los bienes de la herencia»: así *op. cit.*, p. 213. Expresamente en contra de este planteamiento: MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, cit., p. 195. Otro planteamiento es el de MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, X, I, sexta edición, revisada por D. José María Bloch, Madrid, 1969, p. 585: «Es oportuno apuntar aquí la condición jurídica del vendedor de una herencia respecto del comprador y de los demás terceros. En cuanto al comprador, deja el vendedor de ser tal heredero, puesto que por virtud del contrato le transmite por completo su carácter, y tan es así, que conserva la integridad de sus créditos contra el caudal hereditario. En cuanto a los terceros, acreedores del causante de la sucesión, no pierde el vendedor el carácter de heredero, y es indudable que los terceros podrán dirigir contra él sus acciones, ya que es para ellos tal heredero, pues el hecho de vender, donar o ceder su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a algunos de ellos, se estima por el artículo 1000 del Código como aceptación de la herencia, y la venta realizada no puede pararles perjuicio». Recoge esta idea del carácter relativo de la transmisión de la condición de heredero: DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, II, Madrid, 1959, p. 235: «Entre cedente y cesionario, aquél se considera que nunca ha sido heredero; pero respecto a terceros, queda heredero, pues no puede, por hecho propio, librarse de las obligaciones de los acreedores hereditarios». Claro que también cabe un consentimiento tácito de los acreedores, como hace notar VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, III, Bassani, 1827, p. 176: «Si tamen creditores contra emptorem actiones suas movere coeperint, et is spontanea voluntate eas exceperit, tacitae pactionis exceptione in posterum se venditor tueri posset, quasi id actum esset, ne creditores ab eo petant».

práctica de la cesión de la herencia? En realidad, la respuesta no es fácil, porque la afirmación del carácter no transmisible de la condición de heredero no suele ser justificada de forma detallada por los autores, al menos explícitamente, como si el aserto resultara punto menos que evidente, o derivado de la propia naturaleza de las cosas.

No pocos autores, no obstante, nos terminan revelando que la afirmación se impone por pura tradición histórica, en razón de una pretendida vigencia entre nosotros del viejo aforismo romano *semel heres, semper heres*¹¹⁷. Estamos de acuerdo con que la intransmisibilidad de la condición de heredero puede tener su origen histórico precisamente en este principio o máxima del Derecho romano. Ahora bien, su presencia en nuestro ordenamiento, que viene siendo repetida también desde antiguo, encuentra quizá escasos apoyos en las normas, al menos en las vigentes. No tendría por qué ser incorrecta una idea tradicional de este estilo, pero al menos se debería convenir en que sería preciso encontrarle algún encaje en los principios normativos que inspiran nuestro Código; caso contrario, esta afirmación debería ser tratada con cierto espíritu crítico, no fuera a ser que estuviéramos aceptando un mero prejuicio sin fundamento alguno de orden positivo o sistemático en el ordenamiento actualmente vigente¹¹⁸.

¹¹⁷ Así ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones*, de KIPP, I, cit., pp. 226-227; «Problemas de la venta de herencia» en *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1981, pp. 11-12: «La venta de herencia no comprende la cualidad o condición de heredero, pues ésta es personalísima o vinculada en la persona del heredero llamado y, por tanto, intransferible. Sólo comprende el contenido económico de la herencia o cuota vendida, con su activo y pasivo hereditario. Es el principio *semel heres semper heres* a que responde el artículo 1531 de nuestro Código»; LÓPEZ LÓPEZ, en CAPILLA RONCERO (coordinador), *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, cit., p. 45: «Esta intransmisibilidad de la cualidad de heredero nos viene desde el legado histórico del Derecho Romano, donde siempre estuvo vigente la regla *semel heres, semper heres*»; COLINA GAREA, *Comentarios al Código Civil* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano), artículo 1000, Madrid, 2006, p. 1191. También vincula el referido principio con la imposibilidad de vender el título de heredero, TORRENT, *Venditio Hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, cit., p. 149: «El vendedor vendería el derecho a aprovecharse de las consecuencias económicas de la herencia: no vendería el título de heredero, porque todavía sigue en pie el principio *semel heres, semper heres*, pero prácticamente el comprador sería como un heredero». En el mismo sentido, CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., p. 18. La afirmación también se recoge por FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1957, pp. 70-71: «Nella dottrina e nella giurisprudenza si dà ormai per certo che la compravendita di eredità non ha in ogni caso per oggetto la qualità di erede, essendo questa strettamente personale ed intransmissibile, in conformità al famoso principio, risalente al diritto romano, del *semel heres, semper heres*».

¹¹⁸ De hecho alguna contradicción se puede apreciar cuando simultáneamente se afirma que el comprador de la herencia adquiere la sustancia patrimonial de la herencia y que el vendedor no permanece extraño al proceso hereditario; cfr. ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones*, de KIPP, I, cit., pp. 227-228; «Problemas de la venta de herencia» en *Estudios sobre sucesiones*, II, cit., p. 12: «En la venta de herencia no hay una vulgar enajenación de unos bienes hereditarios, en forma que el comprador quede extraño al proceso hereditario correspondiente, como si fuere un verdadero *tercero*. No; el comprador entra dentro del círculo sucesorio en el sentido de que, por adquirir una *universitas*, y no

Probablemente cuando se alegan los antecedentes romanos como fundamento del carácter personalísimo e intransmisible de la condición de heredero, los autores vienen también a reconocer, al menos implícitamente, que —una vez que se ha abandonado la consideración del Derecho romano como *ratio scripta*— no existe ninguna razón de orden sustancial o permanente que recomiende o imponga la intransmisibilidad de la cualidad de heredero, sea cual sea el momento en que la transmisión se pretenda realizar. Ciertamente a ello obligan incluso los propios orígenes romanos de la regla, pues existió en una época entre los romanos algo muy similar a la transmisión de la condición de heredero mediante la *in iure cessio*¹¹⁹.

Es posible que se pretendiera fundamentar también la intransmisibilidad de la condición de heredero en el desempeño por parte del mismo de funciones de tipo personalísimo¹²⁰. Ahora bien, nadie

bienes singulares aislados, su posición más bien es la de una persona que viene a *sustituir* al heredero vendedor en todo lo económico-patrimonial de la herencia. Por ello, el Derecho romano estima que, en ciertos aspectos, el comprador *hace las veces de heredero*, lo que permite calificarle de *viceheredero*.

¹¹⁹ Nos referimos a la figura de la *in iure cessio hereditatis*. Sobre la misma: vid. IGLESIAS, *Derecho romano*, 14.^a edición revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo, Barcelona, 2002, pp. 377 ss. Ciertamente para este autor, «es de observar que antes de la adición de la herencia —cuando tal proceda— la cualidad de *heres* no se ha fijado definitivamente en cabeza de una persona determinada. Antes de la adición, el legitimado a la *successio* en concepto de *heres* —lo que sólo puede ocurrir por fuerza de una *relación calificadora*, que actúa de título de vocación— puede ser *sustituido* por otro»; RIBAS-ALBA, «La transmissio de la delación en Derecho romano clásico», *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»*, Terza Serie, Vol. XXXIII-XXXIV, p. 290: «el cesionario no adquiere un título que le faculte para aceptar la herencia, sino que se hace heredero». Cfr., sobre esta figura, la síntesis que ofrece RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., pp. 24 ss. En todas estas obras pueden verse otras referencias.

¹²⁰ ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., pp. 387 ss.: «La intransmisibilidad de la cualidad de heredero es proclamada por la generalidad de la doctrina y ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El fundamento, como es sabido, hay que buscarlo en la teoría de Bonfante, esbozada ya por Scialoja, que considera que la sucesión hereditaria romana deriva de la antigua sucesión en la soberanía del grupo familiar [...]. A la muerte del cabeza, la familia no se disgregaba, sino que continuaba bajo un nuevo jefe designado por el *pater*. Esta persona, llamada *heres*, sucedía en los poderes soberanos del difunto y, como consecuencia, subentraba en la situación jurídico-patrimonial de éste. La arcaica *successio* no suponía, pues, un traspaso patrimonial; tenía un significado amplio: suponía entrar en el complejo de los poderes del *pater*»; DE LA CÁMARA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, cit., art. 1067, p. 2507: «la cesión de una cuota hereditaria a un extraño no presta al adquirente la cualidad de heredero [...] no se opera una subrogación plena en la posición jurídica del heredero. Hay ciertos aspectos personalísimos de esa posición que no son transmisibles»; RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 35: «se hace necesario establecer exclusiones al efecto de integrar el objeto vendido que, como veremos, se determina *per relationem*. En ocasiones, estas exclusiones tienen que ver con la naturaleza personalísima con que algunos derechos son atribuidos al heredero, lo que determina que resulten indisponibles; pero en otros casos, ciertas titularidades son reconocidas al heredero no por su cualidad de tal sino por concurrir en él una cualidad distinta, normalmente el parentesco con el causante o la designación o atribución singular por éste en testamento». Pero nos parece que los argumentos de esta autora no prueban lo que quiere: si los derechos se atribuyen al heredero como indisponibles, bien lo sean por disposición del causante o por mandato de la Ley, no hay cuestión ni duda alguna sobre su carácter intransmisible; ahora bien: lo dudoso es que el

niega que las funciones del heredero puede ejercitarse a través de representante, como parece obvio también desde una consideración práctica en la que el supuesto no resulta inusual¹²¹, por lo que esta tesis tiene que hacerse fuerte en el hecho de que, presuntamente, existirían ciertas funciones, intrínsecas a la cualidad personal de heredero, que resultan en todo caso intransmisibles¹²². Llama la atención la aparente falta de coherencia, pues mientras que es frecuente que se llegue a criticar que la legislación siga confiando al heredero funciones de este tipo que, al decir de los autores, estarían fuera de lugar en un Derecho civil que atendería fundamentalmente a los efectos patrimoniales de la sucesión¹²³; cuando se trata de los efectos de la cesión de los derechos hereditarios, se acepta dócilmente la consistencia personalísima de la cualidad de heredero. Asimismo, resultaría un tanto incoherente que, prescindiendo nues-

contenido ordinario normal de dicho título de heredero se pueda considerar indisponible cuando la ley dice que puede ser objeto de cesión. Todo lo más estaremos ante un posible defecto del ordenamiento cuando atribuyendo ciertos derechos a los herederos, estima a la vez que esos derechos son personalísimos, siendo así que el heredero puede ser cualquiera y no necesariamente un familiar del causante. El problema se apreciaba en la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1928 (*JC*, núm. 147), relativa a la acción que para solicitar la legitimidad como hijo concedía el artículo 118 CC a los herederos de éste, y se le dio solución a través de la norma del artículo 1271 CC que considera posible objeto del contrato a todo aquello que se encuentre dentro del comercio de los hombres. Según la Sentencia «el expresado derecho es personalísimo del hijo y no puede ser ejercitado por terceras personas, aunque traigan causa de aquél por haber adquirido, mediante cesión o venta, los derechos hereditarios, ya que ésta sola puede referirse a los bienes que constituyan la herencia, pero, en modo alguno, a los derechos personalísimos e intransmisibles que pudieran corresponder al cedente para ostentar o no su condición de legítimo, porque de ese derecho no pudo, en modo alguno, desprenderse en favor de extraños a su familia, por la prohibición que se consigna en el artículo 1271 del Código Civil».

¹²¹ MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Cesiones de derecho hereditario», cit., p. 234.

¹²² GUTIÉRREZ ALLER, «Compraventa de herencia en el Código Civil», cit., pp. 214-215; COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., p. 253: «La intransmisibilidad de la condición de heredero implica que tampoco puede ser objeto de enajenación todo aquello que corresponda en la esfera extrapatrimonial al heredero por su condición de tal. Por ejemplo, el derecho moral de autor, las acciones por injuria y calumnia al causante o la ejecución de la voluntad de éste cuando no haya designado albacea no formarán parte del objeto del contrato de venta de herencia. De igual manera, quedan excluidas de la venta todas aquellas cosas en las que prevalece el valor de afección familiar o sentimental sobre su valor económico, o que sean de carácter personalísimo, tales como cartas, fotografías, condecoraciones, manuscritos, papeles y recuerdos personales. Aunque aparentemente se trate de bienes patrimoniales, en ellos impera su condición extrapatrimonial debido a la prevalencia de su valor afectivo o sentimental». Además de las anteriores, considera también facultades personalísimas del heredero la legitimación activa o pasiva en las acciones de filiación: DE LA CÁMARA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, cit., artículo 1067, p. 2507. La excepción referida a todas estas funciones u objetos también resulta subrayada en otros sistemas: cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 117.

¹²³ Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto», *RdP*, 15, 2005, p. 53: «La herencia tiene hoy un contenido y significado eminentemente patrimonial». Para el desarrollo de esta idea en la doctrina la autora ofrece abundantes datos y argumentos a lo largo de su trabajo. Ahora no podemos entrar en detalles sobre esta materia que nos alejaría un tanto del tema propio de nuestro estudio.

tro sistema de conservar a toda costa la condición de heredero en los legitimarios (cfr. art. 815 CC)¹²⁴, viniéramos ahora a considerar que en la figura del heredero hay que ver algo más que un contenido preponderantemente patrimonial.

Nos parece que, en obsequio de los cometidos personalísimos del heredero no se puede comprometer la eficacia de la figura de la cesión de la herencia. Dígase más bien que hay ciertos asuntos personalísimos que el legislador confiere al heredero en su entendimiento de que éste será el designado por la Ley (un familiar, casi siempre), o, el elegido por el causante. Y, por tanto, conclúyase afirmando que dichas funciones no se pueden transmitir junto con la condición de heredero, precisamente por tratarse de funciones personalísimas; pero no se justifique apriorísticamente ese carácter sobre la base de que la cualidad de heredero es personalísima¹²⁵.

Adicionalmente se alega a favor de esta tesis que el heredero no puede transmitir la condición de tal porque ello implicaría que, frente a los acreedores de la herencia, se habría producido una asunción de deuda por parte del adquirente de la herencia, sin que se haya recabado el necesario consentimiento de dichos acreedores (cfr. art. 1205 CC)¹²⁶, ya que el contrato de compraventa de la

¹²⁴ Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996, pp. 349 ss.

¹²⁵ Nótese que a lo apuntado en el texto puede buscarse apoyo en algunas de las opiniones citadas en las notas anteriores. Debe advertirse, no obstante, que en uno de nuestros más importantes juristas clásicos, al abordar una de las consecuencias concretas de la venta de la herencia, en concreto el destino del Derecho de Patronato, estableció una interesante y habitual relación con el fideicomiso. Nada valió entonces esa condición personalísima del derecho de Patronato y de la condición de heredero para evitar la transmisión del Patronato. Nos referimos a COVARRUBIAS Y LEYVA, *Operum*, II, Genevae, 1734 (*Variarum Resolutionum*), libro II, Capítulo XVIII, p. 248: «in fideicommissarium non transire ius patronatus, nec ei restituendum esse, attenta ipsius testatoris voluntate, ex qua apud primum haereditatem manet directum et honorificum haereditis nomen, quo ipsum testator donavit, et ideo iura ad honorem potius quam ad pecuniarum commodum pertinentia, et quae nomen verum haereditis praemittunt, non sunt fideicommissario tradenda, id etenim a testantis voluntate iure praesumpta deducitur. At haereditate vendita, omnia ea in venditione veniunt, quae quocumque titulo, quocumque ex causa ad haereditatem venditorem iure haereditis spectant, ita sane actum esse videtur inter emptorem et venditorem»; en el mismo sentido, MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, I, Coloniae Allobrogum, 1631, pp. 199 ss. Posteriormente, ya sin reflejo de discusión, se acepta el aserto en FERRERO, que considera que el Patronato se transmite «por venta, no porque el derecho de Patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia, o parte de ella, por razón de la cual el vendedor es Patrono, entrará en ella el derecho de Patronato, aunque en la escritura no se mencionen»: *Librería de escribanos*, parte primera, III, cit., p. 75.

¹²⁶ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1, cit., p. 388: «La garantía jurídica de que nadie tenga que cambiar de deudor sin su consentimiento (cfr. artículo 1205 del Código Civil) sin duda no es aplicable cuando fallece el obligado. Ya que se trata de una desaparición inevitable, la solución romana precisamente consiste en considerar obligado al heredero. Pero después de haber adquirido éste la herencia, los acreedores vuelven a tener soberanía sobre la persona obligada. Por tanto, la enajenación de la herencia por parte del heredero no puede provocar a favor del comprador una adquisición de bienes, derechos y obligaciones como la realizada por aquél»; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*,

herencia no puede afectar a las personas que no son parte de ese negocio¹²⁷. Se trataría de deudas, nos referimos a las hereditarias, que gravan a la persona del heredero, por lo que no se pueden transmitir¹²⁸, sin el consentimiento de cada acreedor. Se da tanta impor-

V, Madrid, 1978, p. 102: «Lo prueba igualmente la difícil cuestión del traspaso de las deudas, que, como veremos, aunque pueda realizarse por la vía de una asunción de deuda del comprador consentida por el acreedor, no puede liberar al heredero vendedor de su normal responsabilidad por las deudas hereditarias que afectan a todos los acreedores conocidos en el momento de la venta, o que aparecieran posteriormente. Esta responsabilidad del heredero frente a los acreedores hereditarios es intransmisible, como efecto típico de la herencia que no puede eludirse»; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., pp. 389 y 395: «el comprador asume las deudas de la herencia, pero esto solamente frente al cedente, porque ... frente a los acreedores esta asunción no puede entenderse perfecta sin consentimiento de éstos como consecuencia de los principios que rigen la transmisión pasiva de las obligaciones». ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones*, de KIPP, I, cit., p. 233; «Problemas de la venta de herencia» en *Estudios sobre sucesiones*, II, cit., pp. 30 ss; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, p. 626; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La venta de herencia en el Código Civil, cit., p. 302; DE LA CÁMARA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, cit., art. 1067, pp. 2507-2508; RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 147: «la premisa sobre la que se trabaja es ... un principio fundamental de nuestro ordenamiento civil que exige poco más que su constatación: la intransmisibilidad negocial de las deudas por acto *inter vivos* y mediante el solo acuerdo entre el deudor y un tercero». Explica bien y brevemente la evolución histórico-comparada de esta cuestión, BINDER, *Derecho de sucesiones*, cit. p. 285: «Según el Derecho romano –y ello es en sí lógico–, los acreedores no podían dirigir su pretensión contra el comprador, sino sólo contra el vendedor, si bien regularmente la masa de la herencia se encontraba en poder de aquél y no de éste. Empero ya el Derecho común permitía a los acreedores demandar tanto al comprador como al vendedor, y el Derecho territorial prusiano adoptó idéntica solución. Lo mismo hace el Cc. (§§ 2382 ss.): al lado del comprador sigue respondiendo siempre ante los acreedores de la herencia el vendedor, quien además está especialmente obligado a anunciar a aquéllos la venta de la herencia (§§ 2382, 2384)». No obstante, para la cuestión en el Derecho común resultan muy útiles las referencias de FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, cit., pp. 10 ss., que hacen ver que la respuesta del Derecho común varió según los autores. Para una exposición en el sentido de la doctrina citada en esta nota: DE LUCA, *Cessionis iurium, et actionum*, Neapolis, 1687, p. 150: «sine dubio si accollator, sive emptor partem debiti solvit agnoscendo creditorem, qui illum recta via poterit convenire».

¹²⁷ Así, RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., pp. 161 ss. MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, Madrid, 2004, p. 177: «debemos tener presente que los acreedores de la herencia son terceros y, por tanto, no deben verse en ningún caso perjudicados por los pactos establecidos entre las partes, salvo que hubiesen prestado su consentimiento a las asunciones de deudas que aquella cesión implique. Así es como lo previene el artículo 1205 del Código Civil». Se puede ver también DONELO, *Opera omnia*, VIII, Roma, 1830, pp. 801 ss. que alega dos razones: «qui semel heres exstitit, postea heres esse desinere non potest... deinde quia heres factus coepit iure superiori statim teneri creditoribus hereditariis et legatariis: hanc obligationem pacto suo mutare non potest, aut quovis modo deteriorum conditionem creditorum suorum facere»; VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, III, Bassani, 1827, p. 176: «tamen postremum nostris moribus mutatum esse, et creditoribus in emptorem actiones oportere dari, maxime si venditor solvendo non sit ... Invitos sane creditores haereditarios ad id constringit, ut emptorem conveniant, iniquum foret; quippe quibus ius agendi adversus venditorem, veluti ex additione haeredem, conventionem privata emptoris ac venditoris adimi non potuit aut immutari».

¹²⁸ Así, literalmente, COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., pp. 253-254. A veces el planteamiento de los autores parece ser el inverso: «La incredibilidad de la cualidad de heredero determina, por una parte, que éste no pueda sustraerse a su condición de deudor del pasivo hereditario y, por tanto, que las titularidades pasivas permanezcan en él tras la cesión de la herencia»: así RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 35; la autora parece desdeñarse de esta idea en p. 159, n. 48: «no queremos decir que las deudas no resulten cedibles por razón de la intransmisibilidad de la cualidad de heredero ..., sino que la responsabilidad por las mismas halla su fundamento en el título de heredero y en el efecto jurídico que resulta del

tancia a este argumento que se llega a indicar que «ése es el defecto de la definición legal de la figura: configurar la herencia como objeto del contrato de venta»¹²⁹. Para nosotros, procedería hacer la consideración contraria: cuando una explicación doctrinal no concuerda con la opción del legislador, hay que cuestionarse la propia concepción doctrinal sobre la institución implicada; el defecto debe verse más en el concepto que en la norma.

Se alega también que «el único supuesto de adquisición *per universitatem* lo constituye la sucesión por causa de muerte, de modo que la venta de herencia constituye una adquisición particular con las limitaciones que le son propias y, dado que no existe una titularidad real sobre el patrimonio hereditario, la entrega no se efectúa sobre el objeto vendido —la herencia—, sino sobre los bienes hereditarios considerados e identificados bajo esa designación unitaria»¹³⁰. Ahora bien, el hecho de que se admita la cesión de la herencia como un todo no significa obligatoriamente que se deba considerar este fenómeno como un supuesto de sucesión universal: la única sucesión universal ya se ha producido cuando la cesión se realiza. Lo único que significa la cesión es una sustitución en la condición de heredero y en las funciones que le son propias. Obviamente, habiendo muerto el causante ya no es posible una nueva sucesión respecto de él. De lo que estamos hablando es, o bien de una sustitución del llamado inicialmente (cambio personal del llamado), o bien de que, una vez verificada la adquisición de la herencia, se opera un cambio personal del heredero.

mismo»; e incluso cuando a continuación del texto en que inserta esta nota invoca en apoyo de su idea la opinión de la Glosa, cita un texto que justifica solamente que el comprador de la herencia no se puede considerar heredero porque esta cualidad sería intransmisible.

¹²⁹ RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 151.

¹³⁰ RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 44. Y se añade en p. 51: «la venta como negocio es incapaz de producir esa sucesión o transmisión integral de activo y pasivo hereditarios». En el mismo sentido ya se habían pronunciado autores como SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, vertido al castellano por Mesía y Poley, Granada, 2005, pp. 354-355: «La sucesión a causa de muerte tiene por objeto los bienes considerados como formando un todo ideal [...] dicha relación artificial de derecho no es susceptible de extensión alguna arbitraria, habiendo sido instituida especialmente para un cierto número de casos determinados [...] Sin duda, se puede también querer en otras muchas circunstancias transmitir un conjunto de bienes; pero la voluntad de las partes no recibe ejecución inmediata, porque la sucesión a título universal no admite aplicaciones arbitrarias, y, en este caso, las diversas partes de que los bienes se componen deben transmitirse separadamente». A este último respecto cita en n. 17 el caso de la enajenación de la herencia; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it. por Fadda y Bensa, Torino, 1925, p. 394: «L'alienazione dell'eredità non produce una successione universale»; también, ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1978, p. 102. Ahora bien, tampoco debe esa idea estimarse como indiscutible; de hecho afirmaciones contrarias pueden encontrarse también en nuestros clásicos. Por ejemplo en YÁÑEZ PARLADORIO, *Opera jurídica*, Coloniae Allobrogum, 1734, libro I, capítulo III, § 2, n. 27, p. 25: «universitas quae venditur, spectanda est, non singularis res in ea contentae»; o también PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros codicis justiniani imperatoris*, I, Venecia, 1773, p. 166, en el contexto de la evicción: «non vendit singulas res, sed universum ius, quod defunctus habuit».

C) NUESTRA OPINIÓN SOBRE ESTE PARTICULAR. FUNDAMENTOS NORMATIVOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA POSICIÓN QUE SUSTENTAMOS Y ARGUMENTOS DE ORDEN FUNCIONAL A FAVOR DE LA MISMA

Pensamos que el principio romano *semel heres, semper heres* –que sería el fundamento principalmente alegado para sostener la intransmisibilidad de la cualidad de heredero– no se encuentra presente en nuestro Código Civil, sino que en él más bien impera la idea contraria de que cabe ser heredero durante un tiempo y luego dejar de serlo, para que otra persona asuma esa condición. Y, por otra parte, opinamos que la posibilidad de transmitir la condición de heredero es una tesis que se deduce más fácil y directamente de los textos legales vigentes que la contraria; en cualquier caso, aunque no se aceptara que ésta es la idea de nuestro ordenamiento, no se la debería descalificar apresuradamente, puesto que ello trae como consecuencia limitar el campo de la investigación, desechando un presupuesto que, al menos como hipótesis, debería ser considerado atentamente, teniendo en cuenta los argumentos de orden legal con los que cuenta en nuestro sistema¹³¹.

Los preceptos en que ese designio legal se concreta son de variada índole, e interesa dejar constancia de ellos, puesto que son un elemento muy principal de apoyo. Desde luego, no es el menor argumento el que brinda el Código Civil cuando de forma reiterada se refiere a la posibilidad de la transmisión de la herencia; ante esa realidad nos parece que la tesis contraria debería pertrecharse de más sólidas razones. Así se nos muestra en los artículos 1531 ss. CC que reconocen la posibilidad de vender o enajenar la herencia, y la misma rúbrica del capítulo se refiere a la «transmisión de derechos incorporales», perspectiva que resulta reiterada en el artículo 1067 CC. Para negar que estos preceptos estén refiriéndose propiamente a la posibilidad de transmitir «la herencia» en sentido estricto como literalmente disponen, la doctrina –amén de argumentar sobre antecedentes históricos– se ve obligada a realizar un juego de prestidigitación consistente en redefinir, a estos únicos efectos, el propio concepto de herencia, como acabamos de destacar.

Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, también resulta muy conocida la norma que, en sede de forma del con-

¹³¹ La tesis de GARCÍA GOYENA se podrá calificar de muchos modos, merecerá o no adhesión, pero nos parece que no se puede decir que sea «ambigua», como se la ha calificado por RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 26. Si algo manifiesta es claridad, aunque se pueda discrepar; por nuestra parte, tras haber reflexionado sobre la materia hemos llegado a la conclusión de que GARCÍA GOYENA puede tener razón, en cierta manera, tal como explicamos a lo largo de este trabajo.

trato, se refiere explícitamente a la posibilidad de ceder la herencia, como es el artículo 1280 CC. En esta misma perspectiva de la teoría general del contrato nos parece muy significativa la norma del artículo 1271 CC que, al abordar las características del objeto del contrato se ocupa de precisar que resulta impedido que la «herencia futura» sea objeto del mismo, pero nótese que solamente se hace alusión a la herencia en esta consideración de «futura», y nada más, por lo que es lícito concluir que, en unión con los demás datos que nos ofrece el ordenamiento, la herencia ya abierta sí es un posible objeto del contrato.

Por si no bastara con esto, en la sede sistemática del título III, del libro III, dedicado a las sucesiones, y, por tanto, en un lugar mucho más adecuado para definir las características del derecho a la herencia, se reitera el carácter transmisible del mismo. Es suficientemente conocido el dato normativo, pero vale la pena reiterarlo, aunque ya lo hemos recordado en un apartado anterior: nos referimos al artículo 1000.1.º CC que, aunque directamente referido a la delación, que considera efectivamente intransmisible mediante un acto *inter vivos*, deja suficientemente claro que quien pretende la transmisión de la delación de la que es titular, en realidad está produciendo de forma automática la aceptación de la herencia en el mismo momento en que la transmite a un tercero, pero dicho negocio no cabe duda de que sí supone la entrada de dicho tercero en la posición jurídica del heredero; al menos el artículo en estudio no supondría ningún obstáculo para entenderlo así¹³².

Nos parece que la afirmación de que el criterio legal es contrario a esa transmisión necesitaría pertrecharse de argumentos más sólidos que la simple invocación de un espíritu histórico acerca del carácter personal e intransmisible de la condición de heredero¹³³.

¹³² El significado de la norma del artículo 1000.1.º CC resulta minuciosamente explicado por JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Madrid, 1990, pp. 100 ss., aunque no podamos estar de acuerdo en algunas de sus precisiones. En concreto, para este autor «la delación tiene, sin duda, un componente personalísimo que la hace indisponible por el llamado. Mientras que, en cambio, no es personalísima en el sentido de que su ejercicio –aceptando o repudiando la herencia deferida– deba hacerlo *personalmente* el llamado; cabe, desde luego, aceptar por representante, legal o voluntario. Dicho carácter personalísimo se vincula al de la propia *condición de heredero*, de la que la delación-vocación es vehículo»; en el mismo sentido RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 26. Para nosotros no es necesario fundamentar este efecto legal de la intransmisibilidad de la delación en un pretendido carácter personalísimo de la condición de heredero; pensamos que puede verse perfectamente tras esta norma el designio legal de facilitar la adquisición de la herencia.

¹³³ De ahí que no podamos estar de acuerdo con quienes, aceptando la doctrina común, cierran toda posibilidad a la transmisión de la condición de heredero: Así, por ejemplo, JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, cit., añade a continuación del texto acabado de citar en la nota anterior que «Por ese carácter personalísimo de dicha condición de heredero,

Ciertamente desde una consideración aislada de artículos como el 1445 CC se puede deducir que la compraventa no es cauce adecuado más que para transmitir «cosas» y no en principio «la herencia», que no sería propiamente una cosa¹³⁴. No obstante, desde una consideración de conjunto, tenemos suficientes datos normativos (ya los hemos invocado oportunamente) que apoyan explícitamente esta posibilidad de enajenación de la herencia, con lo que el rigor del dogma debe ceder ante la evidencia de la permisión legal, a la que el dogma debe servir de explicación.

Porque, además, la posibilidad de la cesión se fundamenta doctrinalmente en razones prácticas de cuya solidez no cabe dudar. Así, por ejemplo, se dice que el heredero, con la cesión de sus derechos hereditarios, busca obtener una rápida liquidez, quizá porque dicho heredero se encuentra distante del lugar donde los bienes hereditarios se encuentran, o le es imposible o inconveniente atender a los múltiples requerimientos que la liquidación, defensa y gestión de la herencia comporta¹³⁵. Bajo este punto de vista, si se

es por lo que, una vez adquirida (por la aceptación de la herencia o por la adquisición de ésta *ex lege*), resulta *incedible* (*semel heres semper heres*): así la doctrina es concorde, en que cuando se enajena la herencia globalmente, nos hallamos ante un conjunto de transmisiones singulares de bienes y derechos determinados, y ante el compromiso del adquirente frente al heredero enajenante de hacerse cargo de las deudas hereditarias (compromiso que, por sí mismo, no afecta a la posición de los acreedores hereditarios: art. 1205 CC); pero en ningún caso es objeto de transmisión la propia condición de heredero: lo sigue siendo el enajenante y nunca llega a serlo el adquirente de la herencia». Obviamente habrá que examinar luego con detalle el argumento fundamentado en el artículo 1205 CC.

¹³⁴ RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 65: «el objeto de la venta, del título, no es ningún bien –mueble o inmueble–, sino un *nomen*, una designación, la cual no puede constituir el objeto de transmisión o adquisición».

¹³⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en CAPILLA RONCERO (COORD.), *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 576-577: «Por ejemplo: la herencia está compuesta, principalmente, por inmuebles; el heredero reside en Alemania y prefiere dinero efectivo de inmediato a su herencia, evitando, en la medida de lo posible, viajes, gestiones... En suma: molestias, gastos y pérdida de tiempo por unos bienes que, al fin y al cabo no le interesan [...] La transmisión a título oneroso de la herencia proporciona al vendedor un beneficio inmediato a cambio de atribuir al adquirente el contenido económico de la herencia. El contrato trata de proporcionar al comprador el beneficio patrimonial que hubiese recibido si la herencia se hubiere deferido en su favor, en vez de al heredero». Así también, FEDELE, *La compravendita dell' eredità*, cit., p. 1: «Non di rado avviene che la devoluzione di una successione ponga l'erede in non lieve imbarazzo. Svariate circostanze, quali la lontananza del luogo di residenza dell'erede da quello in cui si trovano i beni ereditari ed in cui devono essere pagati i debiti della eredità, il suo stato di bisogno o di malattia, la scarsa confidenza che egli abbia con le norme del diritto successorio, la ripugnanza ad affrontare le noie della liquidazione del patrimonio ereditario, il timore che il passivo superi l'attivo unito con il desiderio di evitare le lungaggini della procedura del beneficio d'inventario, possono precludergli o rendergli difficoltosa la normale via di realizzare i singoli cespiti della eredità e di pagare i creditori della medesima».

In tali condizioni, l'erede sarà piuttosto indotto ad alienare in blocco il patrimonio ereditario dietro un corrispettivo in danaro, a concludere cioè una compravendita di eredità». De la misma opinión, BINDER, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 283: «La compraventa de la herencia tiene por fin facilitar al heredero la posibilidad de convertir la masa de la herencia en un valor líquido, evitándole la necesidad de su liquidación y adquiriendo, a cambio de la masa, una suma global»; de esa opinión, también, KIPP-COING, *Derecho de*

dice que el cedente sigue siendo heredero tras la cesión se está reconociendo la incapacidad del ordenamiento de dar respuesta a una verdadera necesidad práctica¹³⁶. Por tanto, desde este punto de vista funcional, no se entiende bien que la cesión de la herencia haya de tener efectos necesariamente limitados, sobre todo si ello no lo impone ninguna norma jurídica; sería tanto como interpretar el ordenamiento de modo disfuncional, impidiendo que se puedan lograr mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad finalidades perfectamente lícitas.

Puede añadirse también, desde este mismo punto de vista, la complicación que añadiría esta doctrina si se la combina con la exigencia de entrega para la transmisión de los derechos reales mediante contrato. Para la doctrina dominante no funciona en la cesión de herencia la transmisión unitaria del conjunto sino que es necesario que se verifiquen actos transmisivos de cumplimiento en relación con todos y cada uno de los bienes y derechos pertenecientes al caudal¹³⁷. El tema tiene el suficiente calado como para que nos debamos detener en él por un momento.

sucesiones, 2.º, cit., p. 219: «Para realizar financieramente el valor de una herencia deferida del modo más sencillo y rápido posible, puede resultar conveniente y necesario al heredero enajenarla como un todo (en bloque) contra un precio total».

¹³⁶ RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 48, nota 130, señala que «sea cual sea la concepción de la herencia que se estime predominante en el Código Civil, ya como medio adquisitivo ya como sucesión en lugar del causante [...], la universalidad que entraña la adquisición *per universitatem* o la *successio in universum ius* es, en el contexto de la venta de herencia, una ambición imposible». Preferimos por nuestra parte no dejar cerrada la puerta de esta forma tan tajante a la solución que, en nuestra opinión, más plenamente resuelve el propósito de las partes en la cesión de la herencia. Efectivamente, lo que prácticamente ocurrirá en este caso será que el llamado como heredero quede por completo desvinculado de las operaciones sucesorias, normalmente a cambio de una cantidad alzada (compraventa), o, mediante cualquier otro título, por ejemplo el gratuito (donación). Cfr. el mismo incumplimiento de las finalidades prácticas de las partes en la tesis de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en CAPILLA RONCERO (coord.), *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, cit., p. 577, quien tras haber aducido el ejemplo que acabamos de aducir en nota, añade: «El comprador adquiere el patrimonio hereditario, comprensivo de bienes, derechos y acciones. No obstante, frente a los acreedores de la herencia el deudor es, y sigue siendo, el heredero. Por lo tanto, los acreedores pueden dirigirse contra el heredero vendedor para la satisfacción de su derecho de crédito, salvo que consientan la asunción por el comprador con efectos liberatorios para el deudor, según los principios que rigen la transmisión pasiva de las obligaciones. En la relación interna, entre comprador y vendedor, aquél está obligado al pago de las deudas que forman el pasivo de la herencia, cuyo importe deberá reembolsar al heredero que las pagó».

¹³⁷ El problema resulta familiar al Derecho Romano: TORRENT, *Venditio Hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, cit., pp. 167 ss. Por ese motivo «el vendedor, antes de haber entregado los bienes de la herencia continuó siendo dueño de dichos bienes, y por consiguiente, podía venderlos a otro transfiriéndole el dominio. Pero como la venta de herencia ha de comprender todo lo que procediese de la herencia, y la venta anterior quebranta la buena fe —dice el emperador Alejandro, el comprador de herencia puede demandar al vendedor con la acción de compra para obligarle a pagarle en la medida de su interés». El texto al que se refiere este romanista está recogido en C. 4.39.6 (Imp. Alexander A. Pomponio militis): «Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveraverit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quod tua interest praestare cogitur» (a. 230). Lógi-

Como es sabido, en nuestro sistema para la transmisión de los derechos reales no es suficiente la existencia de un contrato mediante el cual las partes acuerden la efectiva transmisión del derecho real de que se trate; es necesario, además, un acto de cumplimiento que el artículo 609 CC denomina tradición. Aplicando esta idea a la compraventa de la herencia muchos autores piensan que no se produce la transmisión en bloque de los bienes integrantes de la herencia porque sería necesario que a la existencia de un válido contrato de compraventa de la misma se añadiera la tradición de todos y cada uno de los bienes pertenecientes a ella¹³⁸. Nosotros no compartimos este modo de ver las cosas, pues, en nuestra opinión, no es la que mejor se adapta al contenido de los preceptos legales aplicables. En efecto, cuando nos situamos ante la compraventa de herencia no podemos olvidar que, para nuestro Código, estaríamos ante una hipótesis en la que se pretende la transmisión de un bien o derecho incorporal (esto es, el derecho a la herencia se considera bien o derecho incorporal), por lo que habrá que pensar que serían suficientes las formalidades evidenciadoras de la tradición (tradición instrumental) o los otros requisitos exigidos por el artículo 1464 CC para considerar entregado el derecho vendido, cumplida la obligación del vendedor y, consiguientemente, transmitidos los derechos que correspondían al vendedor sobre el conjunto de la masa hereditaria, con su necesario reflejo sobre todas y cada una

camente en el Derecho común se recogió la solución romana: *vid.*, por ejemplo, DONELO, *Opera omnia*, VIII, cit., pp. 827 ss. Para RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., pp. 83-84: «esta ley aplica el sistema de transmisión de título y modo manteniendo el dominio u otra titularidad real sobre bienes hereditarios en el patrimonio del vendedor hasta que se efectúe la entrega —el comprador sólo adquiere de forma inmediata un derecho de crédito que le permite exigir esa entrega—, contemplando la eventualidad de una doble venta y distinguiendo entre la eficacia real del contrato y su eficacia obligacional»; hasta aquí estamos de acuerdo, pero discrepamos de la conclusión que la autora saca acto seguido: «El esquema es directamente transportable a la regulación del Código Civil».

¹³⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La venta de herencia en el Código Civil», cit., pp. 301-302: «El comprador ... adquiere sólo un título de adquisición sobre los bienes integrados en el conjunto de la herencia, necesitando para perfeccionar su adquisición un nuevo acto de tradición o de pago, según se trate de derechos sobre cosas o de créditos»; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 561: «Con la escritura pública quedará normalmente cumplido el requisito de la *traditio* para los objetos cuya transmisión aislada la necesitare». Pero: ¿y si no hay escritura pública de cesión? ¿Por qué la transmisión de cada objeto ha de ser aislada? CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., p. 39: «el hecho de que en España no pueda admitirse la transmisión en bloque de la herencia no radica, como ya se ha observado, en que se estaría creando una impropia sucesión universal, situación que no hay por qué plantearse, sino en algo mucho más sencillo: en que como el contrato de venta no está dotado de eficacia real traslativa, por más que abarque la totalidad de los objetos hereditarios, habrá necesidad de recurrir a concretos actos de disposición o de cumplimiento de obligación, apropiados a la naturaleza de cada cosa singular, si se quiere que la enajenación tenga plena y real efectividad»; COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., p. 245: «el comprador de la herencia adquiere en virtud de un solo título, pero no *uno acto (sic)*, siendo preciso para la plena transmisión que se produzca el cumplimiento del modo adecuado a cada bien o derecho objeto de la transmisión».

de las titularidades integrantes de la herencia¹³⁹. Es cierto que los antecedentes romanos relativos a la compraventa de herencia están contruidos sobre la necesidad de entregar todas y cada una de las cosas integrantes de la herencia¹⁴⁰, pero pensamos que esa exigencia puede estimarse hoy innecesaria por cuanto nuestro Código pone el acento en el carácter de derecho incorporal que tendría la herencia; sobre todo, porque el criterio romano de la exigencia de entrega de cada cosa componente de la herencia tenía un cierto carácter perturbador para el funcionamiento de la figura, perturbación que hoy se puede fácilmente evitar mediante la interpretación de las actuales normas. La evolución histórica de la figura la ha llevado a ser calificada de un modo en el que las posibles formas jurídicas de realizar la tradición se han simplificado; así lo mani-

¹³⁹ No sólo, pues, será posible la tradición instrumental, sino las otras formas de entrega que la Ley considera transmisivas de los derechos incorporales. Es obvia nuestra discrepancia en este punto con la doctrina que considera imposible la transmisión del derecho hereditario en sí mismo, con lo que concluye que sólo es factible la tradición instrumental en cuanto lo consientan los concretos objetos que forman parte de la herencia. En nuestra opinión, como lo que se transmite primordialmente es la condición de heredero, basta la aplicación genérica del artículo 1464 CC que no reduce a la instrumental las posibilidades de tradición en este caso. En este sentido: MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, X, I, sexta edición, revisada por D. José María Bloch, Madrid, 1969, p. 582: «Lo esencial de este contrato es que la herencia está considerada como una universalidad, como un conjunto de derechos y obligaciones, [...] De aquí que la transmisión del dominio de la herencia no tenga por modo la tradición o entrega de las cosas de que se compone, sino la cuasi tradición del derecho hereditario, que es propiamente el objeto de la venta»; también BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952, p. 174: «Siendo la herencia una cosa universal, que comprende derechos y obligaciones de diversas clases, la obligación del vendedor de transmitir la cosa vendida al comprador no puede cumplirse en la forma usual de tradición, sino por cesión o cuasitradicción. El vendedor cede sus derechos y acciones al comprador, el cual puede solicitar la cesión de unos y otras u obrar *quasi ex jure cesso*». Cfr la difundida tesis contraria, tal como la explica LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en CAPILLA RONCERO (COORD.), *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, cit., p. 578: «Como toda enajenación la venta de herencia requiere título y modo; pero con una particularidad: el título abarca la totalidad de los bienes vendidos y supone la obligación de reembolsar la totalidad de las deudas, mientras que la transmisión de cada bien, así como la asunción de cada deuda (si llega a realizarse) necesita para perfeccionarse de un acto diferente según la naturaleza de cada objeto. Ahora bien, la transmisión instrumental puede tener lugar en un mismo instrumento para todas las cosas y derechos reales que sean susceptibles de ella (cfr. arts. 1462 y 1464 CC)»; también FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit., p. 112: «podrá obtenerse en nuestro Derecho el traspaso inmediato por virtud de la tradición instrumental que establece el art. 1462, párrafo segundo, precepto que la jurisprudencia ha declarado aplicable en esta materia, si bien aquellos actos especiales se requerirán para lograr la plena efectividad de la total transmisión de la herencia»; RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 85: «En el caso de la herencia vendida por heredero único, será la tradición instrumental el medio traditorio más idóneo (art. 1462.2 Cc) permitiendo mantener la fórmula de designación *per relationem* de los bienes entregados con su otorgamiento. Se podría amparar una fórmula del siguiente contenido: “Vendo mi herencia y mediante el otorgamiento de escritura pública hago tradición de todos los bienes comprendidos en ella”. Debe observarse cómo en estas opiniones o no se cita el artículo 1464 CC o, si se hace, no se extrae de él ninguna consecuencia específica.

¹⁴⁰ Incluso en D. 41.1.43.1 (*Gaius* libro VII, *ad Edictum provinciale*) se señala con carácter general que: «incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est»; y específicamente en C.4.29.6, que acabamos de reproducir, se afirma la necesidad de la tradición de las cosas singulares.

festaría el hecho de que la cesión de la herencia se considera por el Código como una cesión o transmisión de un derecho incorporal, y que estas cesiones de derechos incorporales cuentan legalmente con mecanismos propios para que la tradición se considere realizada (cfr. art. 1464 CC), sin que, en cambio, aparezca por ningún lado en el Código Civil la exigencia de una entrega individualizada de los bienes integrantes de la herencia, que sí se deducía con claridad de los textos del *Corpus Iuris*¹⁴¹.

Por otra parte, apoya esta misma solución, una necesaria distinción que habría que hacer en esta materia entre la tradición, aplicable al objeto de la venta que no es otro que el derecho a la herencia, y la efectiva entrada en posesión de los variados objetos de los que la herencia se compone. Entendemos que esta segunda cuestión es tarea que debe realizar el cesionario, cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas; pues era una tarea que también competía al heredero en su propio beneficio. No se le puede exigir al cedente que asuma estas cargas en beneficio del cesionario, cuando ese tipo de cometidos son los que el cedente quiere evitarse al tomar la deci-

¹⁴¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1909 (*JC* núm. 104) estimó cumplida la tradición con el otorgamiento de escritura pública por el cedente, con base a considerar el derecho a la herencia un derecho incorporal de los regulados en el art. 1464 CC; en consecuencia, consideró legitimado al cesionario para ejercitar la acción de petición de herencia y la de su partición. También la Sentencia de 4 de diciembre de 1954 (*RJ* 1954\2887) parece inclinarse por que no es necesaria la tradición de las cosas individuales sino que el cesionario «queda plenamente subrogado en el derecho, voz y acción del poderdante para todos los efectos de las herencias [...] el contrato quedó perfecto y consumado cuando se firmó, ya que al tratarse de la cuestión de derecho hereditario no cabía hacer la tradición real de las cosas materiales, como sucede en la compraventa, poniendo al comprador en poder y posesión de la cosa vendida». También era ésta la postura de la RDGRN de 19 de diciembre de 1930 (*JC*, núm. 159): «Considerando que la cesión de cuota hereditaria realizada por medio de escritura pública sin llegar a transmitir la cualidad de heredero con las características personales y familiares del caso, faculta al cesionario para ejercitar las acciones y derechos que la ley confiere al cedente en orden a la custodia, aprovechamiento, distribución y adjudicación de los bienes hereditarios.

Considerando que de los artículos 1000, 1067 y 1464 del Código Civil se desprende con toda evidencia que dicho acto jurídico no engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere el derecho a la cuota correspondiente desde el patrimonio del coheredero al del adquirente, y no sólo coloca a este último en el puesto del cedente, de suerte que pueda pedir por su propia autoridad la partición hereditaria, sino que lo pone en relación dominical directa con los elementos de la masa relictiva. [...]

Considerando que la descripción de los inmuebles que comprenda la cesión de una porción hereditaria ni es posible cuando el acto se otorga en el oportuno momento, o sea antes de la partición, por carecer el cedente de facultades para enajenar cosas determinadas del caudal hereditario, ni es congruente con una transmisión que no implica responsabilidad o evicción por cada objeto y que puede hacerse según frase del artículo 1531 del Código Civil “sin enumerar las cosas de que se compone”, aun cuando se trate de la totalidad de la herencia.

Considerando que si en general los documentos intervivos han de contener la descripción de fincas o derechos con arreglo a los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y concordante de su reglamento; aquel en que se acredita la transmisión de una cuota hereditaria participa en cierto modo de la universalidad del testamento y no prejuzga los bienes, derechos y acciones que integran el activo ni las deudas, responsabilidades o bajas que forman el pasivo, siendo necesarias y suficientes las características de la muerte del causante, declaración de heredero, cuota y aceptación para centrar el acto transmisivo».

sión de enajenar la herencia. Desde este punto de vista, basta considerar que la figura de la cesión de los derechos hereditarios puede tener mucho interés en hipótesis en las que el heredero no tiene la posesión real y efectiva de los objetos pertenecientes a la herencia¹⁴², sino sólo la civilísima que como tal heredero le corresponde (cfr. art. 440 CC)¹⁴³. No vemos obstáculo a que lo que deba pasar al cesionario sea precisamente la actual condición posesoria del heredero (incluso la civilísima), porque, de lo contrario, terminaríamos por exigir a dicho heredero cedente que tenga que tomar posesión efectiva de cada uno de los bienes de la herencia para, a su vez, transmitirlos al cesionario. Estaríamos así complicando la vida al heredero-cedente, contradiciendo la propia finalidad del negocio de cesión, que no es otra que la de facilitar a éste que se desentienda del procedimiento sucesorio, en el que la reintegración de los bienes pertenecientes a la masa puede tener un destacado protagonismo.

Ciertamente el heredero-cedente no puede pretender conservar para sí la posesión de los bienes hereditarios que materialmente posea, y en este sentido nace a su cargo una obligación de entrega como consecuencia de la cesión del derecho hereditario, pero esto es otra cuestión que no nos parece que esté involucrada con la exigencia de *traditio*.

¹⁴² No deje de pensarse en el supuesto que parece ser el paradigmático de la cesión de la herencia: el caso en que el llamado como heredero se encuentra lejos del lugar donde se encuentran los principales bienes de la herencia. En ese caso resultará normal que el heredero tenga dificultades para poseer los bienes de la herencia. No se olvide el sentido de la posesión civilísima que tiene «una doble eficacia: respecto a la posesión disfrutada por el causante, cuyos efectos transmite al heredero sin necesidad de contacto corporal con la cosa, y respecto a la posesión de los bienes hereditarios, que reconoce en el heredero durante el tiempo en que este sujeto no posee materialmente»: así MORALES MORENO, *Poseción y usucapión*, Madrid, 1972, p. 67, n. 153.

¹⁴³ La Sentencia de 27 de mayo de 1967 (RJ 1967\2802) se muestra en contra de que el cesionario de la herencia pueda aprovecharse de la posesión civilísima que corresponde a los herederos. Sin embargo la afirmación no tiene trascendencia en el caso; en él los coherederos no enajenantes alegaban la usucapión de ciertos bienes contra el cesionario en virtud precisamente de contar ellos y no éste con la posesión civilísima. El Tribunal Supremo, aun aceptando este argumento, consideró que la referida usucapión no se había producido. En cualquier caso afirmó que el adquirente de herencia «no se subrogó en su calidad de heredera, sino únicamente adquirió el derecho a instar la división del caudal relicto y a que se le adjudicaran los bienes concretos que a aquélla correspondieran, sin que por tanto lograra a su favor la posesión civilísima que a los herederos compete durante el plazo de indivisión; luego es evidente que no puede alegar en su favor la citada posesión sobre los bienes litigados desde 1911 a 1941 en que se practicó la división de la herencia». ¿Hubiera aceptado esta misma afirmación la Sentencia si ella hubiera implicado la usucapión en beneficio de los coherederos y en perjuicio del cesionario? Pensamos que no, entre otras cosas porque sería una solución abiertamente injusta, sin que los argumentos que la apoyan sean en absoluto convincentes. Por otra parte en la doctrina se estima que «La escritura pública ha de permitir también al heredero transmitir la posesión que tenga, con carácter civilísimo (art. 440 del Código Civil), sobre determinados bienes de la herencia»: así MORALES MORENO, *Poseción y usucapión*, Madrid, 1972, p. 281. ¿Y no podrá, entonces, transmitir la posesión civilísima que recaiga sobre los bienes de la herencia en su conjunto? Y, de otro modo, incluso si aceptáramos que la posesión civilísima no se transmite el cesionario, habría que afirmar que la conserva el cedente, luego también bajo este punto de vista la usucapión por parte de algunos de los coherederos con base a la posesión civilísima sería imposible en contra de algún otro de ellos.

La transmisibilidad de la cualidad de heredero concuerda también con la solución preferible, más operativa y funcional, que procede dar a la cuestión de si el comprador de la herencia puede ejercitar la acción de petición de herencia. Incluso autores que señalan que la cualidad de heredero es intransmisible consideran necesario admitir esta legitimación activa, a pesar de los matices de esas opiniones¹⁴⁴. Recientemente se ha combatido la posibilidad de admitir esa legitimación¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Vid. la exposición de GASPAR LERA, *La acción de petición de herencia*, Pamplona, 2001, pp. 77 ss. Nótese que partiendo de que «dicho adquirente no asume la condición de heredero del transmitente», pese a lo cual «deviene titular del patrimonio hereditario como un todo» (p. 77) y adquiere la acción «con la herencia» (p. 79); para otras opiniones: ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., p. 398: «si el comprador ha de recoger todo cuanto hubiera correspondido al heredero vendedor de no haber vendido, habrá que admitir que al cesionario corresponde la referida acción, primero porque es el verdaderamente interesado, ya que el cedente se desentendió del contenido económico de la herencia; segundo, porque hay que entender que cuando se transmite un derecho se traspasan los medios jurídicos para hacerlo efectivo, y tercero, porque la acción por su carácter adjetivo carece de sustantividad»; ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia» en *Estudios sobre sucesiones*, II, cit., pp. 17-18; PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1036; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 1.º, cit., pp. 440-441; BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, cit., p. 1028. En la doctrina específica sobre la acción de petición de herencia la cuestión ofrece más matices; desde los que opinan que no existe la posibilidad para el comprador más que de ejercer una acción parecida a la de petición de herencia hasta la de los que la admiten francamente o con condiciones. Ejemplo de lo primero es SANCHO REBULLIDA, «Las acciones de petición de herencia en el Derecho español», *RGLI*, 1962,1, p. 300: «De ello [de la no transmisión de la cualidad de heredero] resulta que como no se transfiere ni puede transferirse al adquirente la situación jurídica del enajenante, y es ella el presupuesto esencial de la petición de herencia, no puede aquél ejercitarla en su sentido genuino. Lo que sucede es que, como se transmiten –aunque a título singular– la totalidad de los bienes hereditarios y por el hecho de serlo, el objeto de la petición es idéntico, aunque con distinción fundamental (al título universal de su auctor se añade su propio título singular). En este sentido, puede admitirse que el cesionario se ve asistido de una acción parecida a la petición de herencia cuando el demandado se oponga negando no su título singular, sino la condición hereditaria de su auctor». En cambio, para CANO ZAMORANO, «La acción de petición de herencia: Concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente», *RCDI*, 1981, pp. 1239-1240 «un correcto planteamiento exige contemplar dos supuestos, según el heredero ceda o no expresamente en el contrato de venta de la herencia la posibilidad de ejercitar las acciones que a aquél le corresponderían.

Si no lo hace no estará legitimado, porque con la compra de la herencia no se adquiere la cualidad de heredero, imprescindible para ejercitar la acción. No supone esta situación que el comprador se encuentre desamparado frente al poseedor, ya que podrá ejercitar las oportunas acciones singulares. Y especialmente –pensamos– la reivindicatoria, basándose en su título de propiedad y reclamando los bienes hereditarios, incluso en un conjunto –si cumple el requisito de determinar y delimitar cuáles son los bienes reclamados–, o, si lo prefiere, ejercitando diversas acciones reivindicatorias». De otra opinión, netamente positiva, son: GULLÓN BALLESTEROS, «La acción de petición de herencia», *ADC*, 1959, pp. 211-212; SIMÓ SANTOJA, «En tema de petición de herencia», *RDP*, 1960, p. 682: «Por aplicación del principio general de subrogación sería necesario considerar también legitimados activamente al donatario, comprador y cesionario de la herencia». En el Derecho italiano, la respuesta positiva, puede encontrarse perfectamente argumentada por FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, cit., pp. 196 ss; con abundantes referencias. En la Jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1909 (*JC* núm. 104) consideró legitimado al cesionario para ejercitar la acción de petición de herencia.

¹⁴⁵ RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., pp. 31-32: «El impedimento se encuentra en la pretensión declarativa: ¿cómo puede el comprador de una herencia afirmar frente al heredero aparente una cualidad que no posee ...? [...] Por nuestra parte, consideramos que la legitimación activa conlleva la afirmación del título de heredero, afirmación que el cesionario

Los argumentos que se alegan contra la legitimación activa del cesionario a los efectos de la acción de petición de herencia, son varios¹⁴⁶. Por un lado se dice que la legitimación activa para el ejercicio de la acción conlleva la afirmación del título de heredero, lo que el cesionario no puede hacer en ningún caso. A nosotros esta idea nos resulta infundada porque no se ve por qué el cesionario no pueda demostrar ese título de heredero que correspondió al cedente, aparte de que naturalmente deba acreditar la cesión, cuando es obvio que de esa demostración puede depender la subsistencia de sus derechos sobre los bienes de la herencia en su conjunto. También se dice que el reconocimiento del título de heredero produce consecuencias jurídicas que exceden de la esfera personal y patrimonial del comprador. Tampoco nos convence este argumento, porque precisamente el hecho de haberse producido la transmisión de la herencia hace que el único interesado en la misma sea el adquirente, y no el transmitente de la misma¹⁴⁷; por ello es natural que sea el adquirente quien defienda su derecho y no el transmitente. En cualquier caso, si el transmitente de la herencia resultara de algún modo afectado por el ejercicio de la acción, ello no sería más que consecuencia de la enajenación efectuada por él de modo voluntario.

Se añade, además, la dificultad de que se produzca el supuesto de hecho necesario para que se haga preciso el ejercicio de la acción de petición de herencia por parte del comprador. En esta línea, se afirma que el comprador de una herencia es el poseedor actual de los bienes hereditarios (supuesto, claro está, que no puede plantear ninguna cuestión en relación con la acción de petición de herencia, porque el caso que justifica su ejercicio será el de la ausencia de

no puede hacer en ningún caso y cuyo reconocimiento traerá consecuencias jurídicas que excederán de la esfera personal y patrimonial del comprador. Asimismo, añadimos a cualquier argumento relacionado con los presupuestos subjetivos de la acción, la dificultad del supuesto de hecho necesario para que fuese preciso el ejercicio de dicha acción por parte del comprador. El comprador de una herencia es el poseedor actual de los bienes hereditarios; ¿por qué habría de reivindicarlos frente al heredero aparente? Si en realidad lo cedido hubiese sido la pretensión incierta a una herencia –la acción misma de petición de herencia entablada frente a un tercero por el cedente y mediante la cual el heredero habría hecho aceptación de la herencia–, nos hallaremos ante un supuesto de cesión de derecho litigioso, de sucesión procesal, perfectamente admitido por nuestro Ordenamiento pero distinto de la cesión típica de herencia contemplada en el artículo 1531 Cc. Si el objeto de la venta, en cambio, fuese la delación de quien se considera heredero real, el negocio conllevaría la aceptación de la herencia y la consiguiente legitimación activa del heredero al efecto de reclamar la herencia frente al heredero aparente y lo cedido sería la herencia, si acaso sometida a la prestación del cedente a la condición suspensiva de ganar el pleito».

¹⁴⁶ Desarrollamos en los párrafos siguientes los argumentos presentados por RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 32.

¹⁴⁷ La propia autora, señala que en nuestra doctrina se produce una «rara casi unanimidad: la mayoría de autores que han tratado monográficamente el tema de la venta de herencia se decantan por estimar que corresponden al comprador los incrementos patrimoniales que con posterioridad a la venta experimente la cuota vendida»: así RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 94 (nota 289).

posesión por parte del cesionario, que ignoramos por qué se considera de difícil verificación¹⁴⁸). Como únicas alternativas a esta situación de hecho, se consideran las hipótesis de que se haya cedido la acción de petición de herencia entablada frente a un tercero por el cedente o que se haya cedido la herencia pero sometida a la condición suspensiva de que el cedente gane el pleito que recae sobre ella. No dudamos de que estas dos situaciones puedan darse efectivamente, pero el supuesto más probable es que el cesionario no pueda entrar en posesión efectiva de la misma por existir otra persona que posee la herencia, sin que ello se haya previsto expresamente.

En definitiva, lo más normal será que el negocio de cesión de la herencia suponga la cesión de la acción de petición de herencia, pero ello no necesita una voluntad expresa, sino que se debe entender implícitamente incluido en la voluntad de ceder. La solución nos parece obvia porque ante una situación de hecho como la descrita (el heredero cedente no poseía los bienes y tampoco los posee el cesionario) resultaría un mal favor para el cedente y para el cesionario conceder legitimación activa para el ejercicio de la acción de petición de herencia sólo al primero; con ello se conseguiría tener que involucrarle precisamente en todo aquello que quería evitarse, mientras que se le dificultaría al segundo la posibilidad de llegar a gozar de los bienes de la herencia, pues tendría que seguir una vía oblicua para recuperarlos.

En cuanto a la legitimación pasiva del cesionario en una hipotética acción de petición de herencia, pensamos que cabe hacer parecidas consideraciones. No debe caber duda, en nuestra opinión, de la procedencia de dicha legitimación, lo cual vuelve a demostrar que la idea de que el cesionario de herencia es un adquirente a título singular de los bienes que forman parte de la misma, es una afirmación que no resiste la confrontación con la práctica¹⁴⁹.

¹⁴⁸ RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 32. Probablemente, aventuramos, está pensando la autora en que en este caso faltaría la necesaria tradición y, por tanto, no se habría producido la efectiva transmisión de la herencia imprescindible para el ejercicio de la acción; pero esta inferencia no es, ni mucho menos aceptable, pues puede existir tradición sin que la posesión efectiva de los bienes hereditarios se transmita al cesionario o sin que actualmente la conserve.

¹⁴⁹ GASPAR LERA, *La acción de petición de herencia*, cit. pp. 88 ss.: «Las discrepancias al respecto tienen su origen, esencialmente, en la naturaleza singular o universal que se atribuya al título de adquisición del comprador de la herencia. Y es que, debe recordarse que resultan excluidos del ámbito de legitimación pasiva de la acción de petición de herencia los poseedores a título singular. Por consiguiente, quienes afirman que el comprador de la herencia es adquirente a título singular están excluyéndole indirectamente del ámbito de legitimación pasiva de la acción de petición de herencia». Pese a ello, llega a la conclusión, correcta a nuestro juicio, de que sí está legitimado, pues el comprador «deviene titular –aunque se trate de una titularidad viciada– de la universalidad de bienes que es la herencia».

En una consideración de conjunto militan a favor de la transmisibilidad del derecho a la herencia como tal, otras consideraciones de orden sistemático que pueden deducirse de forma relativamente simple del tenor literal de algunos de los preceptos del Código Civil.

En primer lugar, el carácter transmisible que la delación tiene en nuestro sistema, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano clásico. Ciertamente ya hemos dicho, y no lo vamos ahora a discutir, que no es posible la transmisión *inter vivos* de la delación, porque un acto de ese carácter tiene para el Código el carácter *sic et simpliciter* de aceptación de la herencia, es decir, que supone el ejercicio positivo del *ius delationis*, tal como el artículo 1000.1.º CC prescribe, pero –en cambio– es perfectamente posible la transmisión *mortis causa* del *ius delationis* (cfr. art. 1006 CC), lo que constituye un claro exponente de que el pretendido carácter personalísimo del mismo no es más que un residuo del pasado (del Derecho romano, para ser más preciso¹⁵⁰), que tiene poco sentido mantener actualmente cuando tan profundamente han cambiado los datos normativos en que aquel carácter se podía fundamentar¹⁵¹.

¹⁵⁰ Vid. JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, traducción de la segunda edición alemana por PRIETO CASTRO, Barcelona, 1965, pp. 473-474: «El derecho de adquirir la herencia correspondiente al heredero extraño, por efecto de la institución, era estrictamente personal», como consecuencia de lo cual, «tampoco estaba admitido que una persona adquiriera para sí la herencia a base de la delación hecha a otra: El derecho del heredero no pasa a sus herederos. En el derecho clásico se hizo una excepción (por medio de una *restitutio in integrum*) cuando el heredero no hubiera podido aceptar por determinados motivos. Teodosio II (C. 6, 52, 1, del año 450) amplió la excepción a otro caso, y Justiniano más tarde, de hecho convirtió el principio de la intransmisibilidad en el contrario. Este emperador permitió a los herederos del heredero la adquisición de la herencia deferida a éste, pero dentro de cierto plazo: de un año como regla, a contar desde el momento en que hubieran tenido conocimiento de la delación, y si se hubiese concedido al heredero algún plazo, dentro de éste (C. 6, 30, 19)». También debe consultarse: RIBAS-ALBA, «La *transmissio* de la delación en Derecho romano clásico», cit., pp. 289 ss.

¹⁵¹ Adviértase el tratamiento crítico al régimen castellano, fundamentado a su vez en el tratamiento romano del problema, que se puede encontrar en ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 1, Madrid, 1874, voz «Aceptación o adición de herencia», p. 202: «Cuando aquel a quien se defiere una herencia fallece sin haberla repudiado ni admitido expresa o tácitamente, podrán sus herederos aceptarla o repudiarla, si era heredero legítimo; pero no si lo era extraño. Así se deduce de las leyes 2 y 3, tít. 6, Part. 6 [...] La razón de la diferencia consiste, en que el heredero legítimo, como es heredero por derecho, trasmite desde luego la herencia a sus herederos; pero el heredero extraño, como que antes de la adición no tiene la herencia, sino sólo su esperanza, no puede trasmitirla sino después de aceptarla, y de aquí la regla: *haereditas non adita, non transmittitur*. Esta razón, sin embargo, como otras muchas del Derecho romano, de que está tomada, no deja de ser más sutil que sólida; y así es, que no se ha tenido en consideración por algunas legislaciones, v. gr., por las de Aragón y de Francia. Cualquier heredero, sea legítimo o extraño, tiene derecho a aceptar la herencia que se le defiere: este derecho no es propiamente una esperanza, pues nadie la tiene de lo que depende de sí mismo; es, por el contrario, una facultad, un derecho verdadero y actual de que puede a su arbitrio el heredero hacer o no hacer uso; un derecho pecuniario y no exclusivamente inherente a la persona; un derecho siempre es derecho, ya se constituya por la ley, ya por testamento. Si la herencia, pues, se compone de todos los derechos del difunto, ¿por qué se ha de excluir el derecho que tenía el mismo de aceptar o repudiar una sucesión? Y si pasa a los herederos en un caso, ¿por qué no ha de pasar en otro?». Sobre el problema del derecho de transmisión, tal

La explicación de que no se permita aún hoy la transmisión *inter vivos* del *ius delationis* tiene más que ver con el deseo legal de favorecer la aceptación de la herencia que con el pretendido carácter personalísimo de este derecho.

En segundo lugar, milita también a favor de esta condición transmisible de la herencia el hecho de que se acepte indiscutiblemente de forma teórica y práctica la transmisión sucesoria de la condición de heredero, para los casos en que el heredero aceptante fallece sin que se haya llevado a término todo el *iter* sucesorio. En este sentido nadie dudaría –imaginamos– de la obviedad de que fallecido un heredero antes de la partición, las operaciones particionales deben seguirse con los herederos del fallecido, quienes tienen también la legitimación para proseguir cuantas actuaciones con relación a la herencia correspondían al heredero fallecido. Así, por ejemplo, se ha considerado con relación al ejercicio de las acciones de defensa de la legítima¹⁵². Todo lo cual demuestra que la condición de heredero se transmite a su vez *mortis causa*.

Ciertamente está por medio todavía el problema representado por las deudas hereditarias, pues la sucesión se verifica no sólo en bienes y derechos, sino también en las deudas y puede resultar llamativo que por voluntad del heredero, que ha pasado a ser deudor de las deudas hereditarias en virtud de su aceptación, pueda desvincularse de la responsabilidad por las mismas y pase a serlo una persona diferente a la inicialmente prevista por la Ley o por el testador.

Para resolver esta importante objeción, a nuestro juicio será necesario dilucidar la fuente de la que nace la responsabilidad por las deudas hereditarias a cargo del heredero. Es obvio que la fuente última es la Ley que diseña la sucesión como un mecanismo para lograr la continuidad de las relaciones jurídicas del causante (así puede verse en el art. 659 CC). De hecho se puede decir que la sucesión es un fenómeno necesario para el orden social y para el tráfico jurídico¹⁵³, y en esta perspectiva están principalmente presentes las deudas del causante.

como está regulada hoy, y los antecedentes romanos, *vid.* LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., pp. 166 ss; también O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, cit., I, artículo 1006, p. 2383; y muy especialmente, el tratamiento detallado de la materia por JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis»*. *Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, cit., pp. 29 ss.

¹⁵² Expresamente, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943 (*JC*, núm. 17).

¹⁵³ Cfr., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 11: «La muerte, lo mismo que no tiene poder sobre el reino de las almas, tampoco lo tiene sobre la mayor parte de las posiciones jurídicas de Derecho privado. El individuo muere, pero la especie continúa; el individuo es un portador absolutamen-

Ahora bien, se debe tener en cuenta que nuestro sistema no impone la adquisición automática de la herencia por el llamado a la misma, y que, por tanto, el ordenamiento no está en condiciones de garantizar la continuidad en las deudas precisamente a cargo de esa persona, propósito para el que la voluntad del mismo, mediante su aceptación de la herencia, constituye un requisito indispensable. La fuente próxima de la responsabilidad del sucesor es su aceptación de la herencia porque es ella la que le convierte en heredero (y es el heredero el que continúa las relaciones jurídicas del *de cuius* según el art. 1257 CC), por lo que nada hace pensar que los acreedores tengan derecho a que el deudor sea precisamente el llamado (por Ley o por testamento)¹⁵⁴. La cuestión de la transmisión de las deudas se presenta, pues, con un perfil diferente cuando el implicado es el deudor primitivo y cuando éste ha fallecido¹⁵⁵; nos parece que entonces el criterio resolutorio debe ser el representado por la opción legal acerca del carácter transmisible o no de la condición de heredero.

La tesis más añeja que veía un cuasicontrato en la aceptación de la herencia, de la que nacería una especie de vinculación personal del heredero con los legatarios de su causante¹⁵⁶, sucumbió en

te necesario de la especie, pero sólo es una encarnación muy transitoria de ella. Aun cuando desaparezca, aquellas relaciones jurídicas que no moran estrictamente en su propia persona, sobreviven a su señor; otros sujetos entran en el lugar que él dejó vacante, y colman la laguna causada por su fallecimiento.

La sociedad, que es lo permanente en la tierra, no puede existir fuera de sus portadores ocasionales, los individuos. Estos, para subsistir, han de ejercer cierto poderío sobre las cosas materiales y anudar relaciones entre sí. Y estos poderes, estas relaciones, son los que necesitan un destino al fallecimiento de su titular, pues la extinción de todos sería una fuente de desórdenes sociales y un obstáculo insuperable para el tráfico. De ahí la necesidad de la sucesión *mortis causa*. Tal sucesión podría, teóricamente, atribuirse sólo al Estado, pero la injusticia y los inconvenientes prácticos que supone esta solución, hacen que ni aun en regímenes comunistas se haya aceptado del todo».

¹⁵⁴ Comentando el artículo 830 del Proyecto (equivalente al actual artículo 1000.1.º CC), señala GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 422: «no descubro grande utilidad ni aun uso en nuestro artículo ... porque ni los legatarios ni los acreedores hereditarios pueden hoy sufrir perjuicio en el cambio personal del heredero».

¹⁵⁵ Por eso nos parece desenfocado afrontar esta materia con el argumento de: «los principios fundamentales que definen la relación obligatoria: la existencia de un vínculo entre acreedor y deudor y la definición del derecho de crédito como el derecho que el acreedor tiene para exigir al deudor la conducta en que consista la prestación»: así, en cambio, RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 173.

¹⁵⁶ HEINECIO, *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante, II, Valencia, 1888, pp. 133-134: «el heredero que admite una herencia que se le ha dejado, cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que queda obligado respecto de éstos a pagarles los legados y fideicomisos, §. 3. *Inst. h. t.* Decimos que el que admite se obliga a los legatarios y fideicomisarios: ¿y a los acreedores no se obliga también? No por cierto: porque a éstos está obligado el heredero por el contrato hecho por el difunto. Sí, pues, éste debió ciento por razón de mutuo, se entablará contra el heredero la acción de *mutuo*; pero si debe por estipulación se obrará por medio de la acción de *estipulación*, no en virtud de un cuasicontrato, porque al heredero se trasladan todos los derechos

algunos casos a considerar que el cuasicontrato explicaba también la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias¹⁵⁷; en este último planteamiento, por tanto, sería difícil imaginar la posibilidad de que pase a ser deudor de las deudas hereditarias un sujeto ajeno al heredero, cuando no cuenta esta transmisión con el consentimiento de los acreedores, porque efectivamente el heredero respondería de las deudas en razón de un acto propio (su aceptación de la herencia). En efecto, una tal transmisión chocaría con la idea general, que es correcta (y está plasmada en el artículo 1205 CC) de que los acreedores no pueden perder por un acto unilateral del deudor, la garantía que el patrimonio de éste representa.

Es sabido, no obstante, que la visión de las cosas que vincula la aceptación de la herencia a la categoría del cuasicontrato está desacreditada actualmente y desde hace mucho tiempo¹⁵⁸, aparte de que en su origen nunca se refirió a la responsabilidad por las deudas de la herencia sino a la responsabilidad por los legados. En cualquier caso, se debe entender que la responsabilidad por las deudas es una consecuencia institucional de la propia idea de sucesión, cuyo régimen estaría en gran parte inspirado en la necesidad de dar continuidad a las relaciones jurídicas para facilitar el crédito.

En esta cuestión de la responsabilidad por las deudas hereditarias se pueden distinguir variantes de importancia en los diferentes sistemas, según la misma se haga efectiva sobre los bienes de la herencia o incluso pueda recaer sobre el patrimonio propio del heredero. Para nosotros ésta será la clave que permita dilucidar los posibles efectos de la compraventa de la herencia. Es obvio que si la separación de patrimonios entre la masa hereditaria y los patrimonios propios de los herederos constituye el principio general, como estimamos que sucede en nuestro ordenamiento, será mucho más fácil aceptar que el adquirente de la herencia por título *inter*

del difunto»; y en nuestra doctrina: GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, V, Madrid, 1869, p. 632: «La adición de la herencia produce un nuevo cuasi-contrato, en cuya virtud se presume que el heredero contrae el compromiso de satisfacer las mandas y legados, [...]. No debe confundirse esta obligación con la que tiene el heredero de satisfacer a los acreedores del difunto, pues esta no procede de cuasi-contrato, sino de verdadero contrato que con la herencia se transmite a y contra los herederos».

¹⁵⁷ Cfr. las referencias a los diferentes autores, y la crítica a sus argumentos, en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 26 ss. Puede ser suficiente, a nuestros efectos, recordar la afirmación de BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova, 1971, p. 199: «Essi invero legittimano la azione dei creditori contro l'erede, non tanto sul fondamento del principio che l'erede subentra al posto del defunto, quanto perchè –essi dicono– con la adizione l'erede sembra “quasi-contraxisse” coi creditori dell'eredità, sicchè risponde anche coi propri beni nei loro confronti».

¹⁵⁸ No sólo por las razones doctrinales que se pueden alegar, sino también por el hecho de que en la actual normativa no se considere la aceptación de herencia como tal cuasicontrato: cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 26 ss.

vivos (el cesionario de la herencia) se hace cargo primariamente de una «función» liquidatoria unida a la cual, y una vez cumplida, se le permite incorporar plenamente a su patrimonio el remanente resultante después de la liquidación de las deudas. Siendo así que institucionalmente entendemos que la sucesión no implica de suyo responsabilidad *ultra vires*, sino que si ésta sobreviene se debe a que el heredero se ha apartado de las garantías liquidatorias legalmente previstas, tendremos que, por esta vía, no existiría obstáculo alguno para que el adquirente de la herencia asumiera plenamente la posición de heredero, porque esta asunción no comportaría para los acreedores una modificación sustancialmente relevante de su posición jurídica. Pensamos, por otra parte, que esta solución no supone ningún perjuicio jurídicamente relevante, pues el acreedor no puede pretender contar con un soporte de responsabilidad mayor que el representado por el patrimonio del deudor (esto es, del causante de la herencia).

Obviamente, si se entremezcla ya una cuestión de responsabilidad «personal» del heredero con su propio patrimonio resultará imposible la desvinculación del mismo mediante la enajenación de la herencia¹⁵⁹, porque entonces a los acreedores ya no les resultará indiferente la aparición de un nuevo deudor que puede no ser tan solvente como el primitivo. Nos parece que estamos ante un buen ejemplo de lo que implica enfocar la cuestión de la cesión de la herencia desde la perspectiva sucesoria: en efecto, según el momento en que el fenómeno sucesorio se encuentre, los efectos de la cesión del derecho hereditario podrán ser unos u otros; o, mejor, ya no podrán darse determinados efectos, en concreto, no será posible que el heredero quede desvinculado de la responsabilidad por las deudas de la herencia. En cambio, en tanto el llamado no haya aceptado (caso del art. 1000.1.º CC), o lo haya hecho a beneficio de inventario, o se esté todavía en condiciones de aceptar de ese modo, no es posible ver ningún obstáculo teórico a la posibilidad de enajenación de la herencia con efectos plenos (es decir, liberatorios para el heredero cedente).

Ciertamente, será siempre posible que el cesionario de la herencia no cumpla adecuadamente su cometido de liquidar la herencia, pero entonces no procederá pedir responsabilidades al cedente, sino al cesionario, análogamente a lo que sucede en el caso de la herencia administrada por persona distinta del heredero (cfr. art. 1031 CC).

¹⁵⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 268: «el heredero realmente puro es el heredero a beneficio de inventario, ya que el que acepta *pura y simplemente* pasa a responder de las deudas por un título complejo: por ser heredero y por apartarse de las garantías liquidatorias legalmente establecidas».

De todo lo anterior se deduce que la posibilidad de una eficacia plena de la cesión de la herencia dependerá en gran parte de la fase del fenómeno sucesorio en que nos encontremos, como ya hemos tenido ocasión de argumentar en un epígrafe anterior¹⁶⁰. Ahora bien, si se reflexiona sobre el hecho de que la hipótesis más frecuente en que la cesión de la herencia tiene lugar es aquella en la que el llamado está imposibilitado o le resulta muy gravoso cumplir con la función de heredero, tendremos fácilmente demostrado que resultará infrecuente que en esas circunstancias el heredero haya incurrido en alguna de la hipótesis que legalmente dan lugar a su responsabilidad personal e ilimitada. En consecuencia, lo normal en la cesión de la herencia es que el cesionario asuma por completo la función del heredero, dejando liberado de la misma por completo al cedente, que sólo conservará algún papel en la sucesión en aquellos casos en que sus propios actos le hayan acarreado su responsabilidad personal e ilimitada.

D. LA PRETENDIDA VIGENCIA ENTRE NOSOTROS DEL AFORISMO *SEMEL HERES, SEMPER HERES*

Hemos visto afirmado por la doctrina que la imposibilidad de la transmisión de la condición de heredero depende de la vigencia entre nosotros del aforismo de raigambre romana *semel heres, semper heres*¹⁶¹. La materia merece ser discutida porque, en lo que hace a la principal consecuencia de este principio tradicional¹⁶²,

¹⁶⁰ Es significativo que incluso en el planteamiento de FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit., p. 37 –para quien la aceptación pura y simple del heredero único agota el proceso sucesorio– se tenga que reconocer que pese a entender que «la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero único determinaba la disgregación de la unidad patrimonial, de la *universitas iuris*. Pues bien, pese a producirse tal disgregación, puede suceder que la herencia recobre aquella perdida unidad, volviendo a agruparse las distintas relaciones jurídicas que en su día la integraron. Este extraño fenómeno se da cuando se vende una herencia como tal herencia, es decir, *como un todo*».

¹⁶¹ Así, por ejemplo, COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., p. 249: «La vigencia del principio *semel heres, semper heres* indica que con la venta de la herencia el vendedor no transmite su cualidad de heredero, porque ésta es personalísima e inalienable [...] En consecuencia, producida la enajenación, el vendedor no queda totalmente apartado de la escena jurídica, pues sigue teniendo la condición de heredero». Para otras opiniones en este mismo sentido, *vid.* nota 117.

¹⁶² Se puede ver, por ejemplo, JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 443: «El llamamiento había, además, de ser definitivo; la forma, pues, que había adquirido la cualidad de heredero, no podía perderla (*semel heres semper heres*); las condiciones y plazos resolutorios, que podrían producir un resultado contrario a esta máxima, se tenían como no escritas». Entre nuestros clásicos, resulta interesante la breve explicación de PÉREZ, A., *Institutiones imperiales erotematimus, distinctae, atque ex ipsis principii regulisque iuris, passim insertis, explicatae*, Madrid, 1776, pp. 284-285: «*Restituta ergo haereditate, manene haeres is, qui eam restituit? Manet utique; quia semel haeres exstitit, non potest desinere, est haeres. Namque Haeres et Haereditas vocabula sunt iuris, quae ut lege dantur, ita et lege adimuntur: quare per fideicommissum, quod non certa lege, sed ex voluntate pendet testatoris, nec datur haereditas proprie, nec tollitur*». A pesar de lo cual,

una buena parte de la doctrina española considera que nuestro sistema actual ha abandonado las consecuencias del referido principio. Es decir, habría adoptado la idea de que es perfectamente posible [en virtud de los artículos 790, 791 (referidos a las condiciones apuestas a la institución de heredero) y 805 CC (referido al término de la institución de heredero)], que exista un heredero hasta cierto tiempo, y a continuación un nuevo heredero del causante¹⁶³. De modo que, entre nuestros autores, se produce la paradójica situación de que se reconoce la vigencia del principio romano para una consecuencia colateral del mismo, mientras que en lo que se refiere a su principal significado, se estima que dicho principio ha sido abandonado por el ordenamiento.

En nuestra opinión, la revisión doctrinal que ha llevado a afirmar que el referido principio se encuentra ausente de nuestro ordenamiento se apoya en sólidos fundamentos de orden legal, mientras que el mantenimiento del aforismo romano no cuenta con ellos; en consecuencia merece apoyo la idea del actual abandono del criterio de que quien ha sido heredero ya no puede dejar de serlo por pasar esa condición a otra persona. Por este motivo resulta difícil admitir que en materia de cesión de los derechos hereditarios se invoque reiteradamente, como apoyo de la idea de la intransmisibilidad de la condición de heredero, la vigencia entre nosotros de un principio, que ha periclitado en su ámbito propio¹⁶⁴.

continúa, «Is vero, cui ex fideicommissis restituta est haereditas, aliquando haereditis, aliquando legatarii loco habetur: loco haereditis est, si tota haereditas ei restituitur; legatarii autem, si pars bonorum ei sit relicta».

¹⁶³ En la actual civilística, tras la influencia de LACRUZ, esta postura viene a ser casi unánime. Sólo pueden citarse las opiniones contrarias de VALLET y PUIG BRUTAU. La tesis de LACRUZ BERDEJO está explicada en *Derecho de Sucesiones*, I, cit., pp. 480 y, especialmente, 543 ss. Siguen la postura de este último autor: DORAL, «Titularidad y patrimonio hereditario», cit., p. 417: «En el Derecho actual, la regla *semel heres, semper heres*, no tiene ya vigencia, y, por tanto, el Código Civil admite la condición y el término resolutorios: así resulta de los artículos 791, 793, 805 y 790, y, en el mismo sentido lo confirma también la jurisprudencia, Sentencia 17 de mayo de 1966»; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, X, 2, Madrid, 1984, p. 545; Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 392; CAPILLA RONCERO, en *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1999, p. 167; LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 7, Madrid, 2001, p. 148. En cambio se muestra en contra VALLET de GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Madrid, 1982, pp. 129 ss.; tras él, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2, Barcelona, 1977, pp. 271 ss.; 320 ss.; 353 ss. Por su parte, TORRALBA SORIANO, *Comentario del Código Civil*, I, artículo 805, pp. 1972 ss., a pesar de sostener que la norma constituye una excepción al principio romano, posteriormente se adhiere a la tesis de PUIG BRUTAU.

¹⁶⁴ En efecto, para LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 543 el significado para el Derecho romano de la regla *semel heres, semper heres* consistió en que «no era posible que quien hubiera sido heredero dejase de serlo; una vez deferida la herencia, el fenómeno sucesorio no podía reiterarse ya, y el heredero debía continuar siéndolo hasta su fallecimiento, y también después de él a través de sus propios sucesores». Por este motivo, «si admitió el Derecho romano la institución bajo condición suspensiva, fue porque mientras no se realizaba el evento nadie devenía heredero, esperándose hasta tener seguridad sobre quién había de serlo (por cumplirse la condición o saberse seguro que no se cumplirá): sólo en ese momento

Estamos de acuerdo en que no se aprecia «la necesidad ontológica de la permanencia de la cualidad de heredero en el primer llamado, y ante el evidente significado del artículo 805; el sentido más verosímil de los preceptos sobre sustitución fideicomisaria; los antecedentes doctrinales inmediatos del Cc.; y, sobre todo, la falta de una norma expresa que coarte la autonomía de la voluntad en este punto, considero posible el llamamiento de dos herederos sucesivos, y por tanto la pérdida de la cualidad de heredero del primero cuando ingresa en su lugar el segundo llamado, recibiendo aquél, materialmente la posesión del caudal; pero del causante la titularidad sobre los singulares elementos que lo componen y la condición de sucesor universal»¹⁶⁵.

podía el designado definitivo aceptar la herencia, y por el efecto retroactivo de la aceptación devenía heredero desde el momento de la muerte del causante. En cambio, no valían (se tenían por no puestos) la condición resolutoria y el término inicial o final, que suponían (eventualmente en la condición, seguramente en el plazo) dos herederos sucesivos: uno hasta que se realizase el evento o llegase el día, y otro desde entonces»: así, *op. cit.*, pp. 543-544.

¹⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 546. Añade el autor en n. 4: «En obra anterior mantuve que el segundo heredero es un sucesor universal ordinario, igual que el primero: las observaciones de VALLET DE GOYTISOLO y PUIG BRUTAU me han hecho modificar esta antigua opinión. Sigo pensando que el segundo sucesor es, en principio, heredero, y como tal ha de ser tratado en aquellos extremos no afectados por la circunstancia de existir otro heredero antecedente. Mantengo, por tanto, que tal heredero antecedente deja de serlo –él y sus causahabientes– al venir el día o cumplirse la condición. Pero el haberse hecho cargo del caudal un primer sucesor, quedando responsable, limitada o ilimitadamente, de las deudas que lo gravan; poseyéndolo como titular; administrándolo sin otra limitación que las derivadas de su obligación de conservar (relativa indisponibilidad, cuidado de los bienes), y liquidando el pasivo a costa del activo, representa un *quid novum* esencial que hace irrepetible –al menos, como regla general– la posición del primer sucesor en el segundo. Este no se halla situado, frente al caudal, como el primer heredero frente al del causante: de una parte, mientras el patrimonio hereditario fideicomitado no precisa mayor identificación a la apertura de la primera sucesión, pues abarca todos los bienes del difunto, cuando se produce la post-sucesión se halla incluido en otro patrimonio, el del primer heredero, y ha de destacarse de él, no en la forma en que existía originariamente, sino con sus accesiones, pérdidas, subrogaciones y, a veces, reducido a una mera obligación del fiduciario (o sus causahabientes) al haberse perdido la identificación de los bienes fideicomitados o dejados bajo condición o a término; de otra parte, mientras el primer sucesor recibe la posesión civilísima (art. 440 Cc.), no así el fideicomisario, quien sólo obtendrá físicamente los bienes existentes mediante la entrega hecha por el primer heredero o sus sucesores, y en lugar de los distraídos o perdidos será acreedor de su valor; finalmente, la asunción, por el primer heredero, de la responsabilidad ilimitada, garantizando con sus bienes a los acreedores debido a la confusión del caudal, no podría cesar incondicionalmente al heredar el segundo y aceptar; en especial si acepta a beneficio de inventario, con perjuicio de tales acreedores: tampoco valdría desplazar la limitación de responsabilidad de su patrimonio a otro (de el del primer heredero al del segundo), pues ambos son diferentes y el segundo heredero no tiene por qué compartir –personalmente– responsabilidades derivadas de actos del primero. Si, pues, hay cambio de heredero, ni el primero se despoja de todas sus posiciones, persistiendo en su caso la responsabilidad ilimitada por deudas frente a una herencia pasiva (que además ya no es suya) o mal administrada o conservada; ni el segundo adquiere lo mismo que el primero, sino un patrimonio acaso transformado; ni lo adquiere exactamente de igual manera (ha de identificarlo, y no recibe *ipso iure* la posesión). Sólo con esas reservas es heredero». La opinión de VALLET es, en este punto, diametralmente opuesta: «Del mismo modo que quien nace y reúne las condiciones exigidas para ser persona no puede dejar nunca de haber sido persona; así quien *uno ictu* ha sucedido *in locum* o *in ius* tampoco puede dejar nunca de haber sido heredero. Ese es el sentido del principio *semel heres, semper heres*: el que ha sido heredero no puede deshacer su *successio in ius*, como el nacido no puede destruir su nacimiento».

Es evidente que esta concepción no supone que el primer heredero quede despojado retroactivamente de esa condición, sino que deja de serlo a partir del evento que produce el segundo llamamiento. Por tanto, «el primer llamado seguirá siendo desde entonces heredero pretérito, de igual modo que cuando alguien cesa en un cargo ya no lo tiene, pero lo ha tenido, y el cese no borra el hecho de haberlo tenido, limitándose a desposeerle de él desde ahora. Mientras el sucesor recibe el cargo en la situación en que lo dejó su antecesor»¹⁶⁶.

De lo anterior vuelve a resaltar una idea que ya habíamos tenido en cuenta: en materia de cesión de los derechos hereditarios va

La cualidad de heredero deriva de la actuación del sujeto como entrante en un fenómeno sucesorio. Si este fenómeno no puede destruirse, no se puede perder aquella cualidad. No se trata de una posición, de un estar (que puede sufrir cambios), sino de una cualidad derivada de un hecho dinámico que –aunque se agota en un momento– imprime carácter perpetuo a sus sujetos»: así en, *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 129. Esta última opinión nos parece claramente exagerada.

¹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 547. Para VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 132, aquí estaría la confusión: «El cargo se tiene mientras dura el nombramiento y se desempeña. Pero heredero se es por haber sucedido *uno ictu* en los derechos y obligaciones del causante, es decir, *in locum defuncti*, independientemente de que se conserven o no los bienes. Un solo acto atribuye esa cualidad, ya se produzca automáticamente la adquisición al fallecer el de *cuius* o en virtud de la aceptación del instituido; por eso, para repetirse debería existir una –imposible– retroactividad en su pérdida, que tendría que operar *ex tunc*, y para que así, el segundo llamado, fuera heredero del causante también *ex tunc*; pues, de lo contrario, en él no se opera *uno ictu* la sucesión, sino mediatamente, y normalmente liquidada, como ocurre en el sustituto fideicomisario que, en eso, se diferencia del heredero propiamente dicho». Y sigue diciendo LACRUZ: «de lo contrario, es decir, aceptando, con VALLET y PUIG BRUTAU, la condición de mero receptor de unos bienes del segundo llamado, y la conservación en el primero y en sus sucesores universales de la cualidad de heredero, habríamos de concluir que tal primer llamado después de restituir los bienes sigue siendo ejecutor nato, en defecto de albaceas, de la última voluntad del causante (art. 911); y el legitimado, sea para ejercitar las acciones de filiación todavía subsistentes o las acciones de injuria o calumnia a la memoria del difunto; sea para hacer uso del derecho de prohibir por motivos de conciencia la representación de la obra dramática de aquél; sea para proseguir la acción de revocación de donaciones iniciada por el donante; sea, en general, para promover el ejercicio de los restantes derechos de la personalidad pretérita.

Tampoco quedaría muy clara la situación de cada uno frente a las deudas de la herencia. Si el primer llamado no pierde la cualidad de heredero, sigue siendo responsable de ellas, con o sin beneficio de inventario según lo haya solicitado y lo conserve, o no.

Claro que el segundo llamado no recibe el conjunto de derechos y responsabilidades tal como existían a la apertura de la sucesión, sino tal como quedan tras la gestión legítima del primer llamado, cuyos actos (pago de deudas, cobro de créditos, administración de los bienes y obligaciones contraídas en ella), al ser heredero, si se contienen en los límites de sus atribuciones, afectan al caudal, y por tanto al segundo llamado aceptante: precisamente a causa de la persistencia del primer llamamiento en el tiempo durante en cual estuvo vigente, y por carecer de eficacia retroactiva la condición resolutoria, el plazo o la sustitución.

Si el segundo llamado recibe la herencia sin liquidar o a medio liquidar, ha de practicar o continuar la liquidación, respondiendo de las deudas relictas con o sin beneficio de inventario: es un verdadero y pleno heredero, ciertamente (si no hay ulterior designación o sustitución) con mayor libertad que el primero, pues la situación de éste viene afectada por la ulterior resolución, eventual o segura, que coarta mucho sus posibilidades. Y además entre ambos llamados las más veces será precisa la correspondiente liquidación».

a resultar muy importante el momento del proceso sucesorio en que nos encontremos cuando la referida cesión se realiza, pues eso va a ser decisivo para determinar la posición jurídica respectiva del cedente y del cesionario de la herencia. Pero, a diferencia de lo que puede suceder en los supuestos de herederos condicionales y a término, lo habitual en el caso de la cesión de la herencia podrá ser que el primitivo heredero se haya desentendido a tiempo de sus responsabilidades como tal heredero, de modo que se transmita plenamente al cesionario todo el conjunto de sus facultades y deberes. Solamente en el caso en que el cedente haya incurrido en responsabilidad personal e ilimitada podrá ser necesario seguir teniendo presente como actor de la sucesión¹⁶⁷.

III. LA CESIÓN DE LA HERENCIA ABIERTA, PERO TODAVÍA NO ACEPTADA

En los casos generales la apertura de la sucesión comporta la delación a favor del llamado, aunque en ocasiones puedan no coincidir ambos fenómenos jurídicos. Aquí nos plantearemos en primer lugar la hipótesis normal en la que se produzca la coincidencia, y dejaremos para el final la posibilidad de una delación diferida en el tiempo, por ejemplo, a causa de la existencia de un llamamiento condicional o de una sustitución fideicomisaria.

La primera hipótesis que nos planteamos en este epígrafe es, para la mayoría de la doctrina y en un sentido estricto, de imposible verificación; la razón de ello radica en que para nuestro Código la cesión de los derechos hereditarios implica de suyo aceptación de la herencia, tal como impondría el artículo 1000 CC. Por tanto, lo que existe en el momento previo a la cesión (delación), se transforma de naturaleza nada más que se produce el negocio de cesión, tras el cual pasa a ser una herencia ya aceptada, de manera que no hay cesión de una herencia simplemente abierta, sino que lo que era herencia simplemente abierta deja de existir, y pasa a ser herencia aceptada¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Nótese que los artículos 1533 y 1534 CC establecen la oportuna solución para los casos en que el heredero cedente haya realizado actos sobre la herencia, que lógicamente se consideraran válidos. Pero como el cesionario debe ser tratado como si hubiera sido heredero desde el primer momento, se intentan borrar las consecuencias en el patrimonio del cedente de aquellos actos, mediante los oportunos abonos.

¹⁶⁸ Los autores concuerdan en que la hipótesis del artículo 1000.1.º CC significa exactamente esto: «la palabra derecho hereditario es ambigua y se usa en varios sentidos: aquí se utiliza como derecho que tiene el heredero (ya heredero, no sólo *delado*) sobre la herencia, la totalidad del patrimonio hereditario considerado como unidad, si es heredero único, o sobre una cuota ideal si son varios coherederos»; pero adviértase que se añade: «el

Ahora bien, el hecho de que esto sea, o pueda ser, efectivamente así, no nos resuelve el problema representado por el régimen aplicable a la aceptación producida en este caso. Es decir, debemos determinar qué sujeto debe entenderse como heredero, bien sea el cedente, bien el cesionario, con todas las consecuencias de orden sucesorio que ello tiene¹⁶⁹. En realidad, la norma del artículo 1000 CC podría perfectamente entenderse inspirada por el propósito legal de facilitar la aceptación, pero no necesariamente debe implicar la intransmisibilidad de la condición de heredero, como habitualmente se considera¹⁷⁰; para nosotros precisamente el precepto

que vende, dona o cede es, por estos mismos negocios jurídicos, aceptante de la herencia, de modo que el comprador, donatario o cesionario no adquieren directamente del causante, sino del heredero que le vendió, donó o cedió. Hay un acto de disposición, pero no del *ius delationis*, del que no cabe tráfico jurídico, sino de una herencia ya adquirida por aquel acto de disposición. Hay, por tanto, dos transmisiones: la primera del causante del instituido heredero que vende, dona o cede; la segunda, de éste al comprador o cesionario»: así O'CALLAGHAM MUÑOZ, *Comentario del Código Civil*, I, cit., p. 2373. En el mismo sentido, SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, p. 571; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 439; *Notas al Derecho de sucesiones*, de BINDER, cit., p. 286: «Tampoco versa el contrato sobre el simple derecho a aceptar, ya que por celebrarlo el heredero se entiende aceptada la herencia. Con todo, no parece imposible construir un contrato relativo a la facultad de aceptar con efectos sólo obligacionales, sin transmitir esta facultad al comprador, el cual únicamente tendría derecho a que el heredero manifestase su voluntad en un determinado sentido, pero siendo siempre la voluntad de éste la que se manifiesta»; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., p. 386; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La venta de herencia en el Código Civil», cit., p. 298; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIX, cit., p. 735; PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1035; COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., p. 250; RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., pp. 42-43. Concuerdar con esta idea, FEDELE, *La compravendita dell' eredità*, cit., p. 163: «Con la norma dell' artículo 477 cod. civ., che altrimenti sarebbe peonastica, il legislatore ha inteso stabilire che un dichiarazione del chiamato di alienare la sua eredità o la sua pretese ereditarie o i sui diritti di successione non può essere intensa a valere come alienazione della semplice delazione o del ius adeundi, anche se, nonostante le espressioni usate, questa fosse la effettiva volontà delle parti. La delazione ereditaria è inalienabile e l'atto con cui il chiamato volesse disporre, rendendo erede làquirente senza divenirlo egli stesso, in luogo di trasmettere la delazione rende erede il disponente». Para nuestro Derecho histórico, *vid.*, ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, I, cit., voz «Aceptación o adición de herencia», pp. 200-201 «Debe reputarse, pues, que acepta la herencia el llamado a ella, en los casos siguientes [...] cuando hace donación, venta o traspaso de sus derechos hereditarios, sea a un extraño, sea a uno o a muchos de sus coherederos; porque en todos estos casos ha obrado como propietario, respecto de que nadie tiene facultad de disponer sino de las cosas que le pertenecen».

¹⁶⁹ Para la doctrina dominante, desde luego, la condición de heredero no se puede transmitir: cfr., por ejemplo, JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Madrid, 1990, pp. 100-101, «la delación tiene, sin duda, un componente personalísimo que la hace indisponible por el llamado. Mientras que, en cambio, no es personalísima en el sentido de que su ejercicio –aceptando o repudiando la herencia deferida– deba hacerlo *personalmente* el llamado; cabe, desde luego, aceptar por representante, legal o voluntario. Dicho carácter personalísimo se vincula al de la propia *condición de heredero*, de la que la delación–votación es vehículo».

¹⁷⁰ JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, cit., p. 101: «Por ese carácter personalísimo de dicha condición de heredero, es por lo que, una vez adquirida (por la aceptación de la herencia o por la adquisición de ésta *ex lege*), resulta *incedible* (*semel heres semper*

implica que se está transmitiendo algo más que la delación (ahí se advierte el propósito legal de entender aceptada la herencia) y algo más, también, que los bienes concretos que forman parte de la herencia. No se puede olvidar que la interpretación de García Goyena sobre este precepto insistía en que se produce un cambio personal del heredero. Y tampoco se debe dejar de considerar que, para esta hipótesis, el Derecho romano preveía la posibilidad de la *in iure cessio hereditatis*, que comportaba que el cesionario pasaba a ser auténtico heredero¹⁷¹.

Además, se advierte con claridad que la idea de la intransmisibilidad no funciona bien. En concreto se ha afirmado que «la inadmisibilidad de la disposición del *ius delationis* resulta de los propios fundamentos legales del sistema sucesorio: si sólo se puede ser (o tener la posibilidad de llegar a ser) heredero sobre la base de un llamamiento legal o de la voluntad del testador (art. 658 CC), no puede en ningún caso admitirse que el ser heredero (o el poder llegar a serlo) dependa de la voluntad de un sujeto que no sea el propio causante de la sucesión. Y esto es, precisamente, lo que ocurriría si el llamado-transmitente pudiese disponer de la delación adquirida originariamente a la muerte del primer causante para la herencia de éste: su voluntad dispositiva determinaría los herederos para la sucesión de otro: el primer causante. Lo que choca deci-

heres): así la doctrina es concorde, en que cuando se enajena la herencia globalmente, nos hallamos ante un conjunto de transmisiones singulares de bienes y derechos determinados, y ante el compromiso del adquirente frente al heredero enajenante de hacerse cargo de las deudas hereditarias (compromiso que, por sí mismo, no afecta a la posición de los acreedores hereditarios: art. 1205 CC); pero en ningún caso es objeto de transmisión la propia condición de heredero: lo sigue siendo el enajenante y nunca llega a serlo el adquirente de la herencia». Claramente se puede apreciar que esta línea de argumentación está apoyada en las explicaciones de los romanistas: cfr. las referencias concretas en *op. cit.*, pp. 32-33 al carácter personalísimo de la condición de heredero (BONFANTE), o al carácter personal del llamamiento hereditario (BARASSI). Esto mismo revela quizá la limitación del argumento, pues ante la evolución de las instituciones no puede aceptarse sin crítica la continuidad actual de los principios del derecho sucesorio romano. Aparte de ello, en el propio Derecho romano existen elementos suficientes para cuestionarse esas ideas, puesto que la institución de la *in iure cessio hereditatis* suponía una triple «excepción a los principios generales»: así el propio JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis»*. *Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, cit., p. 33. Sobre la figura de la *in iure cessio hereditatis*, se debe ver el estudio de TORRENT, *Venditio Hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, cit., pp. 89 ss. Sobre esta figura señala este autor: «De Gayo 3. 85-87 se desprende que la *in iure cessio hereditatis* era la única manera de transmitir la *hereditas* como *universitas*: como totalidad de *corpora* más *iura*, y en este sentido era el único medio de transmitir una herencia *inter vivos*. El heredero legítimo antes de adir podía hacer una transmisión de la *hereditas* como tal, como totalidad de cosas y derechos (cosas corporales e incorpóreas, como dice Gayo en 3.83). Era el único modo de producir una verdadera *successio* hereditaria entre personas que vivían». Sucedió también que la figura, en el caso de la herencia ya adquirida, comportaba unos efectos muy limitados; cfr. TALAMANCA, voz «Vendita (dir. rom.)», *Enciclopedia del diritto*, XLVI, p. 348: «Gli effetti limitati, poi, dell' *in iure cessio* dell' *hereditas* già acquistata, che comporta l'estinzione del *crediti* e il mancato trasferimento dei debiti ereditari all'acquirente, ne fa un istituto dalla funzionalità profondamente diversa dalla *venditio hereditatis*».

¹⁷¹ Cfr. nota anterior.

didamente, como digo, con la misma esencia de nuestro sistema sucesorio (*vid.*, además, art. 670CC)»¹⁷². De aceptarse este argumento, quedaría como muy difícil de justificar la norma del artículo 1006 CC, que no cuadra bien con esa dimensión personalísima de la delación, así como la consecuencia comúnmente admitida de que los herederos de un heredero ocupan la posición de su causante en las relaciones jurídicas que derivan de la primera herencia.

Una cosa es, pues, que no pueda transmitirse la delación mediante un acto voluntario, pues ello choca con el propósito legal de propiciar la aceptación, y en consecuencia sólo se permite esa transmisión sobre la base de hacerla equivaler a la aceptación, y otra que no pueda transmitirse la herencia en su conjunto en una hipótesis como ésta, produciéndose un auténtico cambio personal en el llamado que viene a coincidir con la adquisición por el nuevo sujeto. A favor de esta última posibilidad milita el hecho de la importante patrimonialización de la condición de heredero¹⁷³. Incluso resulta claro que se haría un flaco servicio al propio causante obligando a asumir la defensa de estos aspectos no patrimoniales a quien no puede o no quiere asumir las relaciones patrimoniales. Fácilmente se puede colegir que la defensa de esas relaciones puramente personales sea muy difícil para el primer llamado en los casos prototípicos en los que la cesión de la herencia viene a ser utilizada en la práctica¹⁷⁴.

Hay un dato que nos parece que debe tenerse en cuenta porque asume un papel importantísimo y central en la resolución de esas dudas que nos acabamos de plantear: si la herencia no ha sido aceptada con carácter previo a la cesión es que el llamado no ha incurrido en las conductas que implican adquisición por disposición de la Ley, por lo que no hay sospecha razonable de que se hayan visto perjudicadas las legítimas expectativas de los acreedores de la herencia; por eso no es necesario, tampoco, imponer al heredero la responsabilidad por las deudas hereditarias con cargo a su propio patrimonio. Si esto no hubiera sido así la cuestión sería diferente, porque estaríamos ante una hipótesis de adquisición *ope legis* por

¹⁷² JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, cit., pp. 102-103.

¹⁷³ Patrimonialización reconocida por el propio JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, cit., p. 158: «Aunque la sucesión *mortis causa* tenga, desde el punto de vista práctico, una trascendencia fundamentalmente patrimonial, no deja de tenerla, también en nuestros días, en el terreno puramente personal o extrapatrimonial».

¹⁷⁴ Se suele indicar que la venta de la herencia obedece a la ausencia prolongada del llamado del entorno del causante, por lo que mal podría asumir estos roles que normalmente implican cercanía. Por otra parte, teniendo en cuenta las consecuencias patrimoniales de algunas de estas relaciones personales se hace difícil de entender por qué no van a poder ser ejercidas las facultades por el cesionario de la herencia.

el llamado, y es obvio que entonces funciona el argumento que impide que el deudor se desvincule de las deudas mediante un acto en el que no intervengan los acreedores de la herencia. Por ello, en nuestra opinión sigue siendo posible que en los casos en que el llamado a la herencia no haya ejercitado el *ius delationis* en el momento de realizar el negocio de la cesión de la herencia, sino que se entienda aceptada en virtud del artículo 1000.1.º, el adquirente de la herencia por título de cesión puede todavía pedir el beneficio de inventario, para evitar así la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

La dificultad principal, no obstante, es determinar en nuestro caso si el adquirente de la herencia se debe considerar propia y verdaderamente heredero y, por tanto, es el llamado a manifestar en qué forma se va a producir la liquidación de la herencia y si va a ser él el responsable de las deudas hereditarias, incluso con sus propios bienes, en el supuesto de que se aparte de las garantías liquidatorias legalmente previstas para el beneficio de inventario.

Entendemos que la respuesta positiva puede darse desde varias perspectivas: en primer lugar, teniendo en cuenta que el posible perjuicio de los acreedores obedece a los actos propios del adquirente, no del llamado a la herencia. En segundo lugar, teniendo en cuenta que, por hipótesis –ya que en caso contrario la herencia se debería entender tácitamente aceptada– no han existido actos por parte del llamado que le hagan incurrir en la responsabilidad ilimitada. En tercer lugar, porque las propias normas legales en casos relativamente próximos hacen una valoración semejante de los intereses en juego. Nos referimos a la administración de la herencia por persona diferente al heredero, hipótesis en la que nuestro Código establece la responsabilidad del administrador por el daño culpablemente causado a los acreedores que no pueden cobrar sus créditos de la herencia por haberse agotado los bienes de la misma (cfr. art. 1031 CC)¹⁷⁵. En cambio, la responsabilidad del heredero viene ligada a la aceptación de la rendición de cuentas hecha por el administrador y la recepción del remanente (cfr. art. 1032 CC), nada de lo cual sucede en el caso que nos estamos planteando. Estaríamos, pues, ante una hipótesis en la que no existiría ningún inconveniente de orden institucional desde el punto de vista del

¹⁷⁵ De hecho la doctrina, al analizar la responsabilidad del administrador de la herencia se refiere a supuestos de comportamiento culposo del administrador que caerían bajo la sanción del artículo 1024 CC si es que el heredero fuera el administrador: cfr. GÍTRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pp. 305 ss.: «Destaca preferentemente la sustitución de las simples atribuciones de administración por la enajenación propiamente dicha o cualquier acto o contrato que la suponga. Concretamente, revistirían particular gravedad los perjuicios causados a la herencia por una venta no autorizada cuando diese lugar al supuesto legal del artículo 1031 del Código Civil».

Derecho sucesorio para que la herencia pueda considerarse transmitida en sentido propio, y, por tanto, desvinculado de los efectos sucesorios el primeramente llamado a la misma. Asumiría de modo pleno el papel de heredero el adquirente de la herencia.

Otro problema diferente puede plantear el caso en que la apertura de la sucesión no haya producido a favor del cedente un verdadero llamamiento, porque sea un llamado condicionalmente o un heredero sucesivo. A nuestro juicio no existe ningún obstáculo para admitir la validez de este posible contrato, si bien está claro que lo que se transmite en este caso no es propiamente la herencia, sino la expectativa de ella¹⁷⁶; a esa solución conducen los preceptos de los artículos 758.3 y 991 CC.

IV. LA CESIÓN DE UNA HERENCIA YA ACEPTADA. DIFERENCIA DE RÉGIMEN SEGÚN SE CONSERVE O NO LA RESPONSABILIDAD *INTRA VIRES* DEL HEREDERO

Ni que decir tiene que la hipótesis de enajenación de la herencia ya aceptada es la más directamente contemplada por nuestro Código y, por tanto, la que ha merecido una reflexión más pausada por parte de la doctrina, si bien ésta ha centrado su atención fundamentalmente en los aspectos contractuales de la misma, y en menor medida en los aspectos sucesorios. Merecen, pues, más atención estos últimos aspectos sucesorios.

