

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: 122,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 38,00 € (más gastos de envío).

PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXV, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2012

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2012

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

NIPO (AEBOE): 007-12-033-3
NIPO (M. de Justicia): 051-12-004-8
ISSN: 0210-301-X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo compara tres sistemas de protección del comprador por la ausencia de cualidades en la cosa vendida: el sistema del «caveat emptor», el del saneamiento por vicios redhibitorios y el del incumplimiento por falta de conformidad de la cosa vendida. En esa comparación utiliza el concepto de «sistema de remedios» para establecer la diferencia esencial entre el sistema del saneamiento y el del incumplimiento. Por fin se pregunta si el sistema del incumplimiento, pensado para las ventas internacionales de mercaderías, puede ser generalizado a todas las ventas. El problema fundamental que plantea su generalización está en la indemnización de daños.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad por vicios ocultos de la cosa; responsabilidad por falta de conformidad de la cosa; sistemas de remedios; indemnización de daños.

ABSTRACT

This work compares three systems having to do with the protection of the buyer when some qualities of the sold object are absent: «caveat emptor», liability for latent defects and breach of contract due to lack of conformity. In order to distinguish between the last two above mentioned systems (liability for latent defects and breach of contract due to lack of conformity) this work tries to build the concept of «system of remedies».

Likewise, this work raises the following question: May the system of liability for breach of contract (generated in the international sales of goods) be applied to other kinds of sales? The main problem that comes from the application of the system of breach of contract to all sales lies in the remedy of damages.

KEYWORDS

Liability for latent defects; liability for lack of conformity; system of remedies; damages

SUMARIO: I. *Introducción: objeto de este estudio.*—II. *Dos consideraciones previas.* A. La distinción, compraventa específica y compraventa genérica. B. El problema de la imposibilidad inicial.—III. *El sistema «caveat emptor».*—IV. *El sistema del saneamiento por vicios ocultos.* A. Momento en el que se considera el estado defectuoso de la cosa. B. Determinación del interés del comprador. C. Vinculación del vendedor: a) Redhibición y resolución del contrato. b) La reducción del precio. D. La responsabilidad reforzada del vendedor en el saneamiento.—V. *El tercer sistema: deber del vendedor de entregar una cosa conforme al contrato.* A. La reparación y sustitución de la cosa. B. La resolución: a) Eficacia desvinculadora; b) Eficacia restitutoria y enriquecimiento sin causa. C. La indemnización de daños.

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTE ESTUDIO

En este trabajo¹ se diferencian y comparan tres modelos diferentes en la configuración de la vinculación del vendedor en cuanto a las cualidades que debe tener la cosa específica vendida.

En los sistemas jurídicos continentales codificados, tanto latinos (en donde es preciso situar al Código civil español) como germánicos, no se puede afirmar, de modo riguroso, que en la venta específica el vendedor tenga un deber de prestación, consistente en entregar la cosa con las cualidades presupuestas en ella; o, dicho de otro modo, que sea ese el contenido del derecho de crédito del comprador. Los Códigos civiles elaborados en el siglo XIX adoptaron el sistema romano de las acciones edilicias que, propiamente, no implica ese grado de vinculación contractual. Este panorama ha cambiado con la Convención de las Nacio-

¹ Proyecto de Investigación: DER2008-00968/JURI. Este trabajo ha sido escrito como contribución al libro homenaje dedicado a mi querido y admirado amigo Alejandro Guzmán Brito.

nes Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG)². En ella el vendedor está obligado a entregar una cosa conforme al contrato, es decir con las cualidades que la misma debe tener (art. 35 CISG). Con carácter general, las cualidades de la cosa forman parte del deber de prestación, son contenido del derecho de crédito; y esto no solo en las ventas genéricas (en las que siempre se admitió ser así) sino en las específicas.

Considerando la evolución histórica y la situación actual, podemos distinguir tres grandes modelos o maneras de regular el problema de la vinculación contractual del vendedor en las cualidades que debe tener la cosa vendida:

a) En el primero rige el principio «caveat emptor».

b) El segundo es el modelo que encontramos en los Códigos civiles elaborados en el siglo XIX³, que aún no hayan sido modernizados. Lo encontramos en el Código civil chileno (arts. 1857 ss.) y en el español (arts. 1484 ss.). Bajo este modelo, el vendedor está, en cierta medida, vinculado en cuanto a las cualidades que debe tener la cosa (aquellas cuya ausencia la convierte en una cosa defectuosa). Esa vinculación consiste en quedar sometido al posible ejercicio, por el comprador, del sistema de remedios del saneamiento por vicios ocultos. Pero no implica que dichas cualidades sean contenido del deber de prestación del vendedor; que el comprador pueda exigir las, mediante la pretensión de cumplimiento, o que, en caso de ausencia de ellas, tenga derecho a ser indemnizado en la medida de su interés en la existencia de las mismas (interés positivo).

c) El tercer modelo es el modelo de la CISG. En él, el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida con las cualidades que debe tener conforme al contrato (exigencia de conformidad de la cosa). Si no cumple este deber de prestación, el comprador dispone de la pretensión de cumplimiento, dirigida a exigir la subsanación del incumplimiento por la reparación o sustitución de la cosa, y de la pretensión indemnizatoria, fundada en el incumplimiento y referida al interés positivo.

En este trabajo voy a comparar los modelos segundo y tercero, para ver las ventajas que uno u otro puede tener. Esta comparación voy a hacerla refiriéndome a la compraventa específica, porque es en ella en la que se producen las diferencias.

² Hecha en Viena el día 11.04.1980.

³ *Vid.*, por ejemplo, arts. 1626 ss. CC francés y §§ 459 ss. BGB (antes de 2002).

II. DOS CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de ocuparme de la comparación a la que me acabo de referir, voy a hacer dos consideraciones que pueden ayudarnos a entender mejor los problemas de los que voy a tratar.

A. LA DISTINCIÓN, COMPRAVENTA ESPECÍFICA Y COMPRAVENTA GENÉRICA

La distinción tradicional entre compraventa específica y genérica (obligación específica y genérica) ha marcado una importante diferencia en el tratamiento del problema que me ocupa. Hoy, tras la CISG, esa diferencia se atenúa, en cierta medida, aunque no se suprime de modo absoluto.

En la compraventa genérica (en la que el objeto vendido no se determina en su individualidad, sino por sus cualidades) las cualidades sirven para identificar al objeto debido (en cuanto perteneciente al género) y, al mismo tiempo, son contenido del propio derecho de crédito. Esto justifica que el comprador disponga de la pretensión de cumplimiento, para exigir al vendedor la sustitución de la cosa entregada por otra, cuando carece de dichas cualidades (no pertenece al género). Pero, tradicionalmente, no ha justificado que el comprador pueda imponer al vendedor la reparación del objeto, en el ejercicio de la pretensión de cumplimiento. Porque, siendo, en este caso, el contenido del derecho de crédito, entregar una cosa con determinadas cualidades, imponer al vendedor su reparación desbordaría los límites del mismo. Hoy, sin embargo, en el modelo de la CISG no sucede así: la pretensión de cumplimiento otorga al comprador la facultad de exigir la reparación del objeto (art. 46 III CISG).

La compraventa específica se ha regido, tradicionalmente, por un criterio diferente del de la genérica. Si el objeto carece de las cualidades presupuestas, necesarias para que el interés del comprador quede satisfecho, no se ha considerado que el vendedor esté obligado a sustituirlo por otro: porque el objeto vendido es ése (el defectuoso) y no otro; y menos que esté obligado a repararlo. El deber de reparar no es propio de una compraventa.

En la compraventa específica de un objeto que carece de las cualidades presupuestas o prometidas se plantea, en cierto modo, un problema de imposibilidad inicial. La vinculación del vendedor en las cualidades que debe tener la cosa está estrechamente ligada a la solución del problema de la imposibilidad.

B. EL PROBLEMA DE LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

En una obligación específica, en la que el objeto es uno determinado y no otro, hay imposibilidad inicial de cumplir la prestación, además de en los casos en los que no existe el objeto vendido, en aquellos en los que existe, pero no tiene las cualidades requeridas por el contrato. La cuestión que se plantea en ambos casos, aunque con diferente intensidad, es la misma: ¿puede surgir una obligación de entregar un objeto que no existe, o que carece de las cualidades que debe tener? En el primer caso el deber de prestación no puede ser ejecutado, en ninguna medida. En el segundo sí, en lo que se refiere a la entrega de la cosa, pero no en lo que concierne a las cualidades que debe tener. El carácter parcial de la imposibilidad inicial puede explicar que el deber de prestación se circunscriba a la entrega de la cosa, dejando fuera del mismo sus cualidades.

Un pasaje del Digesto se refiere al problema del que me ocupo. Se plantea la cuestión de si puede tener fuerza vinculante la promesa (*stipulatio*) de que el esclavo carece de determinados defectos, que en realidad tiene. En este caso el contenido de la promesa se circunscribe al hecho de que la cosa tiene determinadas cualidades. El texto es Ulp. D. 21, 2, 31⁴, Ulpianus libro 42 ad Sabinum:

«Si ita quis stipulanti spondeat “sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse” et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem “furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse” utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum “praestari”, multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.»

Ulpiano supera adecuadamente la dificultad que plantea la imposibilidad inicial de que la cosa tenga las cualidades que se afirman en ella. En su opinión, la ausencia de las cualidades prometidas no impide que exista vinculación contractual. La vinculación no se refiere en ese caso a la prestación (a la entrega del esclavo sin esos defectos), sino a la indemnización del interés del acreedor en que el esclavo tenga las cualidades (ausencia de defectos) prometidas. Este interés del comprador, aunque no pueda ser satisfecho «in natura», sí puede serlo por medio de la indemnización.

La solución de Ulpiano, totalmente correcta, sugiere una reflexión en torno al contenido del derecho de crédito. El derecho de crédito

⁴ ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (1996), p. 310.

no se agota en el deber de prestación; si así fuera, difícilmente podría constituirse la relación obligatoria cuando la prestación es imposible. La satisfacción del interés del acreedor, finalidad del derecho de crédito, puede canalizarse (tal como ocurre en este caso) por medio de la indemnización.

En este panorama la CISG supera el problema de la imposibilidad inicial y ofrece al problema otra solución: llega a imponer al vendedor el deber de reparar o sustituir la cosa entregada, no conforme al contrato, sin hacer distinción entre venta específica y genérica. De este modo, el comprador puede obtener la satisfacción de su interés «in natura», además de por medio de la indemnización. La satisfacción «in natura» del comprador, aunque puede encuadrarse en la pretensión de cumplimiento, traspasa los límites iniciales del deber de prestación. Si se trata de una venta específica, la reparación o sustitución traspasa el contenido de la obligación inicial del vendedor, referida a un objeto determinado. Y, si se trata de una venta genérica, lo mismo sucede en cuanto a la reparación.