¹⁷⁶ Así lo sostienen también, LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit. pp. 439-440: «Sí es contrato de enajenación de herencia, en cambio, el que versa sobre una que ha sido ya causada, pero no ha sido adquirida aún por el heredero, como ocurre en la venta del derecho de un sustituto fideicomisario, o el de un heredero condicional (en este último caso todavía no existe delación). Con todo, en ambos supuestos, la enajenación no agota sus últimas consecuencias hasta que se produce la posibilidad de transmitir los bienes al adquirente»; ALBALADEJO, «La enajenación de la herencia en Derecho español», cit., p. 4; *Derecho civil*, V, 1.º, cit., p. 424; *Curso de Derecho civil*, V, cit., p. 192: «La herencia es futura, desde luego, antes de que el causante haya muerto. Pero ¿también lo es, a efectos de no poder ser vendida, la herencia no deferida todavía (así si el testador instituyó al heredero bajo condición suspensiva), aunque el causante haya fallecido? Pienso que una vez abierta la sucesión, es decir, desde que la herencia está *causada*, es enajenable aun antes de la delación, porque ya no es herencia futura, única sobre la que la ley prohíbe contratar»; LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, volumen II, primera parte, cit., pp. 236 ss; PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1035; ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia», en *Estudios sobre sucesiones*, II, cit., p. 11: «No hay propiamente venta de herencia cuando ésta se halle abierta mas no deferida al vendedor, como ocurre, por ejemplo, cuando un reservatario vende su derecho a la herencia sujeta a reserva pendiente. Aquí hay una venta de *derechos sucesorios en expectativa*». Vid. el análisis de las diferentes hipótesis en COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., p. 250.

A nuestro juicio la posible diferencia de régimen viene a fundamentarse en el hecho de que el heredero cedente puede ser responsable con sus propios bienes, si se ha producido una aceptación pura y simple (o ha incurrido en algunos de los supuestos sancionados con la responsabilidad *ultra vires*), o no serlo en absoluto porque o bien haya aceptado a beneficio de inventario o bien pueda todavía pedir la formación de inventario. En la doctrina, en cambio, esta misma posibilidad es puesta en duda por algunos autores, que no admiten que el cesionario de la herencia pueda gozar a su favor del beneficio de inventario.

En cambio, para otros la compraventa de herencia implica de suyo que el comprador ve limitada institucionalmente su responsabilidad al importe de los bienes vendidos¹⁷⁷. Las razones con que esta solución se presenta nos parece que no son suficientemente convincentes, por lo que pensamos que no puede imponerse en nuestro ordenamiento¹⁷⁸. En consecuencia, deberíamos afirmar

¹⁷⁷ Así lo sostienen, LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 443: «es evidente que ha de responder exclusivamente *intra vires*, pues no cabe presumir en un contrato de compraventa, y en una sucesión a título particular, que el adquirente se haya comprometido a abonar el exceso que de las deudas resulte sobre los bienes»; *Notas al Derecho de sucesiones* de BINDER, cit., p. 287; *Derecho de Sucesiones*, I, cit., pp. 303-304: «Salvo pacto, el adquirente responde por las deudas hereditarias meramente *intra vires*, pues aun cuando el Cc. trata de reproducir en él la misma situación económica (no jurídica) del heredero, ello ocurre en el marco de un contrato referido a valores, y no a desvalores (herencia pasiva): ni cabe presumir en un contrato de compraventa, y en una sucesión a título particular, que el adquirente se haya comprometido a abonar el exceso que de las deudas resulte sobre los bienes (*contra*, incidentalmente, S. 8 octubre 1962, que entiende haber en el artículo 1534 “asunción *ex lege* de obligaciones, salvo pacto en contrario, y de carácter tan aleatorio que puede hacer soportar al comprador las consecuencias de un mal cálculo”); PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1, cit., pp. 401-402; GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», cit., p. 390. Ciertamente la Sentencia de 9 de octubre de 1962 (RJ 1962/3608) indica que el «objeto de la transmisión lo integró una porción hereditaria en el sentido que indica el artículo 1531 del Código Civil o un conjunto de elementos activos y pasivos que forman una unidad superior a la simple suma de objetos y de deudas con la consiguiente transmisión de bienes y asunción *ex lege* de obligaciones, salvo pacto en contrario, según el 1534».

¹⁷⁸ CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., p. 103: «no obstante ser el comprador de herencia un adquirente a título particular, dada la naturaleza del objeto vendido (*universitas* o complejo activo y pasivo) y dado el fin que contempla el legislador al establecer la regulación normal o tipo de la compraventa de herencia, no cabe sostener que dicho comprador en todo caso, con indiferencia de cuál sea la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias, responderá de las mismas *intra vires* sino que, cuando el heredero responda ilimitadamente, su responsabilidad será asimismo *ultra vires hereditatis*»; en este sentido, también ALBALADEJO, «La enajenación de la herencia en Derecho español», cit., p. 8; *Derecho civil*, V, 1.º, cit. p. 432; *Curso de Derecho civil*, V, cit., p. 196: «El deber de abonar el comprador al heredero las deudas pagadas por éste, es, según algunos, sólo hasta el límite del valor que tengan los bienes hereditarios que compró. Opinión que no comparto, pues pienso que del posible riesgo de tener que pagar más de lo que toma, debe cubrirse el comprador, o cerciorándose antes de que no es así, o estableciendo las oportunas cláusulas protectoras en el contrato de compraventa. En otro caso corre el peligro que le crea una posible herencia pasiva, como se lo crearía cualquier contrato aleatorio»; PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1041: «no hay razón para afirmar que el comprador sólo responde *intra vires* de las deudas hereditarias».

que el cesionario podría responder tanto *intra* como *ultra vires*, dependiendo de la responsabilidad que correspondiera a su cedente.

Esa diferencia de posibles efectos en cuanto a la responsabilidad tiñe la solución de los demás problemas: por ejemplo, el de quién o quiénes deben intervenir en la partición; es decir, si basta que intervenga en ella el cesionario o también debe intervenir junto con él, el cedente. Lo cual, obviamente, tendrá relación con quien o quiénes de los referidos sujetos se consideren sujetos a responsabilidad por las deudas hereditarias¹⁷⁹.

Cuando se ha producido un supuesto de responsabilidad frente a las deudas hereditarias que alcance al propio patrimonio del heredero, es imposible que la cesión produzca la liberación del heredero respecto de esas deudas. Este efecto sólo se podría producir en el improbable caso de que los acreedores de la herencia consintieran a su vez la cesión con este alcance liberatorio. En este punto estamos plenamente de acuerdo con la doctrina común de que la condición del heredero es intransmisible; pero, desde luego, por razones diferentes. No fundamentamos nuestra conclusión en que pensemos que institucionalmente la condición de heredero no se pueda transmitir, sino en que, como consecuencia de haber incurrido en ciertas conductas, el heredero se ha apartado voluntariamente de las consecuencias institucionales normales de la condición de heredero y ha acumulado un nuevo título para responder de las deudas. Es este título el que resultaría propiamente intransmisible en cuanto que está ligado a su propia conducta y recae directamente sobre su propio patrimonio. Claro está que ello no impide tampoco que el cesionario asuma cumulativamente esas deudas.

Desde el punto de vista de la funcionalidad de la cesión de la herencia esta solución de la no liberación para el cedente de la responsabilidad *ultra vires* por su asunción por el cesionario no es irrazonable, o al menos no es tan perturbadora para el llamado (a pesar de que puedan afectarle todavía las consecuencias de la sucesión y por consiguiente no logre desentenderse de los efectos de ella). Nos explicamos: si ha habido ocasión de que el llamado incurra en una hipótesis de responsabilidad personal *ultra vires* será porque éste ha podido acceder a los bienes de la herencia, comportándose como heredero, y eso muestra que la necesidad de proceder a la venta de la herencia es menos imperiosa para él; no se dan

¹⁷⁹ Establece ese nexo DE LA CÁMARA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, cit., artículo 1067, p. 2508: «Por todo ello [es decir, por la intransmisibilidad de las deudas] indicamos oportunamente que no veíamos claro que en la partición de la herencia pudiera prescindirse del heredero cedente sin perjuicio del derecho del cesionario para intervenir en las operaciones particionales».

con claridad los elementos que hacen funcional la figura¹⁸⁰. En cualquier caso se debe observar que la imposibilidad de transmisión de la herencia con plenitud de efectos (en el sentido explicado antes) obedece en este caso no tanto a la condición de heredero, sino al apartamiento por parte del cedente de las garantías legales relativas a la liquidación de la herencia.

Si se produce la cesión de la herencia en un caso en el que exista responsabilidad del cedente frente a las deudas hereditarias y esa responsabilidad alcance incluso a sus propios bienes es necesario que esta persona intervenga en la partición de la herencia como tal interesado. A pesar de ello también puede intervenir en dicha partición el adquirente de la herencia, como sujeto interesado¹⁸¹. La solución que se aceptaba sin discusión en nuestro Derecho histórico era la de que la partición se realizara por el adquirente de la herencia¹⁸², y no vemos ningún motivo para apartarnos hoy de esa exigencia tan razonable.

¹⁸⁰ No se produce la lejanía del llamado respecto a los bienes que suele ser la hipótesis más frecuente de cesión de los derechos hereditarios de la que nos hablan los autores que se ocupan de esta figura.

¹⁸¹ En referencia a la posibilidad de solicitar que la herencia se ponga en administración, vid. GITRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pp. 26-27: «¿Quiénes son las personas interesadas en la administración de la herencia? A primera vista ocurre pensar, indiscutiblemente, en el heredero o herederos (sobre todo si los bienes no están en su poder), en los legatarios (especialmente si lo son de parte alícuota y máxime si no hay herederos forzosos) y en los acreedores de la herencia; indudablemente, los derechos y créditos de estas personas encuentran condicionada su suerte y permanencia a la eficiente gestión conservativa y de administración que se lleva a efecto sobre el patrimonio relicto; ellos serán, por lo tanto, a buen seguro, los primeros en pedir la administración hereditaria, usando del derecho que les confiere el artículo 1020, mas como este precepto, a decir de Manresa, debe ser interpretado con amplitud, englobando bajo el concepto de parte interesada a cualquier persona a quien interesa que los bienes se cuiden y administren bien en la interina situación que se crea, para que nada desaparezca ni sufra deterioro o disminución, habrá que entender y entendemos interesados al sustituto nombrado al heredero, al que es llamado a suceder en caso de renuncia del instituido o llamado por la ley, al albacea legalmente autorizado por el artículo 902 para la custodia de los bienes, a los herederos del heredero muerto, a los cesionarios de los herederos y legatarios de parte alícuota, e incluso a los acreedores particulares del heredero».

¹⁸² FEBRERO, *Librería de escribanos*, Madrid, 1790 (edición facsímil del Consejo General del Notariado, Madrid, 1990), parte segunda, I, p. 142: «Si alguno de los herederos antes de hacerse la partición vendiere a extraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, el qual será incluido en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos, porque por la venta se transfieren en él activa, y pasivamente todas las acciones utiles que competian al coheredero vendedor»; ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo IV, Madrid, 1876, voz «partición de herencia», p. 454: «Podrán pedir la partición: [...] el extraño que antes de la división hubiese comprado de alguno de los herederos la parte que le correspondía de la herencia; porque mediante la venta se le transmitieron todas las acciones que tenía el vendedor». La tesis de la intervención del cesionario en la partición está argumentada para el actual Derecho por ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., pp. 398 ss., en polémica con la tesis contraria de ROCA SASTRE y de F. DE LA CÁMARA. *Vid.*, por ejemplo, p. 400: «Si se quisiera dotar al carácter de heredero esa trascendencia hiperpersonalista, lo que había que haber hecho era no permitir la cesión de la cuota antes de la partición; pero, permitida la cesión, hay que admitir el hecho con todas sus consecuencias, una de las cuales es la partición. Hay, pues, una comercialidad de una cuota que al ingresar en el comer-

En cambio, si la aceptación de la herencia ya se ha realizado con beneficio de inventario, si resultara posible todavía solicitar el mismo tras la aceptación, o si funcionara por alguna otra razón la separación de patrimonios, nos parece que es perfectamente posible la cesión de la herencia, para quedar desvinculado el llamado de todos los posibles efectos que la sucesión comporte, entre otros de los derivados de la responsabilidad por las deudas hereditarias, que pasarán íntegramente al cesionario que las habrá de satisfacer con cargo a los bienes hereditarios. Nos parece que en este supuesto es completamente absurdo hacer responsable de las deudas a quien no es titular de los bienes con cargo a los cuales se deben satisfacer las mismas, cuando no ha incurrido en ningún supuesto de responsabilidad *ultra vires*, al menos mientras el adquirente del patrimonio hereditario prosiga ordenadamente a su liquidación según las normas legales¹⁸³ (caso contrario, habrá que plantearse

cio pierde toda coloración personalista. Sólo se puede partir lo que previamente se puede ceder y sólo se puede ceder lo que posteriormente se podrá partir». Ésta es también la tesis de VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XIV, 2, Madrid, 1989, pp. 111 ss. También, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1909 (*JC* núm. 104) y la de 27 de noviembre de 1961 (*RJ* 1961\4125). Dice esta última: «el motivo quinto, correctamente formulado, en que se defiende la teoría de que el cesionario del derecho hereditario no puede solicitar la partición y que al haberlo entendido así el Tribunal de instancia viola los artículos 1052 y 1081 del Código Civil y 1038 de la Ley procesal es desestimable, porque la tesis mantenida no puede ser aceptada, ya que al no consignar el artículo 1052 del Código Civil ni el 1038 de la Ley de enjuiciar entre los que pueden pedir la partición a los cesionarios del derecho hereditario, lejos de implicar que les priva de este derecho, es que la mención es innecesaria, pues que están incluidos en la denominación de herederos, en cuya totalidad de derechos y acciones de alguno –sin exclusión del de solicitar la partición– se han subrogado, así se infiere tanto del artículo 403, como del 1067, que al establecer el retracto de coherederos, el retrayente se subroga en los derechos –que no son otros que la totalidad que correspondían al heredero que vendió– del comprador». En el sentido de no estar legitimado el cedente para promover el juicio de testamentaría: *vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1955 (*JC* núm. 60) y de 15 de febrero de 1964 (*RJ* 1964\800). Dice la primera de ellas «sólo son parte para promover el juicio de testamentaría las personas que menciona el artículo 1038 de la citada Ley Procesal, mientras conserven sus derechos en la herencia, pues una vez que los hayan cedido o perdido por causas legítimas ya no tienen interés en la sucesión, ni en el objeto y fin propio de ese juicio que es la determinación de los bienes que constituyen la masa hereditaria, y en su caso, su administración y custodia y su adjudicación a los herederos según las normas testamentarias si no se avienen a hacerlo particularmente los interesados». Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1955 (*JC* núm. 24) reconoce que el adquirente de la herencia (en concreto en este caso había adquirido la condición de legatario de cuota) conserva el retracto de comuneros frente a la posterior enajenación de su cuota por parte del heredero (hay que pensar que el retracto de coherederos era imposible en este caso, por las circunstancias del supuesto, pero si se hubiera tratado de auténtica enajenación de herencia se hubiera concedido igual el retracto de coherederos al cesionario).

¹⁸³ En contra, RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 203: «esa venta opera una sustitución en el patrimonio del heredero cedente, sustitución que en el primer caso –aceptación a beneficio de inventario– se sujetará a las reglas de la subrogación real fruto de la consideración del patrimonio hereditario como patrimonio separado, de modo que el precio obtenido en la venta constituirá, junto con los bienes que eventualmente se haya reservado el heredero, el bien afecto a esa satisfacción»; por ese motivo, claro está, «consideramos más “sospechosa” la enajenación de la totalidad de bienes en caso de aceptación a beneficio de

luego si la responsabilidad del cesionario se comunica de algún modo al cedente). Asimismo, en el caso general, resultaría innecesaria la intervención del cedente en la partición. A pesar de ello, algunos autores, fundados en el carácter personal de la condición de heredero consideran siempre necesaria la intervención en la partición del cedente¹⁸⁴.

Ahora bien, en la doctrina existe división de opiniones respecto a si es en verdad posible que, verificada la cesión de los derechos hereditarios, se conserve todavía el beneficio de inventario. La norma aducida por los partidarios de la pérdida del beneficio no es otra que la del art. 1024 CC, que castiga con dicha pérdida al heredero que enajenare bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados¹⁸⁵. Se pensaría, pues, que la enajenación de la heren-

inventario que la cesión de bienes concretos»: así, *op. cit.*, p. 214. En cambio, más favorable a nuestro planteamiento: GTRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, cit., p. 63: «el patrimonio hereditario de tal modo aislado del privativo del heredero, no sólo requiere una lógica conservación, sino que además se halla afecto al pago de las deudas y cargas de la sucesión; el favor concedido al heredero beneficiario con la mera responsabilidad “intra vires hereditatis” no puede, en manera alguna, resultar gravoso para los acreedores del “de cuius”, ya que la situación de éstos no pueda considerarse mejorada con la muerte de su deudor, al menos es preciso que no se torne agravada».

¹⁸⁴ ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones*, de KIPP, I, cit., p. 229; «Problemas de la venta de herencia» en *Estudios sobre sucesiones*, II, cit., p. 22: «El comprador tiene derecho a pedir que la partición se efectúe, así como también puede exigirla el heredero vendedor. En todo caso, en la partición los bienes correspondientes a la cuota vendida han de ser adjudicados al heredero vendedor, por bien que estimando subrogado al comprador en la propiedad de los bienes contenidos en el lote asignado a aquél. Por ello, en conformidad con el artículo 403 (que hay que estimar aplicable aquí) el comprador tiene derecho a concurrir o intervenir en la partición, y oponerse a la que se verifique sin su concurso». Así también: MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, cit., p. 198: «entendiendo que son ambas partes las que deben concurrir a la formalización de las operaciones particionales». Más radical se mostró en esta materia DE LA CÁMARA (F.), «Inscripción del derecho hereditario», *RCDI*, 1926, pp. 563 ss., para quien el cesionario sólo podrá concurrir a la partición en aplicación del artículo 403 CC, pues quien conservará las facultades de división de la herencia es todavía el cedente. Algo similar establecía la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1915 (*JC*, núm. 138): «La ley al reglar la partición, no admite esa sustitución de un coheredero por una persona ajena al causahabiente». Si bien, ciertamente el interesado, que había adquirido la herencia en pago de deudas, sí había podido intervenir en la partición como acreedor del coheredero.

¹⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 447: «Dada la naturaleza de sucesión particular de la enajenación de la herencia, es claro que a la misma se aplica el art. 1024-2.º, perdiendo el heredero enajenante el beneficio de inventario, a menos que la enajenación se limite al terreno obligacional (venta del resultado de la liquidación). Pues, en otro caso, desaparece la separación de patrimonios, y nadie garantiza que el precio percibido sea suficiente, o que el patrimonio del *accipiens* donde van a parar los bienes no se halla sobrecargado de deudas».

En contrario cabría alegar que siempre puede el comprador mantener la separación de los bienes y hacerse cargo de la administración y pago de las deudas exactamente en la misma forma que el heredero. Pero nótese que el cargo de administrador es personalísimo, y por lo demás es únicamente el heredero el que puede perder el beneficio de inventario, y no el adquirente de la herencia, que nunca responderá *ultra vires*»; *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 304: «la limitación de la responsabilidad del heredero desaparece con la enajenación de la herencia no liquidada (art. 1024-2.º Cc), a menos que la enajenación se limite al terreno obligacional». Se adhiere a esta tesis ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., p. 396: «No parece, en efecto, haber ninguna razón que auto-

cia comporta que, efectivamente, se incurre por el cedente en la conducta sancionada por la norma, a menos que los ceda en las condiciones señaladas en la misma¹⁸⁶. Esta solución daría lugar a que el cedente respondería de las deudas de forma ilimitada, mientras que el cesionario lo haría de forma limitada al importe de los bienes¹⁸⁷.

No vemos tan claro que la inferencia extraída del precepto sea la correcta en nuestro sistema legal¹⁸⁸. Para nosotros la *ratio* del precepto es evidente: la enajenación de bienes singulares provoca en los acreedores un indudable perjuicio en sus expectativas de cobrar los créditos porque disgrega el contenido del patrimonio hereditario¹⁸⁹. En realidad, no pasa esto en el caso de la venta del

rice a excluir del párrafo segundo del artículo 1024 la venta en bloque de todos los bienes de la herencia, ya que, en definitiva, a tanto equivale esta venta que por especiales características puede hacerse globalmente o de una sola vez, como una venta separada de todos y cada uno de los objetos»; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, p. 626; GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», cit., pp. 390 ss.

¹⁸⁶ Es obvio que no habría lugar a la pérdida del beneficio de inventario si la venta o cesión se hizo con autorización judicial, o la de todos los interesados. Así lo sostienen VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 628: «El hecho de que el heredero cedente hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario, se dice que carece de trascendencia a este respecto porque la venta precisamente ha de producir su pérdida conforme al artículo 1024 Cc. Sin embargo, creemos que, conforme resulta del propio texto de este artículo, no se perderá el beneficio y en el mismo quedará subrogado el comprador, si se hiciere con autorización judicial o la de todos los interesados y se da al precio de lo vendido la aplicación determinada en la propia autorización»; LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, volumen II, primera parte, cit., p. 255.

¹⁸⁷ GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», cit., p. 392: «el comprador, haya o no aceptado el vendedor a beneficio de inventario, sólo responderá en los límites de la herencia adquirida de las deudas hereditarias. El heredero perderá el beneficio, ya que no hay ninguna razón que autorice a excluir del párrafo 2.º del art. 1024 la venta de todos los bienes de la herencia en bloque».

¹⁸⁸ Claramente se pronuncia en este sentido: MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, X, I, cit., p. 586: «se ha dicho que desde el momento en que un heredero vende la herencia, el beneficio de inventario es ya imposible, porque tal venta implica una disposición de las cosas hereditarias. Esta apreciación es equivocada, a nuestro juicio. Hemos dicho y repetido que la venta de herencia no es enajenación de cosas específicas y determinadas, sino transmisión de derecho, de la universalidad, en la cual el comprador viene a colocarse en lugar del heredero exactamente en las mismas condiciones en que éste se encontraba; por lo tanto, no puede haber duda de que si el vendedor disfrutaba del beneficio de inventario, de él gozará asimismo el comprador»; se suman a esta tesis: BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, cit., p. 180; y PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1036: «Si el heredero ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, no se pierde dicho beneficio por la venta de la herencia antes de completar el pago de las deudas y legados, sin cumplir los requisitos previstos en el art. 1024.2º CC [...] Los acreedores hereditarios no resultan perjudicados por ello: la herencia vendida sigue siendo un patrimonio separado en liquidación, afecto al pago de las deudas y cargas hereditarias». BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, 3.ª edición, cit., pp. 1028-1029: tras afirmar que el comprador goza del beneficio de inventario, rebate el argumento que en contra se puede alegar fundado en el art. 1024 CC: «este artículo se refiere a la venta de bienes muebles e inmuebles aislados, pero los intereses de los acreedores y legatarios no pueden verse perjudicados por la enajenación de la *universitas*».

¹⁸⁹ CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., p. 108: «los artículos citados se refieren en forma exclusiva a la venta de aislados bienes muebles o inmuebles de la sucesión, mientras que, como se sabe, la venta de la herencia no tiene por objeto los bienes singulares que la componen ... sino el caudal relicto como un todo, esto es, una unidad

derecho hereditario, supuesto mucho más próximo al de la administración hereditaria que recae en un tercero, ajeno al heredero, que a esta norma sancionatoria. En realidad, a los efectos de la garantía representada por la herencia, al acreedor le es perfectamente indiferente quién sea el sujeto que la administre y definitivamente le pague, puesto que los bienes afectos a responsabilidad son, en todo caso, los mismos: los bienes hereditarios. No hay, pues, en esta hipótesis una disgregación del patrimonio hereditario que pueda perjudicar al acreedor de la herencia en sus legítimas expectativas sobre la misma para hacer efectivos sus créditos¹⁹⁰.

En cambio, si sometemos la venta de herencia al sistema de subrogación real imperante para la enajenación de bienes concretos (es decir, si obligamos a los acreedores de la herencia a que satisfagan sus créditos en el patrimonio del heredero enajenante¹⁹¹), desactivamos por completo la posible funcionalidad de la

conceptual o abstracta, una *universitas iuris* ... por lo que, en principio, la sanción de la pérdida del beneficio no afectaría a la enajenación de la herencia ya que ésta no cae dentro del supuesto de hecho de la norma»; COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», cit., p. 251: «la sanción de la pérdida del beneficio de inventario contemplada en el precepto citado tiene como finalidad primordial proteger a los acreedores hereditarios y legatarios frente a concretas ventas o enajenaciones de bienes particulares que, por disminuir el caudal relicto, pongan en peligro la efectividad de sus correspondientes derechos. Cuando se trata de la venta de herencia, lo que se está enajenando no son bienes concretos, sino la totalidad de su contenido económico-patrimonial, tanto activo como pasivo, y, por lo tanto, dicha transmisión no tiene por qué comportar disminución alguna del caudal relicto que afecte negativamente al pago de las deudas hereditarias y legados». A pesar de reconocer que la hipótesis de la enajenación de bienes singulares y la de la herencia son diferentes, estima que se debe seguir manteniendo la pérdida del beneficio de inventario, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1, cit., p. 403, nota 160: «Sin duda, la *ratio* del art. 1024 está en la consideración de que existe un deudor, el heredero, y un patrimonio, la herencia, que son responsables frente a los acreedores, por lo que no se autoriza que dicho patrimonio sea debilitado con la enajenación de bienes, sancionándose la infracción con la pérdida del beneficio. Mas, por ello mismo, parece algo incongruente aplicar la misma regla cuando el patrimonio permanece unido, aunque en poder de otro titular. Hay aquí un hecho diferente que debería ser contrarrestado con otra norma también diferente y apropiada. A falta de previsión específica, parece más prudente que en todo caso surja igualmente la sanción de pérdida del beneficio. De esta manera responderá sin limitación, esto es, con sus propios bienes, el heredero que se ha desprendido de la solvencia que para los acreedores de la herencia representan los bienes de la misma».

¹⁹⁰ ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia», cit., p. 15: «Si el heredero vendedor ha aceptado la herencia a *beneficio de inventario*, ¿La venta de ésta es causa de *pérdida* de dicho beneficio? Con la doctrina de la citada Sentencia de 5 de febrero de 1909, de que la venta de herencia se resuelve o traduce en tantas ventas como cosas singulares integran la masa hereditaria, no hay más remedio que afirmar, tratándose de heredero único que vende toda la herencia, que la venta hace desaparecer el beneficio de inventario, ... Sin embargo, no es éste el criterio imperante y, a nuestro juicio, acertado. La doctrina francesa se pronuncia en el sentido de que la venta de herencia no modifica la situación del heredero acogido a este beneficio de inventario, de modo que la herencia vendida queda, al amparo del mismo beneficio, a favor del comprador, lo mismo que antes en favor del heredero vendedor».

¹⁹¹ No se puede argumentar intentando aplicar a la venta de herencia el régimen aplicable a la enajenación de bienes concretos. En cambio así lo hace RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 205: «la embargabilidad de los bienes que integran la herencia presupone su pertenencia actual a la misma; no hay reipersecutoriedad tras la disposición de

venta de herencia. En efecto, el sistema de consentimiento de los acreedores, o en su defecto de la autoridad judicial, para la enajenación de bienes herenciales en el caso del beneficio de inventario, tiene su razón de ser en la necesidad de que los interesados puedan bloquear un intercambio que puede ser razonable, pero también perjudicial para sus créditos. En cambio, en la enajenación de herencia será muy difícil que los acreedores estén en condiciones de valorar la consistencia real de su herencia, su valor neto en definitiva, y decidir si la contraprestación de la venta les perjudica o no. En esa tesitura no es fácil que vayan a prestar su consentimiento, y mucho menos que el juez pueda suplirlo, pues también carecerá de esos datos mínimos para fundamentar su decisión; salvo, claro está, que conste de una manera clara que la contraprestación obtenida por el cedente de la herencia, cubra suficientemente el importe de las deudas. Se frustraría o podría frustrarse, con toda probabilidad, una operación que puede ser necesaria para el heredero por su alejamiento de los bienes de la herencia, o por su escasa aptitud para proceder a la liquidación de la misma. Y esto sin un beneficio apreciable para los acreedores que, sometidos a una liquidación con inventario, no tienen poder para imponer ni siquiera quién va a administrar la herencia en tanto se realiza el mismo; y que, en todo caso, han de conformarse con lo que puedan obtener del patrimonio hereditario en pago de sus créditos¹⁹².

Cuestión diferente puede ser si cabe exigir algún tipo de responsabilidad al heredero enajenante en razón de que algún acreedor quede frustrado en sus derechos y ello se pueda achacar precisa-

un bien hereditario». Es obvio que la solución no tiene por qué ser la misma cuando lo que se enajena sea la herencia en su conjunto.

¹⁹² En contra, RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 204: «La herencia es, pues, un objeto disponible, una *cosa* —en la terminología del Código Civil *ex art.* 1271.1.º— que puede venderse como cualquier otra del patrimonio del heredero, sin que sus acreedores puedan ejecutar su crédito sobre los bienes hereditarios transmitidos al comprador; el único patrimonio responsable, y por tanto embargable, será el del heredero con la composición que tenga en cada momento actual, tras la venta de la herencia o tras cualquier otra operación negocial posterior a la apertura de la sucesión». No lo creemos así, pues, entre otras cosas, pensamos que la responsabilidad normal del heredero es *cum viribus*, es decir con los mismos bienes hereditarios, existe por tanto una separación de su patrimonio personal respecto del hereditario. Para borrar esto, no resulta defendible decir que el art. 659 CC carece de mandato normativo: así lo hace, en cambio, RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., p. 204, pero sin aportar ningún argumento. Sostiene una postura peculiar, que no compartimos, MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, Madrid, 2004, p. 179: «el beneficio no se perderá, y en el mismo quedará subrogado el comprador, si se hiciere con autorización judicial o la de todos los interesados y se dé al precio de lo vendido la aplicación determinada en la propia autorización». A nuestro juicio si el comprador se subroga en el beneficio de inventario no tiene sentido recabar autorización alguna de los acreedores, ni tampoco darles voz en el destino del precio obtenido por el cedente, puesto que van a seguir sujetos los bienes hereditarios como patrimonio separado. Si se aplican las reglas del art. 1024 CC (autorización y destinación del precio) será porque el adquirente de la herencia no responde de las cargas y las sigue soportando el cedente.

mente a la existencia de la enajenación de la herencia. En razón de la ya aducida analogía del supuesto con el de la administración de la herencia que recaiga en manos diferentes a las del heredero, pensamos que son perfectamente aplicables las normas que se refieren a este problema. Por tanto, razonablemente cabe plantearse si podría reclamarse la responsabilidad al enajenante por parte de aquel de los acreedores que, por hecho propio del cesionario resulte perjudicado en sus derechos. Para algún autor la solución positiva parece indudable, e incluso se acepta que, en virtud de la asunción de deudas que conlleva la cesión de la herencia, no sólo el cedente, sino también el cesionario serán responsables de forma ilimitada¹⁹³. La cuestión es dudosa porque se sostiene razonablemente por otros autores que la sanción en que consiste la pérdida del beneficio de inventario debe restringirse a los casos en que la conducta sancionada resulte cometida personalmente por el heredero¹⁹⁴.

Esta última explicación cuenta a su favor con el argumento de que el problema puede resolverse mejor imponiendo al cesionario la correspondiente responsabilidad, quedando libre el cedente de la misma, puesto que la posible lesión de los acreedores no deriva de sus actuaciones. Entendemos que la responsabilidad en que incurriría el adquirente sería la propia del heredero, pues esa posición ha querido voluntariamente asumir; por tanto, respondería de las deudas hereditarias *ultra vires*¹⁹⁵. Si se estimara que la condición de heredero no se puede transmitir siempre cabría aplicar al cesionario las normas de responsabilidad que se refieren al administrador de la herencia. En ellas, cabe ver analógicamente la solución a nuestro problema: en efecto, el art. 1031 CC establece la responsabilidad personal del administrador frente a acreedores y legatarios en los casos en que no hubieran podido cobrar por completo. La responsabilidad del heredero (en nuestro caso, la responsabilidad del cedente) sólo se vincula por el art. 1032 CC al hecho de que se haya rendido cuenta al mismo y hubiera recibido remanente. Como son casos que no se producirán normalmente en el supuesto de la enajenación de la herencia, cabe pensar que ello apoya la conclusión de que el cedente queda perfectamente exonerado de este tipo de responsabilidad.

¹⁹³ ASÍ PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1036: «si ocurre alguno de los hechos que deban provocar la pérdida del beneficio de inventario (p. ej., si el comprador de la herencia vende bienes de la misma antes del completo pago de las deudas y legados, sin cumplir los requisitos del art. 1024.2.º CC), contarán con la responsabilidad ilimitada del heredero vendedor (o con la del comprador, aceptando su asunción de las deudas hereditarias, que es inherente al contrato de venta de herencia)».

¹⁹⁴ Por ejemplo, la infracción no será sancionable más que si es cometida precisamente por el heredero, y no lo será si es cometida por el administrador por él nombrado; así, expresamente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 211, 238 y 239.

¹⁹⁵ En esto sí concordamos con la opinión de PANTALEÓN PRIETO citada *supra*.

Finalmente, también sería una cuestión diferente la de si el adquirente de la herencia que no haya sido aceptada a beneficio de inventario puede todavía solicitar la práctica del mismo. Por de pronto entendemos que la aceptación de la herencia no impide la solicitud posterior del beneficio de inventario (así lo confirma el último inciso del art. 1015 CC¹⁹⁶), por lo que queda también abierta esta posibilidad para el adquirente de la herencia, siempre que no se hayan agotado los plazos, especialmente perentorios, para su solicitud.

Además, en el caso en que el llamado no hubiera aceptado expresamente, el hecho de que enajene la herencia parece que comporta por parte del llamado la realización de uno de esos actos de señorío que implican aceptación tácita (cfr. arts. 999 y 1000.1 CC), con lo que a partir de ese momento los plazos perentorios para la petición de inventario comienzan a correr, aunque el enajenante no se encontrara en posesión de la herencia (cfr. art. 1015 CC)¹⁹⁷. Por este motivo, las posibilidades reales de que el cesionario pueda solicitar la práctica del inventario se reducen mucho temporalmente con relación a los amplios plazos con los que cuenta para ello el llamado que no está en posesión de la herencia (cfr. 1016 CC y el propio art. 1021 CC), aunque teóricamente no se pueda excluir que el adquirente llegue a tiempo de solicitar el beneficio de inventario, puesto que ha podido preparar la operación de adquisición de la herencia con cierto tiempo o estar suficientemente avisado con anterioridad de las consecuencias de dicho acto.

Por otro lado, puede suceder que el heredero tuviera en su poder los bienes hereditarios o algunos de ellos, con lo que el acortamiento de los plazos para solicitar la práctica del inventario habrá afectado al propio heredero, y hace improbable que, comenzando a correr el plazo de la solicitud de inventario (cfr. art. 1014 CC), se tenga tiempo material para pactar la venta de la herencia, y para que el adquirente realice la petición del beneficio, si es que el heredero no la hubiera hecho. Pero, en cualquier caso, teóricamente no es imposible que la solicitud se realizara por el adquirente de la herencia y que, en consecuencia, se beneficiara personalmente de la práctica del inventario.

De todo esto se deduce que el ordenamiento no contempla como imposible que el adquirente de herencia cuente con el beneficio de inventario, si bien se dificulta o restringe su práctica en los términos analizados.

¹⁹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 125, resalta que el precepto supone una novedad en nuestro CC en relación con el Proyecto de 1851.

¹⁹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 229-230.

En el caso en que el beneficio de inventario no exista, se planteará el problema de cuál de los sujetos que sucesivamente ha desempeñado la condición de heredero es el responsable de las deudas. Para gran parte de la doctrina, bien que partiendo de sus presupuestos, en la enajenación de la herencia, el comprador o adquirente de la herencia asume las deudas en las relaciones internas con el enajenante¹⁹⁸; mediante una asunción cumulativa de la deuda, en cambio, que ello afecte a los acreedores más intensamente, es decir, produciéndose la liberación del primitivo deudor depende de la aceptación por parte de éstos¹⁹⁹. El problema, en este último caso será si el acreedor puede perseguir bienes hereditarios para el pago de los créditos sin que se considere que esto implica consentimiento de la asunción por su parte, y la consiguiente liberación del cedente. Entendemos que es perfectamente posible beneficiarse de la asunción cumulativa, sin que ello implique liberación del primer deudor, a pesar de la falta de un precepto explícito en este sentido²⁰⁰.

V. TRANSMISIÓN O CESIÓN DE UNA HERENCIA QUE YA HA SIDO LIQUIDADADA Y PARTIDA: ¿ESTAMOS VERDADERAMENTE ANTE UN SUPUESTO DE TRANSMISIÓN DE LA HERENCIA?

En la doctrina se ha defendido también la posibilidad de que pueda producirse la enajenación de la herencia tras la partición rea-

¹⁹⁸ ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia», cit., p. 25 GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», cit., pp. 365-366; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», cit., p. 395; PANTALEÓN, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1036; CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., pp. 97-98; VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 628.

¹⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1041: «el comprador asume las deudas y cargas de la herencia aún pendientes. Con inmediata eficacia *inter partes*: desde la celebración del contrato, queda obligado frente al vendedor al pago de las mismas. Pero también con vocación de eficacia frente a los acreedores hereditarios que quieran aceptar como nuevo deudor al comprador de la herencia (art. 1205 CC); quien está obligado frente al vendedor a ofrecer a aquéllos su asunción de las deudas herenciales. La oferta será, como regla, de una asunción liberatoria (para que todo suceda como si el comprador hubiese heredado en lugar del vendedor), no cumulativa. El acreedor hereditario que no la acepte, sólo podrá dirigirse contra el comprador *ex art.* 1111 CC, subrogándose en la pretensión del vendedor que nace de la asunción *inter partes*. Cfr. CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, cit., pp. 13, 20 y 39. En contra, RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, cit., pp. 164 ss.

²⁰⁰ ROCA SASTRE, «Problemas de la venta de herencia» en *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1981, pp. 30-31. Para RUBIO GIMENO, en coherencia con su postura sobre los efectos de la venta de la herencia, «La subsistencia tras la venta de herencia de la deuda que vincula a heredero y acreedores hereditarios junto con la ausencia de ese vínculo entre estos últimos y el comprador, trae por contrastada consecuencia que dichos acreedores no estén legitimados para ejercitar su crédito, reclamando el pago, frente al mencionado comprador»: así en *La venta de herencia*, cit., p. 169. No obstante, se deben tener en cuenta las opiniones contrarias de una buena parte de nuestra doctrina clásica: p. 170, n. 87.

lizada con el concurso del heredero (es decir, del cedente)²⁰¹, a pesar de que se reconoce que la dificultad de concebir esta figura es grande²⁰². No puede negarse que exista la posibilidad acabada de apuntar²⁰³, pues es obvio que es diferente transmitir los bienes que finalmente se adjudiquen al heredero, sin conocer cuáles son, que transmitir, además de esos bienes (en este caso ya conocidos y adjudicados en concreto a través de la partición), otras consecuencias sucesorias relacionadas con la misma herencia que no se hayan tenido en cuenta en la partición. Lo que quizá no sea tan claro es que podamos estar hablando entonces, ni siquiera aproximadamente, de la figura a la que se refieren los artículos 1531 ss. CC, pues en ellos se ocupa el legislador del caso en que no se hayan enumerado las cosas de las que la herencia se compone, y es obvio que si ha existido partición ya cuentan las partes con esa enumeración, por más que puedan existir bienes o deudas diferentes de los recogidos en ella en el caso de la partición parcial o incompleta²⁰⁴. Habría, pues, un apartamiento del negocio de las reglas que el Código dedica a la compraventa de la herencia, y se trataría de un supuesto diferente de cesión de la herencia. Lo único que esto implica es que no pueden aplicarse al supuesto las normas relativas a la responsabilidad del vendedor, pues parece claro que el vendedor debe responsabilizarse de la exactitud de la partición²⁰⁵. La

²⁰¹ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La venta de herencia una vez hecha la partición», *Actualidad Civil*, 1998, pp. 1009 ss.

²⁰² De hecho el propio HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La venta de herencia una vez hecha la partición», cit., p. 1010, reconoce que «el caso puede parecer inverosímil».

²⁰³ Ciertamente «la primera gran duda que se plantea es determinar si, una vez practicada la partición, es posible la venta de derechos hereditarios (derecho abstracto que claudica con la partición, art. 1067 CC), pues tal derecho está ya confundido en el patrimonio del vendedor, siendo sólo posible, en consecuencia, la venta de bienes concretos, en dominio normal (1068 CC). El tema, como puede observarse, plantea un tema de gran enjundia, tanto teórica como práctica: la confusión patrimonial producida con la partición (al menos en el caso de la herencia aceptada pura y simplemente) impide que puedan realizarse válidamente negocios sobre la herencia partida»: así HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La venta de herencia una vez hecha la partición», cit., p. 1010. Lo que sucede es que probablemente estemos ante una cuestión puramente académica porque en el caso lo más probable es que se proceda a la venta de los bienes hereditarios concretos. Se plantea la objeción HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La venta de herencia una vez hecha la partición», cit. p. 1014 y rechaza su carácter académico porque «los efectos de una y otra venta son radicalmente diferentes». Nosotros responderíamos que sobre eso no hay cuestión, la duda es si la hipótesis es razonable que se produzca o no; en cualquier caso el mismo autor declara que el supuesto es real: cfr. p. 1010.

²⁰⁴ Por este motivo, es razonable aceptar con ERDOZÁIN LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano), art. 1531, Madrid, 2006, p. 1816 que «se sitúa el negocio de cesión, por lo tanto, en un momento previo a la partición, cuando existe aún la comunidad hereditaria y no se ha procedido a la transferencia dominical a los herederos y legatarios de los bienes y derechos concretos que integran el patrimonio del causante».

²⁰⁵ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La venta de herencia una vez hecha la partición», cit., p. 1014 considera que sí se puede aplicar la norma del art. 1531 CC, es decir que «el vendedor de herencia sólo responde de la cualidad de heredero (1531 CC), pero no está obligado al saneamiento individual de todos y cada uno de los bienes que la integran».

razón de que nos apartemos en este caso de la regla del art. 1531 CC es que falta en nuestro supuesto un elemento clave del supuesto normativo de este precepto que es que en la compraventa no se hayan enumerado las cosas de las que se compone la herencia.

Por otra parte, el obstáculo de dogmática sucesoria más importante para que exista en realidad el supuesto que nos estamos planteando, viene a ser el hecho de que, una vez realizada la partición, la condición de heredero ha venido a cumplir su funcionalidad primigenia, por lo que no se entiende qué se puede pretender al enajenar o ceder precisamente esa condición. Desde luego, en la perspectiva funcional de nuestra figura, la cesión de la herencia una vez realizada la partición no parece tener mucho sentido.

Es verdad que no hay obstáculos a que existan figuras de cesión que no se rijan por el régimen típico establecido por el Código. Menos que nadie lo podríamos ignorar nosotros que hemos hecho de ese planteamiento la característica propia de este estudio, pero hay que tener en cuenta que en este caso no parece que estemos ante una auténtica cesión del Derecho hereditario, precisamente porque la partición ya se ha realizado. No obstante, existen preceptos, como el del art. 1084 CC, que manifiestan la pervivencia de la condición de heredero más allá de la partición²⁰⁶, a efectos de la responsabilidad por deudas hereditarias que pueda conservar el heredero. Por esto podría tener cierto interés la figura.

Como los efectos jurídicos a los que se hace alusión en este precepto se refieren simplemente a la responsabilidad por las deudas es imposible que el adquirente de la herencia asuma la posición del heredero en un caso de aceptación pura y simple, pues para ello sería preciso el consentimiento de los acreedores. Es obvio entonces que en este caso no es posible una auténtica transmisión al comprador de la completa cualidad de heredero, pues a las alturas del fenómeno sucesorio en que nos encontramos no es posible que el heredero se desvincule de la responsabilidad que pueda derivar de deudas no consideradas en el momento de realizar la partición. El adquirente de la herencia verá así acumulada su propia responsabilidad por las deudas a la de su vendedor o cedente, que seguirá siendo el auténtico heredero.

En cambio en el supuesto en que la herencia se haya liquidado de acuerdo con las normas propias del beneficio de inventario, la regla del art. 1084 CC establece una importante limitación de la responsabilidad del heredero. En este caso pensamos que es per-

²⁰⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 170-171, también deduce la persistencia individualizada del patrimonio hereditario tras la partición del hecho de que el artículo 1082 CC permita a los acreedores de la herencia oponerse a que la partición se lleve a efecto.

fectamente posible que la posición de deudor quede asumida por aquel que adquiere la posición de heredero, y recibe los bienes hereditarios, mediante el negocio de cesión de la herencia.

VI. CONCLUSIONES

Con la necesaria brevedad que un apartado como este impone, nos parece que las conclusiones más destacadas a las que llega el presente estudio –y que se argumentan pormenorizadamente a lo largo del mismo– son las siguientes:

1. No cabe duda de que las normas más generales de nuestro Código caracterizan la figura del heredero más como un título que como una función, pero también lo es que el desarrollo práctico de la institución, sobre todo dentro de las normas dedicadas a la regulación de la llamada aceptación a beneficio de inventario, sin negar esta perspectiva, nos conduce más bien a la idea de que el heredero debe desempeñar la función de administrar y liquidar la herencia en beneficio de acreedores y legatarios, antes de poder acceder personalmente al eventual residuo, incorporándolo plenamente a su propio patrimonio. Nos parece haber demostrado que esta perspectiva peculiar de nuestro Derecho impone especialidades profundas en relación con el modo en que debemos entender en él la cesión de la herencia.

2. En la concepción dogmática más extendida sobre nuestra figura se suele partir del carácter intransmisible de la posición del heredero. Esta visión o bien reduce el carácter de heredero a una posición puramente honorífica; o bien subraya una obviedad (que la sucesión ya producida no queda borrada por el hecho de la cesión); o bien, termina imponiendo unas consecuencias en el funcionamiento de la cesión de la herencia que la hacen enormemente disfuncional en los casos en que se acude a esta figura, que suelen ser aquellos en los que el heredero sufre un gran incomodo asumiendo la gestión del proceso sucesorio. Por ejemplo, se estima en esta criticada tesis doctrinal que en la cesión de herencia existen tantas transmisiones singulares como objetos específicos pertenezcan a la herencia, con la necesidad de la *traditio* de todos y cada uno de dichos objetos para que se pueda entender transmitida su propiedad; asimismo, se entiende que la transmisión de las deudas al adquirente resulta imposible como no sea mediando una transmisión singularizada de cada una de ellas. Por todas estas razones, pensamos que vale más prescindir de esa idea y mantener la que García Goyena sostuvo: la posibilidad de un cambio personal del heredero.

3. Para nosotros en materia de cesión de los derechos hereditarios resulta muy importante el momento del proceso sucesorio en que nos encontremos cuando la referida cesión se realiza, pues eso va a ser decisivo para determinar la posición jurídica respectiva del cedente y del cesionario de la herencia. Lo habitual en el caso de la cesión de la herencia será que el primitivo heredero se haya desentendido a tiempo de sus responsabilidades como tal heredero, de modo que se transmita plenamente al cesionario todo el conjunto de sus facultades y deberes. Solamente en el caso en que el cedente haya incurrido en responsabilidad personal e ilimitada podrá ser necesario seguir teniéndolo presente como actor de la sucesión a efectos de responsabilidades, intervención en la partición, etc. A lo largo del trabajo se efectúa el tratamiento pormenorizado de los efectos de la cesión en función de la fase en la que la sucesión se encuentra. Asimismo, pueden existir determinados cometidos confiados al heredero, bien por la Ley o bien por el testador, con carácter específicamente intransmisible. Es obvio que esas funciones no pueden cederse; de todos modos, entendemos que la justificación de su carácter intransmisible debería hacerse caso por caso.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2.º; II, 2.º, Barcelona, 1982; V, 1.º, Barcelona, 1979.
- *Curso de Derecho civil*, V, 1991.
- «La enajenación de la herencia en Derecho español», *RDP*, 1978, pp. 1 ss.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, X, 2, Madrid, 1984.
- ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1978.
- AZEVEDO, A., *Comentarii Iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Tomo III (Libro V de la Nueva Recopilación), Lugduni, 1737.
- BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, 3.ª edición, Barcelona, 1995.
- BARBERO, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Milano, 1936 (ristampa inalterata, Centro Stampa Università di Camerino, 1980).
- BARTOLO DE SAXOFERRATO, *In primam Infortiati partem*, Lugduni, 1581.
- BINDER, *Derecho de sucesiones*, Traducido de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español por José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953.
- BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, Milano, 1974.
- *Scritti giuridici varii. I. Famiglia e successione*, Torino, 1926.
- BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952.
- BURÓN GARCÍA, *Derecho Civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, III, Valladolid, 1900.

- BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova, 1971.
- CÁMARA LAPUENTE, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», en *Derecho privado europeo* (coord. Cámara Lapuente), Madrid, 2003, pp. 1185 ss.
- CANO ZAMORANO, «La acción de petición de herencia: Concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente», *RCDI*, 1981, pp. 1219 ss.
- CAPILLA RONCERO (coordinador), *Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1999.
- CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código Civil», en *El Derecho Moderno*, XI, 1851, pp. 193 ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, 1.º, revisado y puesto al día por CASTÁN VÁZQUEZ Y BATISTA MONTERO-RÍOS, Madrid, 1989.
- CINO DE PISTOIA, *In Codicem et aliquot titulos primi pandectarum tomi, id est, Digesti veteris Doctissime commentaria*, Torino, 1964 (edición facsímil de la de Francoforti ad Moenum, 1628).
- COLINA GAREA, «La venta de herencia en el Código Civil español», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 243 ss.
- *Comentarios al Código Civil* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano), art. 1000, Madrid, 2006.
- COVARRUBIAS Y LEYVA, *Operum*, II, Genevae, 1734 (*Variarum Resolutionum*).
- CRISTÓBAL MONTES, *La venta de herencia*, Caracas, 1968.
- «El beneficio de separación en el Derecho español», *RCDI*, 1970.
- DE LA CÁMARA (F.), «Inscripción del derecho hereditario», *RCDI*, 1926, pp. 558 ss.
- DE LA CÁMARA, M. *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990.
- *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, art. 1067.
- «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», *Centenario de la Ley del Notariado*, sección tercera, volumen I, Madrid, 1964.
- DELGADO ECHEVARRÍA, «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006, pp. 13 ss.
- DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, II, Madrid, 1959.
- DE LUCA, *Cessionis iurium, et actionum*, Neapolis, 1687.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1989.
- DONELO, *Opera omnia*, II y VIII, Roma 1828 y 1830.
- DORAL, «Titularidad y patrimonio hereditario», *ADC*, 1973, pp. 393 ss.
- D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983.
- «Sacra cum pecunia. Sobre Cic. de legib. 2, 19-21», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*, II, Valencia, 1974.
- DURÁN RIVACOBÁ-GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006, pp. 231 ss.
- ERDOZÁIN LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano), arts. 1531 ss., Madrid, 2006.
- ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 4 tomos, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores

- D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Caravantes, Madrid, 1874 a 1876.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996.
- «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley Concursal», en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro-Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 1907 ss.
- «Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código», *RdP*, núm. 18, 2007, pp. 453 ss.
- ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, «Apuntes en tema de enajenación de herencia», *RDP*, 1967, pp. 383 ss.
- ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1978.
- ESPINO DE CÁCERES, *Speculo testamentorum*, Venetiis, 1598.
- FEBRERO, *Librería de escribanos*, Madrid, 1790 (edición facsímil del Consejo General del Notariado, Madrid, 1990).
- FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1957.
- FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954.
- FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Nápoles, 1965.
- GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Madrid, 1962.
- GARCÍA-BERNARDO, «Crítica de un privilegio: el beneficio de separación», *RDN*, 1966.
- GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XIX, Madrid, 1991.
- GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria en el Derecho español», *AAMN*, 1953.
- GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000.
- GASPAR LERA, *La acción de petición de herencia*, Pamplona, 2001.
- GIACOBBE, voz «Cessione di eredità», *Enciclopedia del diritto*, VI, pp. 902 ss.
- GITRAMA GONZÁLEZ, *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XIV, 1, Madrid, 1989.
- GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XVIII, Tradotto e annotato dall'Avvocato Umberto Grego, Milano, 1901.
- GNOLI, «Sulla sottrazione di "Res hereditariae" nelle istituzioni di Gaio», *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, 1982, pp. 205 ss.
- GÓMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii*, I, II, Salamanca, 1570 y 1569.
- GONZÁLEZ GARCÍA, *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Madrid, 1989.
- GRECO Y COTTINO, «Della vendita», en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, seconda edizione, Bologna-Roma, 1981.
- GULLÓN BALLESTEROS, «La venta de la herencia», *RGLJ*, 1959, pp. 359 ss.
- «La acción de petición de herencia», *ADC*, 1959, pp. 199 ss.
- GUTIÉRREZ, J., *Operum*, VIII, Lugduni, 1730.
- GUTIÉRREZ ALLER, «Compraventa de herencia en el Código Civil», en *Derecho de sucesiones. Donación*, director Seoane Spiegelberg, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 209 ss.

- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV y V, Madrid, 1869.
- GUTIÉRREZ JEREZ, «Sobre la naturaleza jurídica del derecho hereditario y su constancia registral», en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, II, Almería, 2000, pp. 763 ss.
- HEINECIO, *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante, II, Valencia, 1888.
- HERMOSILLA, G., J. Y S., *Notae, additiones, et Resolutiones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, Coloniae Allobrogum, 1726.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La venta de herencia una vez hecha la partición», *Actualidad Civil*, 1998, pp. 1009 ss.
- IGLESIAS, *Derecho romano*, 14.^a edición revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo, Barcelona, 2002.
- IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, traducción del alemán por Banzhaf, Madrid, 1987.
- JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Madrid, 1990.
- JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, traducción de la segunda edición alemana por PRIETO CASTRO, Barcelona, 1965.
- KIPP-COING, *Derecho de sucesiones*, 2.^o, Barcelona, 1976.
- LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961.
— *Notas al Derecho de sucesiones de BINDER*, Barcelona, 1953
— *Derecho de Sucesiones*, I y II, Barcelona, 1971 y 1973.
— *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La venta de herencia en el Código Civil», en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 2003, pp. 289 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 7, Madrid, 2001.
- LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Bruxelles, 1996.
- LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, volumen II, primera parte, Bilbao, 1991.
- LÓPEZ JACOISTE, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, cit., art. 1010.
— «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», *RGLJ*, 1958
- MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, I, Coloniae Allobrogum, 1631.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, X, 1, sexta edición revisada por D. José María Bloch, Madrid, 1969.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Madrid, 1991.
- MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Cesiones de derecho hereditario», *RDN*, enero-marzo 1967, pp. 221 ss.
- MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, Madrid, 2004.
- MIQUEL, *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1987.
- MIRABELLI, «*I singoli contratti*», en *Commentario del Codice Civile*, UTET, terza edizione, rielaborata e aggiornata, Torino, 1991.
- MOLINA, *Disputationes de contractibus*, Venecia, 1607.
- MONJE BALMASEDA, *La herencia yacente*, Madrid, 2001.
- MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972.

- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», *ADC*, 1998, pp. 81 ss.
- MURGA GENER, *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Zaragoza, 1983.
- OBARRIO MORENO, *Beneficium inventarii: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español*, Madrid, 2006.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, cit., I, arts. 995 y 1006.
- OLEA, A., *Tractatus de cessione iurium et actionum*, Lugduni, 1699.
- PANTALEÓN PRIETO, en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, arts. 1531 ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, reimpresión con epílogo, Granada, 2006.
- PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros codicis justiniani imperator*, I, Venecia, 1773.
- *Institutiones imperiales erotematimus, distinctae, atque ex ipsis principiis regulisque iuris, passim insertis, explicatae*, Madrid, 1776.
- PETITJEAN, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en Droit français et en Droit anglais*, Paris, 1959.
- POTHIER, *Traité du Contrat de vente*, en *Oeuvres*, III, Reimpresión de la edición de París de 1847 por Bugnet.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1 y 2, Barcelona, 1975 y 1977.
- RAMS ALBESA, «El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, IV, Madrid, 2003, pp. 5469 ss.
- «Las deudas de la herencia: una vieja cuestión pendiente», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006, pp. 463 ss.
- RIBAS-ALBA, «La *transmissio* de la delación en Derecho romano clásico», *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»*, Terza Serie, vol. XXXIII-XXXIV, pp. 289 ss.
- RIPA, *In primam, et secundam Infortiati partem Commentaria*, Venetiis, 1585.
- ROCA SASTRE, Notas al *Derecho de sucesiones*, de Kipp, I, 2ª ed. al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1976.
- «Problemas de la venta de herencia» en *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1981, pp. 7 ss.
- «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *ADC*, 1960.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto», *RdP*, 15, 2005, pp. 53 ss.
- ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, en *Trattato di Diritto Civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli*, volume quinto, fascicolo primo, Milano, 1960.
- ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951.
- RUBINO, «*La compravendita*», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, XXIII, Milano, 1952.
- RUBIO GIMENO, *La venta de herencia*, Madrid-Barcelona, 2003.
- «La donación de herencia: un caso particular de donación modal», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Murcia, 2004, pp. 4431 ss.
- SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo I, Coruña, 1837 (edición facsímil, Pamplona, 2002).

- SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», en *Doctor Honoris Causa Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Bellaterra, 1985.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, IV, Madrid, 1899.
- SANCHO REBULLIDA, «Las acciones de petición de herencia en el Derecho español», *RGLJ*, 1962,1, pp. 261 ss.
- SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958.
- SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, vertido al castellano por Mesía y Poley, Granada, 2005.
- SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado*, XXIII, Madrid, 1906.
- SCHLICHTING, «Erbrecht», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 9, München, 2004.
- SIMÓ SANTOJA, «En tema de petición de herencia», *RDP*, 1960, pp. 665 ss.
- TALAMANCA, voz «Vendita» (dir. rom.), *Enciclopedia del diritto*, XLVI, pp. 348 ss.
- TORRALBA SORIANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, art. 805, pp. 1971 ss.
- TORRENT, *Venditio Hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca, 1966.
- TUMULESCU, «Gaius 2, 55 e L'usucapio pro herede», *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino, 1971, pp. 417 ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, I y II, Madrid, 1982 y 1984.
- «Relectura en torno a la comunidad hereditaria», *Doctor Honoris Causa Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Bellaterra, 1985.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XIV, 2, Madrid, 1989.
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum progressu tractatus*, III, Venetiis, 1573.
- VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, III, Bassani, 1827.
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it. por Fadda y Bensa, Torino, 1925.
- YÁÑEZ PARLADORIO, *Opera jurídica*, Coloniae Allobrogum, 1734.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDO EEE

1. **Modificaciones.** *Vid. DOUE, L, núm. 154, de 12 de junio de 2008; DOUE, L, núm. 182, de 10 de julio de 2008; DOUE, L, núm. 223, de 21 de agosto de 2008.*

CONSUMIDORES

2. **Decisión de la Comisión, de 17 de marzo de 2008, que modifica la Decisión 2007/76/CE por la que se aplica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, por lo que respecta a la asistencia mutua [notificada con el número C (2008) 987].** *DOUE, L, núm. 89, de 1 de abril de 2008.*
3. **Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.** *DOUE, L, núm. 133, de 22 de mayo de 2008.*

ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA

4. **Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.** *DOUE, L, núm. 136, de 24 de mayo de 2008.*
5. **Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la**

cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario. *DOUE*, L, núm. 151, de 11 de junio de 2008.

6. **Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I. *DOUE*, L, núm. 177, de 4 de julio de 2008.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

7. **Recomendación de la Comisión, de 10 de abril de 2008, sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación [notificada con el número C (2008) 1329]. *DOUE*, L, núm. 146, de 5 de junio de 2008.**

TRATADO DE LISBOA

8. **Acta de corrección de errores del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. *DOUE*, C, núm. 111, de 6 de mayo de 2008.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

ASPECTOS INSTITUCIONALES

9. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se adaptan las disposiciones relativas al Tribunal de Justicia en los ámbitos cubiertos por el título IV de la tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [COM (2006) 0346 - C6 - 0304/2006 - 2006/0808 (CNS)]. *DOUE*, C, núm. 74 E, de 20 de marzo de 2008.**

BIENES CULTURALES

10. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro» (Versión codificada. COM (2007) 873 final - 2007/0299 (COD. *DOUE*, C, núm. 162, de 25 de junio de 2008.**

CONSUMIDORES

11. **Corrección de errores de la Posición del Parlamento Europeo aprobada en segunda lectura el 16 de enero de 2008 con vistas a la adop-**

ción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo - P6 - TA - PROV [(2008)0011 (994/2/2007 - C6 - 0315/2007 - 2002/0222(COD))]. *DOUE*, C, núm. 138 E, de 5 de junio de 2008.

12. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores [(versión codificada. (COM(2006)0692 - C6 - 0429/2006 - 2003/0099(COD))]. *DOUE*, C, núm. 146 E, de 12 de junio de 2008.
13. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la confianza de los consumidores en un entorno digital [(2006/2048(INI)). *DOUE*, C, núm. 146 E, de 12 de junio de 2008.
14. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Definición del papel y del régimen de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho comunitario del consumo». *DOUE*, C, núm. C 162, de 25 de junio de 2008.
15. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007 - 2013 - Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz» [COM(2007) 99 final]. *DOUE*, C, núm. 162, de 25 de junio de 2008.
16. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de la 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, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor» [COM(2007) 210 final]. *DOUE*, C, núm. 162, de 25 de junio de 2008.
17. Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de septiembre de 2007, sobre el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo [2007/2010(INI)]. *DOUE*, C, núm. 187 E, de 24 de julio de 2008.

DATOS PERSONALES

18. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica, entre otras, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre intimidad y comunicaciones electrónicas). *DOUE*, C, núm. 181, de 18 de julio de 2008.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

19. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2006/2207(INI)].** *DOUE*, C, núm. 74 E, de 20 de marzo de 2008.
20. **Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.** *DOUE*, C, núm. 95, de 16 de abril de 2008.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

21. **Posición Común (CE) núm. 11/2008, de 28 de febrero de 2008, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.** *DOUE*, C, núm. 122 E, de 20 de mayo de 2008.
22. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 2007, sobre el texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)** [Pe - CONS 3619/2007 - C6 - 0142/2007 - 2003/0168(COD)]. *DOUE*, C, núm. 175 E, de 10 de julio de 2008.
23. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico «Justicia civil», integrado en el programa general «Derechos fundamentales y justicia» [(8699/2/2007 - C6 - 0179/2007 - 2005/0040(COD)).** *DOUE*, C, núm. 175 E, de 10 de julio de 2008.
24. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 11 de julio de 2007 con vistas a la adopción de la Decisión núm. .../2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico «Justicia civil», integrado en el programa general «Derechos fundamentales y justicia».** *DOUE*, C, núm. 175 E, de 10 de julio de 2008.
25. **Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de septiembre de 2007, sobre las obligaciones de los prestadores de servicios transfronterizos [(2006/2049 (INI)).** *DOUE*, C, núm. 219E, de 28 de agosto de 2008.

PROPIEDAD INTELECTUAL

26. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamen-**

to Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM (2006)0168 - C6 - 0233/2005 - 2005/0127(COD)]. *DOUE*, C, núm. 74 E, de 20 de marzo de 2008.

27. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 25 de abril de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. *DOUE*, C, núm. 74 E, de 20 de marzo de 2008.
28. Propuesta de Directiva .../.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Versión codificada [COM(2008) 23]. *DOUE*, C, núm. 118, de 15 de mayo de 2008.
29. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión codificada) [(COM(2006)0812 - C6 - 0504/2006 - 2006/0264(COD))]. *DOUE*, C, núm. 146 E, de junio de 2008.
30. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 19 de junio de 2007, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo sobre la marca comunitaria (versión codificada) [(COM(2006)0830 - C6 - 0050/2007 - 2006/0267(CNS))]. *DOUE*, C, núm. 146 E, de junio de 2008.
31. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva .../.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de programas de ordenador» (versión codificada) [COM(2008) 23 final - 2008/0019 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de agosto de 2008.
32. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Indicaciones geográficas y denominaciones de origen». *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de agosto de 2008.
33. Corrección de errores de la Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 25 de abril de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. *DOUE*, C, núm. 219 E, de 28 de agosto de 2008.

SEGUROS Y REASEGUROS

34. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 10 de julio de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/49/CEE del Consejo sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas

al seguro directo distinto del seguro de vida, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. *DOUE*, C, núm. 174 E, de 10 de julio de 2008.

35. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2005/68/CE relativa al reaseguro, por lo que se refiere a las competencias de ejecución conferidas a la Comisión [(COM(2006)0905 - C6 - 0017/2007 - 2006/0280(COD)]. *DOUE*, C, núm. 174 E, de 10 de julio de 2008.

SERVICIOS DE PAGO

36. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 24 de abril de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CEE sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE, y se deroga la Directiva 97/5/CE. *DOUE*, C, núm. 74 E, de 20 de marzo de 2008.

SERVICIOS FINANCIEROS

37. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único» [COM(2007) 226 final]. *DOUE*, C, núm. 151, de 17 de junio de 2008.
38. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Integración financiera: los mercados bursátiles europeos». *DOUE*, C, núm. 162, de 25 de junio de 2008.
39. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la política de los servicios financieros (2005-2010) - Libro Blanco [(2006/2270(INI)]. *DOUE*, C, núm. 175 E, de 10 de julio de 2008.

SOCIEDADES

40. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. Versión codificada [COM(2008) 26]. *DOUE*, C, núm. 118, de 15 de mayo de 2008.
41. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 48 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros [COM(2008) 39]. *DOUE*, C, núm. 118, de 15 de mayo de 2008.
42. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 78/855/CEE del Consejo, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, y la Directiva

82/891/CEE del Consejo, referente a la escisión de sociedades anónimas, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión [COM(2007)0091 - C6 - 0082/2007 - 2007/0035(COD)]. *DOUE*, C, núm. 175 E, de 10 de julio de 2008.

43. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 11 de julio de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2007/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas. *DOUE*, C, núm. 175 E, de 10 de julio de 2008.
44. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones de las sociedades anónimas» (Versión codificada) [COM(2008) 26 final - 2008/0009 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de agosto de 2008.
45. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva .../.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo de [...] tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 48 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros» (versión codificada) [COM(2008) 39 final - 2008/0022 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de agosto de 2008.

TRANSPORTES

46. Propuesta de Decisión del Consejo sobre la posición que debe adoptar la Comunidad respecto de la propuesta de modificación del Convenio relativo al Transporte Internacional de Mercancías al amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975. COM(2008) 28. *DOUE*, C, núm. 118, de 15 de mayo de 2008.

TRATADOS DE LA UE

47. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. Tabla de correspondencias. *DOUE*, C, núm. 115, de 9 de mayo de 2008.

TRANSPORTE MARÍTIMO

48. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de

pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente [COM (2005) 0592 - C6 - 0057/2006 - 2005/0241(COD)]. *DOUE*, C, núm. 74 E, de 20 de marzo de 2008.

49. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 25 de abril de 2007 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2007 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente. *DOUE*, C, núm. 74 E, de 20 de marzo de 2008.

VALORES MOBILIARIOS (ORGANISMOS DE INVERSIÓN)

50. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 85/611/CEE del Consejo, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) [(COM (2006)0926 - C6 - 0010/2007 - 2006/0293(COD)]. *DOUE*, C, núm. 175 E, de 10 de julio de 2008.

II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

AYUDAS DE ESTADO

51. Asunto C - 199/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de febrero de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Francia) - Centre d'exportation du livre français (CELFF), Ministre de la culture et de la communication/Société internationale de diffusion et d'édition. Ayudas de Estado - Artículo 88 CE, apartado 3 - Órganos jurisdiccionales nacionales - Recuperación de ayudas ejecutadas de forma ilegal - Ayudas declaradas compatibles con el mercado común. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.
52. Asunto T - 289/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2008 - BUPA y otros/Comisión. Ayudas de Estado - Sistema de igualación de riesgos establecido por Irlanda en el mercado de los seguros de enfermedad privados - Régimen de ayudas - Servicios de interés económico general - Artículo 86 CE, apartado 2 - Decisión de la Comisión de no formular objeciones - Recurso de anulación - Admisibilidad - Principios de necesidad y de proporcionalidad. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.
53. Asunto T - 233/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2008 - Reino de los Países Bajos/Comisión. Ayudas de Estado - Directiva 2001/81/CE - Medida nacional por la que se establece un régimen comercial de las emisiones de óxidos de nitrógeno

- Decisión por la que se declara la compatibilidad de la ayuda con el mercado común - Admisibilidad - Ventaja - Falta de carácter selectivo de la medida. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
54. Asunto T - 348/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de abril de 2008 - SIDE/Comisión. Ayudas de Estado - Ayudas a la exportación en el sector del libro - Falta de notificación previa - Artículo 87 CE, apartado 3, letra d) - Ámbito de aplicación temporal del Derecho comunitario - Método de cálculo del importe de la ayuda. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
55. Asunto C - 390/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma. Nuova Agricast Srl/Ministero delle Attività Produttive. Ayudas de Estado - Régimen de ayudas autorizado por un período determinado - Notificación del régimen de ayudas modificado por un nuevo período - Medidas de transición entre dos regímenes sucesivos - Decisión de la Comisión de no formular objeciones - Información de que podía disponer la Comisión - Validez de la decisión de la Comisión - Igualdad de trato - Motivación. *DOUE*, C, núm. 142, de 7 de junio de 2008.
56. Asunto C - 49/05 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 8 de mayo de 2008 - Ferriere Nord SpA/Comisión de las Comunidades Europeas, República Italiana. Recurso de casación - Ayudas de Estado - Procedimiento de examen formal - Directrices comunitarias de las ayudas de Estado para la protección del medio ambiente - Derecho de los interesados - Invitación a presentar observaciones - Artículo 88 CE, apartado 2 - Reglamento (CE) núm. 659/1999 - Confianza legítima - Seguridad jurídica - Finalidad medioambiental de la inversión. *DOUE*, C, núm. 158, de 21 de junio de 2008.
57. Asunto T - 442/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de junio de 2008 - SIC/Comisión. Ayudas de Estado - Medidas adoptadas por la República Portuguesa en favor de la empresa pública de radiodifusión RTP para financiar su misión de servicio público - Decisión por la que se declara que algunas medidas no constituyen ayudas de Estado y las demás son compatibles con el mercado común - Calificación de ayuda de Estado - Compatibilidad con el mercado común - Obligación de examen diligente e imparcial. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.
58. Asunto T - 268/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de junio de 2008 - Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión. Ayudas de Estado - Ayudas a favor de las compañías aéreas por razón de los daños ocasionados por los atentados del 11 de septiembre de 2001 - Decisión por la que se declara el régimen de ayudas parcialmente incompatible con el mercado común y se ordena la recuperación de las ayudas abonadas - Artículo 87 CE, apartado 2, letra b) - Comunicación de la Comisión, de 10 de octubre de 2001, sobre las consecuencias de los atentados del 11 de septiembre - Nexo causal entre el acontecimiento de carácter excepcional y el

daño - Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.

59. Asuntos acumulados C - 341/06 P y C - 342/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2008 - Chronopost SA (C - 341/06 P), La Poste (C - 342/06 P)/Union française de l'express (UFEX), DHL Express (France) SAS, Federal express international (France) SNC, CRIE SA, Comisión de las Comunidades Europeas, República Francesa. Recurso de casación - Regularidad del procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia - Sentencia del Tribunal de Primera Instancia - Anulación - Devolución del asunto - Segunda sentencia del Tribunal de Primera Instancia - Composición de la formación del Tribunal - Ayudas de Estado - Sector postal - Empresa pública encargada de un servicio de interés económico general - Apoyo logístico y comercial a una filial - Filial que no ejerce sus actividades en un sector reservado - Transmisión de la actividad de correo urgente a dicha filial - Concepto de «ayudas de Estado» - Decisión de la Comisión - Apoyo y transmisión no constitutivos de ayudas de Estado - Motivación. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
60. Asunto T - 301/01: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2008 - Alitalia/Comisión. Ayudas de Estado - Recapitalización de Alitalia por las autoridades italianas - Decisión por la que se declara la ayuda compatible con el mercado común - Decisión adoptada a raíz de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia por la que se anula una decisión anterior - Admisibilidad - Infracción del artículo 233 CE - Infracción de los artículos 87 CE y 88 CE - Requisitos de autorización de la ayuda - Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
61. Asunto T - 266/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2008 - Deutsche Post/Comisión. Ayudas de Estado - Medidas adoptadas por las autoridades alemanas en favor de Deutsche Post AG - Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación - Servicio de interés económico general - Compensación por los costes adicionales generados por una política de venta a pérdida en el sector del transporte de paquetes puerta a puerta - Inexistencia de ventaja. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.

CONTROL DE CONCENTRACIONES

62. Asunto T - 65/08 R: Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2008 - Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas. Procedimiento sobre medidas provisionales - Control de las concentraciones - Artículo 21, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 139/2004 - Condiciones impuestas por las autoridades españolas a las partes de una concentración declarada compatible con el mercado común - Demanda de suspensión de la ejecución - *Fumus boni iuris* - Falta de urgencia - Ponderación de los intereses. *DOUE*, C, núm. 158, de 21 de junio de 2008.

CONSUMIDORES

63. **Asunto C - 412/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de abril de 2008.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Stuttgart (Alemania) - Annelore Hamilton/Volksbank Filder eG. Protección de los consumidores - Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales - Directiva 85/577/CEE - Artículos 4, párrafo primero, y 5, apartado 1 - Contrato de crédito de larga duración - Derecho de revocación. *DOUE, C*, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
64. **Asunto C - 404/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de abril de 2008.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) - Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherkzentralen und Verbraucherverbände. Protección de los consumidores - Directiva 1999/44/CE - Venta y garantías de los bienes de consumo - Derecho del vendedor a exigir al consumidor una indemnización por el uso de un bien en caso de sustitución de bienes que no son conformes - Gratuidad del uso del bien que no es conforme. *DOUE, C*, núm. 142, de 7 de junio de 2008.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

65. **Asunto C - 386/07: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de mayo de 2008.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) - Hospital Consulting Srl, ATI HC, Kodak SpA, Tecnologie Sanitarie SpA/Esaote SpA, ATI, Ital Tbs Telematic & Biomedical Service SpA, Draeger Medica Italia SpA, Officina Biomedica Divisione Servizi SpA. Reglamento de procedimiento - Artículos 92, apartado 1, y 104, apartado 3 - Normas comunitarias en materia de competencia - Regímenes nacionales relativos al baremo de honorarios de abogado - Fijación de honorarios mínimos - Inadmisibilidad parcial - Cuestiones cuya respuesta puede deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *DOUE, C*, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
66. **Asunto T - 429/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2008 - Trubowest Handel y Makarov/Consejo y Comisión.** Responsabilidad extracontractual - Derechos antidumping - Reglamento antidumping (CE) núm. 2320/97 - Honorarios de abogado desembolsados a nivel nacional - Inadmisibilidad - Daños materiales y daño moral - Relación de causalidad. *DOUE, C*, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
67. **Asunto T - 221/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 - Huvis/Consejo.** Dumping - Importaciones de fibras sintéticas discontinuas de poliéster originarias de Corea - Reglamento por el que se da por concluido un nuevo examen intermedio - Aplicación de un método distinto del utilizado en el examen inicial - Necesidad de una modificación de las circunstancias - Ajuste solicitado en virtud de los costes del crédito - Plazos de pago - Carga de la prueba - Principio de buena administración - Artícu-

lo 2, apartado 10, letras b) y g) y artículo 11, apartado 9, del Reglamento (CE) núm. 384/96. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

68. **Asunto C - 14/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de mayo de 2008.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) - Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR/Industrie - und Handelskammer Berlin. Cooperación judicial en materia civil - Reglamento (CE) núm. 1348/2000 - Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales - Inexistencia de traducción de los anexos del documento - Consecuencias. *DOUE*, C, núm. 158, de 21 de junio de 2008.
69. **Asunto C - 462/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de mayo de 2008.** Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) - Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline/Jean - Pierre Rouard. Reglamento (CE) núm. 44/2001 - Sección 5 del capítulo II - Competencia en materia de contratos individuales de trabajo - Sección 2 del citado capítulo - Competencias especiales - Artículo 6, número 1 - Pluralidad de demandados. *DOUE*, C, núm. 171, de 5 de julio de 2008.

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

70. **Asunto C - 244/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Koblenz (Alemania) - Dynamic Medien Vertriebs GmbH/Avides Media AG. Libre circulación de mercancías - Artículo 28 CE - Medidas de efecto equivalente - Directiva 2000/31/CE - Normativa nacional que prohíbe la venta por correo de soportes gráficos que no hayan sido sometidos a control y clasificación a efectos de la protección de los menores por parte del organismo nacional competente y que no llevan la indicación, que emane de dicha autoridad, de la edad a partir de la que pueden verse dichos soportes gráficos - Soportes gráficos importados de otro Estado miembro que han sido sometidos a control y clasificación por parte del organismo competente de tal Estado y que llevan la indicación de un límite de edad - Justificación - Protección de los menores - Principio de proporcionalidad. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.
71. **Asunto C - 265/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de abril de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/República Portuguesa.** Incumplimiento de Estado - Libre circulación de mercancías - Artículos 28 CE y 30 CE - Artículos 11 y 13 del Acuerdo EEE - Restricciones cuantitativas a la importación - Medidas de efecto equivalente - Vehículos automóviles - Colo-

cación de láminas tintadas en los cristales de los automóviles. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.

72. Asunto C - 286/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de abril de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo. Incumplimiento de Estado - Artículo 28 CE - Matriculación de vehículos de ocasión matriculados previamente en otros Estados miembros - Exigencia de un extracto de la inscripción del vendedor en el Registro mercantil o de un documento equivalente - Exención de presentación de facturas u otros documentos probatorios de los traspasos de propiedad anteriores. *DOUE*, C, núm. 142, de 7 de junio de 2008.

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

73. Asunto C - 380/05: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 31 de enero de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato - Centro Europa 7 Srl/Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni. Libre prestación de servicios - Comunicaciones electrónicas - Actividades de radiodifusión televisiva - Nuevo marco normativo común - Atribución de radiofrecuencias de emisión. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.

MEDIO AMBIENTE

74. Asunto C - 188/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation - Francia) - Commune de Mesquer/Total France SA, Total International Ltd (Directiva 75/442/CEE - Gestión de residuos - Concepto de residuos - Principio «quien contamina paga» - Poseedor - Poseedores anteriores - Productor del producto generador - Hidrocarburos y fuelóleo pesado - Naufragio - Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación por hidrocarburos - FIPOL. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.

MOROSIDAD

75. Asunto C - 306/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Köln - Alemania) - 01051 Telecom GmbH/Deutsche Telekom AG (Directiva 2000/35/CE - Lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales - Artículo 3, apartado 1, letra c), inciso ii) - Morosidad - Transferencia bancaria - Fecha a partir de la que debe considerarse efectuado el pago. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.

PRÁCTICAS COLUSORIAS

76. Asunto C - 266/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de mayo de 2008 - Evonik Degussa GmbH, antiguamente Degussa GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas, Consejo de la Unión Europea. Recurso de casación - Competencia - Práctica colusoria - Mercado de la metionina - Multa - Reglamento núm. 17 - Artículo 15, apartado 2 - Principio de legalidad de las penas - Desnaturalización de los hechos - Principio de proporcionalidad - Principio de igualdad de trato. *DOUE*, C, núm. 171, de 5 de julio de 2008.
77. Asunto T - 410/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de junio de 2008 - Hoechst/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los sorbatos - Decisión en la que se constata una infracción del artículo 81 CE - Cálculo del importe de las multas - Obligación de motivación - Gravedad y duración de la infracción - Circunstancias agravantes - Principio *non bis in idem* - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Acceso al expediente - Duración del procedimiento. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.
78. Asunto T - 50/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 - Saint - Gobain Gyproc Belgium/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los paneles de yeso - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Multa - Gravedad y duración de la infracción - Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
79. Asunto T - 52/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 - Knauf Gips/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los paneles de yeso - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Acceso al expediente - Infracción única y continua - Imputación - Multa - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Cooperación durante el procedimiento administrativo. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
80. Asunto T - 53/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 - BPB/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los paneles de yeso - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Infracción única y continuada - Reincidencia - Multa - Directrices para el cálculo de las multas - Comunicación sobre la cooperación. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008).
81. Asunto T - 54/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 - Lafarge/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los paneles de yeso - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Imputación - Efecto disuasorio - Reincidencia - Multa - Directrices para el cálculo del importe de las multas. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.

82. **Asunto T - 99/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 - AC - Treuhand/Comisión. Competencia - Carteles - Peróxidos orgánicos - Multas - Artículo 81 CE - Derecho de defensa - Derecho a un proceso justo - Concepto de autor de la infracción - Principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) - Principio de seguridad jurídica - Confianza legítima). DOUE, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.**

PROPIEDAD INTELECTUAL (DERECHOS DE AUTOR)

83. **Asunto C - 32/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 31 de enero de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España. Incumplimiento de Estado - Directiva 2001/84/CE - Derechos de autor - Derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. DOUE, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.**
84. **Asunto C - 456/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de abril de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) - Peek & Cloppenburg KG/Cassina S.p.A. Derechos de autor - Directiva 2001/29/CE - Artículo 4, apartado 1 - Distribución al público, mediante venta o por cualquier otro medio, del original de una obra o de una copia de ella - Utilización de reproducciones de muebles protegidos por derechos de autor como objetos de mobiliario expuestos en una sala de venta y como decoración de escaparate - Inexistencia de transmisión de la propiedad o de la posesión. DOUE, C, núm. 142, de 7 de junio de 2008.**
85. **Asunto C - 395/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 5 de junio de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania. Incumplimiento de Estado - Directiva 2004/48/CE - Respeto de los derechos de propiedad intelectual - No adaptación del ordenamiento jurídico interno dentro del plazo establecido. DOUE, C, núm. 183, de 19 de julio de 2008.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

86. **Asunto T - 39/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2008 - Orsay/OAMI - Jiménez Arellano (O orsay). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa y figurativa O orsay - Marca nacional denominativa y figurativa anterior D'ORSAY - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.**
87. **Asunto T - 378/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2008 - Orsay/OAMI - Jiménez Arellano (Orsay). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de**

marca comunitaria denominativa y figurativa Orsay - Marca nacional denominativa y figurativa anterior D'ORSAY - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.

88. Asunto T - 189/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2008 - Usinor/OAMI - Corus UK (GALVALLOY). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa GALVALLOY - Marca nacional denominativa anterior GALVALLIA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.
89. Asunto T - 146/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de febrero de 2008 - Sanofi - Aventis SA/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria ATURION - Marca denominativa nacional anterior URION - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Inexistencia de similitud entre los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.
90. Asunto T - 325/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 2008 - Citigroup/OAMI - Link Interchange Network (WORLDLINK). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa WORLDLINK - Marca nacional figurativa anterior LiNK - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Limitación de los servicios mencionados en la solicitud de marca - Identidad de los servicios - Similitud entre los signos - Artículos 73 y 74 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 92, de 12 de abril de 2008.
91. Asunto T - 215/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2008 - American Clothing Associates/OAMI (Representación de una hoja de arce). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria gráfica que representa una hoja de arce - Motivo de denegación absoluto - Marca de servicios - Artículo 7, apartado 1, letra h), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 6 *ter* del Convenio de París - Elementos de Derecho planteados ante las instancias de la OAMI y ante el Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, C, núm. 92, de 12 de abril de 2008.
92. Asunto T - 327/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 18 de febrero de 2008 - Altana Pharma/OAMI - Avenza (PNEUMO UPDATE). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa PNEUMO UPDATE - Marca nacional denominativa anterior Pneumo - Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte carente manifiestamente de fundamento jurídico alguno. *DOUE*, C, núm. 92, de 12 de abril de 2008.

93. Asunto T - 332/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de marzo de 2008 - Sebirán/OAMI - El Coto de Rioja (Coto D'Arcis). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Coto D'Arcis - Marcas comunitarias denominativas anteriores EL COTO y COTO DE IMAZ - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Inexistencia de menoscabo de la reputación - Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 107, de 26 de abril de 2008.
94. Asunto T - 341/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de marzo de 2008 - Compagnie générale de diététique/OAMI (GARUM). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa GARUM - Motivo de denegación absoluto - Público pertinente - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 107, de 26 de abril de 2008.
95. Asunto T - 128/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de marzo de 2008 - Suez/OAMI (*Delivering the essentials of life*). Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria *Delivering the essentials of life* - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 107, de 26 de abril de 2008.
96. Asunto T - 181/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de abril de 2008 - Eurocopter/OAMI (STEADYCONTROL). Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria STEADYCONTROL - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 116, de 9 de mayo de 2008.
97. Asunto C - 102/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de abril de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden - Países Bajos) - adidas AG, adidas Benelux BV/Marca Mode CV, C&A Nederland CV, H&M Hennes & Mauritz Netherlands BV, Vendex KBB Nederland BV. Marcas - Artículo 5, apartados 1, letra b), y 2, y artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/104/CEE - Imperativo de disponibilidad - Marcas figurativas formadas por tres franjas - Motivos de dos franjas utilizados como decoración por competidores - Reproche basado en la vulneración de la marca y en la dilución de ésta. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
98. Asunto C - 212/07: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de febrero de 2008 - Indorata - Serviços e Gestão, L.da/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación - Marca comunitaria - Marca denominativa HAIRTRANSFAIR - Denegación de registro - Falta de carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
99. Asunto C - 243/07: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de febrero de 2008 - Carsten Brinkmann/Oficina de Armoniza-

ción del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Signo denominativo «terranus» - Denegación de registro. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.

100. Asunto T - 389/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de abril de 2008 - Dainichiseika Colour & Chemicals Mfg./OAMI - Pelikan (Representación de un pelicano). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria que representa un pelicano - Marcas comunitarias o nacionales figurativas anteriores Pelikan - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
101. Asunto T - 181/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de abril de 2008 - Citigroup y Citibank/OAMI - Citi (CITI). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa CITI - Marca comunitaria denominativa anterior CITIBANK - Motivo de denegación relativo - Renombre - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
102. Asunto T - 294/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de abril de 2008 - Nordmilch/OAMI (Vitality) (Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa Vitality - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 128, de 24 de mayo de 2008.
103. Asunto C - 108/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de abril de 2008 - Ferrero Deutschland GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos), Cornu SA Fontain. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94, Artículo 8, apartado 1, letra b) - Riesgo de confusión - Solicitud de marca denominativa comunitaria FERRO - Oposición del titular de la marca denominativa nacional anterior FERRERO - Prueba del carácter distintivo elevado de la marca anterior. *DOUE*, C, núm. 142, de 7 de junio de 2008.
104. Asunto T - 233/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de abril de 2008 - Casa Editorial El Tiempo/OAMI - Instituto Nacional de Meteorología (EL TIEMPO). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa EL TIEMPO - Marcas nacionales denominativas anteriores TELETIEMPO - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 142, de 7 de junio de 2008.
105. Asunto T - 35/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de abril de 2008 - Leche Celta/OAMI - Celia (Celia). Marca

- comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Celia - Marca nacional denominativa anterior CELTA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 142, de 7 de junio de 2008.
106. Asunto T - 37/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 9 de abril de 2008 - Meggle/OAMI - Clover (HiQ con hoja de trébol). Marca comunitaria - Oposición - Retirada de la oposición - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 142, de 7 de junio de 2008.
107. Asunto C - 304/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de mayo de 2008 - Eurohypo AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 7, apartado 1, letra b) - Marca denominativa EUROHYPO - Motivo absoluto de denegación de registro - Marca carente de carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 158, de 21 de junio de 2008.
108. Asunto T - 131/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2008 - Rykiel création et diffusion de modèles/OAMI (SONIA SONIA RYKIEL). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa SONIA SONIA RYKIEL - Marca nacional denominativa anterior SONIA - Motivo de denegación relativo - Uso efectivo de la marca - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 158, de 21 de junio de 2008.
109. Asunto T - 246/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de mayo de 2008 - Redcats/OAMI - Revert & Cía (REVERIE). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria REVERIE - Marca comunitaria figurativa anterior Revert - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 158, de 21 de junio de 2008.
110. Asunto T - 358/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 2008 - PubliCare Marketing Communications/OAMI (Publicare). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa Publicare - Plazo para recurrir - Caso fortuito - Error excusable - Inadmisibilidad manifiesta. *DOUE*, C, núm. 158, de 21 de junio de 2008.
111. Asunto T - 205/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de mayo de 2008 - NewSoft Technology/OAMI - Soft (Presto! BizCard Reader). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa Presto! BizCard Reader - Marcas nacionales figurativas anteriores Presto - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículos 8, apartado 1, letra b), y 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 171, de 5 de julio de 2008.

112. **Asunto T - 254/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de mayo de 2008 - Radio Regenbogen Hörfunk in Baden/OAMI (RadioCom). Marca comunitaria - Solicitud de registro de la marca comunitaria denominativa RadioCom - Motivo absoluto de denegación - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 171, de 5 de julio de 2008.**
113. **Asunto T - 329/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de mayo de 2008 - Enercon/OAMI (E). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa E - Motivos de denegación absolutos - Falta de carácter distintivo - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 171, de 5 de julio de 2008.**
114. **Asunto T - 330/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de junio de 2008 - Novartis/OAMI (BLUE SOFT). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa BLUE SOFT - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 183, de 19 de julio de 2008.**
115. **Asunto T - 85/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de junio de 2008 - Gabel Industria Tessile SpA/OAMI - Creaciones Garel (GABEL). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa GABEL - Marca comunitaria figurativa anterior GAREL - Denegación parcial del registro - Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso - Obligación de pronunciarse sobre la totalidad del recurso - Artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 183, de 19 de julio de 2008.**
116. **Asunto T - 420/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 2008 - El Corte Inglés/OAMI - Abril Sánchez y Ricote Saugar (BoomerangTV). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa BoomerangTV - Marcas nacionales y comunitaria, denominativa y figurativas, anteriores BOOMERANG y Boomerang - Motivos de denegación relativos - Inexistencia de riesgo de confusión - Inexistencia de marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París - Inexistencia de perjuicio para la notoriedad - No aportación de las pruebas de la existencia de ciertas marcas anteriores o de sus traducciones ante la División de Oposición - Aportación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso - Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Regla 16, apartados 2 y 3, regla 17, apartado 2, y regla 20, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2868/95. DOUE, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.**
117. **Asunto T - 93/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de junio de 2008 - Spa Mühlens/OAMI - Monopole (MINERAL SPA). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud**

- de marca comunitaria denominativa MINERAL SPA - Marca nacional denominativa anterior SPA - Motivo de denegación relativo - Notoriedad - Beneficio obtenido indebidamente gracias a la notoriedad de la marca anterior - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.
118. Asunto T - 175/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de junio de 2008 - Coca - Cola/OAMI - San Polo (MEZZOPANE). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa MEZZOPANE - Marcas nacionales denominativas anteriores MEZZO y MEZZOMIX - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Inexistencia de riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.
119. Asunto T - 224/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de junio de 2008 - Otto/OAMI - L'Altra Moda (l'Altra Moda). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa l'Altra Moda - Marca nacional figurativa anterior Alba Moda - Motivo de denegación relativo - Falta de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículos 73 y 74, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.
120. Asunto T - 36/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de junio de 2008 - Zipcar/OAMI - Canary Islands Car (ZIPCAR). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria ZIPCAR - Marca denominativa nacional anterior CICAR - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.
121. Asunto T - 79/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de junio de 2008 - SHS Polar Sistemas Informáticos/OAMI - Polaris Software Lab (POLARIS). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa POLARIS - Marca comunitaria denominativa anterior POLAR - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 197, de 2 de agosto de 2008.
122. Asunto C - 533/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de junio de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of appeal, Reino Unido) - O2 Holdings Limited & O2 (UK) Limited/Hutchison 3G UK Limited. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 5, apartado 1 - Derecho exclusivo del titular de la marca - Uso de un signo idéntico o similar a una marca en publicidad comparativa - Limitación de los efectos de la marca - Publicidad comparativa - Directivas 84/450/CEE y 97/55/CE - Artículo 3 bis, apartado 1 - Requisitos de licitud de la publi-

- cidad comparativa - Utilización de la marca de un competidor o de un signo similar a dicha marca. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
123. Asunto C - 344/07 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de abril de 2008 - Focus Magazin Verlag GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior. Marcas, Dibujos y Modelos), Merant GmbH. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 1, letra b) - Riesgo de confusión - Signo denominativo FOCUS. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
124. Asunto T - 323/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2008 - Coffee Store/OAMI (THE COFFEE STORE). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa THE COFFEE STORE - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
125. Asunto T - 328/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2008 - Apple Computer/OAMI - TKS - Teknosoft (QUARTZ). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa QUARTZ - Marca comunitaria figurativa anterior QUARTZ - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los productos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
126. Asunto T - 70/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2008 - Audi/OAMI (Vorsprung durch Technik). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa Vorsprung durch Technik - Motivo absoluto de denegación - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Denegación parcial del registro por el examinador - Derecho a ser oído. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
127. Asunto T - 302/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2008 - Hartmann/OAMI (E). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa E - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Error de Derecho - Falta de apreciación concreta - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
128. Asunto T - 304/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2008 - Reber/OAMI - Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa Mozart - Objeto del litigio - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Obligación de motivación - Confianza legítima - Igualdad de trato - Principio de legalidad - Artículo 7, apartado 1, letra c), artículo 51, aparta-

- do 1, letra a), artículo 73, primera frase, y artículo 74, apartado 1, primera frase, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
129. Asunto T - 340/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 2008 - Stradivarius España/OAMI - Ricci (Stradivari 1715). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Stradivari 1715 - Marcas comunitarias figurativas anteriores Stradivarius - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
130. Asunto T - 58/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2008 - BYK/OAMI (Substance for Success). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa Substance for Success - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
131. Asunto T - 160/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 - Lancôme/OAMI - CMS Hasche Sigle (COLOR EDITION). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa COLOR EDITION - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Interés en ejercitar la acción - Artículo 55 del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.
132. Asunto T - 186/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 2008 - Ashoka/OAMI (DREAM IT, DO IT!). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa DREAM IT, DO IT! - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 209, de 15 de agosto de 2008.

SOCIEDADES

133. Asunto C - 274/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España. Incumplimiento de Estado - Artículo 56 CE - Disposición nacional por la que se limitan los derechos de voto de los accionistas en las empresas del sector energético - Limitación aplicable a las entidades públicas. *DOUE*, C, núm. 79, de 29 de marzo de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

Nota crítica

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El Arrendamiento de Bienes Muebles*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, 531 pp.

1. A propósito de la modernización del Código civil alemán, Zimmermann (*The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005, pp. 226-228) ofrece dos concepciones de un Código civil. La primera de ellas contempla al Código civil como un museo donde se encuentran depositados los preceptos, como si se tratara de precipitados de la razón, inalterables e imperecederos. Según la segunda visión, el Código civil es como una obra de construcción donde, permanentemente, obreros y artesanos trabajan conjuntamente. ¿Cuál de estas dos visiones es preferible? Zimmermann y Cámara Lapuente opinan que la segunda. El trabajo de este último aporta razones para comprender por qué.

2. La tarea que se propone Sergio Cámara en esta monografía, o, para ser más exactos, en este tratado sobre el arrendamiento de bienes muebles, consiste en ofrecer una visión completa de esta figura contractual. Dicha tarea la cumple con creces, pero va mucho más allá, puesto que llega a realizar una propuesta articulada de *lege ferenda* sobre este contrato. Si alguien a estas alturas considera que es necesario justificar dicha empresa, baste recordar que, como pone de relieve Cámara, a pesar de que el arrendamiento de bienes muebles ocupa una posición importante en el tráfico actual, existe lo que el propio autor denomina una «invisibilidad jurídica» de este contrato, pues tanto el Código civil –que centra su regulación en el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas– como el Código de comercio eluden una mención expresa a esta figura. A lo anterior hay que añadir que la doctrina española tampoco se ha ocupado de ella de forma monográfica.

3. Para cumplir su objetivo con éxito, Sergio Cámara se sirve de unas herramientas metodológicas totalmente acertadas, atendidas las circunstancias que rodean esta figura contractual (me refiero, principalmente, a la presencia social y económica que tiene el arrendamiento de bienes muebles en nuestro país y a la falta de reconocimiento legal expreso de este contrato). Así, junto a herramientas tradicionales como la interpretación sistemática de las normas jurídicas (v. gr., CC, CCO, y TRLGDCU¹) y el análisis exhaustivo de las decisiones jurisprudenciales (cita más de doscientas cincuenta sentencias sobre la materia) utiliza otras dos herramientas sumamente útiles; me refiero al denominado «derecho de los formularios» y al Derecho comparado.

¹ Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre.

4. El libro, escrito con una gran pulcritud, se estructura en tres capítulos. El capítulo I está dedicado a delimitar el concepto y la naturaleza jurídica del arrendamiento de bienes muebles. En el capítulo II se examina la legislación española aplicable a esta figura contractual y se expone de forma extensa la legislación foránea al respecto. El capítulo III, dedicado a establecer el contenido del contrato, contiene un análisis pormenorizado de las obligaciones del arrendador y del arrendatario, así como de las consecuencias de su incumplimiento. Por último, la obra se completa con dos anexos: el primero de ellos contiene una propuesta articulada de *lege ferenda* sobre el arrendamiento de bienes muebles en el Código civil y el segundo contiene una tabla de sentencias del Tribunal Supremo y de los tribunales inferiores relativas al arrendamiento de bienes muebles.

5. Como acabo de señalar, el capítulo I, con el título *Concepto y naturaleza jurídica* (pp. 33-173), se ocupa de establecer los elementos constitutivos del contrato de arrendamiento de bienes muebles y delimitar los rasgos fundamentales de esta figura contractual.

5.1. *Elementos del contrato.* De forma original, Sergio Cámara agrupa en tres conjuntos concéntricos los elementos que caracterizan al arrendamiento de bienes muebles frente a otras figuras contractuales. El primero de ellos, que vendría a ser el núcleo de este contrato, se refiere al uso o goce oneroso de la cosa por tiempo determinado y precio cierto. El segundo estaría compuesto por el carácter personal y no real del uso concedido al arrendatario. Finalmente, el tercero vendría a contener los rasgos del goce arrendaticio de los bienes muebles; básicamente: el goce autónomo², exclusivo, pacífico, garantizado, diligente y conforme.

5.2. *Naturaleza jurídica.* La segunda parte del capítulo I se centra en la naturaleza jurídica de esta figura. En este sentido, el autor no escatima esfuerzos para defender el carácter personal y no real del derecho del arrendatario y para poner de manifiesto la normativa aplicable al contrato de arrendamiento según tenga éste carácter civil o mercantil (pp. 92-111).

Además, el profesor Cámara identifica hasta seis variables diferentes que acreditan la dificultad de calificar unitariamente los arrendamientos mobiliarios y que justifican la existencia de pactos característicos de determinados arrendamientos de bienes muebles (pp. 58-89):

a) La naturaleza del bien arrendado puede influir en el régimen jurídico aplicable. Por ejemplo, en caso de arrendamiento de un bien mueble fungible es posible aplicar el régimen de las obligaciones genéricas.

b) Lo mismo sucede con la inclusión en el contrato de determinados pactos que afectan a las obligaciones de las partes y que pueden dar lugar a un contrato diferente o a un arrendamiento complejo. Se trata de pactos que agregan o alteran los fines de la operación arrendaticia, bien porque añaden obligaciones o bien porque las suprimen. Por ejemplo, cuando se pacta la prestación de servicios especiales de mantenimiento en el arrendamiento –bien por el arrendador, bien por un tercero–, dicho pacto puede concebirse como una obligación propia del contrato de arrendamiento (relacionada con la obligación de conservar y reparar el bien), o, como un contrato autónomo de servicios. En estos casos, el autor considera que la solución pasa por determinar si el arrendamiento es principal o accesorio frente al servicio. Así,

² Según Sergio Cámara este goce autónomo en el arrendamiento de bienes muebles, implica, necesariamente, la entrega del bien al arrendatario para que tome la posesión y el control del uso del bien mueble arrendado.

habrá arrendamiento cuando la prestación del servicio sirva para facilitar el uso de la cosa arrendada, y contrato de servicio cuando dicho servicio sea el fin de la operación y el bien, tan sólo, el instrumento.

c) También la duración del contrato determina la existencia de pactos característicos. Así, por ejemplo, es habitual en los arrendamientos de duración media la inclusión de pactos sobre conservación y reparaciones de la cosa arrendada, o, en los contratos de larga duración, la incorporación del desistimiento del arrendatario a cambio de una compensación al arrendador.

d) Otro parámetro importante tiene que ver con los sujetos que celebran el contrato. Así, es importante distinguir entre un contrato de arrendamiento celebrado entre empresarios o profesionales, entre un empresario y un consumidor, o entre dos particulares.

e) Igualmente, es relevante tener en cuenta la posibilidad de que intervengan terceros (v. gr., el asegurador, el suministrador del bien y el prestador de servicios de mantenimiento y reparación del bien).

f) El último parámetro que se menciona se refiere al carácter inscribible o no del contrato de arrendamiento en el Registro de Bienes Muebles. Sergio Cámara llega a la conclusión de que la inscripción de determinados arrendamientos no dota a éstos de una naturaleza jurídica distinta, sino que sólo afecta al tráfico *ad extra* de los derechos derivados de dichos arrendamientos. En este punto, el autor hace un análisis de la normativa aplicable, delimita los contratos de arrendamiento que pueden ser objeto de inscripción, los bienes muebles registrables y los efectos que produce la inscripción; todo ello con una visión crítica de la técnica empleada por el legislador español, visión que, en mi opinión, resulta no sólo acertada, sino, además, muy sugerente.

5.3. *Arrendamiento de bienes muebles versus otros contratos y derechos.* Este capítulo I termina con una descripción de las diferencias que existen entre el contrato de arrendamiento de bienes muebles y otros contratos y derechos.

En este apartado, destaca el estudio pormenorizado que se hace del contrato de *renting* (pp. 148-166). Cámara lo define como un arrendamiento de cosa mueble a medio o largo plazo, por el que el arrendador (fabricante, suministrador o entidad financiera) cede el uso del bien al arrendatario (empresario o particular) a cambio de una renta determinada y por un tiempo fijo, sin opción de compra y con la inclusión de ciertos servicios de mantenimiento y reparación del bien que el arrendador se obliga a prestar para garantizar al usuario el goce pacífico de la cosa.

El autor defiende que hay un par de notas características del *renting* que lo convierten en un contrato de arrendamiento complejo. Concretamente, se trata, por un lado, de la duración prolongada del contrato y, por otro, de la existencia de la obligación esencial del arrendador de prestar ciertos servicios de mantenimiento y de asumir los gastos derivados de ello. Tratándose de un contrato de arrendamiento complejo, al *renting* se le debe aplicar directamente la normativa del arrendamiento de bienes muebles y las reglas relativas al contrato de servicios, cuando resulte procedente.

6. El capítulo II, denominado *Legislación aplicable*, contiene un estudio exhaustivo de la normativa aplicable al contrato de arrendamiento de bienes muebles (pp. 175-242).

6.1. Esta parte del libro comienza con un panorama de *Derecho comparado* configurado a través de la exposición ordenada de un número elevado de legislaciones foráneas. Cámara Lapuente clasifica las legislaciones objeto

de estudio según la importancia que otorgan al contrato de arrendamiento de bienes muebles, y hace una tripartición:

a) En primer lugar, sitúa las legislaciones que realizan una regulación específica minuciosa del contrato de arrendamiento de bienes muebles, como sucede con Inglaterra, Estados Unidos, Puerto Rico, México y Nicaragua.

b) A continuación se ocupa de las legislaciones que sólo contienen algunas reglas *ad hoc* sobre este contrato, como es el caso de Italia, Bolivia, Argentina, Uruguay, República Checa, Austria, Alemania, Suiza, Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Japón, Brasil, Francia, Bélgica, Portugal y los Códigos civiles de Québec y Louisiana.

c) Termina la exposición con aquellas legislaciones que prescinden de dar reglas específicas para este contrato, como es el caso de las legislaciones española, filipina, costarricense y húngara.

6.2. Junto a todo ello, en este capítulo II y en el siguiente, se presta una atención muy especial al *Borrador del Marco Común de Referencia europeo* (en adelante, *DCFR*) elaborado por el *Acquis Group* y el *Study Group*³, así como a los Principios Europeos de Arrendamiento de Bienes Muebles (en adelante, *PEL-LG*)⁴, que han sido elaborados por el último de los grupos mencionados y se han recogido en el Libro IV-B del *DCFR*.

Concretamente, Sergio Cámara expone y comenta cada uno de los siete capítulos en los que se divide el Libro IV-B: noción de arrendamiento de bienes muebles⁵, duración del contrato, obligaciones del arrendador, remedios del arrendatario en caso de incumplimiento del arrendador, obligaciones del arrendatario, remedios del arrendador en caso de incumplimiento del arrendatario y, por último, los cambios subjetivos que pueden producirse en el contrato.

6.3. *Derecho español*. Tras realizar este recorrido por las diferentes opciones legislativas que se han puesto de manifiesto, Sergio Cámara califica –a mi juicio, de forma plenamente atinada– la situación del ordenamiento jurídico español de «anacrónica, marginal, y, a estas alturas, técnicamente recusable» (p. 203).

El Código civil español ni siquiera contiene una mención expresa del arrendamiento de bienes muebles, lo cual no impide calificar al contrato de arrendamiento como contrato típico, por lo que, según sostiene la mayoría de la doctrina española, las normas del Código civil sobre arrendamientos resultan de aplicación directa. Con más precisión, Cámara defiende que son de aplicación directa todos los preceptos del Código civil que se refieren al arrendamiento de cosas y que no se ciñen al uso propio de un bien inmueble, a lo que hay que añadir la posible aplicación analógica de alguno de los artículos que se refieren específicamente a fincas rústicas o urbanas.

En este punto, hay que destacar la atención que Cámara presta a la cuestión de la aplicabilidad de los preceptos del *TRLGDCU* a los contratos de arrendamiento de bienes muebles. En concreto, resultan muy esclarecedoras las páginas que dedica a la posible aplicación de los artículos 114 a 125 *TRLGDCU* a los contratos de arrendamiento de bienes muebles de consumo

³ Publicado en *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, preparado por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law*, Múnich, 2008.

⁴ Publicados anteriormente con comentarios en Lilleholt, K. (dir), *Principles of European Law-Lease of Goods (Study Group on a European Civil Code)*, Múnich, 2008.

⁵ En la versión inglesa se denomina *Lease of Goods*.

(pp. 223-234). En opinión de Sergio Cámara, el régimen de dichos preceptos, relativos a las «garantías» en las ventas de consumo, no es de aplicación directa a los arrendamientos de consumo. Ahora bien, según el autor, resultaría deseable que dichas normas especiales (frente al régimen del saneamiento por vicios ocultos) extendieran su ámbito al contrato de arrendamiento, por obra del legislador; opinión que yo comparto.

6.4. La situación en la que se encuentra el Derecho español respecto del arrendamiento de bienes muebles lleva al autor a recomendar el establecimiento de una *legislación completa* de esta figura contractual o, al menos, a incluir dentro del régimen general del arrendamiento de cosas del Código civil algunas reglas específicas para el arrendamiento de bienes muebles; también, a aprovechar para otorgar un régimen legal al *renting*, como arrendamiento complejo. Las razones son contundentes: el arrendamiento de bienes muebles ha tenido un gran desarrollo en el tráfico jurídico y presenta ciertas especialidades contractuales sobre las que el legislador se tiene que pronunciar. Prueba de ello es que los nuevos Códigos han optado por incorporar un régimen completo de esta figura contractual. Por ese motivo, el libro incluye, en un Anexo, un *borrador de normativa para reformar el Código civil*.

El autor identifica varias materias que merecen una solución específica en el arrendamiento de bienes muebles. Entre otras materias se citan: los criterios supletorios para fijar la duración del arrendamiento, el derecho de denuncia del arrendatario en caso de arrendamiento con duración «indeterminada» (*rectius*, indefinida), los pactos sobre vencimiento anticipado de la obligación de pago de las rentas, la obligación de mantenimiento y reparación de la cosa, el subarriendo, los efectos de la transmisión de la propiedad del bien arrendado y las normas especiales para el arrendamiento de consumo y para los arrendamientos de bienes inscribibles en el Registro de Bienes Muebles. Sobre casi todos ellos se pronuncia y, en muchos casos, propone una reforma del Código civil que contemple las especialidades que presenta el arrendamiento de bienes muebles.

6.5. Sin embargo, cuando se ocupa de la *duración* del contrato de arrendamiento, se echa en falta una referencia concreta a la posibilidad o no de admitir en Derecho español el arrendamiento de bienes muebles por tiempo indefinido. La doctrina en general y numerosas decisiones jurisprudenciales no parecen aceptarlo. Sin embargo, tanto los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales (en adelante, Principios UNIDROIT), como los Principios de Derecho contractual europeo (en adelante, *PECL*) y, los recientes *PEL-LG* admiten, sin problemas, los contratos por tiempo indefinido (que no perpetuo). A mí me parece razonable esta solución y, por ello, creo muy oportuno que, en la posible reforma del Código civil sobre la materia, se incorpore un precepto que establezca que, en caso de arrendamiento por tiempo indefinido, cualquiera de las partes pueda poner fin al contrato mediante una declaración en tal sentido dirigida a la otra que respete un plazo de preaviso razonable según las circunstancias.

7. El capítulo III, titulado *Contenido y ejecución del contrato de arrendamiento de bienes muebles*, es el más extenso de todos ellos y, quizá, también el más importante (pp. 243-491). Por ese motivo, considero de interés detenerme en él. Este capítulo se estructura en dos grandes apartados, que coinciden con las obligaciones del arrendador y del arrendatario.