Conforme a la regla de responsabilidad recogida en el texto de Ulpiano, al que me he referido, y al modo de configurar la pretensión de cumplimiento la CISG, el carácter específico de la venta no impide, por imposibilidad inicial, que el vendedor quede vinculado en relación con las cualidades que debe tener la cosa. Tal vinculación, contenido del crédito del comprador, se hace efectiva por medio de la pretensión de cumplimiento (reparación o sustitución de la cosa) o por la indemnización del interés positivo del comprador. Sin embargo, este nivel de vinculación no es el que corresponde al sistema codificado (saneamiento por vicios). Lo alcanza la CISG.

A continuación voy a ocuparme de cada uno de los tres modelos de vinculación del vendedor a los que ya me he referido.

III. EL SISTEMA «CAVEAT EMPTOR»

Tanto en Derecho romano como en el Common Law, el principio «caveat emptor» es el inicialmente aplicado⁵. También lo encontramos en el derecho germánico⁶. Supone que la falta de cualidades de la cosa vendida corre a riesgo del comprador; que el vendedor,

⁵ ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (1996), p. 307. Caveat emptor es el principio que gobierna la venta de bienes en todos los sistemas legales tempranos. Al derecho romano y el Common Law se puede añadir el viejo derecho germánico. STAUDINGER/HONSELL, *Kommentar zum BGB* (1995), § 459, RN 5.

⁶ «Wer die Augen nicht auf tut, tut den Beutel auf», STAUDINGER/HONSELL, *Kommentar zum BGB* (1995), § 459, RN 5.

salvo pacto en contrario, no garantiza al comprador el estado cualitativo de esta. El Common Law trata de estimular con esta regla la actividad de autoprotección del comprador: bien intensificando la verificación del estado de la cosa, bien pactando la garantía del vendedor⁷. Tanto la evolución posterior del derecho romano, como la del Common Law, se orientan hacia la vinculación del vendedor, aunque por vías jurídicas diferentes.

La regla *caveat emptor* tiene en el derecho romano dos excepciones: el dolo del vendedor, y la promesa del mismo, adecuadamente formalizada, dirigida a garantizar la existencia de ciertas cualidades de la cosa⁸. En ambos casos va a producirse una vinculación del vendedor; en el primero, conforme a las exigencias de la buena fe, en el segundo, conforme a lo prometido. Esa vinculación se materializa en una indemnización, exigible por medio de acciones diferentes, en cada uno de estos supuestos, y con un contenido también diferente.

a) El dolo del vendedor, referido a las cualidades de la cosa, le hace responsable frente al comprador. Tal responsabilidad es exigible por medio de *actio empti*, es decir la propia acción del contrato de compraventa. Lo cual visto, con una perspectiva dogmática actual, nos situaría a esta indemnización en el marco de la responsabilidad contractual. Su presupuesto no es el incumplimiento de un deber de prestación sino el de un deber de conducta impuesto por la buena fe en el período precontractual.

El dolo supone no actuar conforme a las exigencias de la buena fe⁹. En Derecho romano, el supuesto del dolo incluye, por un lado, el dolo malo, la actuación fraudulenta del sujeto (por ejemplo, el vendedor, de modo consciente, no descubre al comprador un defecto de la cosa, que conoce)¹⁰, pero traspasa los límites de este. Más allá del dolo malo, hay casos en los que el vendedor responde, a través de la *actio empti*, por lo que, al tiempo de contratar, ha afirmado o asegurado sobre el objeto vendido, aunque lo haya hecho de buena fe: creyendo que es así, sin intención de engañar. Esta es una responsabilidad que surge de las propias afirmaciones. Puede ser considerada como una especie de garantía resultante del ejercicio de la propia autonomía negocial¹¹, o como una responsabilidad por la confianza generada en el comprador¹².

⁷ [I]t was [his] fault ... that he did not insist on a warranty» [*Parkinson v. Lee* (1802) 2 East 314, cit. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (1996), p. 307].

⁸ Así también en § 463 BGB (antes de 2002).

⁹ ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (1996), p. 308.

¹⁰ Es el caso, por ejemplo, contemplado en Paul. D. 19, 1, 4, pr.

¹¹ TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto, XLVI* (1993), s.v. «Vendita (Diritto Romano)», p. 440.

¹² ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (1996), p. 309.

b) El otro caso en el que el Derecho romano no aplicó la regla *caveat emptor*, cuando esta se hallaba vigente, fue el de la promesa del vendedor. Cuando el vendedor promete al comprador la existencia de ciertas cualidades en la cosa vendida, la autonomía de la voluntad (en lenguaje actual) modifica la regla general, «*caveat emptor*». La responsabilidad del vendedor es la consecuencia de la fuerza vinculante de la promesa, expresada en la forma requerida. Es interesante resaltar cómo, en este caso, el sistema romano dulcifica la exigencia formal para dar paso a una vinculación por los meros *dicta*, expresados por el vendedor sin formalidad (*vid. supra*).

El sistema romano abandona, progresivamente, la regla *caveat emptor* como consecuencia de la introducción, por los Ediles Curules, de las acciones redhibitoria y *quanti minoris* (saneamiento por vicios ocultos), en determinadas ventas, y la posterior generalización de las mismas. El nuevo sistema, que implica cierto nivel de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa¹³, es el que influye en la codificación.

IV. EL SISTEMA DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

El segundo modelo de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa (específica) vendida nos lo ofrece la regulación del saneamiento por vicios de los Códigos civiles. Está en el CC francés (arts. 1641 a 1649) e, inspirándose en él, en otros códigos latinos, como el español (arts. 1484 ss) y el chileno (arts. 1857 ss). También se hallaba en el BGB, hasta la reforma de 2002.

El artículo 1824 del Código civil chileno dispone: «las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida». De modo parecido, el artículo 1461 del Código civil español establece: «el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta».

Como podemos advertir, tanto en el Código civil español como en el chileno el vendedor no se obliga a entregar una cosa sin defectos, o con las cualidades presupuestas en ella¹⁴, sino al saneamiento

¹³ Con anterioridad, el comprador pudo exigir al vendedor una estipulación en la que este promete la ausencia de defectos o la existencia de ciertas cualidades en la cosa; sobre ello *vid. ZIMMERMAN, The Law of Obligations* (1996), p. 310.

¹⁴ Así art. 35 CISG, § 433 BGB. La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil español en Materia de Contrato de Compraventa, ofrece la siguiente redacción del art. 1445 CC: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no

to de la cosa vendida. La clave para conocer la vinculación del vendedor se halla en el contenido del saneamiento.

En la regulación del saneamiento por vicios de los Códigos civiles decimonónicos encontramos dos niveles de protección del comprador, dos sistemas de remedios. Uno, el más general, que solo ofrece al comprador dos remedios alternativos: la desvinculación del contrato (acción redhibitoria) y la reducción del precio (acción estimatoria)¹⁵. Otro, complementario del anterior, aplicable en los casos en que el vendedor es de mala fe (conoce el estado de la cosa), que añade a los remedios anteriores la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el comprador¹⁶. El nivel básico (acción redhibitoria y *quanti minoris*) es el que ahora estoy considerando como segundo modelo. En los casos de mala fe del vendedor o en los que ha prometido o asegurado la existencia de cualidades en la cosa la vinculación es mayor y se aproxima al tercer modelo, del que trato después.

A. MOMENTO EN EL QUE SE CONSIDERA EL ESTADO DEFECTUOSO DE LA COSA

Para determinar el ámbito de aplicación del saneamiento es importante precisar en qué momento se considera (debe existir) el estado defectuoso de la cosa. En derecho comparado hallamos dos sistemas.

(a) En el CC francés¹⁷, así como en el CC español¹⁸ y el chileno¹⁹, el régimen del saneamiento se aplica a los defectos de la cosa existentes en el momento de contratar²⁰. No, en cambio, a los defectos de la cosa que surjan con posterioridad al contrato (debidos a un caso fortuito, o imputables al vendedor).

Conforme al sistema del CC español, el régimen del saneamiento por vicios no se aplica, en puridad, a los vicios que se originen des-

hayan sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas».

¹⁵ Vid. arts. 1644 CC francés, 1857 CC chileno, 1486 I CC español.

¹⁶ Vid. arts. 1645 CC francés, 1861 CC chileno (con cierta particularidad en cuanto al deber de conocer los defectos de la cosa), 1486 II CC español.

¹⁷ Art. 1641 CC francés.

¹⁸ Art. 1484 CC español. Según el CC español, el vendedor debe entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1468 I). Si en ese momento tiene defectos, el comprador no le puede obligar a entregarla sin ellos, pero dispone de los remedios básicos del saneamiento.

¹⁹ Art. 1858, I CC chileno.

²⁰ Y, habiendo surgido el derecho al saneamiento, por ser defectuosa la cosa al contratar, se regula la incidencia que ha de tener sobre el ejercicio de tal derecho la pérdida posterior de la cosa debida a su defectuosa calidad, a caso fortuito, o imputable al comprador (arts. 1647 CC francés, 1682 CC chileno, 1488 CC español).

pués de la perfección del contrato²¹ y antes de la entrega; salvo que provengan de defectos de la cosa existentes en el momento de contratar (cfr. arts. 1487, 1488 CC español). Al deterioro de la cosa, posterior al momento de perfección del contrato y anterior al de la entrega («res perit domino»), que no tenga su origen en defectos latentes en ella en el momento de contratar, se le aplica uno de estos dos regímenes jurídicos. (a) Si es fortuito (no imputable al vendedor), las normas del riesgo del contrato de compraventa (art. 1452 español)²². (b) Si es imputable al vendedor, las reglas generales de la responsabilidad contractual. Esta responsabilidad del vendedor surge, en la venta específica, no del deber de entregar una cosa (específica) sin defectos, sino del incumplimiento del deber de custodiarla (que opera desde la perfección del contrato hasta su entrega al comprador: art. 1094 CC español). El incumplimiento de este deber da lugar a indemnización de daños y perjuicios, bajo el régimen general de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC español)²³.

(b) En el BGB, *antes de la reforma de 2002*, el sistema del saneamiento por defectos de la cosa (*Gewährleistung wegen Mängel der Sache*) era diferente del sistema al que me acabo de referir. El momento relevante para apreciar el estado de la cosa no es el de la perfección del contrato, sino el de la entrega. Conforme al § 459 I 1 BGB (anterior a 2002), el vendedor respondía de que la cosa estuviera libre de defectos al tiempo en que el riesgo se transmite al comprador, es decir, al tiempo de la entrega (§ 446 BGB). El saneamiento se aplica no solo a los defectos de la cosa existentes al perfeccionarse el contrato sino a los que se produzcan en ella hasta la entrega. Conviene advertir, sin embargo, que la aplicación exclusiva del régimen del saneamiento quedaba en algunos casos contradicha por la aplicación concurrente de otros remedios generales del derecho: error, pretensión de cumplimiento, régimen de la imposibilidad inicial, régimen de la imposibilidad sobrevenida, *positive*

²¹ De modo explícito lo dice así el art. 1488 CC español («al tiempo de la venta»). De modo menos explícito (defectos de la «cosa vendida»), los arts. 1484 a 1487 CC español, aunque el supuesto es el mismo. Téngase en cuenta también el art. 1486 I CC español.

²² En la actualidad, el problema del riesgo en el contrato de compraventa tiende a ser resuelto por medio del art. 1124 CC español, que prevé la resolución por incumplimiento, en vez de por el art. 1452 CC español, que atribuye el riesgo al comprador.

²³ Durante el período en que la cosa se halla bajo la custodia del vendedor, este responde del deterioro de la misma debido a su dolo (deterioro intencionado) o negligencia (falta del cuidado debido en la conservación de la cosa); y asimismo del deterioro de la misma en caso de morosidad. La primera parte del art. 1101 CC español [«Quedan sometidos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrir en dolo, negligencia o morosidad...»] es aplicable al caso que nos ocupa (*vid.* art. 1182 CC español: «antes de haberse éste constituido en mora»). La segunda parte del art. 1101 CC español [«... y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas»] es aplicable a las obligaciones de hacer, en las que el deudor no ha ejecutado lo establecido en ella.

Vertragsverletzung, excepción de contrato incumplido...²⁴ La cuestión sobre la posibilidad de aplicar o no cada uno de estos otros remedios, así como las particularidades de esa aplicación dio lugar, antes de la reforma del BGB de 2002, a discusiones teóricas, y a cierta inseguridad jurídica.

La CISG, al establecer un único sistema de responsabilidad contractual, también aplicable a las cualidades que debe tener la cosa (falta de conformidad), ha permitido superar la complejidad de los sistemas codificados.

B. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL COMPRADOR

El concepto de vicio (de la cosa) permite identificar el interés del comprador protegido mediante el saneamiento. En la dogmática se suele contraponer un concepto objetivo a un concepto subjetivo de vicio²⁵.

Según el concepto objetivo, son vicios de la cosa los que considera como tales el ordenamiento. El ordenamiento, al establecer qué defectos son relevantes, determina si el interés de un concreto comprador en que la cosa se halle en un determinado estado cualitativo merece o no la protección que ofrece el saneamiento.

Según el concepto subjetivo, la autonomía de la voluntad determina, en cada contrato, los estados cualitativos que deban ser considerados como vicio o defecto de la cosa. La interpretación del contrato permite precisarlo en cada caso. Aunque la interpretación (o integración) del contrato utilice criterios objetivos (p. ej., usos del tráfico), en este sistema la determinación de los vicios conecta con la voluntad. La consecuencia es que la protección del comprador se articula conforme a su interés concreto, incorporado al contrato, y no conforme al interés abstracto preestablecido por el legislador²⁶. Incluso el Derecho romano, en el que el edicto de los Ediles Curules establece un sistema de protección del comprador caracterizado por utilizar un concepto objetivo de vicio (determinados vicios de los esclavos y animales) admite cierto papel de la autonomía de la voluntad para configurar el interés concreto del comprador susceptible de protección (por diferentes vías jurídicas). La ausencia de las cualidades prometidas o afirmadas por el

²⁴ STAUDINGER/HONSELL, II (1995), *Vorbemerkungen zu §§ 459 ss.* RN 16 ss.

²⁵ Sobre ello, MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», *Anuario de Derecho Civil* (1980), pp. 635 ss.

²⁶ Bajo este segundo sistema hemos de entender el art. 1484 CC español. Conforme al art. 1863 CC chileno, «Las partes pueden por el contrato hacer redhibitorios los vicios que naturalmente no lo son».

vendedor («*dicta promissave*»)²⁷ permite al comprador utilizar la acción redhibitoria y, además, en caso de *stipulatio*, utilizar la acción *ex stipulatu*²⁸.

C. VINCULACIÓN DEL VENDEDOR

La garantía del saneamiento por vicios toma en consideración (presupone) un estado cualitativo que debe tener la cosa, y vincula al vendedor, en cierta medida, en cuanto a él. El vendedor no se vincula a satisfacer el *interés positivo* del comprador en que la cosa tenga las cualidades que debería tener, mediante su reparación o sustitución o por una indemnización. La vinculación que genera el saneamiento se dirige, más bien, a satisfacer el *interés negativo* del comprador. Los remedios del saneamiento están articulados para colocar al comprador en la situación anterior a la celebración del contrato. Le permiten desvincularse del contrato (acción redhibitoria) o reconfigurar la equivalencia subjetiva del contrato, contando con el verdadero estado de la cosa (acción *quanti minoris*)²⁹.

La vinculación del saneamiento por vicios es mayor que la del «*caveat emptor*», pero inferior a la del modelo de la CISG.

a) Redhibición y resolución del contrato

Si comparamos la redhibición por vicios de la cosa con la resolución del contrato por incumplimiento ambos remedios parecen, a primera vista, análogos en su función básica: permiten a un contratante desvincularse del contrato. Dejando a un lado las diferencias en el plazo de ejercicio, ¿hay alguna otra diferencia entre ellos?

La diferencia no está tanto en el efecto de cada uno de ellos, considerado aisladamente, cuanto en el sistema de remedios en el que cada uno se inserta. La acción redhibitoria se inserta en el sistema de remedios del saneamiento; la resolución en el del incumplimiento. La inserción de un remedio en un sistema de remedios hace que su efecto se combine con el del resto de remedios, se subordine a la función del sistema en el que se inserta. Lo que ante todo importa es la función del sistema en el que se insertan los remedios.

²⁷ Sobre el significado de «*dicta promissave*», Ulp. D. 21, 1, 19, 2., *vid.* ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (1996), p. 315.

²⁸ «*Secundum quod incipiet is, qui de huiusmodi causa stipulanti spondit, et ex stipulatu posse conveniri et redhibitoriis actionibus: non novum, nam et qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest*» (Ulp. D. 21, 1, 19, 2).

²⁹ La indemnización se limita a los gastos del contrato (arts. 1646 CC francés, 1486 I, 1487 CC español), partida propia del interés negativo.

En el sistema del saneamiento, la acción redhibitoria contribuye a la función del mismo: colocar al comprador en la situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato. La acción redhibitoria no está articulada con otros remedios (como la pretensión de cumplimiento o la pretensión indemnizatoria) dirigidos a garantizar al comprador la satisfacción del interés positivo, conforme al fin de protección del contrato. La función de la acción redhibitoria se aproxima a la anulación del contrato por error o a la de la rescisión por lesión. Todas ellas ofrecen al contratante legitimado una salida del contrato, una desvinculación, como medio de protección, sin los remedios complementarios orientados a la satisfacción de su interés positivo.

b) *La reducción del precio*

La reducción del precio se inserta, también, en el sistema de remedios del saneamiento; y es, igualmente, un remedio adecuado a la función de este. Se orienta a colocar al comprador en la situación en la que se habría encontrado si hubiera contratado con conocimiento del verdadero estado de la cosa; no a indemnizar el interés del comprador en obtener el valor de mercado de la cosa en el momento en que ésta debe serle entregada.

D. LA RESPONSABILIDAD REFORZADA DEL VENDEDOR EN EL SANEAMIENTO

El contenido básico del saneamiento, al que ya me he referido, resulta reforzado, en algunas ocasiones, con una mayor protección del comprador. Esto sucede en dos casos: Primero, en caso de dolo del vendedor. Si este oculta al comprador el defecto o ausencia de cualidades de la cosa, queda obligado a indemnizar al comprador los daños y perjuicios causados. Segundo, cuando así resulta de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Porque los contratantes lo pactan así de modo explícito. O, también, ya en Derecho romano, porque el vendedor afirma o asegura que la cosa tiene determinadas cualidades de las que esta carece; esto (conforme a la buena fe) le obliga a indemnizar el interés del comprador en la existencia de esas cualidades.

¿Qué significa esta conjunción de remedios (saneamiento, indemnización)?

En derecho romano suponía que el sistema de protección del saneamiento se entrecruzaba con otro sistema de protección del comprador anterior a él. Esto tiene dos consecuencias. Primera: se amplía el supuesto de aplicación de las acciones edilicias. Estas se aplican

no solo en los casos previstos en el Edicto del Pretor (vicios), sino en los de ausencia de las cualidades de la cosa *dicta vel promisa*. Segundo: se amplían también los remedios del comprador. Este no solo cuenta con las acciones edilicias, sino con la acción de indemnización de daños.

La indemnización garantiza el interés del comprador en que la cosa tenga la cualidad, esperable en ella, cuya ausencia le oculta dolosamente el vendedor, o la cualidad prometida (o simplemente afirmada) por el vendedor.

Como contenidos concretos de la indemnización podemos mencionar, por ejemplo, estos. El interés de integridad del comprador. Queda lesionado cuando el defecto o ausencia de cualidad de la cosa (ej.: animal con enfermedad contagiosa, vehículo con fallo en los frenos) produce daños a otros bienes del comprador (muerte de otros animales por contagio, accidente con lesiones del comprador, accidente con daños a tercero de los que debe responder el patrimonio del comprador...). Interés en obtener el lucro o provecho del contrato (interés positivo): el interés en que esa cosa tenga el estado presupuesto.

Como consecuencia de esta superposición del sistema básico del saneamiento y el de responsabilidad del vendedor, el comprador contará no solo con la redhibición o reducción del precio (interés negativo), sino con el remedio de la indemnización, que llega a garantizarle el interés positivo. El resultado es: un sistema de protección del comprador cuyo contenido se aproxima al del tercer modelo. Con una diferencia: el comprador carece de una pretensión para exigir al vendedor la reparación o sustitución de la cosa (pretensión de cumplimiento), como tiene en el tercer modelo. Solo le es posible obtener esta satisfacción «in natura», si lo permite la pretensión indemnizatoria³⁰.

En la historia del problema que me ocupa, antes de perfilarse el tercer modelo, ha sido muy importante el papel del dolo del vendedor en la construcción de la responsabilidad contractual³¹.

V. EL TERCER SISTEMA: DEBER DEL VENDEDOR DE ENTREGAR UNA COSA CONFORME AL CONTRATO

El tercer modelo se caracteriza porque el vendedor, de modo típico, garantiza al comprador la satisfacción de su interés (positi-

³⁰ Vid. § 249 BGB.

³¹ Sobre ello, MORALES MORENO, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa vendida», *Anuario de Derecho Civil* (1982), pp. 591 ss.

vo) en que la cosa tenga las cualidades que, conforme al contrato, debe tener. Es obligación del vendedor entregar una cosa con las cualidades que debe tener según el contrato («cosa conforme al contrato»). Y lo es aunque se trate de una venta específica. No hacerlo implica incumplir el contrato; lo cual legitima al comprador para utilizar el sistema de remedios del incumplimiento; sistema que cubre la satisfacción de su interés positivo en que la cosa sea como debe ser.

Este modelo es el que utiliza la CISG, como ponen de manifiesto algunos de sus artículos. El artículo 30 CISG obliga al vendedor («El vendedor deberá») a «entregar las mercaderías (...) en las condiciones establecidas en el contrato y la presente Convención»; en lo que insiste el art. 35 I CISG. El incumplimiento de esta obligación permite al comprador utilizar los remedios del incumplimiento previstos en el art. 45 I y II CISG, incluida la pretensión de cumplimiento.