7.1. Las *obligaciones del arrendatario*. Siguiendo lo previsto en el artículo 1554 CC, Cámara enumera tres obligaciones: la *entrega de la cosa*, la *realización de las tareas de conservación y reparación* y la «*garantía de goce pacífico y conforme*». En el estudio de cada una de ellas, se centra en las especialidades que presentan por el carácter mobiliario del objeto del contrato (pp. 243-387).

7.1.1. Así, por ejemplo, parte el autor de que la *obligación de entrega* es esencial. El arrendador debe entregar la cosa y sus accesorios. Según sostiene Cámara, esta obligación exige que la cosa se entregue en buen estado para servir al uso convenido o al que corresponda a la naturaleza del bien arrendado. Esta exigencia marca una diferencia fundamental entre la compraventa y el arrendamiento: mientras que en la compraventa el vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato, en el arrendamiento se entiende que el arrendador debe entregar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada.

Normalmente, será el arrendador quien entregue el bien, aunque es posible que se pacte que la entrega la realizará el vendedor o el fabricante. En este último caso, Cámara afirma que el arrendador siempre será responsable del incumplimiento de la obligación de entrega, aunque éste se deba a la actividad o inactividad de un tercero.

En cuanto al *incumplimiento* de la obligación de entrega, Cámara distingue según la modalidad de incumplimiento. Así, tratándose de un *incumplimiento total*, en principio, el arrendatario dispone de la acción de cumplimiento, la *exceptio non adimpleti contractus*, la resolución de la relación obligatoria y la indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, si la falta de entrega se debe a la pérdida fortuita del bien arrendado, entonces, según este autor, se extingue la obligación del arrendador, por imposibilidad, y la obligación del arrendatario, por desaparición de la causa que la justifica.

El *cumplimiento defectuoso* de la entrega del bien puede consistir tanto en una entrega parcial, como en una no conforme. Según Cámara, en estos supuestos, además de la indemnización de daños y perjuicios, el arrendatario dispone de la acción para exigir el cumplimiento específico de lo pactado, rectificándose los defectos, y ello aunque el Código civil no lo contemple expresamente. En estos casos, el arrendatario sólo puede resolver el contrato si la falta de conformidad es importante.

Por último, en caso de *entrega tardía*, si el término es esencial, cabe la resolución del contrato; en los demás casos, en cambio, hay que determinar si el retraso es de entidad suficiente como para que esté justificado el recurso a la resolución.

7.1.2. La *obligación de realizar todas las reparaciones necesarias a fin de conservar el bien arrendado en estado de servir al uso a que ha sido destinado* es la segunda de las obligaciones que le corresponde al arrendador, según el artículo 1554 CC.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, el Código civil imputa al arrendador todas las reparaciones y no distingue entre reparaciones necesarias (que correrían a cargo del arrendador) y pequeñas reparaciones producidas por el uso (que serían de cuenta del arrendatario). Con gran acierto, Cámara propone incorporar en el Código civil una regla especial para los arrendamientos de bienes muebles, que establezca que «los gastos de ordinario mantenimiento y las pequeñas reparaciones ocasionadas por el desgaste por el uso del bien serán de cuenta del arrendatario».

Siguiendo esta propuesta, para determinar a quién corresponde la concreta reparación hay que distinguir entre reparaciones *necesarias*, *urgentes* y *locativas* ordinarias o de mantenimiento.

a) Así, al arrendador le corresponde realizar todas las *reparaciones necesarias* o indispensables para conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia –y parece que Cámara está de acuerdo– consideran que la obligación de reparar existe con independencia de cuál haya sido la causa que la ha motivado, excepto si tiene su origen en la actividad dolosa o negligente del arrendatario. También está plenamente asentado en la jurisprudencia que la obligación de reparar no incluye la «reconstrucción» de la cosa, puesto que este último caso sigue el régimen de la pérdida de la cosa.

b) En cuanto a las *reparaciones urgentes*, se trata de reparaciones necesarias en las que, además, concurre el requisito de que no pueden aplazarse hasta el final del arrendamiento, sin menoscabo de la cosa.

El artículo 1558 CC impone al arrendatario la obligación de tolerarlas; en principio, además, sin derecho a indemnización ni a resolver el contrato o disminuir la renta. Cámara pone de manifiesto que existen algunas sentencias que realizan una interpretación correctora de dicho precepto adaptada a los arrendamientos de bienes muebles. Dichas sentencias abogan por la compensación de los daños que sufre el arrendatario y por la reducción y/o devolución de la renta durante el tiempo de la reparación. Sobre este aspecto, el autor se muestra conforme con ciertas sentencias que declaran que, cuando la reparación es superior a cuarenta días, debe reducirse la renta durante el tiempo que haya durado dicha reparación.

c) Por último, las *reparaciones locativas* son definidas por Cámara como reparaciones necesarias y, en muchos casos, urgentes, derivadas del mantenimiento del bien en situación de servir en perfecto estado. Según el Código civil, corresponden al arrendador; pero, de acuerdo con la propuesta de Cámara para los arrendamientos de bienes muebles, pasarían a ser de cuenta del arrendatario. Esta solución, además de coincidir con el Derecho comparado, se corresponde con las decisiones de la jurisprudencia menor, que atribuye al arrendatario las reparaciones ligadas al desgaste diario, previsibles y habituales para disfrutar de un uso ordinario del bien.

Por lo que respecta a las consecuencias del *incumplimiento* de esta obligación del arrendador, una de las cuestiones que se plantea en la obra y que tiene un importante interés se refiere a si el arrendatario podría hacer las reparaciones por su cuenta y repercutir después los costes sobre el arrendador. La falta de previsión legal al respecto ha llevado a la doctrina española a proponer soluciones encontradas⁶, de ahí que Cámara considere muy conveniente una reforma del Código civil en este punto.

⁶ Así, por ejemplo, hay autores que sostienen que, si el arrendador no realiza las reparaciones necesarias, sólo cabe la resolución del contrato o la subsistencia del contrato con la indemnización de daños y perjuicios. Por su parte, Albaladejo y González Poveda afirman que, en estos casos, el arrendatario no puede hacerlas unilateralmente y tiene que reclamar ante los tribunales la realización de las reparaciones a cargo del arrendador. Otros, desde diferentes planteamientos, defienden que el arrendatario puede realizar las reparaciones y repercutir su coste al arrendador (Díez-Picazo y Gullón, Puig Brutau, Cossío y Rubio, Lacruz y Luna y Díaz de Entresotos). Por último, hay quien sostiene (Lucas Fernández y Manresa) que el arrendatario sólo puede realizar las reparaciones y reembolsarse de ellas cuando dichas reparaciones sean urgentes (*vid.* pp. 322 y 323).

Según su propuesta, se añadiría un cuarto apartado al artículo 1558 CC, que vendría a declarar que, tratándose de reparaciones urgentes y necesarias, si el arrendador no atiende el requerimiento del arrendatario para realizar las reparaciones, este último puede optar, bien por lo previsto en los artículos 1556 y 1568 CC⁷, bien por compelerle a ello judicialmente, o bien por realizarlas él mismo (exigiendo su importe al arrendador o reintegrándose mediante compensación con las rentas pendientes, según vayan venciendo).

7.1.3. La tercera y última de las obligaciones del arrendador consiste en «mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato». Esta obligación, que Cámara denomina «garantía de goce pacífico y conforme», se desglosa, según el autor, en tres garantías:

a) La garantía por perturbaciones derivadas de hechos propios del arrendador (ex arts. 1557 y 1554.3 CC).

b) La garantía por perturbaciones derivadas de derechos de terceros (ex arts. 1560, a contrario, y 1554.3 CC).

c) La garantía por evicción y vicios ocultos (art. 1553, que remite a los arts. 1474 a 1499 CC).

Cámara Lapuente estudia con detalle cómo juega la autonomía de la voluntad respecto de estas garantías. Así, llega a la conclusión de que, mientras que los pactos que aumentan estas garantías no plantean ningún inconveniente, en cambio no es admisible una eliminación o supresión total de las mismas.

Advierte el autor que esta obligación del arrendador está recogida y desarrollada en diferentes preceptos, por lo que hay que realizar una tarea de coordinación entre todos ellos (v. gr., entre los preceptos propios del arrendamiento y la remisión que hacen a las normas generales de los artículos 1124 y 1101 CC y el artículo 1553 CC, que se remite a las normas de saneamiento en la compraventa). De hecho, el artículo 1553 CC ha sido objeto de críticas y de interpretaciones muy diversas. El profesor Cámara aboga por reconocer cierta utilidad a dicho precepto y admite que, si bien la mayoría de los casos de evicción y vicios ocultos podrían constituir, además, casos de incumplimiento, la remisión del artículo 1553 CC al saneamiento aporta dos novedades respecto al régimen del incumplimiento de las obligaciones del arrendador. Por un lado, la posibilidad de reducir la renta ante la aparición de vicios ocultos irreparables y, por otro, las consecuencias particulares de la responsabilidad por evicción. A pesar de la utilidad que se le pueda reconocer a la remisión que el artículo 1553 CC hace al saneamiento, el autor considera preferible que, como sucede en Derecho comparado, las normas sobre arrendamiento tengan sus propias reglas sobre saneamiento y, mejor aún, que tengan un régimen específico de «falta de conformidad», como sucede en la compraventa de consumo⁸ y en la compraventa internacional de mercaderías⁹. Esta última solución la comparto plenamente, si bien esta preferencia por el régimen de la falta de conformidad no la plasma Cámara finalmente en

⁷ El artículo 1556 CC, en caso de incumplimiento, contempla la posibilidad de que el arrendatario pida la rescisión (*rectius*, resolución) y la indemnización de daños. Por su parte, el artículo 1568 CC, también para el caso de incumplimiento, se remite a los artículos 1101 y 1124 CC.

⁸ *Vid.* TRLGDCU.

⁹ Por aplicación de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, *CISG*).

su propuesta de reforma del Código civil, donde se mantiene la remisión del 1553 CC a las normas de saneamiento en la compraventa.

Por mi parte, de cara a una reforma del arrendamiento, creo oportuno suprimir el artículo 1553 CC e incluir en la regulación de este contrato la noción de «falta de conformidad». Está claro que, respecto del arrendador, el contrato de arrendamiento se concreta en tres contenidos obligacionales: entrega de la cosa, garantía de utilidad y garantía de no perturbación por tercero. Es cierto que estas obligaciones han existido siempre; lo que ha variado a lo largo del tiempo es el modo de articularlas y construirlas jurídicamente. El Código civil español de 1889 concibe el arrendamiento como una «cesión de uso» (*vid.* art. 1543 CC). Esto explica que el legislador decimonónico acudiera a los preceptos de la compraventa, pues, como sucede en esta última, en el arrendamiento es necesario que se entregue la cosa y que ésta sea útil para el fin determinado por el contrato y sin problemas de titularidad. Pero el legislador también fue consciente de que, en el arrendamiento, a diferencia de lo que sucede en la compraventa, es necesario que la utilidad y disponibilidad jurídica de la cosa permanezca durante todo el tiempo de vigencia del contrato.

Por ese motivo, el Código civil contempló dos sistemas de protección del arrendatario cuyos límites de aplicación no resultan hoy claros. En primer lugar, el saneamiento por vicios ocultos, evicción y por cargas o gravámenes ocultos, según remisión del artículo 1553 CC a las normas de la compraventa. En segundo lugar, el sistema general de responsabilidad contractual. Así, el artículo 1554 CC establece las obligaciones del arrendatario y el artículo 1556 CC declara que, en caso de incumplimiento, procede aplicar las reglas generales de la responsabilidad contractual, concretadas en la resolución y la indemnización de daños y perjuicios. Este sistema –con dos regímenes diferentes de responsabilidad del arrendador– ha quedado hoy superado: las *obligaciones del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada y de entregar una cosa apta para el uso previsto absorben el ámbito tradicionalmente atribuido al saneamiento*.

En el denominado «nuevo Derecho de contratos», el arrendamiento se concibe, principalmente, como una garantía que asume el arrendador de que el arrendatario pueda utilizar la cosa arrendada durante el periodo de arrendamiento. No se distingue entre saneamiento e incumplimiento, sino que todo se integra en el concepto de incumplimiento. Así, las obligaciones del arrendador son: 1) Entregar la cosa; 2) Garantizar que la cosa es conforme al contrato tanto en el momento en que el arrendatario la recibe, como durante todo el periodo del mismo; 3) Garantizar que la cosa está libre de derechos y pretensiones de terceros que puedan perturbar su uso por parte del arrendatario. Entiendo que la reforma del artículo 1554 CC debe ir en este sentido.

La idea de conformidad permite integrar en un único régimen los dos supuestos de hecho que en el Código civil están separados para el arrendador (ausencia *inicial* de vicios ocultos y el *mantenimiento* de la cosa útil). Además, la incorporación de esta noción de conformidad al contrato de arrendamiento tiene consecuencias muy importantes en cuanto a los remedios de los que dispone el arrendatario en caso de falta de conformidad. Éste vendría a constituir uno de los aspectos más novedosos de la reforma del Código civil en materia de arrendamiento. En caso de falta de conformidad, el arrendatario debe tener a su disposición los remedios del incumplimiento (el cumplimiento –que incluye reparación y sustitución si es posible–, la suspensión de

la propia obligación¹⁰, la reducción de la renta, la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios); cada uno de ellos con sus requisitos de aplicación.

7.1.4. Finalmente, con motivo de esta tercera obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa, Cámara se ocupa con detenimiento de los casos de *enajenación de la cosa arrendada* y de la aplicabilidad de la regla «venta quita renta» al arrendamiento de bienes muebles.

Sobre este punto, y tras analizar la discusión doctrinal existente al respecto, Cámara considera muy oportuno reformar el Código civil de manera que resulte fuera de toda duda la aplicabilidad de esta regla al arrendamiento de bienes muebles de forma directa (no analógica). Según el autor, la regla debería tener tres excepciones: 1) En caso de pacto en contrario entre transmitente y adquirente; 2) Cuando el arrendamiento esté inscrito en el Registro de Bienes Muebles; 3) En caso de enajenación con pacto de retro, durante la vigencia del plazo para retraer.

7.2. La segunda parte del capítulo III (pp. 387-491) está consagrada a las *obligaciones del arrendatario*. Según el artículo 1555 CC, son el pago del precio, el goce diligente de la cosa y el pago de los gastos de formalización del contrato¹¹.

Sergio Cámara critica la omisión en el precepto de una mención expresa a la obligación del arrendatario de restituir o devolver el objeto arrendado. Por ello, propone de forma totalmente acertada, una reforma del artículo 1555 CC en el sentido de incorporar al texto del precepto la obligación que tiene el arrendatario de restituir la cosa; y otra previa y novedosa que sería la recibir el bien objeto del contrato.

Al igual que lo hiciera con las obligaciones del arrendador, en este apartado dedicado a las obligaciones del arrendatario, el autor se centra en resaltar las especialidades que presentan dichas obligaciones en el arrendamiento de bienes muebles.

7.2.1. Respecto de la *obligación de pago del precio*, hay un par de cuestiones que trata y que, en mi opinión, merecen un pequeño comentario.

a) La primera se plantea con motivo del momento final del pago de la renta. Dice el autor que la regla lógica –que, además, es aplicada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo– es que el arrendatario debe las rentas no sólo hasta la extinción del contrato, sino hasta la restitución efectiva del bien arrendado. Esta solución me plantea ciertas dudas. Supongamos que el arrendamiento se concertó por un precio inferior al de mercado, ¿por qué, si el arrendatario continúa utilizando el bien finalizado el plazo del arrendamiento, debe pagar sólo el precio pactado?, ¿no sería más razonable que abonara el precio de mercado?

b) La segunda cuestión se refiere a la exigencia de precio cierto. En este sentido, Cámara echa de menos un precepto similar a la norma prevista en el

¹⁰ Este remedio frente al incumplimiento se corresponde con la tradicional *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus*.

¹¹ Respecto de esta última obligación, señala Cámara que, en la práctica, normalmente no se aplicará, pues, en la mayoría de los arrendamientos de bienes muebles, el contrato es verbal o en documento privado predispuesto por el arrendador, aunque es posible que, tratándose de arrendamientos de larga duración de buques, aeronaves o máquinas, el contrato se eleve a escritura pública (p. 467).

DCFR y en el Derecho comparado, según la cual, si la renta no está fijada en el contrato, ni en una norma o en los usos o prácticas, se entenderá que es «el precio normal pagado en circunstancias comparables en el momento de conclusión del contrato, o si este precio no está disponible, un precio razonable»¹² (p. 398). Sin embargo, ha de tenerse presente que la incorporación de una norma similar al Código civil (que finalmente no incluye en su proyecto de reforma) entra en colisión con lo previsto en el artículo 1547 CC¹³ que debería suprimirse.

7.2.2. Dentro de la obligación de pago del precio, el autor también se ocupa de los problemas de licitud que plantean ciertas cláusulas incorporadas a los contratos de arrendamiento de bienes muebles.

Así, en primer lugar, se decanta por considerar plenamente lícitas las llamadas *cláusulas de regularización*, por las cuales la renta se fija en función de una intensidad en el uso concreto, de forma que, si lo realizado es inferior o superior, el arrendatario ha de pagar un suplemento o recibir una devolución si el goce fue menor. Así, por ejemplo, es habitual incluir una cláusula semejante los contratos de *renting*, en relación a un número de kilómetros contratados en los vehículos alquilados, o en relación a un número de horas de uso máximo al día, o a un número máximo de fotocopias realizables con la fotocopidora arrendada, de tal forma que el exceso tiene que ser abonado por el arrendatario (pp. 395-398).

En cambio, respecto de las *cláusulas de vencimiento anticipado de las rentas* pendientes de devengar en algunos supuestos de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario (normalmente impago de una o más rentas vencidas, o por desistimiento unilateral del arrendatario), la respuesta no es tan sencilla. La doctrina no se ha pronunciado sobre su validez y, aunque la mayoría de las sentencias la admite, existe una jurisprudencia dividida. Cámara considera que la solución sobre la validez o invalidez de este tipo de cláusulas es diferente, según el arrendatario sea o no consumidor. Siendo consumidor, el fundamento de la nulidad podría estar, de acuerdo con el autor, en el art. 82 TRLGDCU y, sobre todo, en los arts. 87.3.4 y 85.4 TRLGDCU (pp. 400-412).

7.2.3. El artículo 1555 CC establece como segunda obligación del arrendatario que el *goce locativo debe ser «diligente y conforme»* con el uso expresamente pactado. Tratándose de un arrendamiento de bienes muebles, esta previsión plantea dos cuestiones.

a) La primera se refiere a en qué consiste el uso al que tiene derecho el arrendatario en defecto de pacto. Sobre este aspecto, y sin hacer cambios en el tenor del precepto, Cámara propone una interpretación más amplia del

¹² Así, el artículo IV.B-5:101(2), al regular la obligación de pago en el arrendamiento establece:

«Where the rent cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, it is a monetary sum determined in accordance with II.-9:104 (Determination of price).

Y el tenor del Artículo II.-9:104 *DCFR* es como sigue: «Where the amount of the price payable under a contract cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price.»

¹³ Según prevé este precepto, «cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltase la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule».

mismo, de forma que, junto a los parámetros señalados en el precepto, se incluyan otros que deban tenerse en cuenta, como son la finalidad del contrato y la duración del arrendamiento.

b) La segunda cuestión se refiere a si el uso de la cosa es un derecho o una obligación del arrendatario. Cámara defiende –acertadamente, a mi juicio– que en el arrendamiento de bienes muebles, en ausencia de pacto, no existe un deber de uso, salvo que la falta de uso haga desmerecer el objeto arrendado u ocasione perjuicios al arrendador.

Además, es importante resaltar que, de acuerdo con la propuesta del autor, en el caso de bienes muebles, esta obligación del arrendatario debe incluir la obligación de asumir las tareas de mantenimiento ordinario y las reparaciones de pequeña importancia. Con esto estoy totalmente de acuerdo, pero creo que sería muy conveniente añadir a esta propuesta que, para determinar el alcance de esta obligación de mantenimiento, habrá que atender a la duración del contrato, a su finalidad y a las características del bien arrendado.

7.2.4. Uno de los aspectos más interesantes del apartado dedicado a esta segunda obligación del arrendatario es el relativo a la *responsabilidad del arrendatario por los deterioros en la cosa arrendada*.

Cámara comienza por analizar el régimen legal de responsabilidad del arrendatario, según el cual, éste responde de los deterioros causados por su culpa o dolo –conforme al parámetro de la «diligencia de un buen padre de familia»–, de ahí que se pueda afirmar que la responsabilidad del arrendatario por deterioros en la cosa arrendada no opera cuando dichos deterioros se han producido por el desgaste o uso normal de la cosa o cuando provienen de una causa inevitable (caso fortuito y fuerza mayor). Este régimen legal puede ser alterado mediante pacto entre las partes. Cámara no ve inconvenientes en admitir que se pacte que sea el arrendador quien asuma la responsabilidad por deterioros, pérdida o robo, aunque se deba a negligencia del arrendatario.

Especial atención le merecen los efectos que produce la *pérdida de la cosa* en los arrendamientos de bienes muebles. Entiende el autor que la pérdida *total* de la cosa imposibilita el deber de restitución que pesa sobre el arrendatario y afecta a la propia subsistencia del contrato, que llega a su término por desaparición del objeto que le sirve de base. En cambio, en caso de pérdida *parcial*, sólo se producirá una extinción automática del contrato cuando la pérdida parcial impida que el objeto satisfaga el uso pactado. Ahora bien, si la cosa sigue prestando una utilidad disminuida, según Cámara, se aplicará el régimen de los menoscabos o deterioros; y, si el bien es irreparable, cabe plantear la reducción proporcional de la renta.

Igualmente, el caso de *robo* de la cosa arrendada plantea especialidades cuando se está en presencia de un arrendamiento de bienes muebles. Según Cámara, la sustracción del bien comporta la extinción del contrato por desaparición del objeto, pero es preceptiva la denuncia ante las autoridades y la comunicación inmediata al arrendador, de forma que la inobservancia de estos dos deberes genera incumplimiento contractual y actuación contraria a la diligencia de un buen padre de familia.

7.2.5. La tercera obligación del arrendatario consiste en *tolerar las reparaciones urgentes en la cosa*, aunque resulten muy molestas y se vea privado de parte de la cosa. Dicha obligación no aparece mencionada en el artículo 1555 CC, sino en el artículo 1558 CC. Según está previsto en este último precepto, el arrendatario sólo tiene derecho a una reducción de la renta

cuando la reparación dure más de cuarenta días. Junto a ello, tratándose de la vivienda, cuando ésta resulte inhabitable, el artículo 1558 CC ofrece al arrendatario la posibilidad de optar entre la rebaja del precio o la rescisión (es decir, la resolución).

Aunque Cámara mantiene este régimen en su propuesta, yo entiendo que sí sería aconsejable reformar dicho precepto en el sentido de otorgar al arrendatario la posibilidad de reducir el importe de la renta cuando tengan que realizarse tareas de reparación sobre la cosa arrendada para subsanar su falta de conformidad. Este derecho a reducir el importe de la renta debería existir desde el primer momento, y no sólo cuando la reparación tuviera una determinada duración (como señala el Código civil); no hay que olvidar que, en el supuesto del que partimos, la prestación que recibe el arrendatario es defectuosa y, al fin y al cabo, el pago de la renta es la contrapartida al uso de la cosa. Encontrándose disminuido este último, es justo que la contrapartida se modifique.

7.2.6. La cuarta obligación del arrendatario consiste en *comunicar toda «usurpación o novedad dañosa»* que se haya producido o tenga conocimiento de que un tercero pretende realizar sobre la cosa (art. 1559 CC). A esta obligación añade Cámara que el arrendatario no queda liberado de responsabilidad limitándose a comunicar la existencia de dichos actos dañosos, sino que debe poner los medios que estén a su alcance para evitar el desperfecto o perturbación.

7.2.7. La quinta y última obligación del arrendatario consiste en restituir el bien. El artículo 1555 CC no la menciona, pero Cámara la califica de obligación esencial e ineludible y propone su inclusión en dicho precepto. Esta obligación aparece desarrollada en los artículos 1561 y 1562 CC, que declaran que el arrendatario tiene que devolver la cosa tal y como la recibió, salvo los perecimientos y menoscabos debidos al tiempo o a causa inevitable¹⁴.

Por lo que respecta al lugar en el que la entrega debe tener lugar, el autor del libro propone incorporar una norma que declare que la restitución debe realizarse en el lugar en que la cosa se puso a disposición del arrendatario.

Sergio Cámara estudia dentro de esta obligación la denominada *tácita reconducción* prevista en el artículo 1566 CC para los casos en los que, al terminar el contrato, el arrendatario sigue disfrutando del bien durante quince días con aquiescencia del arrendador.

En la discusión que existe en España acerca de la aplicación de dicho precepto al arrendamiento de bienes muebles¹⁵, Cámara defiende que lo más correcto es afirmar que la *tácita reconducción* también se aplica al arrendamiento de bienes muebles. Pensando en una posible reforma del Código civil, el autor propone que se añada a la redacción actual del artículo 1566 CC una mención expresa de su aplicación al arrendamiento de bienes muebles y una regla específica de esta figura contractual, según la cual, en caso de que el contrato anterior tuviera una duración inferior a quince días, el nuevo contrato tendrá la misma duración que el anterior (en lugar de aplicar el art. 1581 CC, que establece las reglas de determinación de la duración del contrato cuando las partes no lo han pactado).

¹⁴ Se presume que el arrendatario recibió la cosa en buen estado.

¹⁵ Mientras que hay autores que se muestran a favor de la aplicación de la *tácita reconducción* al arrendamiento de bienes muebles (Albadalejo, Díez-Picazo y Gullón, Lucas Fernández, Macías Cazorla) otros son contrarios a dicha aplicación (Traviesas, O'Callaghan, Martín Contreras, de Pablo). Sobre todo ello, *vid.* pp. 482-490.

8. *Valoración final.* De lo dicho hasta ahora se habrá podido percibir que estamos ante un libro serio y documentado que está llamado a cubrir el vacío hasta ahora existente en la literatura jurídica española sobre el arrendamiento. Su lectura, como sucede con las buenas obras, no deja indiferente al lector.

Tiene razón Sergio Cámara cuando califica duramente la situación de la legislación española sobre el arrendamiento de bienes muebles; y es un acierto pleno el emprender la tarea de proponer una reforma del Código civil que incorpore un régimen legal específico del arrendamiento de bienes muebles hasta ahora inexistente. Dicha tarea la ha cumplido sobradamente, si bien, tal vez, podría haber sido un poco más ambicioso en su empresa, ya que, según sus propias palabras, se ha guiado por la idea de provocar el «mínimo impacto legislativo».

Por mi parte, yo creo que la tarea de reformar la legislación vigente sobre el arrendamiento de cosas, se enmarca dentro de una tarea mucho más ambiciosa. La reforma de nuestro Código civil tiene que situarlo a la altura de los tiempos, hacer de él un texto legal que contemple un derecho moderno que solucione los problemas actuales; y ello, aunque sea necesario en algunos casos apartarse de la tradición jurídica.

Son muchos los autores que defienden la necesidad de reformar el Código civil en materia de contratos para adaptar su regulación a las nuevas circunstancias. Esta tarea ya ha sido realizada en numerosos países de nuestro entorno. Resulta conocido que la sección civil de la Comisión de Codificación lleva unos años trabajando en una reforma del Código civil en materia de derecho de obligaciones y contratos. A ello hay que añadir que la sección de Derecho mercantil de dicha Comisión ha elaborado ya una propuesta de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles. Con un carácter más específico, el Ministerio de Justicia publicó una propuesta de reforma del Código civil en materia de compraventa. Estoy convencida de que el camino a seguir pasa por replantear la propia concepción del contrato, el incumplimiento y los remedios frente al mismo. En esta tarea, el modelo a tener en cuenta es, fundamentalmente, la *CISG*, pero también textos como los *PECL* (a lo que hay que añadir ahora el *DCFR*) y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

Es en esta línea en la que creo que debe proponerse la reforma del Código civil, tanto en su régimen general, como en el régimen especial de cada contrato, y, por tanto, también, en el caso concreto del arrendamiento de bienes muebles. Sin duda, en esta tarea, el profesor Sergio Cámara es un importante aliado y su libro un poderoso instrumento.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Libros

AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, Cristina de, *Incapacitación y mandato*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 2008. 381 pp., ISBN 978-84-9725-869-2.

I. La protección jurídica de las personas con deficiencias de capacidad natural, incapacitadas o no, e incluso de las meramente discapacitadas, en el sentido puramente administrativo del término, está siendo objeto de crecientes y, en muchos casos, recientes, intervenciones legislativas, no sólo en España sino, en general, en Europa. La cada vez mayor expectativa de vida en los países de nuestro entorno cultural y el problema que plantea el cada vez mayor número de personas ancianas con pérdida progresiva de capacidad natural son objeto de atención especial en este nuevo libro de Cristina de Amunátegui. En él, la autora destaca las virtudes y, sobre todo, las deficientes respuestas que da el ordenamiento jurídico español al problema de la falta de capacidad natural de las personas, según éstas estén o no incapacitadas, y contrasta la regulación española con la de otros ordenamientos jurídicos para, al fin, destacar con especial énfasis, que, *a pesar de los esfuerzos de modernización que se están llevando a cabo*, no se pueden ahorrar críticas a un modelo (el español) que combina sin acierto un modelo de protección basado en la incapacitación judicial con otro que no lo es. De esto último es un claro ejemplo la regulación de los apoderamientos preventivos que, desde luego, si bien no la impiden, tampoco *a priori* la exigen.

II. Pero el libro de Amunátegui va más allá de lo que pudiera dar a entender su título: porque la autora no sólo escribe sobre incapacitación y mandato sino que, en general, aborda el problema de los incapaces mayores de edad, tanto desde el punto de vista de las medidas (patrimonios protegidos, apoderamientos preventivos) e instituciones de protección (tutela, curatela), como desde el estudio del régimen jurídico de los actos y su trascendencia patrimonial en el tráfico jurídico. Es, más bien, un libro sobre el estatuto jurídico de la incapacidad de obrar en el que, además de las personas ancianas, tienen cabida otros sujetos, si bien es voluntad de la autora centrarse preferentemente en la idoneidad de la normativa actual para cubrir, precisamente, las necesidades de aquéllas.

III. Estructurada en cuatro capítulos, sin división en partes, en realidad la obra tiene tres bien diferenciadas: la primera (cap. I) se describe como «introducción», pero es, en realidad, una «tesina» en la que, además del planteamiento de los problemas que se irán desarrollado a lo largo del libro, la autora pretende fundamentalmente dejar constancia de una profunda insatisfacción respecto de la manera de legislar en la actualidad en nuestro país y

también respecto de la manera en que las leyes son interpretadas en la práctica. Las preguntas que animan la crítica de la autora se centran en la siguiente problemática: ¿son las instituciones de protección que actualmente reconoce el ordenamiento jurídico las que mejor se adaptan a las necesidades de las personas con deficiencias de capacidad natural? ¿Qué papel debe jugar la autonomía de la voluntad? ¿Es la incapacitación la mejor fórmula? ¿Es compatible un sistema de incapacitación como el actual, con la introducción de medidas que la harían superflua? ¿Realmente existe un planteamiento serio y global de los problemas que hoy plantea la longevidad de las personas ancianas? Amunátegui demuestra con ejemplos concretos algo que, en general, ya sabíamos todos: que la manera de redactar las leyes en nuestro país descorazona a cualquier intérprete y que, generalmente, las reformas plantean más problemas de los que tratan de resolver. La insuficiente regulación de los poderes preventivos, en un lugar sistemáticamente inadecuado, es el ejemplo al que más páginas se dedican. Otro, secundario en el análisis de la autora (porque no le dedica un capítulo independiente), pero igualmente clarividente, la regulación de los patrimonios especiales de los discapacitados. Dudo que el instituto tenga una aplicación práctica frecuente entre el colectivo de ancianos, pero admito que la ley no los excluye como destinatarios de los mismos. Y entiendo que si Amunátegui trae a colación su estudio en una obra que trata de la *incapacitación* y, en general, de la falta o progresiva pérdida de capacidad natural de las personas, es por lo que de esto último pudiera encontrarse implícito en un concepto que, efectivamente, las modernas leyes civiles utilizan para englobar, indistintamente, tanto a las personas que tienen un defecto físico (no incapacitables), como a las que son incapacitables pero no han sido incapacitadas o, finalmente, a las que, efectivamente, sí que lo han sido.

IV. La segunda parte del libro (cap. II) se aleja de tales planteamientos para centrarse en el análisis de la trascendencia patrimonial de los actos de las personas incapaces o incapacitadas cuando éstas actúan por sí mismas, o cuando lo hacen en lugar de las segundas sus representantes legales sin la preceptiva autorización judicial. La autora describe los pros y los contras del régimen de la nulidad y la anulabilidad, mostrándose partidaria de la generalización de esta última sanción en todos los casos, por entender que es la que mejor salvaguarda los intereses de quien actúa sin tener plena capacidad de obrar (incapacitado o no). Un análisis de esta materia, sin apenas conexión con el capítulo precedente (que, desde luego, es más que una introducción), se explica sin duda por la necesidad de dejar sentadas algunas premisas básicas antes de abordar el estudio del capítulo siguiente, esto es, el de los mandatos de protección, en el que con buen criterio la autora se plantea cuál debe ser el régimen jurídico de los actos realizados por el mandatario cuando el mandante ha perdido totalmente la capacidad natural y el problema conexo de si el mandato se debe entender o no extinguido, a pesar de que no exista una sentencia de incapacitación. Amunátegui se decanta, con razón, por la negativa. Con todo, creo que eso no exigía el desarrollo previo de una teoría general tan ampliamente desarrollada en un capítulo independiente (pp. 67-174). De alguna manera, rompe el discurso porque deja de centrarse en el Derecho de la persona, esto es, en las medidas o instituciones de protección a que da lugar la falta de capacidad natural –que es el hilo conductor del libro, tal y como demuestra la importancia que se da al estudio de los poderes preventivos y su conexión con otros institutos, señaladamente la autotutela (pp. 177-347)– para pasar a centrarse en la falta de capacidad misma y su repercusión en los actos jurídicos que, en definitiva, es algo

que afecta a la parte general del negocio jurídico o, si se prefiere, a la general de los contratos. Desde luego, no niego que una y otra materia tengan relación; sólo sugiero que, desde el punto de vista sistemático, el cap. II podría muy bien haberse integrado, en lo necesario, en el cap. III y que el resto (de este cap. II) hubiera sido prescindible si las cuestiones tratadas no tenían directamente que ver con el título que inspira el libro, que no es otro que la incapacidad y la relación de ésta (o su ausencia) con el mandato. Es una observación puramente formal y no de fondo, porque el tratamiento de la materia es impecable. Discreparía únicamente en la consideración de que los actos realizados por el tutor sin la preceptiva autorización judicial deban reputarse anulables (pp. 143-151), como si hubieran sido hechos con falta de capacidad de obrar. Creo que es un problema de ineficacia jurídica del acto por falta de pleno poder de disposición del tutor.

V. En la tercera y última parte (cap. III y IV) Amunátegui se detiene en la nueva regulación de los poderes preventivos (art. 1732 CC). Y lo hace desde un triple punto de vista: por un lado, desde la trascendencia de los actos patrimoniales realizados por el mandante o apoderado cuando el mandatario o poderdante ha perdido completamente la capacidad natural, lo que, de nuevo, le lleva a recordar algunas de las cuestiones abordadas en la segunda parte del libro (cap. III); por el otro, desde la inconveniencia de la precipitación con la que se ha llevado a cabo tal regulación, lo que se manifiesta, entre otras, en las notorias carencias respecto del necesario control de la actuación del mandatario (cap. III); y, finalmente, desde la utilidad de tales poderes, lo que conecta su análisis con algunas de las cuestiones abordadas en la introducción, y, en especial, la relación entre mandato e instituciones tutelares y, más en concreto, la compatibilidad con la autotutela (cap. IV). Todo ello constituye, en mi opinión, el núcleo fundamental de la obra. Con todo, no estoy segura de que el adecuado funcionamiento del mandato de protección exija que su posible contenido sea exclusivamente patrimonial (así AMUNÁTEGUI, pp. 262 ss., 294), especialmente en aquellos casos en que no exista incapacidad del sujeto.

VI. En suma: se trata de un libro exhaustivo, riguroso y completo, con el plus de valor añadido de estar escrito en primera persona. Eso lleva siempre a Amunátegui, sin excepción, a tomar partido por soluciones concretas, bien de *lege lata*, bien de *lege ferenda*, después de una exposición crítica y sin rodeos en los planteamientos. El discurso se nutre de abundantes notas con bibliografía nacional (estatal y autonómica) y extranjera. No está de más volver a repetir que el lector encontrará mucho más de lo que modestamente la autora da a entender con su *Incapacitación y Mandato* y, por tanto, que su lectura no defraudará a quien se interese, en general, por los problemas que hoy plantea el Derecho de la persona y no sólo en España.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

MONDEJAR PEÑA, M.^a ISABEL: *Las subastas judiciales forzosas*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2008, 581 pp.

La obra objeto de esta recensión tuvo su origen en la tesis doctoral que la Profesora Mondejar elaboró bajo la dirección del Profesor Doctor D. Antonio Manuel Morales Moreno y que obtuvo la máxima calificación en su defensa ante un tribunal de prestigiosos profesores de Derecho Civil (Profesores Doctores Miquel González; Caffarena Laporta; Cabanillas Sánchez; García Rubio; Prats Albentosa). Este dato, por sí mismo, ya da una idea de la calidad e interés que tiene el citado libro, así como la calidad investigadora de la autora.

Dejando a un lado este dato y entrando en el análisis de la obra hay que comenzar por señalar que es un trabajo muy extenso cuyo objeto de estudio, como señala el profesor Dr. Morales Moreno en el prólogo, es el sistema de transmisión de la propiedad en las ventas judiciales, tanto cuando el bien pertenece al ejecutado como cuando pertenece a un tercero. Diversas razones, según manifiesta la propia autora, la han llevado a realizar este estudio junto al interés personal están la repercusión práctica del tema y la necesidad de dar coherencia y coordinación a la diversidad de normas que afectan a la materia: de derecho material, procesal y registral.

Para conseguir su objetivo, la Dra. Mondejar divide la obra en dos partes. Una primera en la que, bajo el título «La transmisión del dominio en las subastas públicas de bienes inmuebles en el procedimiento de ejecución de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», se dedica al análisis del sistema transmissivo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la subasta forzosa. Para llegar a una conclusión, analiza distintas fases y elementos que conforman el procedimiento ejecutivo. Así, comienza en un primer capítulo por comparar el sistema transmissivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el del Código civil (art. 609), valiéndose también de la evolución histórica de la normativa que regula el procedimiento de ejecución a partir de 1855. Posteriormente deja claras cuáles son las características particulares de la transmisión en enajenaciones judiciales forzosas analizando la pluralidad de sujetos que intervienen (ejecutante, ejecutado, sucesores de las partes y terceros); el carácter procesal de la enajenación; la complejidad del fenómeno transmissivo por la existencia de enajenación forzosa y adquisición voluntaria y el carácter derivativo de la adquisición.

En el segundo capítulo analiza minuciosamente las actuaciones procesales previas a la subasta comenzando con las anteriores al embargo (requerimiento de pago según el título ejecutivo; despacho de ejecución; notificación al ejecutado); continúa con un minucioso análisis del concepto doctrinal y legal de embargo, las funciones y presupuestos del embargo, diferencias con el reembargo y la garantía registral del embargo mediante la anotación preventiva. Termina el capítulo con el estudio de las actuaciones procesales posteriores al embargo y anteriores a la subasta, como son fundamentalmente las notificaciones y comunicaciones que afectan a la eficacia de la adquisición y preservan los intereses en juego (ejecutante, ejecutado, terceros con derechos posteriores al embargo; arrendatarios u ocupantes; etc.), llegando a la comunicación de la subasta mediante edictos que se asimila a la oferta contractual.

El capítulo tercero contiene el análisis detallado y minucioso de la subasta. Tras discutir su concepto y regulación jurídica la autora entra en el análisis de sus elementos, fundamentalmente, los subjetivos [pluralidad de sujetos:

licitadores o postores; cesionario del remate; dueño del bien subastado) y los objetivos [cosa o derecho que se subasta y precio de salida. Respecto a la cosa o derecho deja claro que han de ser susceptibles de embargo y enajenación, afronta los posibles problemas en caso de pérdida o destrucción total o parcial del bien o derecho en el periodo entre el embargo y la subasta, y analiza la situación jurídica del bien subastado respecto de cargas y gravámenes centrándose en las que subsisten y las que desaparecen. Con relación al precio de salida de la subasta compara la situación antes y después de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y va analizando los distintos pasos en la fijación del precio: tasación por precio de mercado, con deducción de cargas anteriores y fijación del precio del remate comparándolo con el importe del crédito ejecutado, intereses y costas. Ese precio no ha de ser justo en todo caso. También analiza las consecuencias de la subrogación por el adquirente en las cargas anteriores sobre el bien, lo que para la autora no es novación sino asunción cumulativa de la situación pasiva con un sujeto cuya responsabilidad se limita al bien adquirido. En este apartado de elementos objetivos acaba analizando la posibilidad de aplicar el régimen de vicios ocultos (art. 1484 CC) lo que no es posible al intervenir peritos; y de gravámenes ocultos (1483 CC) que si es aplicable]. Tras los elementos objetivos se centra en el acto de la subasta y la adjudicación a favor del ejecutante cuyo acto de adquisición tiene función de pago si bien no es asimilable totalmente, porque la subasta si bien es una venta forzosa sin intervención del deudor tiene diferencias con la compraventa contractual. Acaba destacando los efectos de la aprobación judicial del remate respecto del ejecutado, de terceros ajenos, hacia el rematante y hacia los demás licitadores.

En el capítulo cuarto se estudian los elementos posteriores a la aprobación judicial del remate o adjudicación. Comienza con los efectos del pago del precio como condicionante de la adquisición del dominio a diferencia de lo que ocurre en el Código civil, y sino se hace y no hay otros postores se entra en la subasta en quiebra. Continúa con el reparto del precio entre ejecutante y titulares de las cargas canceladas y el destino de dicho precio que depende de los sujetos interesados y de su situación. El sobrante debe repartirse y se procede después al testimonio del auto de adjudicación y la entrega de títulos de propiedad al rematante si existen, así como de la posesión judicial que no implica entrega material. Acaba el capítulo con la cancelación de los asientos de cargas y gravámenes posteriores al de la ejecución, así como supuestos exceptuados; y, la inscripción del título judicial como fin del proceso de ejecución donde se pone de manifiesto la situación de la finca en el momento de la inscripción y sus consecuencias a favor del ejecutado o de un tercero.

El capítulo quinto se dedica al momento en que el rematante adquiere la propiedad. Se realiza un estudio exhaustivo de la doctrina y jurisprudencia y se destacan las ventajas de fijar tal momento. La autora analiza críticamente los distintos momentos en que se podría considerar realizada la transmisión: aprobación del remate por Secretario; aprobación judicial del remate; pago del precio; aprobación judicial del remate y expedición del testimonio del auto de adjudicación.

La segunda parte del libro lleva el título de «Régimen jurídico de la adquisición judicial cuando el bien enajenado judicialmente pertenecía a un sujeto distinto del ejecutado con anterioridad al embargo». Comienza con un capítulo sobre el embargo de cosa ajena: efectos para las partes del procedi-

miento; medidas legales para evitarlo; eficacia del embargo y consecuencias según quien hizo la elección del bien.

En el segundo capítulo analiza diversos medios de defensa del titular del bien para evitar la venta judicial. Comienza con la posibilidad de una oposición previa al embargo: forma de oponerse y requisitos, alzamiento del embargo de oficio o a instancia de parte y consecuencias; continúa con la posibilidad de una tercería registral tal y como se prevé en los artículos 658 Ley de Enjuiciamiento Civil y 38.III LH. En este punto se muestra la disputa doctrinal sobre el desembargo y excepciones al sobreseimiento. Finalmente acaba con el análisis de la tercería de dominio: momento de su interposición; naturaleza y fines de ésta; presupuestos de estimación e imposibilidad de reconvencción. Incluso, la autora plantea la posibilidad de ejercitar una acción declarativa de dominio antes de la ejecución.

El capítulo tercero se dedica al remate de cosa ajena. Se ofrece por parte de la profesora Mondejar un abanico de acciones posibles que puede ejercitar el titular dominical anterior al embargo según distintas situaciones registrales y posesorias en que puede estar el bien al practicarse la traba. Cabe que el juez de oficio pida la nulidad de la subasta de cosa ajena, para lo que es necesario calificar jurídicamente el título de adquisición. ¿Es realmente la subasta nula o más bien sería anulable? Tras analizar el tratamiento de la subasta de cosa ajena en la legislación urbanística y el de la compraventa en el Código civil, y tras ver la posición de la doctrina y jurisprudencia en España, la autora entiende que el embargo de cosa ajena en la Ley de Enjuiciamiento Civil es eficaz por tanto la venta también. No hay nulidad absoluta sino anulabilidad de la venta porque se trata de facilitar la adquisición al rematante de buena fe. A pesar de esta conclusión analiza distintos supuestos de nulidad (por falta de causa, falta de objeto, etc.) y de anulabilidad (por dolo, por error, etc.) e incluso de resolución por incumplimiento (1124 CC).

El titular dominical anterior al embargo tiene acciones tras la aprobación del remate. Éste es el objeto del capítulo cuarto. Esas acciones varían según se entienda el carácter de la enajenación como venta procesal. Así, se analiza la posibilidad de ejercitar la nulidad de actuaciones si existe situación de indefensión por no haberse utilizado los medios legales para evitarla y los efectos de tal nulidad; también se plantea la posibilidad de ejercitar una acción reivindicatoria o declarativa con las condiciones del art. 348 CC, así como la posible aplicación del artículo 462,2.º CC para estimar la reivindicatoria.

También caben medidas de protección para el adquirente judicial de cosa ajena por aplicación del artículo 464.2.º CC: mediante la adquisición por usucapación ordinaria salvando el defecto de titularidad del transmitente si no hay vicios en el título adquisitivo. O bien de usucapación *secundum tabulas* (art. 35 LH) si hay inscripción. También se propone la usucapación *contra tabulas* del artículo 36 LH. Incluso, la posibilidad de aplicación de los artículos 32 y 34 LH si no se inscribió antes el titular real, y hay buena fe en el momento de la adquisición en la subasta. Si no hubiera inscripción del bien, la inmatriculación del adquirente judicial no estaría protegida por el 34 pero sí por el 32.

En caso de desestimación de la reivindicatoria es posible pedir el resarcimiento de daños por el titular del bien ejecutado, a través de diversas acciones. Una primera sería la acción penal por estafa procesal; otra la de enriquecimiento injusto como condición por intromisión o incluso la acción por daños del artículo 1902 CC que es totalmente compatible con la de enriquecimiento. Otras acciones podrían ser contra el ejecutante por daños y contra la Administración de justicia por su funcionamiento anormal (art. 121 CE).

El capítulo quinto analiza las garantías del adquirente judicial. Concretamente la posibilidad o no de que juegue el saneamiento por evicción (art. 1475) en la venta judicial y sus consecuencias. La autora hace un análisis exhaustivo de doctrina y jurisprudencia y llega a la conclusión de que sí cabe pero a través del análisis del 1478, manifestando los requisitos necesarios y el sujeto obligado al saneamiento que no es otro que el ejecutado. Si se da el saneamiento deben otorgarse al adquirente judicial acciones indemnizatorias que no serán ni contra el titular dominical anterior al embargo ni contra la Administración de justicia por enajenación indebida.

Finalmente termina con conclusiones un apartado de conclusiones finales sobre la totalidad de la obra y la bibliografía.

Se puede decir que estamos ante un gran estudio muy útil en la práctica y muy preciso teóricamente. La Doctora Mondejar va analizando de forma exhaustiva y minuciosa cada uno de los múltiples problemas que se van planteando en los diversos puntos analizados. Para ello utiliza no sólo toda la bibliografía existente, sino también toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hay al respecto así como todas las resoluciones de la Dirección General.

Destaca la gran facilidad que tiene la autora a la hora de utilizar con precisión los conceptos y su gran conocimiento sobre el Derecho Patrimonial, tanto en su aspecto estático (derechos reales y Registro de la Propiedad) como dinámico (obligaciones y contratos).

El resultado final es una obra muy bien escrita, fácil de entender a pesar de la complejidad del tema y muy útil tanto para la doctrina científica como para los profesionales de la práctica jurídica, debido a la gran cantidad de material utilizado así como a la ingente masa de cuestiones prácticas planteadas a lo largo de la obra. Es una obra imprescindible en las bibliotecas de todo profesional del Derecho.

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III

RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, (prólogo de Miquel Martín Casals), ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, 709 pp.

La monografía que es objeto de la presente recensión, es la reelaboración de la magnífica tesis que el Dr. Ruda realizó bajo la dirección de su maestro, el Dr. Martín Casals, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Gerona, que mereció la calificación de excelente *cum laude* por unanimidad con mención de doctorado europeo, por un tribunal compuesto por los profesores Salvador Coderch (Presidente), Pantaleón, Sinde Monteiro, Koch y yo mismo, que actúe como Secretario. La calidad de la tesis está avalada además por la obtención del Premio nacional sobre protección

civil (2006) y el Premio Francisco de Asis Sancho Rebullida a la mejor tesis de Derecho civil (2006).

Hace ya bastantes años publiqué una monografía en la que planteaba la cuestión sobre si la responsabilidad civil podía ser un instrumento adecuado para la protección del medio ambiente, entendido como un bien de titularidad colectiva (*La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1996). Tuve en cuenta sobre todo el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico y el Convenio de Lugano, así como el Derecho comparado, que suministraban una sólida base para defenderlo, no sólo en relación con los daños a personas o cosas, los denominados daños tradicionales, sino también en relación con el daño ecológico puro, utilizando la terminología que actualmente se emplea lograr que exista la necesaria claridad en un tema tan complicado. En España, parecía que se iba a acoger sin dejar lugar a dudas esta solución, ya que apareció, tras muchos debates, un Anteproyecto sobre responsabilidad civil por daños medioambientales. Sin embargo, las cosas han cambiado a partir de la publicación del Libro Blanco y sobre todo de la Directiva de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental, que ha sido seguida fielmente por la reciente Ley de 23 de octubre de 2007, de responsabilidad medioambiental, que ponen en cuestión la idoneidad del instrumento de la responsabilidad civil para conseguir la reparación de los daños medioambientales, y en concreto, la del daño ecológico puro. Esta circunstancia la tiene muy en cuenta el Dr. Ruda y la destaca el Dr. Martín Casals en el prólogo, subrayando como en el Considerando 13 de la Directiva se cuestiona que sea adecuado el instrumento de la responsabilidad civil, al señalar que no es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales.

Sin cuestionar esta afirmación, el Dr. Ruda intenta, como bien dice el Dr. Martín Casals, ponerla en sus justos términos. Por ello, con gran maestría, no sólo analiza los distintos elementos de la responsabilidad civil puestos en cuestión, sus deficiencias técnicas y las posibles vías que existen para paliarlas, sino que pone de relieve los problemas que plantea el sistema instaurado por la Directiva y la Ley de responsabilidad medioambiental que se inspira en ella. Examina los elementos del daño ecológico puro, el sujeto responsable, la causalidad, la antijuridicidad, los títulos de imputación de la responsabilidad, la prescripción, la valoración y reparación del daños ecológico puro. De estos elementos destaca por su complejidad de determinación el nexo causal. Se trata de la cruz más pesada de la responsabilidad medioambiental, su verdadero talón de Aquiles. Por este motivo es fundamental la facilitación de la prueba del nexo causal. El mejor expediente técnico parece que es el de la inversión de la carga de la prueba del nexo causal o la presunción del nexo causal. Sin embargo, el Dr. Ruda considera que la presunción legal del nexo causal es innecesaria, porque nuestro ordenamiento ya prevé la prueba por presunciones y es inferior a la responsabilidad estocástica, más ajustada a los daños ecológicos puros. Tanto la inversión de la carga de la prueba como la presunción de nexo causal tienen el inconveniente de que pueden hacer que

acabe respondiendo quien no causó el daño. Existe el riesgo de que se esté condenando a un inocente. El Dr. Ruda cuestiona especialmente la legitimación exclusiva del Estado, que considera un paso insuficiente ante las distorsiones que pueden producirse cuando el causante del daño ecológico puro es el propio Estado, y tras examinar la posibilidad de una acción popular y poner de relieve el alcance limitado de las acciones de clase en nuestro Derecho, apunta a la necesidad de legitimar a organizaciones ecologistas para interponer acciones por daño ecológico puro. Yo ya apunté que la mejor solución para lograr la adecuada reparación del daño medioambiental consiste en legitimar activamente a las asociaciones ecologistas que ofrezcan las necesarias garantías para acudir a los tribunales, sin perjuicio, como es lógico, de la legitimación del Estado. Como apunta atinadamente el Dr. Ruda, de *lege ferenda*, la legitimación activa de las organizaciones de defensa del medio ambiente debiera reconocerse del modo más amplio posible. En esta línea, la Convención de Aarhus reconoce la legitimación de las ONG que reúnen los requisitos establecidos por el Derecho interno, lo que permitiría que el legislador español la definiese ampliamente. El criterio de la Directiva, seguido por la Ley de responsabilidad medioambiental, supone un retroceso frente a lo que ya permiten distintos ordenamientos europeos. De un lado, no queda claro si el juez puede obligar a la Administración a adoptar medidas contra el causante de los daños. De otro, la Directiva y la Ley de responsabilidad medioambiental convierten a la Administración en «juez y parte», pues es ésta quien expide las licencias que exoneran a sus titulares y la convierten en responsable. Incluso, algunas asociaciones ecologistas disponen de conocimientos especializado sobre determinación y valoración de daños al medio ambiente, que conviene no menospreciar, como tampoco su altruismo. De hecho, tienen la ventaja, frente a la Administración, de que raramente serán al mismo tiempo causantes de daños y legitimadas para reclamar por ellos. En cuanto al riesgo de que dispongan libremente de la indemnización, los objetivos estatutarios ya constituyen una cortapisa suficiente. Además, a menudo las organizaciones reclaman por gastos que ya han tenido lugar, en concepto de limpieza de playas o aves, etc. En fin, negar la legitimación a dichas organizaciones sobre la base de que hay que legitimar al Estado supone asumir una visión de éste tal vez excesivamente paternalista. Y lo que es más importante, puede constituir una violación de la Convención de Aarhus, de la que la Unión Europea es parte. Por las mismas razones, las ONG no deben tener una legitimación, meramente subsidiaria para el caso en que el Estado no actúe, sino en pie de igualdad con éste y con el debido control judicial.

En este ámbito es esencial la cobertura del riesgo de los daños ecológicos puros. Por esta razón, el Dr. Ruda pone de relieve la importancia del seguro y de los fondos de compensación. Es evidente que las reglas de responsabilidad pueden perder su sentido práctico si el sujeto responsable no puede hacer frente a su responsabilidad. Para evitar este riesgo, la Ley de responsabilidad medioambiental obliga a suscribir una garantía financiera que asegure la indemnización. La primera, y la más extendida, es el seguro. Desde la óptica del seguro, la asegurabilidad del daño ecológico puro es problemática. De hecho, no existe cobertura específica posible para el daño ecológico puro en los principales mercados de seguros. Esto se explica por problemas de definición y valoración, el carácter colectivo del daño, el carácter gradual del hecho causante del daño, la falta de experiencia, la heterogeneidad de las actividades dañosas, el riesgo de avalancha de reclamaciones, los períodos de latencia y la existencia de *pools*. Los problemas que plantea la asegurabilidad de

los daños ecológicos puros, explica el recurso a los fondos de compensación, siendo uno de los aspectos más novedosos de la Ley de responsabilidad medioambiental la introducción de un fondo de compensación que permita resarcir este tipo de daños. Junto a los problemas de insolvencia, los fondos pueden ser una solución para los supuestos en que es imposible probar el nexo causal. Los fondos también permiten que la restauración del medio ambiente comience de inmediato, sin depender del desenlace de un proceso judicial tal vez largo y penoso; que se dediquen las indemnizaciones a reparar efectivamente los recursos naturales dañados y que la colectividad quede representada en caso de daños ecológicos puros, y podrían llevar a la práctica el principio de precaución, pues son una manera de prepararse para hacer frente a la eventual necesidad de reparar el medio ambiente. No obstante, los fondos difieren de la responsabilidad civil clásica en aspectos fundamentales. Mientras que, para ésta, el responsable debe reparar el daño cuando éste se ha producido, en los fondos, los potenciales responsables suelen pagar antes de que el daño se produzca, por si acaso se produjese. Por ello, el fundamento de los fondos debe verse, no sólo en la idea de responsabilidad, sino en la de solidaridad con las víctimas. El legislador español, con buen criterio, ha ido más lejos que la Directiva al prever un fondo de reparación de daños medioambientales. Pero no indemniza, por razones difícilmente explicables, los daños derivados de la contaminación atmosférica ni los daños ecológicos puros que escapen a la definición de daño medioambiental del artículo 2 de la Ley. Los fondos tienen una acción de regreso contra el causante del daño, ya que sólo así se favorece la prevención de daños y se evita que el colectivo de obligados a contribuir al fondo tenga que soportar el coste de la conducta irresponsable de uno de sus miembros. Sin embargo, los fondos no son una alternativa a la responsabilidad civil, sino un complemento de eficacia limitada. El fondo que comprende el daño ecológico puro lo repara y luego se dirige en vía de regreso contra el autor del daño, con lo cual su función primaria es financiar la reparación del daño. Los fondos están lejos de ser una solución milagrosa. Las indemnizaciones pueden llegar con demasiado retraso. El dinero obtenido puede ser insuficiente debido al alcance del daño producido. Los fondos suelen responder hasta cierto límite. Esto quiebra con el principio de que quien contamina paga, que exigiría que la responsabilidad fuese ilimitada. Hace falta un control sobre el destino de las indemnizaciones y persisten los problemas causales. Por todo ello, resulta difícil concluir que los fondos aventajen a la responsabilidad civil. Muchas veces, la celeridad en el cobro es el precio de una indemnización insuficiente, o las dificultades de prueba son tantas como en el proceso civil tradicional. Por tanto, los fondos no pueden desplazar la responsabilidad civil, sino que, a lo sumo, pueden constituir un complemento de la misma.

Desde la perspectiva metodológica, el Dr. Ruda sigue el método comparatista, en consonancia con el grupo de investigación al que pertenece. En el Observatorio de Derecho privado europeo y comparado de la Universidad de Gerona, dirigido por el Dr. Martín Casals, se trabaja desde hace bastantes años en esta línea, y fruto de ello es esta monografía. Esto ha implicado que el Dr. Ruda, necesariamente, haya tenido que colaborar con académicos e instituciones de diversos países europeos, de reconocido prestigio internacional, como los profesores Helmut Koziol y Bernhard A. Koch, el *European Centre of Tort and Insurance Law* de Viena y la *Forschungsstelle für Europäische Schadensersatzrecht* de la Academia Austriaca de las Ciencias, el profesor Willen H. van Boom de la Universidad de Tilburg y los profesores John Bell

y David Ibbetson de la Universidad de Cambridge y el *Centre for European Legal Studies*. Hay que resaltar también que la labor investigadora llevada a cabo por el Dr. Ruda se enmarca en un Proyecto de investigación, *The Principles of European Tort Law*, financiado por el ministerio de Educación y Cultura en el marco del Plan Nacional de I+D+I para el período 2006-2008 (SEJ 2005-00907), del que es investigador principal el Dr. Martín Casals. No cabe duda de que este método es el más acertado para ofrecer soluciones apropiadas a los múltiples problemas que plantea la responsabilidad civil, comenzando por la propia idoneidad de la misma para lograr una reparación eficaz de los daños ecológicos puros. No conozco, tanto en España como en otros países, un estudio de Derecho comparado tan completo y riguroso como el que ha realizado el autor de esta monografía. Demuestra un conocimiento de los diversos sistemas jurídicos difícilmente igualable.

La lectura de esta monografía es imprescindible para comprender y enjuiciar con el necesario rigor a la reciente Ley española de responsabilidad medioambiental y, en general, para apreciar lo complejo y problemático que es la protección del medio ambiente, que nuestra Constitución contempla, en el artículo 45, sin excluir a ninguno de los mecanismos de protección, que se encuentran, como se desprende de su texto, tanto en el Derecho público como en el privado. La experiencia mostrará si la nueva Ley consigue el objetivo apuntado por nuestro legislador, que no es otro que la prevención y reparación de los daños medioambientales de una manera eficaz. Yo no soy demasiado optimista, y seguramente tampoco el Dr. Ruda, que muestra las notables insuficiencias de la Ley de manera clara y precisa.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Jordi RIBOT IGUALADA, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. –II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

AMRANI-MEKKI, S.: «Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription?; À propos de la loi du 17 juin 2008», *SJ*, 2008, núm. 27, p. 160.

La ley núm. 2008-561, de 17 de junio de 2008, reforma el derecho de la prescripción con el objetivo de simplificar y de modernizar el régimen. La duración de derecho común se reduce (cinco años) con un inicio variable y una fecha tope (veinte años) que garantiza la seguridad jurídica. Impregnada de liberalismo, refuerza el papel desempeñado por las partes en su adaptación de las duraciones y del cómputo de los plazos. Las causas de suspensión son extendidas para tener en cuenta las necesidades de la práctica. Se plantean tantos aspectos seductores de la reforma que dan con todo una falsa apariencia de simplicidad. (*I. S. P.*)

BASEDOW, J.: «Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht», *ZEuP*, núm. 2, 2008, pp. 230-251.

El principio de no discriminación en Derecho privado europeo. Hasta ahora se consideraba como consecuencia lógica de la autonomía de la voluntad en Derecho privado, la libertad de contratar con quien se quisiera, sin tener que dar razones al respecto. Sin embargo, esta situación va cambiando poco a poco, aunque de momento no puede hablarse en Derecho comunitario europeo de un principio de no discriminación con efectos inmediatos horizontales. (*M. G.-R.*)

BELL, A. P.: «Abuse of Relationship: Undue Influence in English Law and French Law», *ERPL*, núm. 4, 2007, pp. 555-599.

El trabajo compara la protección frente al abuso de relación (*abuse of relationship*) que suministran el Derecho inglés y francés, cuando una de las partes pone su confianza en la otra o está sujeta a la autoridad de esa otra. Se centra en el Derecho inglés de la influencia indebida (*undue influence*), tal como se aplica a los contratos, a las donaciones y a las atribuciones testamentarias. (M. G.-R.)

BERLINGUER, A.: «The Italian Road to Trusts», *ERPL*, núm. 4, 2007, pp. 533-553.

Se indica por el autor que no hay en Derecho italiano reglas sistemáticas exhaustivas sobre el anglosajón *trust* que den lugar a dificultades considerables para la aplicación de esta figura del *common law*. No obstante, tropieza con algunos principios de la tradición del Derecho continental, en especial, la responsabilidad del deudor. Aun así, se están haciendo grandes esfuerzos doctrinales y legales en Italia para admitir figuras que, de alguna manera, puedan realizar algunas de las funciones del *trust*. (M. G.-R.)

BROUWER, B./HAGE, J.: «Basic Concepts of European Private Law», *ERPL*, núm. 1, 2007, pp. 3-26.

Artículo de filosofía del Derecho, que intenta exponer una serie de términos esenciales a todo ordenamiento jurídico europeo, que los autores centran en los conceptos de «deber de cumplimiento» y «competencia» o «capacidad», ilustrados a su vez a propósito de los conceptos «negocio dispositivo» y «negocio obligacional», así como la independencia entre ellos. Además, tales conceptos se consideran no relacionales, a diferencia de la opinión de otro sector doctrinal. (M. G.-R.)

ROLLI, R.: «Il “codice” e i “codici” nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo», *CI*, 2007, núm. 6, pp. 1496-1532.

El Código de Consumo italiano como “código de sector”: ¿descodificación o recodificación del Derecho privado? El nuevo sistema de codificación en las relaciones entre el Código civil y el Código de consumo. (Alma R. G.)

VAN HEDEL, H.: «Towards a European Ius Commune – What Lessons Can We Learn From Quebec’s Mixed Legal System?», *ERPL*, núm. 5, 2007, pp. 685-705.

Estudio sobre cómo Québec adoptó el concepto de *trust* del *common law*, así como la doctrina de la *unconscionability*, con el propósito de adaptar un sistema continental a algunas figuras básicas de un sistema anglosajón. Sobre esta base, se plantea la autora si y cómo es posible que los sistemas continentales europeos puedan aceptar conceptos del *common law* sin perder su coherencia y cohesión interna. (M. G.-R.)

DERECHO DE LA PERSONA

AUVRET, P.: «Le roman-realté devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 22 octobre 2007)», *GP*, 2008, núm. 191-192, pp. 7-22.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte europea de derechos humanos en el asunto Lindon et Otchakovsky-Laurens c/France et Juli c/ France. Libertad de prensa y libertad artística, límites y sanciones. (*I. S. P.*)

BAUSCH, ST./KOHLMANN, K.: «Die erklärte Spendenbereitschaft als verfassungsrechtlich zulässiges Kriterium der Organallokation», *NJW*, 2008, núm. 22, pp. 1562-1567.

Los autores presentan en este artículo las nuevas normas de la Ley de trasplantes de órganos introducidas por la Ley sobre la cualidad y la seguridad de los tejidos y células humanos. Se preguntan los autores si la disposición a donar ahora reconocida en la Ley puede ser implementada como una forma constitucionalmente legítima que sirva de nuevo criterio para la donación de órganos en la Ley de trasplantes. (*M. P. G. R.*)

BIGOT, Ch.: «Le droit de réponse relatif aux services de communication en ligne après l'entrée en vigueur du décret núm. 2007-1527 du 24 octobre 2007», *GP*, 2008, núm. 191-192, pp. 2-6.

Análisis de las condiciones de aplicación, modos y publicación de este derecho. (*R. A. R.*)

BÖHM, M.: «Umfang und Grenzen eines europäischen Verbots der Altersdiskriminierung im deutschen Recht», *JZ*, 2008, núm. 7, p. 324.

La autora se plantea en qué medida una prohibición europea de discriminación por razón de edad resulta aplicable en el Derecho alemán. (*B. T. G.*)

BYK, C.: «Biométrie et Constitution: est-il déjà trop tard pour les libertés publiques?», *SJ*, 2008, núm. 25, p. 154.

La preocupación colectiva de seguridad conduce a un desarrollo rápido de la biométrica. ¿Los mecanismos existentes de protección de los datos son suficientes por lo tanto para garantizar un justo equilibrio entre el respeto de la vida privada y la seguridad sin recurrir a un refuerzo de la protección constitucional? (*I. S. P.*)

DURANTE, V.: «Il "Caso Allievi": la diffamazione tra libertà di ricerca scientifica e libertà di critica politica», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1420-1428.

Comentario jurisprudencial sobre los límites del derecho de información y del derecho de crítica. (*Alma R. G.*)

EDELMAN, B.: «La Cour européenne des droits de l'homme: une jurisdiction tyrannique?», *RD*, 2008, núm. 28, pp. 1946-1953.

Problemas de tiranía en el Tribunal Europeo de Derechos humanos ante la aplicación de la Convención. ¿Es posible? (*I. S. P.*)

GALIZIA DANOVI, A.: «L'interruzione della vita tra volontà e diritto», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 131-138.

Comentario jurisprudencial acerca de una tema de gran repercusión ética y jurídica: se discute, en primer lugar, sobre el derecho de pedir y obtener una interrupción de los cuidados médicos invasivos que prolongan la vida en caso de estado vegetativo permanente; en segundo lugar, sobre el derecho del tutor de elegir la interrupción de la vida ante la imposibilidad de expresión del incapaz enfermo y, por último, sobre las consecuencias jurídicas, éticas y médicas que, de modo inevitable, lleva consigo la elección que debe realizar el tutor. (*Alma R. G.*)

GAZZONI, F.: «*Sancho Panza* in cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 107-131.

Comentario jurisprudencial sobre la decisión de interrumpir la vida de un enfermo en estado vegetativo permanente. (*Alma R. G.*)

GESLOT, Ch: «Prostitution, dignité...Par ici la monnaie!», *RD*, 2008, núm. 19, pp. 1292-1299.

Prostitución como actividad contraria a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona. Los problemas de su fiscalización. Situación tras el caso "Tremblay" de 11 de septiembre de 2007. (*I. S. P.*)

KUTSCHA, M.: «Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?», *NJW*, 2008, núm. 15, pp. 1042-1044.

A raíz de una decisión del BVerfG de 27 de febrero de 2008, el autor de este artículo se pregunta si se ha incrementado la protección de los datos computerizados a través del reconocimiento de un nuevo derecho fundamental. (*M. P. G. R.*)

MBONGO, P.: «Droit au juge et prééminence du droit: bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité», *RD*, 2008, núm. 30, pp. 2089-2096.

Análisis sobre la naturaleza jurídica de la excepción de inconstitucionalidad. Función del abogado en la interposición de dicha excepción. (*I. S. P.*)

O'CALLAGHAN, P.: «Reversing Ubi Remedium Ibi Jus in the Common Law: The Right of Privacy», *ERPL*, núm. 5, 2007, pp. 659-683.

El artículo compara el sistema inglés con el irlandés; en cuanto el primero se centra más en la protección procesal, que es la que hace nacer el derecho, mientras que en el segundo más bien es el Derecho el que hace nacer la protección procesal. El autor aplica estas ideas al derecho fundamental a la intimidad, reconocido en la Constitución irlandesa, y que tiene, por tanto, efecto horizontal; y se plantea si estos principios podrían ser aplicables por los tribunales ingleses. (*M. G. -R.*)

SANTOSUOSSO, A.: «La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 1-10.

Artículo sobre los derechos de los pacientes y los deberes de los profesionales sanitarios respecto al conflicto existente entre eutanasia y derecho a la vida. (*Alma R. G.*)

SUDRE, F.: «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *SJ*, 2008, núm. 30, p. 167.

La presente crónica abarca el primer semestre de 2008; se caracteriza por el peso del contencioso de los extranjeros. La protección contra los riesgos naturales (núms. 2 y 20), la aplicabilidad § 1 del artículo 6 en cuanto a infracciones fiscales (núms. 9), los términos de la libertad de expresión del funcionario (núm. 17), la compatibilidad del estatuto del arrendamiento rústico con el artículo 1 del Protocolo 1 (núm. 21), el recurso al principio de confianza legítimo (núm. 22) son tantas distintas cuestiones, y, a veces, noticias, que merecen atraer la atención. (*I. S. P.*)

PERSONA JURÍDICA

MATHEY, N.: «Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé», *RTDC*, 2008, núm. 2, pp. 205-228.

El autor se plantea la problemática sobre la existencia de derechos fundamentales en la persona jurídica. La contestación la basa en dos métodos de carácter dogmático. (*I. S. P.*)

REUTER, D.: «Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit. Rechtstheoretische und Rechtspraktische Anmerkungen zu einem großen Thema», *AcP*, 2007, núm. 6, pp. 673-717.

Trabajo sobre la persona jurídica y las entidades que en Derecho alemán carecen de personalidad jurídica, pero se les reconoce cierta capacidad jurídica. Los casos más conocidos son la sociedad regulada en los §§ 705 ss. BGB y la sociedad mercantil abierta (*offene Handelsgesellschaft*). Para el autor la persona jurídica no sólo se caracteriza por su capacidad de ostentar derechos y deberes, sino también por la posesión de una organización separada de sus eventuales miembros, así como por su exclusiva responsabilidad, separada de la de sus miembros. El problema que se plantea es que el Tribunal Supremo alemán (y luego una reforma legal de 2007) ha reconocido una cierta capacidad a la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Por el contrario, el mismo Tribunal Supremo no acepta la capacidad de la comunidad hereditaria. En suma, el trabajo examina cuando determinados grupos patrimoniales o comunidades de intereses tienen o no capacidad jurídica. (*M. G.-R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALLEGRO, K.: «Risoluzione del contratto di locazione per impossibilité sopravvenuta e danni da ritardata restituzione», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 368-372.

Comentario jurisprudencial sobre resolución de un contrato de arrendamiento de uso distinto del de vivienda por imposibilidad sobrevenida. (*Alma R. G.*)

ANCEL, F.: «La loi núm. 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile», *GP*, 2008, núm. 193-194, pp. 2-9.

Cambio del Código civil respecto a los plazos y el cómputo de la prescripción de acciones. Análisis de las novedades. (R. A. R.)

ATIAS, Ch.: «L'exception d'illegalité d'une clause contractuelle», *RD*, 2008, núm. 15, pp. 950-954.

Posibilidad de rehusar riesgos y peligros en casos de ejecución de cláusula contractual no escrita. (I. S. P.)

— «La constitution des actes juridiques», *RD*, 2008, núm. 11, pp. 743-744.

Constitución de actos con interés para el orden jurídico. No reducción de la regla protectora del interés de una de las partes. Tendencia actual. (R. A. R.)

AZZALINI, M.: «Trattamenti *life-saving* e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 73-82.

Comentario jurisprudencial sobre la concurrencia del derecho a la autodeterminación del paciente con el derecho a la vida: rechazo a la curación por parte del profesional sanitario con relación a la eutanasia y el suicidio asistido. (Alma R. G.)

BARÈGES, B.: «Les enjeux de la réforme sur la fusion des professions d'avoués et d'avocats», *GP*, 2008, núm. 228-232, pp. 2-3.

Finalidad de la reforma: unificar y agrandar la profesión jurídica. Consecuencias financieras del cambio. (R. A. R.)

BARGELLI, E.: «Le prestazioni professionali effettuate indebitamente», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 460-466.

Artículo relativo al análisis de la actividad profesional de hecho: causas de nulidad del contrato de prestación profesional, la actividad profesional a favor de la Administración Pública y prestación profesional contraria a las buenas costumbres. (Alma R. G.)

BARTOLOMUCCI, P.: «L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 267 a 282.

Análisis de la transposición en el Ordenamiento jurídico italiano de la Directiva 2005/29/CE (decretos legislativos núms. 145 y 146, de 2 de agosto de 2007).

El autor analiza en primer lugar la Directiva, poniendo de relieve la decisión del legislador comunitario de lograr una armonización máxima en este ámbito.

Ya en el ámbito nacional, Bartolomucci considera que la función más importante que debe acometer el legislador consiste en coordinar esta normativa con la disciplina general del contrato, pues sólo de esta manera podrá lograrse, a su juicio, una completa tutela del consumidor.

Tras algunas consideraciones sistemáticas, el autor pone de relieve las modificaciones en el Código de consumo derivadas de la recepción de la Directiva en cuestión (por ejemplo, las relacionadas con la noción de consumidor medio o de producto). (B. F. G.)

BÉGUIN, J.: «Droit de l'arbitrage», *SJ*, 2008, núm. 28-29, p. 164.

Esta crónica abarca el período de 1 de octubre de 2007 a 1 de junio de 2008. La actualidad tiende más bien a hacer hincapié en las distintas formas de mediación. La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 (MEJILLA núm. L 136, 24 de mayo de 2008, p. 3; JCP G 2008, act., 379; JCP G 2008, I, 161, núm. 14) va a obligar a los Estados a introducir en sus legislaciones dispositivos con miras a favorecer la mediación en los litigios transfronterizos civiles y mercantiles. El Sr. J. C. Magendie, primer Presidente del Tribunal de Apelación de París anunció el 20 de mayo de 2008 la puesta en estudio de una serie de medidas para desarrollar la mediación judicial y en particular: la creación de una sala piloto y el nombramiento de un magistrado encargado en cada jurisdicción (*vid.* JCP G 2008, I, 145, p. 18). La Comisión GuinchaRD, por su parte, presenta una serie de propuestas y, en particular, la de la instauración de un «procedimiento participativo de negociación asistida por abogado» (*vid. supra* JCP G 2008, I, 162, en aguardiente y Anexo, 47 s.). (R. A. R.)

BONTEMPI, P.: «Gli obblighi di trasparenza dell'intermediario mobiliare nella conclusione di contratti di *interest rate swap*», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 347-355.

Los deberes de transparencia y de diligencia del intermediario que negocia contratos de *interest rate swap*. (*Alma R. G.*)

BOUTEILLE, M.: «Regard critique sur la modalit  conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription», *RD*, 2008, núm. 27, pp. 1848-1853.

Estudio sobre el anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones. Problemas sobre su acierto o desacierto frente al Derecho actual. Los problemas de retroactividad en la condición. (R. A. R.)

BRAULT, Ph.: «La révision du loyer du bail commercial et le projet de loi de modernisation de l' conomie (LME)», *GP*, 2008, núm. 188-190, pp. 3-6.

Regulación legal de la révision de la renta del arrendamiento y las modificaciones legales. Influencia del proyecto de código monetario y financiero. Art. 112. (R. A. R.)

BRAUN, J.: «Fehlentwicklung bei der rechtlichen Behandlung von Internetauktionen», *JZ*, 2008, núm. 7, p. 330.

El artículo examina el tratamiento jurídico del derecho de desistimiento del consumidor en el contexto de las subastas en Internet. (*B. T. G.*)

BRUDER, F.: «Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive», *ERPL*, núm. 2, 2007, pp. 205-231.

El artículo trata el concepto de carga de la prueba en relación con las cuestiones que surgen de la Directiva 93/13 de la Unión Europea, especialmente sobre condiciones abusivas en los contratos de consumo. La cuestión se ilustra con dos casos del TJCE, que plantearon la cuestión de cómo el Derecho sustantivo y el procesal deben acomodarse a los principios de la Comunidad Europea. (*M. G.-R.*)

BUÉ, V.: «La commission consultative paritaire départementale des baux ruraux, pierre angulaire de la décentralisation du statut des baux ruraux», *GP*, 2008, núm. 202-204, pp. 9-16.

Nueva comisión para terminar con los arrendamientos rurales actuales. Cambios legales y jurídico-prácticos. (*I. S. P.*)

CALVEIRA, E./TOURNOIS, M.: «La requalification du bail dérogatoire en bail soumis au statut des baux commerciaux», *GP*, 2008, núm. 216-218, pp. 6-12.

El autor cuestiona la regulación independiente del arrendamiento mercantil francés frente a la regulación de estos arrendamientos en otros países. ¿Tiene utilidad la diferencia? Necesidad de una reforma legal. (*R. A. R.*)

CALVEZ, J. LE: «Les donations et l'abus de droit: Droit fiscal contre Droit civil?», *GP*, 2008, núm. 214-215, pp. 6-9.

Análisis a propósito del informe del Comité consultivo sobre la represión del abuso de derecho en 2006. Implicaciones civiles y fiscales. (*I. S. P.*)

CASSANO, G.: «In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 498-511.

Artículo sobre la responsabilidad civil que surge ante los ilícitos cometidos por un familiar a otro. (*Alma R. G.*)

CHAINE, R./BELVALT, B.: «La garantie de libération de l'article L.231-6 du code de la construction et de l'habitation est-elle encore et toujours une caution?», *RDIm*, 2008, núm. 3, pp. 134-140.

Garantía del contratista en la elaboración de la obra. Análisis de las decisiones jurisprudenciales de la Corte de casación sobre la materia. (*I. S. P.*)

CHARVET, D.: «Les magistrats français et la déontologie: une problématique à clarifier», *RD*, 2008, núm. 24, pp. 1634-1637.

Responsabilidad civil de los magistrados franceses según las obligaciones de su Código deontológico según la Ley de 5 de marzo de 2007. Evolución de la institución jurídica y su función. (*I. S. P.*)

CHARLEZ, A.: «La loi sur les associations de chasse comunales agréées (ACCA) validée à trois reprises», *GP*, 2008, núm. 202-204, pp. 17-21.

Cambios en la Ley de caza francesa tras la Convención europea de Ministros de Agricultura de 25 de abril de 2005. Influencias para el propietario cazador. (*I. S. P.*)

CONINCK, J. DE: «Parsimony in Contract Law – The Case of the Potestative Condition», *ERPL*, 2007, núm. 6, pp. 855-871.

El autor propone la aplicación del principio científico de la parsimonia en el Derecho contractual. Según tal principio, si algo puede ser explicado de una manera simple, no hay que intentar explicarlo de una forma compleja (por otra parte, viejo argumento de Guillermo de Occam). Centrándose en el ámbito de la condición potestativa, llega a la conclusión de que, con-

forme al principio de parsimonia, debe ser desterrada del pensamiento jurídico (*M. G.-R.*)

COSSON *et alri*: «L'Avant-Projet Français de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription: Perspectives Européennes», *ERPL*, núm. 6, 2007, pp. 761-839.

Número casi monográfico de la revista dedicado al proyecto francés (Català) sobre la reforma del Derecho de obligaciones francés desde una perspectiva comparatista, con aportaciones de Katrin Deckert, Gabriel García Cantero, Reinhard Zimmermann, Valentina Jacometti, Barbara Pozzo y Ewoud Hondius. (*M. G.-R.*)

COUVIOUR, K. LE: «Après l'Erika: réformer d'urgence le régime international de responsabilité et d'indemnisation des dommages de pollution par hydrocarbure», *SJ*, 2008, núm. 12, p.126.

El régimen especial de responsabilidad e indemnización de los daños de contaminación por hidrocarburos se denigró ampliamente después de la catástrofe del *Erika* y también sensiblemente debilitado por el juicio del Tribunal correccional de París de 16 de enero de 2008. Este estudio procura mostrar cómo hacer una reflexión sobre el derecho común de la responsabilidad, es posible prever una reforma estructural del sistema convencional CLC2/FIPOL, dicho de otro modo, concebir un dispositivo capaz de garantizar una indemnización íntegra de las víctimas económicas y ecológicas, responsabilizando al mismo tiempo a los protagonistas del transporte marítimo. (*R.A.R.*)

CRICENTI, G.: «Il danno al valore di affezione. Il cavallo ed il congiunto», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 215-221.

Últimamente la jurisprudencia italiana ha establecido que el artículo 2059 del Código civil no sólo se refiere al daño moral, sino a cualquier otro daño no valorable económicamente, incluso aunque no se trate de uno de los daños cuyo resarcimiento se establece de modo expreso por la ley, sino que basta con que sea consecuencia de la lesión de un interés constitucionalmente protegido. (*Alma R. G.*)

CROZE, H.: «Dans quelles conditions une vente amiable peut-elle être passée pendant une procédure de saisie immobilière?», *GP*, 2008, núm. 160-162, pp. 2-6.

Estudio a propósito de la nueva regulación del artículo 2201 CC francés en materia de venta con autorización judicial de un bien embargado. Problemas jurídicos de fraude y orden público. (*I. S. P.*)

CUNNINGTON, R.: «The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract», *M. L. R.*, 2008, vol 71, núm. 4, pp. 559-586.

Partiendo de la necesidad de indemnizar los daños derivados del incumplimiento contractual, el artículo se ocupa de la cuantificación de las ganancias que habrían podido obtenerse si el contrato se hubiese cumplido. En la actual jurisprudencia inglesa, el debate se mueve entre dos alternativas. La primera viene representada por la sentencia *Wrotham Park v. Parkside Homes* ([1974] 1 WLR 798) y se basa en un criterio de valoración objetivo. De

acuerdo con esta alternativa, el acreedor perjudicado puede reclamar la misma cuantía que una hipotética persona, en la misma posición del demandante, podría reclamar razonablemente al demandado como compensación por el incumplimiento contractual. La segunda alternativa, defendida por la sentencia *Blake (Att. Gen. v. Blake* [2001] AC 268), adopta un criterio de valoración subjetivo al considerar que la cuantía indemnizatoria viene representada por el beneficio real neto que el incumplimiento generó al demandado. El artículo se ocupa, además, de los diversos criterios que permiten delimitar esa partida de la indemnización: el deber que tenía el demandante de mitigar el daño, y la aplicación de las reglas de causalidad, tanto fáctica como jurídica y, en particular, del test de previsibilidad del daño derivado del incumplimiento. (*J. S. F.*)

DEGOS, L.: «La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome», *RD*, 2008, núm. 21, pp. 1429-1434.

Estudio a propósito de ciertas sentencias de la Corte de casación de 29 de junio de 2007 sobre el caso «Putrabali» y «Hilmarton» sobre prevalencia de las disposiciones del Derecho francés sobre el arbitraje internacional. (*R. A. R.*)

DERLEDER, P.: «Der mitgekaufte Mieter», *NJW*, 2008, núm. 17, pp. 1189-1195.

La compra de una vivienda o local arrendado se realiza hoy en muy diferentes constelaciones de casos. En este artículo se realiza una sistematización de éstos destinada a la práctica. (*M. P. G. R.*)

FACCI, G.: «Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte», *CI*, 2008, núm. 1, pp. 164-199.

Artículo dedicado a la responsabilidad de las empresas de *rating* por la emisión de informaciones falsas o inexactas: examen del perjuicio patrimonial, del nexo de causalidad y del criterio de imputación de responsabilidad. (*Alma R. G.*)

FAROLFI, F.: «L'estensione del danno morale "riflesso" oltre i casi di morte e di lesioni personali gravi», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 313-319.

Reflexiones sobre el derecho al resarcimiento no patrimonial a favor de los sujetos, ligados por una particular situación afectiva, con la víctima del hecho ilícito. (*Alma R. G.*)

GALATRO, V.: «Problemi di interpretazione e qualificazione giuridica della perizia contrattuale», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1297-1299.

Tutela del consumidor que contrata un seguro privado, ante cláusulas abusivas concernientes a la figura del perito. (*Alma R. G.*)

GALGANO, G.: «Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile», *CI*, 2008, núm. 1, pp. 73-110.

Artículo dedicado a la reparación del daño: el hecho ilícito en la historia del Derecho civil, de la *Lex Aquilia* a la Compilación Justiniana. De la Glosa a la Escuela del Derecho Natural. Las codificaciones modernas. Las funciones de la responsabilidad civil. El fin del *neminem laedere*. El hecho ilícito y las otras fuentes de las obligaciones: la responsabilidad precontractual. Las

fronteras del daño injusto: el daño por ocupación adquisitiva y el daño por lesión de intereses difusos. (*Alma R. G.*)

GAUDIN, L.: «Regards dubitatif sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue», *RD*, 2008, núm. 10, pp. 631-637.

Revisión de la Directiva de 25 de mayo de 1999 sobre venta y garantía de bienes de consumo. Problemas surgidos tras su transposición en el Derecho francés. (*I. S. P.*)

GENTILE, P.: «Il foro del consumatore ed il codice del consumo», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 68 a 84.

Análisis del art. 33.2 t) y u) del Código del Consumo italiano, relativo a las cláusulas que derogan el foro exclusivo del consumidor y de la autoridad judicial y respecto de las que rige la presunción de abusivas, prevista en el propio precepto.

El autor se centra fundamentalmente en su naturaleza jurídica: la importancia de este tema radica en que sólo si se califica como cláusula procesal, y no como sustantiva, la normativa del Código de Consumo citada será aplicable a los contratos celebrados anteriormente a su entrada en vigor. Mientras que la jurisprudencia es contradictoria, la doctrina mayoritaria se pronuncia a favor de su calificación como procesal.

El artículo finaliza con algunas consideraciones del autor acerca del posible pacto entre profesional y consumidor que, a pesar de derogar el foro del consumidor, no quepa calificar de abusivo. (*B. F. G.*)

GHESTIN, J.: «Droit des obligations», *SJ*, 2008, núm. 16, p.136.

La primera sentencia censura la decisión impugnada declarando, sobre la demanda en cese de una asociación de consumidores, el carácter abusivo en razón de la imprecisión de dos cláusulas, una relativa a la duración y otra a la información que se refiere al bien que debe alquilarse con respeto de un modelo normalizado de contrato propuesto por un marchante, profesional cuya actividad consiste, pero con un pago global inicial, en proporcionar una lista de bienes inmuebles disponibles a la venta o al alquiler. En la segunda se admite que un pacto de accionistas puede cancelarse unilateralmente debido a su duración indeterminada, en cuanto que las partes únicamente limitaron su aplicación al tiempo durante el cual sus autores, dos personas jurídicas, siguieran siendo accionistas de la sociedad. El tercero tiende a someter a las mismas exigencias restrictivas el abuso de la relación de dependencia y el abuso de dependencia económica regulados por textos distintos. El cuarto precisa los criterios elegidos por los jueces del fondo así como el control operado por el Tribunal de casación en cuanto a la destrucción en cascada de los contratos de un conjunto contractual sobre el fundamento de su indivisibilidad. (*R. A. R.*)

GIACCOBE, E.: «La capacità di disporre e di ricevere per donazione», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 2008-2046.

Una de las innovaciones del Código Civil italiano de 1942, respecto al sistema anterior, ha sido la voluntad del legislador de distinguir la materia relativa a la capacidad de disponer y de recibir donaciones, por una parte, y por otra, la materia de la capacidad de testar: en relación con la capacidad de

disponer del donante, se analizan con mayor detenimiento los casos específicos del menor de edad, del inhabilitado, del incapaz natural, del quebrado y de las entidades. Respecto de la capacidad de recibir donaciones, se estudian las hipótesis particulares del concebido y no nacido, del menor de edad, del inhabilitado, del tutor, del notario y, por último, de las donaciones entre los cónyuges. (*Alma R. G.*)

GRIDEL, J. P.: «Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux», *SJ*, 2008, núm. 21, p.143.

El acreedor, si decide actuar en justicia a fin de ver sancionar el incumplimiento contractual, encuentra ante él tres vías de derecho: la ejecución forzosa, los daños y perjuicios, la resolución, aunque el segundo no excluye a los dos otros, y el interés práctico de cada una depende de las situaciones. Estas tres salidas, deducidas de los artículos 1134, 1142, 1147 y 1184 del Código civil, fueron trabajadas, en sus aperturas o sus regímenes jurídicos respectivos, por una jurisprudencia cada vez más realista, que figuran a continuación respecto a sus evoluciones recientes. (*I. S. P.*)

HELLER, A.: «Der Ausschluss der Aufrechnung. Zur Rechtfertigung der Ausschlusses der eigennützigen Forderungsfortsetzung mittels "Selbsexekution" aus übergeordneten Interessen unter besonderer Berücksichtigung der Aufrechnungsverbote im Kapitalgesellschaftsrecht», *AcP*, núms. 4/5, 2007, pp. 456-490.

El trabajo trata sobre los casos en que el BGB (§§ 393-395) y otras normas prohíben la compensación de créditos, especialmente en el Derecho de las sociedades de capital, sobre todo en lo que se refiere a las aportaciones al capital social (§§ 66.1.2 AktG y 19.2.2 GmbHG). (*M. G.-R.*)

HEUTGER, V.: «Der Abschluss der Diagnosephase zum Europäischen Vertragsrecht – Das Grünbuch», *ERPL*, núm. 5, 2007, pp. 723-733.

El trabajo discute el Libro Verde de la Comisión Europea sobre Derecho contractual del consumo europeo, publicado el 8 de febrero de 2007. Se considera que el Libro Verde es el fin del proceso de evaluación de las ocho directivas sobre protección del consumidor. (*M. G.-R.*)

HESSELINK, M. W.: «European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?», *ERPL*, núm. 3, 2007, pp. 323-348.

La Comisión Europea ha anunciado una nueva perspectiva en la revisión de la protección del consumidor dentro del proceso del Marco Común de Referencia. En la europeización del Derecho contractual se tendrá en cuenta no sólo la protección del consumidor, sino también una especial consideración de la ciudadanía europea y el área general de la justicia. (*M. G.-R.*)

JACQUIN, A.: «Droit de la préemption dans les périmètres de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité», *GP*, 2008, núm. 188-190, pp. 11-13.

Estudio a propósito del Decreto de 2007-1827, de 26 de diciembre, sobre cesión de fondos de comercio y arrendamiento comercial. (*R. A. R.*)

JANSEN, N.: «*Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law*», *ZEuP*, núm. 4, 2007, pp. 958-991.

El *Study Group on an European Civil Code*, dirigido por von Bar, ha comenzado a reflejar su actividad con la publicación del texto y los comentarios sobre la gestión de negocios ajenos sin mandato (*Principles on Benevolent Intervention in Another's Affaire*, texto disponible en http://www.sgecc.net/media/downloads/benevolent_intervention_articles_final_version.pdf, consultado 17-VII-2008). El autor, especialista en esta materia, critica ácidamente el trabajo, pues apenas hay tema dentro del Derecho de obligaciones de los distintos países europeos en que haya mayor discrepancia. De hecho, no es conocido en Derecho inglés y lo ha rechazado su jurisprudencia, también lo rechaza el Código civil austriaco, y luego cada ordenamiento que lo acepta tiene múltiples cuestiones de detalle que son tratadas de modo muy diferente, como la necesidad de que se trate un estado de necesidad o no, la retribución de gestor, la posible indemnización al dueño del negocio y al gestor, etc. (*M. G.-R.*)

JANSEN, N./ZIMMERMANN, R.: «Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical Examination of the "Principles of the Existing EC Contract Law"», *M. L. R.*, 2008, vol 71, núm. 4, pp. 505-534.

Examen crítico de los *Acquis Principles*, publicados a mediados de 2007 por el *European Research Group on the Existing EC Contract Law* y que teóricamente debían consistir en una serie de normas o reglas básicas elaboradas empleando como materia prima, exclusivamente, el Derecho contractual comunitario vigente. Se trataba así de completar la perspectiva de los PECL, que se basan, como es sabido, en el análisis comparado del Derecho contractual de los distintos Estados miembros. El resultado final del proyecto, sin embargo, no se ha limitado a la sistematización de las normas del acervo comunitario referentes a Derecho contractual. Como subrayan con numerosos ejemplos los autores de este artículo, los *Acquis Principles* presuponen reglas generales que implican a su vez graves decisiones de política jurídica. En muchos casos, no obstante, el Derecho comunitario vigente no proporciona un criterio claro. Por otra parte, generalizar lisa y llanamente reglas basadas en la protección de los consumidores resulta discutible. Así las cosas, si bien los *Acquis Principles* han contribuido a esclarecer el alcance del Derecho contractual de origen comunitario, mantener una separación entre el acervo *comunitario* y el acervo *común* del Derecho privado europeo se revela como una metodología desfasada en el camino hacia la armonización europea del Derecho contractual. (*J. R. I.*)

KHOURY, L.: «Causation and Risk in the highest Courts of Canada, England and France», *L. Q. R.* January 2008, vol. 124, pp. 102-131.

Examen comparado de la evolución jurisprudencial en cuanto al requisito de la causalidad en aquellos supuestos en los que no es posible establecer cuál, entre varias alternativas posibles, fue la causa del daño. El artículo se centra concretamente en la reciente jurisprudencia inglesa, que ha empleado como correctivo el criterio del incremento del riesgo, entendido aquí en el sentido de que la probabilidad de que el demandado hubiese causado el perjuicio constituye la medida en que aquél aumentó el riesgo de que la víctima lo padeciese, lo cual permite obviar la prueba de la causalidad y otorgar una indemnización siquiera parcial, proporcional a la contribución del demanda-

do al incremento del riesgo. La autora sugiere comparar la evolución de la doctrina en las jurisdicciones de *common law* con la dilatada experiencia francesa en materia de *perte de la chance*, pues en ambos casos lo que está en juego es si sigue vigente el requisito de la causalidad o bien se admite avanzar hacia un sistema de responsabilidad proporcional. (*J. R. I.*)

KÖHLER, H.: «Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen?», *NJW*, 2008, núm. 4, pp. 177-181.

¿Acciones concurrentes frente a la aplicación de condiciones generales de los contratos inválidas? (*M. P. G. R.*)

KUHN, T.: «Scheinvertrag und verdeckter Vertrag in Anwendungsbereich des § 405 BGB», *AcP*, 2008, 1, pp. 101-134.

En materia de cesión de créditos, el § 404 BGB establece que el deudor puede oponer al cesionario las mismas excepciones que hubiera podido oponer al cedente en el momento de la cesión. Sin embargo, el párrafo siguiente prevé el caso de que el deudor hubiera emitido un documento donde reconociera la deuda, y que el crédito reconocido se ceda con la entrega del documento, en cuyo caso el deudor no puede oponer al cesionario de buena fe, entre otras circunstancias, que el negocio que justificaba el reconocimiento de la deuda fuera simulado, total o parcialmente. El autor se centra en el problema de la simulación parcial y la relevancia del negocio disimulado. (*M. G.-R.*)

LANDO, O.: «Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?», *ERPL*, núm. 6, 2007, pp. 841-853.

El conocido autor se plantea en este breve artículo si la buena fe puede ser considerada una cláusula angular de los principios de Derecho contractual europeo. Aunque admite que tal cláusula general no existe en Derecho inglés, su conclusión es que sí. (*M. G.-R.*)

LEGGIERI, C.: «Il diritto del consumatore ad agire contro il creditore anche nel caso in cui l'offerta di credito non rechi menzione del bene (o della prestazione di servizi) finanziato», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 208-211.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 4 de octubre de 2007 (causa C-429/05) sobre la interdependencia existente entre el contrato de adquisición de un bien de consumo y el contrato de financiación del mismo. (*Alma R. G.*)

Loos, M. B. M.: «The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization», *ERPL*, núm. 4, 2007, pp. 515-531.

Se trata el Derecho comunitario sobre consumo y su influencia sobre la teoría general del contrato. Lo que, en principio, se planteó en el Derecho comunitario como una regulación de ciertos aspectos de los contratos celebrados entre personas determinadas ha acabado por facilitar una armonización europea de toda la teoría general del contrato. (*M. G.-R.*)

LORENZ, S.: «Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB)», *JuS*, 2008, núm. 3, p. 203.

El artículo se ocupa, desde la perspectiva del Derecho civil, de los tipos de daños derivados del incumplimiento, en relación con otras contribuciones doctrinales (*vid. JuS*, 2007, 213). (*B. T. G.*)

LÜCKE, H. K.: «Simultaneity and Successiveness in Contracting», *ERPL*, núm. 1, 2007, pp. 27-57.

Tradicionalmente, la formación del contrato se ha explicado con el esquema de oferta y aceptación (*vid. art. 1262 CC español*). Sin embargo, el americano *Restatement of the Law of Contracts 2nd* y, después, los Principios de Derecho Contractual Europeo señalan que hay formas contractuales que «no pueden ser analizadas en términos de oferta y aceptación» (art. 2:211 PDCE). La doctrina más moderna distingue entre el acuerdo sobre los términos de un contrato y el acuerdo de ser obligado por esos términos (*vid. recientemente, en la doctrina española, Marco Molina, RDP*, 2008, pp. 5-53). (*M. G.-R.*)

MAISONAS, J. P.: «Honoraires, dépens, RC: attention délais !À propos de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription», *GP*, 2008, núm. 179-180, pp. 2-4.

Estudio a propósito de la modificación de los plazos de prescripción y su cómputo según la Ley 2008-561, de 17 de junio. (*R. A. R.*)

MALZANI, F.: «Obbligo di sicurezza e nuove latitudini: lo stress da lavoro», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 34-39.

Comentario jurisprudencial relativo al daño ocasionado por la excesiva carga de trabajo por parte del empleado: una nueva hipótesis de daño biológico. (*Alma R. G.*)

MANINETTI, P.: «La revisione del danno patrimoniale nel lavoro domestico», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 307-310.

Comentario jurisprudencial sobre el resarcimiento a favor del sujeto que se encarga de las labores domésticas. (*Alma R. G.*)

MARTONE, L.: «Condizione risolutiva d'inadempimento», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 71-78.

La condición resolutoria expresa. La admisión de la condición resolutoria por incumplimiento. La oponibilidad de las cláusulas resolutorias. Condición resolutoria y resarcimiento del daño. (*Alma R. G.*)

MASSIP, J.: «Le mandat de protection future», 1ère et 2nde parties, *GP*, 2008, núms. 165-166 y 167-169, pp. 5-17 y 5-14.

Análisis de los artículos 478 ss. del Código civil francés sobre el mandato de protección futura regulado por Ley 2007-308 de 5 de marzo, para la protección jurídica de los mayores con facultades personales, mentales o físicas alteradas. El autor considera que es una institución válida y útil que plantea numerosos problemas jurídicos. (*R. A. R.*)

MAULTZSCH, F.: «Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs aus dogmatischer und ökonomischer Sicht», *AcP*, núms. 4/5, 2007, pp. 530-563.

Estudio del incumplimiento contractual desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, contraponiendo el cumplimiento *in natura* (preferente en el Derecho continental) y la indemnización de daños y perjuicios (preferente en el *Common Law*). La fuerza de la indemnización de daños depende de la competencia de los tribunales para calcular los daños. Como el autor parte de que el concepto de daño es subjetivo, deduce la limitada capacidad de los tribunales para esta valoración. Por tanto, sólo debería preferirse la indemnización de daño al cumplimiento forzoso cuando el enjuiciamiento del daño no requiere una valoración especial, como sucede con los bienes fácilmente disponibles en el mercado. (M. G.-R.)

MAZEAUD, D.: «Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons», *RD*, 2008, núm. 26, pp. 1776-1782.

Consideraciones de las cláusulas limitativas según la posición de la jurisprudencia. Posición de la Corte de Casación francesa. Postura según la sentencia de la Corte de Casación, Sala mercantil, de 18 de diciembre de 2007. (R. A. R.)

MAZZASETTE, F.: «La responsabilità civile del medico tra pronunce giurisprudenziali ed interventi legislativi», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 85 a 106.

Síntesis muy clara de la responsabilidad civil del médico que presta sus servicios en un complejo sanitario público o privado: su evolución, el panorama actual y las previsiones de futuro en el Ordenamiento jurídico italiano.

La sentencia del Tribunal Supremo italiano de 22 de enero de 1999 (núm. 589) puso fin a la polémica sobre la calificación de la responsabilidad del médico, tildándola de contractual.

Seguidamente surgieron las cuestiones relativas al tipo contractual y al contenido de la prestación del médico. La exposición de la jurisprudencia sobre la materia conduce a la autora a la siguiente conclusión: la protección del paciente se traduce en la existencia de una responsabilidad del médico especialmente gravosa que puede finalmente repercutir desfavorablemente en el derecho a la salud de los ciudadanos.

La búsqueda de un equilibrio entre la tutela del paciente y el desarrollo de una actividad sanitaria sin temor a sufrir acciones legales es el objetivo de algunos proyectos de ley que la autora recoge. A partir de su análisis se extrae la tendencia a derivar la responsabilidad hacia el complejo sanitario y a instaurar un aseguramiento obligatorio. La autora advierte de los inconvenientes de la técnica del seguro obligatorio y aboga por la instauración de un sistema de Seguridad Social en el ámbito de la responsabilidad médica. (B. F. G.)

MERRETT, L.: «The Importance of Delivery and Possession in the Passing of Title», *The Cambridge L. J.*, julio 2008, vol. 67, núm. 2, pp. 376-395.

La regla de que nadie puede transmitir lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*) se aplica en el Derecho inglés de un modo similar a lo que sucede en nuestro Derecho. Parecidamente, dicha regla tiene sus excepciones, como consecuencia de las cuales el Ordenamiento no protege al propietario de la cosa, sino al comprador de la misma. El artículo estudia algunas de esas excepciones en relación con la venta de bienes muebles. A partir del análisis del papel que la posesión de la cosa juega a la hora de crear una excepción a la regla, la autora pone críticamente de relieve que existen algunas incohe-

rencias en el sistema, difíciles de conducir a una consideración de política legislativa o *policy*. (A. R. G.)

MERUZZI, G.: «Il fondamento sistematico dell' *exceptio doli* e gli *obiter dicta* della Cassazione», *CI*, 2007, núm. 6, pp. 1369-1394.

Estudio de la sentencia de la Corte de Casación italiana n. 5273 de 2007, que, por primera vez desde la promulgación del Código civil de 1942, sanciona expresamente la admisión de la *exceptio doli* como remedio de carácter general. (Alma R. G.)

MOLITORIS, M./ KLINDT, Th.: «Produkthaftung un Produktsicherheit», *NJW*, 2008, núm. 17, pp. 1203-1208.

Con este artículo se reanuda la larga y ya legendaria panorámica jurisprudencial de Kullman (juez y representante del VI *Zivilsenats* del BGB) sobre responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. (M. P. G. R.)

MONACA, V. DELLA: «Risarcimento del danno da vacanza rovinata a causa dello smarrimento del bagaglio», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 280-287.

Comentario jurisprudencial sobre el resarcimiento de los daños existenciales a causa del *stress* derivado del disfrute vacacional frustrado. (Alma R. G.)

MOTTOLA, F.: «Danni di trasportato: applicabilità dell' art. 2054, comma 1º, cod. civ., e natura di eccezione in senso lato dell' art. 1227, comma 1º, cod. civ.», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1365-1369.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad del conductor por las lesiones causadas al sujeto que transporta en su vehículo. (Alma R. G.)

NADLER, J.: «What Right Does Unjust Enrichment Protect?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2008, vol. 28, núm. 2, pp. 245-275.

Reflexiona sobre la definición del derecho cuya infracción da lugar a la aplicación de las reglas sobre enriquecimiento sin causa o injusto en el Derecho del *Common Law*. El enriquecimiento injusto constituye una categoría de responsabilidad distinta de la derivada de la comisión de un ilícito civil (*tort*) o del incumplimiento de un contrato. Sin embargo, los autores y los Tribunales son poco precisos cuando intentan señalar los presupuestos que deben concurrir para que exista un enriquecimiento injusto. Un ejemplo sería el de la *Supreme Court* de Canadá, cuya posición al respecto es tan flexible que acaba dando la impresión de que resuelve lo que le parece en cada momento. Para corregirlo, hay que definir la naturaleza del derecho que está en la base del enriquecimiento injusto. A juicio de la autora, el enriquecimiento injusto permite que la víctima defienda su derecho a la autodeterminación, entendido como la realización de la capacidad para vivir conforme a objetivos escogidos por uno mismo. El enriquecimiento injusto protegería ese derecho en situaciones en que las reglas jurídicas del Derecho de cosas o del Derecho de contratos lo ponen en riesgo. (A. R. G.)

NEYRET, L.: «La Cour de cassation neutralise l' obligation d' information de certains professionnels», *RD*, 2008, núm. 12, pp. 804-808.

Refuerzo de la obligación de información de los profesionales frente al derecho común de los particulares según dos casos de la Corte de Casación de 8 de noviembre y 6 de diciembre de 2007. (*I. S. P.*)

O'SULLIVAN, J.: «Employer's Liability for Injured Employee's Suicide», *Cambridge L. J.*, 2008, vol 67, núm. 2, pp. 241-244.

Comentario a la sentencia de la *House of Lords* inglesa *Corr v. IBC Vehicles Ltd.* [2008] UKHL 13, [2008] 2 W. L. R. 499. La sentencia resuelve el caso de un trabajador (Mr. Corr) que, como consecuencia de un accidente laboral, sufrió graves daños en el oído izquierdo. Las lesiones requirieron diversas y dolorosas intervenciones quirúrgicas, que dejaron importantes secuelas, y que provocaron en el trabajador estrés post-traumático y una depresión grave. Tras un primer intento de suicidio, la víctima fue internada en un hospital psiquiátrico, pero eso no impidió que seis años después del accidente, el trabajador se suicidara. Después del accidente, el trabajador había interpuesto contra el empresario una demanda de reclamación de los daños y perjuicios sufridos, que fue continuada por su esposa al fallecer aquél, y por la que percibió la correspondiente indemnización al apreciarse la responsabilidad del empresario. Sin embargo, tras el fallecimiento, la esposa interpuso *iure proprio* una demanda en reclamación de los daños derivados del suicidio de su esposo. El empresario opuso que el suicidio no era una consecuencia razonablemente previsible del accidente sufrido, por lo que no se le podía imputar objetivamente. El juzgado de primera instancia asumió este argumento y rechazó la demanda, que fue, en cambio, admitida por la *Court of Appeal* y por la *House of Lords*. Según el razonamiento seguido por la *House of Lords*, la enfermedad psiquiátrica sufrida por el trabajador era una consecuencia razonablemente previsible del accidente, y el suicidio no fue más que una consecuencia grave de dicha enfermedad. (*J. S. F.*)

PAIN, B./SAINSARD, H.: «Loyers d'hôtels: du taux d'occupation au revpar et du pourcentage sur recette au gop», *GP*, 2008, núm. 188-190, pp. 7-10.

Principios generales de fijación del precio de los arrendamientos de hoteles según las clases de explotación hotelera. Nuevo método de fijación frente al tradicional. Ventajas. (*I. S. P.*)

PARINI, G. A.: «Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: i genitori sempre devono essere chiamati a rispondere?», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 238 a 258.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione*, *Sez. III*, de 10 de mayo de 2007 (núm. 9509).

En el caso concreto un menor de edad (doce años) viaja a Palermo sin el permiso de sus padres, entra sin autorización en un Club de Tennis, comienza a jugar sin control alguno y golpea a otro menor en la cara con una raqueta.

El Alto Tribunal declara la responsabilidad de los padres fundamentando su decisión en el art. 2048 CC italiano. En concreto, considera que existe culpa *in educando* e *in vigilando*. El comentario se detiene en el contenido y el significado exacto del deber de educar y de vigilar. La autora pone también de manifiesto que a pesar de tratarse de una responsabilidad subjetiva, en la práctica, las reglas de la carga de la prueba conducen a que en este tipo de responsabilidad rijan el sistema de *res ipsa loquitur*. (*B. F. G.*)

PEARCE, D./HALSON, R.: «Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication», *Oxford J. Leg. Stud.* 2008, vol 28, núm. 1, pp. 73-98.

Los autores del artículo sostienen que a las funciones atribuidas tradicionalmente a la indemnización de los daños derivados del incumplimiento contractual (función compensatoria y, en su caso, función de restitución al demandante de las ganancias obtenidas por el demandado) debería añadirse otra más, que califican como “función vindicativa” o de reconocimiento de un derecho. Hablan entonces de “daños vindicativos” (*vindictory damages*), como aquellos que tienen como fin reconocer al demandante el derecho al cumplimiento del contrato. (*J. S. F.*)

PETERS, F.: «Verjährungsfristen bei Minderung und mangelbedingtem Rücktritt», *NJW*, 2008, núm. 3, pp. 119-121.

La adquisición de una cosa defectuosa da derecho al comprador a la resolución o a la minoración del precio. Una vez que tiene los derechos reconocidos, se plantea la cuestión de la prescripción de su acción de reclamación. (*M. P. G. R.*)

PICARDI, F.: «Le domande di risarcimento del danno tra coniugi nei procedimenti di separazione e divorzio», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1659-1677.

Comentario jurisprudencial acerca de la responsabilidad civil de un cónyuge hacia el otro por los daños ocasionados por el incumplimiento de los deberes conyugales, en concreto, del deber de fidelidad. (*Alma R. G.*)

PINORI, A.: «Internet e responsabilità civile per il trattamento dei dati personali», *CI*, 2007, núm. 6, pp. 1565-1577.

Artículo sobre la protección de los datos personales en Internet: régimen de la responsabilidad por el tratamiento de los datos personales y prueba liberatoria. (*Alma R. G.*)

POISSONNIER, G.: «Office du juge en droit de la consommation: une clarification bienvenue», *RD*, 2008, núm. 19, pp. 1285-1291.

Estudio a propósito del nuevo artículo 141-4 del Código de consumo, poniendo en consonancia la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa con la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. (*R. A. R.*)

POLI, M. DE: «Gli effetti sul contratto di credito al consumo del recesso da un contratto concluso a distanza o a domicilio», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 15-24.

Análisis de las consecuencias jurídicas que tiene, sobre el contrato de crédito al consumo, el desistimiento unilateral de un consumidor de dicho contrato celebrado, o bien a distancia, o bien a domicilio. (*Alma R. G.*)

PONZANELLI, G.: «I danni punitivi», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 25-33.

Ejercicio de comparación entre el Ordenamiento jurídico italiano y los sistemas de *Common Law*: razones por las cuales los daños punitivos no pueden ser extrapolados a Italia. Posibles funciones de los daños punitivos. Los

daños punitivos en la jurisprudencia: ¿puede el juez conceder un resarcimiento que exceda del daño sufrido por la víctima? (*Alma R. G.*)

PRISCOLI, L. DELLE: «La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte», *CI*, 2008, núm. 6, pp. 1533-1564.

Artículo relativo a la complicada noción de consumidor. Análisis de figuras limítrofes al concepto de consumidor: el adquirente de un bien destinado a un único uso, en parte no profesional; el adquirente de un bien no típico de la profesión pero destinado a la misma; el adquirente de un bien para utilizar en una futura actividad de empresa; el sujeto no persona física; el cesionario de los derechos del consumidor y el empresario débil. (*Alma R. G.*)

PUCELLA, R.: «I difficili assetti della responsabilità medica (considerazioni in merito a Cass., n. 8826/2007 e 14759/2007)», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 445-459.

Artículo dedicado a la responsabilidad del profesional sanitario y la protección del paciente: intervenciones rutinarias y carga de la prueba. Intervenciones rutinarias frente a prestaciones de especial dificultad. Una nueva lectura de la carga de la prueba en materia de responsabilidad de los profesionales. (*Alma R. G.*)

RECINTO, G.: «La responsabilità dei c.dd. cessionari intermedi nella cessione del contratto di locazione contestuale al trasferimento d'azienda», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 221-235.

El artículo 36 de la Ley núm. 392 de 1978, que permite al arrendatario ceder el contrato de arrendamiento sin el consentimiento del arrendador siempre que se ceda también el negocio, prevé que, en caso de incumplimiento por el cesionario, el arrendador pueda dirigir su acción frente al cedente (salvo en el caso en que lo haya liberado).

En el caso concreto resuelto por la Sentencia de la *Corte di Cassazione*, *Sez. III*, de 20 de abril de 2007, núm. 9486, objeto del presente comentario, se habían producido sucesivas cesiones. La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿quién es el cedente legitimado pasivamente en caso de cesiones múltiples? El autor muestra su desacuerdo con la decisión del Alto Tribunal, que no considera aplicable a este tipo de supuestos los artículos 1406 ss. CC italiano, relativos a la cesión del contrato. (*B. F. G.*)

RICCIO, A.: «La presupposizione e, dunque, causa di recesso dal contratto», *CI*, 2008, núm. 1, pp. 11-32.

Artículo sobre la presuposición y los errores sobre los motivos en los contratos como causa de desistimiento del contrato. (*Alma R. G.*)

RÖHL, Ch./BOSCH, A.: «Musiktauschbörsen im Internet», *NJW*, 2008, núm. 20, pp. 1415-1420.

Los autores del artículo realizan una valoración jurídica del actual y muy abundante mercado de intercambio de música en Internet, mostrando el marco jurídico actual y los previsibles desarrollos futuros. (*M. P. G. R.*)

RÖSLER, H.: «Arglist im Schuldvertragsrecht. Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation», *AcP*, núms. 4/5, 2007, pp. 564-613.

Estudio sobre el dolo contractual tras la reforma alemana del Derecho de obligaciones. El dolo tiene relevancia en dos ámbitos fundamentales: por un lado, como causa de impugnabilidad del negocio jurídico y, por tanto, también del contrato; por otro, en materia de responsabilidad por incumplimiento, puede alargar el plazo de prescripción de las acciones en la compraventa y el contrato de obra (§§ 438.III.1 y 634a.III.1 BGB), impedir la aplicación de los acuerdos de exención de responsabilidad, o incluso de las normas que así lo prevén (p. ej., en la venta en pública subasta como consecuencia de un proceso de ejecución, § 445 BGB). (*M. G.-R.*)

— «Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law», *ERPL*, núm. 4, 2007, pp. 483-513.

El artículo analiza cómo los contratos pueden ser resueltos o modificados en Derecho alemán, inglés y francés en respuesta a acontecimientos imprevistos (la llamada doctrina de la imprevisión, cláusula *rebus sic stantibus*). También se estudian las soluciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales. (*M. G.-R.*)

RÜHL, G.: «Die Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche», *AcP*, núms. 4/5, 2007, pp. 614-650.

Tras la reforma alemana del Derecho de obligaciones, el plazo general de prescripción es de tres años (§ 195 BGB); este plazo comienza a contarse bien desde el final del año en que la pretensión surge, bien desde que el acreedor tiene conocimiento de las circunstancias que fundamentan su pretensión y de la persona del deudor (§ 199.I.1 y 2 BGB). Sin embargo, en materia de compraventa, el § 438 BGB prevé un plazo de dos años, que comienza con la entrega del bien inmueble o mueble. La autora critica esta regulación, que va contra la intención del legislador de armonizar los plazos de prescripción, porque tiene una «fuerza que puede hacer estallar el sistema», especialmente en lo que se refiere a la distinción entre daños *iniciales* y daños *consecuenciales*. (*M. G.-R.*)

SABBATELLI, I.: «Deniego di rinnovo di polizza per la responsabilità civile auto e informazione all'assicurato», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 158-165.

En tema de seguro de responsabilidad civil en materia de daños por accidentes de circulación, en el momento en que la compañía aseguradora comunique al asegurado el vencimiento de su póliza, debe comunicarle también la tarifa a la que puede renovar el contrato. (*Alma R. G.*)

SACHS, K./HILBIG, K.: «La portée du contrôle exercé par les tribunaux étatiques allemands sur les sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence», *GP*, 2008, núm. 184-185, pp. 3-14.

Control estricto de respeto al orden público en las decisiones sobre derecho de la competencia de los tribunales alemanes. (*I. S. P.*)

SACHS, N.: «Beyond the Liability Wall: Strengthening Tort Remedies in International Environmental Law», *UCLA L. R.*, abril 2008, vol. 55, pp. 837-904.

En las últimas décadas se han realizado muchos esfuerzos en el ámbito internacional para que las víctimas de daños medioambientales de carácter transfronterizo puedan obtener una indemnización. Esos esfuerzos se ponen de manifiesto en la negociación de decenas de convenios internacionales sobre la materia, que contienen reglas de responsabilidad civil por daños de ese tipo. Sin embargo, la verdad es que sólo algunos de esos convenios han llegado a entrar en vigor, mientras que la mayoría ni siquiera han sido adoptados finalmente. Las razones de tan problemática situación pueden encontrarse con la ayuda de un modelo teórico propio de la ciencia política, aplicado a las negociaciones de convenios sobre responsabilidad. Primero, los intereses de los países desarrollados están en conflicto con los de los países en vías de desarrollo. Segundo, las negociaciones tienen costes de transacción muy elevados, mientras que el beneficio eventual resultante de la aprobación del convenio en cuestión se presume reducido. Finalmente, las propuestas de convenios contienen reglas demasiado gravosas para algunos Estados. En conclusión, para que puedan endurecerse los regímenes de responsabilidad civil por daños medioambientales de carácter transfronterizo es preciso que se altere el contenido de los convenios de responsabilidad y que se cambie el proceso de su negociación. (A. R. G.)

SALOMONS, A. F.: «Deformalisation of Assignment Law and the Position of the Debtor in European Property Law», *ERPL*, núm. 5, 2007, pp. 639-657.

El artículo se centra en cómo la desformalización, tal y como se practica en muchos países europeos desde 1987, ha cambiado la regla general sobre cesión de créditos (*assignment*) o ha llevado a la introducción de nuevas formas; esto ha sido hecho sobre todo para acomodarse a ciertos instrumentos financieros. También se hace referencia a la Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, de 2001. La conclusión del autor es que la desformalización no ha perjudicado la posición del deudor. (M. G.-R.)

SCHUHMAN, R.: «Formularverträge im Grenzbereich von Kauf - und Werkvertragsrecht», *JZ*, 2008, núm. 3, p. 115.

La reforma del Derecho de obligaciones alemán ha modificado la configuración tradicional de los contratos de compraventa y de obra. El artículo examina los problemas de calificación y de determinación del régimen jurídico aplicable en supuestos fronterizos entre estos dos tipos contractuales (B. T. G.)

SCHWARZE, R.: «“Steht y fällt” – Das Rätsel der relativen Fixschuld», *AcP*, núms. 4/5, 2007, pp. 437-455.

La doctrina alemana suele distinguir entre término esencial absoluto y relativo. En ambos casos, una vez llegado el momento fijado el acreedor ha perdido todo interés en la prestación, si bien en la absoluta es de todo punto imposible cumplirla y en la relativa es todavía posible realizarla. Para el autor, en cambio, el término esencial absoluto supone que en el incumplimiento en la fecha o momento señalado cabe dar por perdido el interés del acreedor con certeza o con una seguridad rayana en la certeza, mientras que

en la relativa la pérdida de interés es sólo bastante probable (*überwiegend wahrscheinlich*), de ahí que se permita también la resolución contractual por el acreedor sin ulterior concesión del plazo (§ 323.II.2 BGB). (M. G.-R.)

SCORDATO, M. R.: «Understanding the Absence of a Duty to Reasonably Rescure in American Tort Law», *Tulane L. Rev.* 2008, vol. 82, pp. 1447-1503.

Análisis de las razones por las cuales el Derecho de la responsabilidad civil norteamericano no impone un deber general de socorrer razonablemente a terceros que se hallen en peligro. Según el autor, esta regla es la consecuencia lógica en el ámbito de la responsabilidad civil de las teorías de Locke y Hume relativas al individuo y al Estado. Además —en opinión de SCORDATO— el establecimiento de un deber general de esta naturaleza generaría mayores costes que beneficios. Por todo ello, el autor desarrolla al menos siete argumentos que aconsejan mantener el criterio tradicional y no imponer un deber general de socorrer a otros. (J. S. F.)

SELLA, M.: «Verso la crisi del sistema tabellare?», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1335-1340.

Comentario jurisprudencial sobre los criterios de valoración del daño biológico. (*Alma R. G.*)

SGANGA, C.: «La Cassazione e l'art. 2059 cod. civ.: prove generali di quadratura del cerchio», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 294-301.

Comentario jurisprudencial sobre la prueba del daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

SHEPHERD, J. M.: «Tort Reforms' Winners and Losers: The Competing Effects of Care and Activity Levels», *UCLA L. R.*, abril 2008, vol. 55, pp. 905-977.

En las últimas décadas y de forma reiterada, el Derecho de la responsabilidad civil en materia de mala praxis médica ha sido objeto de reforma en los Estados Unidos de América, tanto en distintos Estados como en relación con el Derecho federal. Las reformas han dado pie a un amplio debate, en el cual tercia la autora con reflexiones de Análisis Económico del Derecho. A su juicio, esas reformas influyen sobre las tasas de mortalidad causada por ese tipo de mala praxis. Debido al hecho de que las reformas afectan al nivel de cuidado exigible o bien al nivel de actividad, algunas de ellas producen un incremento en la tasa de mortalidad, mientras que otras reformas simplemente la disminuyen. Asimismo, una reforma adoptada en un Estado puede producir un incremento en la tasa de mortalidad en Estados distintos a aquel en que la reforma se introdujo. Finalmente, las reformas en este campo del Derecho perjudican a las mujeres de una forma desproporcionada, lo que incluye un aumento en la tasa de mortalidad femenina. El artículo propone varios cambios en las reformas analizadas, con el objeto de que se minimicen los efectos indeseados de éstas. (*A. R. G.*)

SILLARD, G. A.: «L'homologation dans la distribution amiable du prix de vente d'un immeuble saisi», *RD*, 2008, núm. 26, pp. 1783-1785.

Problemas sobre la homologación de la distribución amistosa del precio de un inmueble embargado. Análisis de su naturaleza jurídica. (R. A. R.)

STEEL, J.: «*Pleural Plaques in the House of Lords: The implications for Page v. Smith*», *Cambridge L. J.*, 2008, vol 67, núm. 1, pp. 28-30.

Comentario a la sentencia de la *House of Lords* inglesa *In re Pleural Plaques* [2007] UKHL 39. En esta sentencia, el alto tribunal inglés señaló que el desarrollo de placas pleurales asintomáticas como consecuencia de la exposición al amianto no constituye daño resarcible, por más que derive en ansiedad por la posibilidad de contraer en el futuro cáncer o asbestosis. El comentario se centra, sin embargo, en la consideración como irresarcible del daño consistente en la depresión que padecía uno de los demandantes. La autora critica el razonamiento empleado por el tribunal para rechazar la indemnización, que pasaría por revisar la regla expresada en *Page v. Smith* [1996] A.C. 155 y según la cual, en casos de daño corporal, resulta improcedente distinguir entre daño físico y psíquico a los efectos de la previsibilidad del daño. (J. R. I.)

STOFFEL-MUNCK, Ph.: «Responsabilité civile», *SJ*, 2008, núm. 11, p. 125.

Esta crónica cubre la actualidad entre julio y diciembre de 2007, a la notable excepción del Convenio de Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*vid.* en bibliografía). Para el resto, se destacan algunas decisiones limitando el concepto de perjuicio, una interesante proyección de la responsabilidad para riesgo de daño y una mala sorpresa para los aseguradores de responsabilidad de un funcionario culpable que se beneficiará de la inmunidad extraída de la jurisprudencia Costedoat. Del lado de la responsabilidad contractual, el interés de las cláusulas restrictivas de responsabilidad parece de nuevo ilustrarse. (R. A. R.)

STORME, M. E.: «Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law», *ERPL*, núm. 2, 2007, pp. 233-250.

El artículo discute la posición y función de las reglas europeas comunes respecto de las normas imperativas y dispositivas de Derecho contractual, y analiza las distintas técnicas que restringen la absoluta libertad contractual. (M. G.-R.)

TIEDTKE, K.: «Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Kaufrechts – Teil 1» “Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Kaufrechts – Teil 2», *JZ*, 2008, núm. 8, p. 395, y núm. 9, p. 452.

Estos artículos recogen la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* en materia de compraventa desde el 1 de enero de 2002. (B. T. G.)

TOMASIN, D.: «Faut-il supprimer la garantie intrinsèque dans la vente en l'état futur d'achèvement?», *RDim*, 2008, núm. 4, pp. 187-203.

La protección de los arrendatarios de vivienda mediante la garantía de terminación del inmueble. Nuevos tipos de garantía y la desconfianza en el tráfico jurídico. (R. A. R.)

TOSCANO, D.: «Danno da limitazione nel godimento di un bene e criteri di quantificazione», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1347-1350.

Comentario jurisprudencial sobre la cuantificación del daño producido al propietario de un bien a causa de la falta o reducida utilización de dicho bien. (*Alma R. G.*)

VISINTINI, G.: «La responsabilità dello Stato da ingiusto processo», *CI*, 2008, núm. 1, pp. 111-119.

Responsabilidad de la Administración por la existencia de un proceso injusto. (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2008, núm. 181-183.

Análisis sobre la igualdad de las partes en el arbitraje. El arbitraje internacional y la nacionalidad del árbitro. (*I. S. P.*)

ZENKER, W.: «Geltendmachung der Insolvenz- und der Gläubigeranfechtung», *NJW*, 2008, núm. 15, pp. 1038-1042.

Las instituciones de la insolvencia individual y colectiva tienen un inmenso significado práctico. Este artículo da una panorámica general de algunos de los problemas que suscitan las reclamaciones en el seno de dichas instituciones. (*M. P. G. R.*)

ZUGEHÖR, H.: «Uneinheitliche Rechtsprechung des BGH zum (Rechtsberater-) Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter», *NJW*, 2008, núm. 16, pp. 1105-1110.

El autor pone de manifiesto la heterogénea jurisprudencia existente en el BGH sobre el contrato de asesoría jurídica (abogados, asesores fiscales y financieros y sus sociedades) cuando tiene efectos de protección frente a terceros. (*M. P. G. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALLEGRO, K.: «Prelazione urbana e alienazione di quota dell'immobile locato», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 236-241.

Comentario jurisprudencial sobre el ejercicio del derecho de adquisición preferente en caso de venta de una cuota del inmueble arrendado. (*Alma R. G.*)

ARMGARDT, M.: «Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers abhanden gekommener Sachen in den europäischen Rechtsordnungen und das quotale Lösungsrecht», *ZEuP*, núm. 4, 2007, pp. 1006-1019.

Trabajo comparativo sobre la reivindicabilidad de los bienes muebles perdidos, hurtados o robados. A la vista de la disparidad de criterios de los distintos ordenamientos europeos –desde la protección total del propietario originario hasta la del adquirente de buena fe, sin restricciones–, el autor propone una solución intermedia consistente en la reivindicabilidad del antiguo dueño pagando al adquirente de buena fe la mitad del precio de adquisición. Interesantes referencias bibliográficas sobre el supuesto origen «germánico» de la protección del adquirente. (*M. G.-R.*)

BERTOTTO, A.: «Osservazioni in tema di convocazione dell'assemblea in caso di morte di un condomino», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1309-1314.

Análisis de todas las modalidades en las que puede convocarse la Junta de propietarios de un inmueble en caso de fallecimiento de uno de los copropietarios. (*Alma R. G.*)

BOITUZAT, A.: «Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux», *RDIm*, 2008, núm. 6-7, pp. 313-325.

Análisis a propósito del artículo 58 de la Ley 2005-882 de 2 de agosto para preservar la diversidad comercial al nombre del interés general. Mecanismos legales para lograrlo. (*I. S. P.*)

CARON, Ch.: «Droit de la propriété intellectuelle», *SJ*, 2008, núm. 26, p. 158.

La presente crónica anual comenta las decisiones importantes que han podido señalar el derecho de la propiedad intelectual durante el periodo que se extiende desde el 1 de julio de 2007 al 1 de julio de 2008, en particular, sobre los siguientes temas: arraigo de los derechos de propiedad intelectual en los derechos fundamentales, responsabilidad de los lugares comunitarios, arbitrabilidad de los litigios de patentes, caducidad por defecto de explotación y primeras aplicaciones de la ley de 29 de octubre de 2007 de lucha contra la falsificación que no se comenta aquí (*vid. JCP G 2007, I, 205*). (*I. S. P.*)

CARUSO, M. A.: «Enforcement dei diritti della proprietà intellettuale e globalizzazione», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 2, pp. 181-213.

Artículo sobre los derechos de propiedad intelectual en la economía global. (*Alma R. G.*)

ERCOLANI, S.: «Una sommessà riflessione sul diritto d'autore all'epoca della convergenza (seconda parte)», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 1, pp. 1-20.

Tras la primera parte del artículo, que estudió las opciones posibles y las orientaciones de la oferta audiovisual en el marco de la convergencia entre medios y telecomunicación, en esta segunda parte se analizan las variantes de la producción: de la interacción a la interactividad; Web 2.0.; producción audiovisual y *User generated content*; la desintermediación (de la *Street TV* a *You Tube*). (*Alma R. G.*)

ESPOSITO, F.: «Diritto all'installazione di antenne ed esigenze di rispetto della proprietà altrui», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 109-113.

Caso jurisprudencial que resuelve el problema de si cabe la instalación de antenas sobre la terraza de propiedad exclusiva de uno de los copropietarios. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «L'Angelo Azzurro nella pubblicità- La tutela dell'immagine», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 2, pp. 214-217.

La explotación, con fines publicitarios, de la notoriedad de los actores, artistas y deportistas. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Biografie e opera biografica. Quale protezione?», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 1, pp. 21-25.

Una biografía como objeto del derecho de autor. Responsabilidad por la utilización no consentida de partes de una biografía. (*Alma R. G.*)

FUSARO, A. N.: «La soggettività del condominio nel diritto francese», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 11-14.

Estudio sobre la naturaleza jurídica de la copropiedad inmobiliaria en el Ordenamiento francés. (*Alma R. G.*)

GALLI, C.: «Paternità e “non paternità” delle opere dell’arte figurativa tra diritti morali e interessi patrimoniali», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 1, pp. 56-62.

Artículo relativo a la dificultad de la prueba de la paternidad de la obra de arte figurativa. (*Alma R. G.*)

GHIDINI, G.: «Upgrading Trade Secrets as IRPs: a recent break through in Italian Ip Law», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 2, pp. 117-132.

Artículo relativo a la tutela jurídica de los secretos de empresa, materia normalmente ubicada dentro del marco de la competencia desleal. Con la promulgación del Código de Propiedad Industrial el legislador ha reforzado la tutela del secreto industrial, haciéndolo objeto de una protección real: exclusiva y absoluta, expresamente distinta de aquella contra la competencia desleal. (*Alma R. G.*)

JESU, G.: «Mancato pagamento del prezzo e sorte del contratto intervenuto tra prelazionante e proprietario venditore», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1316-1319.

Consecuencias jurídicas que tiene sobre el contrato la falta de pago del precio por parte del que ejercita su derecho de adquisición preferente. (*Alma R. G.*)

KRIEF-SEMITKO, C.: «L’article 2276 (ancien art. 2279) du code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l’ordonnance du 23 mars 2006», *GP*, 2008, núm. 240-241, pp. 5-17.

Análisis de la función traslativa y de publicidad de la posesión de bienes muebles. Cambio con la reforma y regulación de la prenda de bienes muebles corporales sin posesión. El problema de la oponibilidad *erga omnes* en el artículo 2276 CC. (*R. A. R.*)

MAGNANI, P.: «Proprietà intellettuale ed esposizioni: dal *concept* al *progetto*», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 2, pp. 164-180.

La creación de una exposición de arte como obra del ingenio. Las analogías existentes con la protección del *format* de programas televisivos. La titularidad de los derechos sobre el proyecto de la exposición. (*Alma R. G.*)

MENOZZI, L.: «Opere cinematografiche in cerca d’autore», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 1, pp. 26-33.

Análisis de la duración de la protección de la obra cinematográfica. (*Alma R. G.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Droit des biens», *SJ*, 2008, núm. 12, p.127.

Un determinado número de decisiones importantes se produjeron el último semestre. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos declaró la usucapión conforme al artículo 1 del primer protocolo (prot. adicional núm. 1, 20 de marzo de 1952). La primera sala civil se negó a considerar una ventaja fiscal como una fruta o una renta, mientras que la tercera sala admitía que un derecho de disfrute privativo sobre una parte común de un edificio en copropiedad podía ser objeto de una usucapión. (*I. S. P.*)

PINNA, A.: «La mobilisation de la créance indemnitare», *RTDC*, 2008, núm. 2, pp. 229-248.

Estudio sobre la movilidad del derecho de crédito a percibir una indemnización, como bien susceptible de tráfico. (*I. S. P.*)

POJAGHI, A.: «Sincronizzazione ed esclusività del diritto di riproduzione», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 2, pp. 250-252.

Nota a la sentencia del Tribunal de Roma de 3 de febrero de 2007 sobre la sincronización de productos fonográficos y el derecho a la compensación del productor. (*Alma R. G.*)

RAVEL D'ESCLAPON, T.: «L'hypothèque, une sûreté décidément bien en vue», *RD*, 2008, núm. 29, pp. 2021-2024.

Vista positiva de la hipoteca como garantía crediticia en Francia. Evolución hacia el modelo anglosajón y sus consecuencias. Tendencia política. (*R. A. R.*)

SPINDLER, G.: «Reform des Urheberrechts im Zweiten Korb», *NJW*, 2008, núm. 1-2, pp. 9-16.

Reforma del derecho de autor. El 1 de enero de 2008 entró en vigor la segunda ley sobre la regulación del derecho de autor en la sociedad de la información, ley que en su artículo 1 modifica la Ley de derecho de autor en varios puntos. El autor de esta contribución presenta las nuevas reglas prestando atención, entre otros asuntos, al tema de la prohibición de disponer sobre modalidades de explotación desconocidas, las modificaciones del movimiento *Open-Source*. (*M. P. G. R.*)

STRUILLOU, J. F.: «Le droit de préemption urbain à la croissé des chemins», *RDIm*, 2008, núm. 6-7, pp. 304-312.

Estudio a propósito de un dictamen del Consejo de Estado sobre la posibilidad de reforma del tema, atendiendo a las exigencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. (*I. S. P.*)

WELLER, M.: «Die Umsetzung der Folgerechtsrichtlinie in den EG-Mitgliedstaaten: Nationale Regelungsmodelle und europäisches Kollisionsrecht», *ZEuP*, núm. 2, 2008, pp. 252-288.

El Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron en 2001 una Directiva relativa al Derecho de Participación en Beneficio del Autor de una Obra de Arte Original, derecho de participación llamado *droit de suite* o *Folgerecht*. La propia conveniencia del derecho es discutida, pues se argumenta que el incremento del valor de mercado de obras artísticas es fruto en no

pequeña medida de las inversiones de los intervinientes en el mercado del arte, como las galerías comerciales. Además, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, se pone en duda que este derecho de participación redunde en beneficio de los propios artistas.

Por otra parte, la Directiva europea ha sido implantada en los distintos Estados de forma diversa, sin que a la vez se hayan promulgado normas de conflicto comunes, lo que plantea no pocos problemas (*M. G.-R.*)

ZINCONE, A.: «La nozione di originalità del *software* alla luce delle ultime pronunce della cassazione: come salvare la creatività?», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 1, pp. 69-79.

La Corte de Casación, en la sentencia de 12 de enero de 2007, interviene de nuevo sobre el problema de la determinación del nivel mínimo de originalidad requerido para la protección del *software* en cuanto obra del ingenio. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

BARRIÈRE-BROUSSE, I./ LARDEUX, G.: «La révision du règlement Bruxelles II bis»: perspectives communitaires sur les désunions internationales», *RD*, 2008, núms. 10 y 12, pp. 625-630 y 795-799.

Estudio sobre las modificaciones legales en materia de reglas de competencia directa en el Reglamento de la CE núm. 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Introducción de reglas comunitarias en materia de desunión. (*R. A. R.*)

BIANCHINI, D.: «Matrimonio per telefono e ricongiungimento familiare: il Tribunale di Milano asserisce la validità del vincolo “telefonico”», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 155-164.

La sentencia del Tribunal de Milán de 2 de febrero de 2007 ha afirmado la validez, a los fines de permitir la reagrupación familiar, del matrimonio celebrado en el extranjero, vía teléfono, entre dos ciudadanos de Pakistán. (*Alma R. G.*)

— «Brevi riflessioni critiche sull’inammissibilità della trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1956-1966.

Artículo que analiza la inscripción *post mortem* del matrimonio eclesiástico, en cuanto ubicado, desde el punto de vista temático, en la cuestión más amplia de las inscripciones tardías. (*Alma R. G.*)

BORN, W.: «Das neue Unterhaltsrecht», *NJW*, 2008, núm. 1-2, pp. 1-8.

«El Nuevo derecho de alimentos». El 1 de enero de 2008 entró en vigor la nueva ley de modificación del derecho de alimentos. El legislador alemán se ha propuesto como objetivo fortalecer el interés del niño y la autorresponsabilidad postmatrimonial y simplificar el derecho de alimentos. Pero también tuvo que hacerse eco de la resolución del BVerfG según la cual la madre de un hijo extramatrimonial y la de un hijo extramatrimonial han de ser tratadas de modo igual en el marco del derecho de mantenimiento. Esta contribución da

una visión general de las principales modificaciones de la nueva ley y de su aplicación en la práctica. (*M. P. G. R.*)

BORTH, H.: «Private Altersvorsorge und Unterhalt», *NJW*, 2008, núm. 6, pp. 326-330.

Este artículo plantea la relación entre los crecientes seguros privados de previsión para la vejez y para el caso de invalidez y su influencia en la fijación del eventual derecho de alimentos. (*M. P. G. R.*)

BRIGNONE, C./TARDIA, I.: «Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 1-67.

Estudio sobre la validez de los acuerdos patrimoniales entre cónyuges en previsión de un posible futuro divorcio.

Tras un análisis histórico, que arranca en el Derecho romano, los autores ofrecen un panorama de Derecho comparado, para centrarse finalmente en el Ordenamiento jurídico italiano. Del mismo exponen la situación jurisprudencial, que con argumentos dudosos combate la validez de dichos acuerdos, así como la doctrinal, favorable mayoritariamente a ellos.

Los autores del artículo interpretan la voluntad del legislador en el sentido de otorgar validez a los acuerdos que presentan los cónyuges en la demanda de divorcio de mutuo acuerdo; sin embargo, a su juicio, dichos acuerdos son preliminares hasta el momento en que se dicta la sentencia. Ésta constituye el mecanismo de control de su validez. En las últimas páginas se analizan algunos posibles contenidos de este tipo de acuerdos como, a título de ejemplo, los relativos a la asignación de la vivienda familiar. (*B. F. G.*)

CANONICO, M.: «La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: problemi attuali e prospettive future», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 407-447.

Artículo sobre la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

CHEYNET DE BEAUPRÉ, A.: «Homme et femme il les créa», *Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*, *RD*, 2008, núm. 18, pp. 1216-1223.

La búsqueda de la igualdad en el ámbito del Derecho de familia como una constante. Existencia de desigualdades jurídicas y naturales. La tendencia del legislador. (*R. A. R.*)

DANOVI, F.: «L'affidamento condiviso: le tutele processuali», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1883-1929.

Análisis de los aspectos procesales de la custodia compartida de menores en la nueva Ley n. 54 del 2006: en concreto, discusión acerca de la competencia del Tribunal de Menores para conocer de la regulación del ejercicio de la potestad y custodia de los hijos nacidos fuera del matrimonio. (*Alma R. G.*)

— «Il concorso tra nullità civile e nullità canonica del matrimonio (ovvero, quando l'uomo non osa separare ciò che anche Dio ha sciolto)», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1563-1578.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 7 de marzo de 2006 sobre la reserva de jurisdicción de los tribunales eclesiásticos en materia matrimonial. (*Alma R. G.*)

DETHLOFF, N.: «Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität. Perspektiven für die Forschung», *ZEuP*, núm. 4, 2007, pp. 992-1005.

Artículo breve y muy superficial sobre los problemas que el continuo trasiego de personas dentro de la Unión Europea plantea tanto desde el punto de vista del Derecho de Familia como el Hereditario. Se defiende la necesidad de la unificación de las normas de Derecho internacional privado, así como una aproximación de los Derechos materiales de los distintos Estados. (*M. G.-R.*)

FERRANDO, G.: «Le prove biologiche nell'accertamento della filiazione», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 26-30.

Pruebas de paternidad, verdad biológica y principio de responsabilidad en la procreación. (*Alma R. G.*)

FREZZA, G.: «Sull'effetto "distintivo" e non "traslativo" della separazione ex art. 2645-ter c.c.», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 188-204.

Comentario jurisprudencial acerca de los acuerdos de los progenitores tras la separación y el divorcio, en concreto, se plantea la validez de la modificación de la obligación de mantenimiento de los hijos menores de edad, que consistía en el pago de una suma de dinero mensual y ahora se sustituye por la transmisión a la madre de algunos bienes muebles, cuyo titular es el padre. (*Alma R. G.*)

GALUPPI, G.: «L'affidamento condiviso», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 401-406.

Análisis de la Ley italiana n. 54 del 2006 sobre custodia compartida por los progenitores de los hijos menores de edad. (*Alma R. G.*)

GRANDEL, M.: «Unterhaltsberechnung bei gleichrangig berechtigten Ehegatten außerhalb des Mangelfalls», *NJW*, 2008, núm. 12, pp. 796-799.

El artículo plantea algunos problemas concretos que suscita la nueva regulación, en vigor desde el 1 de enero de 2008, del orden de preferencia de varios necesitados en el derecho de alimentos, en relación con la pretensión de alimentos de la madre o el padre separados o divorciados con motivo del nacimiento de un hijo. (*M. P. G. R.*)

GRAZIOSI, A.: «Ancora rallamenti sulla via della piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali: la Cassazione mantiene inalterata la competenza del Tribunale per i minorenni», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1627-1637.

Comentario a la Ordenanza de la Corte de Casación de 3 de abril de 2007 n. 8362: entre los problemas de interpretación suscitados por la Ley n. 54 del 2006 sobre custodia compartida de los hijos, está la posible superación de la competencia del Tribunal de Menores, a favor del Tribunal ordinario, para conocer las controversias que versan sobre la custodia de los hijos naturales. (*Alma R. G.*)

HERR, Th.: «Das Schmerzensgeld im Zugewinnausgleich», *NJW*, 2008, núm. 5, pp. 262-266.

Este artículo es un alegato frente a la toma en consideración del daño moral en la valoración de la compensación de las ganancias en caso de divorcio, dentro del régimen de participación. (*M. P. G. R.*)

LOMBARDO, S.: «Effetti ed implicazioni della l. n. 54 del 2006 secondo Cass. Orden. 3 aprile 2007 n. 8362», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1627-1643.

Comentario jurisprudencial acerca del problema consistente en la plena equiparación entre hijos legítimos e hijos naturales en la Ley n. 54 del 2006: el Tribunal Supremo italiano mantiene inalterada la competencia del Tribunal de Menores para conocer las controversias sobre custodia de hijos naturales. (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1677-1706.

Comentario jurisprudencial que analiza si la homosexualidad de uno de los progenitores es una circunstancia que excluya la regla general, establecida en la Ley n. 54 del 2006, consistente en la custodia compartida de los hijos menores tras la separación o el divorcio. (*Alma R. G.*)

MARINI, R.: «La tutela del minore tra formule legislative e decisioni giurisprudenziali», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 307-314.

Comentario jurisprudencial acerca de la libertad de decidir un cambio de residencia que tiene el progenitor que se ha quedado con la custodia de los hijos menores, cuando tal decisión impide al otro progenitor tener contactos frecuentes y estrechos con los menores. (*Alma R. G.*)

MURGO, C.: «Accordi tra coniugi separati e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. tra autonomia negoziale e segregazione patrimoniale nell'interesse della prole», *NGCC*, 2008, núm. 1, pp. 115-122.

Comentario jurisprudencial sobre la modificación de las condiciones pactadas en la separación en relación con la autonomía de los cónyuges: admisión o no de la nueva obligación de transmitir bienes, cuyo titular es uno de los cónyuges, a favor de la prole, como uno de los modos de satisfacer los deberes familiares. (*Alma R. G.*)

OBERTO, G.: «La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 367-400.

El régimen patrimonial de la familia en el Derecho comparado. En concreto, el análisis del régimen de comunión legal de bienes en el sistema italiano de Derecho Internacional Privado. Líneas de un futuro régimen patrimonial europeo de la familia. (*Alma R. G.*)

PALMERINI, E.: «Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 260-265.

Procreación asistida y enfermedades genéticas: ¿los cónyuges pueden rechazar la implantación de embriones enfermos? (*Alma R. G.*)

PARENTE, F.: «Le disposizioni in "forma indiretta" connesse alla morte», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 107-145.

El autor constata la crisis del testamento como único modelo de disposición de los bienes *mortis causa*, a través del análisis de negocios que de forma indirecta cumplen esa misma función. Ocupa un lugar especial a este propósito el *trust*, reconocido en el Ordenamiento jurídico italiano mediante la Ley de 16 de octubre de 1989 (núm. 364) que ratificó el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985. (B. F. G.)

PETERS, F.: «Die Verjährung in Familien- und Erbrecht. Eine exemplarische Fragestellung», *AcP*, núm. 1, 2008, pp. 37-68.

En la actualidad se discute en el *Bundestag* una Ley para la Modificación del Derecho Hereditario y la Prescripción (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrecht*, disponible en <http://dip21.bundestag.de/extrakt/ba/WP16/122/12223.html>, consultado 16-VII-2008). El artículo se centra en los preceptos que modifican la prescripción en el ámbito del Derecho de familia y hereditario, analizando su bondad. (M. G.-R.)

PRESTA, S.: «Eguaglianza di diritti tra figli legittimi e naturali: riflessioni a margine della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 1, pp. 204-209.

La sentencia del Tribunal Constitucional Italiano de 10 de febrero de 2006 (núm. 50) declaró inconstitucional el art. 274 CC italiano relativo a la acción de reconocimiento de filiación natural. Dicho precepto preveía reglas como la ausencia de motivación del juicio de admisibilidad de la acción o la imposibilidad de que ésta fuera recurrida.

La autora expone el largo camino recorrido hasta la declaración de inconstitucionalidad, que incluye desencuentros entre el Tribunal Supremo italiano y el máximo intérprete de la Constitución. Finaliza el artículo con algunas reflexiones en torno a la filiación natural en las que se pone de manifiesto el largo camino que queda por recorrer para lograr la efectiva igualdad entre hijos legítimos y naturales. (B. F. G.)

RAOUL-CORMEIL, G.: «Clonage reproductif et filiation; La chaîne des interdits», *SJ*, 2008, núm. 13, p. 128.

¿Cuál será la filiación del niño concebido por la técnica de la clonación reproductiva? Más allá de la respuesta que funde un análisis combinado de los textos del Código civil, del Código la Salud Pública y del Código penal, la cuestión está cargada de consecuencias: pone a prueba el concepto de filiación y nuestras concepciones de la identidad de la persona y la familia, todas las reflexiones que contribuirán al debate previo a la segunda revisión programada del derecho de la biomedicina. (I. S. P.)

RIECK, J.: «Kindesentführung und die Konkurrenz zwischen dem HKÜ und der EheEuGVVO 2003 (Brüssel II a)», *NJW*, 2008, núm. 4, pp. 182-184.

Secuestro internacional de menores y concurrencia entre el Convenio de la Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis.

El Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Bruselas II bis), en vigor desde el 1 de marzo de 2005, ha introducido un importante cambio para los Estados miembros en lo que atañe a la aplicación del Convenio de La Haya

sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980. Por un lado, el Reglamento crea un verdadero título ejecutivo en materia de resoluciones relativas a los derechos de visita del menor y a la orden de retorno dictada por una autoridad competente (arts. 40 ss.); la ejecutabilidad directa de este tipo de resoluciones altera significativamente la tipología de los secuestros. Por otro, el Reglamento hace que la que hasta ahora era «última decisión» en torno al retorno o no del menor desplazado por parte de las autoridades del Estado de recepción, ya no sea tal. Los interesados que volcaban sus esfuerzos judiciales en el proceso de devolución seguido ante los Tribunales del Estado al que había sido desplazado el menor (mecanismo del Convenio de la Haya) deben conocer que en la órbita del Reglamento, la última palabra puede tenerla el juez del Estado del que el menor fue desplazado. (*M. P. G. R.*)

RINALDI, F.: «Preliminare di vendita, diritti di credito: la problematica individuazione dell'oggetto della comunione legale», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 328-337.

Comentario jurisprudencial sobre la incierta naturaleza jurídica de la comunión legal de bienes entre los cónyuges. Crítica a la teoría de la comunión legal en cuanto hipótesis de copropiedad solidaria. (*Alma R. G.*)

SAPIO, A. DI: «Sulla pubblicità del regime patrimoniale tra coniugi stranieri», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1736-1795.

Comentario jurisprudencial sobre la publicidad del régimen patrimonial entre cónyuges extranjeros residentes en Italia, que han elegido la ley italiana y que, en consecuencia, han establecido acuerdos matrimoniales. (*Alma R. G.*)

SCIA, F.: «Miglioramenti della situazione economica dell'obligato successivamente al divorzio e revisione *in melius* dell'assegno», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1397-1401.

Comentario jurisprudencial que profundiza en el significado de la expresión «motivos legítimos», con el fin de examinar si en el caso concreto existen tales motivos para llevar a cabo la revisión de la pensión de divorcio. (*Alma R. G.*)

SIMLER, Ph.: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, 2008, núm. 21, p. 144.

Esta crónica cubre el segundo semestre de 2007 y el primer trimestre de 2008. Es necesario, en esta crónica, destacar una sentencia, es la dictada por la Corte de casación en materia de separación de bienes, el 12 de diciembre de 2007 (núm. 24). Con fundamento en el párrafo 3 del artículo 1469, aplicable por analogía a las relaciones entre esposos con separados de bienes, reconoce el aumento del patrimonio de un esposo por la industria personal del otro, generador de un crédito. Esta solución tiene lógicamente vocación aplicarse también en la comunidad. Hasta ahora, el Tribunal de casación siempre se había negado a reconocer un derecho a recompensa o un crédito en similar circunstancia. Merecen también resaltarse el paro de la Alta jurisdicción relativo a la donación que tiene por objeto una recompensa (núm. 19) y el del Tribunal de apelación de BuRDeos (núm. 12) que pone, contrariamente a lo que había juzgado el Tribunal de casación en el famoso asunto Picabia en 1971, en cuestión que las obras no divulgadas de un artista son bienes propios por naturaleza. (*I. S. P.*)

VANNI, D.: «Privacy e riconoscimento di figlio naturale: spunti comparatistici», *DFP*, 2007, núm. 4, pp. 1936-1955.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de febrero de 2006, sobre la simplificación del procedimiento civil dirigido al reconocimiento de los hijos naturales *ex* artículos 269 ss. del Código civil italiano, constituye un excelente ángulo desde el cual reflexionar acerca de la protección del derecho a la intimidad del progenitor tanto en el ordenamiento italiano como en el inglés. (*Alma R. G.*)

— «Privacy e procreazione medicalmente assistita: una indagine comparatistica», *DFP*, 2008, núm. 1, pp. 480-497.

El tema de la procreación asistida, examinado desde una perspectiva de Derecho comparado, genera un importante debate cultural en relación con el derecho a la intimidad: si debe protegerse el derecho a la intimidad de los donantes frente al derecho a conocer la propia identidad biológica. Análisis de diversos proyectos de reforma sensibles a la exigencia de tutela de la intimidad: la procreación médicamente asistida en el *Common Law*. Estudio del derecho a la intimidad del donante en el Reino Unido: *Embryology Act* de 1990. (*Alma R. G.*)

WEITZEL, W.: «Das Haager Adoptionübereinkommen vom 29.5.1993», *NJW*, 2008, núm. 4, pp. 186-190.

El Convenio de La Haya sobre protección del niño y adopción internacional de 29 de marzo de 1993. A propósito de la interacción entre las autoridades centrales.

El Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, entró en vigor para Alemania el 1 de marzo de 2003. El autor de este artículo pone de manifiesto de forma somera cuál es el mecanismo de cooperación entre autoridades diseñado por el Convenio para garantizar sus objetivos que no son otros que la tutela de los derechos de los niños. El autor destaca la idoneidad de este Convenio para implementar los mandatos de las Naciones Unidas sobre derechos del niño (1989), destacando sobre todo la clave de bóveda del art. 17c (ya en la última fase del proceso, sólo se procederá a la adopción cuando las autoridades del Estado de origen y del Estado de recepción estén de acuerdo en que siga el procedimiento) y pone de manifiesto las carencias en su puesta en práctica en Alemania, denunciando que sólo la mitad de las adopciones procedentes de Estados parte se tramitan correctamente a través del mecanismo de cooperación del Convenio, o la inadecuada actitud de los tribunales de tutela frente al reconocimiento de adopciones en relación con los Estados parte en el mismo Convenio. (*M. P. G. R.*)

WELLENHOFER, M.: «Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren», *NJW*, 2008, núm. 17, pp. 1185-1189.

La nueva ley alemana para la determinación de la paternidad independientemente del ejercicio de la acción de reclamación de la filiación ha entrado en vigor el 1 de abril de 2008. Con ella se ha introducido en el derecho a la determinación de la paternidad del BGB una acción para la investigación genética para la clarificación de la filiación biológica. El factor desencade-

nante de esta modificación fue la sentencia del BVerfG de 13 de febrero de 2007, que declaró lícito el test de paternidad secreto. (*M. P. G. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

MONACHE, S. DELLE: «Scenari attuali in materia di tutela del legittimario», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 57-69.

Características principales de la sucesión necesaria en el Ordenamiento jurídico italiano. El Ordenamiento jurídico italiano frente al Ordenamiento alemán en materia de legítimas. Las recientes reformas legislativas de la legítima. (*Alma R. G.*)

MUSCHELER, K.: «Das Vor- und Nachvermächtnis», *AcP*, núm. 1, 2008, pp. 69-100.

El BGB llama *Vorvermächtnis* y *Nachvermächtnis* al legado fideicomisario (cfr. art. 789 Cc español) por el que el causante dispone que una persona reciba un legado con la carga de que, llegado el acontecimiento o término fijado, el primer legatario ha de transmitir la cosa al segundo legatario. Por tanto, a juicio del autor, estamos ante un caso de sublegado. Además, la figura es un legado y no una sucesión hereditaria, de manera que entre el fiduciario y el fideicomisario sólo existe una relación obligatoria de transmitir, y no un paso automático de la propiedad de la cosa a la llegada del término fijado. (*M. G.-R.*)

SIEBER, H.: «Die Entwicklung des Erbrechts im Jahre 2007», *NJW*, 2008, núm. 20, pp. 1425-1430.

El artículo, cuyo autor se pronuncia por la conveniencia de las recientes reformas del Derecho de sucesiones y del impuesto de sucesiones, realiza una panorámica sobre la jurisprudencia de los tribunales superiores en materia sucesoria, mostrando los desarrollos actuales en este campo en cuestiones tales como la interpretación del testamento, en testamento entre cónyuges, la comunidad hereditaria, la renuncia a la sucesión, el derecho de legítima, la ejecución testamentaria, los problemas procesales del Derecho sucesorio y los seguros de vida. (*M. P. G. R.*)

VARIA

AUGSBERG, I./VIELLECHNER, L.: «Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem», *JuS*, 2008, núm. 5, p. 406.

Los autores examinan la vinculación positiva de los derechos fundamentales como un problema estructural. (*B. T. G.*)

BACHMANN, G.: «Optionsmodelle im Privatrecht», *JZ*, 2008, núm. 1, p. 11.

A partir de la distinción tradicional en el Derecho civil entre normas imperativas y normas dispositivas, el autor propone un modelo de opción como técnica de regulación en el Derecho privado. (*B. T. G.*)

BYK, Ch.: «Bioéthique: législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique», *SJ*, 2008, núm. 13, p.129.

Cuando la jurisprudencia sigue interpretando las cuestiones en suspenso o confirmando las consecuencias de los principios y elecciones formuladas por el legislador, el derecho de las ciencias de la vida debería volver a las fuentes. Esto viene impuesto no sólo por el vencimiento de la revisión de las leyes de bioética, sino también por preocupaciones sociales y políticas: la actualidad renovada de algunas cuestiones de bioética (clonación, eutanasia, maternidad para otros, OGM...), los nuevos métodos de gestión de las tecnologías sanitarias (el papel de las agencias) y, seguramente, la voluntad del Presidente de la República elegido en 2007 de reanudar la iniciativa de este debate. Esta crónica abarca el periodo febrero de 2007 a febrero de 2008. (R. A. R.)

DEGEN, Th.: «Mahnen und Klagen per E-Mail- Rechtlicher Rahmen und digitale Kluft bei Justiz und Anwaltschaft?», *NJW*, 2008, núm. 21, pp. 1473 ss.

El autor de este artículo se plantea una serie de cuestiones en torno a las posibilidades de la utilización de medios electrónicos para la interposición de reclamaciones, demandas o poderes, respondiéndose con ejemplos prácticos. (M. P. G. R.)

EIDENMÜLLER, H./FAUST, F./GRIGOLEIT, H. C./JANSEN, N./WAGNER, G./ZIMMERMANN, R.: «Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht», *JZ*, 2008, núm. 11, p. 529 ss.

Los autores valoran el proceso de elaboración del Marco Común de Referencia (DCFR) y exponen los problemas de codificación en el contexto comunitario. Su intención es tanto informar, como impulsar el debate crítico sobre el desarrollo y evolución del Derecho privado europeo. (B. T. G.)

GÁRDOS, P.: «Recodification of the Hungarian Civil Law», *ERPL*, núm. 5, 2007, pp. 707-722.

El Gobierno húngaro ha publicado en 2006 un primer proyecto de un nuevo Código civil para adaptarse a la nueva situación política. El autor se refiere a los aspectos más sobresalientes del proyecto. (M. G.-R.)

KAHL, W.: «Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 1» «Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 2», *JZ*, 2008, núm. 2, p. 74, y núm. 3, p. 120.

Estos trabajos recogen la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en materia de derecho medioambiental de los dos últimos años. (B. T. G.)

KÖRBER, T.: «Zivilrechtliche Fallbearbeitung in Klausur und Praxis», *JuS*, 2008, núm. 4, p. 289.

El autor propone una reflexión sobre la técnica de elaboración y resolución de casos de Derecho civil en el contexto del aprendizaje jurídico. (B. T. G.)

LAGIER, Ch.: «Droit de la chasse: chronique de l'année 2007», *GP*, 2008, núm. 228-232, pp. 4-11.

La evolución del derecho de caza en 2007 en cuanto a su organización e instituciones; práctica de la caza y gestión cinegética. (*I. S. P.*)

LINDNER, J. F.: «Individualrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht – Ein systematischer Überblick», *JuS*, 2008, núm. 1, p. 1.

El artículo analiza la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho comunitario, considerando la complejidad del doble sistema de protección jurídica en Europa; de una parte, la Corte europea, de otra, los Tribunales de los Estados miembros de la Unión. (*B. T. G.*)

VV. AA.: «Le Chine et le droit en 2008», *GP*, 2008, núm. 172-173.

Número especial sobre la evolución social, económica y jurídica de China. Reformas jurídicas, evolución de las profesiones jurídicas y de la realidad práctica. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2008, núm. 158-159.

Estudios diversos sobre la salud pública; bioética; Código deontológico de los profesionales médicos; protección social, etc. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit communautaire», *GP*, 2008, núm. 170-171.

Estudios diversos sobre las últimas tendencias del Derecho comunitario en materia de derechos humanos; Tratado de Lisboa; Justicia y seguridad; igualdad; etc. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2008, núm. 205-206.

Estudios sobre los juegos en red; la prueba en Internet; el dominio: su pérdida y recuperación; etc. (*I. S. P.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BARTOLOMUCCI, P.: «Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori», *CI*, 2007, núm. 6, pp. 1416-1429.

La incidencia de la normativa reguladora de las prácticas comerciales desleales sobre la normativa de los contratos de consumidores. Principio de transparencia y control formal del contrato. La noción de deslealtad de una práctica comercial como criterio de valoración sustancial. (*Alma R. G.*)

BÉLOT, F.: «L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante», *RD*, 2008, núm. 23, pp. 1569-1572.

Método de evaluación del perjuicio económico de una empresa atendiendo a la situación real y a la situación económica de la empresa. Teoría de pérdida de la suerte y sus consecuencias: principio de reparación integral. (*I. S. P.*)

LUCEY, M. C.: «EC Competition Policy: Emasculating the Common Law Doctrine of the Restraint of Trade», *ERPL*, núm. 3, 2007, pp. 419-431.

La autora se centra en la interrelación entre la política de Derecho de la competencia de la Comisión Europea y la doctrina del *Common Law* de la *restraint of trade*, según la que, como regla general, no son válidos los acuerdos privados de limitación de la actividad empresarial. El problema se ilustra con una resolución de la *English High Court* que debilita la doctrina clásica del *Common Law* por mor del Derecho europeo de la competencia. (*M. G.-R.*)

MONSÈRIÉ-BON, Mh./SAINT-ALARY-HOUIN, C.: «La loi de sauvegarde des entreprises: nécessité et intérêts d'une réforme annoncée», *RD*, 2008, núm. 14, pp. 941-943.

Estudio sobre la aplicación de la Ley de 26 de julio de 2005 por universitarios y prácticos del Derecho. Técnicas de prevención. Tendencia que ha de seguir el legislador en la nueva modificación. (*I. S. P.*)

RINALDI, F.: «Marchio di fatto e marchio registrato: una nuova prospettiva nella tutela dei consumatori», *NGCC*, 2008, núm. 2, pp. 41-56.

Análisis de las marcas de hecho desde la perspectiva legislativa y jurisprudencial. Analogía con la normativa de las cláusulas abusivas y de la publicidad comparativa: todas estas normativas poseen un común interés a realizar la protección del consumidor. (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Droit de la concurrente», *GP*, 2008, núm. 195-199.

Número especial sobre la legislación francesa y comunitaria, así como la jurisprudencia francesa y comunitaria en materia de competencia. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BACHMANN, G.: «Die Societas Europaea und das europäische Privatrecht», *ZEuP*, núm. 1, 2008, pp. 32-58.

El 8 de octubre de 2004 entró en vigor el Reglamento de la Unión Europea sobre la Sociedad Europea. A pesar de responder al sueño de muchos, el número de sociedades constituidas conforme al Reglamento es muy inferior al interés despertado en la doctrina jurídica. Las causas son evidentes: gracias a la interpretación extensiva de la libertad de establecimiento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, son admisibles la fundación de sociedades extranjeras en la forma exigida, la fusión de sociedades de distintas nacionalidades y, probablemente, el traslado de domicilio dentro de Europa, sin que haga falta la constitución de una Sociedad Europea. (*M. G.-R.*)

CAUSSAIN, J. J.: «Droit des sociétés», *SJ*, 2008, núm. 22, p. 147.

Esta crónica (marzo a diciembre de 2007) señala la importancia práctica creciente del concepto de interés social. (*R. A. R.*)

LAMPRECHT, Ph.: «Gelöschte englische Limiteds in Deutschland – Die Spaltungstheorie im Zeitalter der Niederlassungsfreiheit», *ZEuP*, núm. 2, 2008, pp. 289-317.

Los requisitos para extinguir una sociedad en Alemania son más exigentes que en Inglaterra. Esto está provocando que sociedades fundadas en Alemania por alemanes se acojan al Derecho inglés. El autor defiende la llamada «teoría de la separación», según la que la disolución se rige no por la nacionalidad de la sociedad, sino por la de la residencia. (*M. G.-R.*)

LE FUR, A. V.: «Concilier l'inconciliable: réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire», *RD*, 2008, núm. 29, pp. 2015-2020.

La supresión del derecho de voto y su origen. Límites y fundamentos. (*R. A. R.*)

MÖLLERS, Th. M. J.: «Effizienz als Maßstab des Kapitalmarktrechts. Die Verwendung empirischer und ökonomischer Argumente zur Begründung zivil-, straf- und öffentlich-rechtlicher Sanktionen», *AcP*, núm. 1, 2008, pp. 1-36.

A propósito de los escándalos financieros en los EE.UU. de América y Alemania sobre la falta de veracidad y control de la situación patrimonial real de sociedades cotizadas, el autor propone una comparación entre los medios de control creados en uno y otro país, desde el punto de vista de su eficiencia económica, pero sin dejar de lado otros puntos de vista valorativos. (*M. G.-R.*)

PAILLUSSEAU, J.: «La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote», *RD*, 2008, núm. 23, pp. 1563-1568.

Primacía del principio de libertad contractual para las sociedades de acciones simplificadas. Situación según las decisiones de la Corte de casación mercantil. Límites a la libertad contractual. (*R. A. R.*)

ROMAGNOLI, G.: «Il socio pubblico, le società di capitali e l'impresa: prospettive ed interferenze», *NGCC*, 2008, núm. 3, pp. 79-56.

Actuales tendencias legislativas en materia de sociedades con socios públicos. Las sociedades como medio para la obtención de fines de interés general. El nacimiento de las sociedades de participación pública. Reflejo de la participación pública sobre el funcionamiento de las sociedades. (*Alma R. G.*)

SCHMIDT, K.: «Die GmbH & Co. KG als Lehrmeisterin des Personengesellschaftsrechts», *JZ*, 2008, núm. 9, p. 425.

El autor plantea una configuración flexible de la sociedad comanditaria tomando como modelo la sociedad de responsabilidad limitada, lo que supone una cierta transformación de la estructura de sociedad personalista. (*B. T. G.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

KOCH, J.: «Vertrauensschutz gegen das Handelsregister», *AcP*, núm. 6, 2007, pp. 768-796.

Conforme al § 15.2 HGB (Código de comercio alemán), si un hecho susceptible de inscripción ha sido inscrito, los terceros tienen que soportar los efectos negativos que lo inscrito les pueda ocasionar. Sin embargo, el autor pone de manifiesto como ya el Tribunal Imperial hizo caso omiso del precepto en casos como en el de un socio de una sociedad mercantil abierta que endosó una letra a pesar de que, según el registro, la representación correspondía sólo a todos los socios conjuntamente; sin embargo, ya había habido numerosas relaciones comerciales entre el endosante y el endosatario, admitiendo *de facto* la sociedad que el socio representara la sociedad. Supuestos como éste han sido justificados de diversos modos por la doctrina alemana. Para el autor, la base es la doctrina del abuso del Derecho (§ 242 BGB). (*M. G.-R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BIGOT, J.: «L' assurance face à l'obligation de mise en garde: épouvantail ou épée de Damoclès?», *SJ*, 2008, núm. 16, p. 135.

La obligación de advertencia a partir de ahora se impone al banquero, en materia de crédito y seguros prestatarios. ¿Puede extenderse a las otras operaciones de seguro? ¿Cuál es su fundamento y su naturaleza, su ámbito, su objeto, sus límites, su régimen? Quién es deudor de esta obligación: ¿el asegurador, el intermediario de seguro, el suscriptor del seguro colectivo? ¿Cuáles son las consecuencias de su incumplimiento? Son algunos de las cuestiones que plantea esta nueva obligación. Si se considera como una obligación de información reforzada, podría insertarse en el nuevo dispositivo que encuadra la intermediación en seguro. (*R. A. R.*)

— «Droit des assurances», *SJ*, 2008, núm. 15, p. 134.

El año transcurrido ha sido de una intensa actividad legislativa algunos de cuyos aspectos se previeron en esta crónica. Para otros, como la no discriminación entre los sexos en los seguros, los contratos de seguro de vida no reclamados, o también la venta a domicilio, remitirán al lector textos (*vid.* respectivamente, L. núm. 2007-1774, 17 de dec 2007; L. núm. 2007-1775, 17 de dec 2007; L. núm. 2008-3, 3 janv. 2008) y a los comentarios que pudieron hacerse (V., para la última ley, B. Rajot, la Ley Chatel de 3 de enero de 2008 modifican el derecho de los seguros: Resp. civ. y assur. 2008, de rayos X 1). Por su parte, la jurisprudencia se caracteriza por algunas afirmaciones de principio que emanan del Tribunal de casación. Se declara que el artículo L. 121-1 del Código de los seguros no es aplicable a los seguros de responsabilidad, que la caducidad no puede sancionar un incumplimiento del asegurado previo al siniestro y que el suscriptor de un seguro de vida puede ejercer su facultad de rescate a pesar de la aceptación del beneficiario. (*I. S. P.*)

DREHER, LI./ THOMAS, S.: «Die Beschränkung der Vertragsabschlussfreiheit durch kartellbehördliche Verfügung», *NJW*, 2008, núm. 22, pp. 1557-1562.

A raíz de las últimas modificaciones legales impuestas por el derecho comunitario de la competencia, los autores de este artículo se preguntan por la existencia de una prohibición administrativa de concurrencia en los contratos de suministro de energía. (*M. P. G. R.*)

GALGANO, F.: «Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione», *CI*, 2008, núm. 1, pp. 1-10.

Clases de contratos de intermediación financiera. El contrato de negociación entre normativa especial y el Código civil. Las operaciones ilegales realizadas por el intermediario financiero no dan lugar a nulidad, sino a incumplimiento contractual. (*Alma R. G.*)

GRUNDMANN, S.: «Die Dogmatik der Vertragsnetze», *AcP*, núm. 6, 2007, pp. 718-767.

Estudio de las redes contractuales, es decir, cuando especialmente en procesos de producción como los automóviles, hay un conjunto de contratos entre distintos sujetos no formalmente relacionados, pero que para su resultado final se requiere el cumplimiento de todos los contratos, vinculados económicamente de algún modo. El autor pone de manifiesto la falta de una dogmática sobre el asunto, y presenta algunos puntos de partida para ello. (*M. G.-R.*)

LEGGIERI, C.: «Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore», *NGCC*, 2007, núm. 12, pp. 1447-1450.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad de la entidad bancaria por el pago de cheques a sujetos no legitimados para su cobro. (*Alma R. G.*)

LEUSCHNER, L.: «Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle. Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. AGB [*sic*] unterliegen», *AcP*, núms. 4/5, 2007, pp. 491-529.

El autor pone de manifiesto como cada vez más voces se quejan de la interpretación del BGB sobre las condiciones generales de la contratación, que están provocando una huida a ordenamientos extranjeros. Especialmente trata las «M&A», es decir, *Mergers & Acquisitions*, denominación estadounidense para las absorciones y fusiones empresariales. En opinión del autor, las normas sobre condiciones generales están para evitar la asimetría informativa de las partes, cuando los costes para superar tal asimetría están en desproporción con el valor del objeto del contrato. Tal situación no se da cuando se trata de contratos del tipo descrito, que tienen un valor alto, especialmente a partir del millón de euros. (*M. G.-R.*)

SIMLER, Ph.: «Droit des sûretés», *SJ*, 2008, núm. 24, p. 152.

La presente crónica abarca el cuarto trimestre de 2007 y el primer trimestre de 2008. Merecen destacarse, en esta entrega, la de la primera sala civil del Tribunal de casación del 8 de noviembre de 2007 que permite (quizá) cerrar el debate sobre la conformidad con el interés social de la garantía suscrita por una sociedad de personas (núm. 2) y del 13 de marzo de 2008 que hace aplicación, por primera vez, parece, de la nueva redacción otorgada al artículo 1326 del Código civil mediante la Ley de 13 de marzo de 2000, a propósito de un documento mecanografiado seguido de la única firma manus-

crita (n.º 3). Sostiene también el juzgado que un compromiso expresamente cualificado de puramente moral podía sin embargo ser fuente de obligación (n.º 12). Aunque relativo a otra materia, puede tener una incidencia en cuanto a cartas de intención. (R. A. R.)

DERECHO CAMBIARIO

AUDIT, M.: «Les fonds souverains sont-ils des investisseurs étrangers comme les autres?», *RD*, 2008, n.º 21, pp. 1424-1428.

Riesgos sobre la rentabilidad financiera de los denominados fondos soberanos. Debates sobre sus ventajas. (I. S. P.)

DERECHO CONCURSAL

CABRILLAC/PÉTEL: «Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises», *SJ*, 2008, n.º 20, p. 142.

Esta crónica abarca el periodo de noviembre de 2007 a febrero de 2008. Destaca, en particular, las siguientes decisiones: una sentencia de 13 de noviembre de 2007 según la cual, en ausencia de disposición asignando a la Secretaría el cuidado de notificar las decisiones dictadas en cuanto a procedimientos colectivos, incumbe a la parte más diligente significar éstas, lo que refleja sobre las condiciones de admisibilidad de un recurso (*infra* § 2). Una sentencia de la sala mixta de 16 de noviembre de 2007 que denegó la suspensión de las actuaciones judiciales contra la fianza en caso de protección o rectificación (*infra* § 4). (I. S. P.)

LAURENT/ASSANT.: «Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005; La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège?», *SJ*, 2008, n.º 26, p. 157.

Instaurado por la ley sobre la protección y saludado tanto por la doctrina como por la práctica, el privilegio de *new money* no llegó a desempeñar el papel de catalizador del rescate de las empresas a que se le destinaba. La publicidad del juicio de homologación desempeña un papel innegable en este fracaso ya que disuade a menudo a deudores y a acreedores de establecer este privilegio, éstos prefieren la confidencialidad del simple procedimiento de comprobación del acuerdo de conciliación. (R. A. R.)

VALLENS, J. L.: «De la cessation des paiements à l'insolvabilité», *SJ*, 2008, n.º 23, p. 148.

La reforma anunciada de la ley de protección de las empresas promete poner fin a todo vínculo entre la apertura de un procedimiento de protección y el riesgo de cese de los pagos, no mencionando más que la existencia de dificultades. Por allí, concreta una tendencia de fondo del Derecho francés de la insolvencia, inspirada en el Derecho americano, que consistiría en desconectar la apertura de un procedimiento colectivo «voluntario» de toda condición de insolvencia. (R. A. R.)

VV. AA.: «Les entreprises en difficulté: terre de conflits», *GP*, 2008, núm. 177-178.

Estudios sobre la suspensión de pagos, protección del mercado y de los acreedores; intervención judicial de empresas en crisis; conflicto de intereses entre grupos empresariales; etc. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Procédures collectives», *GP*, 2008, núm. 209-211.

Estudios jurisprudenciales sobre situaciones de insolvencia en las crisis empresariales. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L. J.	The Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Privat Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	The Law Quarterly Review
M. L. R.	The Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. Univ. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDIm	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tulane L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. R.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2007

Ramón CASAS VALLÉS (Universidad de Barcelona), Mariana DE LORENZI (Universidad de Barcelona), Asunción ESTEVE PARDO (Universidad de Barcelona), Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Universidad de Barcelona), Mónica NAVARRO MICHEL (Universidad de Barcelona), Carles VENDRELL CERVANTES (Universität Osnabrück), Aura Esther VILALTA NICUESA (Universitat Oberta de Catalunya), Mónica VILASAU SOLANA (Universitat Oberta de Catalunya)

STC 3/2007, de 15 de enero

Recurso de amparo: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Reducción de jornada laboral. Guarda legal de menor. Solicitud de horario reducido. Pretendido límite de la jornada ordinaria realizada.

Preceptos de referencia: Artículos 10, 14, 24 y 39 CE. Artículo 14 CEDH. Artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea. Directiva 2006/54/CE. Artículo 37 LET. Artículo 138 LPL.

Recurso de amparo promovido por trabajadora contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, desestimatoria de la pretensión de la demandante frente a la empresa para la que prestaba servicios.

1. Violación del derecho fundamental a la no discriminación.—Como es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional desde su sentencia 75/1983, de 3 de agosto, el contenido del art. 14 CE comprende, no solamente la cláusula general de igualdad, sino la prohibición de discriminación por una serie de razones o motivos concretos, que no constituyen una lista cerrada de supuestos de discriminación. Si bien, para el principio genérico de igualdad o derecho a la igualdad *in genere*, el Alto Tribunal no postula ni como fin ni como medio la paridad (sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, esto es, una justificación suficiente de la diferencia, que aparezca como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y de consecuencias no desproporcionadas), para la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción sólo puede operar excepcionalmente por el legislador y con gran rigor en las exigencias materiales de proporcionalidad y

en la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación que recaerá sobre quien asume la defensa de la misma. Como subraya la STC 41/2006, de 13 de febrero, en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación alcanza, además, tanto a las decisiones causales –v. gr., el despido– como a las decisiones empresariales *ad nutum*.

2. Alcance de la discriminación por razón de sexo: discriminación directa e indirecta.—Sostiene el TC que la discriminación por razón de sexo comprende, no sólo los supuestos de pura y simple constatación del sexo de la víctima como causa, sino también los casos de conexión directa e inequívoca con este factor, como sucede por ejemplo con el embarazo, la lactancia, la maternidad o la guarda de hijos de corta edad. Es además criterio constante del Alto Tribunal (SSTC 145/1991, 286/1994, 147/1995, 240/1999 de 20 de diciembre), en sintonía con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y las Directivas comunitarias de desarrollo, que no es admisible una norma que, aunque formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida esté justificada por factores objetivos ajenos a la cualquier discriminación por razón de sexo. Criterio que obra hoy incorporado asimismo en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE según el cual, es discriminación indirecta «*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*». En estos supuestos de concreción del derecho de igualdad –derecho a no ser discriminado– lo que se compara no son individuos concretos sino grupos sociales, por lo que no es exigible aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de la vulneración del derecho.

3. Doctrina acerca de la razonabilidad de las decisiones judiciales. Finalmente el TC reitera que le corresponde valorar desde la perspectiva constitucional la razón o argumento en virtud del cual la sentencia niega o reconoce los derechos. Cuando está en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el artículo 24 CE, el control no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable o no arbitrario de la resolución judicial impugnada, sino si se expresan de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional ha resuelto estimar el recurso de amparo y otorgar el amparo solicitado: reconoce el derecho de la trabajadora, anula la sentencia del Juzgado de lo Social y ordena retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que se proceda a dictar nueva resolución.

STC 5/2007, de 15 de enero

RA: Estimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Españoles y extranjeros. Discriminación salarial por razón de nacionalidad.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.

La sentencia estima el recurso de amparo de varias profesoras españolas, contratadas por la Escuela Italiana de Madrid, que habían denunciado discrimi-

minación salarial en razón de su nacionalidad. El TC resume su doctrina recordando, en primer lugar, que *«no toda desigualdad de trato supone una infracción de dicho precepto constitucional sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable»*; y que, en concreto, *«el artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales»* (FJ 1). En el caso objeto del amparo, la empleadora, alegó que el mayor salario de los trabajadores italianos obedecía al carácter temporal de sus contratos y a su condición de sustitutos. La sentencia considera que tales motivos no justifican la diferencia de trato, que tampoco cabría amparar *«en las facultades directivas»* de la demandada. En definitiva, el amparo se otorga porque *«no ha quedado justificado con la motivación adecuada que el trato retributivo distinto deparado a las recurrentes tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española»* (FJ 3). La sentencia, no obstante, limita su alcance a la devolución del caso al Tribunal de procedencia *«a los solos efectos de que se pronuncie de forma respetuosa con el derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 CE»* (FJ 4).

STC 9/2007, de 15 de enero

RA: Desestimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Derecho fundamental al honor. Prestigio profesional o laboral. Derecho fundamental a la libertad de expresión.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 CE.

El recurso de amparo tiene su origen en las manifestaciones realizadas por el Primer Teniente Alcalde del Ayuntamiento de Albacete, durante el transcurso de un debate sobre la modificación de las prestaciones del contrato de concesión del servicio de suministro de agua potable. Como respuesta a la petición de su dimisión por la oposición, debido a la ausencia del informe técnico que debía acompañar el expediente relativo a dicho contrato, aquél alegó que la ausencia del informe y su ignorancia respecto al mismo se debieron a que su autora –una funcionaria del Ayuntamiento– no había realizado, durante la Comisión de Urbanismo, ninguna observación al respecto; acusando a dicha funcionaria –sin mencionarla expresamente– de *«falta de honradez y profesionalidad»*. La funcionaria interpuso en la jurisdicción ordinaria una demanda de protección de su derecho al honor contra el Primer Teniente Alcalde, solicitando la declaración de la intromisión ilegítima en dicho derecho, la publicación de la sentencia, así como una indemnización de 5.000.000 de ptas. Después de que la demanda fuera desestimada íntegramente por las decisiones de la instancia, y siendo éstas confirmadas por la Sala 1.^a del TS, la funcionaria interpuso recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental al honor. El TC desestima el recurso y confirma las decisiones impugnadas.

1. Secuencia del enjuiciamiento constitucional del caso.—De manera preliminar, el TC advierte de que el enjuiciamiento del presente recurso de amparo, en la medida en que se funda en una pretensión de vulneración del derecho fundamental al honor, no puede limitarse a dilucidar, desde una valoración externa del conflicto entre los arts. 18.1 y 20.1 CE, la razonabilidad de la respuesta judicial de la jurisdicción ordinaria; sino que la función del TC reside, en estos casos, en la aplicación de «*los cánones de constitucionalidad propios de dichos derechos a los hechos establecidos por los Jueces y Tribunales*» (FJ 2). Así las cosas, el enjuiciamiento constitucional del recurso de amparo deberá seguir la siguiente secuencia: (i) determinar si las expresiones litigiosas afectan al derecho al honor de la recurrente; y, en este caso, (ii) decidir si tal injerencia se encuentra justificada en el derecho fundamental a la libertad de expresión.

2. Afectación del derecho fundamental al honor por las manifestaciones litigiosas.—Desde el ya consolidado concepto normativo de honor en la jurisprudencia constitucional («*buen reputación de una persona*», de manera que el derecho sobre el mismo protege «*frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas*» [cfr. FJ 3]), el TC considera que las manifestaciones litigiosas afectan al derecho fundamental al honor de la demandante. Especial interés, presenta en el caso, la relación entre dicho derecho y el prestigio profesional o laboral de una persona (piénsese que la decisión de primera instancia en el caso, desde una posición no del todo infrecuente en nuestro ordenamiento, entendió —al parecer— que la demanda, al alegar un ataque al «*prestigio profesional*», no podía fundarse, propiamente, en el derecho al honor [art. 18.1 CE y LO 1/1982], sino «*en los cauces marcados por el artículo 1902 CC, siempre y cuando se demuestre la existencia de un daño moral digno de ser indemnizable*» [cfr. STC 9/2007, AH 2]; razonamiento que, no obstante, fue abandonado tanto por la SAP como por la STS en el caso). Indudablemente, para la actual jurisprudencia constitucional, la lesión del prestigio profesional o laboral constituye un cauce idóneo para vulnerar el derecho fundamental al honor; siempre que las manifestaciones críticas representen «*en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales [...]*» (FJ 3). Sobre la base de esta doctrina, el TC entiende que las manifestaciones litigiosas afectan al derecho fundamental al honor de la demandante, pues (i) a pesar de que, en ellas, no se mencionaba su nombre, su identidad resultaba clara a través de los datos facilitados por el recurrido en amparo; y (ii) las afirmaciones litigiosas no se limitaban a describir críticamente la pericia profesional de la recurrente, «*sino que, de manera más o menos directa, hacia(n) una cierta calificación moral negativa de su conducta, al reprocharle falta de «honradez» en su actuación [...]*» (FJ 3).

3 Las manifestaciones litigiosas están justificadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión.—De la ya asentada jurisprudencia constitucional sobre el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, la presente STC destaca —aparte del recordatorio relativo a que la consabida ponderación ha de tomar en cuenta «*la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones que afecten a la organización colectiva*» (FJ 4)— que el derecho a la libertad de expresión protege aquellas manifestaciones que, si bien afectan al honor ajeno, «*se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés*

público»; siempre que «no sean formalmente injuriosas» o «absolutamente vejatorias» (FJ 4). Recordados los puntos centrales de esta jurisprudencia constitucional, la STC resalta los dos extremos que le llevan a entender que las afirmaciones litigiosas se encuentran justificadas por el derecho a la libertad de expresión, y que, por consiguiente, le llevan a desestimar el recurso de amparo: (i) aquéllas se realizaron por parte del Primer Teniente Alcalde «en un debate nítidamente público y de interés público»; operando, además, como respuesta a una petición de dimisión, y como explicación de su propia ajenidad e ignorancia en relación con la ausencia del citado informe, esto es, de la causa por la cual se pedía su dimisión; y (ii) las manifestaciones controvertidas no pueden ser calificadas como «absolutamente vejatorias» o «formalmente injuriosas», pues se formularon «en términos vagamente hipotéticos» (FJ 5).

STC 14/2007, de 18 de enero

CI: Estimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Derecho de propiedad. Valoración del suelo. Regulación autonómica que establece su aprovechamiento urbanístico a efectos de la determinación del valor urbanístico. Expropiación forzosa. Competencias de la Comunidad Autónoma en urbanismo. Competencias del Estado.

Preceptos de referencia: Artículos 149.1.18 y 149.1 CE. Artículo 19.a) Ley del Parlamento Vasco 9/1989, de 17 de noviembre, de valoración del suelo. Artículo 62 Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Artículo 105 Ley del Suelo de 1976, aprobada por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

El Tribunal Constitucional admite la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 19 de la Ley del Parlamento Vasco 9/1989, de 17 de noviembre, de valoración del Suelo que había sido planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por posible vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.18 CE. La cuestión de fondo era la determinación del justiprecio aplicable a una finca expropiada por el Ayuntamiento de Tolosa (Guipúzcoa). Su propietario interpuso un recurso contencioso-administrativo alegando que el precepto inicialmente aplicado para la determinación del justiprecio de la finca expropiada –artículo 62 del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio– había sido declarado inconstitucional en el momento de resolverse el recurso por la STC 61/1997, de 20 de marzo, por lo no podía resultar de aplicación. A juicio del demandante, y a la vista de lo establecido en la STC 61/1997, la norma que resultaría de aplicación para el cálculo del justiprecio urbano era el artículo 105 de la Ley del Suelo de 1976, aprobada por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. La Letrada del Gobierno Vasco consideró aplicable el artículo 19 de la Ley del Parlamento Vasco 9/1989, de 17 de noviembre, de Valoración del Suelo, que establece un criterio de valoración de la finca expropiada distinto al de la ley estatal. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco duda de la constitucionalidad del artículo 19.a) de la Ley 9/1989 ya que establece una norma de determinación del justiprecio que excede de la

competencia urbanística autonómica e incide en la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de la propiedad y en la regulación de las garantías expropiatorias, abordando materias reservadas al Estado.

Declara la sentencia (FJ 3) que las STC 61/1997, de 20 de marzo, y STC 164/2001, de 11 de julio, sientan el criterio de la exclusividad competencial de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo pero que dicha competencia ha de coexistir con las competencias que ostenta el Estado en virtud del artículo 149.1 CE, en particular, con la competencia exclusiva reservada al Estado sobre la legislación de expropiación (art. 149.1.18 CE). El régimen de valoraciones de los bienes expropiados, «*constituye un elemento nuclear de las expropiaciones urbanísticas [...] al Estado le compete regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los propietarios de suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana*» (FJ 4). El artículo 19.a) de la Ley del Parlamento Vasco 9/1989 establece a juicio del Tribunal Constitucional una regla de valoración que únicamente corresponde regular al Estado, por lo que declara el inciso final de dicho artículo inconstitucional y nulo.

STC 17/2007, de 12 de febrero

Recurso de amparo: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Despido de trabajadora tras dos abortos y un embarazo.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. Artículo 14 CEDH. Artículos 44 y 50 LOTC. Artículo 14 LET.

Recurso de amparo promovido por una trabajadora contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictada en recurso de suplicación en procedimiento de despido instado por una empresa de telefonía. La demanda contra el despido fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 2 de Bilbao. La trabajadora recurre en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual estima sólo parcialmente el recurso.

1. Pretendida interposición de recurso de casación con carácter previo.—Opone la empresa demandada de manera liminar una cuestión de carácter procesal: la necesidad de plantear, con carácter previo al recurso de amparo, el recurso de casación para la unificación de la doctrina, cuya estimación obligaría a inadmitir el recurso de amparo. Es criterio constante del TC que la especial naturaleza del recurso de casación para la unificación de la doctrina, condicionado legalmente a la concurrencia de rígidos requisitos de identidad y contradicción para su admisión, determina que su interposición no resulte siempre preceptiva para dar por agotada la vía judicial y que sólo puede exigirse a los efectos de subsidiariedad del amparo cuando no quepa duda respecto de su procedencia. No basta tampoco la mera alegación abstracta de la procedencia del mencionado recurso. Corresponde a quien pretende tal motivo de inadmisibilidad del recurso de amparo acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto.

2. Alcance de la violación del derecho fundamental a la no discriminación.—Como ha sido expresado en anterior STC 3/2007, de 15 de enero del presente año, la discriminación por razón de sexo comprende, no sólo los

supuestos de pura y simple constatación del sexo de la víctima como causa, sino también los casos de conexión directa e inequívoca con este factor, como sucede por ejemplo con el embarazo, la lactancia, la maternidad o la guarda de hijos de corta edad. Al respecto añade el TC que resulta reprochable la identificación que se realiza entre las complicaciones del embarazo y la contingencia de enfermedad, como si se tratase de un estado patológico, y recuerda para ello la STJCE de 30 de junio 1998 (caso Brown). Son, en definitiva, riesgos inherentes al embarazo y comparten la especificidad de dicho estado gestacional, de modo que un despido por tales complicaciones, que por lo demás sólo puede afectar a las mujeres, supone una clara discriminación por razón de sexo.

3. Prueba del motivo y distribución de la carga probatoria.—Sostiene asimismo el TC, de manera pacífica desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre que, cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, debe procederse a una distribución de la carga de la prueba de modo que incumbe al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (principio de prueba o prueba verosímil del motivo oculto que se denuncia y la posibilidad de que ha podido producirse) y al empresario acreditar que su decisión obedece a causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración y de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada, esto es, motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate.

Tienen para el TC aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Cabe recordar asimismo que el Alto Tribunal, en STC 41/2006, de 13 de febrero puso ya de manifiesto que, en cualquier caso, resulta insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental. En el caso enjuiciado, la trabajadora aporta un panorama indiciario del que surgía la sospecha razonable de la eventual relación de la causa alegada y la decisión empresarial, a lo que se une el hecho de inexistencia de causa de extinción del contrato que legitime la actuación del empresario.

Por todo ello, el TC estima el recurso de amparo, reconoce el derecho de la trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo, anula las sentencias precedentes y declara la nulidad del despido.

STC 24/2007, de 12 de febrero

RA: Estimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.

Derecho a la presunción de inocencia. Abogados. Actuaciones sumariales. Correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y tribunales.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1.a) CE y 24.2 CE. Artículos 448 y 449 LOPJ.

La demanda de amparo tiene su origen en la sanción disciplinaria impuesta por un Juzgado de lo Penal de Zamora a un Letrado por entender que éste faltó al respeto debido a Jueces y Fiscales, de acuerdo con la conducta san-

cionada en los artículos 448 y 449 LOPJ, ya que el Letrado durante su actuación en el juicio oral imputó al Juez y al Fiscal una actitud coactiva sobre los testigos que declaraban en juicio. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la sanción del Juzgado de lo Penal.

El Letrado interpuso recurso de amparo alegando vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada (art. 20.1.a) CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). El Tribunal Constitucional no admite, en este caso, la invocación del derecho a la presunción de inocencia, ya que el recurrente no alegó ni en su recurso de audiencia en justicia ni en su ulterior recurso de alzada la vulneración de este derecho, y es doctrina reiterada por este Tribunal (por todas STC 132/2006, de 27 de abril) que *«al no haberse posibilitado en la vía judicial previa un pronunciamiento sobre esta eventual vulneración, no puede ser tomada en consideración en el presente amparo por imperativo del carácter subsidiario de esta jurisdicción»* (FJ 1). En relación con el ejercicio de la libertad de expresión en el proceso judicial por Letrados, admite el Alto Tribunal que las manifestaciones y conducta del recurrente estaban vinculadas a la defensa de su cliente y que el Letrado de la defensa *«puede también, en interés de sus representados, cuestionar la corrección de los interrogatorios realizados por el Ministerio Fiscal o por el Juzgador, si considera que concurre alguno de los supuestos vedados en el art. 439 LECrim.»* (FJ 3). En consecuencia, otorga el amparo solicitado.

STC 38/2007, de 15 de febrero

CI: Desestimada.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Selección y contratación laboral de profesores de religión católica. Igualdad ante la ley. Principio de legalidad. Tutela judicial efectiva. Principio de neutralidad religiosa o aconfesionalidad del Estado. Igualdad de acceso a funciones y cargos públicos. Acuerdos entre el Estado y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1, 103.3 CE. DA 2.ª de la LO 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo. Artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede.

El origen de esta cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en la demanda presentada ante un Juzgado de lo Social de Gran Canaria por una profesora de religión. La demandante había prestado servicios en diversos centros escolares públicos a propuesta del Obispo de Canarias desde el curso 1990/1991, hasta que en el año 2000 se le comunicó que no se le formalizaría un nuevo contrato, por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado. El canon 805 del Código de Derecho Canónico atribuye al Obispo (Ordinario del lugar) el derecho a nombrar a los profesores de religión católica o a removerlos *«si lo requiere una razón de religión o costumbres»*.

Tras obtener sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Social, la actora interpuso recurso ante la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, cuya Sección Primera promovió cuestión de constitucionalidad en relación con la DA 2.ª de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, y de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y

Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede. La cuestión de inconstitucionalidad plantea que si los contratos de los profesores de religión católica son contratos de naturaleza laboral y si dichos profesores son contratados por las Administraciones Públicas, deben quedar sujetos a una serie de exigencias desde el punto de vista constitucional que no parecen compatibles con la inmunidad frente al Derecho estatal de las decisiones sobre la contratación de profesores por el Obispado. A juicio de la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, la Declaración Eclesiástica de Idoneidad necesaria para la contratación de los profesores de religión no puede concederse o denegarse sin otra referencia que la propia del Derecho Canónico, sino que debe ser compatible con los derechos fundamentales del trabajador.

El Tribunal Constitucional declara que las decisiones de contratación adoptadas por el Obispado no se encuentran inmunes frente a los órganos judiciales. El hecho de *«que la designación de los profesores de religión deba recaer en personas que hayan sido previamente propuestas por el Ordinario diocesano, y que dicha propuesta implique la previa declaración de su idoneidad basada en consideraciones de índole moral y religiosa, no implica en modo alguno que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado»* (FJ 7). Señala la sentencia que la cuestión específica es *«determinar si las personas designadas por las autoridades eclesiásticas para impartir enseñanza religiosa en las escuelas pueden vincularse mediante un contrato laboral con las Administraciones educativas titulares de los centros en los que han de impartir su enseñanza o si, por el contrario, se oponen a ello razones relacionadas con el respeto a los principios constitucionales»* (FJ 8).

Declara la sentencia que el derecho a la igualdad en el acceso al empleo público es compatible con los principios de mérito y capacidad, que no priva al legislador de un amplio margen de libertad en la regulación de pruebas de selección y en la determinación de méritos y capacidades. La exigencia de Declaración Eclesiástica de Idoneidad para la contratación de profesores de religión no puede considerarse arbitraria o irrazonable. Subraya la sentencia que esta facultad constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público (FJ 9). Por todo ello, rechaza el Tribunal Constitucional la vulneración de los principios constitucionales alegados e inadmite la inconstitucionalidad de todas las normas cuestionadas. El Tribunal Constitucional se pronunció en el mismo sentido en las Sentencias 80/2007, 81/2007, 82/2007, 83/2007, 84/2007, 85/2007, 86/2007, 87/2007, 88/2007, 89/2007 y 90/2007.

STC 51/2007, de 12 de marzo

RA: Desestimado.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Derecho de rectificación. Derecho fundamental al honor. Derecho fundamental a la integridad (física y) moral. Derecho fundamental a recibir libremente información. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (falta de motivación y acceso a los recursos).

Preceptos de referencia: Artículos 15, 18.1, 20.1.d) y 24.1 CE.

El caso tiene origen en una demanda interpuesta por el ex ministro Francisco Álvarez-Cascos contra la cadena *SER*, por la cual aquél pretendía ejer-

citar válidamente el derecho de rectificación de la LO 2/1984 frente a una información emitida por ésta. La decisión de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al medio a emitir el escrito de rectificación redactado por el demandante, si bien suprimiendo algunos párrafos del texto originario. En cumplimiento de esta condena, el medio en cuestión emitió la rectificación; pero, al mismo tiempo, recurrió en apelación la decisión de primera instancia; siendo estimado íntegramente dicho recurso por la AP de Madrid, que, en consecuencia, desestimó la demanda del ex ministro. Éste interpone recurso de amparo contra esta decisión, así como contra las resoluciones posteriores de la misma AP, y de la Sala 1.^a del TS, que denegaron tener por preparados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Las quejas de amparo se fundamentan en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y del acceso a los recursos (art. 24.1 CE); a los derechos fundamentales a la integridad moral y al honor (arts. 15 y 18.1 CE); y, finalmente, al derecho fundamental a recibir libremente información (art. 20.1 [d] CE). El TC desestima el recurso y confirma las decisiones impugnadas.

1. Ausencia de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.—En su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige —según la consolidada doctrina constitucional reseñada en la presente STC— que aquéllas contengan siempre una fundamentación en Derecho; lo que garantiza que *«la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente»*. Por ello, la función del TC *«no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él»* (FJ 3). Sobre la base de esta doctrina, la presente STC considera que la SAP que desestimó el ejercicio derecho de rectificación del demandante *«se halla suficientemente fundamentada»*; y que de la legítima discrepancia con la aplicación judicial de la LO 2/1984 no puede desprenderse la irrazonabilidad o arbitrariedad de la decisión. En cuanto a derecho de acceso a los recursos, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente tampoco se ha visto lesionado por las resoluciones impugnadas. Así, según la jurisprudencia constitucional, el sistema de recurso frente a las resoluciones judiciales —a diferencia del acceso a la jurisdicción— no se erige en *«un componente esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva»*, sino que su configuración vendrá determinada por *«lo que hayan dispuesto las leyes procesales»*, formando parte del *«derecho fundamental en su configuración legal»*. Así, el control constitucional de este aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva *«es meramente externo y debe limitarse a comprobar si [las resoluciones judiciales impugnadas] carecen de motivación [...], resultan infundadas, o han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica [...]*». En atención a esta doctrina, el TC entiende, en el presente caso, que las resoluciones judiciales que denegaron tener por preparados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal están debidamente motivadas, correctamente fundadas, se apoyan en causas legales, y no incurrir en tacha de irrazonabilidad.

2. Inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales al honor y a la integridad moral por la desestimación (o estimación parcial) de una pretensión de ejercicio válido del derecho de rectificación en la jurisdicción ordinaria.—A continuación, la presente STC estudia la queja

del recurrente en amparo, por la que se alega que la decisión de la AP –al considerar que el ejercicio del derecho de rectificación del ex ministro no fue debidamente ejercitado y que, en consecuencia, el medio no estaba obligado a difundir el escrito presentado al efecto– supone una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad moral y al honor del demandante. Antes de entrar en la reseña de las razones que llevan al TC a descartar la vulneración pretendida, conviene resaltar que, a pesar de que la queja de amparo aluda constantemente a la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la integridad moral (art. 15 CE) y al honor (art. 18 CE), la presente STC –si bien en el plano formal recurre, del mismo modo, a la mención de ambos derechos– se limita, más bien, al enjuiciamiento de la posible vulneración del segundo de los invocados, prescindiendo del primero (*cfr.*, por ejemplo, FJ 8); lo que parece correcto, pues, ciertamente, no es usual –ni probablemente ajustado al artículo 15 CE– recurrir al derecho fundamental a la integridad física y moral como instrumento de protección frente a la publicación o difusión de informaciones lesivas de la personalidad.

a) *La relación entre el derecho de rectificación y el derecho fundamental al honor.*–Antes de enjuiciar la posible vulneración de los derechos fundamentales alegados por la decisión impugnada, el TC recuerda su doctrina sobre la naturaleza jurídica del derecho de rectificación y su relación con el derecho fundamental. Así, según la misma, aquel derecho se configura como «un derecho subjetivo que funciona como instrumento previo al ejercicio de acciones para la defensa del patrimonio moral de la persona frente a la actividad de los medios de comunicación», así como «un complemento de la garantía de la libre formación de la opinión pública»; por lo que el derecho de rectificación presenta, para el titular del derecho fundamental del art. 18.1 CE, un «carácter puramente instrumental», «para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor» (FJ 8). De dicha doctrina se desprende, por lo pronto, una consecuencia importante en el caso: el TC no acepta las objeciones procesales esgrimidas por el Ministerio Fiscal para inadmitir el presente recurso de amparo, según las cuales, al proteger el derecho de rectificación y el derecho al honor bienes jurídicos distintos, y en la medida en la que, en la jurisdicción ordinaria, sólo se discutió el ejercicio del primero, el recurrente en amparo no habría agotado la vía judicial para proteger el derecho fundamental al honor, esto es, el derecho en el cual se funda el recurso de amparo. Para el TC, este argumento no resulta aceptable, pues, de acuerdo con la doctrina reseñada, «el ejercicio del derecho de rectificación sirve inmediatamente» para hacer valer el derecho al honor, a pesar de que el «demandante tenía abierta la posibilidad de ejercer acciones civiles o penales para la protección de su honor» (FJ 8).

b) *La desestimación de la demanda de rectificación en la jurisdicción ordinaria «está correctamente basada» en la LO 2/1984.*–Para descartar la existencia de vulneración en los derechos alegados por el recurrente en amparo, el TC recurre a una doble argumentación, motivada por el hecho de que la pretensión del recurrente en amparo fuera, en un principio, parcialmente estimada y ejecutada por el medio; pero, luego, desestimada en apelación. Así, en primer lugar, la STC 51/2007 destaca que, a pesar de las «vicisitudes posteriores del proceso», «el demandante en amparo vio cómo su escrito –eso sí, mutilado de ciertas expresiones– se emitía», por lo que «sus derechos a la integridad moral y al honor quedaban asegurados del modo reflejo» característico del ejercicio del derecho de rectificación. En segundo lugar (y acaso sea el argumento preponderante), el TC entiende que las dos decisiones que

dieron respuesta a la demanda de rectificación –si bien contradictorias en el fallo– fueron «*respetuosas con los derechos del demandante de amparo*», al ajustarse a las reglas de ejercicio del derecho de rectificación en el ordenamiento español. En concreto, el TC –en un difícil equilibrio entre el control externo de la decisión impugnada y el enjuiciamiento del fondo del asunto en la misma– afirma que «*puede defenderse*» que la decisión judicial que deniega el ejercicio del derecho de rectificación del recurrente «*está correctamente basada en el artículo 6 de la Ley Orgánica 2/1984, y fue debida a un uso incorrecto del derecho por parte del hoy recurrente*»; por lo que el hecho de que su pretensión no fuera estimada, debido, precisamente, a ese ejercicio incorrecto, no implica «*vulneración alguna, ni directa ni indirecta, de sus derechos fundamentales*» (FJ 8).

3. Ausencia de legitimación activa para ejercitar el derecho fundamental a recibir una información veraz.–Finalmente, el TC responde a la pretensión del recurrente en amparo relativa a la vulneración del derecho fundamental a recibir libremente información veraz. Acogiendo la argumentación del MF y de la representación de la parte recurrida en amparo, el TC descarta dicha vulneración, fundándola en la ausencia de legitimación activa del ex ministro. Así, por un lado, éste no puede erigirse –como así se desprende de la fundamentación de esta queja– en representante «*de los oyentes de la Cadena Ser*», para, de esta manera, reivindicar el derecho de éstos a obtener una información veraz; por el otro, el recurrente en amparo tampoco puede presentarse como el «*representante de una opinión defraudada*», ni como el garante de la veracidad de «*su versión de los hechos*», pues, el «*objeto de la veracidad queda excluido del proceso de rectificación*». Para la STC 51/2007, en definitiva, el derecho a recibir libremente información «*se ejerce, fundamentalmente, mediante el simple mecanismo de conectarse o no, en decisión libre donde las haya, al medio en cuestión*».

STC 52/2007, de 12 de marzo

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas

Conceptos: Derecho de asociación. Asociaciones profesionales y legitimación para la defensa de intereses profesionales. Tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 22 y 24.1 CE.

La sentencia reconoce el amparo a una asociación (*Asociación Gallega de Técnicos de Laboratorio*) que había visto negada su legitimación para pedir que se dejaran sin efecto algunos nombramientos efectuados por el Servicio gallego de Salud, al carecer los favorecidos de la calificación requerida. La legitimación se rechazó por no ser la asociación un sindicato ni una asociación profesional, que son las entidades aludidas en el artículo 17.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, según el cual: «*Los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios*».

El TC estima la petición de amparo porque considera que sindicatos y asociaciones empresariales no son las únicas entidades legitimadas para la defensa de intereses profesionales, como resulta del artículo 17.1 LPI, conforme al cual: «*Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo*

podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes». Era evidente que la asociación recurrente ostentaba un interés legítimo y que impedirle defenderlo lesionaba su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En este sentido: «No se puede negar, por lo tanto, conforme al mencionado precepto procesal laboral (art. 17.1 LPL), en conexión con el artículo 24.1 CE y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la existencia de un interés legítimo de la parte recurrente para ejercitar la acción, en tanto en cuanto, concurría un interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores (la de sus asociados), del que no sólo es titular cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también la asociación o entidad que, como es el caso, asume estatutariamente esos mismos fines» (FJ 4).

La sentencia incluye también el derecho de asociación entre sus argumentos, al subrayar la contradicción que supondría admitir asociaciones profesionales restringiendo luego su legitimación para la defensa de intereses de esta naturaleza, sin causas justificadas. A este propósito, la sentencia señala que negar «a una asociación profesional, por el hecho de no ser sindical, la legitimación para actuar en defensa de los intereses que le son propios, se compadece mal con el reconocimiento constitucional como derecho fundamental del derecho de asociación (art. 22 CE), así como con la llamada a la ley que efectúa el artículo 52 CE para la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios». Sin perjuicio del papel de los sindicatos en la defensa de los intereses de los trabajadores (arts. 7 y 28.1 CE), «no se puede desconocer que también otro tipo de asociaciones con relevancia constitucional, como las profesionales, tienen como objeto y como fin ese mismo cometido, al amparo del derecho de asociación que la Constitución también reconoce como fundamental en el artículo 22 CE, cuyo ejercicio debe ir acompañado de las necesarias garantías jurisdiccionales. Lo contrario supondría menoscabar el ejercicio de los derechos de las asociaciones profesionales que al amparo del citado precepto constitucional se fundan para defender los intereses de determinados colectivos o ramas profesionales, al reconocer únicamente la tutela judicial efectiva a aquellas otras que defienden esos derechos laborales desde el ámbito sindical al amparo del artículo 28.1 CE» (FJ 4).

STC 69/2007, de 16 de abril

RA: Desestimado.

Ponente: Pérez Tremps

Conceptos: Matrimonio por el rito gitano. Discriminación. Matrimonio gitano y parejas de hecho. Discriminación por indiferenciación. Matrimonios religiosos y matrimonios «étnicos».

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. Artículos 32 y 39 CE. Artículo 174 Ley General de la Seguridad Social.

El caso lo suscita la denegación de una pensión de viudedad a una mujer que había contraído matrimonio sólo por el rito gitano. Ante la denegación, la afectada interpuso demanda ante la jurisdicción social. Alegaba que en la cartilla de la Seguridad Social figuraba como esposa del fallecido, condición que tenía «según los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano». En apoyo de su demanda invocaba los artículos 9.2, 14 y 39.1 CE para señalar que el matrimonio gitano era un verdadero y válido matrimonio «que está

caracterizado por un acto formal, deber de fidelidad, comportamiento conyugal exigible, affectio, heterosexualidad y comunidad de vida, no siendo inscribible en el Registro Civil por una defectuosa exégesis jurídica» (Antecedente 2,b de la STC).

La demanda fue estimada por el juzgado de lo Social. A este objeto, tras declarar probado que el fallecido y la solicitante de la pensión eran gitanos, que se habían casado conforme a sus ritos en 1971 y que habían tenido seis hijos, la sentencia argumentaba que: *«El matrimonio gitano entre la actora y el fallecido, se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil, conforme a los artículos 256 y 257 del Reglamento de Registro Civil».* Y concluía: *«El INSS deniega a la actora la prestación de viudedad con el único impedimento de no considerar matrimonio el celebrado en su día por el causante y su viuda, lo que indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 CE» (Antecedente 2,b de la STC).*

Recurrida la decisión, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid la revocó. El matrimonio gitano, decía, no tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español: *«Aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrados en España» (Antecedente 2,c STC).*

Ante la desestimación, la mujer recurrió en amparo ante el TC. Con invocación del artículo 14 CE, denunciaba: En primer lugar, que se la había discriminado al equiparar su situación jurídica a la de una pareja de hecho (*«el matrimonio gitano si bien puede ser considerado algo menos que un matrimonio civil, debe también ser considerado como algo más que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello»*); en segundo lugar, que debía habersele concedido la pensión en aplicación de la DA 10.^a regla 2.^a de la Ley 30 /81 (derecho a la percepción de la prestación basado en la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante); y en tercero y último, que la no aplicación analógica de lo previsto para los matrimonios nulos, que le habría permitido acceder a la pensión de viudedad.

En su sentencia, el TC descarta *a priori* las alegaciones segunda y tercera pues: *«En ningún caso se hizo mención ni referencia alguna, directa o subsidiaria, a un eventual reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación basado en la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, según lo establecido en la regla 2 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ni tampoco a la posibilidad de aplicación analógica del tratamiento establecido para los matrimonios nulos» (FJ 1).* Por lo tanto, el análisis sobre el cumplimiento o infracción del artículo 14 CE queda limitado al supuesto *«trato discriminatorio que supondría equiparar su situación jurídica con la convivencia more uxorio para denegar la prestación de viudedad» (FJ 1).*

Como es habitual, el TC empieza con un recordatorio de su propia doctrina en materia de igualdad, tanto desde el punto de vista general como, en particular, con referencia a la acreditación de pensiones de viudedad. En

cuanto a éstas, dice, «no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia»; aunque «la extensión de la prestación de viudedad a otras uniones diferentes por parte del legislador tampoco [resulta] vedada por el artículo 14 CE ni encontraría obstáculos en los artículos 32 y 39 CE» (FJ 3).

Está claro pues que «no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia». Asimismo, lo está que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio». Por lo tanto, concluye el TC, «no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente» (FJ 4).

En la denegación de la pensión no hay discriminación alguna «por motivos sociales». Tampoco «por motivos raciales o étnicos». En primer lugar, porque no hay un «derecho a la desigualdad de trato». El legislador puede tratar desigualmente lo desigual (parejas de hecho y matrimonio gitano), pero no está obligado a hacerlo: «La pretensión de la recurrente de que, a pesar de reconocer que no concurre en las uniones celebradas conforme a los usos y ritos gitanos la existencia de un vínculo matrimonial reconocido legalmente, resulta discriminatorio que se les dé el mismo trato que a las uniones *more uxorio*, por existir diferencias relevantes con ellas como es la tradición y la base étnica, supone una invocación del artículo 14 CE basada en lo que se ha denominado «discriminación por indiferenciación». Al respecto este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del artículo 14 CE la «discriminación por indiferenciación», al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2)» (FJ 4).

En segundo lugar, la exigencia de un matrimonio conforme a la ley tampoco implica discriminación racial. El matrimonio civil es «neutral desde la perspectiva racial» (FJ 5). Lo relevante en el caso objeto del recurso ha sido: «Una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana» (FJ 4).

Finalmente, la sentencia desestima también «que el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, implique, directa o indirectamente, la aducida discriminación étnica». A juicio del TC: «Siendo evidente que las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, ello impide

conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas» (FJ 4).

STC 72/2007, de 16 de abril

RA: Desestimado.

Ponente: Aragón Reyes. Voto particular de García-Calvo y Montiel.

Conceptos: Derecho fundamental a la propia imagen. Imagen accesoria. Derecho fundamental a la libertad de información.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1.d) CE; artículos. 7.5 y 8.2 LO 1/1982.

Los hechos del conflicto constitucional enjuiciado por la presente Sentencia se remontan a octubre de 1992, cuando *Diario 16* publicó, en la portada de su edición del segundo día de este mes, la fotografía de un sargento de la Policía Municipal de Madrid durante el transcurso de una actuación policial que auxiliaba a una comisión judicial encargada de desalojar determinadas viviendas en un barrio madrileño. La fotografía en cuestión –que ilustraba, bajo el titular «*Desalojo violento*», la citada noticia– identificaba plenamente a la sargento, quien aparecía en primer plano, en el momento de inclinarse sobre un ciudadano, que estaba tendido en el suelo. Como reacción a la publicación de dicha fotografía –que fue, de nuevo, publicada por el mismo periódico en las páginas interiores de la edición de 9 de octubre–, la efigiada interpuso una demanda por vulneración de su derecho fundamental a la propia imagen contra la empresa editora del periódico, su director y un fotógrafo. Tanto la primera como la segunda instancia estimaron la demanda, condenando a los demandados a publicar la sentencia, a eliminar los efectos de la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen y abonar, solidariamente a la demandante, una indemnización (a determinar en ejecución) por el daño moral causado por la publicación no autorizada de la imagen de aquella. No obstante, la STS de 14 de marzo de 2003 estimó el recurso de casación de los condenados en la instancia y, entendiendo que, en el caso, el derecho a la información de éstos debía prevalecer sobre el derecho a la propia imagen de la demandante, desestimó las pretensiones de ésta. El TC, en la presente Sentencia, desestima el recurso de amparo interpuesto por la sargento –sobre la base de una supuesta vulneración a los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la propia imagen– contra la citada STS, confirmando, así, la desestimación de las pretensiones de aquella.

1. Delimitación del conflicto constitucional.–Debido a la alegación por parte de la recurrente en amparo de que la decisión impugnada habría vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el TC se ve obligado, de modo preliminar, a delimitar el conflicto constitucional a resolver. Así, la STC destaca que la queja de infracción del artículo 24.1 CE se funda, en realidad, en la incorrecta aplicación, según la recurrente, del artículo 8.2 LO 1/1982, esto es, en la indebida ponderación entre el derecho fundamental a la propia imagen y el derecho de información por parte de la STS impugnada; lo que obliga, según el propio TC, a centrar el enjuiciamiento constitucional del caso en la ponderación entre estos dos últimos derechos fundamentales.

2. Caracterización constitucional del derecho a la propia imagen.

Antes de ello, no obstante, el TC resume los rasgos generales del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE, según su propia jurisprudencia. Así, se insiste en que este derecho, «*en su dimensión constitucional*», «*se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado*» (STC 81/2001, caso *Emilio Aragón*). Correlato objetivo de su configuración como un derecho subjetivo con un contenido tan amplio lo constituye la consabida existencia de relevantes límites; no sólo los delimitados «*por la propia voluntad del titular del derecho*», sino, especialmente, aquellos derivados del límite del interés público informativo, derivado del artículo 20.1.d) CE (STC 72/2007, FJ 3). La particularidad de la presente STC en relación a la configuración de este último límite reside en que, en lugar de recurrir para ello a este último precepto constitucional, o su propia doctrina sobre dicho límite, el TC delimita el contenido del derecho fundamental a la propia imagen a través de lo establecido en los artículos 7.5 y 8.2 LO 1/1982 (*cf.* FJ 3 *in fine*); algo lógico –aunque no del todo habitual en nuestro ordenamiento– si se considera que dicha normativa –en efecto, de desarrollo de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE– supone la regulación del contenido esencial de estos derechos.

3. La ponderación entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la información y la solución al caso.—La queja de la recurrente en amparo se centra, en definitiva, en la incorrecta ponderación de los derechos en juego por parte de la STS sobre la base de tres motivos: (a) el medio no solicitó el consentimiento de la efigiada; (b) por razón de su cargo, la publicación de su imagen por exigencias de la libertad de información debía restringirse para garantizar su anonimato (*ex art. 8.2 in fine* LO 1/1982); (c) el derecho de información del medio demandado no habría sufrido merma alguna evitando la identificación de la efigiada mediante alguna técnica de difuminación u ocultamiento del rostro. El TC –desde un infrecuente mimetismo respecto al razonamiento seguido por la Sala 1.^a del TS– asume la argumentación de esta última para descartar la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen de la recurrente y confirmar, la prevalencia del derecho a la información en este caso (compárense los FJ 4 y 5). Así, el TC da plena relevancia en el caso, por un lado, al hecho de que la persona efigiada –sargento de la policía municipal– ejercía en el momento de captación de su imagen un cargo público, así como que dicha imagen fue captada «*en un lugar público (una calle de un barrio madrileño)*»; lo que –de conformidad con la STS– lleva al TC a entender aplicable (*rectius*, no resulta «*irrazonable concluir [...] que concurre*») el límite al derecho a la propia imagen del artículo 8.2.a) LO 1/1982. Por otro lado, el TC destaca que la publicación de la imagen de la recurrente presenta carácter accesorio de una información con «*evidente trascendencia pública*», por lo que «*tampoco resulta irrazonable concluir que concurre*» el límite de la imagen accesoria del artículo 8.2.c) LO 1/1982 (FJ 5). A diferencia de la Sala 1.^a del TS (*cf.* STC 72/2007, FJ 4), el TC, no obstante, no parece dar relevancia al hecho de que en la fotografía litigiosa «*no hay nada desmerecedor para la demandante*»; lo que encaja con su propia doctrina en

relación con la llamada autonomía del derecho a la propia imagen respecto a los derechos al honor y a la intimidad.

4. Voto particular: ¿Estaba obligado el medio demandado a ocultar el rostro de la sargento efiada?—En primer término, el voto particular a la presente STC discrepa del carácter accesorio otorgado por la mayoría a la imagen litigiosa; pues, «*la imagen de la demandante está situada en el primer plano de la fotografía, ocupando la mayor parte del espacio disponible y constituyendo el principal y casi exclusivo centro de atención*». Pero, sobre todo, el voto particular se centra en resaltar —cuestión admitida por la propia mayoría— que, en efecto, el derecho a la libertad de información no habría sufrido ninguna merma si no se hubiese representado, de forma tan nítida, la imagen de la recurrente; empleando, para ello, los usuales recursos tecnológicos. No obstante, la propia STC 72/2007 —siguiendo, de nuevo, la argumentación de la STS— plantea esta cuestión en otros términos: en el caso en cuestión, la imagen de la sargento no exigía —por la mera participación en el desalojo— su anonimato *ex artículo 8.2 in fine LO 1/1982*; por lo que —si bien ello hubiese sido una medida sensata— el medio no estaba obligado a ocultar el rostro de la efiada.

STC 74/2007, de 16 de abril

RA: Estimado parcialmente.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Derecho a la integridad (física y) moral. Acoso moral en el trabajo.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 15 CE.