Hay dos aspectos fundamentales en este modelo, ausentes en el anterior (saneamiento):

Primero: las cualidades que debe tener la cosa (y no solo la entrega de la misma), forman parte del contenido del deber de prestación del vendedor. El problema teórico que pudo plantear la imposibilidad inicial de que la cosa específica vendida deba tener las cualidades que no tiene ha sido superado.

Segundo: el comprador dispone del sistema de remedios del incumplimiento, y no, simplemente, del sistema de protección del saneamiento (acciones edilicias). El sistema de remedios del incumplimiento garantiza al comprador (en la medida del fin de protección del contrato) la satisfacción de su interés en que la cosa tenga las cualidades que debe tener conforme al contrato; el sistema del saneamiento, como hemos visto, normalmente, no.

Me voy a referir, a continuación, a los remedios del incumplimiento, teniendo en cuenta la función del sistema en el que se articulan en la responsabilidad contractual (en sentido amplio). Voy a hacerlo, pensando en la venta específica, de la que me estoy ocupando en este trabajo.

A. LA REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA COSA

Cuando el vendedor no cumple la obligación de entregar al comprador la cosa en estado de conformidad al contrato (con las cualidades que debe tener según el contrato), el comprador puede exigirle la subsanación del defectuoso cumplimiento inicial, mediante la reparación de la misma o a través de su sustitución por

otra conforme (así art. 46 CISG). Este derecho del comprador nos plantea dos cuestiones:

- (a) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las medidas de cumplimiento (reparación, sustitución de la cosa)?
- (b) ¿Son aplicables tales medidas a todas las ventas, incluidas las específicas?

Si pensamos en la función típica del contrato de compraventa, puede resultarnos extraño que de este contrato y, especialmente, en una venta específica, pueda surgir, naturalmente (sin pacto especial), un remedio como el de reparar o sustituir la cosa; máxime, si consideramos a tal deber incluido en la pretensión de cumplimiento. Porque, como ya he señalado, en la venta específica, reparar o sustituir la cosa no es contenido originario del crédito del comprador, referido a la entrega de una cosa conforme al contrato; es un remedio surgido, *a posteriori*, cuando el vendedor incumple su obligación, y de algún modo traspasa el contenido primario del derecho de crédito. Sin embargo, este remedio es hoy reconocido al comprador. Y este hecho nos lleva a preguntarnos: ¿cuál es su naturaleza y función?

La reparación o sustitución de la cosa se dirigen a satisfacer «in natura» el interés del comprador en obtener la cosa en estado de conformidad con el contrato. Implican imponer una obligación de hacer al deudor (reparar, sustituir). Son un remedio que se sitúa en la órbita de la pretensión de cumplimiento y no en la órbita de la indemnización de daños, pero que traspasa, como he dicho, el contenido inicial del derecho de crédito (entregar la cosa, en estado de conformidad) e impone un hacer complementario, orientado a subsanar el defectuoso cumplimiento inicial.

Podría pensarse que la reparación o sustitución, más que en una extensión o transformación de la pretensión de cumplimiento, consisten en una indemnización «in natura». En este caso este remedio se situaría en la órbita de la pretensión indemnizatoria. Para aplicarlo deberían darse los presupuestos jurídicos de esta, y podría excluirse en caso de exoneración del deber de indemnizar. Pero en realidad no es así. Este remedio se sitúa en la pretensión de cumplimiento; sus presupuestos y sus límites no son los de la pretensión indemnizatoria. Tiene límites propios (art. 46 II, III CISG), aunque no siempre se reconozca así.

La sustitución de la cosa es una medida de cumplimiento cuya aplicación a la compraventa específica puede plantear alguna dificultad. Aunque admitamos que en el modelo de la CISG ha desaparecido la diferencia entre la compraventa específica y la genérica, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad nos obliga a

admitir que el interés del comprador solo pueda ser satisfecho con un bien determinado, si así resulta del contrato.

La sustitución de la cosa, en principio, es una medida de subsanación aplicable a la venta específica. Pero por razón de la naturaleza de esta venta, su aplicación ha de producirse del modo siguiente. Si la venta es realmente específica, si, por virtud del contrato, el interés del comprador solo puede ser satisfecho con el objeto vendido, el vendedor no podrá imponer al comprador la sustitución del mismo por otro que no sea del interés del comprador. Pero, en cambio, el comprador, como árbitro de su propio interés, podrá pedir al vendedor la sustitución de la cosa, si esto resulta razonable.

B. LA RESOLUCIÓN

Resolución y redhibición, como ya he señalado, guardan entre sí relación, en cuanto a sus efectos. Pero la función del sistema de remedios en que cada una y otra se inserta hace que entre ellas existan algunas diferencias. Podemos encontrar diferencias en cuanto a su efecto desvinculador y en cuanto a su efecto restitutorio.

a) *Eficacia desvinculadora*

La eficacia desvinculadora de la resolución no excluye, hoy, la indemnización del interés positivo del comprador (interés en recibir la cosa conforme a las exigencias del contrato). Para que ello sea posible, la resolución no puede producir un efecto desvinculador completo, como el de la redhibición (incluso en los casos de dolo del vendedor).

Hoy se admite que en caso de resolución la vinculación subsiste en cuanto a determinadas cláusulas del contrato (por ejemplo, cláusulas penales, de arbitraje). Pero la subsistencia de la vinculación contractual debe extenderse, más allá de tales cláusulas, al núcleo de la vinculación contractual; a la obligación del vendedor (del deudor) de satisfacer el interés del comprador, mediante la indemnización del interés positivo. Si se indemniza el interés positivo, cosa que hoy no se discute, la resolución solo ha de liberar al vendedor (deudor) del deber de prestación, pero no de satisfacer el interés del comprador (acreedor) a través de la indemnización.

Lo que acabo de señalar pone de manifiesto la necesidad de revisar el concepto de obligación manejado en los sistemas continentales. Resulta inadecuado construir la obligación, exclusivamente, en torno al deber de prestación. Es más conveniente, porque

refleja mejor lo que hoy es, construirla como una vinculación dirigida a la satisfacción del interés del acreedor, por medio de la prestación o a través de la indemnización.

b) *Eficacia restitutoria y enriquecimiento sin causa*

La compatibilidad entre la resolución del contrato y la indemnización del interés positivo plantea una importantísima cuestión. ¿Cómo se justifica, en la lógica de la conmutatividad del contrato, que, en caso de resolución, el vendedor siga obligado a garantizar, por medio de la indemnización, la satisfacción del interés (positivo) del comprador, sin recibir de este nada a cambio?

Conviene recordar que, en la responsabilidad contractual, la pretensión de indemnización no se basa, directamente, en la ley, como en la responsabilidad extracontractual, sino en el contrato. Es una consecuencia de la vinculación contractual. En los contratos conmutativos, como es la compraventa, la indemnización se justifica en la contraprestación recibida. En nuestro caso, la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad de la cosa se justifica en el precio cobrado por ella. El precio no solo es la contraprestación recibida a cambio de la cosa vendida, sino también la contraprestación de la garantía de satisfacción del interés del comprador, por medio de la indemnización, en caso de incumplimiento.

En la medida en que la resolución del contrato (p. ej., por falta de conformidad de la cosa) obligue al vendedor a restituir completamente el precio recibido por la cosa (aunque, ciertamente, recuperando la cosa), el vendedor vuelve a ser situado, en cuanto al intercambio, en la posición inicial, previa al contrato, y, sin recibir nada a cambio, queda obligado a indemnizar el interés del comprador en obtener la cosa conforme al contrato. El valor de la indemnización puede ser superior al de la propia cosa.

En el intercambio de la compraventa, el comprador paga el precio para obtener la cosa o, alternativamente, la indemnización del daño que le supone no haberla obtenido (en el estado de conformidad). Para obtener la cosa (entrega, corrección del incumplimiento) necesita pagar el precio. ¿Por qué no, para obtener indemnización por la insatisfacción de su interés? En la lógica de la conmutatividad del contrato, en la que se inserta el deber de indemnización, resulta necesario que el vendedor obtenga, por vía de contraprestación, o, si por esta no fuera posible, al menos por otra, una ventaja económica que justifique su deber de indemnización.

Este efecto económico se puede conseguir corrigiendo el enriquecimiento injustificado que pueda obtener el acreedor, mediante la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Esta corrección la hacemos en el momento de liquidar los daños, al calcular su cuantía. Hemos de restar, de la suma a la que ascienda, en cada caso, el daño indemnizable del comprador, la cuantía a la que ascienda la ventaja que le ha proporcionado también a él, recuperar el precio pagado. Lo que es lo mismo, la ventaja económica que le ha dado el ejercicio de la resolución. De este modo se evita un enriquecimiento sin causa del comprador, contrario a la lógica de la conmutatividad del contrato.

C. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

Me voy a referir, ahora, a algunos aspectos relacionados con la aplicación del remedio de la indemnización de daños, en los casos de falta de conformidad de la cosa.

Bajo el régimen del saneamiento por vicios, como sabemos, el vendedor de buena fe (que desconoce la existencia de los defectos de la cosa) no garantiza al comprador la satisfacción de su interés positivo, por medio de la indemnización. La introducción por la CISG del remedio indemnizatorio, como un efecto natural del contrato de compraventa, aun siendo el vendedor de buena fe y no existiendo promesa de garantía, supone una novedad con respecto al sistema del saneamiento.

Según la CISG, la entrega de una cosa no conforme al contrato supone un incumplimiento del vendedor. Esto permite al comprador, sin acreditar otro requisito, exigirle indemnización de los daños que por esa causa se le han producido (art. 74 CISG). Pero el vendedor puede exonerarse, si existe causa para ello (art. 79 CISG). Las causas de exoneración admitidas son, en nuestro caso, el mecanismo jurídico de reparto entre los contratantes del riesgo de falta de conformidad de la cosa.

Dejando a un lado la inversión de la carga de la prueba, el problema de fondo consiste en saber bajo qué circunstancias debe poder exonerarse el vendedor de buena fe (que ignora que la cosa vendida no es conforme al contrato) del daño producido por la falta de conformidad de la cosa; daño que se puede manifestar tanto en la insatisfacción del interés positivo del comprador, como en la lesión del interés de conservación de sus otros bienes.

En el derecho angloamericano, la responsabilidad del vendedor en cuanto a la conformidad de la cosa es de carácter estricto, no

admite exoneración. Así, el Uniform Commercial Code (UCC)³² solo prevé exoneración en caso de retraso o de falta de entrega³³. Lo mismo sucede en el Derecho inglés, según recuerda Treitel³⁴.