El caso tiene su origen en la demanda de «*tutela de derechos fundamentales*» interpuesta, en la jurisdicción laboral, por una trabajadora contra su empresa y contra el director técnico de la misma. La demandante, secretaria de documentación a las órdenes de dicho director, alegaba que la manera de actuar y dar órdenes de éste, mediante «*gritos, golpes y malos modales*», había constituido un «*atentado a [su] integridad moral*», siendo la causa de su baja médica con diagnóstico de ansiedad; y por lo que solicitaba una indemnización por los daños morales causados. La decisión del Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda, condenando al director a abonar una indemnización de 25.000 € a la demandante; y absolviendo a la empresa. Recurrida esta decisión por todas las partes, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid estimó, únicamente, el recurso del director, absolviendo a éste de la demanda. Ante el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora —sobre la base de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la integridad moral, entre otros— contra sendas absoluciones en la jurisdicción ordinaria, el TC, en la presente Sentencia, estima las pretensiones de la recurrente en relación a la absolución del director; pero descarta la vulneración de derechos fundamentales con relación a la absolución de la empresa.

1. La cualificada exigencia de fundamentación jurídica en los procedimientos para la defensa de un derecho sustantivo fundamental.—El conflicto constitucional enjuiciado se limita a determinar, tal como establece de manera preliminar la STC, si las resoluciones judiciales impugnadas, con sus sendas absoluciones, han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la integridad moral de la recurrente. En relación al

primero de los derechos invocados, el TC recuerda su doctrina sobre la exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales estén fundadas en Derecho; resaltando la afirmación de que el artículo 24.1 CE no reconoce un «derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales». Pero, de esta doctrina, se desprende un matiz de especial trascendencia en el caso enjuiciado: cuando el objeto de impugnación es «una resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental» (FJ 3).

2. La decisión judicial de absolver al director por no poder ser éste autor de una violación del derecho fundamental a la integridad física y moral es «manifiestamente irrazonable y carente de una auténtica fundamentación en Derecho».—Sobre el base del reseñado canon de constitucionalidad reforzado, el TC analiza la *ratio decidendi* de la sentencia del TSJ, por la cual, como se ha explicado, fue absuelto el director demandado. Según esta decisión, el director no podía ser condenado como autor o responsable de una vulneración del derecho fundamental del artículo 15 CE, bajo el argumento de que dicha infracción constitucional sólo podría ser imputada a la empresa, en el caso que, denunciados y acreditados ante ella los hechos determinantes de la agresión, no hubiera procedido a sancionarlos. Así, la decisión del TSJ, como destaca la propia STC, no descartó la ilicitud de la conducta del director respecto a la demandante y recurrente en amparo (de hecho, la califica de «abiertamente reprochable»), sino que, simplemente, se limitó a negar que dicha conducta pudiera considerarse como una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral. No obstante, para el TC, dicho razonamiento «es manifiestamente irrazonable y carente de una auténtica fundamentación en Derecho»; en concreto, observa una contradicción en acreditar, por un lado, los hechos descritos en la demanda, y en consecuencia considerar que la conducta del director habría podido ser considerada causa de despido de éste; pero, por el otro, afirmar que dicho director no puede ser autor de una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la demandante. Todo ello reforzado por el hecho de que este razonamiento no se acompaña de ninguna fundamentación jurídica (FJ 5).

3. La decisión judicial de absolver a la empresa, por ausencia de una conducta negligente, es razonable y está suficientemente motivada. Por otro lado, la jurisdicción ordinaria, en este caso el Juzgado de lo Social, descartó la responsabilidad de la empresa por la lesión del derecho fundamental invocado por la demandante, exonerándola, en consecuencia, del pago de la compensación por los daños morales causados por el director a la demandante. La argumentación seguida para llegar a esta solución, consistente en que la vulneración del derecho fundamental no podía ser imputada a la empresa, al no tener ésta ni siquiera una sospecha fundada de los comportamientos denunciados, es considerada, por el TC, como una «respuesta motivada, razonable y no manifiestamente errónea o arbitraria que satisface [el] derecho a la tutela judicial efectiva» de la recurrente en amparo (FJ 6).

4. El derecho fundamental a la integridad física y moral como un derecho subjetivo invocable en las relaciones entre particulares.—Desde la óptica del Derecho privado, la presente STC merece, además de por las cuestiones ya reseñadas, una especial atención. Por lo pronto, puede sorprender

que la pretensión resarcitoria de los daños morales de la demanda que está en el origen del caso no se fundara normativamente, con independencia de la jurisdicción competente, en una norma de responsabilidad civil extracontractual; sino en los preceptos constitucionales que reconocen distintos derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE. Este planteamiento de la demanda es el que, en definitiva, acaba por otorgar relevancia constitucional al conflicto de intereses de naturaleza privada que está en el fondo del caso; especialmente, desde el momento en el que la decisión del TSJ de Madrid absolvió al director bajo el reseñado argumento de que la conducta del director, a pesar de ser «*abiertamente reprochable*», no podía constituir una infracción de aquel derecho fundamental; pues ésta sólo podría imputarse a la empresa, siempre que, después de ser advertida de los hechos, no los sancionara debidamente. Ciertamente, este razonamiento careció, al parecer, de una fundamentación jurídica; pero tampoco resulta difícil advertir que, muy probablemente, el TSJ quiso resaltar que el derecho fundamental a la integridad física y moral, como el derecho a la vida, no es, en Derecho español, un instrumento jurídico en el que fundar directamente pretensiones resarcitorias frente a la agresión física y moral cometida por un particular (*vid.*, sobre la no invocabilidad directa de los derechos fundamentales del art. 15 CE, Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, 2005, p. 217). Seguramente por esta razón, la presente STC 74/2007 no se limitó, simplemente, a recordar la *operatividad* de los derechos fundamentales en la relaciones particulares; sino que, asumiendo el planteamiento del Ministerio Fiscal, y tratando de dar una respuesta a esa argumentación implícita, llega a afirmar que «*el derecho a la integridad física y moral constituye un derecho erga omnes, que puede ser, por ello, vulnerado tanto por los poderes públicos como los particulares*» (FJ 5); afirmación que, al menos a primera vista, plantea problemas de relación con el sistema de responsabilidad civil extracontractual derivado de la causación entre particulares de daños corporales o morales en Derecho español.

STC 125/2007, de 21 de mayo

RA: Estimado.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de expresión. Periodistas.

Participación en tertulias de otros medios.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1.a) CE.

El recurrente en amparo (redactor jefe de cierre del periódico *El Mundo*) interpuso, en la jurisdicción laboral, una demanda contra la empresa editora de este medio por vulneración, entre otros, de su derecho fundamental a la libertad de expresión. Los hechos en los que se apoya la demanda se remontan a la huelga general celebrada, en España, el 20 de junio de 2002, y guardan relación con la participación del demandante en la tertulia «La mirada crítica» de la cadena de televisión *Telecinco*. El periodista demandante, venía colaborando en dicha tertulia, mediante un contrato de prestación de servicios remunerado, desde septiembre de 1998. Como en el caso de otros periodistas de *El Mundo* que participaban en tertulias televisivas y radiofónicas, el demandante tenía suscrito, en su contrato laboral con el periódico, un compromiso de dedicación exclusiva, por el que era remunerado con un complemento anual a su salario. En el transcurso de la tertulia televisiva citada cele-

brada en fecha de 21 de junio, y al hilo de las valoraciones de los contertulios sobre la mencionada huelga general, el periodista demandante criticó a la dirección del periódico *El Mundo* por, en primer lugar, no informar de que, a pesar de la línea editorial singularmente crítica con la convocatoria de dicha huelga, el 90% de su plantilla decidió secundarla; y, en segundo lugar, por haber decidido, no obstante dicho seguimiento de la huelga, distribuir la edición del periódico de 20 de junio; lo que provocó que, debido a la presión de los huelguistas, la distribución de los ejemplares de esta edición tuviese que recurrir a la ayuda de la policía; hecho, este último, que al periodista demandante le produjo vergüenza, según declaró en la citada tertulia. En julio de 2002, esto es, después de la participación del periodista en dicha tertulia, el director del periódico comunicó a los periodistas que, a partir de esa fecha, se iba a someter la participación de éstos en tertulias de medios ajenos a autorización de la dirección, todo ello desde una interpretación menos flexible de la citada obligación contractual de dedicación exclusiva suscrita por los periodistas del periódico. Cumpliendo con este nuevo procedimiento, el demandante solicitó dicha autorización a la dirección; siéndole reiteradamente denegada. Por este motivo, y sobre todo al advertir que a otros periodistas del periódico se les siguió permitiendo participar en la misma o distintas tertulias, el periodista afectado por dicha negativa demandó a la empresa editora del periódico. El Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda; siendo, no obstante, revocada dicha decisión en suplicación. El TC, en la presente Sentencia, estima el recurso de amparo del periodista por infracción del derecho fundamental a la libertad de expresión y declara la nulidad de la resolución judicial impugnada.

1. Doctrina constitucional sobre la restricción de derechos fundamentales en el marco de una relación laboral.—Según una consolidada doctrina del TC, reseñada brevemente en la presente Sentencia, la celebración de un contrato de trabajo no debe implicar para el trabajador una privación de sus derechos fundamentales; por lo que *«el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél, de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales»* (FJ 2). Esta doctrina fija la secuencia de enjuiciamiento constitucional que debe seguirse en casos como el presente: en primer lugar, habrá que dilucidar, mediante una prueba indiciaria, si una determinada decisión empresarial *«puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales»*; y, en segundo lugar, y si concurre dicha prueba indiciaria, corresponderá al empresario *«acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate»* (FJ 2).

2. En la decisión empresarial litigiosa, «concurren indicios reveladores de la posibilidad» de vulneración del derecho a la libertad de expresión.—De conformidad a la pauta de enjuiciamiento reseñada, el TC analiza, en primer lugar, si, en la negativa del empresario a autorizar la participación del trabajador en la tertulia, *«concurren indicios reveladores de la posibilidad»* de vulneración del derecho a la libertad de expresión del recurrente. Para el TC, estos indicios se extraen, en el caso concreto, de los siguientes datos: (a) *«la conexión temporal»* entre las críticas del periodista en la tertulia y la posterior negativa empresarial a la participación del periodista en ésta; (b) esta negativa careció de una explicación o justificación;

(c) la dirección del periódico permitió a otros periodistas seguir colaborando en la misma o distintas tertulias; (d) igualmente, también resulta significativo, según el TC, el escrito de apoyo al recurrente en amparo suscrito por 55 trabajadores del periódico, así como la respuesta del director al mismo; según la cual afirmaba que «*no se iba a dar facilidades a aquellos que se dedicaban a criticar las decisiones del periódico en unos medios en los que colaboraban gracias a su condición de periodistas de «El Mundo» [...]»* (FJ 3).

3. La empresa demandada no ha conseguido acreditar «la existencia de una causa, seria y real justificativa» de su negativa a autorizar la participación del periodista en la tertulia.—Recayendo, pues, en la empresa demandada, la carga de probar que la decisión empresarial tomada (y de la cual, según los indicios reseñados, resulta verosímil la infracción del derecho fundamental alegado), el TC analiza si la empresa ha conseguido acreditar «*una causa, seria y real justificativa de su actuación*». Así, el TC entiende que ello no ha sucedido, pues tanto la empresa demandada, como la resolución judicial impugnada, se limitaron a justificar la negativa a autorizar la participación del periodista en la tertulia desde la exigencia de cumplimiento de la obligación contractual relativa a la exclusividad del periodista. El hecho, pues, de que, en la resolución impugnada, se enfocara el caso «*desde un estricto plano de legalidad*» motivó la prescindencia de «*cualquier ponderación sobre la lesión del derecho constitucional del recurrente*»; lo que, no obstante, era preceptivo debido a la existencia de los reseñados indicios.

STC 128/2007, de 4 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas. Votos particulares discrepante de Pérez Vera y Sala Sánchez.

Conceptos: No renovación del contrato de un profesor de religión al hacerse pública y notoria su condición de sacerdote. Derecho a la igualdad. Derecho a la vida privada. Libertad de expresión. Libertad ideológica. Libertad religiosa individual y colectiva. Neutralidad del Estado.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.

El demandante de amparo, José Antonio Fernández, se había ordenado sacerdote de la Iglesia Católica en 1961. En 1984 solicitó dispensa del celibato sacerdotal, que le sería concedida por decisión papal en 15 de septiembre de 1997. En mayo de 1985 contrajo matrimonio civil, del cual nacieron cinco hijos. Desde octubre de 1991 a septiembre de 1997 había venido prestando servicios, contratado por el Ministerio de Educación y Cultura, como profesor de religión y moral católicas en Institutos de Enseñanza Secundaria de Caravaca (octubre 1991–septiembre 1996) y Mula (octubre 1996–septiembre 1997). El 29 de septiembre de 1997 el Obispo de Cartagena comunicó al Director Provincial del Ministerio de Educación y Cultura la baja definitiva del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas. El Ministerio de Educación y Cultura le notificó su cese en fecha 9 de octubre de 1997 con efectos de 29 de septiembre de 1997. Éstos son en sustancia los hechos, a los que hay que añadir, lógicamente, aquellos que determinaron la baja aludida y que están en la base de la petición de amparo.

El 11 de noviembre de 1996, el diario *La Verdad* se había hecho eco de un acto convocado por el movimiento pro celibato opcional (MOCEOP), al

que el recurrente pertenecía. El título de la noticia era «*El monasterio de La Luz cerró sus puertas a los curas casados que querían celebrar una misa*». Se completaba con una foto del Sr. Fernández y su familia. En la información se explicaba que: «*La difusión en la prensa del acto a celebrar por los miembros del Moceop hizo que muchos de ellos declinasen participar en él y no accedieran ayer hasta La Luz. Otros, cuando vieron las puertas del monasterio cerradas, saludaron a sus compañeros sin bajarse del coche y se marcharon. Sólo unos diez sacerdotes secularizados se mantuvieron con sus familias ante la puerta del monasterio para informar de su situación a los medios de comunicación y a cuantos se acercaron a interesarse por el tema. Incluso autorizaron a algunos de sus hijos para que desplegasen una pancarta. Finalmente se marcharon a comer juntos, planteándose celebrar una eucarística en la intimidad*». Asimismo se recogieron algunas opiniones de los miembros del MOCEOP presentes en el acto: «*Ante temas como el aborto, control de la natalidad, el divorcio o el sexo [...] dijeron que eran partidarios de una paternidad responsable. Añadieron que el aborto es “un problema personal y que no debía ser prohibido por ley, sino que hubiese una estructura social que amparase a la mujer ante la maternidad. Si se marca como pecadora a una persona por un embarazo no legitimado, se está propiciando el aborto”, dijeron. Los curas casados manifestaron que el control de la natalidad se ha demostrado que es necesario “y por tanto cada persona debe libremente elegir el método que considere más idóneo”. “El sexo es un bien divino, no una lacra, y ni el Papa cree que se pueda uno condenar por ello. Si así fuese, no hubiese congelado las seis mil peticiones de secularización que existen”, añadieron*» (FJ 6).

El acto en cuestión determinó la decisión del Obispado de Cartagena de no renovar la contratación del Sr. Fernández, lo que se justificó públicamente mediante una nota oficial del Obispado, de 11 de noviembre de 1997. En ella se explicaba que, conforme a la normativa canónica, los obispos podían autorizar la contratación de sacerdotes secularizados como profesores de religión, en casos excepcionales y siempre que no hubiera «*peligro de escándalo*». Precisamente por ello, al haberse hecho «*pública y notoria*» la situación del Sr. Fernández, el obispo ya no podía hacer uso de sus facultades y, en consecuencia, no firmó el documento que permitía a aquél ser contratado por el Estado para impartir religión y moral católicas (la nota se reproduce íntegramente en el FJ 6 de la STC).

Como resultado de la decisión del Obispado, la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Cultura en Murcia formalizó el cese del Sr. Fernández quien, a la postre, promovió demanda de despido ante la jurisdicción social, alegando la vulneración de los derechos a no sufrir discriminación (art. 14 CE), a la vida privada (art. 18 CE) y a las libertades ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE). La demanda fue estimada por sentencia que declaró nulo el despido. Recurrida la decisión, fue revocada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, al considerar, en síntesis, que no había existido despido, sino sólo una no renovación de un contrato temporal, descartando asimismo la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

Aunque el origen del problema estaba en una decisión privada (del obispado), la posterior intervención de dos poderes públicos (Ministerio de Educación y TSJ de Murcia) permitían plantear recurso de amparo, cosa que hizo el Sr. Fernández, alegando «*que su cese como profesor de religión y moral católicas ha estado motivado por su estado civil y por ser miembro del movi-*

miento pro-celibato opcional, por lo que considera que vulnera el derecho a no sufrir discriminación (art. 14 CE), el derecho a la vida privada (art. 18 CE) y la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE]» (FJ 2).

El TC rechaza la infracción del principio de igualdad, por una pretendida discriminación en razón del estado civil, al ser evidente que la no renovación del contrato nada tuvo que ver con su condición de casado, perfectamente conocida por el obispado desde años atrás. *«Tampoco cabe apreciar lesión alguna del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), pues ha sido el propio recurrente quien, por su libérrima voluntad, decidió hacer públicas su situación personal y familiar, apareciendo en una información periodística fotografiado con su mujer e hijos, y su condición de miembro del movimiento pro-celibato opcional» (FJ 4).*

Lo decisivo en el caso es el margen de autonomía que debe reconocerse a la Iglesia católica para decidir quién debe impartir la materia de religión y cuál es el grado de control público que cabe ejercer sobre esa decisión. El trasfondo doctrinal para abordar el conflicto lo proporciona la STC 38/2007, dictada con ocasión del enjuiciamiento de la constitucionalidad del sistema de contratación y selección del profesorado de religión católica en los centros de enseñanza pública, en el que se confiere al Obispado la propuesta a la autoridad académica en cada año escolar de las personas que han de impartirla. En aplicación de la doctrina de esta sentencia, el TC rechaza el amparo por entender, sustancialmente, que la valoración de la idoneidad y, más en concreto, del «escándalo» provocado por la publicidad de la condición de sacerdote secularizado, compete a la Iglesia católica. Se trataría de una decisión de naturaleza religiosa, frente a la que el Estado debe mantenerse neutral, salvo en la medida en que pudiera vulnerarse el «orden público constitucional» (FJ 5, b con cita de la STC 38/2007).

En cuanto a lo primero, dice el TC: *«Corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado la definición del propio credo religioso, así como el concreto juicio de idoneidad sobre las personas que han de impartir la enseñanza de dicho credo, permitiendo la Constitución que este juicio “no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente”, sino también “que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia”» (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 7) (FJ 9).* Y añade: *«Por impedirlo el deber de neutralidad del artículo 16.3 CE, una vez constatada la naturaleza religiosa de los motivos en los que se ha fundado la no propuesta del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas, este Tribunal nada ha de decir [...] respecto a la justificación de la apreciación del “escándalo”» (FJ 9).* En definitiva, remacha: *«Sería contrario al deber de neutralidad del Estado impuesto por el artículo 16.3 CE [...], que el Estado pretendiese negar el carácter religioso de la valoración de unas conductas en el seno intraeclesial, por el hecho de que esas mismas conductas puedan merecer una valoración diferente en un ámbito extraeclesial» (FJ 9).*

En cuanto a lo segundo y una vez aclarado el carácter religioso de la decisión, el TC entiende que la sentencia del TSJ de Murcia *«asume explícitamente un compromiso de control jurisdiccional de la decisión del Obispado y de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto» (FJ 10).*

Y añade, en el mismo sentido: «*La amplia transcripción de los pasajes de la Sentencia recurrida que precede, demuestra que, ni en ella se niega la posibilidad del control jurisdiccional de la decisión de la autoridad eclesiástica, ni se elude la ponderación de los derechos fundamentales concurrentes en el caso con el de la libertad religiosa (art. 16.1 y 3 CE), que se efectúa en términos inequívocos*» (FJ 10). El TC considera además razonable y conforme con su propia doctrina la ponderación efectuada por el TSJ en su sentencia: «*En este caso la modulación producida en los derechos del demandante a la libertad religiosa, en su dimensión individual, y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], como consecuencia de que no fuera propuesto por el Obispado como profesor de religión y moral católicas en el curso 1997/1998, en el marco, por lo tanto, de su pretensión de continuar impartiendo la enseñanza del credo de una determinada confesión religiosa en un centro docente público, no resultan desproporcionadas ni inconstitucionalmente proscritas, en la medida en que encuentran su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria (art. 16.1 CE), en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE), dado que han sido razones exclusivamente de índole religiosa, atinentes a las normas de la confesión a la que libremente pertenece el demandante de amparo y la enseñanza de cuyo credo pretendía impartir en un centro docente público, las determinantes de que no fuera propuesto como profesor de religión y moral católicas*» (FJ 10).

Sin embargo, la sentencia no se adoptó por unanimidad. Aceptando la naturaleza religiosa de la decisión, los dos magistrados discrepantes entendieron que los derechos fundamentales en juego no habían sido adecuadamente ponderados y que, en consecuencia, el amparo debió concederse. La mayoría consideró que la publicidad alcanzada («escándalo») por la condición del recurrente (sacerdote secularizado) justificaba una decisión, de carácter religioso, en la que no cabía entrar. La minoría, en cambio, entendía exactamente lo contrario: «*La Iglesia ha hecho valer para la no renovación de la idoneidad del profesor una circunstancia personal que conocía, así como su discrepancia con una posición legítima del profesor amparada por la Constitución, que previamente consintió [se refieren a la pertenencia al movimiento pro celibato opcional]. Por tanto, las circunstancias del caso acreditan que los factores invocados para la inidoneidad del recurrente, pretendidamente amparados en la libertad religiosa de la Iglesia (art. 16.1 CE) y en su derecho consiguiente a decidir quién es apto para la docencia de la enseñanza religiosa, son elementos que la propia Iglesia, en atención a sus actos previos, no consideró relevantes para negar la idoneidad del profesor en los años anteriores. La publicidad de esos datos, por indeseada que fuera para la Iglesia, no esconde que los mismos nunca fueron antes considerados inhabilitantes para la impartición de la doctrina*». En la misma línea, la mayoría consideró que si los profesores de religión podían ser contratados por el Estado sin pruebas de acceso específicas y sobre la mera base de la declaración de idoneidad del Obispado, era lógico que bastase una declaración de inidoneidad para producir el efecto contrario. El Estado, viene a decir la sentencia, no entra en la decisión de contratar (salvo en aspectos como la titulación), ni en la de no contratar (sin perjuicio de ponderar los derechos fundamentales del afectado frente a la libertad religiosa como derecho colectivo). Los discrepantes, por el contrario, defendían un mayor protagonismo e

intervencionismo del Estado, en particular porque la decisión del Obispado venía a romper con un reiterado pronunciamiento favorable a la idoneidad del recurrente.

STC 137/2007, de 30 de enero

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes

Conceptos: Tutela judicial. Plagio. Irresponsabilidad penal del director de una colección de fascículos en la que se incluyen textos cuyo autor ha plagiado de la obra de un tercero. Condena en apelación y derecho a un proceso con todas las garantías. Presunción de inocencia.

Preceptos de referencia: Artículo 24.2 CE. Artículo 271 CP.

Conforme al relato de la sentencia de primera instancia, los hechos probados eran los siguientes: *«El recurrente en amparo aceptó el encargo de Faro de Vigo, S. A., de redactar y coordinar una obra ilustrada, de carácter divulgativo, sobre la historia de la ciudad de Pontevedra («Historia Ilustrada de Pontevedra»), obra destinada a su distribución gratuita mediante fascículos con el periódico «Faro de Vigo», teniendo lugar las dos primeras entregas el jueves 26 de septiembre de 1996. El recurrente (Subdirector del diario «Faro de Vigo») encargó la redacción de los textos a don Valentín Carmelo Rodríguez Fernández –coacusado– y las ilustraciones a don Alberto Cuartero Coloma, reservándose para sí mismo las funciones de dirección, supervisión y control de la obra. Para redactar los textos de los tres primeros fascículos el coacusado don Valentín Carmelo Rodríguez Fernández copió en lo sustancial, sin autorización y sin citar la fuente, diversos párrafos (llegando en el fascículo tercero a reproducir literalmente párrafos enteros, incluso con las erratas de imprenta) del libro «Historia de la Ciudad de Pontevedra», cuyo autor es el historiador don José Fortes Bouzán, quien había suscrito con La Voz de Galicia, S. A., un contrato de cesión de derechos de edición y publicación de la citada obra con fecha 14 de enero de 1988». El Juzgado de lo Penal absolvió a los dos acusados, «porque, aunque concurre el elemento objetivo del tipo, falta, en cambio, en su actuación el elemento subjetivo del tipo que exige dicho precepto, consistente en la conciencia de la antijuridicidad de la conducta plagiadora, dado que no se advierte que exista una voluntad expresa de apropiarse de la obra del Sr. Fortes Bouzán, toda vez que los acusados no se presentan ante el público «como autores de una obra de gran rigor científico... sino como autores de un resumen de obras de este tipo», de carácter divulgativo, debiendo asimismo tenerse en cuenta que a partir del fascículo cuarto ya se cita al Sr. Fortes Bouzán cuando su libro es utilizado como fuente por el redactor de los textos». La Audiencia Provincial, en cambio, condenó a ambos «como autores de un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 del Código penal».*

El Sr. Sánchez recurrió en amparo alegando, en primer lugar, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) porque a su entender, para la condena en apelación, la Audiencia habría llevado a cabo una nueva valoración de las declaraciones de los acusados (prueba personal) sin respetar las garantías de contradicción e intermediación. El TC, sin embargo, rechaza este motivo. Acepta que hay que distinguir entre la valoración de pruebas documentales (posible en apelación sin necesidad de contradicción e

inmediación) y de pruebas personales (que exige respetar esos principios). Pero, en el caso planteado, la condena no se basaba en una nueva valoración de las pruebas sino en una diferente apreciación acerca de la concurrencia de los elementos del tipo. No hay vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías «cuando la condena en apelación se basa en una cuestión estrictamente jurídica, considerando el Tribunal ad quem, frente a lo mantenido por la Sentencia de instancia, que concurren todos los elementos del tipo penal en la conducta del acusado, pues para proceder a esa distinta subsunción de los hechos tampoco resulta exigible la garantía de inmediación» (FJ 2).

Había, no obstante, una segunda alegación, que es la que determina la estimación del amparo. En este sentido, el recurrente denunciaba también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues se le había condenado sin pruebas de que conociera la obra plagiada ni tampoco el hecho mismo del plagio. El TC coincide con esta alegación: «*La Audiencia Provincial infiere o presume en su Sentencia que el recurrente en amparo, por ejercitar esas funciones de dirección y coordinación de la obra “Historia Ilustrada de Pontevedra” (extremo que no se discute), debía necesariamente conocer el plagio cometido por su colaborador, el coacusado don Valentín Carmelo Rodríguez Fernández, lo que supone inferir, a su vez, que el recurrente conocía los contenidos del libro plagiado del que es autor el Sr. Fortes Bouzán (lo que no consta, según se afirma expresamente en la Sentencia de instancia) o, alternativamente, que el coacusado había puesto en conocimiento del recurrente en amparo que había copiado dicho libro (lo que tampoco consta que sucediera). De este modo, la Sentencia impugnada no contiene una motivación suficiente del juicio de inferencia en el que se sustenta la convicción sobre la autoría del recurrente en la comisión del delito tipificado en el artículo 270.1 del Código penal, de forma que la condena de éste se fundamenta en una inferencia ilógica y no concluyente, por su carácter excesivamente abierto, por lo que no puede considerarse que haya existido prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente» (FJ 5).*

STC 139/2007, de 4 de junio

RA: Estimado.

Ponente: García-Calvo y Montiel.

Conceptos: Derecho fundamental al honor. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Derecho fundamental a la libertad de información. Reportaje neutral.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1.d) CE.

El caso tiene origen en la emisión, durante el transcurso de una de las ediciones del programa de TVE *¿Quién sabe dónde?* en 1995, de un reportaje y una entrevista en la que se trataba de esclarecer el paradero de una mujer desaparecida. En concreto, durante dicha entrevista, realizada por el director y presentador del programa a las dos hermanas de la desaparecida, éstas detallaron las controversias surgidas entre ésta y su marido, a raíz del reparto de bienes fijado en el acuerdo de separación; llegándose a afirmar por una de las hermanas que el marido «*la mató [a la mujer desaparecida] para quedarse con el piso*»; asegurando que aquél «*es un asesino*». El marido aludido, así

como las hijas que éste había tenido con la mujer desaparecida, interpusieron una demanda contra las hermanas, contra RTVE, contra el director y presentador del programa y contra el autor del reportaje que precedió a la emisión de la citada entrevista, considerando que, en este programa, se habían vulnerado sus derechos fundamentales al honor y a la intimidad familiar, exigiendo, además, una indemnización por los daños causados. La primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a los demandados (solidariamente, cabe suponer) a indemnizar a los demandantes. La decisión de la AP, no obstante, estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda; siendo confirmada esta última decisión por el TS. El TC, en la presente Sentencia, estima el recurso de amparo del marido y las hijas contra estas dos últimas decisiones.

1. No extensión del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE al proceso civil.—Debido a que el recurso de amparo aducía, además de la vulneración de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad familiar, la del derecho a la presunción de inocencia, el TC recuerda su doctrina por la cual «*el campo de aplicación natural de este principio es el proceso penal, y por extensión el procedimiento administrativo sancionador*», sin que sea «*factible extenderlo constitucionalmente a un proceso civil*»; todo ello sin perjuicio de que «*este principio resulte de carácter instrumental en la construcción del concepto de veracidad*» en el sentido del artículo 20.1 CE. En todo caso, el argumento principal por el cual descarta la posibilidad de la lesión del derecho fundamental del artículo 24.2 CE pueda ser enjuiciada en el presente caso reside, como apunta previamente el TC, en que dicho derecho no fue alegado en la vía judicial previa (FJ 2).

2. Secuencia del enjuiciamiento constitucional del caso.—En comparación con otros conflictos constitucionales similares, la presente STC fija una secuencia para la solución del presente caso algo particular, pues no se centra directamente en el análisis de los derechos invocados por los recurrentes en amparo (honor e intimidad familiar); sino, más bien, en dilucidar si, como sostenían los demandados, las afirmaciones realizadas en el programa estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión o de información. Así, los pasos a seguir para la solución constitucional del caso son: (i) en primer lugar, determinar si, en el caso, está en juego el derecho a la libertad de expresión y de información; para, en caso afirmativo, delimitar si las afirmaciones litigiosas constituían un ejemplo de la primera o de la segunda; y (ii) en segundo lugar, dilucidar si dichas afirmaciones estaban constitucionalmente protegidas. Este planteamiento conduce (aparte de a una cierta indeterminación sobre el alcance de los derechos invocados en el caso enjuiciado, *vid. infra*) a que, en primer término, se estudie la legitimidad de las afirmaciones de las hermanas demandadas; y, en segundo lugar, y al hilo de la doctrina del reportaje neutral, la responsabilidad de los otros demandados (RTVE, director y redactor).

3. ¿Información o expresión?—Para el TC, «*el derecho que en este caso podría amparar las expresiones vertidas por las hermanas entrevistadas es el derecho a la libertad de información*». Así, éstas no expresaban una opinión, sino que «*transmitían [...] una información sobre unos determinados hechos*». Incluso, para el TC, la afirmación de que el marido era un «*asesino*», a pesar de su carga valorativa, «*se realizó como conclusión crítica de un comportamiento previamente expuesto*» (FJ 6).

4. ¿Está la información transmitida constitucionalmente protegida?—Para responder a ello, el TC repasa, en primer lugar, su propia doctrina sobre el derecho fundamental a la libertad de información; y, en segundo lugar, aplica dicha doctrina al caso.

a) *Los requisitos del derecho fundamental a la libertad de información.*—Según la consolidada doctrina del TC, el ejercicio válido de este derecho exige la concurrencia de dos requisitos: (i) que la información difundida aluda a «un hecho noticioso o noticiable, por su interés público»; y (ii) «que la información sobre tales hechos sea veraz» (FJ 7).

b) *La información transmitida en el programa de televisión presentaba interés público.*—Según la presente STC, dicha información, a pesar de no hacer referencia a una persona con proyección pública, aludía a unos hechos que «habían alcanzado pública notoriedad y habían constituido objeto de una investigación policial y judicial en causa penal, con trascendencia social evidente, dado que se trataba de la desaparición de una persona» (FJ 8). En relación a este último requisito, el TC recuerda su consabida doctrina, por la cual dicha veracidad debe medirse en función de la diligencia observada por el informador en obtener y transmitir dicha información (FJ 9).

c) *Las hermanas demandadas no cumplieron con la exigencia constitucional de veracidad de la información.*—Según el TC, aquéllas, especialmente la que fue entrevistada en televisión, no se ajustaron, para transmitir la información litigiosa, a «fuentes serias y fiables disponibles en el momento en que la noticia se produce»; pues estas demandadas «conocían sobradamente que las investigaciones policiales y judiciales practicadas habían sido reiteradamente archivadas». Por todo ello, el TC estima el recurso de amparo en relación a las hermanas demandadas.

5. ¿Reportaje neutral o información sesgada?—El enjuiciamiento del recurso de amparo en relación a RTVE, el director y presentador del programa y el autor del texto del reportaje emitido se produce, como se ha indicado ya, desde la doctrina del reportaje neutral; de manera que la solución al caso en este punto pasa, según el planteamiento del TC, por determinar si la conducta de aquéllos puede considerarse amparado bajo aquella doctrina o, en cambio, contribuyó amplificar un mensaje que el medio asumió y presentó, de forma sesgada, como propio.

a) *Doctrina constitucional sobre el reportaje neutral.*—La aplicación de esta doctrina requiere la concurrencia de los siguientes requisitos (cfr. FJ 11): (i) el objeto de la información transmitida debe hallarse por «declaraciones que imputan hechos lesivos del honor [...] y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas»; y (ii) el medio debe ser «mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia». A esta doctrina, la presente STC parece incorporar un nuevo elemento, extraído de la jurisprudencia del TEDH: cuando el medio que transmite dicha información es un medio audiovisual, especialmente un «programa de televisión emitido en hora punta», de manera que «no puede pasarse por alto el impacto, dada la inmediatez y poder de penetración de los medios audiovisuales, que las afirmaciones realizadas pudieron llegar a poseer», los deberes y responsabilidades de los periodistas son «si cabe mayor[es]» (FJ 11).

b) *Aplicación al caso.*—Sobre la base de dicha doctrina, el TC considera que el tratamiento mediático de la información por los citados demandados no constituye, por las siguientes razones, un reportaje neutral: (i) «los informado-

res no se limitaron a invitar a las entrevistadas a narrar su versión de los hechos, sino que tomaron partido, ofreciendo un determinado perfil de la personalidad del» marido; y «transmitiendo a su público la clara impresión de que [éste] está relacionado con la desaparición violenta de su esposa»; y (ii) dieron a entender que el perfil de éste es «el de toda la familia», cuando ello no es cierto, al menos respecto a las hijas (codemandantes en el presente caso).

6. ¿Se ha lesionado el derecho al honor, el derecho a la intimidad familiar o ambos?—Como se ha señalado, el presente recurso de amparo se fundó —aparte de en el artículo 24.2 CE— en la vulneración de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE (cfr. Antecedentes 1); por lo que el TC se ocupa, en el presente caso, de «determinar si las dos resoluciones referidas han supuesto una vulneración del derecho al honor, intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de los demandantes». No obstante, como se ha reseñado, el enjuiciamiento del recurso de amparo se concreta a dilucidar si la información transmitida estaba amparada por el derecho fundamental a la libertad de información (en el caso de las hermanas) o, en concreto, por la doctrina del reportaje neutral (en el caso de los informadores profesionales). Indudablemente, el TC, una vez determinada la ausencia de los requisitos para la aplicación del derecho a la libertad de información, estima el recurso de amparo, reconociendo el derecho fundamental al honor de los demandantes (cfr. Fallo). Sorprende, no obstante, que en la presente STC no se contenga una reflexión más detenida sobre los derechos fundamentales invocados en el recurso de amparo (en realidad, la única mención a la vulneración al derecho al honor se encuentra en el último FJ de la Sentencia, al afirmar, simplemente, que las «graves acusaciones» emitidas en el programa de televisión «herían frontalmente el honor de los demandantes de amparo, y al hacerlo así vulneraron su derecho fundamental» [FJ 13 *in fine*]). Aparte de esta falta de detalle sobre el carácter realmente difamatorio de la información (y del hecho que el TC parece conectar la intromisión en el derecho al honor al mero hecho de que la información no estaba protegida por el derecho a la información, lo que no tiene por qué ser siempre así, pues hay informaciones no protegidas por este derecho que no son lesivas del honor), no deja de sorprender la condena genérica de la presente STC por vulneración del «honor de los demandantes en amparo», sin mención alguna al derecho fundamental —también alegado— a la intimidad familiar; pues, piénsese que, en la STC, también se «reconoce» el derecho al honor a las hijas del marido, sin que la información litigiosa incluyera alusiones difamatorias respecto a éstas; y siendo, probablemente, la intimidad familiar el bien jurídico relacionado con aquéllas.

STC 145/2007, de 18 de junio

RA: Estimado.

Ponente: García-Calvo y Montiel.

Conceptos: Libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.

Abogados. Actuaciones sumariales. Correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y tribunales.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1.a) CE y 24.1 CE. Artículo 449 LOPJ.

El recurrente del amparo, Letrado en ejercicio, fue expedientado por la titular del Juzgado de Primera Instancia que resolvía el procedimiento de

división de herencia de su cliente. La Magistrado sancionó al Letrado por considerar que sus declaraciones en uno de los escritos presentado ante el Juzgado ponían en duda la imparcialidad en la tramitación del juicio y que faltaba al respeto y consideración debidos, incurriendo en la conducta sancionada por el artículo 449.1 LOPJ. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la sanción disciplinaria al Letrado.

El recurrente interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid vulneraba su libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa [art. 20.1.a) CE] y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La sentencia hace referencia a la consolidada doctrina que este Alto Tribunal ha dictado en relación con la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada (SSTC 235/2002, de 9 de diciembre, 117/2003, de 16 de junio, 65/2004, de 19 de abril, 232/2005, de 26 de septiembre) y declara que *«el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE)»* (FJ 3). La sentencia considera que las declaraciones vertidas por el Letrado en el escrito que cursó ante Juzgado para personarse en el procedimiento civil es una actuación forense ligada al ejercicio de la defensa del cliente del recurrente y considera que las expresiones empleadas por el Letrado no pueden calificarse como injuriosas o insultantes, por lo que otorga el amparo solicitado.

STC 166/2007, de 4 de julio

CI: Desestimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Delegación legislativa. Leyes de bases y autorizaciones para refundir. Autorizaciones para la «mera formulación de un texto único» y autorizaciones que incluyen la facultad «regularizar, aclarar y armonizar. Refundición legal *ultra vires*. Derogación o reforma posterior de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. Ley posterior que renumera los artículos del texto refundido. Propiedad intelectual. Legitimación de las entidades de gestión.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 66.2 y 82.4 y 5 CE. Artículos 135 de la LPI de 1987, 145 TRLPI de 1996 y 150 TRLPI renumerado por la Ley 5/1998.

La sentencia resuelve, y desestima, la cuestión de constitucionalidad planteada por un Juzgado de Madrid en relación con el párrafo segundo del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), por haber ido más allá de la autorización concedida al Gobierno para efectuar la citada refundición.

Para facilitar la comprensión del caso conviene resumir los avatares de la norma de referencia, cuyo origen está en el artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) de 1987, según el cual: *«Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales»*. La posterior aprobación de varias leyes especiales para incorporar algunas directivas, aconsejó

proceder a una refundición. A este objeto, la DA 2.^a de la Ley 27/1995 (de incorporación de la Directiva sobre plazo de protección de la propiedad intelectual) concedió al Gobierno la siguiente habilitación: «*Se autoriza al Gobierno para que, antes del 30 de junio de 1996, apruebe un texto que refunda las disposiciones legales en materia de propiedad intelectual que se encuentren vigentes a la entrada en vigor de la presente ley, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que hayan de ser refundido*». Esta disposición se amplió poco después al contenido de la Ley 28/1995 (de incorporación de la Directiva sobre satélite y cable), mediante su DF 1.^a

El TRLPI se aprobó por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Su artículo 145 reproducía el artículo 135 de la LPI de 1987, pero añadía un segundo párrafo del siguiente tenor: «*A los efectos establecidos en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la entidad de gestión estará obligada a aportar al proceso copia de sus Estatutos, así como certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado podrá oponer exclusivamente, acreditándolo debidamente, la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente*». Más tarde, la Ley 5/1998 (de incorporación de la Directiva sobre bases de datos) reenumeró el precepto, que pasó a ser el 150 TRLPI. Posteriormente, la sentencia de 9 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) anuló el segundo párrafo transcrito, por haber incurrido en *ultra vires* y por omisión del dictamen preceptivo del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (DF 2.^a, 4), ya se había anticipado a dar una nueva redacción al polémico artículo 150 TRLPI. En ella se mantenía lo previsto en el primer párrafo en cuanto a la legitimación de las entidades de gestión, dando al segundo la siguiente redacción, todavía vigente: «*Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente*».

Con este trasfondo, en el marco de un litigio planteado en 1997 entre la SGAE y una productora de discos, ésta, demandada, opuso la pretendida falta de legitimación de la actora, denunciando al propio tiempo la inconstitucionalidad del artículo 145 párrafo segundo TRLPI, por infracción del artículo 82 CE (delegaciones legislativas). El Juzgado accedió a plantear la cuestión solicitada. No obstante, en el momento de hacerlo (1999), el precepto ya había pasado a ser el art. 150 TRLPI y la cuestión se planteó con referencia a él. Las dudas no afectaban a aspectos materiales. En particular, el Juzgado no consideraba que el art. 150 párrafo segundo TRLPI pudiera afectar al derecho a la tutela judicial, por provocar la indefensión del demandado. En este sentido, cabe señalar que la acreditación de la «*falta de representación de la actora*», aunque difícil, no es imposible: bastará aportar una declaración del titular de derechos en tal sentido para desplazar sobre la entidad la carga de la prueba. El Juzgado centraba sus dudas en la cuestión formal del alcance de la habilitación. A su juicio, la norma era inconstitucional por haberse excedido de ésta. Los preceptos infringidos serían los artículos 9.3 (principio de legalidad y jerarquía normativa), 66.2 (potestad legislativa de las Cortes) y 82 (delegaciones legislativas).

Planteada la cuestión en estos términos, el TC empieza por recordar que la posterior aprobación, por la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, de un texto

sustancialmente idéntico al discutido, no priva de contenido a la cuestión: «*En los procesos que dimanen de cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esas operaciones resulte o no aplicable al proceso a quo y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo*» (FJ 2). La cuestión planteada seguía así teniendo sentido, toda vez que la última reforma del artículo 150 TRLPI, llevada a cabo por la Ley de Enjuiciamiento Civil, entró en vigor en 2001 y, por tanto, el caso debía resolverse aplicando el derecho anterior.

El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación de la Cuestión por razones procesales. El Juzgado no habría cumplido el trámite de audiencia, ni explicitado la relevancia del pronunciamiento del TC de cara a sentenciar el caso. El TC admite esos defectos, precisando, en cuanto al segundo, que la reenumeración del artículo 145 TRLPI por obra de la Ley 5/1998 no era irrelevante, contra lo que el Juzgado había dado por sentado. A este propósito señala la sentencia que: «*Resultaba obligado que el Juzgado explicitara las razones por las que consideraba que el pretendido exceso en la refundición legislativa que afectaba al antiguo párrafo segundo del artículo 145 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, no resultaba sanado por la citada Ley 5/1998, de 6 de marzo*» (FJ 7). La repetida Ley 5/1998, al incorporar la Directiva de bases de datos, dio nueva redacción a algunos preceptos del TRLPI y, simplemente, cambió la numeración de otros. Esto último, sin embargo, no carece de efectos. «*Como señala el Abogado del Estado, de ese diverso alcance innovador de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, no cabe inferir un distinto rango en la jerarquía de fuentes, por cuanto lo decisivo en la teoría de las normas es su conexión con la fuente o poder del que emanan y no sus contenidos materiales, como ya descartara la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 4.a). Del mismo modo, el hecho de que un determinado texto legal mantenga su denominación primitiva tras una modificación parcial de su articulado es una cuestión semántica que atiende a razones de oportunidad, siendo lo relevante la voluntad del órgano que lo aprueba. Por ello, cuando el artículo 6.4 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, establece que el nuevo artículo 150 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996 tenga la misma redacción que el anterior artículo 145, esa norma ya no es imputable a una refundición del poder ejecutivo en virtud de una delegación precedente, sino a la voluntad del propio poder legislativo, puesto que es éste quien manda observarla, aunque sea por vía de remisión: no redacta de nuevo el precepto, sino que asume su contenido con la redacción que ya tenía inicialmente en virtud del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996*» (FJ 7). Y añade: «*En suma, en virtud de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que ratifica el contenido del artículo 145 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996, dando nueva numeración a este precepto, pero manteniendo íntegramente su redacción inicial, se produce la convalidación del posible exceso en que hubiera podido incurrir el Gobierno en el ejercicio de la refun-*

dición legislativa (vicio de ultra vires que, como ya quedó señalado, apreció la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 9 y 10 de febrero de 2000 respecto del segundo inciso del párrafo segundo del artículo 145 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996), lo que determina que la duda de constitucionalidad que se expresa por el Juzgado promovente de la presente cuestión carezca de fundamento tal como ha sido planteada» (FJ 7).

Sin perjuicio de lo anterior, el TTC entiende que la Cuestión habría sido igualmente desestimada aunque se hubiera formulado con referencia al artículo 145 TRLPI, anterior a la reenumeración llevada a cabo por la Ley 5/1998. De un lado, porque la anulación del segundo inciso («*El demandado podrá oponer exclusivamente...*») por parte del Tribunal Supremo, priva de sentido a todo pronunciamiento del TC al respecto. De otro, y en lo que atañe al primero («*A los efectos establecidos en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la entidad de gestión estará obligada a aportar...*»), porque la autorización al Gobierno para refundir las leyes sobre propiedad intelectual (DF 2.ª Ley 27/1995), «*no se circunscribía a la mera formulación de un texto único, sino que incluía la facultad, conforme al artículo 82.5 CE, de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que hubieran de ser refundidos*» (FJ 8). El TC admite que, de los dos supuestos de delegación legislativa previstos en el artículo 82 CE (leyes de bases para la elaboración de un texto articulado, artículo 82.4 CE; y autorización para refundir, artículo 82.5 CE), el margen de actuación del Gobierno es mayor en el primero que en el segundo. «*Pero no es menos cierto que la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el artículo 82.5 CE, es decir, el que incluye la facultad «de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos», pues ello permite al Gobierno, como hemos dicho en la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16, la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático» (FJ 8). En definitiva, concluye el TC, «*el precepto legal cuestionado aclara el sentido y alcance del citado artículo 135 de la Ley de propiedad intelectual de 1987 («las entidades de gestión una vez autorizadas estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales»)* y, en consecuencia, el Gobierno no se ha extralimitado en el ejercicio de la delegación legislativa, pues la labor refundidora permite, incluso, como ya advertíamos, «*introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de la refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido*» (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16)» (FJ 8).*

STC 177/2007, de 23 de julio

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes. Voto particular de Pérez Tremps.

Conceptos: Filiación. Pruebas biológicas. Negativa a someterse. Prueba no acordada.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 767.4 LEC.

El demandante de amparo, entiende que se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Las Sentencias impugnadas consideran como elemento decisivo para entender acreditada la filiación paterna extramatrimonial, la negativa injustificada del recurrente a someterse a la prueba pericial biológica, cuando lo cierto es que la prueba en cuestión ni siquiera fue acordada por el Juzgado.

Es cierto que el artículo 767.4 LEC determina que la *«negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios»*.

Ahora bien, para que pueda hablarse de negativa injustificada es necesario que dicha prueba haya sido efectivamente acordada por el órgano judicial en el proceso de reclamación de filiación. Como quedó acreditado, el Juzgado de Primera Instancia no llegó en ningún momento a acordar la práctica de la prueba biológica de paternidad, pese a la cual la Sentencia de instancia –confirmada por la de apelación– considera acreditada la filiación paterna extramatrimonial reclamada por la negativa infundada del demandado a someterse a la prueba de paternidad, unida a la existencia de otras pruebas indiciarias de las que los órganos judiciales infieren la existencia de relaciones sexuales entre el recurrente en amparo y la madre de los actores en la época en la que tuvo lugar la concepción de éstos. En opinión del TC *«La lógica del razonamiento judicial quiebra totalmente, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, desde el momento de que se parte de la premisa de la negativa injustificada de éste a someterse a la prueba biológica de paternidad, cuando tal negativa sólo puede desplegar efectos jurídicos de conformidad con la citada doctrina constitucional (y del tenor del artículo 767.4 LEC) cuando el órgano judicial haya acordado la admisión y práctica de la prueba en el proceso, lo que, como ha quedado expuesto, no acontece en el presente caso, pues el Juzgado acordó no haber lugar a la práctica de dicha prueba (que tampoco fue acordada en apelación)»* (FJ. 4). Y añade: *«En definitiva, en aplicación de esta doctrina debemos concluir que en el presente caso la respuesta judicial, construida sobre la premisa lógica de una negativa injustificada del demandado en el proceso a quo a someterse a la prueba biológica de paternidad, pese a que tal prueba no llegó a ser formalmente acordada por los órganos judiciales en ningún momento, resulta irrazonable y, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente»* (FJ 5).

La sentencia incluye un voto particular discrepante. En síntesis la argumentación del magistrado se basa en que: *«La jurisprudencia de este Tribunal sobre la prueba de paternidad tiene el alcance de hacer posible que los órganos judiciales valoren, en el contexto de la actividad probatoria desarrollada, la conducta de la parte renuente al sometimiento a dicha prueba como un elemento indiciario más respecto de la paternidad controvertida. De ello no cabe derivar, como defiende la mayoría, que constitucionalmente*

deba rechazarse la posibilidad de valorar cualquier otra conducta o estrategia procesal que no parta de la base de que el órgano judicial hubiera acordado formalmente la práctica de la prueba. En efecto, el juicio sobre la razonabilidad de la valoración judicial de la conducta procesal de una de las partes debe depender exclusivamente, tal como ya ha reiterado este Tribunal, de que en el proceso argumental no se parta de premisas inexistentes o patentemente erróneas o se siga un desarrollo argumental que incurra en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (por todas, STC 104/2006, de 3 de abril, FJ 7)».

STC 204/2007, de 24 de septiembre

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Modificación de pensión compensatoria. *Reformatio in peius*: Indefensión y tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

El supuesto es sencillo en su planteamiento. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia en la que tras decretar la separación del matrimonio, se incluyó, entre otros extremos, este pronunciamiento que, en lo que a este caso interesa, se circunscribe a la frase siguiente: «*Se establece a cargo del esposo y en favor de la esposa pensión compensatoria por una cuantía de... si bien, en el momento en que comience a trabajar la esposa no deberá abonarse por el esposo y, en todo caso, en un plazo máximo de cinco años a partir de esta resolución se extinguirá su derecho a percibirla*». Esta resolución fue apelada por el hoy recurrente (en referencia a la cuantía y otros extremos) y, sin que mediara otro recurso de apelación que así lo solicitase, dejó sin efecto la condición de que la pensión se extinguiría en el momento en el que la esposa comenzara a trabajar.

Según doctrina ya consolidada, la denominada reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación.

En este sentido la sentencia reseñada indica que «*Desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; o 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4) pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por*

él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales» (FJ.3).

Por consiguiente, *«la supresión de la condición establecida por el Juez de Primera Instancia para la continuidad en la exigibilidad de la pensión compensatoria empeoró la situación del apelante sin que hubiese mediado solicitud alguna a la Audiencia Provincial para que adoptase tal determinación, lo cual hace incurrir a la resolución judicial en un vicio de incongruencia “extra petita” (vulnerando la prohibición de reforma peyorativa), pues el pronunciamiento efectuado en la Sentencia de apelación no había sido solicitado al órgano judicial por ninguna de las partes y, en consecuencia, resultaba ajeno al debate procesal, no encontrando, por otra parte, cobijo en la aplicación de normas de Derecho necesario que hubieran de ser aplicadas de oficio por el órgano judicial» (FJ 4).*

STC 206/2007, de 24 de septiembre

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Intimidad, integridad, tutela judicial efectiva y análisis médicos. Extracción de sangre no consentida a persona accidentada.

Preceptos de referencia: Artículos 15, 18.1, 24.1 y 24.2 CE.

Se produjo un accidente de tráfico, en el que el vehículo conducido por el recurrente se salió de la carretera y volcó. El conductor resultó herido y fue trasladado al Hospital. En el atestado se hizo constar que, ante la imposibilidad de someter al conductor a las pruebas de detección alcohólica por el método de aire espirado, por hallarse hospitalizado, y dada la presencia de una serie de síntomas de embriaguez, se solicita una analítica de las muestras de sangre extraídas por razones terapéuticas, con el fin de determinar la tasa de alcohol en sangre o de otras sustancias estupefacientes, psicotrópicas, estimulantes o análogas.

El recurrente entendió vulnerados entre otros los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE), a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Se denuncia, la vulneración de tales derechos fundamentales en la medida en que la extracción de sangre se produjo sin conocimiento ni autorización del afectado y sin autorización judicial alguna e invocando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se denuncia la insuficiente motivación de ambas Sentencias, al no pronunciarse en absoluto respecto a la nulidad de pleno derecho de la prueba de extracción de sangre, su posterior traslado al laboratorio y el resultado de la misma, alegado en ambas instancias.

«Conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) protege la inviolabilidad de la persona, no sólo en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también –en lo que ahora interesa– contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento [...] Ahora bien, como se ha hecho constar en los antecedentes de la presente Sentencia, del examen de las actuaciones se desprende, en

primer lugar, que lo solicitado mediante oficio por la Guardia civil al centro hospitalario en el que fue ingresado el demandante de amparo tras el accidente de tráfico, no es la extracción de sangre, sino la práctica de un análisis sobre las muestras de sangre que le habían sido extraídas con fines terapéuticos, al objeto de determinar la tasa de alcohol en sangre o de otras sustancias estupefacientes, psicotrópicas, estimulantes o análogas (folio 20 de las actuaciones) [...] No estando acreditado, por tanto, que se tratara de una intervención corporal coactiva y practicada en contra de la voluntad del interesado, no cabe considerar afectado el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), como expresamente hemos afirmado, entre otras, en las SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6» (FJ 3).

Por lo que respecta a la afectación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Este derecho implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana. En relación con las diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal, el TC ya ha reiterado que las intervenciones corporales pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, si se trata de información referente a la esfera de la vida privada y que el sujeto puede no querer desvelar, como la relativa al consumo de alcohol o de drogas (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5, por todas).

«Constatada la afectación del derecho fundamental a la intimidad personal, hemos de analizar a continuación si tal afectación resulta constitucionalmente legítima o si, por el contrario, constituye una vulneración del derecho afectado [entendiendo que] se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida. [...] Y profundizando en esa exigencia, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 6, recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) exige que «las limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997). La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11)» (FJ.5).

Ya en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, quedaron establecidos los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad y que son los siguientes: «*la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”); que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada la misma sólo por la vía reglamentaria (principio de legalidad); que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (FJ.6).*

Descendiendo de la doctrina general al caso que nos ocupa, puede afirmarse que la diligencia probatoria se orienta a un fin constitucionalmente legítimo (el análisis se solicita para determinar la tasa de alcohol en sangre o la presencia de otras sustancias tóxicas), se realiza en el marco de la investigación de un delito de conducción bajo el efecto de este tipo de sustancias y al objeto de determinar un hecho relevante para el proceso penal, cual es la determinación del grado de impregnación alcohólica. «*Pero no existe constancia alguna de que fuera informado expresamente de la prueba que se pretendía practicar (análisis de sangre) y de la finalidad de la misma (determinar la tasa de alcohol en sangre o la presencia de otras sustancias estupefacientes), una prueba que resultaba ajena a toda finalidad terapéutica y que, por ello, no resultaba previsible para quien es sometido a pruebas médicas por el personal facultativo de un centro hospitalario en el que se encuentra ingresado tras sufrir un accidente de tráfico. Siendo así, ha de descartarse la presencia de un consentimiento informado eficaz del afectado que legitime la medida, aun partiendo de la premisa fáctica de que existiera consentimiento en la extracción de sangre (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 9)» (FJ.7).*

En conclusión, al haberse invadido la esfera privada del recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial y, al no haberse acreditado la urgente necesidad de la intervención policial sin mandato judicial previo ni la proporcionalidad de la misma, se ha vulnerado el artículo 18.1 CE, lo que determina la nulidad de la prueba obtenida como consecuencia de dicha vulneración.

STC 209/2007, de 24 de septiembre

RA: Desestimado.

Ponente: Casas Bahamonde.

Conceptos: Inviolabilidad domiciliaria. Estancia ocasional en el domicilio de un amigo. Registro policial con autorización del titular del domicilio. Titularidad civil del domicilio y titularidad a efectos del derecho constitucional a la inviolabilidad domiciliaria. Titularidad individual del derecho fundamental y convivencia de varias personas en un mismo domicilio. Consentimiento tácito a la entrada de la policía.

Preceptos de referencia: Artículo 18.2 CE.

La sentencia resuelve un caso curioso que la sentencia del TC resume así: *«El demandante de amparo fue detenido por agentes de la Guardia civil en la vivienda de un amigo, en la que llevaba varios días pernoctando. Dado que la entrada policial se produjo con el consentimiento de dicho amigo, arrendatario del inmueble y morador en él, pero, a su entender, sin el suyo, y como además dicha entrada no había sido judicialmente autorizada ni se debía a la comisión flagrante de un delito, considera el demandante de amparo que se ha vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE)»* (FJ 1). La situación planteaba tres cuestiones a las que el TC se refiere sucesivamente. En primer lugar: ¿Era el detenido titular del domicilio en que se produjo su detención, a los efectos del artículo 18.2 CE? En segundo: ¿Bastaba el consentimiento del amigo, titular civil, para legitimar la entrada? En tercero: ¿Realmente la entrada no fue consentida por el detenido?

El rechazo del amparo se basa en la respuesta dada a la tercera cuestión. El detenido, en realidad, consintió la entrada de la policía y, por tanto, quedaba excluida de raíz la violación del domicilio. No hubo una autorización expresa. Tampoco oposición. Pero, dadas las circunstancias, el TC consideró que sí había habido consentimiento, de carácter tácito: *«Esta convergencia de la autorización y facilitación de la entrada policial por parte del primer comorador, titular originario del domicilio, y de la pasividad al respecto del recurrente, segundo comorador por concesión graciosa del primero, permite afirmar en el presente caso, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que, siquiera de modo tácito, concurrió el consentimiento de aquél respecto a la entrada policial que ahora considera vulneradora de su derecho a la inviolabilidad de domicilio. Es por ello por lo que su queja de amparo no puede prosperar»* (FJ 5).

Aunque lo anterior habría bastado para resolver el caso, el TC también da respuesta detallada a las dos primeras cuestiones. En cuanto a la primera, para subrayar que la estancia en casa de un amigo, aunque sea de forma transitoria, si en efecto se trata de establecer en ella la morada, da lugar a la protección que brinda el art. 18.2 CE. Ello está en línea con pronunciamientos anteriores, a propósito de las habitaciones de hotel (STC 10/2002) o de residencias militares (STC 189/2004).

La segunda cuestión resultaba menos fácil. El derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria es individual (STC 22/2003). ¿Cómo se ejerce entonces cuando varias personas conviven en un mismo espacio? ¿Basta el consentimiento de uno? ¿Han de consentir todos? ¿Qué hacer en caso de discrepancia?...

Como regla general prevalece la voluntad de exclusión sobre la de acogida (*«cada titular del [derecho] mantiene una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliario que se impone al ejercicio del libre desarrollo de*

la personalidad del comorador que desea la visita de un tercero que no mora en él», FJ 3); sin perjuicio de los pactos explícitos o implícitos en los que suele basarse la confianza de los terceros («la composición razonable de los intereses en juego» hace que los comoradores «usualmente pacten explícita o implícitamente la tolerancia de las entradas ajenas consentidas por otro comorador y que los terceros que ingresen en el domicilio puedan así confiar a priori en que la autorización de uno de los titulares del domicilio comporta la de los demás», FJ 3; cfr. STC 22/2003).

No obstante, en el caso origen de la petición de amparo, la valoración del TC es diferente. En principio, el derecho de exclusión del morador ocasional, no puede prevalecer sobre el derecho de dar acceso a quien le parezca, que corresponde al morador estable. Eso es lo que quiere decir el TC cuando afirma: «Una limitación específica del derecho personal y general de exclusión del titular del domicilio concurre en el derecho de quien habita en una morada por concesión graciosa de un morador que, por las razones que sean, tenga a bien soportar sin contraprestaciones los inconvenientes que comporta su paso a una situación de comorador. En estos supuestos, la lógica de la relación entre los moradores y la propia viabilidad de este tipo de concesiones posesorias hacen que no sea válida la ponderación de intereses que el derecho a la inviolabilidad de domicilio resuelve en favor de la exclusión respecto a la inclusión de la visita ajena, y que no pueda imponerse la facultad de exclusión del nuevo morador frente al interés del titular originario de aceptar entradas en su domicilio y organizar de tal modo su vida personal» (FJ 4). Ha de entenderse que la persona acogida en el domicilio de un amigo acepta las entradas que éste consiente.

Ahora bien, el caso no sólo es peculiar por el hecho de tratarse de un amigo que vive temporalmente en casa ajena. También lo es porque la entrada fue para detenerle. Por tal razón, el TC se aparta de la regla general y considera insuficiente el consentimiento del morador permanente: «Esta limitación del derecho a la inviolabilidad de domicilio del segundo comorador, sin embargo, puede encontrar a su vez un límite (la excepción de la excepción que provoca el regreso a la regla general) en aquellos casos en los que la intromisión en el domicilio sea ajena a los intereses del titular originario y esté a la vez específicamente orientada a alterar la privacidad de aquél por parte de los agentes de la autoridad. Esto es lo que sucede en el presente caso. Frente a la petición de autorización de los agentes policiales para entrar en la morada a los efectos de detener al sospechoso, o de registrar sus pertenencias, no puede invocarse la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio del morador en precario en relación con las entradas consentidas por quien le cede la posesión, pues, al tiempo que sólo de un modo muy tenue está en juego el desarrollo de la personalidad de éste, queda, sin embargo, afectado con la máxima intensidad el derecho de aquél a la preservación de un ámbito espacial íntimo a través de una facultad de exclusión del mismo «de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro» (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). La ponderación de intereses que está en la base del derecho a la inviolabilidad de domicilio debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada» (FJ 4).

STC 217/2007, de 8 de octubre

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a la defensa y asistencia letrada. Derecho a la justicia gratuita. Legitimación activa de asociación de consumidores y usuarios.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1, 24.2 y 119 CE; artículo 11 LEC, artículo 2.2 y 20.1 Ley 26/1984 LGDCU, Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Una asociación de consumidores y usuarios interpuso, en nombre de uno de sus asociados, una acción de reclamación de cantidad contra una compañía de seguros y solicitó beneficio de asistencia jurídica gratuita. Dicho beneficio le fue denegado por la Comisión de asistencia jurídica gratuita de Murcia alegando que la acción no se interponía en representación de intereses generales de los consumidores sino exclusivamente en defensa de los intereses de uno de ellos, miembro de la asociación. El juzgado de primera instancia de Murcia confirmó dicha resolución mediante auto contra el que se interpone recurso de amparo al considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción y en relación con los derechos a la defensa y asistencia letrada (art. 24.2 CE) y a la justicia gratuita (art. 119 CE).

El TC pone de relieve la relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y recuerda que el artículo 119 CE reconoce un derecho prestacional, de carácter instrumental y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitar al legislador (FJ 2), sin que exista ningún obstáculo en la CE para que tal derecho sea reconocido a las personas jurídicas (FJ 3).

La regulación del derecho se halla en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, cuya Disposición Adicional Segunda reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el art. 2.2. de la Ley 26/1984 (LGDCU), esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Asimismo, el art. 20.1 de la LGDCU, en la redacción vigente a la fecha de dictarse el Auto impugnado, establece que las asociaciones de consumidores y usuarios tendrán como finalidad la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2 LGDCU.

Sentado este marco, conviene señalar que el objeto de discusión en el Auto impugnado no era si el beneficio solicitado entraba dentro de los parámetros de «productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado» sino únicamente si resultaba aplicable el beneficio para la defensa de un interés individual de un asociado. Según la Comisión y el Auto del Juzgado, el derecho cuestionado únicamente puede ser reconocido a las asociaciones de consumidores si tratándose de productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, las asociaciones actúan en defensa de una pluralidad de asociados.

El TC considera que el citado razonamiento pone de manifiesto una injustificada restricción de los términos en los que la legislación referida reconoce a

las asociaciones de consumidores y usuarios el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Según el TC, la opción del legislador es atribuir a las asociaciones el beneficio en cuestión tanto si se trata del ejercicio de acciones colectivas como si se trata de ejercer acciones individuales (art. 11.1 de la Ley de enjuiciamiento civil), entendiéndose que la defensa de los derechos e intereses de uno de sus asociados trasciende el mero interés particular cuando la reclamación guarde relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, como ocurre en el caso de los seguros. Asimismo, el TC declara que el tenor de las prescripciones legales no permite un entendimiento restrictivo del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores si bien ello no excluye que el legislador pueda optar en el futuro por una regulación distinta del derecho cuestionado (FJ 4).

Declara el TC (FJ 5) que la interpretación y aplicación realizada en el supuesto recurrido ha sido «irrazonable y desproporcionada», privando así injustificadamente a la asociación recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al proceso, del que es instrumento el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Concluye el Alto Tribunal que el Auto impugnado, al denegar a la asociación demandante el beneficio de justicia gratuita, vulneró sus derechos a la defensa y asistencia letrada (art. 24.2 CE) y en consecuencia otorga el amparo solicitado, anulando el Auto impugnado y ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse el mismo a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho de la asociación de consumidores y usuarios demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de acceso a la jurisdicción, y a los derechos a la defensa y asistencia letrada (art. 24.2 CE).

Nota.—En relación con la determinada configuración legal del derecho a la asistencia jurídica gratuita que el TC reconoce al legislador, debe señalarse que la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 312 de 30 de diciembre) dio una nueva redacción al art. 22.1.d) de la LGDCU según el cual se reconocía a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito *supraautonómico* legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, el derecho a disfrutar de asistencia jurídica gratuita. Derogada la LGDCU por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287 de 30 noviembre), el art. 37 del texto refundido recoge el requisito señalado (tratarse de asociaciones de ámbito *supraautonómico*).

STC 233/2007, de 5 de noviembre

Recurso de amparo: Desestimado.

Ponente: Jiménez-Sánchez.

Conceptos: Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Presunto cambio de puesto de trabajo tras embarazo complicado. Baja laboral, sucesiva maternidad y excedencia para el cuidado de los hijos. Límites al derecho de reserva de puesto de trabajo.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. Artículo 14 CEDH. Artículos 44 y 50 LOTC. Artículos 20 y 46 LET. Artículos 44 y 292 LOPJ.

Recurso de amparo promovido por una trabajadora contra sentencia de la sección primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid dictada en recurso de suplicación contra sentencia de un Juzgado de lo Social de Madrid desestimatoria de la pretensión de la actora de reintegración en el mismo puesto de trabajo una vez rebasado el plazo legalmente establecido de un año. El TC no aprecia la vulneración denunciada.

1. Pretendida falta de agotamiento de la vía judicial previa por no utilización del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la justicia.—La empresa demandada sostiene en el recurso que la actora no agotó la vía judicial previa, toda vez que no hizo uso de la reclamación prevista en el artículo 292 LOPJ frente a los alegados errores judiciales del Tribunal Superior de Justicia a la hora de valorar los hechos; una alegación cuya estimación obligaría a inadmitir el recurso de amparo. Al respecto cabe recordar que es criterio constante del TC que, para que pueda estimarse la falta de agotamiento de la vía judicial previa debe acreditarse la posibilidad razonable y justificada de recurso en el supuesto concreto, esto es, su idoneidad. A mayor abundamiento, la actora no persigue la obtención de una indemnización ni funda su demanda en causas que puedan dar lugar a tal reclamación. Tampoco plantea como objeto del debate la responsabilidad del Estado por un error judicial.

2. Ámbito de la cobertura del derecho a la no discriminación por razón de sexo.—El derecho a la excedencia por el cuidado de los hijos, regulado en el artículo 46.3 LET, está reconocido tanto a hombres como mujeres. Sucede, sin embargo que tal precepto y, en general, la aplicación de la legalidad, exigen que se lleve a cabo conforme a los principios constitucionales y es claro que este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y su ejercicio son solicitados casi de manera exclusiva por las mujeres, de modo que, *de facto*, el derecho puede verse fácilmente comprometido con prácticas discriminatorias. Y se ve comprometido no sólo cuando a la trabajadora se le niegan o limitan las garantías al derecho ejercitado —como lo es la reserva de puesto de trabajo—, sino también cuando se le priva o limita el acceso a otros derechos, aún no conectados específicamente, generándole perjuicios o minusvaloraciones; o cuando padece conductas que responden a motivaciones discriminatorias —*v. gr.*, represalias—, con independencia del grado o intensidad del perjuicio ocasionado.

3. Prueba del motivo y distribución de la carga probatoria.—Sostiene asimismo el TC de manera pacífica, desde su sentencia 38/1981, de 23 de noviembre que, cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, debe procederse a una distribución de la carga de la prueba de modo que, incumbe al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y al empresario acreditar que su decisión obedece a causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración y de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

4. Posible alcance de la violación del derecho fundamental a la no discriminación.—Como ha sido expresado en anteriores sentencias de este mismo Alto Tribunal (SSTC 3/2007, de 15 de enero, STC 17/2007 de 12 de febrero) y constituye constante doctrina desde su sentencia 75/1983, de 3 de agosto, el contenido del artículo 14 CE comprende, no solamente la cláusula general de igualdad, sino la prohibición de discriminación por una serie de razones o motivos concretos, que no constituyen una lista cerrada de supuestos de discriminación. Y si bien para el principio genérico de igualdad no se postula, ni como fin ni como medio, la paridad (sólo exige la razonabilidad

de la diferencia normativa de trato), para la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y, generalmente también como medio la parificación, de modo que la distinción sólo puede operar excepcionalmente por el legislador –y con gran rigor– en las exigencias materiales de proporcionalidad y en la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación, que recae sobre quien asume la defensa de la misma.

La sentencia reitera asimismo que la discriminación por razón de sexo comprende, no sólo los supuestos de pura y simple constatación del sexo de la víctima como causa, sino también los casos de conexión directa e inequívoca con este factor (embarazo, maternidad, guarda de hijos de corta edad, etc.).

Ahora bien, no toda infracción legal supone o provoca discriminación. En el caso enjuiciado, ni se aprecia motivación discriminatoria en la conducta empresarial, ni se advierte la causación de un perjuicio de carácter discriminatorio, no existe acreditación *ad casum* de un perjuicio de carácter discriminatorio asociado al ejercicio del derecho de excedencia por cuidado de hijos. La previsión legal establece una garantía a la reserva del puesto de trabajo. El incumplimiento legal resultaría discriminatorio si llevase aparejado un trato peyorativo en las condiciones legales o una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora. En el caso de autos se respeta su categoría profesional, su horario y sueldo, esto es, en definitiva sus derechos profesionales y económicos.

STC 235/2007, de 7 de noviembre

CI: Estimada parcialmente. Inconstitucionalidad parcial del artículo 607.2 CP.

Ponente: Gay Montalvo. Votos particulares discrepantes de García-Calvo, Rodríguez-Zapata, Rodríguez Arribas y Sala Sánchez.

Conceptos: Caso Librería Europa. Delito de negación o justificación de delitos de genocidio y libertad de expresión. Libertad científica. Sentencias interpretativas y sus límites.

Preceptos de referencia: Art. 607.2 CP; Art. 20 CE.

«No creo que sea verdad que los nazis mataran a tantos judíos». «Sospecho que en la historia del llamado Holocausto hay mucha fábula». «El Holocausto es un invento para justificar la creación del Estado de Israel». «Los judíos estaban al servicio de intereses extranjeros, contrarios a Alemania»... Todos hemos oído o incluso leído en alguna ocasión frases de este corte, o más sibilinas, con las que se pretende negar, relativizar o justificar los crímenes cometidos por el nazismo. Ciertamente, no es posible impedir que alguien tenga esas creencias o albergue esas opiniones. ¿Pero le es lícito expresarlas y difundirlas?... ¿Deben confiarse la salud democrática y el futuro de la sociedad al libre juego del mercado de las ideas o, por el contrario, es preferible intervenir en él y, en este caso, en qué medida?... Como es lógico, esta difícil e importante problemática ha llegado a los tribunales de diferentes países, así como al TEDH. También el TC español ha tenido que afrontarla. Hay, a este propósito, dos sentencias bien conocidas: la 214/1991, de 11 de noviembre (*caso León Degrelle*) y la 176/1995, de 12 de enero (*caso del cómic Hitler-SS*). La que ahora nos ocupa sería la tercera y tiene su origen en las actividades de una librería barcelonesa, la Librería Europa. Su titular, el Sr. Pedro Varela, había «*venido procediendo de forma*

habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial. [...] La inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como “a las ratas”» (del relato de hechos probados de la sentencia de primera instancia). El Juzgado penal condenó al Sr. Varela como autor responsable de un delito continuado de genocidio (art. 607.2 CP) y de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP). Apelada la sentencia, la Audiencia de Barcelona entendió procedente someter al TC la constitucionalidad del art. 607.2 CP, por considerarlo contrario a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Tras un primer fracaso por razones formales (ATC 24/2000, 18 de enero), la cuestión fue admitida a trámite.

El art. 607 CP (único del capítulo dedicado a los delitos de genocidio) tipifica y sanciona en su apartado primero diversos actos realizados con propósito de destruir total o parcialmente algún grupo nacional, étnico, racial o religioso (matar a alguno de sus miembros; agredirle sexualmente o causarle las lesiones previstas en el art. 149 CP, entre las que se incluye la esterilización; someterles a condiciones de existencia peligrosas para su vida o salud; forzarles a desplazarse, etc.). Seguidamente, el apartado segundo, castiga con penas de una a dos años de prisión «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines] tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que aparen prácticas generadoras de los mismos». La Audiencia de Barcelona consideraba que el precepto transcrito: «Constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que de la apología del delito ofrece el art. 18 CP ni, en consecuencia, sanciona la apología de los delitos de genocidio ni tampoco la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código penal (arts. 510, 515.5, 519 y 615 CP). La conducta sancionada por el art. 607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio». Dado que «la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales», hay que concluir que el bien jurídico al que el art. 607.2 CP dispensaría protección penal «presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un “clima favorecedor de conductas discriminatorias”». Este bien, siempre a criterio de la Audiencia, no sería «merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión».

La sentencia del TC acepta el planteamiento básico de la Audiencia y reconoce la autonomía del art. 607.2 CP. Los actos previstos en el anterior art. 607.1 CP, observa, se caracterizan por un «dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social». En cambio, el art. 607.2 CP

añade «un tipo penal independiente, en el que ya no se incluye dicho dolo específico»; y, «puesto que no se exige expresamente elemento suplementario alguno, hay que considerar que en principio se trata de una difusión en cierto modo «neutra», con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar». Abundando en esta argumentación, el TC afirma que: «Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deletzables que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1.b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal» (FJ 6).

La cuestión, tal como la entiende el TC, consiste en establecer si las conductas sancionadas por el art. 607.2 CP pueden considerarse incursas en el llamado «discurso del odio», que la doctrina del TEDH ha dejado fuera de la cobertura otorgada por la libertad de expresión (cfr. sentencia *Ergogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999). Para ello el TC distingue entre la negación y la justificación de los delitos de genocidio: «Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores. De acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio» (FJ 7).

En el caso de la negación (mera negación), el TC se pronuncia por la inconstitucionalidad de la sanción penal. El discurso del odio «supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias» y no es eso lo que castiga el art. 607.2 CP. «La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane» (FJ 8). Cabría pensar que, tendencialmente, negar el delito persigue fomentar la hostilidad

contra los grupos afectados por él. Pero *«una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12)»* (FJ 8). El art. 607.2 CP, en lo que atañe a la negación de los delitos de genocidio, sólo sería conforme con la Constitución si exigiera que la conducta sancionada *«fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado»* (FJ 8). Pero ello, a juicio del TC, supondría ir más allá de lo admisible en el campo de las sentencias interpretativas: *«Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal»* (FJ 8). La conclusión es pues clara: La mera negación de los delitos de genocidio *«permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)»* (FJ 8). A ello hay que añadir que *«la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta [también] al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE»* (FJ 8; con remisión a la STC 43/2004, de 23 de marzo).

La conclusión es diferente en el caso de la segunda conducta contemplada en el art. 607.2 CP, consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Esta justificación pública expresa *«un juicio de valor»* y, por tanto, *«sí resulta posible apreciar el [...] elemento tendencial»* que faltaba en la difusión de la mera negación (FJ 9). *«La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es, incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE»* (FJ 9).

En conclusión, el TC declara inconstitucional y nula la expresión *«nieguen o»* en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal. En lo demás –es decir, en cuanto a la justificación del genocidio de refiere– se declara válido siempre que se interprete de conformidad con el FJ 9 de la sentencia.

La decisión provocó una profunda división del TC, manifestada en cuatro votos particulares discrepantes (de los magistrados García-Calvo, Rodríguez-Zapata, Rodríguez Arribas y Sala Sánchez), todos ellos favorables a la plena y directa constitucionalidad del art. 607.2 CP. Como cabe suponer, bajo el aparato técnico-jurídico, latían sensibilidades diferentes. No, por supuesto, en cuanto al repudio del genocidio. Pero sí en cuanto al deseable grado de implicación del Derecho penal en la persecución de conductas indirectamente relacionadas con él y que podrían quedar amparadas por la libertad de expresión.

La mayoría consideró que la negación (en rigor, la «mera» negación o negación «neutral») no puede castigarse penalmente, pues ello iría contra la libertad de expresión y de investigación científica; y también que la justificación sólo puede serlo si es, por así decirlo, «militante» (incitadora indirecta del delito) y no consiste en la mera adhesión ideológica a unas determinadas posiciones políticas. Los magistrados discrepantes, por el contrario, consideraban que el art. 607.2 CP ya incluye un elemento intencional y que, por tanto, ni hacía falta añadir precisiones interpretativas sobre la justificación de los delitos de genocidio, ni cabía declarar inconstitucional su negación; esto último en el bien entendido de que «no sería nunca admisible interpretar que el legislador del Código penal hubiera querido incriminar sólo una aséptica conducta de negación fáctica desprovista de toda intencionalidad» (voto particular de Sala Sánchez).

STC 236/2007, de 7 de noviembre

RI: Estimado parcialmente.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Derechos y libertades de los extranjeros. Extranjeros sin permiso de estancia o residencia. Personas y ciudadanos. Dignidad humana. Constitución española y Tratados Internacionales. Derechos que se estiman infringidos: reunión y manifestación; asociación; asistencia jurídica gratuita; educación; y libertad sindical. Derechos que no se estiman infringidos: intimidad y reagrupamiento familiar; tutela judicial efectiva; reeducación y reinserción social y *non bis in idem*; libertad personal; defensa en juicio.

Preceptos de referencia: Arts. 1.1, 7, 9.3, 10, 13.1, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24.1, 25, 27, 28.1, 39, 52, 53.1, 81.1, 106.1, 119, 162.1.a) de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La STC 236/2007 resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra diversos preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dicho recurso cuestiona la constitucionalidad de los puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de aquella Ley. De este modo, plantea la afectación de diversos derechos reconocidos no sólo en la CE sino también en diversos tratados de derechos humanos (*v. gr.*: Convenio Europeo, Pacto de Derechos civiles y políticos, etc.), al someter su ejercicio a la obtención de autorización de estancia o residencia en España.

Tras admitir la legitimación del Parlamento de Navarra para plantear el recurso, el TC aborda dos extremos de carácter general:

1) Libertad que el art. 13.1 CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el título I garantiza a los extranjeros en España, y límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales.—Se plantea al TC por primera vez la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquellos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en Espa-

ña. A este propósito, el TC señala que el artículo 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, a ojos del TC, al menos cuatro criterios: *a)* Grado de conexión de los derechos con la garantía de la dignidad humana; *b)* Contenido preceptivo del derecho, cuando éste sea reconocido a los extranjeros directamente por la CE; *c)* Contenido delimitado para el derecho por la CE y los tratados internacionales; y *d)* Necesidad de que las condiciones legales de ejercicio se dirijan a preservar otros derechos, bienes o intereses protegidos constitucionalmente; y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

2) La presunta contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, atribuyéndose a estos últimos la condición de parámetro de la constitucionalidad de las leyes españolas con base en el art. 10.2 CE.—El legislador debe respetar los límites impuestos, *ex art.* 10.2 CE, por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en la CE; pero sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades. La utilidad de estos textos internacionales radica en configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, pero no da rango constitucional a aquellos que, consagrados internacionalmente, no estén previstos expresamente por la CE. Por otro lado, la determinación de si la LO 8/2000 es o no constitucional comporta determinar si sus preceptos exceden o no los límites impuestos por la CE, pero de ningún modo obliga a examinar si cabrían otras opciones en materia de extranjería distintas a la adoptada.

En el marco general resultante de las anteriores consideraciones, el TC aborda cada una de las concretas cuestiones planteadas, estableciendo el grado de conexión y relevancia del derecho en juego con la garantía de la dignidad humana, valiéndose de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

1. Preceptos no conformes a la Constitución.—El TC resuelve la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la LO 8/2000 y otros concordantes, por contrariar los siguientes derechos.

a) Derecho de reunión y manifestación.—El punto 5 del artículo 1, exige la autorización de estancia o residencia en España para que los extranjeros puedan ejercer el derecho de reunión y manifestación, reconocido por el artículo 21.1 CE. El precepto, sin embargo, no se limita a condicionar el ejercicio del derecho ni se trata de una justificación (el derecho de reunión, como todo derecho fundamental, puede ser limitado en cuanto a su ejercicio, independientemente de quien lo ejerza), sino que va más allá e impide radicalmente cualquier ejercicio del mismo a los extranjeros en situación irregular. Por ello el TC lo declara inconstitucional, por vulnerar el artículo 21 CE.

Según la doctrina del TC y del TEDH, entre el derecho de reunión y la libertad de expresión existe una estrecha conexión, así como por el carácter participativo de aquel derecho en una sociedad democrática y como instrumento para la difusión de ideas y reivindicaciones de grupos sociales que a menudo no disponen de otros medios para expresarse ante los poderes públicos y ante la sociedad en general. El reconocimiento que el artículo 21.1 CE hace de este derecho lo realiza sin referencia alguna a la nacionalidad de quien lo ejerza y los preceptos de los instrumentos internacionales que lo

regulan utilizan expresiones que, según el TC, no permiten deducir que excluyan a los extranjeros ilegales. Esta definición constitucional realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre.

b) *Derecho de asociación.*—De modo similar al punto 5, el punto 6 del artículo 1 autoriza el ejercicio del derecho de asociación por los extranjeros siempre que tengan autorización de estancia o residencia en España. La similar fundamentación empleada en la demanda y en la réplica impulsa al TC a acoger la argumentación ya utilizada en el fundamento anterior y a concluir que la nueva redacción cuestionada, al excluir cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España, vulnera el artículo 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE, debiendo declararse inconstitucional. El derecho de asociación, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. La CE y los tratados internacionales lo proyectan universalmente, lo que hace constitucionalmente inadmisibles negar su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la autorización de estancia o residencia en España.

c) *Asistencia jurídica gratuita.*—El apartado 16 del artículo primero, expresa que «los extranjeros residentes» cuyos recursos económicos fueran insuficientes para litigar tienen, en igualdad de condiciones con los nacionales, derecho a la asistencia jurídica gratuita, en los procesos en los que sean parte y en cualquier jurisdicción. La aplicación de lo resuelto en la STC 95/2003, de 22 de mayo, lleva directamente a apreciar la inconstitucionalidad de este precepto por ser contrario al art. 24 CE. Dicho antecedente, partiendo de «la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva» y reiterando que son titulares de este derecho los extranjeros, «con independencia de su situación jurídica», concluye que la norma impugnada era inconstitucional por entrañar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los extranjeros que se hallasen en situación irregular en España y carecieran de recursos económicos, no podrían interponer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones administrativas referentes a su *status* de extranjero, singularmente las que acordaran su expulsión.

d) *Derecho a la educación.*—También el punto 7 del citado precepto establece para «los extranjeros residentes» el derecho a la educación «no obligatoria» en las mismas condiciones que los españoles (derecho de acceso a los otros niveles educativos, a la obtención de las titulaciones correspondientes, al acceso al sistema público de becas y ayudas). Dicho apartado debe leerse conjuntamente con el apartado 1 del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, cuya nueva redacción no ha sido denunciada por inconstitucional y que establece que «[t]odos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema de becas y ayudas». De la lectura cruzada de ambas normas resulta que mientras el artículo 9.1 no exige la condición de «residente» para ejercer el derecho a la educación cuando se trate de la enseñanza básica de un menor; el

artículo 1.7 sí lo requiere para la educación no obligatoria, independientemente de la edad.

El contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a los niveles superiores (aunque en ellos la CE no imponga la obligatoriedad y gratuidad), de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. Por lo tanto, el derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad hace referencia también al contenido del derecho a la educación y aunque su ejercicio pueda estar sometido a requisitos de mérito y capacidad, no puede depender de la situación administrativa del menor. Por ello, se declara la inconstitucionalidad del inciso «residentes» de la nueva redacción del art. 9.3 LO 4/2000. El derecho a la educación (art. 27.1 CE) corresponde a «todos», independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Así surge de interpretar la expresión «todos» del art. 27.1 CE a la luz de los textos internacionales que utilizan expresiones como «*toda persona tiene*» o «*a nadie se le puede negar*» este derecho. Por último, fija el TC que suprimir la residencia para el derecho a la educación no obligatoria en absoluto entrañaría una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, ya que quienes carezcan de dicha autorización podrán ser expulsados conforme a los procedimientos legales, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador.

De las normas internacionales reconociendo el derecho a la educación (arts. 26 de la Declaración de Derechos Humanos, 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 2 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos) se deduce la inequívoca vinculación de este derecho con la dignidad humana, debido a la trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad y la convivencia en sociedad, reforzada con la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para establecer una sociedad democrática avanzada.

e) *Derecho a la libertad sindical.*—El punto 9, que también reconoce el derecho de los extranjeros a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en iguales condiciones que los españoles siempre que gocen de autorización de estancia o residencia en el país, también fue declarado inconstitucional por el TC. La jurisprudencia entiende, siguiendo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales, que la titularidad del derecho de libertad sindical pertenece a «todos» los trabajadores en su caracterización material (no jurídico-formal) y a «todos» los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE). De allí que no resulte constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador. Dicha inconstitucionalidad se refiere exclusivamente al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional. El derecho de libertad sindical se ejerce exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, lo cual no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal en defensa de los intereses de los trabajadores.

2. Preceptos conformes a la constitución.—El TC rechaza la cuestión de inconstitucionalidad planteada con respecto a los siguientes derechos:

a) *Derecho a la intimidad familiar y reagrupamiento.*—El recurrente plantea que la remisión reglamentaria para desarrollar las condiciones de ejercicio del reagrupamiento familiar hecha en los puntos 12 y 13 del artículo 1 es inconstitucional por afectar el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). Para que dichos preceptos sean contrarios a la CE, debe existir una remisión reglamentaria en blanco para desarrollar las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la intimidad familiar ya que ello resultaría contrario a la reserva de Ley orgánica que realiza el artículo 81.1 CE o alternativamente la reserva de ley del artículo 53.1 CE por afectar al contenido y límites del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y por incumplir las exigencias constitucionales de tales remisiones. Sin embargo, el derecho a la reagrupación familiar no integra el contenido del derecho a la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, como ha reconocido nuestra jurisprudencia. La CE no reconoce un «derecho a la vida familiar» en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH; y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar. La reagrupación familiar constituye una modalidad de protección de la familia, principio consagrado en el artículo 39.1 CE. De allí y dado que sólo los «derechos fundamentales y libertades públicas» exigen ser regulados mediante Ley orgánica, el derecho al reagrupamiento familiar no está sometido ni a la correspondiente reserva (art. 81.1 CE), ni a la reserva de ley establecida para los «derechos y libertades reconocidos en el capítulo II» (art. 53.1 CE).

b) *Tutela judicial efectiva.*—De la lectura del punto 14 del artículo 1 resulta la necesidad de motivar las resoluciones denegatorias del visado sólo en tres supuestos (visados de residencia para reagrupación familiar, para la prestación de trabajo por cuenta ajena, o cuando la denegación se deba a que el solicitante está incluido en las lista de personas no admisibles previstas en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen); pero no en los demás casos, en los que ciertamente no se impone la no motivación sino que simplemente no se exige.

El derecho a la tutela judicial (art. 24 CE), derecho fundamental que pertenece a la persona en cuanto tal e imprescindible para la garantía de la dignidad humana, exige que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. Sin embargo, en el caso, la pretendida inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados no resulta procedente, puesto que: 1) no se trata de resoluciones judiciales, sino administrativas; y el deber de motivación de los actos administrativos pertenece por regla al ámbito de la legalidad ordinaria; 2) se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental, únicos casos en que podría alcanzarse una dimensión constitucional; 3) la obtención del visado no es un derecho del extranjero, dado que el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE; 4) la actividad administrativa, al quedar sometida a control de los Tribunales (art. 106.1 CE), respeta el artículo 9.3 CE ya que la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales.

c) *Reeducación y reinserción social y principio non bis in idem.*—Es lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido

delitos de cierta gravedad, tal como ha sido corroborado por el TEDH. Por tanto, se rechaza la pretendida inconstitucionalidad fundada en que el precepto en cuestión es contrario a los principios de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) e infringe el principio *non bis in idem*, conectado con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE), por entender que la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la sanción penal.

No se afecta el principio del *non bis in idem* desde que no existe identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión. La condena y la expulsión están orientadas a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos: la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería. El fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza afflictiva; en cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado. El art. 25.2 CE refiere a penas privativas de libertad y medidas a ella asimiladas por la ley, entre las que no estaría en ningún caso la expulsión del extranjero; aquel mandato se dirige al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la política penal y penitenciaria, no al legislador que establece medidas administrativas en el marco de la política de extranjería.

d) *Derecho a la libertad personal*.—La doctrina de la STC 115/1987, de 7 de julio, conduce directamente a desestimar el motivo de inconstitucionalidad en este punto. La voluntad de la ley es que, más allá de las setenta y dos horas, sea un juez quien decida el mantenimiento o no de la limitación de la libertad y el lugar de internamiento hasta el regreso; es decir, lo que el precepto impone es que se demande o solicite al juez autorización para que el extranjero pueda permanecer detenido pendiente el trámite de expulsión más allá del plazo señalado, siendo éste quien habrá de adoptar libremente la decisión.

e) *Derecho a la defensa en juicio*.—El examen de este motivo de inconstitucionalidad debe ceñirse a la pretendida vulneración del art. 24 CE basada en la indefensión que causaría la brevedad del plazo concedido para alegaciones (48 horas) en el punto 56. Éste regula un procedimiento preferente de expulsión de los extranjeros en determinados supuestos (art. 63.1 de la Ley), ninguno de los cuales es cuestionado por la recurrente. El examen de los mismos justifica la celeridad del proceso por tratarse de causas de fácil apreciación o bien de especial gravedad (participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado, actividades de promoción de inmigración clandestina, etc.). No puede entenderse que este procedimiento sea contrario al art. 24 CE ya que la pretendida indefensión no es tal, pues la brevedad de los plazos no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso. Es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente. Por otra parte, los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión ya que las resoluciones administrativas sancionadoras son recurribles.

3. Como resulta de la lectura de los dos apartados precedentes, en los que se han agrupado los aspectos contrarios y conformes a la Constitución, la sentencia es parcialmente favorable a las pretensiones de la recurrente.—El alcance de la inconstitucionalidad declarada difiere según los casos, ya que mientras en relación a los artículos referidos al derecho a sindicarse libremente sólo pronuncia su inconstitucionalidad; con referencia a los artículos 9.3 y 22.2 de dicha ley, además declara nula la inclusión del término «residentes». Aclara el TC que no procede declarar la nulidad de los artículos que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la CE y conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad sólo del inciso «y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España», en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. No es el TC quien deba decidir una determinada opción en materia de extranjería, sino que la inconstitucionalidad por éste apreciada, exige que el legislador establezca —en un plazo de tiempo razonable— las condiciones de ejercicio de los derechos mencionados.

Distinto es el alcance del fallo en relación con los preceptos relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar y conlleva la nulidad del inciso «residentes», que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes fundamentos jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

4. Voto particular.—Esta sentencia contó con el voto particular del Magistrado Conde Martín de Hijas (al que se adhiere el García-Calvo y Montiel), que sostiene que existe coherencia sistemática en imponer como condición del disfrute y ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación la exigencia de que los extranjeros se encuentren en España en una situación regular. Ello lo deriva de que la CE establece una distinción inicial entre españoles y extranjeros y de que en el ordenamiento infraconstitucional se establece la expulsión para las situaciones de estancia ilegal de ciudadanos extranjeros. Entiende que el sentido del artículo 13 CE es diferenciar la posición constitucional de los españoles y la de los extranjeros, que impediría la construcción que hace la sentencia del título I CE de adoptar un criterio apriorístico de equiparación para derivar de él una limitación al legislador al reglar el ejercicio de los derechos de los nacionales y extranjeros.

También disiente el voto minoritario en situar la clave conceptual en la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social, entendiendo que ello no resulta ajustado al artículo 10 CE ni aceptable por exagerado. Este precepto no sólo refiere a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, sino que también menciona «los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, todos los cuales son fundamento del orden político y de la paz social».

Por tanto, ante una situación masiva de entradas y estancias ilegales de ciudadanos extranjeros, que el legislador imponga como condición de disfru-

te de los derechos de reunión, asociación y sindicación la estancia o residencia legal de los extranjeros en España, entra con absoluta naturalidad entre las restricciones que los tratados internacionales reconocen a los derechos consagrados, en concreto en el de la protección de la seguridad o del orden público; y cuesta considerar afectada la dignidad de la persona.

La estancia legal en España no es sino expresión inmediata del respeto a la ley que, junto con los demás elementos normativos del art. 10.1 CE, es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, respeto incompatible con una situación social generalizada y masiva de incumplimiento.

5. Otras sentencias sobre la misma ley.—Al pronunciamiento objeto de análisis, le siguen las Sentencias 259/2007, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007 en las que el TC también ha estimado parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, el Parlamento Vasco, sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Diputación General de Aragón, el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias; respectivamente.

La incidencia que sobre el objeto de esos procesos tuvo esta sentencia, comporta la declaración de extinción del recurso por desaparición sobrevenida del objeto respecto de la impugnación de ciertos preceptos de la Ley de los que se declara la nulidad (como, por ejemplo, con la asistencia jurídica gratuita) por la STC 236/2007; aunque no así con aquellos otros en los que la declaración de inconstitucionalidad no fue acompañada por la nulidad, ya que al no haber sido expulsados del ordenamiento jurídico, no puede hablarse de que se haya producido la pérdida de objeto de tales impugnaciones. En estos casos, se declara la inconstitucionalidad (por ejemplo, con respecto al derecho a sindicarse libremente) con el mismo alcance que la STC 236/2007. Estas sentencias agregan la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del inciso «*cuando estén autorizados a trabajar*» del artículo 11.2 LO 4/2000. La exclusión total del derecho de huelga de los extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la autorización administrativa para ello, no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga del art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España. Estas sentencias cuentan también con el voto particular de Conde Martín de Hijas —fundamentalmente por las mismas razones que expresara en su voto particular a la STC 236/2007—, al que se adhieren, en algunos de los casos, los Magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y García-Calvo y Montiel.

STC 244/2007, de 10 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho fundamental al honor. Dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia. Titularidad de las Administraciones Públicas y sus órganos del derecho a la información.

Preceptos de referencia: Art. 18.1 CE.

Los hechos del caso se remontan a una rueda de prensa, convocada en 1994 por el Gobernador Civil de Guipúzcoa, para dar cuenta de los resultados de una investigación policial llevada a cabo contra la organización

terrorista ETA, y que había concluido con la detención de varios supuestos miembros del denominado comando *Kirruli*. Entre los detenidos, se encontraba el recurrente en amparo, inicialmente identificado por otro de los supuestos miembros como autor de dos atentados mortales. Después de que este último se retractara de su inicial imputación, y de que las investigaciones judiciales no determinaran indicios criminales, el recurrente en amparo fue puesto en libertad sin cargos. A pesar de ello, en la citada rueda de prensa, el Gobernador, a pregunta de un periodista, facilitó el nombre del recurrente en amparo, como uno de los detenidos en dicha operación policial. Después de que la jurisdicción penal inadmitiera dos querellas formuladas contra el Gobernador, el recurrente en amparo interpuso una demanda de protección civil del derecho al honor, que fue estimada por la instancia, condenando al Gobernador a abonar una indemnización de 5.000.000 de ptas. al demandante. La Sala 1ª del TS estimó, no obstante, el recurso de casación del Gobernador, desestimando la demanda. El TC desestima el recurso de amparo y confirma esta última decisión.

1. La dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia se integra, en el sistema de derechos fundamentales español, en el derecho fundamental al honor.—En el presente recurso de amparo se alega, por el detenido (y posteriormente puesto en libertad) en la operación policial, la vulneración del derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE) en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Este planteamiento obliga al TC, en primer lugar, a delimitar el alcance de la alegación del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocésal. Para el TC, esta dimensión se encuentra protegida constitucionalmente en Derecho español; si bien «*esa eficacia extraprocésal de la presunción de inocencia encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor*» (FJ 2).

2. La invocación de derechos del CEDH y del PIDCP y las competencias del TC.—En segundo lugar, el TC precisa el alcance y eficacia de la invocación, en el recurso de amparo, de la vulneración de distintos derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para ello, el TC reitera «*que no le corresponde a este Tribunal, al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia per se de textos internacionales que obliguen a España, sino únicamente comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo [...], sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España*» (FJ 2).

3. Las instituciones públicas y sus órganos no son titulares del derecho fundamental a la libertad de información.—En tercer lugar, el TC delimita exactamente el conflicto constitucional que se presenta en el presente caso. En la jurisdicción ordinaria, el caso se planteó —debido a que el demandado (Gobernador) alegó la legitimidad de sus manifestaciones sobre la base del derecho fundamental a la libertad de información (art. 20.1 [d] CE)— desde un conflicto entre éste y el derecho fundamental al honor del demandante. Sin embargo, el TC corrige este planteamiento desde el argumento, extraído de su propia doctrina, de que «*los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo [...], pero en nin-*

gún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos [...]» (FJ 3).

4. No obstante, el derecho fundamental al honor sigue estando limitado por otros bienes constitucionales o de interés público.—De conformidad a la doctrina del TC, la ausencia de un conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor «*no significa que quede descartado que puedan concurrir otros bienes constitucionales o de interés público más dignos de protección*» (FJ 3). Así, puede suceder que, «*a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del recurrente al honor; la misma no resulte ilegítima si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental*» (FJ 3).

5. La información transmitida legítima la intromisión en el derecho fundamental al honor del recurrente en amparo.—Aplicando la citada doctrina al caso, el TC considera que las manifestaciones del Gobernador Civil no lesionaron el derecho fundamental al honor, pues la información transmitida cumplía con las siguientes exigencias constitucionales: (i) «*incuestionable relevancia e interés público, al referirse a los resultados alcanzados en sus investigaciones por las fuerzas y cuerpos de seguridad en relación con delitos que entrañan notoria gravedad y causan un impacto considerable en la opinión pública*»; (ii) «*carácter veraz en el momento que fue difundida, por lo que el Gobernador Civil de Guipúzcoa satisfizo en su actuación el especial deber de diligencia que, en cuanto autoridad pública, pesaba sobre su decisión de hacer públicos los datos facilitados por las fuerzas y cuerpos de seguridad a sus órdenes*»; (iii) «*resultó proporcionada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo de informar a los ciudadanos sobre los resultados obtenidos en el curso de la operación antiterrorista [...]»;* sin que dicho Gobernador efectuara en la rueda de prensa «*un juicio de culpabilidad respecto del recurrente, sino que se limitó [...] a precisar la causa que determinó la detención de aquél, de acuerdo con los datos y resultados de la investigación policial en el momento en el que tiene lugar la rueda de prensa*» (FJ 7).

STC 246/2007, de 10 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Responsabilidad civil derivada de delito. Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de legalidad.

Preceptos de referencia: Arts. 24.1 y 25 CE.

Los hechos origen de este recurso de amparo son los siguientes: el recurrente en amparo fue condenado por sentencia de la Audiencia Provincial como autor de una serie de delitos (agresión sexual, allanamiento de morada y detención ilegal), imponiéndole además el pago de la correspondiente indemnización en concepto de responsabilidad civil (fijada globalmente en 40.000 euros). La representación del condenado interpuso recurso de casación contra el pronunciamiento penal, solicitando absolución, que la sentencia del Tribunal Supremo estimó parcialmente. Se absolvió al recurrente del delito continuado de agresión sexual, manteniendo el resto de pronunciamientos, aunque con reducción de las costas procesales. Tras dicha sentencia,

la representación del condenado presentó escrito de aclaración o complemento de la misma, en el sentido de indicar si, una vez absuelto del delito de agresión sexual por el que había sido condenado en las dos instancias se mantiene la condena al pago de una indemnización por ese delito o si, por el contrario, dado que ha sido absuelto de esa infracción penal no procede ya la responsabilidad civil derivada del delito. Finalmente, se solicita que, en caso de persistir la obligación indemnizatoria, se establezca una disminución proporcional. El Tribunal Supremo dicta un auto desestimando la solicitud de aclaración por falta de los presupuestos del art. 267 LOPJ, a saber, oscuridad de algún concepto o error material en la resolución. El TS señala que a través de la vía de la aclaración no se pueden dilucidar pretensiones que no hayan sido planteadas con anterioridad a la resolución que se trate de aclarar.

Contra esta STS se interpone recurso de amparo con base en dos argumentos. En primer lugar, infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por entender el recurrente que si la obligación de indemnizar es consecuencia de la responsabilidad civil derivada del delito de agresión sexual, desapareciendo éste, dada la absolución posterior, debe decaer dicha responsabilidad civil. El Auto del TS parece dar a entender que el recurrente debería haber impugnado de forma expresa, en el recurso de casación, el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil *ex delicto*. En segundo lugar, vulneración del principio de legalidad (art. 25 CE) por entender el recurrente que se ha dado una interpretación *contra legem* de los arts. 109 y 116.1 CP de los que se desprende *a sensu contrario*, que si no hay delito no hay responsabilidad civil, además de infracción del art. 742 LECrim, por no haber resuelto el TS sobre tal responsabilidad civil.

El TC descarta que se haya producido una vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora, puesto que es una garantía que se proyecta estrictamente sobre los actos a través de los cuales se ejercita el *ius puniendi* del Estado en sentido amplio, incluyendo las potestades sancionadoras penal y administrativa; pero la responsabilidad civil no es una sanción penal ni administrativa, por lo que, la cuestión planteada está al margen del contenido propio de este derecho fundamental y ha de ubicarse en el derecho a la tutela judicial efectiva.

El *quid* del debate es si el rechazo del TS a entrar en el fondo de la cuestión (en este caso, sobre la responsabilidad civil derivada de delito) en el auto de aclaración, cuando no se ha planteado en el recurso de casación, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. La discusión se centra en la interpretación que hace el TS de los requisitos procesales para el ejercicio de pretensiones relativas a la responsabilidad civil derivada de delito en el marco del recurso de casación penal. El recurrente alegaba que no era necesario articular motivo de recurso autónomo porque la Sala debió necesariamente anular la condena civil al absolverle del delito. El Tribunal Constitucional empieza recordando que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea favorable o no a los intereses del demandante, incluyendo las resoluciones de inadmisión o desestimación que se fundamenten en cuestiones procesales, siempre que concurra causa de inadmisibilidad. Y que esta garantía no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, cuando se accede al sistema judicial, que en fases sucesivas y, por tanto, «esa diferencia entre el acceso a la jurisdicción y el acceso a los recursos se proyecta en la función de control que corresponde a este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que incidan en uno u otro ámbito» (FJ 3). «La decisión sobre su admi-

sión o no [del recurso] y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales ..., sin que este tribunal pueda intervenir, salvo que la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente» (FJ 3). Ciertamente, y como admite el propio TC, otras interpretaciones eran posibles, pero el control del TC se limita a constatar que la interpretación acogida por el TS era posible de acuerdo con la legalidad procesal.

Es preciso tener en cuenta en esta materia, y así lo recuerda el TC, que la responsabilidad civil se ejercita en el proceso penal por razones prácticas y de economía procesal, pero se trata de dos acciones distintas y dos pronunciamientos distintos y que, por tanto, no resulta irrazonable entender, como hace el TS, que la absolución por uno de los delitos no determina necesariamente la extinción de la responsabilidad civil en los términos en que se fijó, y que si se quería cuestionar la cuantía de la misma sobre la base de la inexistencia de alguno de los delitos, debía haberse planteado una pretensión específica en el recurso de casación y sometido la cuestión a debate con el resto de las partes. El TC contiene una advertencia final, al señalar que *«cuando se pretende el amparo de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, la hipotética falta de tutela ha de ser imputable al órgano judicial, y no resultar de una actuación negligente, imperita o técnicamente incorrecta de quien recurre»* (FJ 3). Esta advertencia, aunque parece abrir la puerta a una posible responsabilidad del abogado de la parte, no ha de conducir necesariamente a ella, puesto que el TC también reconoce que otras interpretaciones son posibles.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **M.^a Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMENEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

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*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Fraude de Ley. Concepto y efectos.—El Tribunal Supremo se ha pronunciado abundantemente en relación al fraude y ha considerado en la S de 21 de diciembre de 2000 que «es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid [...] e implica en el fondo un acto *contra legem* por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura», de manera que «requiere como elementos esenciales una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan ya se tenga o no conciencia de burlar la ley». El fraude requiere la concurrencia de dos normas: «la de “cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a

través de éste y en forma fraudulenta se pretende eludir», de modo que «se reputa fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico» (STS de 17 de octubre de 2002, así como las SS de 17 de enero de 2001 y 13 de junio de 2003, entre otras). El efecto del fraude, por tanto, no es la nulidad de los actos fraudulentos, sino la aplicación de la ley que se ha tratado de eludir, de modo que sólo serán nulos si son simulados o con causa ilícita, porque «la sanción del acto fraudulento es el sometimiento del mismo al imperio de la ley defraudada», según dispone el artículo 6.4 CC. (STS de 31 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don S., propietario de una empresa de máquinas recreativas, concluyó dos contratos con el titular del Bar E. M., el demandado don C. J., para la colocación de dos máquinas, otorgándose el correspondiente boletín de instalación. El artículo 48 del Decreto 316/1992 de la Generalitat de Catalunya, competente en esta materia, establecía que el mencionado boletín constituía la autorización administrativa que ampara la instalación de una máquina en un local, y que este boletín tenía una vigencia de un año, a no ser que los interesados hubiesen pactado lo contrario, así como que «los cambios de titularidad de la máquina o del local y el traslado de la máquina exigirán la emisión de un nuevo boletín de instalación». Las dos máquinas se instalaron por un periodo de tiempo de diez y doce años, respectivamente.

A los dos años, don C. J. requirió la retirada de las dos máquinas y, al no conseguirlo, subarrendó el local a su esposa doña B., nueva titular del negocio de bar, lo que provocó que, de acuerdo con la normativa autonómica citada, se tuviesen que retirar.

Don S. interpuso demanda contra don C. J. y doña B., por el que solicitaba se declaren resueltos los contratos de instalación de máquinas con sus correspondientes boletines de instalación desde la fecha en que se recibió el requerimiento de retirada de las máquinas por parte de la Administración, y que se condene solidariamente a los demandados a satisfacer el importe de los daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia y estimada parcialmente en segunda por la Audiencia Provincial. Don C. J. interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derechos de la personalidad. Diferenciación entre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.—La persona, como ser humano, es el centro del Derecho y los derechos de la personalidad se refieren a los aspectos o manifestaciones inherentes a la misma y especialmente trascendentes, tanto físicos, como la vida e integridad física, como morales, como el honor, intimidad e imagen. Los cuales —estos últimos— están protegidos constitucionalmente por el artículo 18 CE, cuyo desarrollo se llevó a cabo por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección

civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPCDH). No constituyen un solo derecho con varios aspectos (*ius in se ipsum*), derecho tricéfalo, sino tres derechos diferenciados (así, entre otras, STS de 17 de diciembre de 1997).

Derecho a la propia imagen. Concepto.—La imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible, y el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (STC 83/2002, de 22 de abril, que cita otras muchas anteriores), y tiene un aspecto negativo, como facultad de exclusión, y un aspecto positivo, como facultad de aprovechamiento; es, por tanto, una facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad (STS de 19 de octubre de 1992 que cita otras anteriores). Su tipificación legal se halla en el artículo 7.5 LOPCDH: la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

Derecho a la propia imagen. Menor de edad.—El derecho a la propia imagen está protegido constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, resalta en su artículo 4 que los menores tienen derecho al honor, intimidad e imagen, y que se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contrario a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

La utilización ilegítima de la imagen de un menor es una cuestión que ha producido una doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada. La STS de 19 de octubre de 1992 dice textualmente: «la fotografía publicada no guarda ninguna relación con el contenido de la información escrita, por lo que si bien puede afirmarse que la reproducción de esa fotografía resultaba innecesaria al fin pretendido con la información publicada, no puede decirse, habida cuenta del espacio que tal fotografía ocupa así como que la imagen del niño es la única que aparece en ella, que la misma tenga un carácter accesorio, accesoriadad que en la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico». La S de 7 de octubre de 1996 dice: «El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [art. 8.2.a) Ley 1/82]. Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada», y la S de 18 de octubre de 2004 que «la reproducción

por la fotografía de la imagen de una persona en su vida privada o fuera de ella, no constituye intromisión ilegítima cuando la publicación se refiere a personas que ejerzan una profesión de notoriedad o proyección pública, y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando la imagen de una persona aparezca como accesorio. Empero, nada de esto ocurre en el supuesto de autos, debiendo tener en cuenta, además, que las imágenes de las menores están especialmente protegidas en nuestro ordenamiento jurídico». Por el contrario, la STS de 26 de marzo de 2003 entendió que no se había atentado al derecho a la imagen (y a la intimidad) de un menor que había aparecido en un programa de televisión con la presencia e intervención y, por tanto, consentimiento de su madre, representante legal, y de él mismo, que tenía doce años y se apreciaban condiciones de madurez suficientes para la entrevista que aceptó.

Derecho a la propia imagen. Menor de edad. Trascendencia de la intención del reportaje, accesoriedad y veracidad de la información.

La finalidad e intención del reportaje en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía; es intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje: el hecho que se enjuicia es la publicación inconsentida de la foto del menor, sin que le alcance la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra. Por otra parte, tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la Ley de protección del menor. Finalmente, la veracidad se predica de la libertad de información que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad (no habría honor que proteger), pero no afecta al derecho a la intimidad (STS de 18 de julio de 1988, que confirmó y ratificó la del TC de 14 de febrero de 1992), ni al derecho a la imagen, cuya veracidad es inmanente, salvo que se manipule la representación gráfica. **(STS de 13 de julio de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El medio de comunicación LOM, S. A., publicó en el periódico L.O. la fotografía del menor H. en primer plano, sentado junto a otro niño con una profesora que aparece de espaldas, encabezando un artículo titulado, en grandes letras, «DISCAPACITADOS». La fotografía, de gran tamaño, ocupa prácticamente la mitad de la hoja del periódico y había sido obtenida del centro de una asociación de padres de niños con deficiencias.

Doña F. y don A., en representación de su hijo menor de edad H., interpusieron demanda contra LOM, S. A. por vulneración ilegítima de su derecho a la propia imagen, reclamando asimismo que indemnizara al menor en la persona de sus padres.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda (en el sentido de entender existente la vulneración y conceder una indemnización inferior a la solicitada). Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando en su totalidad la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, LOM, S. A. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

3. Derecho al honor. Colisión con el ejercicio de las libertades de información y expresión en un programa de televisión.—En el ámbito de la colisión entre el derecho al honor y el ejercicio de las libertades de información (la efectuada por los responsables del medio televisivo) y de expresión (intervinientes en el programa), la contestación no puede ser absoluta ni taxativa, sino ponderada según la valoración de todas las circunstancias concurrentes y la naturaleza de los derechos fundamentales en colisión. Se trata de verificar un juicio equilibrado, que viene determinado por una serie de reglas y criterios definidos por las doctrinas del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya función en sede casacional es la de establecer, con sometimiento a la declaración de hechos probados por la sentencia de instancia, si la valoración efectuada por la misma ha respetado la definición constitucional de los derechos en colisión, referidos al derecho del honor y a los relativos a la libertad de información y de expresión, y sus límites, para comprobar si la restricción impuesta por los Tribunales a uno y otros está constitucionalmente justificada.

En lo que hace mención a la libertad de información ejercitada por el medio televisivo y sus responsables, no cabe duda que, contrastada la absoluta veracidad de la noticia facilitada y su interés público o general (por la naturaleza y gravedad de los hechos), debe serle reconocido en este caso su carácter prevalente, que no jerárquico, respecto del derecho al honor, toda vez que su ejercicio ha tenido lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido (SSTC 336/1993 y 42/1995), pues ni se han utilizado expresiones o calificativos injuriosos o descalificantes (SSTC 165/1997, 20/1990, 105/1990, 1727/1990, 214/1991, 85/1992, 20/1993, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 173/1995, 176/1995, 204/1997, 180/1999, 192/1999, 112/2000, 297/2000 y 42/2001), ni se han vertido insinuaciones, meros rumores ni invenciones (SSTC 171/1990, 172/1990 y 40/1992), la información facilitada lo ha sido con garantía de ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos (STC 41/1994), se ha respetado el principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 CE (STC 219/1992), clarificándose en todo momento la situación procesal del actor y el archivo provisional de las actuaciones por falta de pruebas sobre su culpabilidad, y, se ha fundado en fuentes fiables, cuales son las diligencias judiciales incoadas en su día y posteriormente sobreseídas provisionalmente.

En lo concerniente a los intervinientes en el programa, como éstos se han limitado a formular opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, sólo se les podría haber reprochado la utilización de expresiones injuriosas o la formulación de juicios que resulten innecesarios para la exposición de su criterio (SSTC 107/1988, 20/1990, 105/1990, 172/1990, 214/1991, 20/1992, 85/1992, 223/1992, 336/1993, 297/1994, 204/1997, 180/1999 y 112/2000; y ATC 20/1993), lo que no ha ocurrido en el presente caso. (**STS de 5 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En el programa de televisión C.O., emitido por la entidad T. de C., al tratar del denominado «Caso de la peluquera de S.C.» se entrevistó a una serie de personas, que manifestaron sus impresiones personales sobre el suceso, entendiéndose que don J. fue el responsable de la muerte de doña A.

Don J. interpuso demanda en protección del derecho al honor, contra T. de C. y el presentador e intervinientes en el programa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, don J. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Se reitera por el Tribunal Supremo la jurisprudencia, tanto suya como del Tribunal Constitucional, que establece la preferencia frente al derecho al honor de la libertad de información, siempre que se proyecte sobre una noticia veraz y de interés público o general y no se utilicen expresiones o calificativos injuriosos o descalificantes, y de la de expresión, mientras se circunscriba a formular opiniones personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, y no se utilicen expresiones injuriosas o juicios innecesarios. (F. J. J. M.)

4. Criterios para ponderar la prevalencia de la libertad de expresión frente al derecho al honor.—El conflicto ha sido adecuadamente delimitado por la Audiencia Provincial, toda vez que, constatada la intromisión en el derecho al honor del actor por las expresiones proferidas, ha entrado a valorar sobre si, pese a ello, debe soportarlas por concurrir circunstancias específicas que convierten en prevalente el derecho al ejercicio de la libertad de expresión.

En efecto, desde la base de que las expresiones publicadas («mentiroso empedernido, sinvergüenza y caradura») pueden considerarse, en principio, como afrentosas para el destinatario, pues implican o pueden implicar su descrédito o menosprecio social, se trata de valorar si, por las circunstancias concurrentes en el presente caso, concurre alguna causa de justificación que provoque la absolución de los demandados.

Para la adecuada formulación de este juicio ponderativo procede partir de las siguientes consideraciones:

1.^a Es preciso tener en cuenta que el concepto al honor es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC 185/1989, 223/1992, 170/1994, 76/1995, 139/1995, 176/1995, 180/1999, 112/2000 y 49/2001).

2.^a Consiguientemente, la valoración de cualquier intromisión debe verificarse al margen de cualquier subjetivismo del afectado, porque toda esta materia «nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo» (STC 76/1995).

3.^a Precisamente, por la necesidad de valorar las intromisiones al honor de una persona desde esas objetivas perspectivas, es por lo que los órganos judiciales deben disponer de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege (SSTC 180/1999, 112/2000, 49/2001).

4.^a Del mismo modo, ha de valorarse que, en caso de colisión con otros derechos fundamentales, ninguno de los derechos en conflicto es absoluto; en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 CE, de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, por otro, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y liber-

tades contenidos en el texto fundamental, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades; es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto, aunque ofrezcan una cierta vocación expansiva; un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuren constitucionalmente y en las leyes que los desarrollen, entre ellos, muy especialmente, a título enunciativo y nunca «*numerus clausus*», los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (SSTC 179/1986, 231/1988, 197/1991, 214/1991, 223/1992, 336/1993, 170/1994, 78/1995, 173/1995, 176/1995 y 204/1997).

5.^a El análisis para sopesar los derechos en conflicto se hará en consideración de la clase de las libertades ejercitadas, ya que las reconocidas en el artículo 20 CE (libertad de expresión y libertad de información) son diferentes y les corresponde distinto tratamiento jurídico (SSTC 6/1981, 104/1986, 165/1987, 107/1988, 105/1990, 223/1992, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995, 204/1997, 144/1998, 192/1999 y 297/2000, y STS de 11 de febrero de 2004).

Apelativos injuriosos lesivos del derecho al honor: circunstancias a considerar a efectos de que prevalezca la libertad de expresión.—No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de opinión, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, pues la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona proclamada en su artículo 10.1 (SSTC 165/1997, 20/1990, 105/1990, 172/1990, 214/1991, 85/1992, 20/1993, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995, 204/1997, 180/1999, 192/1999, 112/2000, 297/2000 y 42/2001).

No obstante es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1.º Una cosa es el insulto y otra la utilización de expresiones «*zafias*, groseras y desprovistas del más mínimo atisbo de elegancia, que denotan un indudable mal gusto que dicen más en disfavor de su autor que en demérito de la persona a que se refieren» (STS de 6 de febrero de 2004).

2.º En la valoración de la intención «*injuriante*» es determinante el ánimo del autor, no sólo el «*criticandi*», «*narrandi*», «*joquendi*», sino también el «*retorquendi*», en el cual las palabras utilizadas están en conexión con una previa ofensa recibida o, como afirma la STS de 2 de julio de 2001, «*responden, en muchas ocasiones a piques o rivalidades entre autores*».

3.º La proyección pública de los sujetos del litigio, mitiga seriamente el rigor de los calificativos utilizados hasta tal punto de que la doctrina del Tribunal Constitucional ha manifestado que «*la personalidad pública debe optar por un cierto riesgo en la lesión de sus derechos de la personalidad*» (STC 165/1987).

4.º Para la valoración, es determinante el contexto en que se produjeron las expresiones, hasta el punto de que «*no puede llegarse a una conclusión partiendo sólo de las expresiones, pues debe tenerse en cuenta el contexto en el que las palabras fueron pronunciadas, y valorarse el conjunto, examinando en todo caso el elemento intencional de la noticia, tal y como lo declaran la STS de 5 de junio de 1996 y la STC de 21 de noviembre de 1995*» (STS de 6 de febrero de 2004).

En lo relativo a los hechos y circunstancias concurrentes, la sentencia recurrida ha declarado probados los siguientes hechos: *a)* existía una polémica

ca de gran difusión periodística entre don S. y don C., los cuales pertenecían a partidos políticos opuestos; *b*) el demandante, antes de las expresiones vertidas por el demandado, le había imputado públicamente de haberse beneficiado de los fondos mineros de naturaleza pública para implantación de una superficie comercial en el Concejo que presidía como Alcalde; y *c*) ambos personajes en conflicto desarrollan una actividad pública de gran repercusión social (interés público).

Aplicando la doctrina general a los hechos así relacionados por el Juzgador de instancia, corresponde reconocer que el juicio ponderativo efectuado para resolver el conflicto analizado ha observado escrupulosamente las posiciones de las doctrinas del Tribunal Constitucional y de esta Sala, ya expuestas.

En verdad, la actual sociedad española no valora como insultante o afrentoso que en el curso de un enfrentamiento político entre dos responsables públicos, tras haber sido acusado uno de ellos de haber utilizado indebidamente fondos públicos, le responda el otro que es un «mentiroso empedernido, sinvergüenza y caradura», pues es flagrante no sólo que actúa con ánimo «retorquendi», sino también que no tiene intención de ofender a la persona en su honor, sino descalificar al rival político, por su actividad de esta naturaleza y en un contexto exclusivamente de dicha clase.

Doctrina del reportaje neutral.—El reportaje [...] reúne los presupuestos exigidos para que le resulte de aplicación la doctrina del reportaje neutral, al versar sobre un asunto de interés general, veraz y desarrollado mediante un tratamiento objetivo, al no introducirse juicios de valor en el mismo, sino expresiones dirigidas sólo a contextualizar la información. (STS de 26 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don S. demandó a don C. y a la empresa editora de un periódico regional reclamando la indemnización derivada de la intromisión ilegítima en su derecho al honor a consecuencia de las expresiones vertidas por don C. y publicadas por el medio en cuestión. El artículo publicado reflejaba una disputa verbal habida entre don C., alcalde y don S., presidente de la patronal y miembro del partido de la oposición en el ayuntamiento, según la cual el primero había llamado al segundo «mentiroso empedernido, sinvergüenza y caradura» ante la imputación que le hacía el segundo de haberse beneficiado de los «fondos mineros» en la implantación de una gran superficie comercial realizada en el concejo. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda pero su sentencia fue revocada en apelación. La Audiencia basó su fallo en las circunstancias especiales que concurrían, la condición pública del demandante y, en relación con el periódico, en el interés público de la noticia y su veracidad al recoger en el reportaje las expresiones referidas en sus propios términos. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por don S. (R. G. S.)

5. Derecho al honor de una persona jurídica.—El apartado 7 del art. 7.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, redactado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, considera intromisión ilegítima, en el ámbito de la protección delimitado por el artículo 2.º de la propia ley, «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expre-

siones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Para determinar si el precepto es aplicable al supuesto litigioso [...] procede efectuar un juicio ponderado de las circunstancias concurrentes en el caso en relación con el contexto social en que sucedieron los hechos.

Como factores más relevantes cabe señalar los siguientes: Por una lado, la inveracidad de la afirmación; el propósito de influir en el resultado electoral sindical por la consciencia del rechazo que producía en la mayoría de los ciudadanos el partido político aludido, al que se le atribuía una cierta sintonía con una banda terrorista, a propósito de cuyo particular se afirma por la resolución recurrida que «no duda la Sala de que la inveraz comunicación difundida haya podido incidir negativamente en los resultados electorales del sindicato accionante aunque esta relación de causa-efecto es difícilmente demostrable»; y que la expresión se desliza en un comunicado escrito lo que permitió a autor o autores una mayor reflexión a diferencia de lo que hubiera ocurrido en el fragor de una disputa o alocución verbal. Por otro lado, debe destacarse que la afectada es una persona jurídica; el evento se produce entre entidades sindicales y en el contexto de una campaña electoral; el partido político Herri Batasuna era legal, no sólo al tiempo de las elecciones al Parlamento Europeo (a las que se refiere la imputación que se pretende atentatoria al honor), sino también cuando se produce el comunicado (5 de mayo de 1999) pues dicho partido fue ilegalizado por sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 LOPJ de 27 de marzo de 2003, confirmado por sentencia del Tribunal Constitucional 6/2004, de 16 de enero; y, la imputación en sí misma no era injuriosa o vejatoria, por lo que no cabe atribuirle aptitud ofensiva.

Ponderadas las anteriores apreciaciones, contradictorias entre sí, esta Sala entiende que debe mantenerse el mismo criterio de la sentencia impugnada por las razones siguientes: 1. Aunque es cierto que la doctrina jurisprudencial, así como la constitucional, admiten la posibilidad de incluir en la protección del honor el prestigio profesional, y ello tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas, sin embargo no cabe confundir los supuestos porque, por un lado, no siempre el ataque al prestigio profesional se traduce en una transgresión del honor (S de 19 de julio de 2004), pues no son valores identificables, de modo que al primero se le asigna, frente a la libertad de expresión, un nivel más débil de protección que la que cabe atribuir al derecho al honor de las personas físicas (SSTC 139/95, de 26 de septiembre y 20/2002, de 28 de enero); y, por otro lado, por lo que respecta al derecho al honor de las personas jurídicas, aun cuando el mismo se halla reconocido en profusa jurisprudencia de esta Sala (SS., entre otras, 20 de marzo y 21 de mayo de 1997, 15 de febrero de 2000 y 5 de julio de 2004), sin embargo tampoco cabe valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, porque respecto de éstas resaltan dos aspectos: el interno de la inmanencia o mismidad, que se refiere a la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona y el externo de la trascendencia que alude a la valoración social, es decir, a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás (SS., entre otras, 14 de noviembre de 2002 y 6 de junio de 2003), y cuando se trata de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente por lo que la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior –consideración pública protegible– (SS., entre otras, 15 de abril 1992 y 27 de julio 1998), que no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial,

comercial, o en general del mero prestigio con que se desarrolla la actividad; 2. Con lo dicho anteriormente se significa que lo más relevante para la entidad demandante (S. T. E. C.) no ha sido el desmerecimiento que le haya podido producir la alusión litigiosa, sino la medida en que haya podido influir en el resultado electoral, y ello aunque no excluye por sí solo la posibilidad de que opere el ilícito por el que se acciona resulta indudable que dificulta notablemente su apreciabilidad; 3. No cabe excusar sin más el desleal ejercicio de la crítica en la lucha política y sindical, ni son aceptables las malas artes, ni el «todo vale» con dicha oportunidad, pero cuando entra en juego la protección del honor, aunque no se excluye su operatividad (como dice la S de 3 de diciembre de 1993, «una campaña electoral nunca puede aparecer como patente legitimadora de epítetos de semejante jaez a los enjuiciados»), sin embargo se flexibiliza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor, y así lo viene reconociendo esta Sala en numerosas sentencias, y entre ellas las de 19 y 26 de febrero de 1992 y 29 de diciembre de 1995 (campaña electoral); 9 de septiembre de 1997 (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campaña política entre rivales políticos); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero y 6 de junio de 2003 y 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política), entre otras. En estos casos se sigue una línea de flexibilidad al valorar las expresiones o exposiciones de hechos, porque, como dice la S de 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas), los usos sociales a los que se remite el artículo 2.1 de la Ley orgánica 1/1982 como delimitadores de la protección civil del honor son más tolerantes que en otros ámbitos; y, 4. Por todo ello, teniendo en cuenta el contexto (campaña electoral en el ámbito sindical), circunstancias del caso (que Herri Batasuna era entonces un partido legal, aunque con un alto repudio ciudadano por no condenar el terrorismo) y que el hecho ha tenido escasa trascendencia pecuniaria (lo que se revela porque fijada por el Juzgado una indemnización prácticamente simbólica de doscientas mil pesetas la parte demandante no se conformó, pues ni siquiera se adhirió a la apelación, y, como tiene reiterado esta Sala, no cabe pedir la protección de los derechos fundamentales de la Ley 1/1982 si la intromisión ilegítima regulada en la misma no tiene una repercusión económica), y sin excusar en absoluto la reprochable conducta de los demandados, de posible valoración en otros ámbitos, distintos del aquí elegido, esta Sala considera razonable y coherente la resolución de la Audiencia Provincial y, por consiguiente, la confirma. **(STS de 19 de julio de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El pleito que dio origen al recurso de casación enfrentó a dos sindicatos de trabajadores. El sindicato A había formulado demanda de protección de su derecho al honor frente al sindicato B por haber difundido este último un comunicado, con ocasión de las elecciones sindicales de 1999, en que aludía al sindicato A recordando su petición de voto para Herri Batasuna en las últimas elecciones al Parlamento Europeo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda considerando que, a la vista de la falsedad de la afirmación, se había lesionado el derecho al honor de la demandante y procedía conceder la indemnización solicitada. Por

el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el sindicato B. El sindicato A interpuso recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

6. Asociación. Derecho fundamental. Contenido. Capacidad de autoorganización.—El Tribunal Constitucional ha reiterado la doctrina según la cual la libertad de autoorganización asociativa forma parte del contenido del derecho protegido en el artículo 22 CE y, en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho fundamental de asociación (STC 218/1988); como señala la STC 104/1999, el Tribunal «ha venido destacando que el contenido fundamental de este derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, y finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas» a lo cual se añade, según la STC 56/1995, «una cuarta dimensión, esta vez “inter privados”, que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan». Esta capacidad de autoorganización ha sido confirmada en la STC 133/2006, de 27 abril, en la que se reitera que la libertad de organización y funcionamiento internos forma parte del derecho fundamental de asociación.

Asociación. Capacidad de autoorganización y control judicial.—Para el Tribunal Supremo, si bien debe «restringirse el ámbito del control judicial sobre las decisiones asociativas», especialmente en lo relativo a la expulsión de los socios (STS de 23 de junio de 2006), los acuerdos de las asociaciones «no sólo están sometidos al examen de su regularización para la determinación del cumplimiento de las formalidades estatutarias que establezcan, en cuanto admisibles y lícitas, según el pronunciamiento interno para su adopción, y su respeto a las normas legales, sino también el mérito del acuerdo, esto es, si el juicio interno de interpretación y de aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado» (STS de 24 marzo 1992). Del mismo modo, la S de 5 de julio de 2004 declaró que «la persona jurídica goza de la facultad de autoorganizarse y, mientras no se declare la nulidad de los Estatutos o de una norma de los mismos, de autogobernarse; el control judicial se produce cuando la dirección de la persona jurídica se aparta de su propia normativa o contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios o derechos constitucionales [...]». Ésta ha sido también el razonamiento del Tribunal Constitucional en las SS 218/1988, 96/1994 y 104/1999, y asimismo cabe citar —aunque a título de ejemplo— la exigencia del principio democrático en el artículo 2.5 LODA, y el artículo 21.d) de la misma LODA que establece el derecho del asociado a «impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los estatutos».

Asociación. Procesos en materia electoral. Incompatibilidad entre las condiciones de candidato a la presidencia y miembro de la Junta electoral.—Como la Junta electoral ha de decidir qué candidatos han de admitirse, por reunir los requisitos exigidos en los Estatutos, y quiénes han de ser excluidos, no es admisible que un candidato forme parte de la Junta electoral y pueda decidir la inclusión de su candidatura y la exclusión de otros, conforme al principio de que nadie puede ser juez y parte en un mismo proceso electoral y así, a título de ejemplo, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece la incompatibilidad de los miembros de las Juntas electo-

rales para ser candidatos [art. 6.1.j)]. No se trata de que hubiese o no mayoría suficiente para la toma del acuerdo de proclamación de candidatos y de presidente, y por ello resultara irrelevante que el candidato formara o no parte de la Junta electoral, sino que lo que aquí se reprocha es que un aspirante a Presidente intervenga en el control del proceso electoral.

Aunque en los Estatutos sólo figure establecida la incompatibilidad entre la candidatura a la Presidencia y la de miembro de la Mesa electoral, una interpretación correcta de las disposiciones estatutarias debe llevar a extender la misma incompatibilidad con relación a la pertenencia a la Junta electoral y más teniendo en cuenta cuáles son las funciones que se le atribuyen en los Estatutos, todas ellas referidas al control de la corrección del procedimiento electoral antes de la celebración de las elecciones (proclamación de candidatos), y una vez celebradas (resolución de las impugnaciones), de modo que previsto lo menos, ser miembro de la Mesa electoral, que tiene funciones más formales y relativas únicamente al recuento de votos e identificación de los votantes, con mayor razón debe considerarse que entra dentro de la voluntad asociativa la previsión de lo más, es decir, ser miembro de la Junta electoral. Otra cosa sería tanto como incurrir en una contradicción con los principios de democracia y transparencia que deben regir todo régimen electoral asociativo, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, para evitar las lesiones al derecho fundamental de los asociados de participar en ellas según se establece en los estatutos. Teniendo en cuenta, por tanto, las funciones otorgadas en los estatutos de la asociación a la Junta electoral, se deriva de aquí su necesaria independencia, como órgano que garantiza la transparencia y objetividad del proceso electoral interno, por lo que es lógico entender que es voluntad de los asociados incluir en la Junta electoral la misma incompatibilidad que en los Estatutos figura para la composición de la Mesa electoral, porque ambas incompatibilidades obedecen a los mismos principios.

Con ello no es que se impida a un socio ser candidato, sino que no puede compatibilizar la candidatura con su cualidad de miembro de un organismo previsto para controlar la transparencia y objetividad de unas elecciones. Que las elecciones deban desarrollarse de acuerdo con los principios de transparencia y democracia no lesiona el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. (**STS de 4 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En Asamblea General extraordinaria se convocaron elecciones a Presidente de la asociación U. y a tal efecto, se procedió a la elección de la Junta electoral prevista en los estatutos de la asociación. Se presentaron como candidatos dos únicos socios: don Ju. C., hasta aquel momento Presidente de la misma, y don Je. C., éste miembro de la citada Junta electoral. Por acuerdo de la Junta, se admitió la candidatura de don Je. C., pero no la de don Ju. C., por considerar que no cumplía los requisitos establecidos en los propios estatutos al no aportar el justificante de pago de las cuotas. En el mismo acto, don Ju. C. impugnó la candidatura de don Je. C. por entender que era incompatible con su condición de miembro de la Junta electoral, de la que no había dimitido al decidir presentarse como candidato. Esta impugnación fue rechazada por dicha Junta,

que proclamó presidente a don Je. C. al no haber ningún otro candidato, en aplicación de las disposiciones estatutarias.

Don Ju. C. interpuso demanda contra la asociación, solicitando la declaración de nulidad del proceso electoral, la del acta en la que se rechazaba su candidatura y la de la proclamación de don Je. C. como presidente electo, y la celebración de nuevas elecciones.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la anterior sentencia y declarando la nulidad de todo el proceso electoral. Contra esa sentencia, la asociación recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

7. Derechos Fundamentales y Libertades públicas. Conflicto entre dos sectores de un sindicato escindido sobre a cuál de los dos grupos le corresponde la representatividad efectiva del sindicato: competencia de la jurisdicción civil.—La cuestión nuclear del litigio lo constituye el conflicto existente entre los dos sectores del sindicato escindido en que cada sector se arroga la representación y dirección del mismo. La resolución del litigio exige determinar la validez o nulidad de los acuerdos estatutarios adoptados que propiciaron la división. La competencia de la jurisdicción civil, para conocer de dichas cuestiones, se impone tanto, por atribución propia, como si se tiene en cuenta que el artículo 11 de la Ley de 26 de diciembre de 1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, atribuye residualmente a la Jurisdicción civil las cuestiones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas o para impugnar pretensiones relativas a los mismos, no comprendidas en sus artículos 2.º y 6.º (de naturaleza penal o administrativa). Asimismo, el artículo 13 de la Ley Orgánica de 2 de agosto de 1985, de Libertad Sindical, establece la tutela judicial de la libertad sindical por medio del proceso jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

La libertad sindical no ampara una actuación o comportamiento antidemocrático.—Si bien la Constitución Española proclama la libertad sindical (arts. 7 y 28 CE), que en todo momento ha de ser tutelada y potenciada, también el texto constitucional exige que su estructura interna y funcionamiento deban ser democráticos, por lo que aquellos comportamientos sindicales que no reúnen esta condición se desautorizan ellos mismos y en modo alguno pueden encontrar cobijo en el derecho a la libertad de sindicación. (**STS de 13 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—El sindicato SOC aprobó en 1979 sus Estatutos, fijando su domicilio en la calle Buenos Aires, de la ciudad de Las Palmas G.C. En mayo de 1982 se celebró una Asamblea General adoptándose los acuerdos de expulsión de afiliados y elección de una comisión gestora para dirigir el sindicato. Ese mismo mes tuvo lugar el II Congreso Nacional del SOC, que acordó introducir diversas modificaciones en los Estatutos, entre ellas la relativa al cambio de domicilio, fijando el nuevo en la calle Pérez Galdós. Se produjo

así una situación de escisión sindical y enfrentamiento interno entre dos sectores de esta organización: el denominado Sector Buenos Aires-Bravo Murillo (escindido) y el conocido como Sector Pérez Galdós-Núñez de la Peña (núcleo antiguo). El Ministerio Fiscal, con base en la LPJDFP, de 26 de diciembre de 1978, presentó demanda solicitando que se declararan no conformes a derecho las modificaciones de los estatutos del SOC, operadas en 1979 así como el cese del comportamiento antisindical de uno u otro de los sectores del Sindicato. El Sector Buenos Aires-Bravo Murillo, solicitó se le reconociese la legitimidad representativa del sindicato. Por su parte, el Sector Pérez Galdós-Núñez de la Peña se opuso a la declaración de nulidad de los acuerdos instada por el Ministerio Fiscal, solicitando en síntesis que se declarase la nulidad de la Asamblea de mayo de 1982 y de la comisión gestora nombrada en la misma, así como la de los actos por esta llevados a cabo y, en especial, los de usurpación del patrimonio sindical y del uso de las siglas de la entidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión de este segundo grupo o sector. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los otros litigantes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

8. Tradición simbólica en las ventas judiciales.—Esta Sala tiene declarado que, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514 LEC 1881 modificado, aplicable a este proceso por razones temporales, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos que habilitan para la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1515 LEC 1881) y que la expedición del testimonio en que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 CC, análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública.

En suma, la venta se perfecciona con la aprobación del remate y la tradición se produce con la plasmación de la venta en un documento público, que antes era una escritura notarial y ahora es el testimonio del auto de aprobación expedido por el secretario.

La sentencia de apelación no infringe esta doctrina cuando afirma que, aunque existe título —el acta de cesión de remate— no ha existido tradición simbólica, o al menos no se ha acreditado, por cuanto la parte demandante en tercería no ha aportado el testimonio expedido por el secretario del auto de aprobación del remate y adjudicación al cesionario (sino sólo una certificación de haberse producido la subasta, el remate, y la cesión de éste), requisito de titulación indispensable para que pueda entenderse que se ha producido la transmisión de dominio a favor de la parte demandante, la cual exige no solamente que exista título, sino también que concurra modo de adquirir mediante la tradición o entrega (art. 609 CC).

Doctrina del levantamiento del velo.—La parte recurrente entiende que la parte recurrida ha entrado en posesión de la finca y que, por lo tanto, ha existido una entrega de la misma reflejada en la posesión que dice tener de ella.

Este argumento no puede ser aceptado, por cuanto la Sala, en el terreno fáctico inmune a la casación pone de manifiesto, tras estudiar detenidamente

la composición, circunstancias y actividad de la sociedad demandante en tercería, que ésta ha sido creada con la finalidad de mantener al deudor en la titularidad de la finca frente a las reclamaciones de los acreedores, carece de cualquier otra actividad y, por consiguiente, no puede admitirse la existencia de una entrega de la finca a dicha sociedad eficaz para poner fin a la posesión por parte de su primitivo titular.

Se trata en definitiva, de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a un supuesto en el que se utiliza como norma de cobertura la normativa referente a la persona jurídica para, mediante una demanda de tercería de dominio, eludir el cumplimiento del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 CC.

La solución expuesta se apoya en la doctrina sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica (*disregard of legal entity*, desprecio de la persona jurídica), acogida en nuestro Derecho por la STS de 28 de mayo de 1984 y hoy plenamente consolidada, que se apoya en los principios de buena fe y prohibición del fraude de ley y abuso del derecho. Esta doctrina, que es de aplicación excepcional (SSTS de 4 de octubre de 2002 y 11 de septiembre de 2003), trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (SSTS, entre otras, de 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005, 10 de febrero de 2006 y 29 de septiembre de 2006), evitando que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento de fraude (SSTS de 17 de octubre de 2000, 3 de junio y 19 de septiembre de 2004, 16 de marzo y 30 de mayo de 2005). Así ocurre, entre otros supuestos, cuando se trata de aludir la responsabilidad patrimonial universal que consagra el artículo 1911 CC mediante el ejercicio de una tercería de dominio interpuesta por una sociedad cuyo sustrato personal se confunde con el deudor o que, respecto de él, carece de independencia patrimonial o autonomía económica (SSTS de 28 de abril de 1988, 24 de diciembre de 1988, 2 de abril de 1990, 24 de abril de 1992, 11 de noviembre de 1995, 10 de febrero, 24 de marzo y 4 de septiembre de 1997, 11 de octubre de 1999, 22 de noviembre de 2000, 18 de abril y 16 de octubre de 2001, 11 de octubre, 21 de mayo, 24 de junio, 30 de julio y 17 de diciembre de 2002, 22 de abril y 6 de mayo de 2003, 19 de octubre y 25 de noviembre de 2004, 30 de mayo y 20 de junio de 2005).

El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de la sociedad demandante impone, en el caso enjuiciado, estimar que no ha existido entrega de la finca en su favor, sino mantenimiento de la misma en posesión de su primitivo titular –con el que se confunde su sustrato personal– instrumentada *longa manu* (con largo alcance o mediatamente) a través de la sociedad creada con tal objeto. Falta, en consecuencia, el presupuesto básico para el ejercicio de la acción de tercería, ya que no pueda reconocerse a la sociedad demandante la condición de tercero distinto del acreedor ejecutante y del ejecutado. (STS de 20 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–La mercantil A promovió tercería de dominio en relación a una finca que había sido embargada por el Banco B en juicio ejecutivo contra don C. El Banco se opuso justificando su postura en la insuficiencia del título presentado por la tercerista que no era sino la cesión del remate hecho en su favor por el rematante en un ejecutivo anterior. Ante la argumentación del Banco –falta de modo y, por tanto, de adquisición de la propiedad– arguyó la terce-

rista, que ostentaba la posesión de la finca desde la cesión del remate. El Juzgado, por las circunstancias concurrentes en el caso, entendió además que la sociedad había sido constituida con la única finalidad de salvar la finca del ejecutado de la acción de sus acreedores, razón ésta –identidad subjetiva– por la que desestimó la demanda. La Audiencia desestimó igualmente el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que interpuso la mercantil A. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Contratos. Falta de causa. Ausencia de precio en la compraventa.—La STS de 21 de julio de 1997 declara que en las compraventas la ausencia de precio determina falta de causa y ocasiona la nulidad absoluta, conforme al artículo 1275 CC y jurisprudencia reiterada (SSTS de 10 de noviembre de 1992, 6 de octubre de 1994, 27 de junio de 1996 y 13 de marzo de 1997), siendo cuestiones distintas la falta de pago o entrega del precio y su total inexistencia. La inexistencia de precio determina la ausencia de causa y ocasiona la nulidad absoluta del negocio (SSTS de 10 de noviembre de 1992, 6 de octubre de 1994 y 27 de junio de 1996).

Simulación absoluta. Donación encubierta bajo compraventa.—En referencia a la nulidad de los contratos tratada en el artículo 1300 CC, la STS de 27 de abril de 1997 declara que tal precepto sólo es aplicable a los supuestos en que existe verdadero contrato por reunir los requisitos del artículo 1261 CC, pero no cuando por simulación absoluta hay inexistencia de causa y total privación de efectos contractuales según el artículo 1275 CC (SSTS de 5 de noviembre de 1981 y 23 de julio de 1993). La STS de 28 de mayo de 1996 también declara que, siendo exacto que la jurisprudencia ha permitido en bastantes ocasiones admitir una donación bajo la forma de compraventa, ello ha sido generalmente en supuestos de donaciones remuneratorias, pero no en las puras y simples, para las cuales es rigurosa la jurisprudencia, según la cual para que exista donación han de concurrir los requisitos del artículo 633 CC, y no cabe entender que hubiera aceptación a la donación cuando no se alega por los demandados, quienes tampoco acreditan ni la causa de la gratuidad ni el *animus donandi* (en igual sentido, la STS de 13 de noviembre de 1997).

Falta de causa del contrato. Necesidad de prueba por quien la invoca.—La falta de causa en las relaciones contractuales exige prueba a cargo de quien la invoca, bien directa, o la indirecta de las presunciones, que suele ser la operante tratándose de simulación absoluta (STS de 27 de junio de 1996; en igual sentido, las SSTS de 30 de mayo de 1998, 18 de octubre de 1997, 20 de marzo de 1996 y 11 de febrero de 1992).

Valor probatorio de los documentos públicos.—En relación al artículo 1218 CC, la STS de 30 de octubre de 1998 declara que esta prueba (documentos públicos) no es necesariamente superior a otras (SSTS de 25 de junio de 1983, 27 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986 y 18 de junio de 1992) y la veracidad intrínseca de las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por prueba en contrario (SSTS de 8 de mayo de 1973, 9 de mayo de 1980, 15 de febrero de 1982 y 14 de febrero y 14 de marzo de 1983), todo lo cual es aplicable al hecho de la venta en sí y a las manifestaciones de que

el precio se tiene recibido con anterioridad. El valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (STS de 30 de septiembre de 1995; en igual sentido, las SSTS de 26 de enero de 2001, 30 de octubre de 1998, 11 de julio de 1996, 18 de julio de 1992, 27 de marzo de 1991, 2 de abril de 1990 y 6 de julio de 1989). Como han declarado las SSTS de 22 de septiembre de 1946 y 26 de noviembre de 1956, la fuerza probatoria que el artículo 1218 CC atribuye a las declaraciones que los contratantes hubieren hecho en documento público no impide combatirla y declarar la falta de correspondencia entre esas declaraciones y la realidad, por convicción adquirida por otros elementos probatorios, pues es claro que de otro modo la escritura pública cubriría y haría inatacable, entre las partes, toda clase de ficciones. Por último, el artículo 1218 CC, en cuanto atribuye a las escrituras públicas fuerza probatoria contra los contratantes por lo en ellas declarado, no obliga al juzgador a atenerse al precio de compra consignado en las mismas, a la hora de fijar la indemnización debida por incumplimiento parcial de lo convenido, ya que aparte la alteración ínsita en la valoración del tiempo y circunstancias en que la contratación y el incumplimiento acaecieron, el precio escriturado, ni puede considerarse protegido por la fe notarial, ni, como se ha dicho, está dotado de veracidad intrínseca hasta el punto de que no pueda ser desvirtuado por los demás medios probatorios (SSTS de 4 de julio de 1944, 8 de marzo, 25 de mayo y 16 de junio de 1961, 8 de octubre de 1966 y 30 de junio de 1983). **(STS de 28 de septiembre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don J. P., doña Ma., doña C. y don R. eran hijos del matrimonio constituido por don E. y doña Mo.

Entre don E. y su esposa doña Mo. como vendedores y la sociedad AAO, S. L. (constituida por don R. y su esposa) como compradora, actuando en nombre y representación de la misma don R. como su administrador único, se celebraron dos contratos de compraventa, referidos respectivamente a un piso y a tres fincas rústicas (esta última cinco días después de otorgar testamento don E.). El precio pactado del piso fue de siete millones de pesetas, siendo su valor de mercado de unos dieciocho millones de pesetas, mientras que el precio de las fincas fue fijado en diez millones y su valor real es de unos ciento cuarenta millones de pesetas. No se acredita, sin embargo, que la entidad compradora pagara precio alguno, y menos diecisiete millones de pesetas, cuando tenía un capital social de un millón de pesetas y llevaba operando dos años.

Por otra parte, don E. y doña Mo. constituyeron la entidad RPI, S. L., cuyo objeto según sus estatutos lo constituye la tenencia y alquiler de bienes inmuebles, nombrándose apoderado gerente de la sociedad a don R.

Don J. P., doña Ma. y doña C. interpusieron demanda contra doña Mo., don R. y las mercantiles AAO, S. L. y RPI, S. L., solicitando —entre otros extremos— se declarara la nulidad de las referidas

compraventas, o alternatively su naturaleza de donaciones imputables con carácter colacionable a la herencia de don E. en el haber de don R.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, en el sentido de declarar la nulidad de los contratos de compraventa. Contra esa sentencia, doña M. y AAO, S. L. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo se pronuncia una vez más sobre el valor que ha de darse a una donación disimulada bajo una compraventa, cuestión en la que destacan los estudios del Prof. ALBALADEJO (especialmente en «Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada», *Actualidad Civil*, 1998-2, pp. 319-343; la pequeña monografía *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de donación simulada*, Madrid, 1998; y, finalmente, el capítulo IV de *La simulación*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005). Si bien en numerosas ocasiones la jurisprudencia se ha orientado por reconocer la validez de la donación disimulada, la sentencia anotada, citando las de 28 de mayo de 1996 y 13 de noviembre de 1997, considera en cambio que se trataría de una simulación absoluta, y que ese reconocimiento sería posible respecto a las donaciones remuneratorias, pero no a las puras y simples, en que debería acreditarse la aceptación, la causa de la gratuidad y el *animus donandi* (para ALBALADEJO, en realidad la diferencia radicaría en que en las primeras no es precisa una escritura, al regirse por la libertad de forma de los contratos onerosos, y por tanto la nulidad de la escritura de venta no afecta a la validez de la donación; en las segundas sí, pero *de donación*, no *de venta* u otra cualquiera, por lo que al no existir aquélla la nulidad afecta a todo el conjunto). (F. J. J. M.)

10. Concepto y función de la tercería de dominio.—En cuanto al concepto y función de la tercería de dominio, las SS de 7 de abril y 21 de diciembre de 2000, 8 de mayo de 2001 y 20 de octubre de 2005 expresan: «la acción de tercería de dominio regulada en los artículos 1532 ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión, por el alzamiento del embargo. Pero, realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado)».

Simulación absoluta.—El negocio jurídico carente de causa es el simulado con simulación absoluta, que al estar falto de aquel elemento esencial es inexistente, aunque doctrinal y jurisprudencialmente se habla con frecuencia

de nulidad ya que los efectos de aquella y ésta son coincidentes. Hay negocio aparente y acuerdo simulatorio por el que las partes coinciden en la inexistencia de aquél; lo cual difícilmente se acredita por la prueba directa, siendo necesaria la prueba de presunciones. Sobre la simulación absoluta tienen interés las siguientes sentencias, entre otras anteriores: de 10 de diciembre de 1996, 14 de abril, 30 de septiembre y 21 de octubre de 1997, 27 de febrero, 21 de septiembre y 27 de octubre de 1998, 31 de diciembre de 1999, 6 de junio de 2000 y 20 de octubre de 2005. Esta última recopila la doctrina jurisprudencial en estos términos: «la doctrina jurisprudencial ha declarado que es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SSTS de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970 y 11 de octubre de 1985); igualmente, la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Juzgador de instancia (SSTS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero y 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); que la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador a la apreciación de su realidad (STS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987); que la «simulatio nuda» es una mera apariencia engañosa («substantia vero nullam») carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984); que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS de 1 de julio de 1989); que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS de 18 de julio de 1989); que en ningún sitio consta dicho por esta Sala que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1996); que el negocio con falta de causa es inexistente (STS de 23 de mayo de 1980).

Levantamiento del velo de la persona jurídica.—El tercero de los conceptos que aplica para un caso semejante, de tercera de dominio, la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 2001 es atinente al levantamiento del velo de la persona jurídica, al efecto de descubrir lo que está debajo y ver quién verdaderamente es y al objeto de evitar el fraude de ley o el abuso de derecho en perjuicio de tercero. La S de 15 de octubre de 1997, entre otras muchas, incluso posteriores que la reiteran, expresa que la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *Disregard* y de la germana *Durchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas, como dice la S de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS de 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S de 3 de junio de 1991 se proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las SS de 16 de marzo y 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994 y la de 8 de abril de 1996. (STS de 14 de

septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad A vendió a la sociedad B una finca. Posteriormente dos entidades mercantiles demandaron a la vendedora reclamándole una cantidad que les adeudaba. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la sociedad A (en sentencia que fue confirmada por la Audiencia y el Tribunal Supremo) al pago de la suma reclamada. En ejecución provisional de la sentencia de primera instancia se decretó el embargo de la finca y, practicada ya la anotación del embargo, se inscribió la compraventa. Interpuso la sociedad B, compradora, tercera de dominio y el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por considerar que la venta anterior al embargo era válida frente al criterio de las entidades mercantiles que sostenían la simulación de la compraventa. Apelada la sentencia por las demandadas ejecutantes, la Audiencia entendió que, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso, era de todo punto evidente la existencia de una maniobra por parte de la sociedad B (compradora y tercerista) para sustraer de la ejecución la finca litigiosa. El problema jurídico que llega al Tribunal Supremo se centra en determinar la validez de la compraventa o su inexistencia por tratarse de una mera ficción. El alto Tribunal confirmó la sentencia de la Audiencia en todos sus pronunciamientos declarando no haber lugar al recurso de casación que interpuso la compradora. (R. G. S.)

11. Fiducia *cum amico*.—El Tribunal de instancia entendió que entre demandante y demandado había existido un negocio jurídico fiduciario, que debe catalogarse como de fiducia *cum amico*, el cual, tal y como se indica en la S de 5 de marzo de 2001 —cuya doctrina se recoge en la posterior de fecha 31 de octubre de 2003— y como así mismo se precisa en la de fecha de 16 de julio de 2001, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero —beneficiario—, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que sólo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la fiducia *cum amico* la forma pura o genuina del negocio fiduciario —S de 16 de julio de 2001—. En otros términos: en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas por la fiducia.

Titularidad dominical del fiduciante: consecuencias.—La acción verdaderamente ejercitada como principal en la demanda fue la declarativa de dominio de la mitad indivisa de la finca cuyo título, ya el habilitante de la

legitimación, ya el que sirve de fundamento a la acción ejercitada, se halla en la caracterización del negocio jurídico, en cuya esencia, como tal negocio fiduciario, se encuentra la titularidad dominical del fiduciante sobre la finca –aquí de su mitad indivisa– frente a la titularidad meramente formal que puede oponer ante él el fiduciario. No se trata, por tanto, de ejercitar ningún derecho derivado de un negocio jurídico, y en particular del de naturaleza fiduciaria cuya existencia se declara en la sentencia recurrida, sino de reclamar el derecho de propiedad adquirido por virtud de dicho negocio jurídico seguido de la tradición del bien, cuyos efectos se producen en cabeza no sólo del adquirente formal, sino también del fiduciante, por virtud del señalado carácter fiduciario del negocio jurídico.

[...] los recurrentes vienen a negar la legitimación del demandante para ejercer la acción declarativa de dominio por carecer del necesario título dominical al no haberse operado la transmisión de la mitad indivisa de la finca litigiosa mediante la imprescindible tradición.

[...] la parte recurrente se desentiende del carácter y de los efectos del negocio fiduciario cuya existencia fue declarada en la sentencia recurrida, y en cuya esencia se encuentra ínsita la adquisición del dominio de la parte indivisa de la finca por el fiduciante y la apariencia formal de su titularidad por el fiduciario, el cual adquiriría realmente para sí y para el primero, de manera que los efectos de la tradición exigida por el artículo 609 CC para adquirir el dominio, ya la real, ya la instrumental o *ficta*, se producen tanto para uno como para el otro, de donde le viene al demandante el título habilitante para ejercitar la acción declarativa que constituye el objeto del proceso del que trae causa el recurso. (STS de 27 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–Don I. interpone acción declarativa de dominio frente a su hermano, don F. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia acogió la apelación y declaró que la mitad de la finca en litigio pertenecía al actor por haberla adquirido junto con el hermano demandado. La sentencia de apelación tuvo en cuenta que, a la vista de la prueba practicada, don F. ostentaba únicamente una titularidad fiduciaria respecto a la totalidad de la finca objeto del pleito que, en realidad, había sido adquirida por los dos hermanos, con dinero de ambos y por iguales partes indivisas, inscribiéndose a nombre de uno solo por hallarse el otro trabajando en el extranjero. Recurrió en casación el demandado y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

12. Contratos. Consentimiento contractual presunto. Valor del silencio.–El concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato (art. 1262, párrafo 1.º, CC), no ha de manifestarse siempre y en todo caso de forma expresa, sino que es admisible, de cara a conformar los presupuestos necesarios para declarar la validez de los contratos, la apreciación de un consentimiento tácito [*rectius*, presunto] con base en determinadas deducciones, como acto presuntivo. Como enseña la STS de 10 de junio de 2005, aunque es cierto que generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia, sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir que no se esté

imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo (SSTS de 4 de marzo de 1972 y 13 de febrero de 1978), y se deba hablar conforme a los principios generales del Derecho *tacens consentit, si contradicendo impedire poterat* (STS de 13 de febrero de 1978) y *qui siluit cum loqui et debuit et potuit, consentire videtur* (SSTS de 24 de noviembre de 1943, 24 de enero de 1957 y 14 de junio de 1963), existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan (SSTS de 14 de junio de 1963, 13 de febrero de 1978, 18 de octubre de 1982 y 17 de noviembre de 1995), o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disentimiento, si no se deseaba aprobar la propuesta de la contraparte (SSTS de 23 de noviembre de 1943, 13 de febrero de 1978, 18 de octubre de 1982, 18 de marzo y 22 de noviembre de 1994, 30 de junio y 17 de noviembre de 1995, 29 de febrero de 2000 y 9 de junio de 2004).

En cualquier caso, como señala la STS de 10 de junio de 2005, «los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento han de ser inequívocos *–facta concludentia–*, es decir, que con toda evidencia los signifiquen (STS de 7 de junio de 1986), sin posibilidad de dudosas interpretaciones (SSTS de 5 de julio de 1960, 14 de junio de 1963 y 13 de febrero de 1973)». Y en la STS de 17 de febrero de 2005 –con cita de las de 24 de enero de 1957, 19 de diciembre de 1990, 11 de junio de 1991 y 22 de diciembre de 1992– se incide en que, si bien el consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita, en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar determinante, ser clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación, sino por el contrario reveladoras del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho; estableciéndose también en la misma doctrina que el consentimiento tácito ha de emanar de actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido.

Contratos. Interpretación.–Las normas que rigen la hermeneusis contractual se encuentran ordenadas en un conjunto armónico y subordinado en el cual la basada en un criterio objetivo, atento a la literalidad de los términos del contrato, se impone con preferencia sobre la que busca la intención de los contratantes en los actos coetáneos y posteriores de éstos (SSTS de 1 de febrero de 2001, 17 de diciembre de 2002 y 20 de mayo de 2005, entre otras muchas). **(STS de 20 de julio de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–Los cónyuges don C. F. y doña M. realizaron un contrato de venta de una lonja a don E.

Don E. interpuso demanda contra don C. F. y doña M., pidiendo la declaración de validez del contrato y la condena de aquéllos al otorgamiento a su favor de la correspondiente escritura pública de compraventa de la finca reseñada. Don C. F. y doña M. formularon sendas reconvencciones contra aquél, solicitando respectivamente la declaración de resolución del referido contrato, por incumplimiento por don E. del pago del precio, y la condena de éste al reintegro de la lonja y al pago de los daños y perjuicios que se generaran como consecuencia del retraso en la entrega de la finca; y la anulación del contrato con la obligación de las partes de restituirse recí-

procamente las cosas y prestaciones recibidas, con sus frutos e intereses.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados, y estimó la demanda reconventional de doña M., desestimando la de don C. F. Interpuesto recurso de apelación por don E., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la anterior sentencia y estimando la demanda. Contra esa sentencia, don C. F. y doña M. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El presente caso aborda, entre otras cuestiones, el ya viejo problema del valor contractual que ha de darse al silencio. No puede darse a esta cuestión una solución general y apriorística, sino que el valor del silencio como consentimiento contractual presunto vendrá determinado conforme al principio de buena fe: será un hecho concluyente en caso de que quien calle estuviera obligado a manifestar una determinada exteriorización de voluntad, conforme a las exigencias de la buena fe (conforme al viejo aforismo, citado por el Tribunal Supremo en la S anotada, *qui tacet consentire videtur; cum loqui et debuit et potuit*). Así, si existieran unas previas relaciones que impusieran al potencial aceptante la adopción de una conducta activa (aceptando o rechazando la oferta, pero no guardando silencio), el principio de la buena fe impone esa manifestación de la voluntad y por tanto si quien debe hablar no lo hace se puede entender que consiente. El valor jurídico del silencio no es tratado por el Código civil, pero sí por el Fuero Nuevo de Navarra, cuya ley 20 establece un tratamiento de la cuestión similar al que hemos apuntado. (*F. J. J. M.*)

13. Contratos. Error en el consentimiento invalidante del mismo.

Requisitos.—Para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (SSTS de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por esa declaración (SSTS de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, SSTS de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

Error sobre la calificación urbanística de unos terrenos. Carácter esencial y excusable.—El carácter esencial del error se deriva del hecho de que el mismo recae sobre la calificación urbanística de la finca objeto de la

compraventa, y, en consecuencia, sobre su grado de edificabilidad, con la subsiguiente incidencia en su valor económico. Asimismo, debe considerarse como excusable, pues no puede afirmarse con rotundidad que con el empleo de una diligencia media la vendedora hubiera podido conocer con certeza la recalificación urbanística de la finca objeto de la compraventa con anterioridad a la celebración de ésta. (STS de 17 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Entre don C. y la mercantil S., S. A. se celebró un contrato de compraventa sobre un solar finca propiedad de ésta, objeto con posterioridad de una recalificación urbanística.

Don C. interpuso demanda contra S., S. A., solicitando la condena de ésta al otorgamiento a su favor de la correspondiente escritura pública de compraventa de la finca, ante la cual S., S. A. formuló reconvencción pidiendo la declaración de nulidad del referido contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a la demandada, y estimó la demanda reconvenccional de S., S. A., declarando la nulidad (inexistencia) del contrato. Interpuesto recurso de apelación por don C., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la anterior sentencia. Contra esa sentencia, don C. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

14. Dolo.—Es preciso sentar que el dolo principal o causante, que necesariamente ha de ser grave, no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (SSTS de 22 y 28 de febrero de 1961), sin que basten al efecto las meras conjeturas (STS de 25 de mayo de 1945), y, en el caso, se acepta en esta sede la argumentación de la sentencia recurrida, concniente a que ni los vendedores maliciosamente dejaron de advertir al comprador la existencia de la anotación de la hipoteca sin cancelar, pues toda la prueba conduce a la conclusión de que ni los mismos interesados tenían conocimiento de la existencia de la carga, una hipoteca contraída en 1957, cuyo principal se pagó, cuatro años antes de que los vendedores adquirieran el inmueble por donación de sus padres en 1997, ni objetivamente puede entenderse que la falta de información de que restaba por pagar una cantidad de 50.000 pesetas debida en concepto del resto de intereses y costas en una compraventa de una finca por un precio de 9.800.000 pesetas, puede considerarse como grave en el sentido de que si el comprador la hubiere conocido no hubiera celebrado el contrato.

En definitiva, con seguimiento de la línea de la STS de 21 de junio 1978, declaramos que las circunstancias concurrentes en el contrato no permiten entender que en los vendedores haya existido una conducta o comportamiento con valor de elemento objetivo *dolo causam dans* por su índole engañosa y, también, informado por el *animus decipiendi* o elemento subjetivo, consistente en el turbio propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada, ya que no hay constancia alguna de que fuesen utilizadas palabras o maquinaciones al efecto como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial, y, aun cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico, no cabe reprochar a los vendedores el empleo de artificios o sugestio-

nes de ningún género para inducir a la contratación. (STS de 19 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra en determinar si existió o no dolo grave en la conducta de los vendedores demandados que transmitieron como libre de cargas una finca que había sido hipotecada por sus padres en garantía de un préstamo. Demandados los padres por el acreedor hipotecario, consignaron el principal adeudado, más una cantidad para el pago de gastos, costas e intereses. La finca fue donada por los padres a los vendedores sin que en el acto de la donación constara gravamen alguno y resultando que, al tiempo de la compraventa e ignorándolo los transmitentes, faltaba por abonar una cantidad correspondiente a intereses y costas ya que no fueron cubiertos por la cantidad consignada. El comprador instó la nulidad del contrato por existencia de dolo en los vendedores, quienes reconvinieron exigiendo el cumplimiento y el abono de la parte del precio que aún quedaba por pagar. El Juzgado rechazó la demanda y acogió la reconvenición, confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. El comprador interpuso recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

15. Interpretación del contrato.—[...] esta Sala tiene reiteradamente declarado en sentencias como la de 28 de septiembre de 2005, que a su vez recoge la de 14 de mayo de 2001 que «los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (SS de 26 de enero de 1994, 24 de febrero y 13 de noviembre de 1995, 18 de febrero, 18 de abril y 21 de mayo de 1997 y 7 de julio de 2000, entre otras), pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación (SS de 30 de mayo y 15 de diciembre de 1992 y 9 de abril de 1997), habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo de las partes adquieren (entre otras SS de 20 de febrero, 4 de julio y 30 de septiembre de 1991, 10 de abril, 20 y 23 de julio de 1992, 26 de enero y 25 de febrero de 1994, y 9 de abril de 1997), con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras (S de 22 de abril de 1995), al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato (S de 4 de julio de 1988). Todo ello debe entenderse además sin olvidar que la calificación contractual constituye una función atribuida fundamentalmente al juzgador de instancia, la cual debe prevalecer en casación a menos que sea ilegal o incida en error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad por no ajustarse a las leyes de la lógica que no son otras que las del buen sentido (SS, entre otras, de 10 de mayo y 7 de noviembre de 1995, 9 y 18 de abril de 1997, 11 y 24 de julio, 28 de septiembre y 14 de diciembre de 1998; 14 y 25 de octubre, 26 de noviembre y 14 de diciembre de 1999 y 5 y 20 de julio de 2000). En parecidos términos la S de 23 de junio de 2003.

Reconocimiento de deuda.—[...] en relación a la figura del reconocimiento de deuda, la S de esta Sala de 7 de junio de 2004 recoge en su FD 4.º, apartado b) 1.—que «aunque la regulación del llamado “reconocimiento de deuda” no aparece expresamente contemplada en el Código civil común, una jurisprudencia consolidada de esta Sala ha tenido buen cuidado en admitirlo

y dotarlo de los requisitos que sean exigibles para su aplicación, pudiendo, al efecto, señalarse, las SS de la misma, de 30 de mayo de 1992, 20 de noviembre de 1992, 11 de febrero de 1993, 30 de septiembre de 1993, 27 de julio de 1994, 24 de octubre de 1994, 22 de julio de 1996, 5 de mayo de 1998, 29 de junio de 1998, 8 de junio de 1999, 8 de junio de 1999 y 23 de noviembre de 1999. Cabe destacar al efecto, el contenido de la S de 28 de septiembre de 1998, la que cita y repite, resumiéndolos, los argumentos esgrimidos en otras muchas sentencias anteriores, diciendo así que «el reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene pues la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de existencia de causa del artículo 1277 CC y el autor, autores, o causahabiente en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido...; a su vez, al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido...; en nuestro Derecho no se admite el negocio jurídico abstracto. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, al reconocimiento de deuda, negocio jurídico unilateral que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le ha admitido por doctrina y jurisprudencia el efecto material de quedar obligado al cumplimiento, por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de la dispensa de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente». Como resumen clarificador de esta doctrina jurisprudencial, podría citarse, en definitiva, la S de la Sala, de 29 de junio de 1998, al decir la misma, más sucintamente, que la jurisprudencia admite que mediante el acto unilateral, el o los que lo hacen «reconocen la existencia de una deuda previamente constituida y que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente».

Presunción de existencia y licitud de la causa. Abstracción procesal de la causa en relación con el reconocimiento de deuda.—Afirma la referida doctrina que la presunción de existencia y licitud de la causa, recogida en el artículo 1277 CC, impone al deudor la carga de la prueba de su inexistencia y falsedad. Así mismo, abundando en la doctrina jurisprudencial recogida en el anterior fundamento y en relación al reconocimiento de deuda esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en la afirmación de que el deudor que haya reconocido una deuda tiene obligación de cumplirla al aplicarse la presunción proclamada en el precepto indicado, ya que se le atribuye una abstracción procesal, quedando dispensado el acreedor de probar la relación obligacional preexistente, el hecho o el negocio jurídico que haya dado nacimiento a la misma. En este sentido, las SS de 30 de mayo de 1992 y 30 de septiembre de 1993, recogidas por la S de 7 de junio de 2004, destacan refiriéndose a la figura jurídica del reconocimiento de deuda «que tal negocio jurídico unilateral, en cuanto documentado por escrito se instrumenta así “a efectos de que el acreedor cuente con un medio idóneo de prueba o se patente y advere la existencia efectiva de una deuda pendiente respecto al que la aprueba, de manera que viene a adquirir fuerza vinculativa” y que “los estados negociales de reconocimiento de deuda, son válidos y lícitos tanto en su aspecto de facilitar a la otra parte un medio de prueba, como a dar por existente una situación de débito contra el que la reconoce, quedando vinculado a la misma, que alcanza efectos constitutivos si se expresa su causa justificativa”». (STS de 18 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don C. demanda a don I. y a doña M. reclamándoles cierta cantidad. Pedía que el Juzgado declarase la existencia de la deuda, condenase a los demandados a su pago y afectase al pago una determinada finca. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia rechazó el recurso de apelación interpuesto por el demandado don I. No se deduce claramente de la lectura de la sentencia los hechos que están en el origen del litigio. Sí lo está que los Tribunales declaran la existencia de la deuda «en razón del documento suscrito por ambos» y que don I., recurrente en casación, entiende en el único motivo de su recurso «que no se alega la causa del pago del dinero» lo que cuestiona la realidad contractual habida entre las partes. El Tribunal Supremo desestima el recurso y expone una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el reconocimiento de deuda y sus consecuencias en el orden procesal. (R. G. S.)

16. Dación en pago.—La dación en pago es aquel negocio jurídico por el que el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación: en parecidos términos la definen las SS de 7 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1997. Es una forma especial de pago o «subrogados del cumplimiento», como dicen las SS de 5 de octubre de 1987, 25 de mayo de 1999 y 27 de septiembre de 2002: forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación. Por más que se haya dicho, no es una compraventa, aunque, se pueden aplicar por analogía normas de la misma: produce los efectos del pago, como cumplimiento de la obligación.

A la dación en pago se refieren los motivos primero y segundo del recurso de casación, en que insisten en que la fecha prevista de 31 de diciembre de 1993 se produjo la transmisión dominical del inmueble objeto de la dación en pago, y por tanto, los demandantes desde aquella fecha son propietarios del mismo. No es así y la parte recurrente yerra en el planteamiento; se previó en aquel reconocimiento de deuda una dación en pago, como subsidiaria al pago efectivo y no se cumplió ni el pago de la obligación dineraria, ni la transmisión efectiva del inmueble; tal dación en pago no es un negocio jurídico traslativo del dominio, sino obligacional y no se ejecutó la obligación de entrega del inmueble.

Por consiguiente, no se han infringido los artículos 1450, 1462 y 1463 CC ya que no se produjo la entrega de la cosa, no en el sentido que se expresa en el motivo primero, sino que se ejecutó la dación en pago y no se transmitió la propiedad sobre el inmueble, por lo dicho en líneas anteriores y por lo razonado con todo detalle en la sentencia recurrida. Se desestima, pues, dicho motivo y también el motivo segundo, pues la resolución respecto a la dación de pago no tiene sentido cuando se exige el cumplimiento de la obligación principal, que es el pago; en todo caso, la sentencia recurrida es correcta y no infringe el artículo 1124 CC que se alega en este motivo, por cuanto efectivamente los demandados, recurrentes en casación, no cumplieron la prestación esencial de dar la finca en pago de la deuda, es decir, no ejecutaron la dación en pago.

Solidaridad de la obligación dimanante del reconocimiento de deuda.—El motivo sexto del recurso de casación se ha formulado por infracción del artículo 1137 CC que establece la presunción de mancomunidad en caso de pluralidad de sujetos activos o pasivos de la obligación.

La sentencia de la Audiencia Provincial razona con detalle que la deuda no se constituyó por los deudores demandados expresamente con carácter solidario, pero si bien el tenor literal del artículo 1137 del CC exige que la solidaridad se determine expresamente, se admite que exista, si se puede deducir la voluntad de generar una voluntad solidaria, aplicando las reglas de interpretación del contrato. Y en el presente caso, razona extensamente y con detalle que los deudores han asumido de consuno el débito, reconocen adeu- darles comprometiéndose a su abono conjunto, sin atisbo de acciones individualizadas, de lo que se deduce la solidaridad. La parte recurrente, es decir tales deudores, se oponen en este motivo del recurso alegando el texto del artículo 1137 CC que consideran infringido por la sentencia y el texto del reconocimiento de deuda, que niegan lo fuera con carácter solidario.

En el presente caso, esta Sala asume y reitera, como no podía ser menos, la doctrina jurisprudencial en orden a dos extremos:

– el primero, que se ha dulcificado el rigorismo del artículo 1137 (S de 1 de marzo de 1996), sin que exija con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad (SS de 17 de octubre de 1996 y 29 de junio de 1998), admitiéndose la doctrina de la solidaridad tácita (S de 26 de julio de 2000); además, se ha mantenido la solidaridad cuando existe una comunidad jurídica de objetivos (S de 26 de diciembre de 2001) y se ha dicho también en caso de reconocimiento de deuda: la obligación dimanante de reconocimiento de deuda tiene naturaleza solidaria (S de 3 de septiembre de 1997 que cita las anteriores de 17 y 24 de mayo de 1993);

– el segundo, que la interpretación del contrato del negocio jurídico en general, es facultad privativa de los Tribunales de instancia (S de 14 de enero de 2000), pertenece a la soberanía de la instancia (S de 30 de marzo de 2000) sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio el recurrente (S de 25 de julio de 2000) y la revisión sólo procede cuando el resultado hermenéutico o las conclusiones obtenidas incurren en arbitrariedad, sean lógicas o vulneradoras de algún precepto legal, absurdas o acusen notoria infracción de las normas reguladoras de la tarea exegética contenida en los artículos 1281 a 1289 CC (S de 26 de mayo de 2000 que cita muchas anteriores).

Por ello, se desestima este motivo porque la función interpretadora que ha hecho la Sala de instancia corresponde a su soberanía, no puede sustituirse por la de los recurrentes y, desde luego no incurre en arbitrariedad alguna, sino que por el contrario, esta Sala de casación acepta y comparte el criterio de que los deudores se comprometieron, en reconocimiento de deuda a una obligación solidaria. Además, la suavización del texto literal del artículo 1137 CC lleva a aceptar la solidaridad en el caso de la obligación conjunta que, derivada de una deuda social, reconocieron los deudores en el presente caso. **(STS de 19 de octubre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–La cuestión jurídica que llega a la casación parte de un reconocimiento de deuda otorgado en escritura pública. Los demandados, que fueron condenados en la instancia, declaran en la escritura que una sociedad no demandada adeuda a los demandantes determinada cantidad (una cantidad concreta a cada uno de los demandantes) y afectan en garantía del pago una finca de su propiedad concluyendo que, en caso de impago, el inmueble será dado en pago «por el total de la deuda y a favor de todos y cada uno de los acreedores, en pro indiviso y en la parte que proporcionalmente les

corresponde según la cuantía de la deuda». Ni se pagó la deuda, ni se cedió el inmueble, que siguió en posesión y propiedad de los demandados. Los acreedores interpusieron demanda en reclamación de la deuda reconocida y, subsidiariamente, solicitaron la declaración de su propiedad respecto de la finca objeto de la dación en pago. El Juzgado estimó la petición subsidiaria pero la Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, condenó a los demandados a pagar, solidariamente, las cantidades reclamadas a los demandantes. No hubo lugar al recurso de casación que interpusieron los demandados. (R. G. S.)

17. Resolución del contrato de compraventa de cosa común. Legitimación de parte de los comuneros para instar la resolución del contrato.

El Tribunal Supremo expone la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 28 de febrero de 1980, 6 de febrero de 1984 y 7 de mayo de 1999 conforme a la cual, la resolución del contrato no es un acto de disfrute de la cosa común, ni tampoco un acto de administración, sino un acto de verdadera disposición, y que, por tanto, todos los comuneros que participaron en la venta deben dar su consentimiento para resolver el contrato de compraventa en su totalidad.

A continuación declara el Tribunal Supremo que, tratándose de un contrato de compraventa de una finca que se vendió como un todo, por un precio unitario, sin especificar las participaciones proindiviso en la cosa común de cada uno de los comuneros, no procede resolver el contrato en cuanto a las participaciones indivisas de parte de los comuneros (los que optan por resolver), dejándolo subsistente respecto del resto (los que optan por el cumplimiento del contrato). De admitirse esta posibilidad, se rompería la unidad esencial del contrato, celebrado como un todo y no como distintas compraventas de las participaciones indivisas correspondientes a cada comunero.

Relación entre comuneros tras la venta de la cosa común.—Declara el Tribunal Supremo que la situación de comunidad no desaparece con la venta de la cosa común, sino que subsiste en relación con las incidencias a que pueda dar lugar el contrato. Por tanto, las divergencias que surjan entre los comuneros acerca del cumplimiento o la resolución del mismo habrán de ser ventiladas entre ellos de acuerdo con las normas que rigen la comunidad ordinaria de bienes.

Interpretación del contrato.—El Tribunal Supremo afirma que la interpretación contractual tiene como finalidad la investigación de la voluntad verdadera y real de los contratantes para establecer el contenido y alcance de lo pactado. Para realizar dicha tarea, aunque el intérprete ha de partir de las expresiones escritas, no ha de quedarse ahí, sino que ha de indagar la intención de las partes, lo que en realidad quisieron contratar, y, en esta tarea, es fundamental el recurso al criterio hermenéutico, puesto que el contrato es indivisible, en el sentido de que no se puede encontrar la finalidad perseguida por las partes en la interpretación de una cláusula aislada de las demás, sino que ha de encontrarse, por el contrario, en el análisis de la totalidad del texto que constituye el contrato. (STS de 10 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El 17 de noviembre de 1981, la constructora «E.C., S. A.», como parte compradora, celebró un contrato privado

de compraventa de una finca con D., P., J., I., M. C., C., P. E. y E. como vendedores. Dicha finca se vendió como un todo, por un precio unitario y sin especificar las participaciones proindiviso de cada uno de los comuneros. La compradora presentó una demanda contra todos los vendedores exigiendo el cumplimiento del contrato de compraventa. D. y M. I. contestaron a la demanda solicitando su desestimación. Por su parte, J., M. C. e I. (que representaban aproximadamente el 30 por 100 del total de la cuota comunera) formularon reconvencción en la que solicitaron que se declarase que el contrato de compraventa estaba resuelto por voluntad de las reconvinientes y de su madre fallecida (E.), y que se condenase a la compradora a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con su incumplimiento. El resto de los demandados (C., P. E. y demás herederos de E.) fue declarado en rebeldía.

La Audiencia desestimó los recursos de apelación que se presentaron contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimaba íntegramente la demanda y estimaba parcialmente la reconvencción, declarando que, con fecha 15 de marzo de 1989, quedó resuelto el contrato de compraventa en lo que se refiere a las participaciones de las reconvinientes y su madre fallecida en la finca objeto del contrato. La compradora interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo casa y anula parcialmente la sentencia recurrida y revoca también parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de desestimar la demanda reconvenccional. (*L. P. S. M. P.*)

18. Contratos. Resolución con base en el incumplimiento de una de las partes ex artículo 1124 CC: no comprende los supuestos de resolución de compraventa por desaparición sobrevenida de la causa.—Habiéndose concretado el objeto del litigio en la procedencia o no de la resolución del contrato con base en el artículo 1124 CC, no puede darse lugar a dicho efecto extintivo con base en la desaparición sobrevenida de la causa del contrato. Pues tal proceder, vulnera los concretos límites que marca el juego del principio *iura novit curia* en relación con el de *da mihi factum, dabo tibi ius*, ya que dicha libertad de apreciación de la norma aplicable por el juzgador siempre ha de estar condicionada al «componente fáctico de la acción ejercitada» y a «la inalterabilidad de la causa petendi», pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho de defensa. En este sentido, en el presente caso no concurren los presupuestos exigidos por el artículo 1.124, pues la propia resolución recurrida precisa que no hace imputación culposa a ninguna de las partes, de modo que es de aplicación al caso la doctrina consolidada en esta Sala, que es reiterada en exigir para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no se precisa una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 mayo y 2 de julio de 1994, entre otras muy numero-

sas). La frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible directamente a las partes (STS de 31 de marzo de 1992). (**STS 11 de octubre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La mercantil «U.C.P., S. A.» había suscrito en 1975 un contrato con el Ayuntamiento de Pájara, por el que la primera adquirió diversas parcelas, a cambio de 127.000.000 pts, con el fin de explotarlas turísticamente, conviniéndose en el contrato que el Ayuntamiento recalificaría dichos terrenos para facilitar la consecución del fin establecido contractualmente. Años después, y a la vista de la imposibilidad de materializar la explotación turística de la zona, por falta de la mencionada recalificación, la compradora demandó al Ayuntamiento solicitando la resolución del contrato y la restitución del precio abonado. El Ayuntamiento de Pájara se opuso y reconvino pidiendo la condena de la compradora al abono de determinados daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial de Las Palmas dio lugar al recurso de apelación planteado por la actora «U.C.P., S. A.» y, con estimación parcial de la demanda, declaró resuelto el contrato de 1975 y condenó a la corporación a devolver el precio satisfecho por aquella en su día, al entender que se habría producido la desaparición de la causa del contrato dada la evidente imposibilidad de proceder a la explotación turística de los terrenos vendidos. Ambas partes interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo rechazó el planteado por la actora y estimó, no obstante, el interpuesto por el Ayuntamiento demandado, en el sentido de considerar que no se había producido la pretendida resolución contractual. (*I. D. L.*)

19. Imputación de daños y cumplimiento de normas reglamentarias.

Según reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 30 de diciembre de 1998, 25 de abril de 2002 y 27 de febrero de 2003), la imputación de responsabilidad por la producción de un daño es independiente del cumplimiento de normas reglamentarias de carácter administrativo, razón por la que no cabe recurrir a las mismas para exonerarse de responsabilidad.

Obra paralizada por la promotora por las deficiencias observadas: compatibilidad de acciones.—En el caso de que existan defectos constructivos constitutivos de ruina, la doctrina jurisprudencial (SSTs de 30 de septiembre de 1986, 27 de enero de 1999 y 30 de junio de 2005) admite la compatibilidad de las acciones para obtener la satisfacción del interés lesionado, lo que supone que el perjudicado puede optar por la acción que considere más conveniente a sus intereses. Ahora bien, para que exista tal compatibilidad es necesario que las acciones partan de un mismo hecho. De ahí que no resulten compatibles ni acumulables las acciones derivadas del vínculo contractual y de la existencia de defectos constructivos cuando se esté ante una obra en construcción no recibida y que ha sido paralizada por la promotora por las deficiencias observadas, por tratarse del supuesto de hecho de las acciones que derivan del cumplimiento defectuoso. (**STS de 11 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Varias personas contratan la realización de obras de reparación de ciertos pisos y locales comerciales. Sin embargo, los promotores observan deficiencias (concretamente, variaciones entre la obra proyectada y la construida) que les lleva a paralizarla. Estas anomalías se imputan a los arquitectos superior y técnico (en su condición de directores de la obra y encargados de redactar el proyecto) y al contratista (como obligado a ejecutar la obra sin desviarse del proyecto), que son demandados por ello junto a la compañía aseguradora.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena solidariamente a los demandados a realizar las obras de restauración del inmueble y, subsidiariamente, también de forma solidaria, a efectuar el pago del equivalente económico, así como el pago de los daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia del desalojo de los bajos comerciales afectados por las obras. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial declara la falta de legitimación pasiva de la compañía aseguradora y absuelve a la misma de las peticiones formuladas de contrario. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte a los recursos de casación interpuestos por los demandados. (*M. C. C. M.*)

20. Responsabilidad contractual. Rigor en la apreciación de la culpa o negligencia (art. 1104 CC). Previsibilidad de la obstrucción de una chimenea por un nido de aves.—La doctrina jurisprudencial, como recoge la STS de 5 de diciembre de 2002, ha acentuado el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1104, CC definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, y exige como canon la necesidad de agotar la diligencia (entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 1982, 10 de julio de 1985 y 5 de mayo de 1998) y, también, que en dicho precepto se hace referencia a la culpa en el aspecto de falta de diligencia y previsión, y su exoneración se produce cuando los sucesos no hubiesen podido preverse, lo que, en dimensión de responsabilidad, requiere la ausencia de todo resquicio a esta imprevisibilidad (STS de 7 de octubre de 1991), cuyas posiciones son de aplicación al supuesto debatido.

El motivo se apoya primordialmente en la inspección reglamentaria, girada por los servicios de la demandada en las instalaciones de gas natural de la vivienda de la madre del actor el 18 de marzo de 1994, pero tal reconocimiento rutinario no examinó el sistema de evacuación de humos por la chimenea, ni el estado de la misma, que están relacionados con el objeto de la comprobación verificada, tampoco se advirtió a doña A. de la necesidad de vigilancia o control de tal conducto en previsión de taponamientos u otras deficiencias.

En definitiva, Gas Natural A, S. A. actuó no sólo sin la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, sino también ha omitido la referente al sector del tráfico en que su conducta se proyectó.

Por otra parte, la obstrucción por causa de un nido de aves no es un evento imprevisible, sino que su plasmación ocurre a veces en chimeneas, como en este caso, en los tejados o junto a las tuberías de desagüe de los edificios.

Facultad judicial de moderación de la responsabilidad procedente de culpa: discrecionalidad de su ejercicio.—La responsabilidad que procede de negligencia podrá moderarse por los Tribunales según los casos, pero, como tiene declarado la doctrina jurisprudencial, dicha facultad es discrecional sin que, respecto a su aplicación o inaplicación, sea susceptible de recurso de casación, por no estar sujeta a reglas, sino al prudente arbitrio de los Juzgadores de instancia (STS de 9 de febrero de 1990 y, en igual sentido, SSTS de 23 de febrero de 1996, 3 de marzo y 17 de septiembre de 1998 y 15 de diciembre de 1999). (STS de 20 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Como consecuencia de la intoxicación por monóxido de carbono sufrida por la esposa de don F. y el hijo de ambos, falleció la primera y el segundo sufrió daños de diversa consideración. Don F. demanda, en nombre y representación de su hijo menor R., a la entidad A, suministradora de gas natural. La cuestión que se dirime en los Tribunales se centra en determinar la responsabilidad civil derivada del accidente. Quedó probado que el monóxido de carbono se originó por la mala combustión del gas natural que servía de combustible a la caldera instalada para el calentamiento de agua corriente. Esa deficiente combustión, a su vez, se produjo por el taponamiento que un nido de aves había producido en la chimenea de evacuación de humos. Como consecuencia de lo anterior, tuvo lugar un retroceso de los humos relativos a la combustión hacia el quemador de la caldera y una concentración mortal de monóxido de carbono en la vivienda. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la obligación de la entidad demandada de indemnizar al menor R. en la cantidad solicitada. La Audiencia estimó parcialmente la apelación de la demandada y redujo la cantidad correspondiente a la indemnización. Acude al Tribunal Supremo la empresa suministradora de gas natural sin que hubiera lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

21. Responsabilidad contractual del procurador: incumplimiento de obligaciones: entrega de copia de resolución al abogado para formalizar casación: prueba.—El hecho de que el procurador haya preparado preventivamente el recurso de casación no es demostrativo de que, posteriormente, no hay incurrido en el negligencia que se le imputa, que no se refiere al acto de la preparación del recurso, sino a la falta de comunicación del posterior emplazamiento al abogado para que éste pudiera preparar el escrito de formalización dentro del plazo establecido. Las SSTS de 27 de febrero y 11 de mayo de 2006 han declarado que el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores, los cuales deben tener conocimiento de las mismas en relación con las particularidades impuestas por su función de representación procesal en cada caso. No resulta absurda ni contraria a la lógica la inferencia que hace la Sala de instancia en el sentido de deducir la veracidad de las afirmaciones del abogado partiendo de la imposibilidad probada de que el procurador transmitiera a aquél la copia del auto notificado en el día que dijo hacerlo, habida cuenta de que la diligencia exigida al procurador en el despacho de los asuntos le impone razonablemente la carga de

tomar razón de la fecha en que se comunican al abogado las resoluciones notificadas, junto con la comprobación de que éstas han sido debidamente recibidas, especialmente si la comunicación tiene lugar por un medio –como el antiguo correo– que no permite tener constancia inmediata y cierta de su recepción.

Calificación del daño causado al cliente por la frustración del recurso: daño moral.—No es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva; y esta Sala no ha rehuído, en ocasiones, en un contexto descriptivo de su implicación con ese derecho fundamental, aplicar esta calificación a supuestos de frustración de acciones procesales (así en SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de junio de 1998, 14 de mayo de 1999, 23 de mayo de 2003 y 15 de julio de 2005). Sin embargo, en un contexto valorativo encaminado a la fijación del importe de la indemnización que proceda establecer para compensar el daño, la dicotomía entre daños patrimoniales y morales tiene especial relevancia un marco tipológico distinto para huir del riesgo de la llamada *falacia o prejuicio patrimonialista*. Desde esta nueva perspectiva deben ser calificados como daños morales cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa (y de que éstos pertenezcan a personas jurídicas: así SSTS de 14 de diciembre de 1994 y 20 de febrero de 2002), aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psico-físico de la persona, y consiste paradigmáticamente en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica, incluyendo los que tienen su causa en el incumplimiento contractual –como el retraso en el transporte aéreo, o el cambio con billetes falsos–, y los que afectan a la parte social del patrimonio moral de la persona incidiendo en la esfera de su honor, reputación y consideración. Resulta así que los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser, no sólo patrimoniales, sino también morales (como el llamado *premio de afección* de los bienes expropiados por ley de E. F.); los que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o patrimonial (como admite el sistema de tasación de daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor); y los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral, que son los que aquí interesan, pueden ser de naturaleza patrimonial (llamados, a veces, patrimoniales indirectos o daños morales impropios) y no sólo moral (según admite implícitamente el art. 9.3 de la Ley de Protección civil al derecho al honor).

Valoración del daño.—El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto; esta circunstancia diluye, en cierta medida, la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas. El daño patrimonial, aun cuando sea incierto por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables

al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto; esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidades para el que la padece.

Daño originado por la frustración de acciones judiciales.—Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación en circunstancias normales.

Estimación del recurso: formalización de casación en materia contencioso-administrativa: escasas posibilidades de éxito.—No puede ser aceptada la tesis de la sentencia impugnada, que reproduce en este punto la doctrina de primera instancia, en el sentido de que no es procedente entrar en la valoración de las posibilidades de éxito en el ejercicio de la acción impugnatoria encaminada a lograr la casación de una sentencia que condenaba al Ayuntamiento al pago de una elevada cantidad económica. Incurre en el error de calificar de daño moral lo que en realidad es patrimonial según la doctrina expuesta. Atendiendo a la naturaleza del proceso frustrado hay que constatar las escasas posibilidades de éxito del recurso que no pudo interponerse, procediendo fijar la cuantía indemnizatoria en la suma de 12.000 euros, en vez de la señalada en la instancia de doce millones pesetas (=72.000 euros). (STS de 27 de julio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia importante que puede calificarse de *docta o pedagógica* por cuanto en los FD núms. 5 a 8, el Ponente expone una fundamentada doctrina jurisprudencial encaminada a calificar adecuadamente el daño derivado de la omisión del procurador de un Ayuntamiento que había sido condenado al pago de una suma que excedía de cincuenta y cuatro millones de las antiguas pesetas. Demandados tanto el abogado como el procurador, el primero fue absuelto por la Audiencia Provincial, mientras que el segundo era condenado al abono de doce millones de pesetas, estimando discrecionalmente el daño moral causado al frustrarse el recurso de casación que debió formalizarse y no se hizo por negligencia del procurador.

La realidad social muestra un incesante incremento del número de demandas contra abogados y procuradores (así Miquel GONZÁLEZ en su Prólogo a M.^a Carmen CRESPO MORA, *La responsabilidad del Abogado en el Derecho civil*, [Madrid 2005] p. 27, ofrece la siguiente estadística: Hasta 1989, se encuentra una única sentencia contra abogado; entre 1990-1994, aparecen ya nueve (Audiencias y Tribunal Supremo); entre 1995-1999, aparecen 68; y entre 2000-2004, se contabilizan 410. Las demandas contra procuradores cabe suponer que, aunque en menor número, hayan crecido similarmente. Puede esperarse que la cuidada doctrina de esta s. contribuya a consolidar una jurisprudencia abundante, aunque todavía diversa y poco segura (G. G. C.)

22. Contratos. Buena fe: alcance.—La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es un principio que integra los contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1258 CC, que ha sido excluido de la casación por su carácter genérico. Este criterio, sin embargo, no impone a la parte acreedora la obligación de pagar todo lo que ha fabricado la deudora en previsión de futuros pedidos que aún no se han realizado; en este sentido, las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado, como claramente se deduce del artículo 7103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos.

Contratos. Buena fe: obligación del deudor.—La buena fe exige que el deudor preste todo aquello que el acreedor debe razonablemente esperar, de modo que representa un criterio de determinación del alcance de la prestación y de la forma y las modalidades del cumplimiento.

Contrato de suministro: concepto.—El suministro es «comprendido de un conjunto de determinadas mercancías o géneros a servir en períodos de tiempos determinados o a determinar, con posterioridad, y por un precio de la forma preestablecida por las partes».

Contrato de suministro: régimen jurídico.—Por tratarse de un contrato atípico, su régimen jurídico no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), en su defecto, por la normativa de la compraventa (arts. 1445 ss CC y, en su caso, si es mercantil, 325 ss CCO) y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos. En definitiva, la semejanza con la compraventa no implica que se identifique con ella y las normas que regulan el primer contrato sólo pueden aplicarse al suministro cuando se dé la razón de analogía que lo permita. Dada la naturaleza mercantil de este contrato, debe aplicarse lo dispuesto en el Código de comercio en cuanto lo permitan los pactos establecidos por las partes y la naturaleza del propio contrato.

Contratos. Indemnización daños y perjuicios.—Ha de tenerse en cuenta que, junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que, si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no

lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos, frutos civiles o intereses, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Esta doctrina respeta el principio de que se requiere la liquidez para el pago de los intereses moratorios cuando la cantidad concedida en la sentencia es menor que la reclamada. **(STS de 27 de septiembre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil *ERA Beschichtung GmbH & Co. KG* interpuso demanda contra la entidad mercantil *Manufacturas de Automoción Jover, S. A.*, en reclamación de cantidad en virtud de un contrato de suministro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Prat de Llobregat estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso, El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

23. Mora del deudor: *in illiquidis non fit mora.*—El motivo undécimo denuncia infracción de los artículos 1101 y 1108 CC aplicable respecto a la matización de la aplicación del principio *in illiquidis non fit mora* por cuanto la sentencia recurrida no admite los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

Dice la S de 17 de noviembre de 2004 que «como recordó la S de 8 de marzo de 2002 a partir de la de 5 de marzo de 1992, esta Sala ha atenuado el automatismo del últimamente referido brocardo, que impedía la condena del deudor moroso al pago de intereses cuando la pretensión de condena a la entrega de una suma deducida en la demanda no fuera estimada más que en parte; y lo ha hecho dando protección al crédito al declarar que su titular tiene derecho a recibir, además de aquello que se le adeuda, lo que en el momento en que se le entregue represente tal suma, no por tratarse de una deuda de valor, sino porque las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos –civiles o intereses– ya que no hay razón para que no los produzca a favor de quien debió entregarlas con anterioridad al acreedor (doctrina seguida en las SS de 31 de enero, 10 de abril, 23 de mayo y 6 de octubre de 2001, 24 de septiembre de 2002, 12 de mayo de 2003)», y la S de 4 de febrero de 2004 afirma que «la jurisprudencia de esta Sala ya no sigue aquel brocardo jurídico (que no principio general del Derecho) por razones de equidad y de justicia, amparador de prolongados litigios para alejar el momento del pago de lo debido cuando es consciente la parte que lo invoca que es deudora de la que se reclama, siendo por lo demás poco racional que una disminución de la cantidad de lo originado origine daños al acreedor (SS de 5 de marzo de 1992 y 23 de octubre de 2002)». En aplicación de esta doctrina, procede la estimación del motivo. **(STS de 22 de septiembre de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Reclama el actor en la instancia sus honorarios profesionales como Letrado siendo estimada íntegramente la demanda. El demandado apeló y la Audiencia, estimando el recurso, revocó la sentencia del Juzgado y, acogiendo parcialmente la reclamación, rebajó sustancialmente la cuantía de los honorarios

exigidos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación matizando la aplicación del principio *in illiquidis non fit mora* por cuanto la sentencia recurrida no había admitido los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. (R. G. S.)

24. Cláusula penal. Interpretación restrictiva.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la cláusula penal constituye una obligación accesorio, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o el cumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, por lo que resulta obligado hacer una interpretación restrictiva de la misma (SSTS de 16 de abril de 1988, 14 de febrero de 1992, 23 de mayo de 1997 y 18 de julio de 2005).

La cláusula penal que declara que «para el supuesto de que la parte vendedora incumpla alguno de los pactos contemplados en el presente contrato, se establece la obligación, que asumen, de resarcir a la parte compradora con la cantidad de 7.700.000 pesetas en concepto de indemnización» está correctamente interpretada si se entiende que la indemnización que prevé queda limitada a los casos de incumplimiento total, capaz de producir la resolución del contrato, lo cual no tiene lugar cuando el incumplimiento consiste en un mero retraso en el cumplimiento sin que el plazo de cumplimiento tenga carácter esencial (SSTS de 22 de marzo de 1985, 6 y 7 de julio de 1989, 8 de noviembre de 1997 y 5 de diciembre de 2002). Según el Tribunal Supremo, se llega a esta misma conclusión en la interpretación de la cláusula si se tiene en cuenta la importante suma que prevé como indemnización, superior a la tercera parte del precio de la compraventa.

Esta interpretación restrictiva de la cláusula penal lleva igualmente a concebirla en este caso como una cláusula con función liquidadora de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, sustituyendo a la indemnización de daños y perjuicios, y no con una función cumulativa que permita exigir la indemnización de daños y perjuicios, además de la pena pactada como cláusula penal (esta función de la cláusula penal es excepcional y debe pactarse expresamente).

Artículo 1154 CC. Facultad del juez de moderar equitativamente la pena.—El retraso en el cumplimiento es un caso de cumplimiento irregular o defectuoso de la obligación principal al que resulta aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC. Dicha facultad reconocida al juez procede cuando, atendiendo a las circunstancias concurrentes (en este caso, el retraso en el cumplimiento es escaso y el deudor ha dado facilidades al acreedor para que se le ocasionaran menores gastos y molestias), es necesario fijar equitativamente la indemnización correspondiente según los daños concretados y, con ello, cumplir con la exigencia de que los derechos se ejerciten con arreglo a la buena fe e impedir el enriquecimiento injusto del acreedor.

Interpretación del plazo pactado para el cumplimiento. Inexistencia de término esencial.—El hecho de que, producido el retraso en la entrega de la vivienda, las partes pactaran una nueva fecha posterior para el otorgamiento de escritura pública, es considerado por el Tribunal Supremo como signo evidente de que el retraso no frustró el fin del contrato y de que el tiempo pactado para el cumplimiento no era esencial, sino que su inobservancia únicamente daba lugar a un mero retraso en el cumplimiento. (STS de 28 de

septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Con fecha 29 de agosto de 1996 se celebró un contrato de compraventa de una vivienda, en el que se pactó como fecha de entrega el 30 de septiembre de 1997. El comprador presentó una demanda solicitando que se declarara la existencia y validez del contrato y el incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega en la fecha pactada, por lo que exigía que se condenara a esta última a otorgar escritura pública de venta de la finca, libre de cargas. En ese momento, el comprador entregaría el resto del precio que faltaba por pagar, deduciendo del mismo la cantidad de 7.700.000 pesetas que la vendedora debía abonar en concepto de indemnización pactada para caso de incumplimiento. La vendedora se opuso a la demanda y solicitó en reconvencción la resolución del contrato por incumplimiento del comprador de su obligación de pagar el resto del precio. Subsidiariamente, solicitó que se condenara al comprador al pago del precio, más los intereses, desde la fecha de reclamación extrajudicial del pago, además de la indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento.

La sentencia de primera instancia desestimó la reconvencción y estimó en parte la demanda, condenando a la vendedora a otorgar escritura pública de venta y a abonar al comprador la cantidad de 3.350.000 pesetas en concepto de indemnización pactada (cantidad que se deduce del importe del precio de la venta pendiente de pago). La Audiencia desestimó el recurso del comprador dirigido a que se condenara a la vendedora a pagar la totalidad de la suma pactada en concepto de indemnización por incumplimiento y estimó en parte el recurso de la vendedora, en el sentido de reducir el importe de la indemnización convenida (se cifró en 500.000 ptas.). La Audiencia consideró que procedía moderar la pena y rebajar el importe de la indemnización en atención a las circunstancias concurrentes (el breve lapso de tiempo entre la fecha prevista en el contrato y la fecha en que finalizaron las obras; el hecho de que el comprador permaneciera en la vivienda que ocupaba a pesar del retraso y que la vendedora facilitara al comprador un lugar para depositar los muebles; así como que la negativa de la vendedora a consumir el contrato por no estar conforme con la aplicación de la cláusula penal pactada, estaba justificada, pues la pretensión de la compradora producía un resultado desproporcionado). Además, condenó al comprador a abonar en concepto de daños y perjuicios el interés legal del precio pendiente de pago, desde la fecha en la que fue requerido para otorgar escritura pública de venta. El comprador presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. (L. P. S. M. P.)

25. Permuta de solar por edificación. Incumplimiento del contrato.

La pasividad de la actuación de la constructora hace que sea preciso que la misma deba tipificarse como base del incumplimiento del contrato de permuta y que no puede servir de óbice a una aplicación de la cláusula penal establecida en el mismo.

Cláusula penal.—La cláusula penal se puede enclavar dentro de las cláusulas accesorias, o sea de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria y con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma. Así se expresa la STS de 12 de enero de 1999, cuando en ella se afirma que «la cláusula penal fue definida en la clásica S de 8 de enero de 1945: “como promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor” y más tarde, la de 16 de abril de 1988 la definió como “obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual”. Aplicando los artículos 1152 y 1153 CC es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal —aparte de su función general coercitiva— es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; sólo excepcionalmente opera la función acumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados, y, además, la pena pactada como cláusula penal». No obstante, la cláusula penal ha de interpretarse con carácter restrictivo (SSTS de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001 y 30 de abril de 2002). (**STS de 13 de julio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Entre los hermanos don J. A. y doña A. y la constructora HU, S. A. se celebró un contrato de permuta de solar por edificación, que incluía la siguiente cláusula: «Es condición especial de este contrato, que si en el expresado plazo de cinco años y medio no se hubiese realizado la contraprestación y por tanto la entrega antes referida, se hará entrega a los hermanos A. y J. A., por parte de la Sociedad ahora adquirente, de la cantidad de cien millones de pesetas en efectivo metálico, en concepto de indemnización por daños y perjuicios».

Ante la pasividad de la constructora en la realización de la construcción planeada, don J. A. y doña A. presentaron demanda contra HU, S. A. pidiendo se declarara resuelto el contrato que concertaron con dicha entidad y se le condenara a reintegrarles las fincas objeto del referido contrato y a abonarles la cantidad de cien millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por HU, S. A., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y estimando parcialmente la demanda, en el sentido de declarar resuelto el contrato y condenar a la demandada a reintegrar a los actores las fincas permutadas, indemnizándoles por el valor de las porciones transmitidas a terceros de buena fe que hayan inscrito su derecho. Contra esa sentencia, don J.A. y doña A. recurrieron en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

26. Acción pauliana. Requisitos.—La jurisprudencia ha determinado que los requisitos para la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana son: «La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor» (STS de 10 de abril de 1995; y además las de 16 de enero de 2001, 27 de junio de 2002, 13 de mayo de 2004, entre muchas otras).

Respecto de la preexistencia del crédito, esta Sala ha repetido en diversas resoluciones, entre ellas, la de 5 de mayo de 1997, y reiterada en las SSTS de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005, que este requisito «ha de entenderse en términos generales, y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios» o como afirma la S de 28 de diciembre de 2001, que cabe aplicar «la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia», en una línea muy semejante a la solución contenida en el artículo 610.b) del Código Civil portugués y al Codice Civile italiano, que en su artículo 2901, admite la acción revocatoria para la rescisión de actos posteriores al nacimiento del crédito, siempre que se conozca el perjuicio que dicho acto ocasionará al acreedor (asimismo, SSTS de 27 de noviembre de 2002, 26 de julio y 11 de diciembre de 2003, entre otras). Así, en el caso de créditos salariales, se trata de una deuda futura cuya previsión no puede dejar de conocer la sociedad deudora, y el requisito de la preexistencia del crédito debe entenderse cumplido (SSTS de 28 de diciembre de 2001 y 1 de febrero de 2006).

El segundo de los requisitos exigidos, cual es que el deudor haya actuado en fraude del derecho de sus acreedores, supone que el acto o contrato que permite el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria debe perjudicar al acreedor, minorando la solvencia del deudor, de modo que aquél no pueda cobrar lo que éste le debe; en definitiva «consiste en la frustración del derecho de crédito». Además, cuando se trata de un acto oneroso, debe existir una «conciencia» del daño (*scientia fraudis*).

El Tribunal Supremo no ha seguido una postura clara en relación a si ello requiere que el recurrente acredite la intención del deudor de dañar al acreedor o se debe interpretar de una forma más objetiva. Así, la STS de 11 de octubre de 2001 considera que el fraude se aprecia y puede existir tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como cuando existe una simple conciencia de causarlo (en este mismo sentido, las SSTS de 15 de marzo de 2002, 13 de junio de 2003 y 21 de junio de 2004). Esta tendencia a la objetividad se observa también en la STS de 6 de abril de 1992, que considera que en el *consilium fraudis* se incluye toda actividad intencionada o directamente dolosa, así como la simple conciencia de causar un daño, «llegándose a cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación» (también en este sentido las SSTS de 28 de octubre de 1993, 4 de diciembre de 1995, 31 de diciembre de 1997 y 31 de diciembre de 1998). El Tribunal Supremo ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis*, «para hacer factible en la práctica la operatividad

de la acción revocatoria», como afirma la STS de 31 de octubre de 2002, que añade que «frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor [*scientia fraudis*]. En esta línea se manifiestan entre otras las sentencias de [...] 15 de marzo de 2002, con arreglo a las que no es preciso la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo basta con una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditadamente». Así, el fraude queda constituido «por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo». La prueba de la concurrencia de este requisito corresponde al acreedor que ejercita la acción, debiendo tener en cuenta que en este caso no favorecen al reclamante las presunciones establecidas en el artículo 1297 CC. (STS de 17 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La empresa P., S. L. tenía problemas de liquidez. En una Junta general celebrada el 20 de abril de 1989 se tomó el acuerdo de vender dos fincas propiedad de la sociedad a doña N. y doña J. (ésta para su sociedad ganancial con don C.), que eran parientes de alguno de los socios de P., S. L., otorgándose la correspondiente escritura el siguiente día 28 de abril. Las compradoras pagaron diversas deudas que P., S. L. tenía con proveedores, lo que se computó como parte del precio de los inmuebles. El 11 de mayo de 1989 los trabajadores (don R., don Ar., don P., don Ab., don M., don P. E. y don L.) encontraron la puerta de la empresa cerrada y empezaron una larga serie de procedimientos contra P., S. L.

En la vía laboral, se les reconocieron las indemnizaciones por despido, atrasos del convenio y los salarios de tramitación, que al ser insolvente P., S. L., fueron abonados hasta los máximos legales por el Fondo de garantía salarial. En la vía penal los trabajadores presentaron una querrela por delito de alzamiento de bienes laboral, del que fueron absueltos los demandados.

En el ámbito civil, en el presente procedimiento don R., don Ar., don P., don Ab., don M., don P. E. y don L. interpusieron demanda contra P., S. L., doña J., don C. y doña N., solicitando se declarara rescindida por fraude de acreedores la venta de las fincas acordada en la Junta general, para poder hacer efectiva la parte de sus salarios que no han podido cobrar por las limitaciones del Fondo de garantía salarial.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia anterior. Contra esa sentencia, los trabajadores deman-

dantes recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo sintetiza cuáles son los requisitos que han de concurrir para la procedencia de la acción revocatoria o pauliana: preexistencia de un crédito en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa, realización de un acto por el que el bien salga del patrimonio del que lo enajena, propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor (*scientia fraudis*, respecto a la que se ha llegado por la jurisprudencia a una cuasiobjetividad, bastando con la conciencia de que se causa un perjuicio al acreedor), y ausencia de todo otro medio para la reparación del perjuicio sufrido por el acreedor. (F. J. J. M.)

27. Objetividad del *consilium fraudis* en el orden civil.—La existencia de la deuda y las transferencias que sirven de fundamento a la demanda ejercitada tuvieron lugar, y así se recoge en el orden penal, si bien en el mismo se entendió que al no estimar probada la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo defraudatorio o haber al menos serias y racionales dudas sobre el mismo, procedía la absolución, operando el principio *in dubio pro reo*. Ahora bien, tal valoración sobre el ánimo del autor no puede trascender al orden civil con efectos de cosa juzgada material, como bien se ha fundamentado en ambas instancias civiles con base en la doctrina de esta Sala, puesto que en uno y otro orden se parte de distintos principios en cuanto a la estimación de concurrencia del requisito de ánimo defraudatorio. La parte recurrente propugna trasladar al orden civil la valoración penal de falta de propósito de fraude, pero tal noción no tiene igual alcance y significación en el orden civil, como también pueden diferir los presupuestos de la misma, ya que en el ámbito penal, y en el concreto delito de alzamiento de bienes, se exige una intención directa y específica defraudatoria o de ocultación que no es precisa en el civil. En tal sentido cabe, frente a la cumplida demostración, en el orden penal, de la concurrencia, como elemento subjetivo del tipo, de un ánimo específico defraudatorio, cabe destacar, en contraste, lo considerado en la S de esta Sala de 17 de julio de 2006, en la que se recoge que «ciertamente esta Sala no se ha inclinado por una postura clara en relación al discutido tema de si el requisito que ahora examinamos requiere que el recurrente acredite la intención del deudor de dañar al acreedor o se debe interpretar de forma más objetiva. Así la S de 11 de octubre 2001 considera que el fraude se aprecia y puede existir tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como cuando existe una simple conciencia de causarlo (en este mismo sentido, las SS de 15 de marzo 2002, 13 y 21 junio 2003). Esta tendencia a la objetividad se observa también en la S de 6 de abril 1992 que considera que en el *consilium fraudis* se incluye toda actividad intencionada o directamente dolosa, así como la simple conciencia de causar un daño, «llegándose a cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasione por simple culpa civil o impremeditación» (*vid.* también en este sentido las SS de 28 de octubre 1993, 4 diciembre 1995, 31 diciembre 1997 y 31 diciembre 1998). Esta Sala ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis* «para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria», como afirma la S de 31 de octubre 2002, que añade que «frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por contra de quienes mantienen un criterio

objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*). En esta línea se manifiestan, entre otras, las SS de [...] y 15 de marzo de 2002, con arreglo a las que no es preciso la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo basta con una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditadamente». Así, el fraude queda constituido «por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo». Consecuentemente, la apreciación de la falta de concurrencia de ánimo fraudulento en el orden penal, no prejuzga la misma cuestión en el proceso civil. (STS de 30 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El Banco A ejercita una acción rescisoria de determinadas enajenaciones realizadas en fraude de acreedores frente a las sociedades limitadas B y C y seis personas físicas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y decretó la rescisión solicitada. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia inferior. Al mismo tiempo, las citadas enajenaciones habían dado lugar a que el Banco A interpusiera una querrela por el delito de alzamiento de bienes de la que resultó sentencia absolutoria. Los demandados en el proceso civil alegan esta circunstancia en el recurso de casación que interponen, considerando que existía cosa juzgada material y que en el orden penal ya se constató la inexistencia de intención de defraudar a los acreedores. El Tribunal Supremo, clarificando los requisitos del fraude en el orden civil, declara no haber lugar. (R. G. S.)

28. Tercería de mejor derecho. Criterio de distribución del sobrante del precio del remate en la ejecución hipotecaria de un bien inmueble. Existencia de posteriores hipotecas canceladas por la ejecución. Aplicación de las normas del Código civil sobre concurrencia y prelación de créditos. Doctrina jurisprudencial.—Se plantea la cuestión relativa a si los créditos garantizados por la segunda y tercera hipoteca en favor de la entidad actora le confieren el carácter de acreedor hipotecario, con la preferencia singular fijada en el artículo 1923.3.º CC, o si, por el contrario, cancelada su inscripción merced a la ejecución a que dio lugar la primera hipoteca, ostenta tan sólo la preferencia del artículo 1924.3.º CC en calidad de acreedor escriturario y, por ende, debe ceder ante los créditos a la Seguridad Social. La cuestión planteada, de carácter estrictamente jurídico, fue resuelta de modo diverso por las distintas Audiencias Provinciales. Algunas de ellas se inclinaron por entender que la distribución del sobrante debe hacerse partiendo de la existencia de una subrogación real, considerándolo, tal como propone la parte recurrente, como una parte del valor de la finca ejecutada, mientras que otros sostuvieron que, canceladas registralmente las garantías, desaparece el orden de preferencia que marcaban éstas. La STS de 7 de marzo de 2002 no aceptó

reconocer la condición privilegiada de un crédito como hipotecario, «toda vez que se ha producido la cancelación de las hipotecas que gravaban la finca, de conformidad a la regla 17 del artículo 131 LH.

El criterio de esta sentencia no es el seguido en general por la jurisprudencia. La STS de 1 de junio de 1992, aplicó el principio de subrogación real para mantener el carácter singularmente privilegiado del crédito correspondiente a la segunda hipoteca. Y lo mismo hicieron las SSTs de 23 de julio de 2004 y 15 de octubre de 2003. Es procedente acoger el criterio mantenido en estas últimas sentencias, pues la purga de las cargas posteriores atiende exclusivamente al interés del adjudicatario en subasta del bien hipotecado y tiene como finalidad que el derecho adquirido por el nuevo propietario se vea exento de todas las cargas establecidas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca que se ejecuta. Respecto al acreedor cuyo crédito está garantizado por una hipoteca posterior, no existe razón para que la purga expresada le prive (frente al resto de acreedores que no han constituido tal garantía) de la preferencia nacida de la especial protección derivada de la hipoteca constituida. Por tanto, si bien, en virtud de un principio de subrogación real, las sucesivas garantías hipotecarias deben entenderse referidas al sobrante de la suma obtenida en la subasta.

En análogos términos se ha expresado la DGRN, la cual, en Resolución de 27 de julio de 1988, afirma que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la del actor, pues, si bien éstos dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el exceso del precio de remate respecto al crédito hipotecario. (**STS 22 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—A instancia de R.F., S. A., se siguió un procedimiento de ejecución extrajudicial sobre determinada finca contra la entidad F.G., S. A., dimanante de un préstamo garantizado con hipoteca. Adjudicada la finca en subasta pública, quedó un remanente de 68.647.813 pesetas, que fue consignado por el notario en la Caja General de Depósitos. La misma entidad financiera tenía concedidos otros dos préstamos garantizados con hipoteca constituida sobre la misma finca ejecutada (inscripciones registrales 7.^a y 8.^a). Dichas inscripciones hipotecarias resultaron canceladas como consecuencia de la ejecución extrajudicial hipotecaria inicialmente reseñada. La TGSS siguió procedimiento de apremio contra la entidad F.G., S. A., por impago de cotizaciones de la Seguridad Social, en el que se trabó embargo sobre la finca registral objeto del anterior procedimiento ejecutorio, que fue anotado en el Registro. La mercantil R.F., S. A. interpuso tercería de mejor derecho contra la TGSS y F.G., S. A. sobre el sobrante que resultó de la ejecución extrajudicial. El Juzgado declaró el mejor derecho de la demandante a percibir dicha cantidad. La Audiencia Provincial de Valencia confirmó esta sentencia fundándose en que, adjudicada la finca en el procedimiento hipotecario, la garantía real se proyecta sobre el sobrante, a pesar de las cancelaciones operadas; de tal modo que las normas sobre preferencia sobre el inmueble pasan a regir la distribución del sobrante como resto y parte de su valor y, en consecuencia, el crédito de la TGSS, que goza de la preferencia a que se refiere el artículo 1924.3.º a) CC, establecida en relación a

«los demás bienes muebles e inmuebles del deudor», debe ceder frente a los créditos hipotecarios hechos valer en la tercería al amparo del artículo 1923.3.º CC. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la TGSS. (L. A. P. M.)

29. Venta de cosa ajena y doble venta: diferencias.—La doble venta, prevista en el artículo 1473 CC, constituye un supuesto de dos o más ventas de la misma cosa por un único vendedor a distintos compradores, caracterizado porque ninguno de éstos ha adquirido el dominio de lo comprado al perfeccionarse el contrato posterior. De no ser así, esto es, de ser ya dueño un comprador cuando el mismo vendedor concierta la venta con un tercero, el segundo contrato tendría por objeto una cosa ajena y su régimen jurídico no sería el mismo. En tal caso no se trataría de decidir cual de los compradores era el dueño, sino de determinar que consecuencias tendría sobre el derecho del propietario la venta de un bien que es de otro (SSTS de 25 de noviembre de 1996, 15 de julio de 2004 y 18 de mayo de 2005, entre otras muchas). Para entender vendida una cosa ajena es determinante que, al perfeccionarse el segundo o posterior contrato, el vendedor no sea dueño. Lo que puede resultar de que nunca lo hubiera sido o de que hubiera dejado de serlo por haberla enajenado antes, para lo que, en el caso de venta, sería necesario no sólo el contrato, sino también que el primer comprador hubiera recibido la posesión de la cosa (arts. 609 y 1095 CC), con independencia del cumplimiento o no de la contraprestación a su cargo.

Venta de cosa ajena: admisibilidad.—El Código Civil guarda silencio sobre ella, pero la jurisprudencia ha admitido reiteradamente el contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo (SSTS de 5 de febrero de 1968, 3 de julio de 1981 y 11 de mayo de 2004, entre otras).

Posibilidad de anulación de la doble venta por vicio del consentimiento.—La admisibilidad de la doble venta no excluye que sea posible su anulación por vicio en el consentimiento (arts. 1265 y 1300 CC), dado que: 1.º el Código Civil no admite la transmisión consensual del dominio por contrato; 2.º la compraventa es en nuestro sistema un negocio jurídico de obligación; 3.º el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación no es el contrato, sino el modo o *traditio*; 4.º la entrega tiene un doble significado, en el ámbito obligacional constituye un acto debido o de cumplimiento y, en el real, el modo complementario del título o contrato; 5.º el vendedor debe ser titular del derecho transmitido no en el momento de perfeccionar la venta, sino en el de cumplimiento de la obligación de entregar.