La CISG se aproxima a este modelo estricto de responsabilidad; aunque, a decir verdad, la redacción del art. 79 (1) CISG deja abierta, en alguna medida, la posibilidad de discusión. Por un lado, a diferencia del UCC, no limita las manifestaciones del incumplimiento que admiten exoneración; es posible la exoneración en todas ellas, también, en caso de falta de conformidad³⁵. Pero, de otro lado, solo admite como causa de exoneración obstáculos o impedimentos del cumplimiento situados fuera del control del deudor (vendedor). Esto hace pensar en causas o eventos extrínsecos³⁶ a él. El error del vendedor sobre la falta de conformidad inicial de la cosa no parece que pueda considerarse como un impedimento del cumplimiento, fuera de su esfera de control.

La generalización del modelo de responsabilidad de la CISG a ventas distintas de las reguladas por ella plantea una importante cuestión. El modelo estricto de responsabilidad por falta de confor-

³² § 2-615. *Excuse by Failure of Presupposed Conditions.*—Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) *Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller that complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.*

(b) *Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.*

(c) *The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.*

³³ HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 1987, núm 427, pp. 426-427.

³⁴ TREITEL, *The Law of Contract*¹¹, p. 839.

³⁵ «A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves...». Así lo destaca HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 1987, núm 427, pp. 426-427: esa redacción suscita dudas.

³⁶ El proceso de discusión del art. 79 CISG y el previo del art. 74 ULIS pone de manifiesto la importancia (la fuerza normativa) que quiere atribuirse al término «impediment». El debate comienza en la elaboración de la ULIS. La discusión se centra entre el uso del término «obstacle», que limita las posibilidades de exoneración, o el término «circumstances», que con su mayor flexibilidad extiende las posibilidades de exoneración del deudor. Son los representantes alemanes los que apoyan este segundo término, que permite introducir criterios subjetivos de culpabilidad en el juicio de exoneración. Al final se utiliza el término «circumstances». Pero en el art. 79 (1) CISG al utilizar el término «impediment», refleja un criterio más objetivo de exoneración. Sobre este punto encontramos información en: HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 1987, núm. 427, pp. 426-427.

midad ¿debe extenderse a todas las ventas, con independencia de los sujetos que intervengan en ellas?

Creo que no, pues la característica del nuevo modelo es utilizar un concepto unitario de incumplimiento y un sistema articulado de remedios, pero admite cierta flexibilidad en la configuración del supuesto de cada remedio. Las causas de exoneración del deber de indemnizar pueden ser diferentes.

Consideremos, a modo de ejemplo, tres tipos de ventas: (a) entre empresarios, (b) entre empresarios y consumidores, (c) entre particulares. Me voy a limitar a hacer una aproximación básica a la problemática de cada una de ellas, en el punto que considero.

(a) Si se trata de ventas internas entre comerciantes, podemos adoptar el modelo estricto de responsabilidad de la CISG, aplicable a las ventas internacionales. Pues el carácter internacional de las ventas reguladas en la CISG no impone un mayor nivel de responsabilidad del vendedor que el de las ventas internas entre comerciantes.

(b) Si se trata de ventas entre un empresario y un consumidor, la cuestión está en saber si una correcta política de protección de los consumidores, desarrollada en el marco de una adecuada ordenación del mercado, exige que los vendedores (minoristas) respondan (indemnizen), de modo estricto, de la falta de conformidad de los bienes puestos en el mercado; incluso cuando desconocen la falta de conformidad o el peligro de los bienes, y tales anomalías se han generado en otros sujetos.

En este punto puede ilustrar la referencia a los datos normativos de la Unión Europea para advertir que la protección de los consumidores en el marco de una adecuada ordenación del mercado no han impuesto hasta ahora una responsabilidad de carácter estricto de los vendedores (minoristas) de bienes de consumo. Pero esto puede cambiar.

(1º) El primer dato se refiere a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos o no seguros. Son daños al interés de integridad, que podrían ser indemnizados por el vendedor que entrega una cosa no conforme, a través de la responsabilidad contractual, pero que, en el Derecho europeo, no se ha previsto, hasta ahora, que sea el vendedor el que los indemnice. Según la Directiva Dir. 374/1985, de 25 julio 1985³⁷ el empresario

³⁷ Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Diario Oficial Comunidades Europeas (DOCE) 210/1985, de 7 de agosto de 1985.

vendedor de buena fe no responde normalmente (art. 3) de los daños causados al interés de integridad del consumidor (art. 9); responde el fabricante o el importador.

La CISG, por el contrario, no excluye la responsabilidad del vendedor, por los daños causados por la mercancía no conforme, a los bienes patrimoniales del comprador. Así resulta del art. 74 CISG, que consagra el principio de indemnización integral del daño causado, salvo el no previsible al tiempo de contratar; aunque queda fuera del ámbito de aplicación de la CISG la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones causadas a una persona, incluido el comprador, por las mercaderías vendidas (art. 5 CISG).

(2º) El segundo dato nos lo ofrece la Directiva Dir. 44/1999 de 25 mayo 1999³⁸, referida a los remedios del comprador, consumidor, en los casos de falta de conformidad de la cosa, en las ventas de consumo. En esta Directiva apreciamos dos puntos significativos en la cuestión que nos ocupa:

Primero, que, en el sistema de protección del comprador que diseña, no incluye el remedio de la indemnización. Respeta las normas nacionales aplicables a estas ventas, referentes a la responsabilidad contractual o extracontractual³⁹.

Además de los daños al interés de integridad, a los que se refiere la Directiva de Productos (daños personales o a otros bienes), y tienen, por tanto, su propia regulación en el Derecho europeo, existen otros daños cuya indemnización hubiera podido ser considerada en la Directiva 44/1999, por ser indemnizables en el marco de la responsabilidad contractual y, seguramente, los más propios de ella. Por ejemplo: la pérdida de utilidad producida al comprador por la falta de conformidad de la cosa; el coste de la reparación de la misma, encargada por el comprador para ponerla en conformidad, cuando el vendedor hubiera debido hacerlo y no lo hizo. Pero la indemnización de estos daños se deja exclusivamente para el derecho interno.

³⁸ 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. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) 171/1999, de 7 de julio de 1999.

³⁹ «... conviene aproximar las legislaciones nacionales sobre la venta de bienes de consumo en este aspecto, aunque sin afectar a las disposiciones y principios de las legislaciones nacionales relativos a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual» (Considerando 6). «Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual» (art. 8.1).

Segundo, que la Directiva 44/1999 de 25 mayo 1999 plantea, incluso en sus considerandos, la posibilidad de establecer en el futuro la responsabilidad directa⁴⁰ del productor⁴¹.

Esto nos permite extraer una conclusión. En la actual regulación europea de las ventas de consumo no se ha impuesto al vendedor el deber de garantizar al comprador la satisfacción del interés positivo, por medio de la indemnización. Pero sí el de garantizarle la satisfacción «in natura» de su interés en recibir una prestación conforme al contrato. Esto a través de las medidas de cumplimiento: reparación o sustitución. La regulación europea se inserta, por tanto, en el tercer modelo, por razón de la pretensión de cumplimiento, no por la indemnizatoria. Si bien es cierto que, al no excluirse la indemnización, lo que hace la regulación europea es dejar a cada Estado miembro su regulación.

Esta situación puede cambiar si llega a aprobarse la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (Bruselas, 11.10.2011), y se utiliza (instrumento opcional).

c) En las ventas entre particulares, creo, con mayor razón, que resulta necesario limitar el alcance de la responsabilidad contractual del vendedor, tanto en cuanto al daño manifestado en la insatisfacción del interés positivo del comprador, por la falta de conformidad de la cosa, como en el referido a su interés de integridad o de conservación (daños a otros bienes patrimoniales, daños personales). Con respecto al daño en la propia cosa, puede quedar cubierto a través de la resolución o de la reducción del precio (si se ha comprado a precio de mercado y éste permanece estable). Esta limitación no se refiere, por supuesto, al vendedor de mala fe o al que haya prometido o asegurado el estado de conformidad de la cosa.

Tal limitación se puede producir por dos vías diferentes. A través de la limitación de la cuantía total de la indemnización o ampliando (configurando de modo amplio) las causas de exoneración.

⁴⁰ «Considerando que la legislación y la jurisprudencia en este ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; que, a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable» (Considerando 23). «A más tardar el 7 de julio de 2006, la Comisión procederá al examen de la aplicación de la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe examinará, entre otros elementos, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, si procede, irá acompañado de propuestas» (art. 12).

⁴¹ Es productor: «el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo» (art. 1. d).

(1) El art. IV.A.- 4:202 DCFR⁴² prevé una limitación de la cuantía de la indemnización. En los casos en los que el vendedor es un particular, que no actúa como empresario o profesional, la indemnización de los daños por falta de conformidad no puede exceder del precio⁴³.

(2) La otra posible vía para limitar los daños indemnizables consiste en adaptar los criterios de imputación subjetiva de responsabilidad en las ventas entre particulares, tomando en consideración la conducta que pueda serle exigible al vendedor y evitando imputarle responsabilidad de modo objetivo (por el hecho de que la causa del incumplimiento se sitúe en su esfera de riesgos).

Tal vez pudiera utilizarse un criterio de imputación parecido al que utilizan los PECL⁴⁴ en el marco de la responsabilidad precontractual. Los PECL consideran el caso en que un contratante ha celebrado un contrato confiando en la información incorrecta que le ha proporcionado la otra parte, y prevén, en ese caso, el deber de indemnización del interés negativo por parte del contratante que, incluso de buena fe, suministró la información (art. 4:117 PECL). Pero permiten la exoneración, si la parte que suministró la información tuviera razones para creer que la información era exacta (art. 4:106 PECL). Este criterio toma en cuenta la conducta exigible al sujeto y, por tanto, se mueve dentro de los parámetros de la responsabilidad por culpa.

⁴² *Draft Common Frame of Reference* [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law].

⁴³ Art. IV.A.-4:202 DCFR: *Limitation of liability for damages of non-business sellers. (1) If the seller is a natural person acting for purposes not related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to damages for lack of conformity exceeding the contract price. (2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time.*

⁴⁴ *Principles of European Contract Law.*

Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia

ESTHER GÓMEZ CALLE*
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El régimen del incumplimiento contractual en el vigente Código civil español precisa una profunda reforma. La PMCC acomete esta tarea con el propósito de adecuar dicho régimen a las necesidades del tráfico actual teniendo muy en cuenta las tendencias plasmadas en este sector jurídico en diversos textos internacionales que, con un alcance muy diverso, han sido publicados en los últimos años (la CSIG, los Principios UNIDROIT, los PECL y las Directivas europeas, fundamentalmente).

De acuerdo con este modelo, la PMCC acomete la modernización de la regulación del incumplimiento contractual sobre dos bases fundamentales: de un lado, el establecimiento de un concepto unitario, amplio y neutro de incumplimiento; de otro, la sistematización articulada de los diversos remedios con que cuenta el acreedor para hacer frente al incumplimiento del deudor: a saber, la suspensión cautelar de la ejecución de la propia prestación, la pretensión de cumplimiento, la reducción del precio, la resolución y la indemnización de daños y perjuicios. Partiendo todos ellos de un presupuesto común (el incumplimiento entendido en sentido amplio), cada remedio

* Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Este artículo se inscribe en la Acción Complementaria DER2011-14527-E, y trae causa de la conferencia pronunciada en el IV Congreso de Derecho Civil catalán, «Desarrollo y revisión del Derecho Civil de Cataluña», en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, el día 30 de noviembre de 2011.

cuenta con su propio supuesto de hecho, de modo que algunos solo pueden hacerse valer cuando el incumplimiento reúne ciertos caracteres específicos (como la esencialidad o la inexcusabilidad).