Los posibles herederos de una sucesión están legitimados para defenderla.—La vocación a la herencia alcanza a toda persona designada como heredero principal o subsidiariamente en el testamento o que puede ser heredero abintestato. De modo que los posibles herederos, con vocación, aunque no sean titulares de un derecho subjetivo, lo pueden llegar a ser; tienen una expectativa jurídica y, por ende, un interés legítimo en la defensa de aquélla (STS de 4 de mayo de 2005). (STS de 11 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El origen del pleito fue el siguiente: las compradoras (antes arrendatarias) de varias viviendas y un local de negocio demandaron a la sociedad financiera que, con posterioridad a dichas

ventas, convino con el mismo vendedor una opción de compra sobre los citados inmuebles y ejercitó el derecho nacido de ese contrato, y a este último. Los contratos de compraventa primeramente celebrados se formalizaron en documentos privados, mientras que el de opción de compra y el ejercicio del derecho de la optante se documentaron públicamente, llevándose las escrituras al Registro de la Propiedad, que publica el dominio de la compradora demandada, como causahabiente de quien le había vendido y constaba entonces en el mundo tabular ser el dueño. Las actoras pedían en la demanda la nulidad de la opción y, subsiguientemente, la de la inscripción de tal opción en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado desestimó la demanda. La audiencia admite íntegramente el recurso de apelación y declara nulos los contratos opción de compra y de compraventa, concertados entre los demandados, con la cancelación de las inscripciones registrales de ambos contratos. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la financiera demandada y deja sin efecto la sentencia de la Audiencia en la parte que declara nulos los contratos de opción de compra y de compraventa, pero mantiene los pronunciamientos de cancelación de los asientos registrales que contiene, referidos sólo a las fincas adquiridas previamente por las demandantes. (*I. D. L.*)

30. Compraventa. Incumplimiento. Facultad del comprador de suspender el pago del precio del artículo 1502 CC y acciones derivadas del incumplimiento contractual.—El artículo 1502 CC faculta al comprador para suspender el pago del precio cuando se advierte la existencia de una perturbación posesoria o dominical, o se teme su existencia, por una acción reivindicatoria o hipotecaria, en tanto no sea solventada, dado que amenaza con hacer imposible el cumplimiento del contrato. Sin embargo, la facultad de suspender el pago del precio que este precepto atribuye al comprador no impide que pueda optar alternativamente por el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento contractual cuando la perturbación posesoria o dominical tiene la trascendencia suficiente para privar al contrato de la finalidad que cabe esperar de él.

Existencia de incumplimiento resolutorio.—El Tribunal Supremo había venido manteniendo que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurre una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras). Sin embargo, algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la inefectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que

impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización [...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002). Esta tendencia, como declara la STS de 5 de abril de 2006, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 25), y en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos.

Relevancia de la existencia de cargas en la finca, a efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1124 CC.—No entregada la finca libre de cargas en el plazo establecido por ambas partes, por la existencia de una anotación preventiva de una demanda en la que se reclamaba la elevación a escritura pública de un contrato de compraventa sobre el mismo inmueble incompatible con el que es objeto de este proceso, se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión de los compradores de disponer de la vivienda con carácter definitivo en un plazo inmediato, como tenían derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato y refleja el conjunto de sus cláusulas, por lo que no puede dudarse de la trascendencia de este hecho, en sí considerado, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1124 CC, en relación con el artículo 1152 CC. (STS de 31 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Suscrito contrato privado de compraventa sobre una vivienda entre doña A. y don T., como vendedores, y don C. y doña M. M., como compradores, y poco antes de la fecha prevista para el otorgamiento de escritura pública, los compradores comprobaron que sobre dicha vivienda pendía una anotación preventiva de demanda presentada por unos terceros para obtener la elevación a público de un supuesto contrato de compraventa verbal concertado con los vendedores, y una anotación preventiva de embargo en relación con una reclamación de la comunidad de propietarios.

Considerando que ello constituye incumplimiento imputable a los vendedores, don C. y doña M. M. interpusieron demanda contra aquéllos, reclamando la restitución doblada de su entrega inicial, acogiéndose a una cláusula del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a los demandados a abonar a los actores 6.000.000 de pesetas. Interpuestos sendos recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el de doña A. y don T. y estimó el interpuesto por vía de adhesión por don C. y doña M. M., elevando la cantidad objeto de condena a 8.000.000 de pesetas. Contra esa sentencia, don T. y doña A. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

31. Resolución de la compraventa de un inmueble.—El pacto comisorio contemplado en el artículo 1504 CC, precepto que complementa el artículo 1124 del mismo cuerpo legal cuando se trata de compraventa de inmuebles, constituye, como dice la S de 5 de diciembre de 2003, una garantía para el vendedor; en un supuesto de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencial de pago puede estar añadida, como en el caso de autos, una condición resolutoria expresa. El incumplimiento de la obligación

de pago, siempre básico y esencial, produce el efecto de resolver el contrato de compraventa con efectos *ex tunc*, retornando a la situación jurídica preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido (SS de 11 de junio de 1991, 24 de julio de 1999 y 5 de diciembre de 2003).

Resolución por incumplimiento: objetividad en su apreciación.—Paralelamente a lo anterior debe considerarse que la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (SS de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras).

Características del requerimiento del artículo 1504 CC.—La falta de cumplimiento del comprador de la obligación de pagar el precio aplazado en la forma convenida en el contrato, cuya realidad ha sido declarada en la sentencia recurrida, y que permanece incólume en casación al no haber sido combatida oportuna y eficazmente por la vía del error de derecho en la apreciación de la prueba, faculta al vendedor a resolver el contrato por efecto de la condición resolutoria expresa, primero, y en todo caso por virtud de la facultad resolutoria que se encuentra implícita en las obligaciones recíprocas, para cuyo ejercicio basta el incumplimiento decisivo para la frustración del fin del contrato, como aquí se aprecia, atendida la entidad y persistencia en el impago, cumplidas desde luego las exigencias impuestas por el artículo 1504 CC, al que han acudido las partes a la hora de configurar aquella condición resolutoria expresa; y si los efectos resolutorios del incumplimiento no se ven difuminados por las afirmaciones que, de cara a justificar su conducta, vierte la recurrente en el desarrollo argumental del motivo [...] tampoco debe darse la virtualidad que quiere atribuir a la circunstancia de que el requerimiento notarial haya contenido una intimación al pago de la parte del precio pendiente, concediendo un breve plazo para ello, transcurrido el cual habría de entenderse producida la resolución contractual, pues ya desde hace tiempo esta Sala ha declarado que la inserción en el requerimiento de resolución de otro de previo pago, esto es, una intimación previa de pago del precio, no le priva de su eficacia obstativa y resolutoria (SS de 18 de abril y 14 de noviembre de 1997, 28 de enero de 1999, 18 de octubre y 3 de diciembre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras).

El ejercicio de la facultad moderadora de la cláusula penal por los Tribunales no es revisable en casación.—Sostiene dicha parte que el Tribunal de instancia no ha aplicado la facultad moderadora prevista en dicho precepto, no dándose una razón de equidad entre la obligación de pago declarada en la sentencia y la obligación que hubiera podido surgir en el supuesto de incumplimiento por la parte vendedora del contrato de compraventa.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor.

En efecto, la cláusula penal que, como sucede en el presente caso, establece la pérdida de las cantidades pagadas por el comprador en el caso de resolución del contrato por incumplimiento de éste constituye una obligación accesoria (S de 5 de diciembre de 2003) que ha surgido en el presente caso al haberse dado el presupuesto al que estaba supeditada, y respecto de la cual el artícu-

lo 1154 CC atribuye al juzgador la facultad de moderar equitativamente la pena cuando la obligación se ha cumplido parcialmente o se ha cumplido irregularmente; en el bien entendido, en lo que interesa para resolver el motivo de impugnación, de que dicha facultad radica en la soberanía de los órganos jurisdiccionales de instancia, como recuerdan las SS de 14 de diciembre de 1998, 9 de octubre de 2000 y 5 de diciembre de 2003, por lo que su resultado queda al margen de la revisión casacional. (**STS de 20 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C. vendió a doña E. una casa. En el contrato, la compradora se obligaba a pagar el precio en cuotas semanales, pudiendo amortizar anticipadamente la cantidad aplazada y estableciéndose como garantía del precio aplazado la siguiente cláusula: «La falta de pago de la cantidad aplazada dará lugar a la resolución de este contrato haciendo suyas la parte vendedora, sin necesidad para ello de declaración judicial expresa, todas las cantidades percibidas en concepto de indemnización y pena convencional; sin embargo, para que tenga lugar la resolución será preciso que la parte vendedora requiera fehacientemente de pago a la compradora por acta notarial, con concesión de nuevo plazo de quince días, transcurrido el cual, si no consta el pago de la misma, se entenderá resuelta la compraventa». Ante el incumplimiento de la obligación de pago, el vendedor requirió notarialmente a la compradora acogiéndose así a lo dispuesto en la cláusula transcrita. Al no atenderse el requerimiento, don C. demandó a doña E. instando la resolución del contrato, la efectividad de la cláusula pactada y el traspaso de la posesión del inmueble. El Juzgado estimó parcialmente la demanda concretando la devolución de una de las amortizaciones del precio a la compradora. Ésta apeló y la Audiencia desestimó su recurso. Interpuso seguidamente recurso de casación aduciendo la infracción de los artículos 1504 y 1154 CC. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (*R. G. S.*)

32. Contrato de compraventa y de constitución de derecho de superficie.—Se trata éste de un contrato complejo, ya que tiene un objeto integrado por una bilateral pluralidad de prestaciones diversas concatenadas y una única finalidad obligacional, que se ha de consumir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias entre sí, desde el revestimiento unitario que les proporciona el contrato complejo.

La figura del llamado contrato complejo o unitario, ampliamente estudiada por la doctrina y la jurisprudencia, surge como consecuencia de la autonomía privada otorgada a los contratantes, pues, en virtud del artículo 1255 CC, las partes pueden crear tipos distintos de los previstos en la ley, para cubrir las cambiantes necesidades económicas. Según jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 19 de enero de 2001), la causa del contrato complejo no puede disociarse en los contratos cuya unión lo conforman, para hacer jugar, de forma independiente, la causa de cada uno de ellos. (**STS de 6 de octubre de 2006**; no ha lugar el recurso de casación de una de las demandadas; ha lugar en parte el recurso de la otra codemandada.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—En julio de 1992 don P. y doña E. —propietarios de unas fincas—, venden mediante escritura pública el cincuenta por ciento indiviso de las mismas a la entidad V, S. A., que inscribe su derecho en el Registro. En dicha escritura se pacta, además, la constitución de una servidumbre de paso sobre una tercera finca de los vendedores a favor de las dos partes del contrato de compraventa.

En la misma fecha don P., doña E., y las entidades V, S. A. y EE, S. A. acuerdan la constitución a favor de esta última de un derecho de superficie, obligándose el superficiario a construir y explotar una estación de servicio en el plazo de un año contado a partir de la fecha de la inscripción provisional en el Ministerio de Industria, y a abonar a los copropietarios una peseta por litro de carburante vendido. Meses después don P. obtiene la inscripción provisional de la instalación en el Ministerio y la transmite a EE, S. A., que la acepta a título gratuito.

En marzo de 1993, V, S. A. vende a CR, S. A. el cincuenta por ciento indiviso de las fincas que ostentaba en copropiedad con los demandantes y la compradora inscribe su adquisición en el Registro. Mediante escritura notarial de la misma fecha que la anterior, EE, S. A. transfiere a CR, S. A., el derecho de superficie y la inscripción provisional, previo consentimiento de los demandantes.

Don P. y doña E. interponen demanda sobre resolución de contrato de compraventa contra V, S. A. y contra CR, S. A., por la que solicitan se resuelva la escritura pública de compraventa del cincuenta por ciento de los terrenos y la constitución de servidumbre de paso, así como la de la escritura de cesión del derecho de superficie otorgado. Los actores solicitan igualmente que se condene a CR, S. A., al pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios por la no construcción de la estación de servicio en el plazo de un año del que disponía.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta, ya que absuelve a V, S. A. de los pedimentos dirigidos contra la misma. Posteriormente, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso interpuesto por CR, S. A. y que ha lugar en parte el interpuesto por V, S. A. (*M. C. C. M.*)

33. Ejecución hipotecaria. Ventas judiciales: acciones de saneamiento del Código civil.—Considera la Sala Primera del Tribunal Supremo que en las ventas judiciales, el adjudicatario está legitimado para ejercitar las acciones edilicias reguladas en el Código civil.

Ejecución hipotecaria. Ventas judiciales. Incumplimiento de la obligación de entrega: responsabilidad por daños del acreedor ejecutante. Afirma el Tribunal Supremo que en las ventas derivadas de una subasta judicial, cuando se produzca un incumplimiento, es admisible que el adquirente, para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, ejercite: *a*) una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento frente al acreedor ejecutante (arts. 1101 ss CC), si se considera a éste parte interviniente en la relación contractual; o *b*) una acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), si se considera al acreedor ejecutante un tercero.

(STS de 6 de septiembre de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—El acreedor hipotecario (la entidad financiera U.) instó en 1986 un proceso sumario de ejecución hipotecaria contra las fincas núms. 000 y 003 (que se corresponden con las fincas registrales núms. 004 y 007), que se describen, conforme a la escritura de constitución de hipoteca, con sus anejos correspondientes (que en realidad son las fincas registrales núms. 005 y 006, pero a las que no se hacen referencia en la demanda que da inicio a la ejecución hipotecaria).

En la certificación del Registrador (conforme al art. 131, regla 4.ª, LH) se hace alusión a las fincas registrales núms. 004 y 007, pero no se hace mención a la finca registral núm. 005, que en 1981 se dividió para formar las fincas núms. 008 y 009, y tampoco se hace mención a la finca registral núm. 006, que se agrupó con la finca núm. 008 y cinco fincas más para formar la finca núm. 3300, de la que se han practicado cinco segregaciones.

En los edictos publicados, tanto la finca núm. 000 como la finca núm. 003 se describen con el anejo correspondiente, de conformidad con la escritura de constitución de hipoteca, señalándose como fincas registrales núms. 004 y 007.

En el auto de aprobación del remate de las fincas registrales núms. 004 y 007 no se describen los anejos. El cesionario del remate (don C.) lo pone de manifiesto al Juzgado de Primera Instancia y éste rechaza dicha pretensión.

Ante la imposibilidad de obtener ni material ni jurídicamente lo que se le adjudicó en el remate, don C. interpone una demanda contra la entidad financiera U., reclamando una indemnización de catorce millones de pesetas o alternativamente la cantidad que se fijase en la sentencia, como consecuencia de que al adquirir, mediante una subasta promovida por la entidad financiera U., por cesión de remate, dos locales comerciales hipotecados para garantizar un crédito concedido por la citada entidad financiera a la entidad S. (deudor hipotecario), no ha podido inscribir en el Registro de la Propiedad dos anejos descritos en la escritura pública de constitución de hipoteca, que habían sido segregados de los locales comerciales, ni ha podido adquirir la total posesión de una de las fincas, debido a una rampa que se había construido.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y estima la demanda, condenando a la entidad demandada a pagar una indemnización de 7.632.876 de pesetas. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la entidad financiera U., casando y anulando únicamente el pronunciamiento sobre costas de la sentencia recurrida.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada),

sino por lo establecido en los artículos 571 ss y 681 ss de la vigente LEC. (M. J. P. G.)

34. Opción de compra. Perfección y consumación.—El contrato se perfeccionó por el ejercicio de la opción, y desde entonces nacieron las obligaciones propias de su naturaleza (entrega de la cosa y pago del precio), en otras palabras, se abrió la fase de consumación. Pero la cosa vendida no se entregó al optante, no se transmitió la posesión a título dominical al mismo, pues no se otorgó escritura pública (art. 1462 CC), y el que la tuviera en su poder como arrendatario no lo transforma automáticamente en poseedor a título de dueño. El artículo 1463 CC exige acuerdo o conformidad de los contratantes, que debe entenderse referido a una entrega simbólica de la posesión por el dueño, distinta del título (contrato de compraventa). Aunque el precepto citado se refiere a los muebles, ninguna dificultad se presenta en su aplicación a la *traditio* de los inmuebles, fuera de los casos que expresa el artículo 1462 CC. Entender de otro modo la *traditio brevi manu* lleva a la consecuencia absurda de que el concedente de la opción pierde la propiedad por el solo ejercicio de aquélla por el optante, es decir, que se hace automático para él el cumplimiento de unas obligaciones que de la compraventa nacen (entrega de la cosa) si aquél tiene la posesión de la cosa, siendo así que no ha cumplido su obligación de pago del precio.

Ejercicio de opción no seguido del pago del precio y venta por el concedente a un tercero. Doble venta, no venta de cosa ajena.—La tipificación de la doble venta exige que, cuando se perfeccione la segunda, la primera no haya sido consumada todavía, pues, en caso contrario, se estaría ante una venta de cosa ajena, supuesto totalmente distinto del primero. Para que exista venta de cosa ajena se requiere, no sólo la entrega de la cosa, sino también del precio; de esta manera es como se entiende consumada la primera compraventa. El artículo 1473 CC gira en torno a la adquisición de la propiedad y presupone que la primera venta no se ha consumado por la *traditio* en cualquiera de sus formas, pero en este caso no ha existido ésta: nos encontramos ante una venta que se perfeccionó por el ejercicio de la opción pero que no se consumó, y una venta posterior del mismo objeto que fue seguido de la *traditio* por el otorgamiento de escritura pública (art. 1462 CC) y de la inscripción en el Registro de la Propiedad en favor del comprador.

Simulación. Imposibilidad de su declaración de oficio.—La celebración de todo contrato origina una, por lo menos, apariencia contractual que puede ser destruida por aquella parte a quien interese, mediante el ejercicio de la acción judicial pertinente en la que ha de demostrar la falta de cualquiera de los requisitos esenciales del contrato, contenidos en el artículo 1261 CC. Dicho de otra manera, el órgano judicial podrá declarar la simulación si ello ha sido pedido y demostrado por el legitimado para ejercitar la acción, no pudiendo por tanto proceder de oficio. Es una cuestión de puro interés privado, en la que la jurisdicción no puede entrometerse actuando de oficio. Sólo cuando las cláusulas pactadas vayan manifiesta y contrariamente contra la ley o moralidad podrán hacerlo, pero el decidir si hubo consentimiento contractual o no es materia que nada tiene que ver con la licitud y la moralidad. (STS de 18 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Don J. tomó de don L. A. el arrendamiento de un local comercial por cinco años, concediéndosele una opción de compra sobre el mismo con 5.000.000 de pesetas como precio de compra. El arrendatario comunicó al arrendador que ejercitaba la referida opción, y siendo controvertido por este último si se había procedido o no con arreglo al contrato, se instó procedimiento judicial al efecto, siendo las sentencias de primera instancia, apelación y casación concordantes en que la opción fue ejercitada correctamente, condenando al demandado a otorgar escritura pública de compraventa en favor del arrendatario, previo pago éste de 5.000.000 de pesetas. Mientras se sustanciaba el procedimiento referido, y no habiendo pagado el optante nada del precio de compra, fue otorgada escritura pública de venta por el arrendador en favor del matrimonio formado por don J. I. y doña R.

Don J. entendía que al haber quedado consumada la venta proyectada por el ejercicio de la opción, el contrato en favor de don J. I. y doña R. era nulo, y que además había extinguido por confusión (*sic*) el arrendamiento, por lo que las entregas de dinero como renta al arrendador a partir de la fecha en que se ejercitó la opción eran pagos indebidos sujetos a restitución, y respecto a la obligación de pago de los 5.000.000 de pesetas como precio del objeto sobre el que recayó la compraventa, consideraba que se había extinguido por confusión con la obligación de restitución anterior, existiendo un saldo a su favor de 3.111.183 pesetas, y en tal sentido don J. interpuso demanda contra don J. I. y doña R. y contra doña I. (heredera de don J. A.), solicitando se declarara su titularidad sobre el dominio de la finca, la nulidad del contrato de compraventa entre aquéllos y el pago por doña I. de 3.111.183 pesetas. A ello contestaron los demandados oponiéndose, y don J. I. y doña R. formularon reconvencción reclamando 6.657.000 pesetas, importe de las rentas impagadas, más intereses desde la sentencia de desahucio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados, y estimó la demanda reconvenccional condenando a don J. a pagar a don J. I. y doña R. la cantidad de 6.482.400 pesetas. Interpuesto recurso de apelación por don J., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, don J. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Para la consumación de la compraventa no basta con el ejercicio de la opción de compra por el optante, sino que es preciso que además se hayan producido la tradición y la entrega del precio. Por tanto, la venta por el concedente de la cosa objeto de la opción, producida tras el ejercicio de la opción (perfección, pero no consumación, de la compraventa) pero antes de la tradición de la cosa y del pago del precio, constituirá una doble venta, no una venta de cosa ajena. (*F. J. J. M.*)

35. Leasing. Diferencia entre compraventa de bienes muebles a plazo y el arrendamiento financiero con opción de compra.—La jurisprudencia ha mantenido que el arrendamiento financiero es un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de

dominio ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mismo en el que se funde la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, el parecer, mas autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente distinto, del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Leasing. Ejercicio de la opción: requisitos.—El ejercicio de la opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su decisión de llevar a cabo el contrato negociado notificando su voluntad positiva en este sentido al concedente, para que, sin ninguna otra actividad se tenga por consumada la opción. (STS de 11 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil *Lico Leasing S.A.* interpuso demanda contra la Tesorería General de la Seguridad Social y la mercantil *Dolomíticos y Derivados, S. L.*, solicitando, que se alzara el embargo trabado sobre un vehículo por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

36. Leasing. Concepto: posición jurisprudencial.—La jurisprudencia configura el arrendamiento financiero como un contrato complejo, de cesión de uso con opción de compra, con causa única, y en principio atípico, que tiene como objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos con 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 (Disp. Adic. 7.ª Ley de 29 de julio de 1988).

Leasing. Diferencia con venta bienes muebles a plazo.—El contrato de arrendamiento financiero es de naturaleza distinta de la venta de bienes muebles a plazos, pues en el primero se arrienda y en el segundo se vende, lo que explica que no quepa hablar en el primero de reserva de dominio, y, por el contrario, quepa en el segundo tal posibilidad. De ahí que no sean aplicables los artículos relativos a la legislación de venta a plazos de bienes muebles.

Leasing. Titularidad dominical: criterio.—La entidad de *leasing* conserva la titularidad dominical del bien, la cual puede defenderse frente a un embargo mediante la tercería de dominio.

Leasing. Titularidad dominical: conflicto.—El conflicto entre la titularidad dominical de un bien o derecho de una persona y su embargo como perteneciente a otra se resuelve por la preferencia de fechas, y, por ello, al que ejercita una tercería de dominio, que es un incidente insertado en un proceso de ejecución con la finalidad de liberar la traba, y, por consiguiente, sustraer de la ejecución, un bien o derecho indebidamente embargado, se le exige, para que prospere su pretensión, además de la condición de tercerista, que justifique la titularidad dominical, o que ostenta un título eficaz para el alzamiento por pertenecerle a él y no al ejecutado, con anterioridad a efectuarse el embargo, pues éste ha de recaer exclusivamente sobre bienes que estén incorporados al patrimonio del deudor al tiempo de decretarse judicialmente (art. 1454 LEC).

Leasing. Adquisición del dominio.—El dominio no se adquiere por virtud de un contrato de *leasing*, por cuanto en el mismo la entrega de la cosa sólo se efectúa en concepto arrendamiento, aunque con una facultad de opción de compra que únicamente opera una vez notificado el ejercicio. (STS de 13 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, interpuso demanda de juicio de tercería de dominio contra la Cooperativa de Transportes Virgen del Rosario y la entidad Transol., S. L., solicitando se declare que el bien embargado es de propiedad de la actora, y se ordene que se alce el embargo trabado sobre el mismo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

37. Contrato de *leasing*.—La fecha del contrato de *leasing*, intervenido por fedatario público mercantil, conforme dispone el artículo 1924, 3.º CC, equivale a la escritura pública que menciona el texto legal: éste es el negocio jurídico, base del crédito, cuya fecha no cede ante un aplazamiento del pago, ni ante la dilación de un proceso que termina por sentencia. En toda tercería de mejor derecho se fija la fecha para determinar la preferencia de los créditos por aquel negocio jurídico plasmado en escritura pública o equivalente que da lugar al crédito, sin que le afecten instrumentos de crédito, como letras de cambio o pagarés, ni tampoco un proceso que termina por sentencia, siendo éste el criterio jurisprudencial.

Contrato de *leasing*. Fianza en garantía del *leasing*: naturaleza mercantil.—La fianza que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, como el *leasing*, será reputada mercantil, lo que es cierto; y por tanto, el fiador no tiene obligación solidaria, goza del beneficio de excusión y debe ser requerido de pago por el acreedor, lo que no ha ocurrido en el caso presente. (STS de 11 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil *Crealia, S. L.* y don Claudio interpusieron demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra don Juan Pedro, don José Francisco, don Fermín y contra la mercantil *Grupo Bancomark, S. L.* solicitando se declare que los demandados han realizado actos de competencia desleal y se les condene a rectificar las informaciones vertidas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Valencia desestimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

38. Donación. Nulidad: uso abusivo de un poder no revocado para transmitir a título gratuito a uno de los hijos todo el patrimonio ganancial y el privativo del poderdante.—La sentencia objeto de este recurso declara la nulidad de las donaciones por fraude de Ley, al utilizar un poder no revocado, para una malévola finalidad práctica, violando el deber de fidelidad que tiene el representante frente al representado. Lo cual ha consistido en vaciar el patrimonio del esposo demandante y el ganancial, por medio de donaciones a favor del hijo codemandado, que no fueron conocidas por el marido ni por los demás hijos.

Nulidad de los contratos. No aplicación del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 CC.—La norma del artículo 1301 CC, al establecer un plazo de caducidad de cuatro años, se refiere no a la nulidad absoluta, sino a la anulabilidad: contrato que adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley, esencialmente por defecto de capacidad o vicio de consentimiento. Así lo ha reiterado la jurisprudencia al considerar que tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta, el artículo 301 CC no es aplicable ya que estos contratos carecen de toda validez (STS de 8 de marzo de 1994), pues los contratos afectos de nulidad absoluta, radicalmente nulos, inexistentes en derecho, no pueden convalidarse por el transcurso del tiempo. La acción de nulidad es imprescriptible (STS de 29 de abril de 1997), habiendo declarado la STS de 4 de noviembre de 1996, que la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción (STS de 18 de octubre de 2005). (**STS de 4 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don D. y sus hijos don J. A. y don D., interpusieron acción contra don. J. L. (hijo también del primero y hermano de los segundos) y la herencia yacente de doña Á. (fallecida, esposa del primero y madre de los restantes), en la que se interesó la nulidad de una carta de pago por 37.388.260 pesetas y de una serie de donaciones de esta última a favor del codemandado, de bienes privativos de él y de bienes gananciales. Para la realización de estas operaciones la fallecida se había valido de un poder no revocado, otorgado por su marido, y con el cual había vaciado el patrimonio privativo de su esposo y el ganancial de ambos cónyuges, mediante la adjudicación por vía de donación a su hijo ahora demandado; operaciones que habían permanecido ocultas al resto de la familia. El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la carta de pago y que las distintas donaciones se habían realizado en fraude de Ley. La

Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso del demandado. (*I. D. L.*)

39. Moderación judicial de la cláusula penal. Cumplimiento parcial o irregular.—Como dicen las SSTs de 28 de julio de 1995 y 30 de marzo de 1999, el artículo 1154 CC no autoriza a condicionar su aplicación a los supuestos en que la obligación principal hubiere quedado totalmente incumplida, ya que la modificación equitativa de la pena tendrá lugar cuando aquella obligación hubiera sido en parte e irregularmente cumplida. Incluso dicha discrecionalidad se puede apreciar de oficio (STS de 12 de diciembre de 1996).

Moderación judicial de la cláusula penal. Facultad del juzgador de instancia no sujeta a las reglas del recurso de casación.—Es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que la facultad que permite al Juez, a tenor del artículo 1154 CC, moderar equitativamente la pena cuando la obligación principal arrendaticia hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, es una facultad que en los juzgadores de instancia es ilimitada y no sujeta a las reglas del recurso de casación (SSTs de 12 de febrero de 1998 y 9 de octubre de 2000, que recogen otras anteriores).

Indemnización del artículo 56 LAU 1964. Posibilidad de moderación.—Interpretando el inciso segundo del artículo 56 LAU 1964, la jurisprudencia en ocasiones observó un criterio de estricta literalidad (SSTs, entre otras, de 30 de noviembre de 1992, 28 de febrero de 1995, 13 de febrero de 1996, 26 de junio de 2002, 20 de junio de 2003 y 3 de junio de 2005), y en otras, para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto, y consiguiente enriquecimiento injusto, se inclinó por considerar correcta una prudente moderación (SSTs, entre otras, de 2 de julio de 1984, 15 de junio de 1993, 25 de enero y 28 de febrero de 1996, 17 de octubre de 1998, 25 de marzo de 1999, 23 de mayo de 2001, 15 de julio y 11 de noviembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004 —estas dos últimas como *obiter dictum*—). La STS de 3 de febrero de 2002 afirma que «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual. Y en tal línea de pensamiento procede valorar, entre otras varias posibles situaciones, la de que por el arrendador se haya podido explotar el local o concertar un nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias, lo que convertiría la pretensión indemnizatoria cuantificada en todas las rentas frustradas del primer contrato —es decir, las correspondientes al periodo entre el desalojo voluntario y la terminación del contrato— en notoriamente desproporcionada, y por consiguiente abusiva (arts. 9.º, párrafo segundo, LAU 1964, y 7.2 CC) y no conforme a las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse los derechos (arts. 9.º, párrafo primero, LAU 1964, 7.1 CC, 11 LOPJ y actualmente también 247 LEC 2000)». En este punto es de destacar la doctrina jurisprudencial que, atemperando el criterio rigorista literal, admite la posibilidad de moderar la indemnización en atención a las circunstancias del caso, y en concreto la de haberse ocupado el local por el arrendador con un nuevo contrato de arrendamiento, u otra explotación eco-

nómica; la solución jurisprudencial trata de mantener un criterio de igualdad y equilibrio entre las partes y responde a la exigencia de una justa composición de los intereses en conflicto. De entenderse que el precepto del artículo 56 establece una «pena ex lege», conforme a la opinión de un sector doctrinal, no cabría desconocer la operatividad del artículo 1154 CC con su efecto de «moderación equitativa» de la indemnización. (**STS de 5 de julio de 2006**; ha lugar a uno de los recursos y no al otro.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—TS, S. A. presentó demanda contra ILAE, S. A. pidiendo se declarara que ésta había incumplido de modo reiterado la obligación de pagar la renta de un local que le tenía arrendado y se le condenara al pago de la cantidad de 96.574.646 pesetas, en concepto de rentas impagadas, penalidad del 20% por incumplimiento contractual e intereses de demora, 108.952.480 pesetas en concepto de indemnización por desalojo anticipado, e intereses de demora hasta su total y efectivo pago.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando que ILAE, S. A. había incumplido la obligación de pagar la renta y condenándola al pago de la cantidad de 129.286.734 pesetas (143.286.734 pesetas con deducción de 14.000.000 en concepto de fianza), con los intereses de demora pactados desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago. Interpuesto recurso de apelación tanto por ILAE, S. A. como por TS, S. A., la Audiencia Provincial desestimó el recurso de ILAE, S. A. y estimó parcialmente el de TS, S. A., revocando la sentencia del Juzgado y estimando parcialmente la demanda, en el sentido de que los intereses de demora se devengarían desde la interpelación judicial y de imponer las costas a la demandada. Contra esa sentencia, ILAE, S. A. y TS, S. A. recurrieron en casación, siendo estimado el recurso de ILAE, S. A. y desestimado el de TS, S. A. por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El artículo 56 LAU 1964 establecía el deber del arrendatario o subarrendatario que desalojara la vivienda o local de negocio antes del plazo estipulado en el contrato de indemnizar al arrendador o subarrendador con una cantidad equivalente a la renta que correspondiera al plazo que quedara por cumplir, respecto de la cual la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de su moderación cuando el desalojo por el arrendatario antes del plazo contractual no resultara arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual, y atendiendo a la posibilidad de haberse ocupado el local por el arrendador con un nuevo contrato de arrendamiento u otra explotación económica. La vigente LAU de 1994 contempla una solución diferente en su artículo 11, estableciendo la posibilidad de desistimiento anticipado por el arrendatario, siempre que el contrato hubiera durado al menos cinco años y dé el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses, aunque las partes podrán pactar que el arrendatario indemnice al arrendador con una mensualidad de renta por cada año del contrato que reste de cumplir, dando lugar los períodos de tiempo inferiores al año a la parte proporcional de la indemnización. (*F. J. J. M.*)

40. Arrendamientos rústicos (LAR 1980). Carácter de cultivador personal.—El artículo 16.1 LAR 1980, sobre todo en cuanto se trate de arrendamientos sobre parcelas de pequeño tamaño, o lo permita el tipo de actividad agraria que se desarrolla, es compatible con otras dedicaciones que pueda tener o desarrollar el arrendatario. En el caso, se trata de una pequeña empresa de ganadería, que se conduce entre el arrendatario y su familia, conforme a la previsión que se contiene en el artículo 16.1 LAR 1980, de modo semejante a las explotaciones a que se refieren las SSTS de 3 de julio y 29 de septiembre de 1992, 13 de diciembre de 1993, 23 de junio de 1988, 28 de abril de 1989 y 14 de julio de 2001, y más después de que la Ley 19/1995 de 4 de julio, hubiera modificado el artículo 15 sustituyendo la «dedicación preferente» por la de «ocupación de manera efectiva y directa» (STS de 17 de julio de 2000).

Efecto de cosa juzgada. Sentencia anterior sobre acceso del arrendador rústico a la propiedad en que no se debatía la condición de profesional de la agricultura.—A efectos de la cosa juzgada, no cabe confundir la premisa con la decisión, que es donde se genera. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS de 10 de junio y 31 de diciembre de 2002, 15 de julio de 2004 y 28 de octubre de 2005, entre otras), la identidad de la causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (como había dicho la STS de 27 de octubre de 2000), pero en todo caso el juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS de 3 de abril de 1990, 31 de marzo de 1992, 25 de mayo de 1995 y 30 de julio de 1996), pues el efecto positivo de la cosa juzgada actúa (SSTS de 16 de junio de 1994, 20 de septiembre de 1996, 20 de noviembre de 2000, 28 de octubre de 2005, etc.) en el sentido de no poder decidir en proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en pleito contradictorio precedente. Por tanto, habiendo una previa sentencia que se ciñe a la pretensión sobre derecho de acceso a la propiedad, uno de cuyos presupuestos era el tipo de «cultivo personal», pero en que no se debatía la condición de profesional de la agricultura o la calidad del cultivo que es presupuesto de la condición de arrendatario, como ocurre en este pleito, nos encontramos con que esta cuestión pudo haberse suscitado en aquel litigio, y no resulta cubierta por el efecto positivo de la cosa juzgada respecto de la pretensión de acceso a la propiedad, por lo que habría que entender, en todo caso, que no cabe deducir en este litigio una pretensión que podría haberse presentado en el anterior. (STS de 13 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Don H. era arrendatario de una finca de escasas dimensiones, dedicada a la explotación ganadera, siendo los propietarios doña C. y don L. El hijo de don H., don M. A., entabló conjuntamente con él un procedimiento judicial sobre acceso a la propiedad, en el que el Tribunal Supremo ya declaró que no tenía la condición de cultivador personal. Don M. A. trabaja por cuenta ajena en GL, S. A. a jornada completa.

Don M. A., considerándose arrendatario al fallecimiento de su padre, demandó a doña C. y don L. en solicitud de que se realizaran

por la propiedad determinadas obras de reparación, de conformidad con los artículos 52 y 54 LAR 1980, y éstos se opusieron y formularon reconvencción, en la que solicitaron que se declare resuelto el contrato de arrendamiento, ordenando el desalojo y puesta a disposición de la propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la obligación de ejecutar las obras de reparación solicitadas, y desestimó la reconvencción, declarando no haber lugar a la resolución. Interpuesto recurso de apelación por doña C. y don L., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando resuelto el contrato de arrendamiento. Contra esa sentencia, don M. A. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El caso se resuelve, por las fechas en que se desarrolla, conforme a la LAR 1980. En la vigente LAR de 2003, en cambio, no sería ya relevante para poder ser arrendatario rústico la condición de «profesional de la agricultura» o «cultivador personal», problema principal en torno al cual gira la resolución anotada, pues en esta norma destaca —y así se señala en su propia Exposición de Motivos— el cambio de orientación que representa la supresión del requisito de la profesionalidad, exigido por la Ley de 1980, y del tope cuantitativo que ésta dejó establecido para evitar la acumulación de tierras, cambio introducido como consecuencia de la reestructuración de la agricultura española, en que se ha producido un descenso de las explotaciones individuales y un incremento de la importancia de aquellas de titularidad de una persona jurídica privada (destacadamente sociedades mercantiles o cooperativas). La nueva Ley, por otra parte, cambia el enfoque para la calificación como «agricultor profesional» (relevante aún, por ejemplo, para que el arrendatario cuente con los derechos de tanteo y retracto en los casos de transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas), estableciendo el doble criterio de la obtención de unos ingresos procedentes de la actividad agraria superiores al doble del IPREM y la dedicación directa y personal a esas actividades de, al menos, el 25% de su tiempo de trabajo. (F. J. J. M.)

41. Arrendamientos rústicos. Ámbito de aplicación: Ley de 1980. Límites a las mejoras útiles que puede hacer el arrendatario.—Las mejoras útiles han de hacerse en el sentido de que éstas no menoscaben la finca y pueda el arrendador conocer, consentir y asumir su resultado, o hacerlas o imponer sus consecuencias (STS de 15 de octubre 2001).

Cabe la acumulación de la acción de resolución de contrato por finalización del plazo contractual y sus prórrogas, y la de reclamación de cantidad por rentas adeudadas.—Dado que el actor puede acumular las acciones que le asisten contra el mismo demandado, salvo los juicios de desahucio por falta de pago y los de retracto, de acuerdo con el artículo 126 LAR de 1980. (STS de 13 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una Fundación demandó a doña Catalina y a su hijo para dar por extinguido el contrato de arrendamiento rústico, en el que la primera era arrendataria y el segundo subrogado en el mismo, y, como consecuencia, que los demandados dejen libre y a disposición de la actora la finca rústica arrendada. Además solicitaba la actora el pago de las rentas pendientes. La parte demandada formuló reconvencción en el sentido de que para el caso de que se declarase la extinción del contrato, la Fundación les compensase las mejoras realizadas en la finca, según informe pericial aportado.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda al declarar resuelto el contrato de arrendamiento, al obligar a la demandada a dejar libre la finca y a abonar parte de las rentas reclamadas; además, el Juzgado desestimó la reconvencción, salvo en relación con un cercano que había instalado el subrogado, el cual podía ser retirado por los reconvinentes siempre que no causase deterioro a la finca. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la arrendataria y su hijo. (*I. D. L.*)

42. Arrendamientos rústicos. Desconocimiento de la figura del arrendamiento parciario en la legislación anterior a la Ley de 31 de diciembre de 1980 de Arrendamientos Rústicos. Contrato celebrado antes de su entrada en vigor: inaplicabilidad de la normativa que sobre el arrendamiento parciario contiene la citada Ley.—La figura del arrendamiento parciario, previsto en el artículo 101 de la Ley de 31 de diciembre de 1980 de Arrendamientos Rústicos, era desconocida por la anterior legislación, por lo cual el contrato existente entre las partes antes de la entrada en vigor de dicha Ley debe regirse por la legislación anterior (DT 1.^a, regla primera, párrafo primero, de dicho texto legal), puesto que no se puede admitir la aplicabilidad de una normativa inexistente al tiempo del contrato, en cuanto entraría en contradicción con el principio de irretroactividad de las Leyes (arts. 9.3 CE y 2.3 CC). (**STS de 11 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El actor propietario de las fincas demandó al arrendatario cultivador de las mismas para la extinción del contrato que les vinculaba y en el que, uno y otro, habían venido a suceder a sus respectivos progenitores en las posiciones jurídicas que ocupaban merced al contrato celebrado entre estos ascendientes en 1956. El demandante consideraba que era un contrato de aparcería al que era de aplicación el artículo 102 LAR de 1980. Por ello, y teniendo intención de resolver el contrato, requirió de desalojo al arrendatario. Una vez transcurrido el plazo y continuando el aparcerero en el cultivo de las fincas, el propietario presentó demanda solicitando la finalización del contrato. El demandado se opuso al considerar que se trataba de un arrendamiento parciario, así como que sobre una de las fincas existía un contrato de arrendamiento del año 1990 «a primeras cepas» o «rabassa morta». Asimismo, reconvino la existencia de una novación extintiva del contrato de 1956 sobre, al menos, una de las parcelas, por la que se habría celebrado un nuevo contrato «a primeras cepas», y de la existencia de mejoras y maquinaria

afectas a la explotación que habrán de ser abonadas en el momento de abandonar las fincas. El Juzgado de Instancia estimó íntegramente la demanda y parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial de Albacete desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

43. Contrato de obra. Obligación de resultado. Incumplimiento.

Es cierto que la sentencia recurrida acude a la llamada «presunción de culpa de los intervinientes en el proceso constructivo» que presenta como «doctrina consolidada», y que surgió al socaire de la responsabilidad por vicios ruinosos que establecía el artículo 1591 CC, en SS como las de 17 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1989, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998, etc., pero se trata de una afirmación que en el contexto en el que se produce, viene a indicar que no habiéndose conseguido la insonorización que era el resultado propuesto como objetivo primario, ha de haberse producido un incumplimiento, suponiéndose en tal caso, con apoyo en preceptos como los contenidos en los artículos 1098, 1101, 1103, 1104 y 1182 a 1184 CC, que ha habido al menos una negligencia o una impericia en la actuación del contratista, que además ha de asumir el caso fortuito (arts. 1589 y 1590 CC), como ha establecido la jurisprudencia (SS de 3 de mayo de 1993, 15 de junio de 1994, 19 de octubre de 1995, etc.), con lo que se está señalando que estamos ante una típica obligación de resultado, que la doctrina y la jurisprudencia (SS de 12 de julio y 24 de octubre de 2002, 30 de enero de 1997, 14 de junio de 1989, 12 de julio de 1994, entre otras) han identificado como variante de las obligaciones de hacer en la que se define el contenido de la prestación del deudor a partir de la inclusión o no en la prestación comprometida del logro o la realización de aquel «interés primario» del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio, de modo que el deudor no se obliga solamente a desplegar una actividad diligente con vistas a la obtención de un determinado resultado, sino que es el logro de ese resultado concreto el que se constituye en contenido de la prestación del deudor.

Y aunque hay que admitir que, desde este punto de vista, acudir a la culpa como criterio de imputación resulta artificioso cuando no ficticio, pues es claro que la insatisfacción del acreedor por razón de no haberse obtenido el resultado basta, en principio, para desencadenar la responsabilidad del deudor, no es menos cierto que la afirmación de una culpa presunta no es básica para la decisión que adopta la sentencia recurrida, ya que se subraya, fundamentalmente, la carencia de un verdadero cumplimiento de la prestación, y se utiliza la equívoca expresión culpa para señalar la exigencia de responsabilidad y la imputación de daño al deudor incumplidor, al que se supone, en un sentido general y carente de precisión, «en culpa»; y más cuando esta aseveración viene apoyada en un análisis cuidadoso de los diversos informes periciales obrantes en autos [...] pues de los artículos 1101 y 1214 CC (entonces vigente), en relación con los preceptos contenidos en los artículos 1105 y 1182 a 1184 CC, cabe deducir que al actor, en cuanto acreedor, le bastaba probar la obligación que le une al deudor, la infracción por no haberse producido el cumplimiento y los daños (en su derivación causal y en su importe), pero no necesariamente la culpa del deudor, por lo que no se ha podido infringir el artículo 1214 CC, ya que no se hace recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un hecho que

correspondía probar a la otra parte (SS de 24 de octubre de 1994, 1 de febrero y 22 de mayo de 1995, etc.) ni se establece como probado un hecho controvertido carente de prueba, ni se altera sin fundamento el principio de distribución de la carga de la prueba (SS de 3 y 14 de julio de 1992, 21 de octubre de 1994, etc.). El motivo, por ello, se desestima.

Lucro cesante.—[...] por más que, en efecto, sea indemnizable el lucro cesante, se requiere una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SS de 17 de julio de 2002, 27 de octubre de 1992, 8 de julio y 21 de octubre de 1996, entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes, como ha dicho la S de 29 de diciembre de 2000, precedida y seguida de muchas otras (30 de noviembre de 1993, 8 de junio de 1996, 15 de julio y 5 de noviembre de 1998, 14 de julio de 2003, etc.).

Responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo.—No hay, en efecto, una previsión legal que imponga la responsabilidad solidaria de los intervinientes en el proceso constructivo cuando puede individualizarse la que corresponde a cada uno de ellos. Decía la S de 27 de noviembre de 1999 (con base, entre otras, en las de 31 de enero y 4 de abril de 1997 y 13 de marzo de 1998) que «es indudable que tanto la responsabilidad de los distintos oficios que confluyen en el proceso constructivo, como en cualquier otro supuesto de responsabilidad por culpa, ésta es individual y personalizada». Y, al quedar delimitada, no entra en juego la solidaridad, que precisa que el suceso dañoso haya sido provocado por una acción plural (SS de 3 de octubre de 2002, 31 de marzo, 16 de julio, 1 de octubre y 4 de noviembre de 1992, 7 de julio de 1990, etc.). Pues la solidaridad viene impuesta, como impropia, en beneficio de los perjudicados, ante la ausencia de conductas y actuaciones concretas atribuibles a identificadas personas (SS de 29 de marzo de 1994, 25 de octubre de 1996, 25 de junio de 1999, 14 de abril de 2003, 27 de junio de 2002, entre otras).

Doctrina de los actos propios.—Se trata aquí de un tema que no cabe reconducir a la prohibición del *venire contra factum*, que es una manifestación del principio general de buena fe, en sentido objetivo, que se recoge con carácter general en el artículo 7.1 CC, como referencia, en el ejercicio de los derechos subjetivos, al estándar de comportamiento honesto y leal, que impone un deber de coherencia en el tráfico, sin que sea dable defraudar la confianza que fundamentalmente se crea en los demás. No se cumplen aquí los requisitos reiteradamente señalados por la jurisprudencia en numerosísimas sentencias (entre las cuales las de 24 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2000, 30 de enero de 1999, 28 de enero y 25 de octubre de 2000, 27 de febrero y 16 de abril de 2001, 25 de enero y 5 de julio de 2002, etc.), el primero de los cuales es que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor; y el segundo que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. Pues es claro que, aun aceptando que la recepción de conformidad de las obras por parte de la parte actora y la declaración de su ajuste a la norma establecida pudieran crear o fijar una situación jurídica, no cabe establecer una contradicción con el ejercicio de las acciones dirigidas a pedir la reparación de daños en cuanto, a pesar de la inicial conformidad respecto de la realización de las obras encargadas, resultan insuficientes o inadecuadas para lograr la insonorización propuesta como objetivo.

Debe tenerse en cuenta que las obras se realizan conforme a un proyecto, y se confía en la suficiencia y en la calidad de ese proyecto, y que la parte que las recibe confía en la certificación extendida por el técnico que realizó el proyecto, careciendo de conocimientos técnicos para evaluar por sí misma la calidad de las obras realizadas. (STS de 14 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Doña A. interpuso demanda contra la mercantil B. y contra don C. reclamándoles indemnización por el incumplimiento de un contrato de ejecución de obra. Ésta consistía en la insonorización de un local que la actora utilizaba para su negocio de hostelería. Las obras realizadas no habían bastado para conseguir la insonorización lo que, a su vez, dio lugar consecutivamente a la denegación de apertura del local, clausura y precinto ordenados por el Ayuntamiento. La sentencia del Juzgado estimó que no había incumplimiento por parte de don C., ingeniero técnico industrial y autor del proyecto de tratamiento acústico, y que no se había acreditado la existencia de incumplimiento o de actuación negligente imputable a la contratista, por lo que desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte y condenó solidariamente a los demandados a abonar a doña A. determinada cantidad. Contra la sentencia de apelación interpusieron recurso de casación la actora y la mercantil demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso entablado por B. (R. G. S.)

44. Contrato de obra. Responsabilidad del contratista. Responsabilidad decenal. Contenido de la responsabilidad.—La denominada «responsabilidad decenal», aunque inspirada en un sistema de valoración del comportamiento y de la imputabilidad, se encuentra en muy buena medida objetivada, lo que se manifiesta en que el contratista es responsable si la ruina ha obedecido a un defecto de construcción, y el técnico lo es si ha tenido su origen en la especial naturaleza del suelo o de la dirección de la obra; y, también, es opinión general de la doctrina científica la de fundar la responsabilidad decenal en la culpa, así como que el párrafo primero del artículo 1591 establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad, que actuará en un doble espacio: *a)* en el de la causalidad, en el sentido de que la ruina ocurrida dentro de los diez años es atribuible, antes que al caso fortuito, a defectuosa construcción, entendida como causa originaria; y *b)* en el de la imputabilidad, que permite atribuir el vicio al constructor.

Presunción de imputabilidad de la responsabilidad decenal en caso de ruina.—La doctrina jurisprudencial ha declarado que la responsabilidad *ex lege* derivada del artículo 1591 CC lleva consigo la existencia de la presunción *iuris tantum* de que si la obra ejecutada padece ruina, ésta es debida a las personas que en ella intervinieron, de tal forma que la parte actora sólo ha de probar el hecho de la ruina (STS de 28 de octubre de 1988, que cita la de 8 de noviembre de 2002).

El importe de la indemnización por responsabilidad decenal ha de incluir el IVA.—La demandante ha reclamado el importe del coste de reparación de las deficiencias detectadas en el muro, lo que comprende el Impuesto sobre el Valor Añadido, sin que ninguna norma de Derecho fiscal imponga alguna restricción sobre este particular, máxime cuando los técnicos y con-

tratistas que realicen la reparación habrán de cargar en sus facturas los correspondientes importes en concepto de dicho impuesto.

Admisibilidad del recurso a los intereses legales como medio de actualización del importe de la reintegración económica.—Como ha razonado la STS de 16 de diciembre de 2004, la falta de pago de una cantidad de dinero —deuda de cantidad—, siempre produce un daño mínimo que no hace falta ni probar, dado el carácter naturalmente productivo del dinero, y, en las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir, por ello, para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, pero nada obsta en que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el artículo 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica —equivalente o sustitutivo del daño causado—, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto. (STS de 12 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—PD, S. A. era propietaria de una nave industrial, construida con proyecto y dirección técnica de II, S. A. (hoy T9), y concretamente por el Ingeniero Técnico don J. A., donde CAI, S. A. (hoy AR, S. A.) figuraba como aseguradora de éste y CO, S. A. lo era de II, S. A. Se produjo el derrumbamiento de un muro de dicha nave, ocasionándose diversos daños cuya determinación resultaba discutida.

PD, S. A. presentó demanda contra II, S. A., don J. A., CO, S. A. y CAI, S. A., solicitando que se condenara solidariamente a las demandadas a indemnizarle en la suma de 40.560.800 pesetas (en que se estima el coste de las reparaciones a efectuar) o aquella otra cantidad que resulte de la apreciación de la prueba, más al pago de los intereses y la penalización correspondiente según el artículo 20 LCS en el caso de las aseguradoras.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar a la actora 40.391.005 pesetas, como valor de la reparación a efectuar, y debiendo las aseguradoras demandadas abonar el 20% de interés de dicha cantidad desde la producción del siniestro. Interpuesto recurso de apelación por AR, S. A. y CO, S. A., la Audiencia Provincial estimó plenamente el recurso de AR, S. A. y parcialmente el de CO, S. A., revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a AR, S. A. de la demanda y a CO, S. A. del pago de los intereses del 20% de la cantidad a satisfacer y del pago de 500.000 pesetas del total a satisfacer, correspondiente a la franquicia contractualmente establecida con II, S. A. Contra esa sentencia, CO, S. A. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El caso se resuelve conforme al artículo 1591 CC debido a la fecha en que se produjeron los hechos (1992). En la actualidad, hemos de tener en cuenta que, tras la entrada en vigor de la LOE de 1999, el plazo decenal de responsabilidad para las edificaciones que entran bajo su ámbito de vigencia ha quedado limitado a los daños en elementos estructurales que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, estableciéndose un plazo de responsabilidad de tres años respecto de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, y de un año respecto de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año. (*F. J. J. M.*)

45. Responsabilidad decenal. Responsabilidad de los agentes constructivos. Solidaridad.—Declara el Tribunal Supremo que en los procesos referentes a la aplicación del artículo 1591 CC, aunque una vez acreditada la ruina de un edificio se presume la culpa de los agentes constructivos, la consecuencia jurídica resarcitoria puede individualizarse en el responsable (SSTS de 31 de marzo de 2000, 8 de noviembre y 31 de diciembre de 2002). De hecho, es competencia del juzgador determinar las diversas responsabilidades plurales que pueden concurrir y, si es posible, individualizarlas, de acuerdo con el ámbito del que provenga el factor desencadenante de las deficiencias surgidas. Así, por ejemplo, el arquitecto sólo debe responder de los defectos constructivos cuando éstos sean imputables a la dirección superior de la obra (ámbito que, aunque se interpreta de forma amplia por la jurisprudencia, no es tampoco ilimitado, ni da lugar a una responsabilidad objetiva). En este contexto, la solidaridad es un último remedio, que sólo opera cuando hay pluralidad de responsables y no es posible concretar las respectivas responsabilidades (SSTS de 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002).

Propiedad horizontal de hecho.—El Tribunal Supremo admite en reiteradas sentencias la llamada propiedad horizontal de hecho, a la que aplica las normas de la Ley de Propiedad Horizontal y reconoce a la comunidad la capacidad para adoptar acuerdos válidos (sirvan de ejemplo las SSTS de 1 de febrero de 1995, 7 de abril de 2003 y 25 de marzo de 2004). Declara en este sentido que el título constitutivo no es un elemento sustancial para la existencia y funcionamiento de la comunidad, como tampoco lo es la inscripción en el Registro, que carece también de efectos constitutivos, y sólo se realiza, simplemente, a efectos de publicidad y en cuanto a terceros.

Presidente de la comunidad. Legitimación.—El Presidente de la comunidad está investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la comunidad, no sólo en cuanto a lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular, salvo oposición expresa o formal de éstos (SSTS de 7 y 12 de febrero de 1986 y 16 de octubre de 1995). (**STS de 17 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En un conjunto residencial del municipio de Vina-roz, se detecta la existencia de vicios ruinógenos en diversos bloques. La urbanización está compuesta por zonas habitadas, viales

de acceso y zona deportiva y recreativa; pero no existe un título constitutivo de la propiedad horizontal para el conjunto de los bloques, sino distintas comunidades de propietarios. No obstante, el conjunto residencial tiene unos estatutos reguladores, constan documentadas reuniones conjuntas, se ha nombrado un Presidente y se han adoptado acuerdos sobre la vida y funcionamiento en la comunidad.

En este contexto, el Presidente de la urbanización interpone demanda sobre responsabilidad decenal por vicios constructivos contra las empresas constructoras de los bloques afectados y los arquitectos de los mismos, solicitando que se declare la ruina de los edificios y la obligación de los responsables de reparar los defectos de la construcción o, en su defecto, indemnizar los daños causados. Se estima la demanda parcialmente en primera instancia, condenándose a las empresas constructoras y absolviéndose a los arquitectos. Interpuesto recurso de apelación por las constructoras demandadas, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso y establece la responsabilidad solidaria de las constructoras entre sí, en relación con los diferentes bloques afectados. Las empresas constructoras interponen entonces recurso de casación, en el que discuten la legitimación activa del Presidente de la urbanización y solicitan que se condene también solidariamente a los arquitectos de los edificios. (A. M. M.)

46. Contrato de vitalicio.—El contrato denominado de vitalicio, como señalan, entre otras, las SSTS de 30 de noviembre de 1987, 31 de julio de 1991 y, entre las más recientes, las de 18 de enero de 2001, 9 de julio de 2002 y 1 de julio de 2003, es un contrato autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes. En el caso, se impone al *donatario* la obligación de alimentar, tener en su compañía y atender a todas las necesidades de la donante y de sus hijos, de modo que si el *donatario* no cumpliera dicha *donación (sic)* la *donante* podrá instar la revocación de la *donación* efectuada.

Caracterizado así el contrato, no puede aceptarse la interpretación que pudiera llevar a determinar la existencia o sujeción, además, a un modo de cumplimiento imposible consistente en que el donatario estuviera obligado a adjudicarse por entero la finca, cuando tal adjudicación dependía también de la voluntad de sus hermanos, modo que ha de tenerse por no puesto. Configurar tal previsión con efectos resolutorios vendría a significar que su incumplimiento determinaría la pérdida de los derechos del donatario de adquirir definitivamente lo donado cuando por su parte había cumplido aquello a lo que personalmente se obligó, que era prestar alimentos a su madre y hermanos. Así, se impone como requerimiento o admonición al donatario para que actúe en determinada forma si ello fuera posible, pero sin que el hecho de no poder llegar a hacerlo en el momento de la división por depender tal cumplimiento de la voluntad de terceros pueda significar la pérdida de los derechos que se le atribuyen. (STS de 1 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña C., fallecida en 1966, estuvo casada con don J. E., fallecido en 1925, de cuyo matrimonio nacieron ocho hijos: F., A., G., S., M., M. R., E. y R. doña C. donó en 1963 a su hijo L. la mitad indivisa de dos fincas rústicas, conocidas ambas por el nombre de LSP, habiendo adquirido la donante su participación en dichas fincas en virtud de la comunicación foral vizcaína al fallecimiento de su marido, don J. E. La donación se hizo en pleno dominio imponiendo al donatario la obligación de alimentar, tener en su compañía y atender a todas las necesidades de la donante, así como de sus hijos don F. y don A., e imponiéndose como condición personal al donatario la obligación de que, al disolver la comunidad que entre él y sus hermanos resultaba, se adjudicara en pago de todos sus derechos que en la comunidad le correspondieran en estas dos fincas la finca de menor extensión, quedando la otra finca para el resto de los hermanos en la forma que ellos dispongan.

Doña P. (esposa de don R.; posteriormente fallecida y sustituida por sus hijas doña M. I. y doña A.) presentó demanda contra la Comunidad Hereditaria de don J. E., don S., la Comunidad Hereditaria de don G., en las personas de sus hijos, don B. y don J. C., doña El. (viuda de don G.) y doña M.; doña M. R., doña E. y doña M. I. y doña A., solicitando que se declarara la propiedad de la finca LSP menor en favor de doña P. y de la Comunidad Hereditaria de don R. por mitades e iguales partes indivisas; se condenara a los demandados doña El., Comunidad Hereditaria de don G., don A. y don J. C., a rendir cuentas de la administración efectuada respecto de dicho inmueble, y a satisfacer a la demandante la cantidad que en ejecución de sentencia sea fijada en concepto de daños y perjuicios por la demora injustificada en la entrega del inmueble; y se declarara extinguido el régimen de comunicación foral entre doña C. y doña M., don R., don F., don A., don G., don L.A., doña M. R., y doña E.; o bien, subsidiariamente, que se declarara la propiedad de los expresados sobre la mitad indivisa de la finca LSP, se condenara a los demandados a satisfacer a los actores la mitad del valor real de la finca LSP mayor, se declarara haber lugar a la disolución de la comunidad sobre la finca LSP de menor extensión y a su división, y se condene a los demandados doña El., Comunidad Hereditaria de doña E. y a don A. y don J. C., a rendir cuentas de la administración de dicho inmueble, y a satisfacer a la actora la cantidad que en ejecución de sentencia sea fijada en concepto de daños y perjuicios por la demora injustificada en la entrega, y que se declarara extinguido el régimen de comunicación foral entre doña C. y doña M., don R., don F., don A., don G., don S., doña M. R., y doña E.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la propiedad de la finca denominada LSP de menor extensión en favor de doña P. y de la Comunidad Hereditaria de don R., minorada en un octavo del valor equivalente correspondiente a la finca LSP grande, valor éste que se determinaría en ejecución de sentencia y condenando a doña El., Comunidad Hereditaria de don G. y don A. y don J. C. a que rindan cuentas de la administración de la finca. Interpuesto recurso de apelación por don S. y otros, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando la demanda. Contra esa senten-

cia, doña A. y doña M. I., por fallecimiento de la que fue actora doña P., recurrieron en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El contrato de vitalicio, que en el Derecho común se conceptuaba tradicionalmente como un contrato atípico, finalmente ha recibido tratamiento normativo con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que introdujo el denominado «contrato de alimentos» con similares características: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos» (art. 1791 CC). En cambio, en el Derecho gallego (y en menor medida en algún otro de los Derechos forales o especiales, como el aragonés y el vasco, en donde se establecen modalidades de asociación familiar) el vitalicio sí podía considerarse como contrato típico (además, tiene en este Derecho una larga tradición consuetudinaria), y así últimamente aparece contemplado en los artículos 147 a 156 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006 (antes, en los arts. 95 a 99 de la anterior Ley de 1995). En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que —como destacan, entre otras, las SSTS de 28 de mayo de 1965 y 8 de mayo y 2 de junio de 1992, aunque no faltan voces contrarias en la doctrina, como QUIÑONERO— se trata de un contrato autónomo, no una modalidad de la renta vitalicia (en la que la prestación que ha de realizar el deudor no es alimenticia, sino de una cantidad dineraria). (F. J. J. M.)

47. Sociedad civil. Causas de disolución. Carácter enunciativo del artículo 1700 CC. Mutuo disenso como causa de disolución de la sociedad civil. Forma expresa o tácita.—La enumeración de causas de disolución que contiene el artículo 1700 CC no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él. O, en otros términos, la retractación bilateral del contrato (STS de 5 de abril de 1979). Causa, por lo demás, prevista expresamente en legislaciones que se apartaron del silencioso artículo 1844.7 del Código Civil francés, artículos 2272.3.º del Código Civil italiano y 1007.a del portugués. A ese negocio jurídico consensual y extintivo se puede llegar no sólo por medio de declaraciones expresas, sino también mediante declaraciones tácitas o actos concluyentes, esto es, con palabras, signos o actos que no sirven para exteriorizar directamente la voluntad extintiva de quienes los emplean o ejecutan, pero de los que la misma se infiere o deduce inequívocamente.

Sociedad. Personalidad jurídica. Doctrina del levantamiento del velo. Inaplicación.—Es cierto que, en ocasiones, la jurisprudencia ha evitado sancionar determinadas consecuencias que, no obstante resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían amparadas por una concepción hermética de la personalidad de las sociedades (STS de 29 de julio de 2005), mediante el recurso a la técnica de penetrar en su substratum personal, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar

ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), con posibilidad de que los Jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial (STS de 28 de mayo de 1984). Esa técnica carece de utilidad en el caso, ante la declaración, como hecho probado, de que las dos sociedades, una ya disuelta, son totalmente distintas, pese a la parcial identidad de socios y la utilización de bienes que habían sido aportados a la primera para posibilitar la explotación de un negocio, lo que sólo pudo lograr, completado y organizado el conjunto, la segunda. (**STS 14 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrado Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—El actor tenía una sociedad civil constituida con otros tres socios, la cual no llegó a realizar actividad alguna para la consecución de su fin social, a excepción de la constitución del fondo común. Estos tres socios constituyeron, por su parte, una sociedad anónima, dedicada a la explotación agropecuaria, sin intervención del actor, quien no ostentaba titularidad de ninguna acción en esta otra sociedad. Transcurridos los años el actor insta la disolución de la sociedad civil, solicitando se le adjudique la participación correspondiente en el patrimonio social, en el cual solicitaba que se comprendiera el conjunto patrimonial generado por la actividad de la anónima. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria estimó el recurso de apelación del actor y, con estimación parcial de la demanda, declaró su derecho a obtener la participación que le correspondía en el patrimonio de la sociedad civil, que estimaba se había disuelto ya al tiempo de la demanda; pero sin admitir que dentro de dicho patrimonio social debiera comprenderse el generado por la actividad de la anónima de la que no formaba parte el demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del actor. (*L. A. P. M.*)

48. Fianza en garantía de obligaciones futuras. Interpretación de la expresión en garantía de deudas futuras contenida en el artículo 1825 CC. Requisitos para su validez.—La expresión en garantía de deudas futuras contenida en el artículo 1825 del Código civil ha sido interpretada por la jurisprudencia más reciente en el sentido de comprender aquellas deudas realmente futuras, es decir, las que aún no vinculan al deudor principal. La vinculación del deudor principal actúa como condición suspensiva, de manera que cuando llegue a estarlo, adquirirá su vigencia la fianza. La jurisprudencia ha exigido además, como requisito para la validez de esta clase de fianza, que la obligación futura quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado.

Legitimación para solicitar la nulidad de los actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando éste fuera necesario (art. 1322 CC).—Sólo puede pedir la nulidad de los actos de disposición realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro, cuando éste fuera

preceptivo, el cónyuge que no ha prestado la autorización al negocio y no el que lo realizó por sí mismo.

Existencia de un seguro de créditos comerciales: ni extingue la deuda ni obliga al acreedor a dirigirse a la aseguradora.—La existencia de un seguro de créditos comerciales no extingue la obligación del deudor quien sigue obligado al pago de la deuda. Tampoco obliga al acreedor a dirigirse a la aseguradora antes que al deudor. Ésta es una cuestión ajena a las relaciones entre acreedor y deudor, que para este último es *res inter alios acta*. (**STS de 30 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Magistrada Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Entre junio de 1994 y abril de 1995 la mercantil B.L., S. A., vendió a la entidad A.S., S. L. una serie de productos textiles por valor de 6.815.220 pesetas (40.960,30 euros). Para su pago se habían girado una serie de efectos sin aceptar que, a excepción de un pequeño abono, resultaron impagados. La entidad acreedora presentó demanda contra la compradora y su administrador único y avalista don Luis Pablo. Éste se había comprometido a garantizar, con renuncia expresa al beneficio de excusión y hasta un límite de cinco millones de pesetas (30.050,61 euros), las cantidades que llegara a adeudarles la entidad A.S., S. L., cualquiera que fuera el concepto de que procedieran, con motivo de sus relaciones comerciales. El Juzgado de Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad demandada al pago de 6.460.718 pesetas (38.829,70 euros) y don Luis Pablo solidariamente y hasta el límite de cinco millones de pesetas, con los intereses legales a partir del día de la presentación de la demanda. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial de A Coruña revocó parcialmente la sentencia sólo en lo relativo a los intereses, imponiendo los previstos en el artículo 921 LEC. 1881. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por los demandados. (*C. O. M.*)

49. Prenda. Naturaleza.—La calificación del contrato como de naturaleza real encuentra su apoyo en el tenor literal del artículo 1863 CC que exige, para constituirlo, que se ponga en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo la cosa que ha de quedar gravada.

Prenda. Requisito de entrega.—La entrega de la cosa es necesaria, no sólo para el nacimiento del derecho real de garantía, sino, a la vista del artículo 1863 CC, respetuoso con la tradición romana, para la perfección del propio contrato que lo origina y que dicho texto legal tipifica.

Prenda. Modalidades pignoraticias no posesorias: admisión.—La naturaleza real del contrato de prenda previsto en el Código civil no significa que no sean válidas modalidades contractuales pignoraticias no posesorias, ya porque el propósito que llevó al legislador al tipificarlas fue precisamente mantener la cosa gravada en poder del deudor (art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, que derogó los arts. 1863 bis a 1873 bis del Código civil), ya porque, como consecuencia de la desincorporación cartular del valor mobiliario y su representación meramente contable, la entrega se haya sustituido en algún caso por una inscripción (art. 10 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), ya porque estén expresamente admitidas formas negociales precontractuales de prenda o promesa de constituir la en el

futuro, como fuentes sólo de acción personal entre los contratantes (art. 1862 CC), ya porque sean tolerables contratos que cumplan funciones iguales a la prenda y tengan por objeto bienes incorporales, no susceptibles de posesión, ya porque el reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los particulares (art. 1255 CC) y el respeto a lo pactado *pacta sunt servanda* excluyen considerar, al margen de cuales sean las calificaciones procedentes, que no quede obligado quien, de acuerdo con el acreedor en constituir la prenda, se compromete a cumplir las formalidades posteriores que, unidas al consentimiento, sean necesarias para el nacimiento del derecho real de garantía y realización de valor en que consiste: entre ellas, la entrega de la cosa que se quiere pignorar.

Prenda. Prenda de acciones.—El artículo 57.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) reconoce efectos, aunque meramente obligatorios, al contrato de prenda de acciones cuyo objeto lo constituyan títulos representativos de las mismas todavía no entregados, al disponer que, cuando no consten impresos, el acreedor pignoraticio tendrá derecho, como consecuencia del contrato, a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro registro de acciones nominativas.

Prenda. Prenda de acciones: efectos del contrato consensual.—El artículo 57.2 TRLSA se limita a admitir como sustitutivo de los títulos inexistentes su inscripción en el libro de acciones nominativas, sin negar otros efectos al contrato consensual. En particular, no niega al acreedor el derecho a exigir al accionista pignorante la entrega de dichos títulos, una vez sean impresos; esto es, que, conforme a lo convenido, despliegue la actividad precisa para que la sociedad cree los títulos y, hecho ello, para que se entreguen al acreedor o a un tercero. (STS de 21 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—D. Carlos María, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra don Evaristo y doña Penélope, principalmente en reclamación de cantidad, en concepto de pago de las rentas vitalicias anuales atrasadas, a proceder a la emisión de las acciones donadas o cedidas con garantía de prenda y a entregar al cedente de las citadas acciones, o sea al actor, la posesión de las mismas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Figueras estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Gerona estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

50. Indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente laboral. Competencia de la jurisdicción: sólo respecto de las demandas fundadas en responsabilidad extracontractual.—El Alto Tribunal confirma la jurisprudencia tradicional en este tema, de la que se ha apartado sólo en tres ocasiones. Conforme a esta jurisprudencia, las normas de responsabilidad contractual nunca podrán entrar en juego ya que se refieren única y exclusivamente a las obligaciones derivadas de un contrato civil o mercantil. (STS de 28 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—P. E. y F. fallecen en accidente laboral. A. J. L. L., en nombre y representación de la hija menor de P.E., por un lado, y

A. y M., hermanas de F., por otro, interponen demanda frente a la empresa X en reclamación de cantidad. La demanda se funda en la existencia de culpa contractual de la empresa al amparo de los artículos 1101 ss CC.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de jurisdicción alegada por la demandada.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primer grado y estima parcialmente la demanda otorgando una indemnización de veinticinco millones de pesetas a la hija menor de P. E. y un millón de pesetas a cada una de las hermanas de F.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada. (B. F. G.)

51. Culpa extracontractual: anuncio erótico publicado sin consentimiento: daños morales: prescripción: *dies a quo*: diligencias previas sobreesfadas.—Los anuncios a que hace referencia la cuestión litigiosa se publicaron en la revista de la que los demandados son, respectivamente, editor y director, durante tres semanas seguidas en abril de 1996, y en virtud de denuncia de la actora se instruyeron diligencias previas, dictándose en ellas sobreseimiento por falta de autor conocido el 20 de mayo de 1996 mediante auto que adquirió firmeza el 4 de junio de 1996, presentándose la demanda civil el 2 de junio de 1997, por lo que no puede estimarse prescrita la acción ejercitada conforme los artículos 111 y 114 LECr puestos en relación con los artículos 1902 y 1969 CC ya que la firmeza del auto mencionado se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales, o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada, según reiterada jurisprudencia (SSTS de 8 de noviembre de 1984, 24 de febrero y 31 de marzo de 2003).

Daño moral: doctrina general: indemnizabilidad.—Aunque el daño moral no se encuentra específicamente nominado en el Código civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo *reparar el daño causado* que emplea el artículo 1902, como tiene declarado este Tribunal Supremo a partir de la STS de 6 de diciembre de 1912 en jurisprudencia reiterada (SSTS de 19 de diciembre de 1949, 25 de julio de 1984, 3 de julio de 1991, 21 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999, entre otras); su construcción jurídica como sinónimo de ataque o lesión a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea de daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados (así los sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, pesadumbre, temor, etc.), tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensa a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no tiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamen-

te posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (SSTS de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984). En el presente la actora vivía con su marido enfermo y dos hijos en una vivienda de planta baja, en una pequeña localidad, habiéndose producido por consecuencia de los anuncios eróticos, llamadas de hombres a la puerta de su casa y recepción de cartas con propuestas eróticas.

Cuantía de los daños: fijación en ejecución de sentencia: artículo 360 LEC derogada.—La sentencia hace una correcta aplicación del derogado artículo 360 LEC, pues sólo cabe deferir para ejecución de sentencia la fijación cuantitativa del daño en caso de imposibilidad de hacerlo en la sentencia, sin que, en modo alguna, quepa dejar para la fase de ejecución la prueba de la existencia de los daños o la procedencia de la indemnización.

Culpabilidad de la empresa editora.—En la comunicación supuestamente efectuada por la demandante a la revista, y que la parte demandada ha aportado, no hay firma alguna, por lo que al difundir el anuncio en estas circunstancias no parece que armonice en demasía con una actitud diligente, máxime que el respaldo que proporciona una mera fotocopia del DNI no puede considerarse suficiente a la hora de evidenciar una inequívoca voluntad de anunciarse, y también parece razonable que la confirmación de la autoría como paso previo a la publicación, se revela como una medida que la prudencia y cautela elemental hubiera aconsejado adoptar. (STS de 14 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.] (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: accidente laboral con resultado de muerte en la construcción de naves: competencia civil.—Siendo patente la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, resulta aconsejable, dada la complejidad de las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho, mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño la competencia del órgano jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los artículos 1902 y 1903 CC (STS de 8 de octubre de 2001, reiterada por la STS de 31 de marzo de 2006), basada en la compatibilidad de las indemnizaciones que podían conceder uno u otro orden jurisdiccional, doctrina que, con las variaciones notoriamente conocidas, se mantiene últimamente siempre que la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC, doctrina últimamente sostenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de noviembre de 2001, 29 de abril y 4 de noviembre de 2004 y 19 de julio de 2005). En el presente caso, la demanda iniciadora del proceso se funda en la culpa extracontractual o aquiliana de los codemandados, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, ha de declararse la competencia del orden jurisdiccional civil.

Culpa: doctrina general: inexistencia en el caso.—La esencia de la culpa consiste en prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de la adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso; como dice la STS de 10 de julio de 2003: «la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo». La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso, afirmando la STS de 9 de octubre de 1999 que «según reiterada doctrina jurisprudencial es esencial para gene-

rar culpa extracontractual, el requisito de la previsibilidad del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, en que no puede estimarse como previsible lo que no se manifiesta con constancia de no poderlo ser». En el presente caso no puede estimarse culposa o negligente la conducta del encargado de la empresa demandada, cuya misión consistía en la colocación de chapas metálicas que formaban la cubierta de las naves propiedad de la empresa Netpark, también demandada, la cual se desarrolló durante la mañana del viernes 7 de febrero de 1992, para continuar el lunes siguiente en que tuvo lugar el accidente; el 10 de febrero de 1992 el oficial de la empresa ascendió a lo alto de la estructura metálica para colocar los anclajes de seguridad que habían sido retirados durante el fin de semana; para ascender a lo alto de la estructura se colocó una escalera. Atendidas estas circunstancias concretas era imprevisible que el peón accidentado tratase de ascender a la parte de la estructura metálica ya que en ese momento no tenía que realizar actividad alguna en ese lugar, y menos aun resultaba previsible que, despreciando la existencia de la escalera colocada al efecto, lo hiciese a través del encofrado. Según el proyecto de construcción de las naves su altura era de nueve metros, por lo cual la afirmación de la sentencia recurrida de que el accidentado cayó desde una altura de cinco o siete metros, es pura especulación, pues difícilmente podía enganchar su cinturón a los anclajes que estaba colocando el oficial de la empresa.

Nexo causal.—Según dice la STC de 25 de septiembre de 2003, recogiendo la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de un nexo causal entre la acción u omisión imputada al agente y el daño producido, en dicho nexo ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; esto es, que los daños y perjuicios se deriven o fueran ocasionados por un acto imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar. A su vez la STS de 10 de octubre de 2002 dice que el artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal ya que subsume en la causa del daño la existencia de culpa. Por su parte la STS de 27 de diciembre de 2002 habla de la necesidad de la cumplida demostración del nexo sufrido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, sin que ello pueda sustituirse por la aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba.

Culpa exclusiva de la víctima.—El accidente fue debido a culpa exclusiva de la víctima al intentar el acceso a la parte más alta de la estructura metálica de la obra por una vía inadecuada y eludiendo hacer uso de la escalera colocada al efecto. (STS de 20 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.] (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: accidente en el Metro con amputación de ambas piernas: apelación.—El principio de la *reformatio in peius* impide al órgano *ad quem* modificar el fallo apelado en perjuicio del recurrente, aunque se estime justo, principio que se deriva de otro que se enuncia *tantum devolutum quantum appellatum*, que supone una proyección del principio dispositivo que inspira el proceso civil, y como han mantenido las SSTC 84/1985 y 15/1987, se inserta tal prohibición en la tutela judicial del artículo 24.1 CE, que tiene su actual plasmación expresa en el artículo 465.4 LEC. Rige, por tanto, para la segunda instancia lo que se conoce como efectos devolutivos del recurso, con arreglo al cual la apelación se concreta por la

materia que, efectivamente, ha sido objeto de apelación, y ello sin duda permite al Tribunal de instancia valorar cuantas probanzas se hubieran practicado ante el órgano de la primera instancia y con mayor razón las llevadas a cabo en la alzada, como consecuencia del derecho de la parte apelada a contradecir o impugnar los fundamentos en la apelación, y de proponer la prueba consiguiente. Según el artículo 465.3 LEC la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación, y, en este caso, ello permitió al Tribunal de apelación llegar a las mismas conclusiones obtenidas en la sentencia del Juzgado, si bien de forma reforzada como consecuencia del complemento valorativo hecho en la alzada a partir de las facultades revisoras que las normas procesales señalan a este recurso.

Motivación suficiente de la sentencia recurrida.—Ésta se encuentra suficientemente motivada tanto en las cuestiones fácticas o de hecho, cuanto en las jurídicas o de derecho, reforzando y corrigiendo en lo menester la valoración de las pruebas para llegar a idéntica solución jurídica que la sentencia de primera instancia; y si bien es cierto que no relaciona la actividad probatoria en párrafos separados, también lo es que sí extrae de ella, con motivación suficiente, la aplicación normativa que realiza y consiguiente condena de los demandados, al advertir conducta merecedora de reproche a través de la aplicación de la doctrina del riesgo.

Prueba del nexo causal.—Ya se aplique un criterio de imputación subjetivo, objetivo o cuasi-objetivo, en todo caso es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción; no bastando alegar la existencia del factor riesgo, que existe como potencial en la explotación de cualquier ferrocarril suburbano; no se acredita el nexo causal entre las omisiones de seguridad atribuidas a la empresa demandada y el resultado dañoso; dadas las circunstancias del caso hay que concluir que la víctima tenía el control de la situación desde que se cierran las puertas del convoy hasta que éste entra en el túnel en cuyo momento aquélla resulta arrastrada y atropellada por el tren. (**STS de 26 de septiembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Ambas sentencias de instancia son concordes en condenar a la empresa explotadora del Metro de Madrid al pago de una indemnización de ciento tres millones de las antiguas pesetas por causa del atropello de una persona en 1997, al iniciarse la marcha del convoy y penetrar en el túnel, con el resultado de la amputación de ambas piernas de aquélla. La estimación del recurso interpuesto por la empresa explotadora del Metro pudiera significar, a primera vista, un *paso atrás* en la doctrina que ha venido aplicándose en casos similares con invocación de la doctrina del riesgo. En realidad, hay una falta de prueba de lo ocurrido durante el corto espacio de tiempo entre el cierre automático de las puertas y el inicio de la marcha del convoy y su penetración en el túnel, en cuyo momento se produce el accidente. Puede parecer fuerte la expresión de *controlar la situación* por parte de la víctima, pero es lo que resulta de la falta de prueba de los autos. (G. G. C.)

54. Responsabilidad extracontractual. Necesidad de acreditar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima. Siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse. La necesidad de cumplida demostración del nexo referido que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, no puede quedar desvirtuada por una aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 CC en determinados supuestos pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso. **(STS de 11 de octubre de 2006; no ha lugar.)** [Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Doña Concepción presentó demanda en reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas mientras patinaba en la pista de hielo propiedad de la codemandada «D.V., S. A.», reclamando así mismo contra la compañía aseguradora de esta última. La actora estimaba que las lesiones se habrían producido merced al deficiente mantenimiento de la pista, así como a la ausencia de medidas de seguridad adecuadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación planteado por estas últimas y desestimó la acción ejercitada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación planteado por la actora. *(L. A. G. D.)*

55. Responsabilidad civil del empresario por accidente laboral: responsabilidad subjetiva.—Existen dos líneas jurisprudenciales sobre el tema indicado: por un lado, aquella que aplica criterios objetivos; por otra, la que rechaza la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige tanto la prueba del nexo causal como de la culpa del empresario. La presente sentencia se sitúa en esta última línea afirmando, además, que es la seguida decididamente en las más recientes sentencias de esta Sala. Esta línea parte del principio de responsabilidad subjetiva consagrada como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 ss CC, que no admite otras excepciones que aquellas que se hallan previstas en la ley. No forman parte de dichas excepciones los supuestos en que la jurisprudencia atribuye la carga probatoria al causante del evento dañoso por razones derivadas, más que de una verdadera inversión de la carga probatoria, del principio de facilidad o proximidad probatoria, relacionado con circunstancias tales como los especiales deberes de diligencia que impone la creación de riesgos extraordinarios o la producción de daños desproporcionados o inexplicables a la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo.

El Tribunal Supremo no considera aplicable la doctrina de la responsabilidad por riesgo al presente caso porque los defectos de la caldera de calefacción, que causaron el fallecimiento del marido y padre de los demandantes,

no son imputables a la comunidad de propietarios codemandada, que en ningún momento alteró la configuración del cuarto de calderas; en cuanto al sistema de alarmas para detectar la presencia de monóxido de carbono, el Alto Tribunal tiene en cuenta que la comunidad tenía concertado el servicio de mantenimiento de las calderas con una empresa. No puede, por tanto, imputarse a la comunidad demandada una conducta imprudente o negligente en el mantenimiento y conservación del edificio y sus instalaciones, que sea causante del evento dañoso producido.

Responsabilidad civil derivada de accidente laboral: competencia de la jurisdicción civil limitada a las acciones de responsabilidad extracontractual.—Se reafirma la jurisprudencia que atribuye la competencia para conocer la responsabilidad civil dimanante de culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su trabajo, al orden jurisdiccional civil.

Carácter extracontractual de la responsabilidad del empresario como consecuencia de un accidente laboral.—Su naturaleza no queda alterada por razón de que el hecho dañoso se haya producido durante el tiempo de desarrollo de la prestación laboral o en una determinada conexión con la relación laboral misma, pues es doctrina ampliamente compartida en las decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo la que señala el carácter extracontractual de la responsabilidad civil derivada de hechos que acontezcan entre personas ligadas por una determinada relación contractual siempre que no se produzcan dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial. Sin perjuicio de ello, cabe examinar supuestos en que el mismo hecho dañoso puede originar un supuesto normativo de culpa extracontractual y uno de culpa contractual, lo que determina un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión. (**STS de 3 de julio de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—B., portero de la finca sita en la comunidad de propietarios codemandada en el presente litigio, fallece como consecuencia del uso de un elemento común, en concreto, las calderas de calefacción. La viuda del fallecido interpone demanda en su propio nombre y en el de los dos hijos comunes menores, contra la comunidad de propietarios y la compañía aseguradora. La pretensión indemnizatoria se encuentra fundada en la culpa extracontractual.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por todas las partes, la Audiencia Provincial desestima los de las codemandadas y estima el de la parte demandante revocando la sentencia de primer grado y estimando totalmente la demanda. La Audiencia Provincial funda la responsabilidad en la defectuosa ventilación del cuarto en que se ubicaban las calderas, así como en la inexistencia de un sistema de alarmas para detectar la presencia de monóxido de carbono producido por una defectuosa combustión del carbón utilizado.

Interpuesto recurso de casación por las codemandadas, el Alto Tribunal estima en parte el recurso de casación y, asumida la instancia, procede a la desestimación de la demanda. (*B. F. G.*)

56. Daños por incendio en nave industrial al descargar materias inflamables: acción subrogatoria de la compañía aseguradora: concurrencia de culpa contractual y extracontractual.—La sentencia recurrida, al estimar la subrogatoria ejercida por la aseguradora del arrendador del local, descarta la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor y declara que el siniestro se produjo durante la descarga de mercancía inflamable desde el camión que los transportaba al interior de la nave industrial arrendada, en la que la demandada se dedicaba al empaquetado y almacenaje de tales productos, cayendo al suelo un palet de esos mismos; la prueba pericial destaca la imposibilidad de determinar concretamente cuál fue el motivo concreto del incendio, aunque en ningún caso pudo ser espontánea la ignición por la simple caída de los frascos al suelo, sino que era necesario que el líquido vertido o los vapores del mismo entrasen en contacto con un punto de ignición; afirma, además, que se pone en evidencia que las disposiciones y medidas adoptadas para prever y evitar el daño resultaron insuficientes, y que no se hallaba completa la diligencia exigible atendidas las circunstancias concurrentes con el carácter inflamable de los productos que se introducían en el interior del establecimiento en el que se desarrollaba su actividad industrial; la estimación de la demanda se basaba en la aplicación rigurosa de un régimen objetivista o cuasi-objetivista en la responsabilidad extracontractual, al concurrir criterios basados en una actividad de riesgo y en el beneficio económico que reporta a quien desarrolla una actividad comercial o industrial que se lleva a cabo en el entorno físico del establecimiento en que se produjo el accidente. La sentencia recurrida añade que la estimación de la demanda se fundamenta también en el artículo 1563, en relación con el artículo 1561 CC, sobre la obligación del arrendatario de mantener y devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió, con inversión de la carga de la prueba sobre la producción del daño.

Presunción de culpabilidad del arrendatario del artículo 1563 CC: doctrina general.— Tiene su base en una relación contractual arrendaticia, en la obligación del arrendatario de guarda y custodia de la cosa, quedando libre acreditando que la cosa se perdió o deterioró sin su culpa (STS de 25 de septiembre de 2000). Es doctrina pacífica la exigencia de probar la falta de culpa para quedar exonerado, y ello se aplica a los incendios (SSTS de 9 de noviembre de 1993, 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, y 12 de febrero de 2001, entre otras), por más que unas veces se hable de inversión de la carga de la prueba, y otras de presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, o de presunción *iuris tantum* más bien de responsabilidad. La reciente STS de 24 de enero de 2006, ilustra sobre el fundamento de tal responsabilidad. En definitiva, es aplicación de los principios generales en materia de contratación, como se deduce de relacionar el artículo 1183 con el artículo 1096.

Culpa extracontractual en caso de daños por incendio.—En materia de daños por incendio cabe añadir otras razones a la desestimación del recurso; así la STS de 24 de enero de 2004 afirma que la jurisprudencia exige la prueba del incendio causante del daño, pero no la prueba —normalmente imposible— de la causa concreta que lo causó; en consecuencia, el nexo causal es entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente —ni mucho menos, la culpa— del incendio causante del daño. Así la STS de 31 de enero de 2000 dice que ha ocurrido el incendio dentro del círculo de la actividad empresarial del demandado, sometido a su control y vigilancia, y es ajeno por supuesto al dañado; y en la de 20 de mayo de 2005, esta Sala analizó la doctrina de la responsabilidad por riesgo en relación a un caso de incendio, requiriéndose

que se haya creado un riesgo de cierta entidad, por lo que quedan excluidas las actividades de la vida inocuas o desprovistas de peligrosidad; o bien que se genere un incremento de riesgo, de modo que la actividad ejercida sea potencialmente peligrosa de producir un resultado dañoso. Cuando se produce un incendio en un inmueble, añade la sentencia últimamente citada, al perjudicado le corresponde probar su existencia y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, y a la persona que tiene la disponibilidad –contacto, control o vigilancia– de la cosa en que se produjo el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros (SSTS de 2 de junio de 2004 y 22 de marzo de 2005), o de serios y fundados indicios de que la causa ha podido provenir de agentes exteriores (SSTS de 9 de diciembre de 1986, 4 de junio de 1987, 18 de diciembre de 1989, 2 de junio de 2004 y 3 de febrero de 2005), admitiendo incluso la STS de 24 de octubre de 1987 la posibilidad de exoneración cuando se pruebe que en el lugar no había nada que representase un especial riesgo de incendio. Esta Sala tiene declarado repetidamente que no todo incendio es debido a un caso fortuito, sin que baste para atribuir tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas (SSTS de 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, 11 de febrero de 2000, 12 diciembre de 2001, 23 noviembre de 2004 y 3 febrero de 2005, entre otras), y que no resulta suficiente que no esté probada la causa concreta del incendio (SSTS de 29 enero de 2002, 26 junio de 2003, 23 noviembre de 2004 y 3 febrero de 2005). Con arreglo a esta doctrina en materia de incendio, no es necesario acudir a la doctrina de la responsabilidad por riesgo ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba. (STS de 18 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.] (G. G. C.)

57. Responsabilidad civil extracontractual. Teoría de la responsabilidad por riesgo. Requisitos para su aplicación.—La aplicación de la doctrina del riesgo exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, circunstancia que exige un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea, al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos de un determinado resultado dañoso, siempre sobre la base de que la creación de un riesgo no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad (STS de 10 de mayo de 2006). Siendo exigible además la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, es decir, un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro sistema y que no admite otras excepciones que las previstas en la Ley. En tal sentido, la jurisprudencia no ha aceptado la inversión de la carga de la prueba más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño especialmente obligado a ello por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

Actividad de bar o restaurante abierto al público. No es en sí misma actividad creadora de riesgo.—El hecho de tener un restaurante abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo de tal modo que todo lo que dentro de él ocurra a un cliente es responsabilidad de su dueño. La caída de una persona al levantarse de la mesa entra en ese círculo de acontecimientos normales y frecuentes de la vida, y no originada necesariamente por la actividad que en el local se desarrolla. Si el daño tuviese esa relación con tal actividad (por ejemplo, explosión de gas de las cocinas, alimentos en mal estado), podría aceptarse la teoría del riesgo empresarial, pero no en todo caso y circunstancia.

Responsabilidad civil. Necesidad de probar el nexo causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo, cualquiera que sea el sistema de imputación de responsabilidad.—La necesidad de quedar acreditado el nexo causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo es exigida reiteradamente por la doctrina de la Sala. En el caso falta incluso el presupuesto básico de conocerse la causa de la caída, que deviene imprescindible para poder atribuir la misma a la conducta activa u omisiva del demandado, pues no toda caída que acontezca en el interior del local ha de ser inexorablemente imputada a la responsabilidad de su propietario, como si fuera plenamente objetiva. La prueba de la relación de causalidad incumbe siempre a quien demanda, sea cual sea el criterio que se utilice para la imputación de la responsabilidad, el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por un posible recurso a la teoría del riesgo, objetivación de la responsabilidad o inversión de la carga de la prueba (STS de 21 de marzo de 2006). De tal modo que si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada. (STS de 11 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La actora sufrió una caída al levantarse de la mesa en la que se encontraba participando en una celebración familiar, que tenía lugar en una cafetería-restaurant de Ibi. A consecuencia de esto se produjo la fractura de varios huesos de la muñeca derecha. La víctima demandó al propietario del restaurante así como a su aseguradora, al entender que el accidente se originó a causa de haber restos de comida y bebida en el suelo, que no habían sido limpiados por el personal, lo que propició que la actora resbalara y sufriera las lesiones referidas. Tanto el Juzgado de Primera de Instancia como la Audiencia Provincial rechazaron la demanda de la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

58. Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones sufridas por menor de edad con ocasión de la práctica de la actividad recreativa de mini-golf.—La cuestión se centra en la conducta, activa o pasiva, de los propietarios y encargados del restaurante, en el sentido de qué es lo que se hizo, o no se hizo, o se debió haber hecho, con trascendencia para el resultado, de forma que se habría evitado el accidente; todo ello en una valoración social de la exigencia causal y de la diligencia que forma parte del juicio de reprochabilidad. A tal efecto ha de destacarse que las instalaciones y el material estaban en perfecto estado; el peligro que pueda suponer un palo de mini-golf es irrelevante cuando se entrega a unas personas para la práctica del entretenimiento; la edad de catorce años es apta para que se les efectúe la entrega, y puedan utilizarlos en la actividad recreativa sin la presencia o asistencia de personas mayores de edad; no tiene sentido considerar previsible que se pueda utilizar el palo, con ocasión de la realización de dicha actividad, para realizar un golpe de «swing»; es un hecho notorio que la práctica del mini-golf no requiere especial información, y, en cualquier caso, es ajena a la causalidad jurídica del evento; y, finalmente, la posibilidad de un mal uso o uso indebido o inapropiado de un palo de mini-golf, como de tantos otros objetos de la vida cotidiana, no justifica, en las circunstancias del caso, de personas,

tiempo y lugar, la exigencia de vigilancia por parte de los responsables del restaurante, cuya omisión pueda generar una causalidad jurídica, o incluso una negligencia determinante de responsabilidad extracontractual. (STS de 11 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los componentes de un club de fútbol, menores de edad, comieron en el restaurante de la demandada, después de lo cual salieron a unas instalaciones de minigolf aledañas al comedor y también propiedad de aquélla. Dichas instalaciones están dispuestas para el mero recreo de los comensales o visitantes, sin finalidad de instrucción y a los solos efectos de servir de distracción. En tal situación, mientras los padres y mayores quedaron en los salones, los menores de catorce años se dispusieron a la práctica de este entretenimiento en cuyo devenir, y mientras uno de ellos golpeaba la pelota, el otro, presumiblemente agachado, hizo un movimiento y recibió un contundente golpe de su compañero, ocasionándole severas lesiones. La madre de la víctima demandó a los padres del menor causante de la lesión así como a la mercantil propietaria del restaurante e instalación. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la propietaria del restaurante, absolviendo a los padres del menor. La Audiencia Provincial de Vitoria estimó el recurso de apelación planteado por la compañía condenada y le absolvió de la demanda. La actora interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso. (L. A. G. D.)

59. Responsabilidad civil extracontractual. Accidente producido con ocasión de la realización de tareas laborales por empleado de facto. Falta de adopción de las medidas de vigilancia y seguridad exigibles.—Se ha de producir la imputación de los daños a la empresa demandada, ya que se da un factor de imputación no sólo ni predominantemente en base a la creación de un riesgo por razón de una actividad cuyo resultado se prevé en beneficio del responsable, sino fundamentalmente en la asunción del riesgo por la actividad con imputación por culpa, en razón de la presumible omisión de los deberes de vigilancia y de seguridad. En principio, hay que atribuir los deberes de vigilancia, protección y seguridad de las actividades que se desarrollan para la empresa —y más si se producen en el ámbito espacial de sus instalaciones—, se lleven a cabo por sus empleados o por terceros contratados o prestadores *de facto* de tales trabajos. Esto es, que la entidad demandada aprovechará la actividad de la víctima que presta un servicio en sus dependencias, de las que tiene dicha entidad el control y los deberes de vigilancia y de protección, y por tanto se le han de imputar las consecuencias de los riesgos derivados de dicha actividad. (STS de 23 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—El actor reclama una indemnización por las lesiones sufridas al caerle encima unas planchas metálicas cuando estaba prestando servicios en los locales de la demandada. Es de resaltar que el demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada como trabajador de dicha empresa, no obstante lo cual

prestaba, con carácter remunerado, servicios ocasionales para la misma en la carga y descarga de camiones dentro de las instalaciones de aquella, para lo que era llamado por dos empleados; pero sin que mediase contratación formal por el representante legal, ni tampoco se hubiese levantado acta de inspección de trabajo. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa al pago de una indemnización inferior a la solicitada. Ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el del actor y estimó el de la demandada, absolviéndola de las pretensiones deducidas en su contra. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por el actor. (*L. A. G. D.*)

60. Responsabilidad civil extracontractual. Circulación ferroviaria. Actividad creadora de riesgos que no genera responsabilidad objetiva.—Si bien la circulación ferroviaria es creadora de riesgos muy cualificados, en modo alguno lo es de una responsabilidad objetiva, y la doctrina de la inversión de la carga de la prueba hacia el autor de la acción dañosa no puede llevarse en su aplicación hacia extremos que prácticamente aboque a esa responsabilidad (STS de 17 de mayo de 2001). Por otra parte, la cuestión nuclear de este litigio la constituye determinar si el resultado dañoso producido fue debido exclusivamente, no ya a culpa de la víctima sino a una conducta voluntaria de la misma. Y está acreditado que esta voluntaria intervención de la víctima en el desarrollo del nexo causal elimina toda posibilidad de imputación del resultado dañoso a las personas físicas codemandadas, al no existir una acción u omisión imputable a ellos, atendidos el cómo y el porqué se produjo la muerte del hijo de la demandante. (**STS de 28 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Doña Estefanía demandó la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su hijo, fallecido a consecuencia de un acto de suicidio consistente en poner la cabeza sobre la vía del tren esperando su paso, todo ello en un lugar oscuro y muy aislado en que fácilmente podía consumir su designio. La actora consideró que el evento pudo evitarse de haber observado el conductor la diligencia necesaria, por lo que demandó al mismo así como a las compañías responsables del servicio y a sus aseguradoras. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó el recurso de apelación interpuesto por la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. A. P. M.*)

61. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por riesgo. Riesgos excluidos.—Conviene destacar que nunca se ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC Lejos de ello, debe excluirse como fuente autónoma de tal responsabilidad el riesgo general de la vida (STS de 5 de enero de 2006), los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (STS de 2 de marzo de 2006), o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS de 17 de julio de 2003).

Responsabilidad civil por caídas en edificios o establecimientos. Criterio jurisprudencial.—En relación con las caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala ya exoneraron a la comunidad de propietarios o a los titulares del negocio demandados cuando la caída se había debido a la distracción del perjudicado por no advertir un obstáculo que se encontrara dentro de la normalidad (SSTS de 28 de abril de 1997 y 14 de noviembre de 1997), declarándose en cambio la responsabilidad del demandado cuando su negligencia era identificable (SSTS de 21 de noviembre de 1997 y 2 de octubre de 1997). La jurisprudencia viene, pues, manteniendo hasta ahora la exigencia de una culpa o negligencia del demandado suficientemente identificada para poder declarar su responsabilidad.

Responsabilidad civil extracontractual. Actividad creadora del riesgo: no la constituye la exposición y venta de mobiliario.—Ni la actividad comercial de exposición y venta de muebles puede calificarse de arriesgada por sí misma, ni la distribución del local en dos niveles, separando la tienda de la exposición de muebles, creó tampoco un riesgo específico o fuera de lo normal en establecimientos de este género. Y si a todo ello se une que, según la prueba practicada, el escalón que daba acceso a la exposición de muebles era perfectamente visible, la carencia de base del motivo, y con ella del recurso, no viene sino a corroborarse. (STS de 31 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La actora, persona de avanzada edad, sufrió una caída mientras visitaba un establecimiento comercial dedicado a la exposición y venta de muebles. A consecuencia de dicho accidente sufrió lesiones de consideración que determinaron considerables secuelas y un largo periodo de inactividad. La lesionada demandó a la sociedad propietaria del establecimiento y a su compañía de seguros. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al pago de una cifra inferior a la pedida, al entender que había concurrencia de culpas. La Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso de apelación de la actora y, con estimación del de la demandada, revocó la sentencia de instancia y absolvió a la misma de la pretensión formulada en su contra. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de la demandante. (L. A. G. D.)

62. Responsabilidad civil por accidente laboral. Determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de un año de la acción. Secuelas cuyo verdadero alcance no es conocido en el momento del alta médica.—El objeto de la reclamación son los daños y perjuicio sufridos a consecuencia del accidente laboral, entre los que se incluyen los que resultaron de las secuelas, siendo doctrina jurisprudencial reiterada que, tratándose de daños corporales, el plazo de prescripción no puede contarse desde la fecha de producción de la lesión, sino desde aquel en que el perjudicado tuvo un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad del mismo. Es lo que se conoce como determinación invalidante de las secuelas y que sitúa el *dies a quo* no a partir de la fecha en la que el perjudicado tiene constancia del alta médica definitiva, sino del momento en que se queda determinada la incapacidad o defectos permanentes originados cuando tras el alta

médica se mantienen secuelas residuales que precisan un tratamiento posterior, o, como sucede en el caso de autos, cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador; pues sólo entonces se dispone de un dato –incapacidad– que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SSTS de 21 de diciembre de 1999, 22 de enero de 2003 y 1 de febrero de 2006). Así pues, debiendo determinarse cuál de las dos fechas debe considerarse como inicial del cómputo del plazo de un año, debe optarse por la segunda o posterior en tanto que es en ésta en la que queda definitivamente fijado el daño que trae causa del accidente sufrido, permitiéndosele al interesado cuantificarlo de una forma cierta y segura. (STS de 20 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–El actor sufrió un accidente laboral en febrero de 1991, del que resultó con lesiones en la mano derecha. Fue dado de alta en enero de 1992, y en mayo de ese mismo año se declaró por el INSS que como secuelas sufría lesiones permanentes no invalidantes, percibiendo una indemnización por ello. A partir de dicha fecha se reincorporó a su trabajo y continuó desarrollando su vida laboral. En febrero de 1994 el actor formula solicitud de pensión de invalidez y, examinado por la misma doctora, se deniega su solicitud al formularse el mismo juicio clínico-laboral, si bien con el añadido de disminución de la densiometría ósea a consecuencia de la inmovilidad. El solicitante formula recurso administrativo contra esta resolución y se dicta otra nueva en la que se le reconoce la invalidez permanente parcial para su profesión habitual, con una nueva indemnización. Notificada esta última decisión en agosto de 1994, el demandante remitió telegrama a efectos de interrumpir la prescripción en el mes siguiente. Celebrada conciliación sin avenencia en abril del siguiente año, el actor formuló la demanda en febrero de 1996, solicitando que se condenase a su antigua empresa, solidariamente con su compañía aseguradora, a indemnizar los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas con ocasión del accidente laboral que a la postre había determinado su invalidez permanente parcial para su trabajo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a las demandadas a abonar la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana estimó el recurso de apelación de las compañías condenadas al considerar que la acción había prescrito, pues el año para ejercerla se computaba a partir de la resolución del INSS de mayo de 1992. Por tanto, revocó la sentencia de instancia y absolvió a las demandadas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (L. A. G. D.)

63. Responsabilidad extracontractual. Plazo de prescripción: el comienzo del cómputo del plazo en caso de daños corporales.–En caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo, del quebranto padecido. Por ello, no puede comenzar a contarse el *dies a quo* desde la fecha del informe de sanidad o alta, en el que se consignan o expresen las secuelas, sino que

ha de esperarse hasta que el interesado conozca el alcance o efecto definitivo de las mismas (SSTS de 26 de mayo de 1994, 22 de abril de 1997 y 24 de junio de 2000, entre otras muchas).

Prescripción de la acción de daños por hechos por los que se han seguido actuaciones penales: cómputo desde la firmeza de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento y archivo que puso fin al procedimiento.—Cuando los hechos dan lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en vía civil o el proceso que haya comenzado, pues así lo impone el artículo 114 LECr, hasta que recaiga sentencia firme, precepto éste que obliga a la jurisprudencia a extender la apertura de la vía civil a los supuestos de sobreseimiento provisional o al archivo de diligencias (SSTS de 16 de noviembre de 1985, 20 de octubre de 1987, 30 de noviembre de 1989 y 20 de enero de 1992). Esto sentado, surge de nuevo la necesidad de tener en cuenta que las decisiones de sobreseimiento y archivo, con las sentencias absolutorias, ganan firmeza cuando las partes dejan transcurrir el plazo de impugnación en los supuestos en que quepa recurso (STS de 20 de octubre de 1993).

La cuantía de la indemnización en los supuestos de responsabilidad extracontractual ha de ser calculada por el Tribunal *a quo*, al ser una deuda de valor y tener carácter resarcitorio.—El Tribunal *a quo* dispone de facultades para calcular la cuantía de la indemnización, incluyendo la actualización de la cantidad concedida mediante un procedimiento adecuado, que puede consistir, entre otros, en el reconocimiento del interés legal desde el momento de la producción del siniestro. En este caso, el principio de congruencia «salvo que conste que la cantidad solicitada debe ser objeto de actualización por venir referida su cuantificación al momento del accidente o de presentación de la demanda», exige únicamente que no se rebase la cantidad total solicitada en ésta (STS de 3 de abril de 2006).

La indemnización de daños y perjuicios habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño. Criterios para conseguir este objetivo: IPC e intereses legales, entre otros.—En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible al poder adquisitivo del importe que se va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, pero nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el artículo 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica «equivalente o sustitutivo del daño causado», sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto (STS de 16 de diciembre de 2004). (STS de 3 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—A consecuencia de un accidente laboral, la víctima demandó el 27 de febrero de 1996 a un particular y a dos entidades mercantiles, para que le indemnizasen, con carácter solidario, las secuelas derivadas del accidente sufrido, los días de incapacidad y la *pecunia doloris*, más los intereses legales.

El accidente origen de las lesiones se produjo el 26 de julio de 1991 y el alta médica de la víctima el 20 de octubre de 1992. Posteriormente al lesionado se le declaró una incapacidad el 24 de marzo de 1993, determinándose su minusvalía el 25 de octubre del mismo año, todo ello motivado por el accidente. El 14 de enero de 1994 el demandante se personó en las actuaciones penales y ejercitó las acciones civiles oportunas, recayendo sentencia absoluta de juicio de faltas que fue notificada al actor el 28 de febrero de 1995.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar prescripción de la acción. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y estimó parcialmente las pretensiones del actor en cuanto a indemnización por lesiones, secuelas e incapacidad, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, por haberse presentado la demanda dentro del plazo legal. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación interpuesta por dos de los demandados. (*I. D. L.*)

64. Culpa extracontractual: accidente de tiro: daños por explosión del arma debida al empleo de munición defectuosa de uso prohibido: responsabilidad por hecho ajeno.—El accidente se produjo como consecuencia de una negligencia en la que tuvo directa participación el jefe de seguridad de la empresa, bajo cuya dependencia actuaba de hecho la víctima al concertar el desarrollo de prácticas de tiro con personas que aspiraban a prestar servicios en la empresa de vigilancia, y participar en esas prácticas interviniendo y aportando un arma propiedad de la empresa cuya vigilancia le correspondía como trabajador a su servicio. Existe una responsabilidad directa respecto del accidente ocurrido por falta de la debida vigilancia acerca de las actividades de su jefe de seguridad, dada la negligencia de éste, la relación de dependencia en que se encontraba con la empresa, la conexión de la actividad en que se produjo el accidente con actividades preparatorias de la incorporación de trabajadores a la empresa en el ramo de la seguridad, y la falta de prueba de que la empresa empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (circunstancia que debe ser apreciada rigurosamente según STS de 31 diciembre de 2002). Para apreciar la responsabilidad de la empresa de seguridad resulta indiferente que la explosión fuera originada por una munición defectuosa, dada la indiscutible relevancia de la participación del jefe de seguridad, aportando el arma en condiciones inaceptables. (**STS de 7 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

65. Culpa médica: responsabilidad del facultativo y del centro sanitario por secuelas: necesidad de nexo causal: falta de prueba.—Sea cual fuere el criterio seguido para atribuir la responsabilidad, ya el de naturaleza subjetiva, que es el principio general de la responsabilidad extracontractual del personal sanitario, ya el basado en la doctrina del daño desproporcionado —el cual, según STS de 15 febrero de 2006, no conduce *per se* a la objetivación de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño—, ya, en fin, el de carácter objetivo derivado de la aplicación de leyes especiales —Ley de protección de consumidores—, en todo caso es preciso que se dé un enlace causal entre el daño y la actuación del demandado que opera como ineludible presupuesto para que pueda declararse la responsabilidad de éste, por más que su rigor se atenúe por la aplicación de aquellos

criterios que se han utilizado como alternativos para atribuir la responsabilidad en este campo. Cuando falta este nexo causal no puede declararse la responsabilidad (SSTS de 19 de julio y 23 septiembre de 2004, entre otras): esta causalidad es física o material, antes que jurídica, cuya determinación constituye una *quaestio facti* que, como tal, es propia de la instancia, y resulta ajena al control casacional, salvo que se combata la apreciación del tribunal de instancia mediante la formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba. Las conclusiones de la sentencia recurrida, producto de la valoración de la prueba practicada en el proceso, sitúa el origen de los daños al margen de la actuación e intervención de los demandados. Así la falta de acreditación de la causa material de los daños impide el examen de la corrección del juicio de imputabilidad en el plano jurídico a través de cualquiera de los criterios atributivos de la responsabilidad, ya referidos al carácter del título de imputación, ya a la prueba de la culpabilidad y de la causalidad, en la medida en que el resultado del juicio fáctico es previo y excluyente del análisis de la existencia de la relación de causalidad como *quaestio iuris*. (STS de 26 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

66. Responsabilidad civil. Contrato de servicio médico-estético. Medicina satisfactiva. La obligación de información es más rigurosa que en la medicina asistencial.—Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y, con base en tal información, prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

Contrato de servicio médico-estético. Publicidad. Integración del contrato por la oferta publicitaria. Especial relevancia en los contratos de arrendamientos de obra.—El centro médico desplegó una campaña publicitaria «capaz de inducir a error al consumidor o usuario» (art. 8 LGDCU), en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de especialistas en cabello ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales. Y ello supone no sólo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido —y no los medios que se ponen a disposición del paciente—, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad. (STS de 4 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana].

HECHOS.—Don Carlos interpuso demanda contra la entidad «C.E.D.C., S. A.», doña M. y don R., solicitando se declarase la responsabilidad contractual y extracontractual de los mismos y se les condenase solidariamente al pago de 13.134.000 pesetas. El origen de la demandaba estaba en los daños sufridos por el actor a consecuencia de un tratamiento de implantación capilar artificial, que le dejaron como secuelas una serie de lesiones dermatológicas crónicas, que abarcaban grandes áreas, con alteraciones anatómicas que precisaban de atención continuada; así como, desde el punto de vista psicológico, una serie de daños de consideración. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que el actor no cumplió estrictamente con las prescripciones de los facultativos del centro, apreciándose automedicación y visitas a otros especialistas, así como que no se constataba imprudencia o negligencia en el tratamiento dispuesto por los demandados, habiendo sido informado el paciente de los riesgos de la intervención. La Audiencia Provincial de Valencia revocó la sentencia de instancia y acogió parcialmente la demanda del actor, condenando a aquéllos a abonar la suma de 655.000 pesetas, al considerar que no fue informado con la exhaustiva y exacta información que exigía el caso, dada la naturaleza de la cirugía aplicada, y que la técnica utilizada, aunque no prohibida, era para entonces ya muy desaconsejada, siendo ésta la causa de las graves secuelas; y sin que la conducta del actor hubiera determinado un aumento o agravación de las mismas. Ambas partes litigantes acudieron en casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso planteado por el actor ni al recurso interpuesto por los demandados.

NOTA.—En la actualidad, se trata del artículo 61 del vigente Texto Refundido de la LGDCU, aprobado por RD-Ley 1/2007, de 16 de noviembre. (L. A. G. D.)

67. Responsabilidad del suministrador de prótesis mamaria: aplicación de la LGDCU: inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario: responsabilidad solidaria.—La Ley de 1984 establece la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador de los productos los consumidores o usuarios, y una interpretación lógica de tal plurirresponsabilidad supone que el dañado o perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción de reclamación contra alguno, contra varios o contra todos los mencionados, sin perjuicio de que el responsable legal que paga tenga el derecho a repetir contra los demás responsables según su participación en la causación del daño, tal y como preceptúa el artículo 27.2 de dicha Ley. Todo ello según ha sido declarado expresamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 24 de julio de 2001 y 14 de julio de 2003, entre otras), y determina la imposibilidad de apreciar la excepción de litis consorcio pasivo necesario, conforme pacífica e inveterada jurisprudencia.

Interpretación de los artículos 25 y concordantes de la LGDCU: doctrina general.—La sentencia recurrida, después de excluir la responsabilidad del facultativo que realizó la implantación mamaria, por considerarla ajustada a la *lex artis*, condenó a la demandada y recurrente en su condición de suministradora de la prótesis causante de los perjuicios y secuelas reclamados. La Ley de 1984, completada por otras normas especiales dictadas en aplicación de Directivas comunitarias que han sido incorporadas a nuestro

derecho interno, confiere en su artículo 25, a los consumidores y usuarios el derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos y servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente. La Ley, con acusada función social, establece, ante todo, un sistema de responsabilidad que se ha calificado por la jurisprudencia de cuasi-objetivo, con inversión de la carga de la prueba. Ciertamente, como ha declarado la STS de 25 de junio de 1996, una interpretación racional y lógica del artículo 25, en concordancia con los artículos siguientes, no autoriza a entender de modo incondicional que la ley establezca un inflexible sistema de responsabilidad objetiva, pues introduce como factor correctivo el de la culpa exclusiva del consumidor o usuario, el artículo 27, en relación con la responsabilidad de los productores y suministradores introduce como dato a tener en cuenta «los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad», que necesariamente comporta el análisis de un reproche culpabilístico, y también alude a una «participación en la causación de los daños», en punto al derecho de repetición frente a los otros responsables. El sistema legal expuesto no requiere, por tanto, la plasmación de una diligencia exorbitante, fuera de lo común y próxima a la imposibilidad de ponerse en práctica, sino la de procurar, e incluso extremar, las correspondientes a la propia esencia y a las características del producto. Este sistema culmina en el artículo 28 descartando la responsabilidad (calificada de objetiva pura por SSTs de 14 de julio de 2003 y 17 de noviembre de 2004), en el fabricante, el importador, el suministrador y el vendedor cuando el daño se origine, pese al correcto uso y consumo de los bienes y servicios que, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Se encuentran sometidos a este régimen los productos farmacéuticos y los servicios sanitarios.

Responsabilidad del suministrador de la prótesis: falta de prueba del hecho exoneratorio.—En este caso, la responsabilidad del suministrador del producto ha sido declarada una vez constatada que el daño sufrido por la demandada tuvo su causa en el deterioro de las prótesis por ella suministradas, por no haber logrado ésta acreditar la adopción de todos los cuidados, medidas y controles exigidos por la naturaleza del producto y que garanticen la seguridad e indemnidad del consumidor. Por tanto, su responsabilidad basada en cualquiera de los artículos 26, 27 y 28 LGDCU deriva de la falta de prueba de los hechos que habrían de permitirle exonerarse de ella. Tal prueba de hechos excluyentes ha de basarse en motivo diferente del que denuncia infracción de las normas sustantivas. (STS de 20 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

68. Responsabilidad civil extracontractual. Protección del consumidor por los daños causados por productos o servicios defectuosos.—La LGDCU tiene como objeto la protección del consumidor en todos sus aspectos, de forma que la introducción de un nuevo régimen por daños del producto es sólo uno de los instrumentos que la Ley establece dentro de aquél objeto más amplio. En este sentido, el artículo 25 establece un principio que a primera vista parece consagrar la responsabilidad objetiva plena por lo que la doctrina llama «puesta en un mercado de un producto defectuoso». Pero esta

norma exige los matices que se derivan de los artículos 26 y 28 de la misma Ley. El primero de ellos acoge el sistema tradicional de responsabilidad, en el sentido de que se responde cuando hay alguna culpa del daño producido. Regla que no introduce ninguna novedad especial respecto a la práctica judicial, pues determina que se responde sólo si hay culpa por acción u omisión. Debiendo añadirse que es necesario que se dé un nexo de causalidad entre la acción u omisión y el resultado dañoso, lo que se exige en toda clase de responsabilidad, aun en la objetiva plena. La ausencia de ese nexo causal, como ocurre en el caso enjuiciado, determina el fallo absolutorio de la sentencia combatida. (STS de 16 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El actor demandó a la entidad mercantil explotadora del centro hípico en el que había alquilado un caballo para monta, durante cuya práctica sufrió una caída que le produjo diversas lesiones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa al pago de una indemnización menor a la solicitada por el actor. La Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso de apelación de la litigante condenada y le absolvió de la demanda formulada contra ella. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el actor.

NOTA.—La referencia a los artículos 26 y 28 debe entenderse hecha en la actualidad a los artículos 147 y 148 del Texto Refundido de la LGDCU, aprobado por RD-Ley 1/2007, de 16 de noviembre. (L. A. G. D.)

69. Culpa extracontractual: lesiones por explosión de petardo: requisitos de la Ley de 1994: requisitos de la ley 1994: falta de prueba.—El sistema de responsabilidad objetiva establecido en la Ley de 6 de julio de 1994, no libera al perjudicado de la carga de acreditar el defecto del producto, como tampoco la objetivización de la responsabilidad consecuyente a un sistema de responsabilidad basado en el riesgo o la inversión de la carga de la prueba inherente al carácter social que late en la actual consideración de la responsabilidad extracontractual, permite una interpretación correctora del rigor de aquél hasta el punto de dejarlo en letra muerta, ni exime, en fin, de acreditar el origen del daño, el cómo y el porqué de la explosión causante del mismo, lo que aquí pasa, ante todo, por la prueba cerca del tipo y clase de petardo que explotó, si fue uno de los fabricados y vendidos de forma individual o si, por el contrario, fue separado indebidamente de los que formaban una traca, y en este caso, si habían sido vendidos separadamente por el demandado; aspectos carentes de la debida acreditación en el juicio, por más que algunos de ellos los tenga el recurrente por probados, como la identificación del tipo y clase del petardo explotado, que le lleva a afirmar que había sido desgajado de la traca en donde se hallaba hilvanado y que había sido vendido separadamente, de forma indebida, por el demandado, incurriendo en el defecto de hacer supuesto de la cuestión. No puede ampararse el recurrente en la dificultad probatoria para liberarse de dicha carga, pues dificultad no es imposibilidad, y menos aún para desplazarla a los demandados, pues las mismas dificultades tendrían éstos para acreditar los hechos huérfanos de prueba y que son la base de la pretensión deducida en la demanda. (STS de 28 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Sierra.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

70. Innecesariedad del modo en caso de adquisición de partes indivisas de un inmueble.—No es preciso el requisito del modo para adquirir la propiedad cuando se trata de la creación de una copropiedad indivisa dividida por cuotas; de hecho no existe propiamente entrega a ninguno de los partícipes, ya que ello determinaría la existencia del derecho exclusivo de propiedad sobre su parte (art. 348 CC). La necesidad de tradición para la transmisión de la propiedad se impone como requisito para adquirir el derecho real en virtud de ciertos contratos (art. 609 CC), pero carece de aplicación cuando se trata de la creación de una copropiedad sobre el bien, sobre el que se constituyen cuotas ideales, que únicamente se materializan con posterioridad, en su caso, mediante la división.

La reclamación de la cotitularidad de un bien es una acción real, no personal.—La reclamación de la cotitularidad sobre un bien, en concreto un inmueble, implica la solicitud de declaración de un derecho de carácter real y no de un derecho de carácter personal, que significaría la reclamación de una prestación del deudor propia de los derechos de tal clase. Además la certeza de que se trata de un derecho real viene dada por la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad (art. 2.1.º LH), pues la inscripción del dominio puede hacerse a favor de varias personas en los supuestos de copropiedad; posibilidad que quedaría excluida si lo creado fuera un derecho personal, al no incluirse en los que, aun siendo de esta clase, tienen acceso al Registro. Por ello, el plazo de prescripción aplicable es el de treinta años establecido en el artículo 1963 CC. (**STS de 30 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Dos hermanos, D. B. y doña S., interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra su otro hermano, D. M., posteriormente ampliada a la esposa de éste último, en la que solicitan que se declare que los tres hermanos son dueños por terceras partes iguales e indivisas de un local y que procede, en ejecución de sentencia, dividir materialmente en tres locales, lo más iguales posible, el referido inmueble, con el fin de adjudicar uno a cada comunero actual. También solicitan los actores que se declare la cancelación de la inscripción registral de dominio exclusivo del demandado sobre la referida finca y que se condene a este último a pasar por tales declaraciones y al pago de las costas. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia por la que se estima parcialmente la demanda y declara que el citado local pertenece en propiedad por terceras partes iguales a los actores y al demandado, dirigiéndose de oficio al Registro para que se proceda a cancelar la inscripción registral de dominio exclusivo del demandado sobre el local, desestimando la solicitud de que se proceda en ejecución de sentencia a la división material de dicho local. Frente a esta sentencia recurren en apelación tanto el hermano demandado como su esposa, dictando sentencia la Audiencia Provincial por la que desestima el recurso y confirma la sentencia apelada sin especial declaración de costas. Los demandados interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (*Alma R. G.*)

71. Momento en que se adquiere el dominio derivado de la adjudicación en subasta judicial.—El sistema español de transmisión de la propiedad está basado en la teoría del título y el modo. En la subasta judicial, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, que se consuma con el testimonio del auto de aprobación del remate (tras la modificación introducida por la Ley 10/1992). La expedición del testimonio que documenta la venta judicial produce la tradición simbólica (art. 1462.II CC), que antes se realizaba con la escritura pública otorgada según lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La adjudicación de un inmueble en el segundo embargo del bien, no constituye venta de cosa ajena cuando se realizó antes de que estuviera consumada la primera venta judicial conforme a la legislación que le fuera de aplicación (en el caso, la antigua LEC), pues quien transmitió el dominio de la finca ostentaba su titularidad dominical.

Caducidad de la anotación preventiva de embargo.—Con la caducidad de la anotación preventiva de embargo, el interés hasta entonces protegido pierde su prioridad registral. (STS de 4 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La adjudicataria de un inmueble en subasta judicial ejercitó una acción reivindicatoria del inmueble adquirido, y una acción solicitando se declarase la nulidad de un procedimiento ejecutivo posterior con la cancelación de la correspondiente inscripción registral y la inscripción a su favor del inmueble en el Registro de la Propiedad. Había ocurrido que, entre la caducidad de la anotación preventiva del primer procedimiento de embargo y el momento en que el Juzgado dictó providencia ordenando otorgar escritura pública a favor de la adjudicataria del mismo, se realizó un segundo embargo de la finca, adjudicándose el bien a una empresa. La empresa inscribió al día siguiente su título en el Registro de la Propiedad, y luego vendió el inmueble a un tercero que también inscribió su título en el Registro. La demandante alega que la segunda venta judicial fue nula por tratarse de la venta de una cosa ajena. En ambas instancias se desestimó la demanda. (C. J. D.)

72. Accesión invertida. Necesidad de identificar la finca ocupada. Como señaló la STS de 23 de julio de 1991, se rechaza «la rígida aplicación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada accesión invertida y constituyendo un cuerpo de doctrina que arranca de la S de 31 de mayo de 1949 y continúa con las de 16 de marzo de 1959, 2 de julio de 1960, 17 de junio de 1961, 26 de febrero y 17 de junio de 1971, 23 de octubre de 1973, 10 de diciembre de 1980, 15 de junio y 30 de noviembre de 1981 y 1 y 29 de junio de 1984, siendo el invariable supuesto de aplicación de esta doctrina el identificable a través de los tres siguientes rasgos: que la construcción o edificación invada terreno aledaño, que esa inmisión se efectúa de buena fe, siendo indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente, y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido». Pero el supuesto previo para la aplicación de tal doctrina implica la declaración de dominio de quien reclama sobre el terreno de su propiedad

que afirma haber sido invadido y, por tanto, la exigencia de los requisitos propios de la acción declarativa de que se trata entre los que se cuenta, como requisito común a la acción reivindicatoria, la adecuada identificación de la finca.

Cuando no puede identificarse la superficie objeto de la invasión y se ignora cuál es realmente la superficie indebidamente ocupada, no puede prosperar ninguna acción protectora del dominio, al faltar el requisito de la adecuada identificación de la cosa.

Según STS de 5 de febrero de 1999, «la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquel al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de Instancia». (**STS de 16 de octubre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por los actores, D. G. y doña C, contra doña F. y Promociones y Construcciones A. se solicita se reconozca que la demandada tramitó expediente de dominio para ampliar el exceso de cabida de la finca colindante de su propiedad incluyendo la finca de los demandantes, para, posteriormente, vender la totalidad del terreno a la entidad codemandada, quien construyó un edificio en terreno propio ocupando, también, por completo el de la parte demandante, por lo que deben abonar a los actores el valor del terreno ocupado, al tratarse de un supuesto de accesión invertida, que permite el uso de la opción que concede el artículo 361 CC.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y condena a la parte demandada a abonar el valor del terreno ocupado, admitiendo y reconociendo las otras alegaciones de la parte actora.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al interpuesto por los actores, y haber lugar al de los demandados, casando y anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*R. D. R.*)

73. La acreditación del dominio y la identificación de las fincas en los montes vecinales en mano común.—En virtud de los respectivos artículos 13 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre de Montes Vecinales en Mano Común y de la Ley de 10 de octubre de 1989 de Montes Vecinales en Mano Común del Parlamento gallego, así como de reiterada jurisprudencia (*vid.* STS de 18 de noviembre de 1996 y las que en ella se citan), un acuerdo de clasificación de un terreno como monte en mano común de una Junta Provincial es una resolución firme que constituye una presunción de dominio a favor de la comunidad de vecinos correspondiente y que sirve de título para la inscripción registral. Este acuerdo tiene toda su eficacia de cara al requisito de la existencia y acreditación del título de dominio, mientras no se desvirtúe

por una sentencia firme que pruebe una titularidad sobre el terreno distinta de la de la comunidad vecinal.

Por su parte, la identificación de la finca no se acredita por la resolución de deslinde administrativa o por el citado acuerdo del Jurado Provincial, sino que ésta se derivará de la prueba pericial que se practique en el proceso judicial oportuno que permita situar la finca respecto del monte vecinal. **(STS de 17 de octubre de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los vecinos de la Comunidad Vecinal de Montes en Mano Común de S. M. de C. y S. de V. ejercitan acción reivindicatoria contra doña A., don, R., don F, don P., doña S., don A. y don J. L. sobre un espacio de monte. A su vez, reclaman a los demandados los frutos percibidos o que hayan podido percibir, en concreto, el precio de la madera que habían talado en el espacio reivindicado, así como los gastos de reposición del cierre de la finca que habían derribado.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia, salvo en lo relativo a la cuantía del valor de la madera cortada por los demandados, reduciendo el importe de la condena en este sentido. Los demandados interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. *(S. E. M.)*

74. Requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria: Apreciación en la instancia.—Para ejercitar la acción reivindicatoria se exige la exacta identificación del objeto de la misma, sin que puedan albergarse dudas acerca de sus cualidades. Corresponde a la instancia la apreciación de la prueba. **(STS de 12 de julio de 2006;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Se ejercitaron por la parte actora las acciones reivindicatoria y declarativa de dominio de una finca, y declarativa de la nulidad de la escritura pública de venta de dicha finca, así como del asiento registral correspondiente. Subsidiariamente, se solicitaba una condena indemnizatoria a los demandados. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, sin embargo, estimó en parte el recurso interpuesto contra la anterior, y condenó al pago de la indemnización solicitada, correspondiente al precio recibido por la venta del inmueble. *(C. J. D.)*

75. Regulación especial de la propiedad horizontal: ámbito objetivo.—La normativa especial que rige el régimen de la propiedad horizontal no se limita a establecer reglas orientadas a regular la utilización de los elementos comunes y el conjunto de derechos y deberes de los propietarios con relación a los mismos, sino que trasciende ese limitado ámbito para alcanzar al complejo conjunto de relaciones que surgen de la coexistencia de elementos privativos y comunes, estableciendo un régimen de derechos y obligaciones, y también, por tanto, de responsabilidad, que recae no sólo sobre los

elementos comunes, sino también sobre los privativos, en lo que constituyen verdaderas limitaciones del derecho de propiedad, justificadas por la necesidad de ordenar no sólo la mera coexistencia de intereses económicos, sino una auténtica comunidad de vida. (STS de 27 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña M., vecina de un inmueble, sufre daños al caer en la escalera del mismo por estar el piso mojado como consecuencia de las filtraciones de agua en una de las tuberías comunes. Por ello formula demanda contra la comunidad en la que solicita que esta última sea condenada a satisfacerle siete millones de pesetas en concepto de indemnización por culpa extracontractual. La comunidad de propietarios contesta a la demanda y opone una excepción de arbitraje, al estar recogido en los Estatutos de la Comunidad el sometimiento de las cuestiones que les afectasen a arbitraje.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción dilatoria de la cuestión litigiosa a arbitraje y absuelve a la comunidad demandada. La Audiencia Provincial confirma la de primer grado, sin entrar a examinar la pretensión indemnizatoria ejercitada por doña M. Posteriormente, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (M. C. C. M.)

76. Propiedad horizontal. Nombramiento de Presidente de la comunidad.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado, reiteradamente, la necesidad de respetar el requisito de tener la condición de propietario de un piso o local, en los acuerdos para nombrar al Presidente de la comunidad, según el actual artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Acuerdos de la Junta de Propietarios contrarios a la Ley. Nulidad de pleno derecho.—El Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de pleno derecho del nombramiento, como Presidente de la comunidad de propietarios, de quien no es propietario, en S de 30 de junio de 2005 (que «evidentemente la normativa del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal es imperativa y cuando se conculca estamos ante un acto nulo de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 del CC. Así lo declara la S de 30 de abril de 1994, que estudia un caso análogo, referente a no reunir el presidente designado la cualidad de copropietario, diciendo que se trata de nombramiento indebidamente acordado, contrario a la legalidad del *ius cogens* con la consecuencia de nulidad radical del acuerdo, pues conforme a la jurisprudencia, cuando se ha infringido el artículo 12, como aquí ha ocurrido, se infringe normativa de obligado y necesario cumplimiento (SS de 10 de marzo de 1965, 7 de febrero y 27 de abril de 1976, 11 de diciembre de 1982 y 10 de octubre de 1985, 2 de marzo de 1992 y 29 de octubre de 1993, según la cual «no se trata evidentemente de nombramiento susceptible de subsanación y convalidación desde el momento en que la norma es exigente en cuanto a reunir la condición de copropietario en el momento de elección para presidente y al tratarse de acto radicalmente nulo, no sometido a plazo de caducidad alguno, es decir, al previsto en el artículo 16.4.º, de treinta días, que juega para los acuerdos anulables»).

Legitimación procesal de la comunidad.—En un supuesto en que se ejercitaba la acción del artículo 1591 del CC para exigir la responsabilidad decenal, la S de 18 de marzo de 2003 recoge la reiterada doctrina de esta Sala

acerca de la nulidad de pleno derecho del nombramiento como Presidente de quien no es copropietario en la comunidad, con cita de la S de 30 de abril de 1994, señalando que «de nada vale frente a ello, afirmar como dice la Sala *a quo*, que aquel acuerdo no se impugnó –pues era nulo en su modalidad plena–», y declara la falta de legitimación activa de quien aparecía en la demanda como Presidente de la comunidad de propietarios demandante al no tener esa condición de copropietario. (STS de 13 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.–Interpuesta demanda por el Presidente de la comunidad de propietarios, sobre responsabilidad decenal por defectos constructivos contra las empresas promotora y constructora y contra los profesionales que intervinieron en el proceso constructivo, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a realizar las reparaciones necesarias para resolver los vicios e imperfecciones plasmados en el informe pericial. La Audiencia Provincial confirma la decisión de primera instancia, pero absuelve al único profesional condenado.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar, casando y anulando las sentencias anteriores, por estimar que el Presidente de la comunidad carecía de legitimación activa para ejercitar la acción decenal en nombre de la comunidad, porque era nulo de pleno de derecho el acuerdo por el que resultó nombrado para ejercer dicho cargo, ya que en su persona no concurría la condición de propietario de piso o local que exige la Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 13. (R. D. R.)

77. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos relativos a propietarios con minusvalías.–La doctrina jurisprudencial ha asimilado los ancianos o personas con enfermedades que dificulten de manera importante la subida de las escaleras del inmueble a las personas con minusvalías, a los efectos de la aplicación de la excepción del segundo inciso del artículo 16-1.^a LPH, y así la S de 5 de julio de 1995, y la de 22 de noviembre de 1999, en la que se contempla un supuesto donde seis de los propietarios eran sexagenarios, entre otras, asimilación jurisprudencial que resulta acorde con las previsiones normativas contenidas en la regulación de otros sectores del ordenamiento, como sucede con las limitaciones del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad –Ley 15/1995, de 30 de mayo, y las diversas disposiciones normativas emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas sobre la atención y la promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas–, en donde se equipara a los mayores de setenta años a las personas con minusvalías, todo ello en el marco de la función social que ha de cumplir la propiedad y para hacer efectivo a las personas minusválidas el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de conformidad con los artículos 47 y 49 CE.

Cuando al aprobar el acuerdo por mayoría cualificada se indica que se hace en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 LPH, y así se notifica a los propietarios ausentes a la Junta, se aleja cualquier atisbo de fraude en la adopción de los acuerdos consistente en la elusión de la unanimidad establecida como regla general.

Mejoras y gastos necesarios. Diferencia y relación con obras favorables a las personas con minusvalía.—Cuando la obra tenga por objeto la ampliación del recorrido del ascensor de la finca con la finalidad de eliminar barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de personas con minusvalías, debe conceptuarse como una innovación exigible, en línea con el criterio jurisprudencial reflejado en la S de 22 de septiembre de 1997 y, dada la redacción actual de la excepción que contiene el artículo 16-1.º LPH en relación al reconocimiento y eficacia que ha de darse a los derechos de los minusválidos, se presenta con notas de imperatividad en razón a la filosofía y principios que la inspiran, y que también la motivan y justifican, pues en otro caso quedaría vacío el precepto y sometido a los intereses privados, muchas veces egoístas, desprovistos de buena fe y notoriamente carente de solidaridad, para anteponerse al mandato constitucional, ya que la satisfacción de los derechos de los minusválidos es una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional y hacer útiles las Leyes promulgadas a tales fines.

Se concluye, por tanto, también con la S de 22 de septiembre de 1997, que el artículo 10.2 LPH, en su anterior redacción, debe ceder ante el artículo 9, tanto en su numeral 3.º como en el 5.º, sobre la contribución a los gastos comunes, pues la instalación del ascensor, y aquí la ampliación de su trayectoria, ha de reputarse no sólo exigible, sino también necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble, impuesta por la normalización de su disfrute por todos los vecinos, y no como una simple obra innovadora de mejora.

Gastos de comunidad. Determinación.—No se produce infracción del artículo 1255 CC, en relación con los artículos de los estatutos de la Comunidad relativos a la participación en los gastos de ascensor y quórum necesario para la modificación de la regulación estatutaria, pues el señalado carácter necesario de la innovación y la misma imperatividad del reconocimiento y efectividad de los derechos de las personas con minusvalías, que aconseja la adopción de un régimen de mayoría cualificada en la adopción de los acuerdos que tengan la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas para facilitar el acceso y la movilidad de tales personas, se imponen asimismo sobre las previsiones estatutarias que tienen por objeto establecer la exoneración de la participación en los gastos referidos a los elementos sobre los que recaen las obras tendentes a hacer efectiva dicha finalidad y las que establecen la unanimidad para modificar la propia regulación estatutaria. Lo contrario sería tanto como dejar en letra muerta el contenido de la excepción prevista en el inciso segundo del apartado primero del artículo 16-1.º LPH, que afecta a la regla general de la unanimidad para la adopción de acuerdos que impliquen la modificación de las reglas no sólo del título constitutivo, sino también de los estatutos, y sería tanto como impedir su propia finalidad, pues bastaría con que éstos contemplaran un régimen especial de contribución a los gastos comunes que exonerara de algunos de ellos a determinados propietarios en atención a la realidad material y configuración de tales elementos en el inmueble para, so pretexto de que la alteración de las reglas de los estatutos exige la unanimidad conforme al primer inciso del artículo 16-1.º LPH, deviniera ineficaz la previsión contenida en su segundo inciso, y, por ende, la finalidad perseguida por este precepto. Y no puede olvidarse que la razón de aquella exoneración en la participación de los gastos del ascensor se encontraba en la configuración de la instalación en el inmueble y en que, por razón de ésta, no era utilizado por los propietarios exonerados, y que esta configu-

ración ha variado para cumplir con una finalidad legal, con lo que, por ende, desaparece la razón material que justificaba aquel especial régimen. (STS de 28 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Se interpone demanda, por tres propietarios, para impugnar los acuerdos de la comunidad de propietarios, en los que se decide la realización de las obras necesarias para ampliar las paradas del ascensor a ocho (actualmente siete), dando servicio desde la planta baja de la finca, y la modificación de las cuotas de participación de los propietarios por tales obras, la elección del presupuesto para su ejecución, el nombramiento de una comisión para el seguimiento de las mismas, la recaudación de los fondos y la determinación de la forma de pago de la obra, por ser contrarios a la ley y a los estatutos.

La necesidad de las obras se fundamenta en la existencia de enfermos y ancianos entre los propietarios que habitan la finca, circunstancia que modifica el quórum necesario para la adopción válida del acuerdo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando nulos los acuerdos tomado por la comunidad de propietarios, por faltar el requisito de la unanimidad entre los propietarios. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, al tratarse de propietarios con circunstancias análogas a la minusvalía que disminuye a tres quintas partes el voto favorable para la adopción de acuerdos cuya finalidad sea la supresión de barreras arquitectónicas para favorecer la movilidad de estas personas, y desestima la demanda.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar, casando y anulando la sentencia de primera instancia y confirmando la decisión de la Audiencia. (R. D. R.)

78. Propiedad horizontal tumbada.—La doctrina y la jurisprudencia denominan como propiedad horizontal tumbada, acostada o plana a los complejos inmobiliarios de las urbanizaciones privadas. Aunque estos complejos residenciales cuentan con una regulación legal específica (art. 24 LPH) desde la reforma operada en la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 1/1999, de 6 de abril, anteriormente la jurisprudencia ya había proclamado la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a estos conjuntos inmobiliarios (sirvan de ejemplo las SSTs de 7 de abril de 2003 y 15 de abril de 2004), bien mediante analogía (STS de 20 de febrero de 1990), o bien de forma directa (STS de 30 de septiembre de 1997). El razonamiento para ello se apoyaba en la consideración de que puede existir un régimen de propiedad horizontal de hecho, dado que el título constitutivo no es un elemento sustancial para la existencia y funcionamiento de la comunidad, como tampoco lo es su inscripción registral, carente de efectos constitutivos (STS de 16 de junio de 1995).

Fundamento de la prohibición de actividades incómodas o insalubres en el contexto de la propiedad horizontal.—La ilicitud de estas actividades deriva no sólo específicamente de la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, sino también, en primer lugar, de los límites que pesan sobre el ejercicio de las facultades dominicales impuestos tanto por la función social

de la propiedad, como por la coexistencia del derecho propio con otros de análoga naturaleza y contenido; en segundo lugar, existe un límite derivado del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, con la correlativa proscripción del abuso de derecho y del ejercicio antisocial del mismo; y finalmente, este límite se establece en virtud del principio *alterum non laedere*, fundamento de la responsabilidad extracontractual, que, en el seno de las relaciones de vecindad tiene su concreto reflejo en el artículo 1908 CC.

Determinación de la cuantía de la indemnización.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la determinación de las bases de la indemnización y de su cuantía corresponde a los órganos de instancia, tras la correspondiente valoración del acervo probatorio de autos (SSTS de 15 de noviembre de 2000, 3 de noviembre de 2001 y 6 de julio de 2005). El resultado de esta valoración sólo puede revisarse en casación de forma excepcional bien cuando, por ser erróneas, se combatan de forma adecuada y oportuna las bases en que se apoya la cuantificación —generalmente a través de la denuncia de un error de derecho en la valoración de la prueba—, bien ante la falta de concreción de dichas bases, que impide conocer el alcance del daño, o bien en caso de una indebida aplicación de los baremos o de criterios de determinación de la cuantía de las indemnizaciones. (**STS de 19 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los propietarios de dos parcelas de una urbanización de Paracuellos del Jarama, sobre las que habían edificado sendas viviendas, interpusieron demanda contra los propietarios de la parcela colindante a la de aquéllos, en la que existía una vivienda en cuyo sótano se situaba una cuadra con caballos. Los demandantes se habían visto obligados a cerrar el porche de sus viviendas por razón de las inmisiones nocivas derivadas de la tenencia de los equinos. Igualmente, el hijo de uno de los demandantes había sufrido diversos daños derivados de una alergia al epitelio de caballo. Por todo ello, los demandantes solicitaban en la demanda que se ordenase la cesación de la actividad (con la consiguiente retirada de los animales y del estiércol y la clausura de los establos) y se condenase a los demandados a la indemnización de los gastos de instalación y obras del montaje del cerramiento del porche y de los daños derivados de la enfermedad padecida por el hijo de uno de los demandantes.

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, condenándose a los demandados únicamente al pago de una cantidad en concepto de indemnización por los gastos de cerramiento y de enfermedad. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes y por los demandados, la Audiencia Provincial estimó en parte los recursos, revisó parcialmente la cuantía de la indemnización y condenó al cese de la actividad nociva. Frente a esa sentencia interpusieron los demandados recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (*A. M. M.*)

79. Usufructo. Fianza (art. 491 CC): fijación de su cuantía en función del valor de los bienes en el momento de la constitución del usufructo.—El citado precepto dispone que el usufructuario, antes de entrar

en el goce de los bienes, ha de dar cumplimiento a una obligación doble: por un lado, formar inventario, con citación del propietario o de su legítimo representante, haciendo tasar los bienes muebles y describiendo el estado de los inmuebles; y, por otro lado, prestar fianza. El hecho de que en el momento de constitución del usufructo no se exija por el nudo propietario el cumplimiento de tales obligaciones no implica la dispensa de las mismas en los términos del artículo 493 CC; pero una vez que las circunstancias han cambiado y la nuda propiedad ha pasado a tercera persona, la exigencia por ésta de que se dé cumplimiento a tales obligaciones no ha de implicar una mayor carga para la usufructuaria que la que habría representado la prestación de la fianza antes de entrar en posesión de los bienes, momento que es el determinante según el propio Código civil para la fijación de su cuantía, que lógicamente ha de referirse al valor de los bienes en dicho momento.

Adquisición de la propiedad por sucesión: no se exige el modo.—La doctrina del modo, dimanante de lo dispuesto en el artículo 609 CC, se refiere a la tradición en relación a la adquisición de la propiedad en virtud de contrato y no a la adquisición por sucesión. En este último supuesto la partición es la que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1068 CC, confiere al heredero la propiedad exclusiva de los bienes que hayan sido adjudicados. Esta disposición es aplicable igualmente a la liquidación de la sociedad de gananciales por remisión del artículo 1410 CC a las normas sobre partición.

Acción reivindicatoria: identificación de la cosa.—El carácter identificable de los bienes en atención al valor que se atribuyó a los mismos en un contrato de seguro no incumple ni infringe norma legal alguna. (**STS de 4 de julio de 2006**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—C., casado en régimen de gananciales con G., convivía con M. T. El 15 de mayo de 1990 C. vendió a M. T. el usufructo vitalicio del mobiliario y enseres existentes en la vivienda, valorando dichos bienes en diez millones de pesetas y el usufructo en cuatro millones seiscientas mil pesetas. En ese momento, C. no solicita inventario, ni prestación de fianza.

El 7 de noviembre de 1991 C. suscribe un contrato de seguro. A efectos del presente litigio debe destacarse que en el inventario se incluyen cuatro pinturas al óleo y una colección de relojes.

El 29 de enero de 1992 C. fallece. La liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia conduce a la siguiente situación: M. T. es, dependiendo de los bienes concretos, usufructuaria, en virtud del contrato de 15 de mayo de 1990 citado, o poseedora, dada la situación de convivencia que el fallecido mantuvo con ella hasta su muerte, de determinados bienes de carácter ganancial que han sido adjudicados a G.

La viuda de C., interpone demanda contra M. T. Las pretensiones principales son: 1) condena a la demandada a hacer inventario de los bienes en usufructo, con tasación de los muebles y descripción del estado de los inmuebles; 2) prestación de fianza bastante en cuantía, como mínimo, del valor de tasación de los muebles y del diez por ciento del valor de los inmuebles; 3) restitución a la actora de determinados bienes muebles en su condición de adjudicataria de los mismos o, en su caso, restituirlos a la comunidad hereditaria de C.

La demandada formula reconvencción. El Tribunal Supremo no indica las pretensiones de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia, que desestima la reconvencción y estima parcialmente la demanda, declara que la demandada es usufructuaria de un piso y una parte del garaje sito en el mismo, así como de los enseres que se encontraban en la vivienda el 15 de mayo de 1990, fecha en que C. vendió a M. T. el usufructo vitalicio de los mismos. Condena a la demandada a la formación de inventario con tasación de los muebles y estado de los inmuebles, así como a prestar fianza por el valor de los bienes según el contrato de 15 de mayo de 1990.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca parcialmente la sentencia de primera instancia determinando que la fianza que deberá prestar la demandada será la que se corresponda con el valor de tasación al practicarse el inventario de los bienes incluidos en el usufructo y condena a que devuelva a la actora la colección de relojes que tenía y las cuatro pinturas al óleo.

La demandada interpone recurso de casación. (B. F. G.)

80. Carácter y restricciones de las servidumbres.—La servidumbre constituye una derogación del Derecho común de la propiedad. Siendo así, la consecuencia que se deriva es que las servidumbres no se presumen, sino que hay que probar su constitución. Es decir, en los contratos en los que se constituya una servidumbre o se establezca algún tipo de gravamen que afecte a la libertad de las fincas, la voluntad de las partes sobre estos extremos ha de quedar expresada.

Las restricciones a la usucapión de la servidumbre tienen dos manifestaciones: *a)* la imposibilidad de adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción; *b)* el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título. Esto implica la prohibición de estimar adquirida la titularidad de la servidumbre mediante usucapión fundada sólo en actos poseorios.

La servidumbre de paso.—La servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse en virtud de título. A falta de éste, caben dos formas de adquisición: por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme (arts. 539 y 540 CC), salvo que se trate de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del Código civil (SSTS de 14 de noviembre de 1961, 4 de junio de 1977 y 16 de diciembre de 2004, entre otras), exceptuando el caso de constitución por signo aparente por disposición del padre de familia (SSTS de 18 de enero de 2002 y 20 de diciembre de 2005).

La doctrina científica viene definiendo el título constitutivo de la servidumbre a que se refiere el artículo 539 CC como cualquier negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre, independientemente de su constancia documental, dado que la posibilidad de obtener mediante sentencia firme el reconocimiento de la existencia de la servidumbre comporta la posibilidad de acudir a cualquier medio de prueba para la demostración de la existencia del título constitutivo (art. 540 CC).

Así, la exigencia de título contenida en los artículos 537 y 539 CC no condiciona el nacimiento de la servidumbre de una manera absoluta, pues se considera título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la

misma, oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente (SSTS de 26 de junio de 1981, 20 de octubre de 1993 y 18 de noviembre de 2003, entre otras). Cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, es indispensable el concierto claro de voluntades dirigido a ese fin, si bien no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado. Cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda, ha de operar la presunción de libertad del fundo (SSTS de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965, 9 de mayo de 1989 y 19 de julio de 2002, entre otras). La STS de 20 de octubre de 1993, ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública. (STS de 24 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—C. A., S. A. demandó a doña L. solicitando que se declarase que el predio de su propiedad es predio dominante y tiene constituida a su favor, sobre el predio sirviente propiedad de la demandada, una servidumbre de paso para dar acceso peatonal y mecánico a la carretera.

El Juzgado desestimó la demanda, considerando que, dado que la propiedad se presume libre de servidumbres y cargas, que corresponde a quien la invoca probar la existencia de una servidumbre, y siendo la servidumbre de paso aparente y discontinua, sólo puede adquirirse en virtud del título. Esto requiere una voluntad negocial suficientemente probada (aunque no tenga carácter documental). De ahí que, ante la duda de si la entrega de la llave en 1975 o si los actos de mera tolerancia del paso durante más de setenta años por razón de la amistad entre familias, constituyen actos de reconocimiento de la servidumbre o de constitución de la misma, deba optarse por aplicar el principio de libertad de los fundos y entender que no existe servidumbre.

La Audiencia Provincial considera que sí son actos reveladores de la existencia de título de constitución de la servidumbre de paso.

En cambio, el Tribunal Supremo entiende dichos actos como actos de tolerancia o buena vecindad, no expresivos de una voluntad constitutiva expresa con el rigor que impone la jurisprudencia fundada en la interpretación restrictiva de las cargas reales, puesto que falta la constancia de los elementos necesarios para la afirmación inequívoca de la existencia de una voluntad expresa. Dada esta equívocidad, subsiste una duda notable acerca de la existencia o no de la referida voluntad, y esta duda debe resolverse en favor de la presunción de libertad del fundo. (S. L. M.)

81. Acción confesoria de servidumbre.—Indica el Tribunal Supremo que esta acción tiene por objeto la declaración de la existencia de una servidumbre y la condena al demandado a que la reconozca y la respete, elimina-

do todo obstáculo que haya puesto a la misma. Es carga del demandante probar dicha servidumbre.

Acción negatoria de servidumbre.—Esta acción tiene por objeto que se declare que la cosa no está sometida a un derecho real de servidumbre del demandado y que se haga cesar el mismo. En este caso, de acuerdo con la STS de 24 de marzo de 2003, se parte de la presunción de que la propiedad es libre, por lo que será el demandado quien deberá probar la existencia de la servidumbre. Por su parte, el demandante, propietario, deberá acreditar la concreta perturbación que hace el demandado sobre el bien de su propiedad, como ejercicio de un derecho real. En este sentido, aclara el Tribunal Supremo no es objeto de esta acción la simple perturbación material o de hecho, sin que se dé ejercicio alguno del derecho de servidumbre. Ahora bien, sí puede ser objeto de esta acción, ejercitándose como meramente declarativa, la declaración de que no hay servidumbre, aunque no se padezca perturbación alguna.

Adquisición de servidumbre de paso voluntaria.—La servidumbre de paso voluntaria, discontinua y aparente sólo puede adquirirse por negocio jurídico, por una escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por sentencia. En el caso de adquisición por negocio jurídico o por reconocimiento del dueño, la jurisprudencia exige reiteradamente que conste explícitamente el negocio jurídico constitutivo (sirvan de ejemplo las SSTs de 27 de febrero de 1993, 1 de marzo de 1994 y 19 de julio de 2002) y que el reconocimiento sea expreso e inequívoco, sin que baste con actos de simple dejación o complacencia (STS de 30 de abril de 1993); es decir, se exige título de adquisición. En todo caso, no es necesario que el negocio jurídico quede plasmado documentalmente (STS de 24 de febrero de 1997). **(STS de 13 de octubre de 2006;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con el fin de abrir una calle de uso público, el Ayuntamiento de Chelva permutó unos terrenos, por los que discurría un antiguo camino, por otros terrenos propiedad de unos vecinos del pueblo, disponiéndose en el acuerdo municipal sobre la permuta que ésta se hacía: «con la salvedad de que se mantengan las servidumbres de paso» respecto del antiguo camino. En los nuevos terrenos se construyó la nueva vía, de uso público, quedando a cambio bajo propiedad de los mencionados vecinos el terreno por el que discurría el antiguo camino. Los nuevos propietarios procedieron a cerrar el antiguo camino, mediante una puerta.

El propietario de una de las fincas vecinas al terreno por el que discurría el viejo camino interpuso una acción confesoria de servidumbre de paso respecto del camino que atravesaba la finca permutada y una acción negatoria de servidumbre de medianería respecto a las pilastras que sostenían la puerta que cierra el antiguo camino, adosadas a la casa de propiedad del demandante. La demanda fue desestimada en primera instancia y el demandante interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó la acción confesoria de servidumbre, al entender que los demandados habían reconocido la servidumbre de paso, al manifestar que si el demandante necesitaba pasar sólo tenía que pedir la llave de la puerta, y se le daría. Frente a esta sentencia interpusieron recurso de casación los demandados en primera instancia. El Tribunal Supremo desestimó

el recurso, por considerar que no se había acreditado el título de adquisición de la servidumbre de paso y que no aparecía tampoco perturbación alguna sobre el predio del demandante. (A. M. M.)

82. Limitaciones legales del dominio y servidumbres legales: diferenciación.—Existe una limitación legal del dominio cuando ésta afecta a todos los predios que se hallan en determinadas condiciones o en una determinada situación. Por el contrario, la servidumbre constituye un gravamen que impone una sujeción parcial de un predio a la utilización en uso o en beneficio de otro predio (denominado dominante), si bien es cierto que en las servidumbres administrativas o legales no es esencial la idea de predio dominante, pues normalmente ni siquiera existe y la restricción se establece en beneficio de la comunidad.

Servidumbres legales: su extinción no depende de la voluntad del dueño del predio sirviente.—El Tribunal Supremo señala que el dueño de un predio gravado con una servidumbre legal de carácter forzoso no tiene la facultad de extinguir dicho gravamen.

Servidumbre de paso de energía eléctrica: naturaleza.—La Sala Primera del Tribunal Supremo pone de manifiesto que la doctrina discute si se trata de una limitación legal del dominio o de una servidumbre legal. A juicio de nuestro Alto Tribunal se trata, conforme a lo dispuesto en la Ley 10/1966, de 18 de marzo, de expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas, de una servidumbre administrativa de carácter forzoso, pues no se trata de una limitación que afecte a todos los predios que se encuentran en una determinada situación, sino que su imposición exige la existencia de un acto especial de carácter administrativo. (STS de 12 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—En marzo de 1993, los demandantes en este proceso judicial concedieron a la entidad CP., un derecho de opción de compra sobre la finca registral 2730 del Registro de la Propiedad núm. 4 de Elche. El plazo de ejercicio del derecho de opción vencía el 25 de septiembre de 1993 y se pactó que ejercitada en tiempo y forma la opción de compra, la escritura pública de compraventa se otorgaría en el plazo máximo de veinte días.

La escritura pública de compraventa no se otorgó porque la compradora (la entidad CP.) alegó que no se había acreditado que se hubieran levantado las cargas existentes sobre la finca (en concreto, dos líneas eléctricas y una línea telefónica, con sus respectivos tendidos y postes).

Las entidades ICP. y B., así como don A., doña G., don C., doña R. y doña A., interponen demanda contra la entidad mercantil CP., solicitando se dicte sentencia por la que se declare resuelta y extinguida la compraventa que deriva de la escritura pública de opción de compra de marzo de 1993 y que se cancele la inscripción registral de la opción de compra que afecta a la finca registral núm. 2730 del Registro de la Propiedad núm. 4 de Elche.

La parte demandada formuló reconvencción, solicitando se declare vigente el contrato de marzo de 1993, con los efectos pactados en el mismo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Ley 10/1966, de 18 de marzo, de expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas, ha sido derogada por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional. (M. J. P. G.)

83. El amparo registral del tercero hipotecario.—El artículo 34 LH garantiza la adquisición en firme de un derecho al tercero hipotecario que cumpla con las condiciones que la norma establece. Esta adquisición se realiza al amparo de los datos registrales, pero sólo respecto de aquellos de los que el Registro de la Propiedad da fe pública. Esto significa que, en virtud del artículo 38 LH, se presume *iuris tantum*, que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

No obstante, según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 11 de junio de 1991, 24 de febrero y 21 de abril de 1993, 22 de febrero de 1996, 5 de junio de 2000 y 17 de marzo y 19 de julio de 2005), esta fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de la finca, como puedan ser su superficie o extensión. Las inscripciones registrales no dan fe pública de las características físicas de los inmuebles que comprenden. Por lo tanto, respecto de los datos relativos a la identificación de las fincas prevalece la realidad extrarregistral, por lo que para lograr la protección respecto de la misma, su delimitación ha de ser probada debidamente ante los tribunales de instancia. (STS de 2 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La mercantil D., S. A. interpone demanda donde solicita la declaración de dominio y ciertas nulidades registrales contra don B y su esposa, ya que la actora considera que es dueña por usucapión con justo título y posesión pacífica de una finca y, por ello, pide que los demandados reintegren la posesión de la parte de la citada finca que indebidamente poseen, desalojando y rehaciendo la valla que han derribado. Los demandados se oponen a tales pretensiones.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que declara que no existe solapamiento entre las fincas registrales, por lo que no es preciso declarar la nulidad, ni la cancelación, de inscripción alguna. Sin embargo, condena a los demandados a reintegrar a la mercantil demandante la porción que han ocupado de la finca de su propiedad. En la apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y desestima la demanda, pues considera que existe una falta de identificación de la finca de titularidad de la actora. Esta última interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma íntegramente la resolución de la Audiencia. (S. E. M.)

84. Condición de tercero hipotecario del adquirente en subasta pública.—Según el Tribunal Supremo, el principio de seguridad jurídica que

inspira toda la institución del Registro de la Propiedad favorece *erga omnes* al adquirente al que se le cede el remate en subasta practicada en juicio ejecutivo. Éste tiene la consideración de tercero hipotecario conforme al artículo 34 LH –cuya buena fe se presume–, ya que adquiere por cesión de remate, tras una subasta judicial, de persona (el embargado) que aparecía como titular registral cuando se produjo el embargo y se celebró la subasta; y, tras la escritura pública judicial de compraventa, inscribe su derecho en el Registro de la propiedad.

Usucapión *contra tabulas* frente a tercero hipotecario.—Declara el Tribunal Supremo que no prevalece la usucapión *contra tabulas* contra el tercero hipotecario del artículo 34 LH, en la medida en que éste no conoció ni tuvo medios racionales de conocer el derecho del actor, por lo que no le afecta la usucapión [art. 36.a) y b) LH]. Concretamente, niega el Tribunal Supremo que, sobre el que participa en la subasta judicial de un piso, recaiga la carga de comprobar si lo publicado en el Registro coincide exactamente con la realidad, cuando el inmueble figura inscrito a nombre de una sociedad, la cual, por definición, por su carácter de persona jurídica, no ejerce la posesión de hecho. No se le puede exigir al que participa en la subasta que averigüe la relación que tiene la persona física que ejerce la posesión con la sociedad propietaria registral, ni que examine todo el historial para conocer si la posesión es a título de dueño o en otro concepto (STS de 10 de julio de 2006). (STS de 21 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don F. era titular registral de un inmueble que vendió en documento privado a don P. F. el 7 de enero de 1976. Éste, a su vez, vendió dicho inmueble a don S., igualmente en documento privado, el 18 de octubre de 1977. Don S. tomó posesión del inmueble y habitó el mismo durante más de diez años. Paralelamente, en juicio ejecutivo contra el todavía titular registral don F., se trabó embargo sobre la finca el 15 de junio de 1983, que se anotó en el Registro de la Propiedad el 8 de octubre de 1987. En ejecución del mencionado embargo, se celebró subasta el 9 de abril de 1991 y se cedió el remate el 28 de junio del mismo año a favor de don P. M. Mientras tanto, el 3 de diciembre de 1992 se dictó auto en expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo promovido por don S. en el que se declaró a éste propietario del inmueble y se ordenó la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante, el auto no se llegó a inscribir. Poco después, el 10 de diciembre de 1992, se otorgó escritura de venta judicial del piso a favor de don P. M., que se inscribió el 5 de marzo de 1993. A instancias de don P. M., se produjo el lanzamiento de don S. del inmueble el 29 de julio de 1994.

Don S. interpuso entonces demanda contra don P. M. (y los demás actores en el juicio ejecutivo del que derivaba la venta en subasta pública del inmueble), ejercitando acción reivindicatoria de dominio sobre el inmueble mencionado. La demanda fue estimada en primera instancia, frente a lo que interpuso recurso de apelación don P. M. La sentencia de primera instancia fue revocada por la Audiencia Provincial, que entendió que no se había acreditado el título de propiedad del demandante. Interpuesto recurso de casa-

ción por don S., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

85. Acción reivindicatoria y principio de exactitud registral.—Cuando el sujeto pasivo de la acción reivindicatoria opone un título de dominio respecto de la misma finca que el sujeto activo, corresponde al tribunal de instancia la determinación de si la finca a que se refiere la causa de oposición esgrimida está identificada y coincide con la que es objeto de reivindicación.

En nada afecta a esto el hecho de que el reivindicante ostente la titularidad registral de la finca reivindicada, pues ha declarado el Tribunal Supremo, en varias sentencias, que el principio de exactitud registral del artículo 38 LH determina una presunción *ius tantom*, por lo que puede ser destruida por prueba en contrario sobre la base, entre otros extremos, de la insuficiencia o defecto del título de transmisión del dominio derivada de la falta de titularidad dominical por parte del otorgante (SSTS de 5 de febrero de 1999 y 2 de noviembre de 2005).

Existencia de buena fe del adquirente.—Según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la existencia o no de buena fe en favor del adquirente que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el tribunal de instancia y que no puede ser examinada de nuevo en casación, salvo que se aprecie falta de lógica o arbitrariedad en la conclusión probatoria obtenida.

Requisitos de la prescripción.—La existencia o inexistencia de la posesión base de la prescripción, su duración y si es o no en concepto de dueño, son cuestiones de mero hecho, y las declaraciones sobre las mismas que se hagan por el tribunal de instancia son vinculantes en casación en tanto no sean desvirtuadas por el cauce procesal correcto. (STS de 10 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por contrato privado de 20 de octubre de 1982, don D. vendió a don H. un terreno de 790 m². Don H. tomó posesión de la finca del contrato y destinó el terreno a la venta de áridos. El terreno forma parte de una finca registral de 3.000 m², la cual fue vendida por el anterior vendedor don D. y su esposa a don R. en escritura pública de 27 de julio de 1994, e inscrita en el Registro el 27 de septiembre de 1994. Don R. ejercitó una acción reivindicatoria sobre el citado terreno contra don H. y don D.

La Audiencia Provincial, revocando la sentencia del Juzgado, desestimó la demanda, por entender que don H. había adquirido el dominio del terreno mediante la compraventa y sucesiva entrega, mientras que al actor no llegó a serle entregada la posesión del terreno que reivindica, y además concurren en aquél los requisitos para la usucapión *contra tabulas*, pues el actor conocía que el terreno estaba poseído por el demandado. Además, falta en el reivindicante el requisito de la buena fe para poder considerarse protegido por el artículo 34 LH.

El Tribunal Supremo considera, en primer lugar, que la finca objeto de la segunda compraventa está perfectamente identificada no sólo por el plano elaborado, sino también por la entrega material del mismo y consiguiente ocupación por el comprador. Esto da lugar a que deba considerarse probada la insuficiencia del título que

dió lugar a la inscripción para justificar la transmisión del dominio en favor de su titular. Además, se dan los requisitos de la usucapión *contra tabulas* y el actor no ha llegado a probar el carácter no pacífico de la posesión. (S. L. M.)

86. Escritura de división horizontal inscrita. Justo título de usucapión.—Según el Tribunal Supremo, la existencia de justo título deriva del principio de legitimación y de la fe pública registral inherentes a la inscripción del título en el Registro de la Propiedad. Por ello, se beneficia de la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 38.1 LH. Esta presunción no queda desvirtuada por el hecho de que las cuotas de participación en los locales asignados a los demandantes supere el porcentaje en la titularidad del inmueble, ya que las bases comparadas no deben ser necesariamente equivalentes. De hecho, a efectos del régimen de propiedad horizontal, son cosas distintas el tanto por ciento de participación en el volumen edificado y la asignación de cuotas de participación. (STS de 20 de julio de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don B. y doña E. ejercitaron acciones declarativa de dominio y reivindicatoria sobre un local comercial de un inmueble situado en Nájera, siendo parte demandada la entidad CMYS, S. A. La demandada contestó a la demanda y solicitó que se desestimase ésta y se dictase sentencia obligando a los demandantes a subsanar el error cometido en la escritura de división horizontal, a fin de asignarle a ella el mencionado local comercial. La demanda fue estimada en primera instancia, ya que no se tomó en consideración la existencia de un error invalidante de la citada escritura, por no haberse alegado oportuna y adecuadamente por vía de reconvencción. Frente a esta sentencia interpuso recurso de apelación CMYS, S. A., que fue desestimado. A continuación, la entidad mercantil interpuso recurso de casación, alegando la inexistencia de justo título sobre el que poder ejercitar con éxito la acción reivindicatoria. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, desestimando la alegación referente al error en la escritura de división horizontal por ser cuestión nueva y, por ello, inadmisibles en casación. (A. M. M.)

87. Ejecución hipotecaria: notificación al deudor de la celebración de la subasta.—Afirma el Tribunal Supremo que el contenido del artículo 131 LH tiene carácter imperativo y que el Juez no puede omitir o suplir por otros medios admitidos en Derecho las notificaciones y trámites previstos en dicho precepto, que se consideran requisitos esenciales de la tramitación del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Razón por la cual la Sala Primera del Tribunal Supremo considera que la ausencia de notificación a los deudores, en la finca subastada, del lugar, día y hora de la subasta, es una grave anomalía procesal que genera indefensión a aquéllos y, por tanto, la nulidad de todas las actuaciones procesales desde ese momento.

Existencia de indefensión.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 131, apartado 7.º, LH y en el artículo 238 LOPJ, así como a lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 1 de junio de 1995, 17 de febrero de 1997 y 8 de febrero de 2005), puede afirmarse que

existe indefensión cuando, cualquiera que sea la forma en que se produzca, se priva al interesado de la eficaz defensa de sus derechos legítimos (por ejemplo, el derecho del deudor hipotecario de participar en la subasta se ve vulnerado si no tiene previo conocimiento de las circunstancias de su celebración). (STS de 14 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra del Grupo C. interpone una demanda contra la entidad bancaria BBV y las entidades V., H. y F., solicitando se dicte sentencia por la que se estimen las excepciones de litispendencia y falta de legitimación activa de la entidad bancaria BBV para interponer la demanda de ejecución hipotecaria, después de declararse la quiebra del Grupo C., contra las fincas de las que era titular la entidad quebrada y que constaban inscritas en el Registro de la Propiedad a su nombre, y que se declare la nulidad de todas las actuaciones posteriores. Subsidiariamente, se solicita en la demanda que se decrete la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria a partir de determinadas actuaciones procesales y de todas las actuaciones posteriores a las mismas.

La notificación del lugar, día y hora de la subasta de las fincas ejecutadas se realizó únicamente en el domicilio señalado en la escritura de constitución de la hipoteca (la diligencia de notificación se practicó con un vecino del inmueble que no se identificó ni firmó), pero no se realizó en las fincas que se iban a subastar ni tampoco se notificó la fecha de la subasta a la representación legal de la quiebra del Grupo C.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad de la diligencia de notificación de 12 de mayo de 1993 (relativa a la fecha de celebración de la subasta) y de todas las actuaciones posteriores a dicha diligencia realizadas en el proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria. La Audiencia Provincial estima los recursos de apelación de los demandados y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Sindicatura de la Quiebra del Grupo C., casando la sentencia recurrida y confirmando la de primera instancia.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss y 681 ss de la vigente LEC.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, las situaciones de insolvencia se rigen por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, norma que ha derogado los artículos 870 a 941 CCO, preceptos que regulaban las figuras de la suspensión de pagos y de la quiebra. (M. J. P. G.)

88. Función de la tercería de dominio.—No cabe que en la tercería de dominio se acumulen o se ejerciten pretensiones ajenas a su propia finalidad, que es única y exclusiva, resultando inidonea la tercería para impugnar la

existencia de una hipoteca. Tampoco puede constituir el objeto determinante de la tercería de dominio la disputa sobre a quién corresponde la verdad dominical del bien embargado, o la atribución del derecho de propiedad. Su objeto exclusivo es la discusión sobre si dicho embargo ha de continuar o no, pues no se trata en ningún caso de recuperar lo trabado.

Carácter taxativo de las causas de suspensión del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH.—El artículo 132-2.º LH es de carácter restrictivo y exigente en cuanto impone que, para que el procedimiento sumario pueda suspenderse, es necesario que con la interposición de la tercería de dominio se acompañe inexcusablemente el título de propiedad de la finca, inscrito a favor del tercerista o su causante con fecha anterior a la inscripción de la hipoteca. Al ampararse la tercería de dominio promovida en un título de dominio inscrito con posterioridad al crédito hipotecario, no hay suspensión del procedimiento. (**STS de 28 de septiembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Por escritura pública de 15 de julio de 1988 la entidad mercantil luego demandada lleva a cabo la segregación, de la finca matriz objeto de su propiedad, de una parcela de dos mil metros cuadrados que cede gratuitamente al Ayuntamiento de M.S. Por medio de escritura de fecha de 10 de septiembre de 1988 la citada entidad mercantil hipoteca la finca matriz a favor de Unicaja, que procede a su inscripción registral el 3 de octubre de 1988. La entidad bancaria promueve proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH —en su redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la LEC 1/2000 de 7 de enero—, en el que se embarga la finca sujeta a hipoteca. El Ayuntamiento de M.S. lleva a cabo la inscripción de su titularidad respecto de la finca nueva, surgida de la segregación operada, el 16 de diciembre de 1991. En la tercería de dominio interpuesta por dicho Ayuntamiento ante el Juzgado de Primera Instancia, como incidente del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH, se solicita que se declare que la finca objeto de segregación es de la propiedad del Ayuntamiento desde fecha anterior a la constitución de la hipoteca y que, en consecuencia, se sobresea el procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta y declara que la finca registral es de la propiedad del Ayuntamiento desde fecha anterior a la constitución de la hipoteca que sobre ella pesa. La sentencia es recurrida por la entidad bancaria demandada y la Audiencia estima el recurso de apelación, desestimando la demanda de tercería interpuesta. El Ayuntamiento interpone recurso de casación contra la sentencia de apelación.

NOTA.—El litigio que se examina en el recurso de casación es una tercería de dominio que se promueve por el Ayuntamiento como incidente de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (en adelante LH), en su redacción anterior a la modificación que lleva a cabo la disposición final 9.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Con este procedimiento judicial sumario, detallado en los artículos 131 a 133 LH, se dota al derecho real de hipoteca de un extraordinario vigor, ya que prácticamente se pasa a la subasta del bien hipotecado. Una de las características fundamentales de este procedimiento es la limitación

de las causas de suspensión del mismo, en aras a conseguir la agilidad y eficacia del derecho de los acreedores hipotecarios y con fundamento en la fuerte presunción de legalidad del derecho de hipoteca que emana de la calificación del Registrador. Por eso sólo puede suspenderse el procedimiento judicial sumario por las causas tasadas previstas en el artículo 132 LH, si bien se permite el ejercicio del procedimiento declarativo de modo ilimitado. Una de las cuatro causas tasadas de suspensión es precisamente la interposición de una tercería de dominio, como ocurre en este caso. Ahora bien, el artículo 132.2.º LH establece unos requisitos de inexcusable cumplimiento sin los cuales no prospera la tercería de dominio interpuesta, ya que constituyen requisitos de admisión a trámite de la demanda. Así, se prevé la suspensión «*si se interpusiere una tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella, título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor, y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio a favor del tercerista*». La doctrina siempre ha entendido, de modo prácticamente unánime, que el artículo 132.2.º LH exige, para la suspensión del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, que el título de dominio del tercerista esté inscrito con anterioridad a la inscripción de la hipoteca y no simplemente que el título del tercerista sea anterior a la hipoteca, aunque inscrito después que ésta (entre las voces doctrinales cabe citar a DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, p. 761 y GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 340-341). De la misma opinión parecen en general los tribunales: entre otras, *vid.* las SSTs de 26 de septiembre de 1991 (*RJ* 1991, 6069) y 28 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 696), SSAP de Cuenca de 23 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 4518) y de Cantabria de 23 de enero de 2001 (*AC* 2001, 94). En sentido contrario, no obstante, la reciente STS de 9 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 2381). Es cierto que tal interpretación mayoritaria lleva a esa misma doctrina a sostener que tan duros requisitos hacen que tal hipótesis de suspensión del procedimiento sumario rara vez pueda darse en la vida práctica, ya que es difícil de imaginar que pueda presentarse un título de propiedad, inscrito con anterioridad a la hipoteca, por un tercero que no sea la persona constituyente de la hipoteca, porque en virtud del principio de tracto sucesivo sólo puede constituir la hipoteca el titular dominical inscrito. Por ello únicamente en algunos casos, muy extraños, podría prosperar la tercería.

En la actualidad, como es sabido, la acción hipotecaria ha dejado de estar incluida en la Ley Hipotecaria para pasar a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. La hipoteca se habrá de ejecutar por los trámites del ejecutivo ordinario (Libro III), pero se han introducido una serie de especialidades para el caso de ejecución sobre bienes hipotecados (Capítulo V del Título IV) que, mantienen, en buena parte de lo sustancial, el procedimiento del artículo 131 LH. La Ley de Enjuiciamiento Civil conserva las cuatro denominadas causas de suspensión del anterior artículo 132 LH. A dos de ellas las sigue llamando causas de suspensión (a la tercería de dominio y

a la prejudicialidad penal), pues suspenden la ejecución a la espera de lo que resulte de la tercería de dominio y del procedimiento penal. Y denomina, a las otras dos, causas de oposición (extinción de la garantía o de la obligación garantizada y error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje una cuenta entre acreedor y deudor), porque, además de suspender los trámites ordinarios de la ejecución, abren un incidente contradictorio entre las partes del que conoce el tribunal de la ejecución (*vid* más ampliamente MONTSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, 2002, pp. 153 ss). El artículo 696 LEC, que establece la nueva regulación de la tercería de dominio, ya no deja lugar a dudas respecto a la cuestión antes planteada de si el título de dominio del tercerista ha de estar inscrito antes de la inscripción de la hipoteca, ya que su tenor literal es muy claro al respecto: Párrafo 1. «*Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de la constitución de la garantía. Si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de la inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente*». Como requisito de admisibilidad de la demanda se exige, pues, el título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la constitución de la garantía, que además deberá estar inscrito (acreditándose con certificación registral) con anterioridad a la inscripción de la garantía. La doctrina entiende que el tenor literal del artículo 696 LEC es claro y que en este punto además no ha introducido el precepto grandes novedades, reiterando que la exigencia de requisitos tan estrictos no permitirá la aplicación práctica del mismo [CRESPO ALLUÉ, F., «Comentario al artículo 696 de la LECiv», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Guilarte (Coordinador), Valladolid, 2000, pp. 3568-3569 y DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial...*, cit. pp. 786-787]. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

89. Convivencia *more uxorio*: consecuencias económicas de su disolución: inaplicabilidad por analogía *legis* del régimen matrimonial: posible aplicación de la analogía *iuris*.—Frente a la pretensión de la recurrente de que se aplique analógicamente el régimen de comunidad de bienes o el de sociedad de gananciales atendiendo a la voluntad de los miembros de la unión, la Sala se pronuncia en el sentido de que, aunque la unión de hecho produzca consecuencias jurídicas, es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio, y hoy, que caben el matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, indudablemente es una elección de quienes no aceptan el matri-

monio ni sus consecuencias. Por ello no cabe aplicar a la *convivencia more uxorio*, ni tan siquiera por vía de *analogía iuris* las normas previstas para el matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, que no es el caso, bien por la vía de la *analogía iuris* cuando mediante hechos concluyentes se evidencia la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, lo que tampoco quedó acreditado.

Inaplicación de Legislación autonómica sobre parejas de hecho.—La Ley 4/2002, de 23 de mayo, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, de parejas estables, deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia (art. 5), pero, en todo caso, no alcanza a la unión de hecho formada en su día por los litigantes, disuelta antes de su entrada en vigor. (**STS de 19 de octubre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—Sigue siendo válida la constatación del Decano Carbonnier de que una de las diferencias más llamativas entre el matrimonio y el concubinato —en designación menos elegante del famoso civilista, aunque clásica en Francia— radica en que los cónyuges al casarse miran al futuro, mientras que los convivientes suelen recurrir al Derecho a la hora de la ruptura, es decir mirando al pasado que ya está escrito y no pueden modelar a su gusto, sino liquidarlo o extinguirlo. Nada menos que diecisiete años había durado la *convivencia more uxorio* de los litigantes, comprendiendo dicho periodo la promulgación de la Ley de 1981, sin que en ningún momento intentaran regular negocialmente su situación convivencial, situación que el 2.º FD describe como «ausencia de la intención de los convivientes de crear un acervo común». Llama la atención que esta sentencia aluda expresamente a las reformas de las Leyes del 2005 para indicar que «la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio, aunque una y otra se sitúen dentro del Derecho de Familia». Sigue siendo cierto que toda reforma del divorcio implica una nueva concepción legal del matrimonio, y con mayor razón cabe referirlo a la admisión del llamado matrimonio homosexual que, como reconoce la doctrina, ha desfigurado la institución hasta hacerlo irreconocible. *Efectos colaterales* de las leyes del 2005 que conviene no olvidar. Al rechazar el recurso de la mujer, el Tribunal Supremo confirma las resoluciones denegatorias de ambas instancias respecto de la pretensión de aquélla. Marginal es la alusión a la legislación autonómica asturiana sobre uniones de hecho para limitarse a decir que *ratione temporis* es inaplicable al caso, sin entrar a fondo en su posible inconstitucionalidad, tampoco alegada. (G. G. C.)

90. Convivencia more uxorio: cosa juzgada.—No puede estimarse que se haya producido la excepción de cosa juzgada dado que en el procedimiento anterior entre los mismos convivientes se solicitaba que se declarara disuelta la sociedad constituida entre los mismos, con liquidación del patri-

monio descrito, a lo que no se dio lugar, mientras que en el actual se discute el derecho a ser resarcida la actora del empobrecimiento injusto sufrido durante la convivencia. Pese a su aparente claridad, tanto el artículo 1252 CC como la cosa juzgada presentan, en la teoría como en la práctica, dificultades insolubles que se traducen en la misma denominación inexacta de presunción atribuida a la cosa juzgada; pura y simplemente por cosa juzgada hay que entender el objeto del proceso una vez ha sido sometido a juicio jurisdiccional; aun cuando sea la sentencia la que produce la cosa juzgada, ésta está estrechamente ligada al objeto del proceso, por cuyo motivo ha de entenderse la cosa juzgada como el principal efecto del proceso.

Enriquecimiento injusto: doctrina general.—Se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio; el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro; la correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamenta la situación; la *causa* en el sentido de *razón* o *base* suficiente no es otra cosa que un *concepto-válvula* para poder introducir elementos de carácter valorativo y decidir acerca de la justificación o falta de la misma, en un supuesto determinado (STS de 17 de junio de 2003). A falta de una definición general, la jurisprudencia sustenta la figura del enriquecimiento sin causa en el principio general de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otra; la correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento pueden tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurran en el supuesto. (STS de 6 de octubre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Según la doctrina jurisprudencial sobre la *convivencia more uxorio*, al extinguirse ésta no hay una única acción para solicitar la liquidación del inexistente *régimen económico legal* de la convivencia, sino la posibilidad de una pluralidad de acciones aisladas que pueden tener su base en el pacto o en otros principios tales como el del enriquecimiento sin causa. Llamada de atención, por tanto, a los convivientes varones: una vez extinguida la convivencia, declarada la desestimación de la acción sobre la base de una sociedad civil, podrán, no obstante, ejercitarse en su contra distintas acciones basadas, por ejemplo en otra sociedad mercantil, o, acaso, en una sociedad irregular, o en una relación laboral o de servicios entre los convivientes. En el presente caso el esfuerzo probatorio de la actora, al cabo de una convivencia fáctica de casi diez años, se concentra en demostrar que ha asumido durante la convivencia las labores del hogar y ha colaborado en el trabajo profesional del varón (médico que recibe consultas en el domicilio), lo que triunfa en apelación y confirma el Tribunal Supremo al rechazar el recurso del conviviente varón, y declarar que se ha producido un enriquecimiento injusto que se liquidará en ejecución de sentencia. (G. G. C.)

91. Gananciales: consentimiento uxorio para enajenar inmuebles comunes: doctrina general: asentimiento tácito.—Es doctrina reiterada de la Sala que la falta de consentimiento uxorio ha de encuadrarse dentro de la anulabilidad o nulidad relativa y no dentro de la absoluta nulidad de pleno derecho y que mientras ésta puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, aquélla sólo se puede hacer valer accionando; el consentimiento de la mujer puede ser expreso, tácito o presunto, y su determinación es cuestión de hecho que incumbe investigar a la Sala de instancia; puede manifestarse en forma anterior o posterior al negocio, y también puede inferirse de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso la pasividad o no oposición de la mujer a la venta, conociendo la misma, la ausencia de perjuicio o fraude e incluso el silencio puede ser revelador del consentimiento. Por todo lo cual cabe afirmar que el necesario consentimiento de la esposa se deduce de su pasividad, de la no oposición a los actos dispositivos constándole los mismos, de la ausencia de perjuicio y fraude en el actuar de su cónyuge e inexistencia de su actuación previa al recurso de indicio alguno que permita afirmar su disentimiento (SSTS de 7 de julio y 11 de diciembre de 1990, 20 de junio de 1991, 24 de mayo, 30 de junio y 13 de julio de 1995, 29 de enero y 15 de julio de 2003). En el presente caso ha de declararse que la demandante había prestado tácitamente su asentimiento a la enajenación realizada por su esposo en 1984, sabiendo que los demandados habitaban el piso objeto de autos, y que no se les exigiera el pago de rentas hasta el año 1995, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, el tiempo transcurrido hasta el acto de conciliación intentado en aquella fecha para el lanzamiento. (STS de 29 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

92. Derechos de sucesión hereditaria: principios generales.—Dado que el fallecimiento de una persona determina la apertura de su sucesión, de la DT 12.^a CC se infiere el principio de que los derechos a la herencia se rigen por la legislación vigente en el momento del fallecimiento. La DT 8.^a de la Ley de 13 mayo 1981 se acoge a dicho principio al establecer que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor dicha ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después, por la nueva ley.

Equiparación de la filiación adoptiva con la matrimonial y no matrimonial: extinción de derechos sucesorios de los hijos adoptivos con su familia biológica.—La Sala declara que la equiparación de la filiación entre los nacidos dentro y fuera del matrimonio, que estableció por razones constitucionales la Ley de 1981, se extendió por esta ley a los hijos adoptivos estableciendo un principio de identidad o igualdad, lo que lleva por consecuencia la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptante y la familia biológica y, consiguientemente, la de los derechos hereditarios que aquél pudiera ostentar respecto de ésta. (STS de 18 de septiembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

93. Sucesión testamentaria: interpretación de cláusula de legado: doctrina general.—La hija adoptada plenamente se incluye entre los «hijos o descendientes legítimos» del legatario: interpretación que tiene en cuenta la evolución de las concepciones sociales sobre la filiación adoptiva: la STS

de 15 de febrero de 2005 recuerda la abundante jurisprudencia mediante la que se ha declarado que: *a)* en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; *b)* la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley; y *c)* en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto. A su vez la STS de 28 de septiembre de 2005 declara que aunque la investigación de la voluntad del testador constituye función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas, cabe un control casacional de la misma, en beneficio de la lógica y del respeto a la propia ley. Adviértase que no nos hallamos ante una cláusula testamentaria que puede ser considerada contraria a una norma imperativa o prohibitiva, pues la asimilación de los hijos adoptivos a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio no implica que el testador no pueda excluirlos de la sucesión haciendo uso del principio de libre disposición de su patrimonio, siempre que respete los derechos legítimos; ni siquiera estamos, ante un supuesto de *Dritt-wirkung*, o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares, dada la prevalencia en esta materia del principio de autonomía de la voluntad. La determinación de la verdadera intención del testador exige atenerse, en principio a las circunstancias jurídicas y sociales del momento en que el testamento se dictó; sin embargo, cuando se utilizan conceptos definitorios de carácter genérico y de contenido predominantemente jurídico, la interpretación del concepto no puede hacerse atribuyéndosele consecuencias discriminatorias incompatibles con el alcance del concepto en el momento en que es aplicado si no consta de manera suficiente que ésta fue la verdadera voluntad del testador, pues es legítimo presumir que el testador no tiene la intención de introducir distinciones que puedan ser consideradas como contrarias a los principios o valores que rigen básicamente en la sociedad, y que al otorgar su última voluntad acepta la evolución natural de las concepciones sociales en sus aspectos fundamentales y las consecuencias inherentes a esta evolución.

Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.— A partir de la interpretación conforme a la Constitución de la disposición transitoria de la Ley de 13 de mayo de 1981, la STC 155/1987 concluye que se ha consagrado en el ámbito de la filiación el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento proclamado en los artículos 14 y 39 CE; y aunque la STC 33/1983 declaró que la extensión del principio de identidad de filiación a los hijos adoptivos no es consustancial al principio de no discriminación por razón de filiación, pero implica la introducción por el legislador ordinario de un criterio de igualación que coloca la situación de éstos bajo la cobertura del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Principio que se plasma en el artículo 108.3 CC rectificado por la Ley de 11 de noviembre de 1987, y reflejado a efectos sucesorios por el artículo 807 CC. A partir de la reforma de la filiación la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita *inter vivos* o *mortis causa*, o con

efectos sucesorios como comprensivos de los hijos adoptivos, con la importante distinción de fundarse en la necesidad de evitar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación a la ley, cuando la referencia se contiene en un texto legal, o en el hallazgo de la intención presunta del testador o donante, cuando se trata de una disposición testamentaria o de liberalidad. En este sentido, las SSTs de 6 de febrero de 1997, 22 de junio de 2002, 15 de febrero de 2005, así como la importante STDH de 14 de julio de 2004 en un supuesto similar al aquí contemplado. En resumen, pocas dudas pueden abrigarse sobre la interpretación que puede darse al concepto de «hijos o descendientes legítimos» que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención del testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad. **(STS de 29 septiembre de 2006; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia con brillante argumentación en relación con la interpretación de una cláusula testamentaria otorgada en 1962 por virtud de la cual una persona soltera instituye una figura especial de usufructo sin designación simultánea de nudo propietarios, a favor de uno solo de sus trece hermanos, al tiempo casado sin hijos, ordenando que si al fallecimiento del último de los usufructuarios quedasen «hijos o descendientes legítimos» los bienes pasasen a ser de pleno dominio de éstos, y de lo contrario pasarían a ser propiedad del Ayuntamiento. La historia resulta algo compleja pues inicialmente, en 1966, la hija adoptada por el marido lo fue sólo en adopción menos plena, con pacto sucesorio expreso; en 1970 adopta igualmente la esposa con idénticas características. La hija adoptada había convivido algunos periodos de tiempo con el testador antes de su matrimonio. El testador fallece en 1991 y al año siguiente los adoptantes transforman la adopción en la figura normal de adopción de la Ley de 1987. En apelación, a la hija adoptada se le denegó el derecho a suceder en la plena propiedad de los bienes legados por el causante, derecho que reconoce la sentencia extractada con abundante argumentación.

El esfuerzo interpretativo de la sentencia estimatoria se sitúa en el FD-4.º apartado B, no exento de alguna interna contradicción. Se reconoce la validez de la exclusión expresa de los hijos adoptados, cláusula que hubiera tenido efecto en cuanto a la parte de libre disposición, a pesar de contradecir el principio de igualdad de efecto de las filiaciones. Pero en defecto de tal cláusula expresa no parece fácil presumir la intención del testador que, a lo largo de su vida, vive plenamente la transición política con el cambio de valores sociales. Desconocemos la profesión del causante (incluso para los juristas no resulta claro el régimen sucesorio transitorio de los hijos adoptados, que aquí no se discute). Un testador escrupuloso acaso hubiera comparecido nuevamente ante el Notario para clarificar su intención sobre los derechos de la hija adoptada por su hermano; al no hacerlo, todas las suposiciones quedan abiertas. ¿Por qué ha de presumirse judicialmente una de ellas? La interpretación aceptada es, sin duda, la más «progresista» y cuenta con valedores de autoridad. (G. G. C.)

94. Reserva lineal: doctrina general.—La reserva lineal ha sido objeto de profusa doctrina, alguna muy reciente y reiterada jurisprudencia, incluso sentencias bien modernas. Ésta la considera un beneficio otorgado por consideraciones familiares, exclusivamente en favor de determinadas personas, cuyo contenido moral y de respeto a la familia de la línea de procedencia de los bienes responde a una fuerte convicción persistente en el ánimo del legislador, en evitación quizá de eventuales fraudes o contubernios; no deja margen a la autonomía de la voluntad del reservista y se actúa automáticamente una vez fallecido el reservista, en favor de los reservatarios que son determinados en ese preciso momento.

Nacimiento.—Fallecido el testador en cuyo testamento instituye herederos a sus dos hijos de dos madres diferentes, a la hija le adjudica la legítima que le corresponda, toda la mejora y el tercio de libre disposición, y al hijo, sólo la parte de legítima estricta. El hijo fallece al poco tiempo y antes que su madre, quien le sucede como heredera legitimaria abintestato en todos sus bienes, incluyendo los que constituyeron la legítima estricta del primer finado.

Doble transmisión.—El artículo 811 CC exige que la primera transmisión sea a título lucrativo, y la segunda, sucesoria y por ministerio de la ley; una y otra comprenden la sucesión en su totalidad; testada, intestada y forzosa, pues el texto legal no excluye a la sucesión legitimaria del objeto de la reserva.

Reservista y reservataria.—La madre del legitimario del primer finado, y cónyuge separada de éste, es reservista respecto de los bienes heredados de su hijo, y la hermana de vínculo sencillo de éste es reservataria respecto de los mismos, entendiéndose la reserva lineal como un derecho o expectativa a poseer siempre que se dé la condición legal de sobrevivir a la reservista.

Derechos de la reservataria.—La reservataria no tiene el derecho actual a percibir los bienes reservables, razón por la cual le fue denegado en proceso anterior, sino una esperanza o expectación de derecho, llamado también derecho expectante de reserva definitiva, jurídicamente protegida y que dará derecho a la reservataria a adquirir los bienes, a la muerte de la reservista y si le sobrevive; es decir, resulta ser titular de los bienes reservables, sujeta a la condición suspensiva de sobrevivir a la reservista, pudiendo exigir, mientras la condición no se cumpla, las garantías del artículo 184 LH.

Cosa juzgada.—No la hay porque en juicio anterior la misma actora había solicitado la adjudicación inmediata de los bienes como reservables, petición desestimada, ni tampoco porque en juicio de testamentaria sendas providencias rechazaron sin más la petición de que se declararan bienes reservables, ya que en tal procedimiento no se produce litispendencia ni cosa juzgada. (STS de 25 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Pese a la breve descripción de la *ratio legis* que incluye la S extractada no parece que esta hipótesis de reserva lineal de la s. extractada encaje en la problemática tradicional (que, por ej. describen LACRUZ *et al.*, *Elementos*, V, 5.ª d., Barcelona 1993 p. 470). Parece deducirse que la reservista es la esposa separada que por fallecimiento del hijo común habido con el primer finado, que litiga —en apariencia, encarnizadamente— con la hija (¿no matrimonial de éste? ¿hija de matrimonio anterior?) que, además de recibir la mayor parte de los bienes de su progenitor, se ha convertido en

reservataria de la legítima estricta que recibió su hermano de vínculo sencillo del progenitor común. (G. G. C.)

95. Aceptación tácita de la herencia: doctrina general.—Según STS de 27 de junio de 2000, la aceptación tácita regulada por el artículo 999 párr. 3.º CC procede del Derecho romano y fue recibida por las Partidas (*tomar la heredad ... se puede fazer por fecho: Maguer non lo diga paladinamente*) y ha sido objeto de una profusa jurisprudencia, que es unánime en exigir actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia; ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. En el presente caso José Augusto ha aceptado tácitamente la herencia de Olga con base en la doctrina de los actos propios tales como la postura procesal adoptada en el presente procedimiento que ha comparecido como heredero; la falta de toda prueba en relación con la repudiación de la herencia, manifestando en la prueba de confesión que no ha renunciado a la herencia; en la aportación a los autos de un Cuaderno Particional del que resulta que la herencia de Olga no es deficitaria.

Costas.—Al no darse una situación de vencimiento total no procede hacer una expresa imposición de las mismas ni en la primera ni en la segunda instancia, ni tampoco en casación, por lo que procede una estimación parcial del recurso. (STS de 12 de julio de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Sierra.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

96. Competencia desleal. Actos denigratorios: requisitos.—Los actos denigratorios suponen un ataque a la reputación del tercero y están realizados con finalidad concurrencial; en ellos deben presentarse estos elementos: *a)* el menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado; *b)* la falsedad; *c)* que sean pertinentes, y *d)* que tengan finalidad concurrencial.

Defensa de la competencia. Buena fe.—El artículo 5 LDC contiene una disposición general, de acuerdo con la cual se reputa desleal todo comportamiento que resulte obviamente contrario a las exigencias de la buena fe. La jurisprudencia ha considerado que esta disposición contiene una norma que viene a subrayar el contenido ético-social de las conductas y valores generales de honradez, propia responsabilidad y avenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena. Este artículo es una norma, por tanto, que sanciona la contravención de los deberes generales de conducta de quien concurre en el mercado, del mismo modo que realizan los artículos 6 y 7 CC, el artículo 57 CCO y el artículo 1:2.1 de los Principios del Derecho europeo de contratos y así se ha considerado que este artículo significa un límite a la libertad de empresa establecido en el artículo 38 CE, de manera que los operadores económicos que actúan en el mercado deben abstenerse de poner en peligro la libertad de empresa. Esta disposición debe ser entendida como una cláusula general que cubre aquellas conductas que suponen competencia desleal y que no están tipificadas en alguna de las disposiciones que le siguen.

Defensa de la competencia. Incompatibilidad de la fórmula general del artículo 5 con supuestos tipificados.—No resulta correcto alegar conjuntamente la violación del artículo 9 LCD con el artículo 5 de la misma Ley, puesto que es improcedente acudir a la fórmula general del artículo 5 LCD para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones.

Obligaciones mercantiles. Solidaridad: regla general en el ámbito mercantil.—La solidaridad es la regla en el ámbito del Derecho mercantil, ya que la rígida norma del artículo 1137 CC ha sido objeto de una interpretación correctora por parte del Tribunal Supremo y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto. Ello está de acuerdo con el acervo comercial de la Unión Europea, en la que el artículo 10:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por la jurisprudencia cuando se trata de obligaciones mercantiles

Competencia desleal. Libertad de empresa.—La libertad de empresa consiste en la posibilidad de acceder y permanecer en el mercado y de desarrollar actividades productivas, siempre que se respeten las condiciones establecidas por las Leyes; en consecuencia, la Ley puede restringir la libertad de empresa cuando colisiona con derechos fundamentales. De acuerdo con estos postulados, el preámbulo de la Ley 3/1991 señala que la Ley de Competencia Desleal obedece, precisamente, al sistema de valores presente en la Constitución, de modo que la Constitución española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.

Indemnización de daños y perjuicios. Daño puramente económico. La doctrina anglosajona denomina un daño puramente económico aquel que no es consecuencia de una lesión directa en la persona o bienes del demandante, sino que se produce de manera indirecta, en este caso, como consecuencia del cierre de la empresa. Los Tribunales españoles han resuelto siempre este tipo de casos teniendo en cuenta los criterios de causalidad y de imputación objetiva del daño. Los casos decididos por nuestro Tribunal Supremo se han referido siempre a salarios pagados por el empresario del trabajador que ha sufrido un daño y ha negado la responsabilidad del causante del daño.

Derecho al honor. Prestigio profesional.—La reputación de una persona está protegida constitucionalmente a través del derecho al honor en el artículo 18 CE, y así se ha admitido en la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1995, de 17 de mayo, que incluye en el derecho al honor el prestigio profesional cuando la difusión de los hechos excede de la libre crítica a la labor profesional. (**STS de 11 de julio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil *Crealia, S. L.* y don Claudio interpusieron demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra

don Juan Pedro, don José Francisco, don Fermín y contra la mercantil *Grupo Bancomark, S. L.*, por competencia desleal y en reclamación de daños y perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación por los actores, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

97. Contrato de agencia. Indemnización por clientela: situación anterior a la Ley 12/1992.—Aunque es cierto que no se puede aplicar a las relaciones surgidas de los contratos en litigio la Ley 12/1992, dadas sus fechas y su extinción antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley, hay que recordar que los usos mercantiles europeos, incluidos en la Directiva 86/653/CEE, constituyen fuentes del Derecho mercantil y, por ello, la norma que obliga a la compensación por clientela tiene por base el principio del enriquecimiento sin causa debidamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, lo que implica el reconocimiento del derecho del agente a obtener una indemnización por la clientela aun antes de la entrada en vigor de la Ley 12/1992, siempre que hubiese aportado nuevos clientes al empresario.

Contrato de agencia. Prescripción: irretroactividad.—La prescripción, por ser una disposición restrictiva, no puede ser aplicada retroactivamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 CE. (STS de 22 de septiembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Inocencio, don Lucas, don David y don Ángel Jesús interpusieron demanda contra *Betauto, S. A.* y contra *Fasa Renault* solicitando se declare la nulidad de la resolución contractual, la vigencia del contrato y se indemnice a los actores por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso, El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

98. Contrato de agencia. Disposición Transitoria de la Ley 12/1992. Esta disposición significa que la relación contractual, que lleva un año sometida a la Ley del Contrato de Agencia en el momento de la resolución, ha de tratarse como si tuviera un año de vigencia, y por ello le correspondería el preaviso de un mes. Pero la Ley no cambia los años de vigencia, que son los constatados en la instancia, que ya son aquí inalterables, y la regla del artículo 25.2 inciso primero, dispone que «corresponde un mes por cada año de vigencia hasta un máximo de seis meses», añadiendo que sea cual fuere el grado de retroactividad que se estime producido, no se trata de un problema de retroactividad, sino de aplicación integral de la norma, lo que por otra parte es coherente con la imperatividad que señala el artículo 3.1 LCA. En definitiva, ello significa que una vez determinada la aplicación de la Ley 12/1992, no se puede fragmentar su contenido y debe aplicarse en bloque.

Contrato de agencia. Criterio del beneficio neto.—No se infringe el artículo 25 LCA cuando obliga a restar de la cantidad por comisiones determinada en el peritaje, el importe de los costos correspondientes e inherentes

a la generación de las comisiones; utiliza el criterio de los beneficios netos, que no es contrario ni al artículo 25 ni al artículo 29 LCA.

Contrato de agencia. Extinción: supuestos.—El de agencia es un contrato de larga duración y en la mayoría de los casos, de duración indefinida, puede ser extinguido por ambas partes en el momento que crean conveniente, sin que sea necesario alegar incumplimiento para ello, aunque ciertamente las consecuencias previstas en la Ley del Contrato de Agencia son distintas, según que la extinción se produzca por el incumplimiento de una de las partes, en cuyo caso varían o desaparecen las indemnizaciones a que da lugar la extinción, o por la voluntad de cualquiera de ellas.

Contrato de agencia. Extinción: operaciones.—Para extinguir la relación contractual creada por el contrato de agencia, debe procederse a dos operaciones: *a)* La liquidación de las relaciones que aun quedan pendientes, y *b)* las indemnizaciones que correspondan de acuerdo con la Ley de Contrato de Agencia, según cómo se haya producido la extinción.

Contrato de agencia. Extinción: procedencia de la indemnización. Si el empresario no se ajustó al preaviso exigido (art. 29 LCA), o bien se generó una clientela (art. 28 LCA), deberá indemnizar al agente. Pero ello no significa que cualquier caso de extinción deba ser considerado como incumplimiento y dé lugar a indemnizar, porque la regla general establecida en el artículo 25 LCA es la de que el contrato se extingue por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso.

Contrato de agencia. Pacto de exclusividad: alcance.—Aunque no existía un contrato escrito, ha resultado probado que el agente tenía atribuida en exclusiva una zona geográfica, lugar donde se encontraba el domicilio del cliente cuyas comisiones se reclaman. Esta operación se efectuó vigente el contrato de agencia, por lo que debería haberse aplicado el artículo 12.2 LCA, y no el artículo 13 LCA, y que se refiere a actos u operaciones que se hayan concluido después de la terminación del contrato de agencia. Se trata, por tanto, de una remuneración debida por el empresario al concurrir estas circunstancias: *a)* existencia probada de una zona de exclusiva, y *b)* celebración de un acto por el empresario durante la vigencia del contrato con un cliente en la zona de exclusiva del agente.

Contrato de agencia. Ausencia de forma escrita: régimen transitorio.—El contrato no se celebró por escrito, nos encontramos en este caso ante una exigencia de forma que antes de la vigencia de la Ley 12/1992 no existía y por ello, y en virtud de lo dispuesto en la DT 2.ª CC, debe declararse la validez de este pacto en el período cuestionado, al establecer esta disposición transitoria la validez de los actos y contratos celebrados según la Ley vigente anterior al Código civil, siempre que fueran válidos con arreglo a la Ley vigente en el momento de la celebración, que es lo que ocurre con el pacto de asumir los efectos impagados, según la legislación anterior a la Ley 12/1992. (STS de 21 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña Rocío interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, contra *United Parcel Service España LTD y CIA. S.R.C.*, solicitando se declare que la resolución contractual no fue ajustada a Derecho, que fue la demandada la que incumplió voluntaria e injustificadamente el contrato mercantil que ligaba a las partes y se le condene a satisfacer la indemnización reclamada. La demandada formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia

núm. 5 de Oviedo estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción. Recurrída en apelación, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente los recursos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de la actora y no ha lugar el de la demandada. (*N. D. L.*)

99. Contrato de descuento. Obligación del banco descontante.—La jurisprudencia se ha manifestado claramente en el sentido de que la obligación del Banco descontante es la de entregar las letras con la misma eficacia que tenían en el momento en que se le cedieron, con la finalidad del descuento acordado entre las partes y que el Banco es responsable cuando su retardo en la entrega al descontatario que ha pagado ha determinado el perjuicio de las letras,

Contrato de descuento. Impago de letras de cambio: efectos.—La jurisprudencia ha señalado que una vez que se produce el impago de las letras de cambio objeto del descuento, surge el deber del descontatario de devolver las sumas anticipadas, y a la vez, de forma simultánea, nace para el Banco descontante el deber de devolver las cambiales, ante la inutilidad para el mismo de conservar su tenencia. (**STS de 3 de julio de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña Marí Luz, don Isidro y doña Ángeles interpusieron demanda de juicio ordinario contra el Banco de Crédito y Ahorro solicitando se condene a la demandada a pagar cierta cantidad de dinero como importe de las letras cargadas y no entregadas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Alicante estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

100. Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: requisitos.—Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS, de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo, susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado.

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: diferencia con cláusulas de exclusión.—La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato.

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: determinación.—En el seguro de accidentes, el sentido limitativo o no de las cláusulas introducidas en el contrato es susceptible de ser examinado, entre otros criterios, en contraste con el concepto que contiene el artículo 100 LCS sobre el accidente como riesgo asegurado, definido como la lesión corporal que deriva de una causa súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte). Debiendo considerarse esa delimitación legal como suficiente para una general delimitación del riesgo asegurado como objeto del seguro de accidentes, cualquier restricción que se

introduzca en la póliza en cuanto a las causas o circunstancias del accidente o a las modalidades de invalidez resultantes debe ser considerada como limitativa de los derechos del asegurado en tanto no responda a una concreción o desarrollo coherente con las causas de exclusión que la Ley contempla indirectamente al exigir que la causa del accidente sea súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado.

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: ineficacia.—La cláusula que no fue destacada en la póliza ni aceptada específicamente por el asegurado, por lo que, tratándose de una cláusula limitativa de sus derechos, no podía tener eficacia alguna según lo dispuesto en el artículo 3.I LCS .

Contrato de seguro. Cláusulas limitativas: firma del asegurado.—El incumplimiento de la obligación de recabar la firma del asegurado del ejemplar de las condiciones generales hace recaer sobre la aseguradora la carga de la prueba de su conocimiento, que no se suple por una supuesta obligación del asegurado de acudir a la consulta del registro oficial.

Contrato de seguro. Cláusulas de delimitación.—Las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva; tienen esta naturaleza las que establecen exclusiones objetivas de la póliza en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido y no se trate de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato, o de manera no frecuente o inusual.

Contrato de seguro. Condiciones generales: ineficacia de la remisión genérica.—Para la eficacia de las condiciones generales resulta insuficiente la remisión que se hacía en la póliza a ellas, dado que además de incumplirse el precepto legal que obliga a que el documento complementario que incluye las condiciones generales sea firmado por el asegurado dicha remisión tenía un carácter genérico e indeterminado susceptible de inducir a confusión, pues se hacía referencia a la declaración de conocimiento por el asegurado, conjuntamente, de todas las condiciones generales, particulares de la póliza y demás anexos de esta póliza y, como es bien sabido, esta confusión no puede perjudicar a la parte que no ha dado lugar a ella, teniendo además en cuenta que se trata de un contrato de adhesión.

Contrato de seguro. Cobertura del seguro cuando se supera la tasa de alcoholemia establecida como límite para la conducción.—La exclusión de la cobertura del seguro de los siniestros ocasionados o padecidos por el asegurado conduciendo un vehículo de motor en situación de exceso de alcoholemia no puede aceptarse, aun reconociendo la gran relevancia de la función social del seguro, y aunque se considere necesaria su introducción en virtud de políticas de prevención o de otra índole, si no es objeto de una previsión específica en la norma. Así ocurre actualmente, a raíz de la transposición de normas de orden comunitario, en la regulación del seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor, aunque únicamente respecto del asegurado y no respecto del tercero que ejercita la acción directa como víctima o perjudicado [art. 10.a) de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de la Ley de Vehículos de Motor y 9.4 de su Reglamento y S del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 1996]. En otro caso, sólo cabe su introducción en las cláusulas de la póliza, pues, aun cuando es indudable que la ingestión excesiva de bebidas alcohólicas y la consiguiente conducción aumenta el riesgo de siniestro, no toda

situación que incrementa el riesgo debe equipararse a la existencia de dolo, intencionalidad o mala fe y son las aseguradoras quienes, en la economía del contrato de seguro, deben ponderar, mientras lo permita la Ley, con sujeción a los requisitos en ella establecidos, la oportunidad de excluir determinados riesgos en uso de la libertad de pactos.

Contrato de seguro. Intencionalidad.—Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca, es razonable pensar en la imposibilidad de que tal colisión no se produjera; esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, sin extenderlo a supuestos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable. No todo supuesto de dolo penal, en su modalidad de dolo eventual, comporta dolo del asegurado equivalente a la producción intencional del siniestro, por cuanto en el ámbito civil del seguro una relación de causalidad entre la intencionalidad y el resultado producido, mientras que en el ámbito penal el dolo puede referirse a conductas de riesgo. La exclusión de las conductas dolosas del ámbito del seguro no responde ni tiene sentido como un reproche de la conducta en sí misma, sino en cuanto integra una intencionalidad del asegurado en la provocación del siniestro.

Contrato de seguro. Asimilación intencionalidad a dolo.—En la tramitación del proyecto de Ley que dio paso a la Ley del Contrato de Seguro se sustituyó la referencia a la conducta dolosa del asegurado, que figuraba en alguna de las versiones, por la referencia a la actividad intencional de éste. Sin embargo, esta modificación no parece tener otra trascendencia que la de evitar que la referencia al dolo pudiera entenderse restrictivamente (ciñéndola, por ejemplo, al dolo penal o al fraude en la celebración o ejecución del contrato). La asimilación de la expresión «intencionalidad» a dolo, aparte de ser aceptable con arreglo a la teoría general del Derecho, aparece como evidente en el ámbito del seguro de accidentes cuando el artículo 102.II LCS, inmediatamente después de referirse a la intencionalidad del asegurado, prevé la exclusión del beneficiario cuando «cause dolosamente el siniestro».

Contrato de seguro. No asimilación intencionalidad con temeridad o negligencia.—No puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente, habida cuenta de que el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la Ley del Contrato de Seguro, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la Ley del Contrato de Seguro quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así (v. gr., arts. 10.II y III, 16.III, 48.II LCS).

Contrato de seguro. Accidentes de circulación: supuestos excluidos.—En el ámbito del seguro de accidentes, la aplicación de las disposiciones vigentes lleva a la conclusión de que únicamente pueden ser excluidos los accidentes causados o provocados intencionadamente por el asegurado, en aplicación del único criterio legalmente recogido, tradicional en el ámbito del seguro, en virtud del cual, por razones que tienen su raíz en la ética contractual y en la naturaleza del seguro como contrato esencialmente aleatorio, se excluye la responsabilidad de la aseguradora en caso de dolo por parte de aquél en la causación del siniestro.

Contrato de seguro. La conducción con exceso de alcohol no implica per se intencionalidad.—En la medida en que la conducción con exceso de alcoholemia no demuestra por sí misma una intencionalidad en la producción del accidente, ni siquiera la asunción de un resultado altamente probable y representado por el sujeto como tal, sino sólo un acto ilícito administrativo o delictivo según las circunstancias, resulta evidente que la mera demostración de la concurrencia de dicho exceso no es suficiente para fundamentar la falta de cobertura de la póliza de accidentes respecto del sufrido por el conductor. (STS de 7 de julio de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Se concertó con *Catalana Occidente, S. A.*, un seguro individual de accidentes. Entre las garantías contratadas figuraba la de muerte por accidente, vigente la póliza, el asegurado, mientras conducía sin el correspondiente permiso un vehículo propiedad de su esposa invadió el carril adyacente y colisionó con otro vehículo que circulaba correctamente en sentido contrario, con resultado de daños, lesiones en los ocupantes del último de los vehículos y muerte del citado asegurado. Interpuesta demanda en reclamación de la indemnización correspondiente al contrato de seguro suscrito, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vilafranca del Penedés estimó la demanda por entender, sustancialmente, que la cláusula que excluía la indemnización en el caso de embriaguez constituye una cláusula limitativa que no había sido específicamente aceptada por el asegurado. Recurrida en apelación, la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar el recurso de casación. (N. D. L.)

101. Responsabilidad extracontractual. Cobertura del daño por el seguro. Exclusión de los empleados del tomador de la condición de terceros a efectos indemnizatorios.—Según las condiciones generales del contrato, el seguro cubría los daños producidos a tercero como consecuencia de la circulación del vehículo; quedando excluidos de dicho concepto, según la propia póliza, los empleados del tomador en los siniestros que se reconozcan como accidentes de trabajo, ni sus cónyuges, ascendientes o descendientes. Esta circunstancia lleva a determinar que el operario fallecido no pueda ser considerado tercero, pues la garantía del seguro no alcanza a quien ha contribuido con su conducta a la efectividad del daño, sin que la aseguradora deba responder de la reclamación efectuada por la parte actora, que ha sido excluida por las condiciones generales del contrato. Además, la víctima estaba encargada del manejo y gobierno del tractor-grúa asegurado, por lo que tenía una relación de dependencia o derecho o, al menos, de hecho con el tomador del seguro, lo que igualmente elimina la condición de tercero de aquél. (STS de 5 de octubre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Mientras don L. E. realizaba el trabajo que le había sido encargado con un tractor-grúa, estando parado dicho vehículo en la ladera de un monte, tras deslizarse de su ubicación y en su marcha, pendiente abajo, el operario fue arrollado sufriendo lesio-

nes que determinaron su muerte. Su viuda, actuando en su propio nombre y en el de los hijos menores, demanda a la empresa de explotación forestal para la que trabajaba su marido, así como a los copropietarios de la misma y a la compañía aseguradora de la empresa. Doña M.^a Rosa solicita una indemnización total de 60.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados al estimar la excepción de incompetencia territorial. La Audiencia Provincial de La Coruña estimó en parte el recurso de apelación y, con estimación parcial de la demanda, condenó a los demandados al pago de 5.000.000 de pesetas. La compañía aseguradora interpuso recurso de casación; e igualmente, acudió en casación doña M.^a Rosa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de la actora; por el contrario, estimó el recurso de casación de la compañía de seguros y absolvió a ésta de la condena. (L. A. G. D.)

102. Sociedades anónimas. Pacto de fiducia: no atribuye la condición de socio.—El pacto de fiducia no atribuye al actor la condición de socio formal ni la posibilidad de oponerlo frente a terceros, por lo que no existe motivo alguno para considerar infringidos los preceptos que regulan la condición de socio en la Ley de Sociedades Anónimas. Éstos nada arguyen en contra de los pactos fiduciarios que pueda establecer un socio con un tercero sin afectar a la sociedad, salvo la imposibilidad de que dichos pactos puedan oponerse a ésta, y nada establecen acerca de los derechos que el llamado socio oculto puede haber adquirido frente a quien le ha transmitido a título personal parte de la titularidad de sus acciones (aunque sí a su responsabilidad durante la etapa fundacional de la sociedad: art. 18.2 LSA).

Contratos. Acción resolutoria.—La jurisprudencia más reciente ha entendido que procede la resolución del contrato no solamente en los casos recogidos por la jurisprudencia tradicional, en los cuales dicho incumplimiento no se refiere al aspecto accesorio, sino nuclear de las obligaciones contraídas, e implica una voluntad continuada y resistente a dicho cumplimiento; sino también cuando, aun tratándose de obligaciones no principales, la conducta del demandado hace en definitiva imposible o muy difícil el cumplimiento del fin económico del contrato o priva a la contraparte de manera sustancial del beneficio que tenía derecho a esperar de él.

Contratos. Incumplimiento: criterio moderno.—La jurisprudencia había sostenido que para que existiera este incumplimiento debía concurrir una voluntad deliberadamente rebelde del deudor. Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida, bien por una frustración del fin del contrato sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave. Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124

del Código Civil en el momento actual. En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, *c*) de los Principios de Derecho europeo de contratos.

Enriquecimiento injusto: carácter restrictivo.—La doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no puede invocarse para revisar cualquier desplazamiento o atribución de bienes desde la perspectiva de la equivalencia de prestaciones, cosa que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica y de libertad de pactos en que se apoya el tráfico patrimonial. A ello no es óbice que el principio del enriquecimiento sin causa pueda ser traído a colación como razón auxiliar o de respaldo para justificar la solución aplicada con arreglo a la regulación legal aplicable a cada supuesto, pero el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado con sustantividad propia a supuestos previstos y regulados por las Leyes ni invocado en tales condiciones para fundamentar un motivo de casación. (**STS de 20 de julio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Ignacio interpuso demanda contra don Juan solicitando la devolución de las cantidades entregadas en concepto de pago del precio, más los daños y perjuicios sufridos, dado que el demandado no había elevado a escritura pública la participación en el inmueble y en la sociedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso, El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (*N. D. L.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXI, 2008

FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Pablo SALVADOR CODERCH/Antonio RUBÍ PUIG: «Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia»	5
María Paz GARCÍA RUBIO: «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar»	57
Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI: «Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de <i>punitive damages</i> »	113
María Dolores CASAS PLANES: «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores (estudio comparativo de su criterio de imputación)»	147
Crónica de Derecho privado europeo	
A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Beatriz AÑOVEROS TERRADA, Miriam ANDERSON, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, David BONDIA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Esteve BOSCH CAPDEVILA, Andrés COSIALLS UBACH, Martin EBERS, Mirko FACCIO-LI, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Sonia MARTÍN SANTIESTEBAN, Sergio NASARRE AZNAR, Susana NAVAS NAVARRO, Jordi NIEVA FENOLL, Barbara PASA, Elise POILLOT, Margarita SERNA VALLEJO, Pietro SIRENA, Mauro TESCARO, Helena TORROJA MATEU, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO	209
Bibliografía	
REVISTAS ESPAÑOLAS	
A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE	327

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Contratos de las Administraciones públicas: competencia de la Jurisdicción Civil y efectos de la resolución. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007)» 355

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Josep M.^a BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS 362

FASCÍCULO II**abril-junio**

Estudios monográficos

- Rodolfo SACCO: «Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho» 445
- Santiago ESPIAU ESPIAU: «La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña» 463
- Esther ARROYO AMAYUELAS: «¿Qué es *forma* en el Derecho contractual comunitario de consumo?» 519
- María SERRANO FERNÁNDEZ: «Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho» 543
- María Fernanda MORETÓN SANZ: «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español. (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)» 619
- M.^a Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: «La responsabilidad de los hoteleros por los efectos introducidos por los viajeros: los artículos 1783 y 1784 del Código Civil» 721

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias

- Por Marta REQUEJO ISIDRO 835

Bibliografía

LIBROS

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas», por Carlos Vattier Fuenzalida 861
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (coord.), LÓPEZ PELÁEZ Patricia, YAÑEZ VIVERO Fátima: «La reforma de la prelación de créditos. (Comentario al Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares)», por María Fernanda Moretón Sanz 864
- VV.AA.: «La protección de las personas mayores», por Máximo Juan Pérez García 870

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Joseph SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA	875
---	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Cristina GARCÍA GREWE, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Laura ZUMAQUERO GIL	925
--	-----

FASCÍCULO III
julio-septiembre

In memoriam

José Luis de los Mozos y de los Mozos, por Carlos Vattier Fuenzalida	1053
--	------

Estudios monográficos

Antonio GORDILLO CAÑAS: «El principio de fe pública registral (II)»	1057
Roncesvalles BARBER CÁRCAMO: «La eficacia de los derechos patrimoniales»	1217
Elisa TORRALBA MENDIOLA: «Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre Ley aplicable y el paradigma concursal»	1261
Benedetta UBERTAZZI: «La Ley reguladora de la subjetividad del <i>nasciturus</i> »	1361

Estudios de Derecho extranjero y Derecho uniforme

Alejandro M. GARRO/Pilar PERALES VISCASILLAS: «Opinión del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)»	1389
---	------

Crónica de Derecho privado europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Miguel Ángel ADAME, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Miriam ANDERSON, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Joaquín ATAZ LÓPEZ, Reyes BARRADA ORELLANA, David BONDÍA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Martin EBERS, Mirko FACCIOLI, Beatriz	
--	--

	<u>Pág.</u>
FERNÁNDEZ GREGORACI, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Laura HUICI SANCHO, Sonia MARTÍN SANTIESTEBAN, Olaf MEYER, Cédric MONTFORT, Sergio NASARRE AZNAR, Susana NAVAS NAVARRO, Jordi NIEVA FENOLL, Barbara PASA, Elise POILLOT, Argelia QUERALT JIMÉNEZ, María José SANTOS MORÓN, Margarita SERNA VALLEJO, Helena TORROJA MATEU, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO	1473

Bibliografía

LIBROS

DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILLA, E.: «Derecho civil de Cataluña. Derechos reales», por Beatriz Fernández Gregoraci	1605
CALVO ESPIGA, A.: «El matrimonio entre Escila y Caribdis. Historia y límites de su proceso secularizador en el ordenamiento español», por Miguel A. Asensio Sánchez	1606
BIANCHI, P.: «¿Cuándo es nulo el matrimonio? Guía práctica de casos de nulidad para el asesoramiento jurídico de matrimonios en crisis», por Carlos Martínez de Aguirre	1610

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1613
-------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M. ^a Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS	1657
--	------

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Estudios monográficos

Carlos PETIT: «España y el <i>Code Napoléon</i> »	1773
Carlos VATTIER FUENZALIDA: «El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía»	1841
Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA: «La cesión de la Herencia en el Código civil: ¿Cambio personal del heredero?»	1867

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

- Por Marta REQUEJO ISIDRO 1973

Bibliografía

NOTA CRÍTICA

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El arrendamiento de Bienes Muebles»,
por Lis Paula San Miguel Pradera 1997

LIBROS

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «Incapacitación y mandato»,
por Esther Arroyo Amayuelas 2011
- MONDEJAR PEÑA, M.^a Isabel: «Las subastas judiciales forzosas» por
Remedios Aranda Rodríguez 2014
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «El daño ecológico puro. La responsabi-
lidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a
la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental»,
por Antonio Cabanillas Sánchez 2017

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Rosario DÍAZ ROMERO, Bea-
triz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Martín
GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma
RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA
PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCIA 2023

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS (Año 2007)

- Por Ramón CASAS VALLÉS, Mariana DE LORENZI, Asunción ESTE-
VE PARDO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mónica NAVARRO
MICHEL, Carles VENDRELL CERVANTES, Aura Esther VILALTA
NICUESA, Mónica VILASAU SOLANA 2067

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: M.^a Carmen
CRESCO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE
LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLOR-
QUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CAN-
TERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ,
Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ,
Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTE-
GA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ
MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL
PRADERA 2127