Casi al mismo tiempo que la PMCC, se publicó la versión definitiva del DCFR, último texto internacional en el que se regulan también de forma general los remedios frente al incumplimiento contractual. Este trabajo se sirve del análisis del DCFR como contrapunto del estudio de la PMCC. Puesto que el DCFR es fiel al nuevo modelo de responsabilidad contractual plasmado en textos anteriores como los ya mencionados CSIG, Principios UNIDROIT o PECL, son muchas las coincidencias que existen entre él y la PMCC. Sin embargo, la comparación también arroja algunas diferencias cuya consideración enriquece el análisis que se aborda en este estudio.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento del contrato. Responsabilidad contractual. Responsabilidad del deudor por sus auxiliares. Incumplimiento causado por el acreedor. Remedios frente al incumplimiento. Suspensión de la prestación. Pretensión de cumplimiento. Reducción del precio. Resolución. Indemnización de daños y perjuicios.

SUMARIO: I. *El estado de la cuestión en nuestro país: la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos.*—II. *El incumplimiento como presupuesto común a todos los remedios.* 1. El concepto de incumplimiento que se baraja: unitario, amplio y neutro. 1.1 La PMCC. 1.2 El DCFR. 2. La responsabilidad del deudor por sus auxiliares para el cumplimiento. 3. El incumplimiento causado por el acreedor.—III. *Los concretos remedios para el incumplimiento.* 1. Consideraciones generales. 1.1 La PMCC. 1.2 El DCFR. 2. La suspensión del cumplimiento por parte del acreedor. 2.1 La PMCC. 2.2 El DCFR. 3. La pretensión de cumplimiento. 3.1 Previo. 3.2 Obligaciones dinerarias. 3.3 Obligaciones no dinerarias. Régimen general. 3.3.1 Causas que excluyen la pretensión de cumplimiento. 3.3.2 La relación de la pretensión de cumplimiento con el remedio indemnizatorio. 3.3.3 Reparación y sustitución como posible contenido de la pretensión de cumplimiento. 3.3.4 El *ius variandi* del acreedor. 3.4 Algunas obligaciones no dinerarias en particular. 4. La reducción del precio. 5. La resolución del contrato. 5.1 Ámbito de aplicación. 5.2 Incumplimientos resolutorios. 5.2.1 El incumplimiento esencial. 5.2.2 El retraso o la falta de conformidad en el cumplimiento. 5.2.3 El incumplimiento esencial anticipado. 5.3 El ejercicio de la facultad resolutoria. 5.4 La pérdida de la facultad resolutoria. 5.5 Efectos de la resolución. 5.5.1 El efecto liberatorio. 5.5.2 El efecto restitutorio. 5.6. La indemnización de daños en caso de resolución. Remisión. 6. La indemnización de daños y perjuicios. 6.1 Pretensión indemnizatoria y demás remedios. 6.2 Presupuestos de la pretensión indemnizatoria y exoneración del deber de indemnizar. 6.2.1 Enumeración de los presupuestos. 6.2.2 Los criterios de imputación subjetiva. 6.2.3 La responsabilidad del deudor de cosa determinada procedente de delito o falta. 6.3 Los daños resarcibles. 6.4 La extensión del daño indemnizable. 6.5 El deber del acreedor de mitigar el

daño. 6.6 Los pactos sobre el deber de indemnizar. 6.7 La indemnización de daños en caso de resolución.—IV. Valoración final.—Bibliografía.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO PAÍS: LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. En nuestro país hace ya bastante tiempo que viene llamándose la atención acerca de la necesidad de revisar y modernizar la regulación que contiene el Código civil del incumplimiento contractual y de los remedios frente al mismo¹. Un destacado sector de nuestra doctrina (del que son reputados representantes Díez-Picazo, Morales Moreno o Pantaleón) ha venido destacándolo así desde hace un par de décadas, tratando al mismo tiempo de sentar las bases sobre las que debería apoyarse la reconstrucción de esta materia. Nuestra jurisprudencia tampoco ha sido ajena a este movimiento, y ha tratado de adaptarse a las nuevas necesidades del tráfico jurídico en la medida en que los viejos textos del Código civil se lo han ido permitiendo, poniendo de manifiesto cómo en ellos se encuentran presentes en buena medida las soluciones con las que actualmente se aspira a modernizar este sector de nuestro ordenamiento².

2. La Sección Primera, de Derecho civil, de la Comisión General de Codificación forzosamente tenía que ser sensible a esta necesidad (la preside Díez-Picazo y entre sus miembros se encuentran Pantaleón y Morales Moreno). Por eso la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y

¹ Tal y como señala MORALES MORENO («¿Es posible...», p. 402), «[r]emedio es toda medida de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto en una determinada situación, frente a la lesión de un interés. Tales medidas pueden consistir en *pretensiones* (que atribuyen al legitimado la facultad de exigir a otro sujeto un dar, hacer o no hacer algo, pudiendo utilizar, incluso, una acción para hacer efectivo su contenido; por ejemplo, la pretensión indemnizatoria), o en *derechos potestativos* (que atribuyen al legitimado la facultad de modificar, por medio de su voluntad, una situación jurídica; por ejemplo, la anulación, la resolución)».

² Así lo señala MORALES MORENO, avalando su opinión con el análisis de la evolución jurisprudencial en estas materias («Evolución...», pp. 29 y 35 y ss.).

El afán modernizador del TS es tanto más perceptible desde que existen importantes textos internacionales, de muy diverso alcance, en esta materia, tales como la Convención de Viena sobre la Venta Internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT o los Principios de Derecho europeo de contratos, que con cierta frecuencia son invocados por el Alto Tribunal, además de por las Audiencias Provinciales, como reglas que ofrecen criterios válidos para interpretar algunas normas de nuestro Derecho vigente; para justificarlo suele invocarse el art. 3.1 CC, en cuanto admite como criterio interpretativo la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. *Vid.* a este respecto PERALES VISCASILLAS, «Aplicación jurisprudencial...», pp. 453 y ss., y Díez-PICAZO, «Tribunal Supremo...», pp. 79 y ss.

contratos (en adelante, PMCC), elaborada por dicha Sección y publicada en 2009³, otorga especial atención a esta materia, que puede considerarse una de las que mayor importancia revisten en la Propuesta; así, dentro del Título I del Libro IV (cuyas rúbricas coinciden con las del actual CC), se dedica el Capítulo VII (arts. 1188 a 1212 PMCC) a la regulación del incumplimiento, que se desarrolla en cinco Secciones, la primera con unas disposiciones generales, y las siguientes referidas a cada uno de los concretos remedios que se arbitran. La regulación de la PMCC en este punto persigue las dos finalidades que presiden todo el texto⁴: en primer término, establecer reglas acordes a las necesidades actuales y que sirvan al desarrollo económico; y, en segundo lugar, aproximar el Derecho español a los ordenamientos europeos; en este sentido se mencionan específicamente diversos textos internacionales de fundamental trascendencia en las materias contempladas por la PMCC, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías (en lo sucesivo CSIG), adoptada en 1980 y ratificada por España en 1990, siendo Derecho aplicable en nuestro país desde 1991; los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (Principios UNIDROIT), cuya última edición es de 2004; los Principios de Derecho europeo de contratos (en adelante, PECL), cuyas partes primera y segunda fueron publicadas en 2000, mientras que la tercera lo fue en 2003, y las Directivas comunitarias en contratos de consumo; también se alude específicamente a la reforma operada en Alemania mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2001. A los dos fines generales señalados aún cabría añadir otro, tal y como ha destacado Roca Trías⁵: se pretende establecer en los Títulos I y II del Libro IV del CC unas bases de las obligaciones contractuales a los efectos del art. 149.1.8.º CE⁶.

Movida por los indicados fines, la PMCC regula la materia que aquí interesa con notables diferencias respecto del régimen actualmente vigente. En la situación actual⁷, y dicho sea de forma muy sintética, el Código civil no dedica ninguna norma a definir direc-

³ La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos se publicó en el Suplemento del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009.

⁴ Según su Exposición de Motivos, apartado IV.

⁵ «El incumplimiento...», p. 7.

⁶ *Vid.* el apartado X de la Exposición de Motivos de la PMCC.

⁷ Sobre las debilidades del sistema de responsabilidad contractual que ofrece el Código civil, *vid.* MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 22 a 25; también ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», pp. 4 y 5.

ta y unitariamente el incumplimiento (aunque una definición pueda deducirse de los incisos finales del art. 1101 o del art. 1124.ICC o de una interpretación *a contrario* del art. 1157 CC⁸); deja fuera del ámbito del incumplimiento los supuestos de imposibilidad originaria de la prestación o de saneamiento; regula los remedios frente al incumplimiento de manera fragmentaria y dispersa⁹; compagina los remedios de orden general con los específicos de ciertos contratos, dando lugar a no pocas dudas acerca de la conciliación de unos y otros (piénsese, por poner un ejemplo significativo, en la traumática relación entre el régimen de las acciones edilicias y la resolución *ex art.* 1124 CC). Por si esto fuera poco, y en el concreto ámbito de la compraventa, a las normas del Código civil se han venido a sumar en los últimos años las regulaciones contenidas en la CSIG y en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (incorporada ya al Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)¹⁰, que consagran una regulación en línea con las últimas tendencias modernizadoras, dando lugar a la convivencia de dos modelos ciertamente diferentes, cada uno con su propio ámbito de aplicación (de un lado, la compraventa del Código civil y, de otro, la compraventa internacional de mercaderías y la celebrada con consumidores)¹¹.

3. El tratamiento del incumplimiento contractual en los códigos del siglo XIX es calificado por la PMCC de «especialmente insuficiente» y por eso en ella se somete a una importante revisión. En este sentido se señala en su Exposición de Motivos¹²: «El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado *favor debitoris* no es el mejor de los remedios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido

⁸ En cualquier caso, falta en el Código civil un desarrollo coherente de una idea unitaria de incumplimiento: MORALES MORENO, «Evolución...», p. 36; *vid.* también FENOY PICÓN, «La modernización...», nota 41 de p. 69.

⁹ Las normas generales se encuentran repartidas entre los arts. 1094 y ss. —«De la naturaleza y efecto de las obligaciones»—, arts. 1182 a 1186 —«De la pérdida de la cosa debida»— y arts. 1122, 1123.II y 1124 —entre las reglas de las obligaciones condicionales— (MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 23 y 24).

¹⁰ La Ley 23/2003 transpuso a nuestro ordenamiento la Directiva 1999/44/CE; esta Directiva se ha visto recientemente modificada por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores.

¹¹ A esta situación hace referencia Díez-PICAZO, «La Propuesta...», p. 3. La Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, de hecho, abordó la reforma del contrato de compraventa en un trabajo previo a la PMCC, al que aludimos más adelante (*infra*, nota 27); la PMCC solo contiene unos pocos preceptos relativos específicamente a la compraventa.

¹² Apartado VIII.

culpable, sino que solo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor, salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial. Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento». En un pasaje previo, la misma Exposición de Motivos¹³ hace notar: «En el ámbito del incumplimiento se dota al acreedor de los instrumentos adecuados para restablecer el orden jurídico tales como la suspensión cautelar de la realización de su propia prestación, las acciones de cumplimiento, reducción del precio, resolución y finalmente la de resarcimiento de daños y perjuicios».

Puede decirse que en la PMCC se plasman los dos elementos sobre los que, en opinión de Morales Moreno¹⁴, se vertebra el nuevo sistema de responsabilidad contractual (entendida ésta en un sentido amplio, que es el que emplearé cuando no indique lo contrario)¹⁵: esos dos elementos son un concepto unitario de incumplimiento y un sistema articulado de remedios¹⁶. Así, como líneas directrices de la PMCC cabría mencionar las siguientes:

a) Se consagra un concepto general (o unitario), amplio y neutro de incumplimiento. La imposibilidad originaria constituye un supuesto más de incumplimiento, al igual que los casos de saneamiento y la imposibilidad sobrevenida; en este sentido, la teoría de los riesgos deviene innecesaria, quedando sustituida por el régimen de responsabilidad contractual. Se prescinde del tratamiento separado de la *mora debitoris*, y pasa a contemplarse el retraso como un incumplimiento más.

b) Los remedios frente al incumplimiento se sistematizan y se regulan de forma ordenada y bastante completa; pasa a configurarse como remedio general alguno regulado hasta ahora solo en el marco de determinados contratos (así, la reducción del precio); aun

¹³ Apartado V.

¹⁴ «Evolución...», p. 17.

¹⁵ En este sentido amplio, la responsabilidad contractual alude al conjunto de remedios de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento del contrato, y no se circunscribe únicamente al remedio indemnizatorio y a la pretensión de cumplimiento; MORALES MORENO («Evolución...», p. 21) preconiza esta forma amplia de entender la noción de responsabilidad contractual, como la más acorde al nuevo enfoque del incumplimiento.

¹⁶ Comparten este mismo planteamiento otros autores, como FENOY PICÓN, «La modernización...», p. 69, y los allí citados (en la nota 40).

partiendo del presupuesto común del incumplimiento, cada uno de los remedios cuenta con su propio y específico supuesto de hecho; las causas de exoneración difieren: las aplicables a uno no tienen por qué excluir otro remedio distinto.

c) En cuanto a la relación entre los diversos remedios, no se establece un orden de prioridad entre ellos: el acreedor puede optar por aquel que prefiera siempre que se den sus presupuestos; se parte de la compatibilidad del remedio indemnizatorio con los demás.

4. Es evidente –la misma PMCC lo reconoce en su Exposición de Motivos– que en la redacción de sus reglas sobre el incumplimiento han influido muy significativamente los textos internacionales a que ya antes he hecho referencia¹⁷; también se han tenido en cuenta las aportaciones de nuestra jurisprudencia y de la doctrina que últimamente ha trabajado por la modernización de nuestro Derecho de obligaciones y contratos (muchos de cuyos representantes son, como ya se ha dicho, miembros de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación). Por razones puramente cronológicas, la PMCC, difundida a comienzos de 2009¹⁸, no ha podido tomar en consideración otros textos que aún no se habían concluido cuando aquella se estaba redactando o que han visto la luz con posterioridad; con todo, sus autores debían ser muy conscientes de los pasos que se seguían dando para la armonización en Europa de este sector del ordenamiento jurídico¹⁹. En este contexto resulta de mención obligada el borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), cuya versión definitiva se publicó en 2009²⁰. Aún más recientemente, el 11 de octubre de 2011, la Comisión europea ha dado a conocer una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (*Common European Sales Law*, CESL)²¹, que se concibe como un instrumento opcional al que las partes del contrato pueden decidir someterse;

¹⁷ FENYO PICÓN hace un detallado seguimiento de ello en «La modernización...», pp. 67 y ss.

¹⁸ El Anexo de la Propuesta informa de que las reuniones conducentes a la misma se celebraron desde noviembre de 1994 hasta mayo de 2008.

¹⁹ Por eso la Exposición de Motivos, al referirse a la necesidad de acercar nuestro Derecho a los ordenamientos europeos para facilitar las operaciones transfronterizas, añade: «Y todo ello, en espera de una unificación de las normas de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse» (apartado IV al final).

²⁰ Esta versión con sus comentarios y notas puede consultarse en *Principles, Definitions y Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), edited by Christian von Bar and Eric Clive, 6 vols., Sellier, München 2009. Un año antes, en 2008, se había difundido una versión provisional (*Interim Outline Edition*).

²¹ Se puede acceder al texto de la CESL en http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm.

la CESL contempla únicamente los remedios frente al incumplimiento de los contratos que regula, que son el contrato de compraventa, el de suministro de contenido digital y los contratos de servicios conectados a los anteriores (mediante los cuales el vendedor ofrece al comprador, *v. gr.*, la instalación, reparación o mantenimiento del objeto vendido). Por esta razón, el enfoque que adopta el DCFR es más amplio, pues en él se regulan los remedios frente al incumplimiento de las obligaciones en general. En la exposición que sigue tendré en cuenta únicamente el DCFR cuando analice el contenido de la PMCC, por darse en él la doble circunstancia de tratarse de un texto posterior a la Propuesta y que recoge una regulación de alcance general. Atenderé fundamentalmente, dentro del Libro III del DCFR («*Obligations and corresponding rights*»), a su Capítulo 3, dedicado a los remedios para el incumplimiento.

El DCFR también parte de un concepto unitario y neutro de incumplimiento [art. III.-1:102 (3)], para articular después ordenadamente (en el Capítulo 3 del Libro III) un sistema de remedios cuya aplicación presupone en ocasiones algún requisito adicional al básico del incumplimiento. En esta medida, su modelo coincide con el de la PMCC.

5. Antes de seguir adelante, conviene advertir que en estas páginas empleo normalmente los términos de acreedor y de deudor para referirme a la parte del contrato que, respectivamente, tiene derecho a o está obligada al cumplimiento. Se trata de la terminología que utilizan tanto la PMCC como el DCFR en términos generales.

II. EL INCUMPLIMIENTO COMO PRESUPUESTO COMÚN A TODOS LOS REMEDIOS

1. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO QUE SE BARAJA: UNITARIO, AMPLIO Y NEUTRO

1.1 La PMCC

El concepto de incumplimiento que maneja la PMCC se desprende de sus arts. 1153 y 1188.I; según el primero, «[n]o se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía»; conforme al segundo, «[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten».

De lo dicho resulta que hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato²²; no importa cuál sea la causa de ello; puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación (art. 1303 PCMM)²³ o una imposibilidad sobrevenida²⁴; el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro²⁵ u objetivo de incumplimiento).

Se trata de ofrecer un concepto del mismo unitario y amplio, que sirva como base o supuesto común a todos los remedios, sin perjuicio de que, después, ese supuesto aparezca cualificado por una u otra condición adicional (como la de ser esencial o ser inexcusable) para justificar el recurso a uno u otro remedio concreto²⁶.

²² Sobre el concepto de incumplimiento en el nuevo modelo de responsabilidad contractual y sus implicaciones, *vid.* MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 29, 30 y 32 a 35. *Vid.* también, centrando el análisis en la PMCC, FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 69 y ss., y, siguiendo a ambos autores, GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», pp. 351 a 364.

Insisten Feno y Picón (*op. cit.*, p. 70) y García Pérez (*op. cit.*, p. 362) en que la noción de incumplimiento de la PMCC se caracteriza por que el mismo implica la *insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato* (lo que constituye una de las notas que Morales Moreno destaca del moderno concepto de incumplimiento –*Incumplimiento*, p. 30–): hay incumplimiento, no solo cuando el deudor no ejecuta deberes de conducta previstos en el contrato (deberes de prestación), sino también cuando no logra hechos o circunstancias presupuestos en el contrato y garantizados por un contratante al otro. En este sentido, García Pérez (*op. cit.*, pp. 362 y 363) observa que, aunque el concepto general de incumplimiento que maneja la PMCC pone el acento más en la falta de ejecución por el deudor de los deberes de conducta derivados del contrato que en la insatisfacción del acreedor, la nota de que estamos tratando resulta del «énfasis que se hace en la Propuesta en el propio concepto de obligación y en la regulación de los remedios o acciones de que dispone el acreedor»; así, en cuanto a lo primero, el art. 1088 PMCC dispone: «En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor»; en cuanto a lo segundo, la autora citada destaca que el sistema de remedios va dirigido a satisfacer ese mismo interés, de lo que ofrece buena muestra la resolución por incumplimiento anticipado, consagrada en el art. 1200.2 PMCC.

²³ La imposibilidad originaria no se concibe en la PMCC como causa de nulidad del contrato por falta de objeto; así resulta con toda claridad del primer inciso del art. 1303 PMCC, que dispone: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo»; cuestión distinta es que la validez del contrato puede verse afectada porque medie otra causa, distinta de la imposibilidad inicial, que autorice su impugnación, como puede ser un vicio del consentimiento (FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 109 y ss.).

En coherencia con el art. 1303 PMCC, el art. 1460.I PMCC establece para la compraventa, que «[l]a imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos».

²⁴ Sobre la cuestión de los riesgos vuelvo en seguida en el texto.

²⁵ Así, entre otros, FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 70 y 71.

²⁶ En palabras de MORALES MORENO (*Incumplimiento*, p. 30): «En el nuevo sistema de responsabilidad contractual, el incumplimiento es el supuesto básico de todos los remedios: de la pretensión de cumplimiento, de la suspensión del cumplimiento, de la resolución, de la reducción de la contraprestación, y de la indemnización de daños. Por eso hemos de configurarlo con los elementos mínimos necesarios para que pueda cumplir esa

Este amplio concepto permite tratar también como incumplimiento, y, por tanto, someter al mismo sistema general de responsabilidad contractual, los supuestos de saneamiento por vicios ocultos, evicción y cargas o gravámenes ocultos²⁷.

Asimismo, se trata de un concepto que hace inútil la doctrina del riesgo –que, como apunta Fenoy Picón²⁸, trata de la imposibilidad sobrevenida, definitiva y no imputable al deudor–, en la medida en que dicha doctrina queda absorbida en el ámbito operativo de la responsabilidad contractual²⁹. De este modo, en la compraventa, siendo obligación del vendedor entregar la cosa vendida y que esta sea conforme con el contrato (art. 1445 PCC), no hacerlo así, aunque sea por una imposibilidad de las características mencionadas, comporta incumplimiento de su parte y, por tanto, el comprador podrá hacer uso de los correspondientes remedios; por eso la PMCC modifica por completo el vigente art. 1452 CC (cuyo párrafo primero consagra la regla *periculum est emptoris*, según la interpretación dominante en nuestra doctrina), y, al igual que ya hiciera el art. 1452 PCC, lo redacta del siguiente modo:

«El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la reti-

función. Cada remedio puede tener, además, su propio supuesto, complementario, que se añade al genérico del incumplimiento. Así sucede en la indemnización de daños o en la resolución».

²⁷ La PMCC afecta a pocas reglas del contrato de compraventa; a este se refiere otra iniciativa de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación: la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa (en adelante, PCC), publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 1 de mayo de 2005, núm. 1988, pp. 2076 a 2092. El art. 1445 PCC regula las obligaciones básicas de las partes en los siguientes términos: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas». Consiguientemente, si la cosa entregada por el vendedor es no conforme (antes, vicios ocultos) o no está libre de derechos de un tercero no contemplados en el contrato (antes, evicción y cargas o gravámenes ocultos), hay un incumplimiento que legitima a la otra parte para hacer valer los correspondientes remedios; esta idea se plasma, para el caso de falta de conformidad, en el art. 1482 PCC, que autoriza al comprador a exigir el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato, además de, en su caso, exigir la indemnización de daños y perjuicios (que son los principales remedios frente al incumplimiento que contempla la PMCC); queda también claro que la falta de facultad de disposición del bien por parte del vendedor (v. gr., venta de cosa ajena) no provoca la nulidad del contrato (art. 1303 PMCC). Existen, con todo, algunas diferencias importantes entre la PCC y la PMCC en la materia que aquí interesa (*vid.* al respecto *infra*, número 5 del epígrafe 4.).

²⁸ «La modernización...», p. 76.

²⁹ MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 33 y 34, FENYO PICÓN, «La modernización...», pp. 76 a 80, y GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», pp. 358 y 359.

re del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla.

A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros³⁰.»

También en relación con el contrato de arrendamiento, el art. 1568 CC es modificado por la PMCC, que prescinde del deslinde entre pérdida de la cosa (con aplicación de los arts. 1182 y 1183 CC) e incumplimiento (arts. 1101 y 1124 CC), para limitarse a remitir a los arts. 1188 y ss. PMCC cuando cualquiera de los contratantes no cumpla lo estipulado³¹.

1.2 El DCFR

Como ya anticipé, el DCFR parte de un concepto de incumplimiento similar al de la PMCC. Su definición se encuentra en el art. III.-1:102 (3) DCFR: «*Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation*». A diferencia del art. 1188.I PMCC, el DCFR explicita que el incumplimiento no queda descartado porque sea excusable (concepto neutro) y menciona expresamente el retraso como un supuesto concreto de incumplimiento; probablemente se habría podido prescindir de esa mención, pues, como resulta del propio artículo, no se trata sino de un caso más («otro») de cumplimiento no acorde con los términos de la obligación.

³⁰ La Exposición de Motivos de la PCC –cuyo art. 1452 coincide, como he dicho, con el de la PMCC– explica en su apartado número 3 que el nuevo sistema de regulación del incumplimiento contractual adoptado en la reforma «afecta al tratamiento [d]el problema del riesgo en el contrato de compraventa. Toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios. *Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo ha de ser tratado hoy como un problema de incumplimiento*» (la cursiva es mía).

³¹ En este sentido, el art. 1568 PMCC dispone: «Si alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará lo dispuesto en los artículos contenidos en el Capítulo VII del Título I de este Libro».

Al igual que la PMCC (art. 1303), el DCFR tampoco configura la imposibilidad originaria ni la falta de facultad de disposición sobre el bien objeto del contrato como causa de invalidez del mismo; así resulta del art. II.-7:102: «*A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party has no right or authority to dispose of any assets to which the contract relates*».

Finalmente, y en relación con el contrato de compraventa, también el DCFR consagra la obligación del vendedor de entregar el bien vendido y asegurar que este es conforme con el contrato (entre otras obligaciones: *vid.* art. IV.A.-2:101 DCFR)³²; consecuentemente, la regulación del traspaso del riesgo coincide en lo esencial con la de la PMCC: en términos generales, el riesgo pasa al comprador cuando este recibe el bien o cuando, teniéndolo a su disposición, debiera haberlo recibido (arts. IV.A.-5:102, IV.A.-5:103 y IV.A.-5:201 DCFR)³³.

³² Art. IV.A.-2:101 DCFR: «*Overview of obligations of the seller*

The seller must:

- (a) *transfer the ownership of the goods;*
- (b) *deliver the goods;*
- (c) *transfer such documents representing or relating to the goods as may be required by the contract; and*
- (d) *ensure that the goods conform to the contract».*

³³ Art. IV.A.-5:102 DCFR: «*Time when risk passes*

- (1) *The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them.*
- (2) *However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.*
- (3) *The rule in paragraph (1) is subject to the Articles in Section 2 of this Chapter».*

Art. IV.A.-5:103 DCFR: «*Passing of risk in a consumer contract for sale*

- (1) *In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods.*
- (2) *Paragraph (1) does not apply if the buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under III.-3:104 (Excuse due to an impediment) in which case IV. A.-5:201 (Goods placed at buyer's disposal) applies.*
- (3) *Except in so far as provided in the preceding paragraph, Section 2 of this Chapter does not apply to a consumer contract for sale.*
- (4) *The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects».*

Art. IV.A.-5:201 DCFR: «*Goods placed at buyer's disposal*

- (1) *If the goods are placed at the buyer's disposal and the buyer is aware of this, the risk passes to the buyer from the time when the goods should have been taken over, unless the buyer was entitled to withhold taking of delivery under III.-3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation).*
- (2) *If the goods are placed at the buyer's disposal at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at the buyer's disposal at that place».*

2. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SUS AUXILIARES PARA EL CUMPLIMIENTO

1. A los efectos de apreciar incumplimiento, es irrelevante que el deudor haya realizado la prestación en que consista la obligación por sí mismo, o que se hubiera servido para ello de terceras personas, sean o no dependientes suyos o estén o no sujetos a sus instrucciones o a su dirección en la ejecución de la prestación. El deudor responde de los actos u omisiones de estos de la misma manera que de los suyos propios. Por tanto, a la hora de determinar si el acreedor puede hacer valer uno u otro remedio frente al incumplimiento, la conducta del tercero debe considerarse como propia del deudor. A este no le valdrá para liberarse de las consecuencias del incumplimiento debido al tercero demostrar que actuó con absoluta diligencia al elegirlo y, en su caso, al vigilarlo o dirigir su actuación; pero tampoco deberá responder por la conducta ajena cuando, de haber sido él quien hubiera obrado de la misma manera, no se le hubiera podido exigir responsabilidad alguna. Esto es lo que resulta del art. 1189 PMCC, que explicita una regla que ya se venía admitiendo en nuestro Derecho contractual pese a la falta de una norma general expresa al respecto; según el art. 1189 PMCC, «[s]i el deudor se sirviera del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado él mismo».

2. En el DCFR, el art. III.-2:106 consagra una regla similar: «*A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance*».

3. EL INCUMPLIMIENTO CAUSADO POR EL ACREEDOR

1. El art. 1188.II PMCC dispone que «[n]adie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque». Una regla similar se encuentra en el DCFR, cuyo art. III.-3:101 (3) establece: «*The creditor may not resort to any of those remedies [for non-performance] to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance*»³⁴.

³⁴ La CSIG, los Principios UNIDROIT y los PECL se pronuncian en sentido parecido (*vid.* al respecto FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 94 a 97); en concreto, la regla del DCFR es prácticamente coincidente con la de los PECL, siendo también similares los comentarios que acompañan a ambos preceptos y a los relacionados con ellos.

Los comentarios de los autores del DCFR a este precepto³⁵ son igualmente válidos respecto del art. 1188.II PMCC, y pueden sintetizarse como sigue:

- a) La norma descansa en las exigencias de la buena fe.
- b) La *mora creditoris* es un caso típicamente encuadrado en ella, pero la situación que contempla también puede darse en otros casos, como, *v. gr.*, cuando el incumplimiento trae causa de una información defectuosa suministrada por el acreedor al deudor acerca de una cuestión sobre la que aquel estaba obligado a informar.
- c) El incumplimiento puede deberse en todo o en parte al acreedor; si su contribución fue solo parcial, deberá procederse al correspondiente ajuste de los remedios de que dispone. Aunque el art. 1188.II PMCC solo contempla directamente la primera situación, no parece haber inconveniente alguno en adaptarlo a la segunda³⁶.
- d) La regla no presupone la culpa del acreedor.

2. Al regular el remedio indemnizatorio, el DCFR consagra en el art. III.-3:704 una concreta aplicación de la regla del art. III.-3:101 (3); a saber: «*The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor contributed to the non-performance or its effects*». Son dos las situaciones aquí contempladas³⁷:

- a) La conducta del acreedor contribuye al incumplimiento, lo que justifica la correspondiente rebaja de la indemnización que pueda pretender; esto se deduce ya del art. III.-3:101 (3) DCFR, y también se podría justificar con el art. 1188.II PMCC.
- b) El acreedor no provoca el incumplimiento en ninguna medida, pero sí contribuye a incrementar sus efectos dañosos. Los autores del DCFR ponen el siguiente ejemplo³⁸: A arrienda un ordenador que, según los términos del contrato, debe estar preparado para su uso en Inglaterra, donde el voltaje es de 240 V. El ordenador suministrado es apto para operar con diversos voltajes y, en contra de lo pactado, se suministra preparado para 110 V. Un llamativo adhesivo en la pantalla advierte al usuario que debe comprobar el ajuste del voltaje antes del uso. A ignora el aviso y enciende el ordenador sin comprobarlo, de modo que el mismo queda dañado y la reparación costará 1.500 £. El tribunal debería tener en

³⁵ *Principles*, I, pp. 773 y 774.

³⁶ Así también FENOY PICÓN, «La modernización...», p. 94.

³⁷ *Principles*, I, p. 934.

³⁸ *Principles*, I, p. 935.

cuenta que al menos la mitad del daño se debió a culpa de A y concederle únicamente una indemnización de 750 £.

El DCFR³⁹ distingue esta segunda situación de la que surge cuando el acreedor incumple con su deber de mitigar los daños, regulada separadamente en el art. III.-3:705 DCFR. Ese mismo deber aparece reconocido en el art. 1211 PMCC⁴⁰; en cambio, la PMCC no contempla específicamente la segunda situación del art. III.-3:704 DCFR; sin embargo, el caso puede resolverse, supuesto que no se admita al efecto una interpretación analógica del art. 1211 PMCC, teniendo en cuenta la necesidad de que medie relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño cuyo resarcimiento exige el acreedor⁴¹.

III. LOS CONCRETOS REMEDIOS PARA EL INCUMPLIMIENTO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 La PMCC

1. En la PMCC estos remedios aparecen enunciados en el art. 1190: «En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos»; cada uno de los referidos remedios se regula después por separado en las secciones segunda a quinta del Capítulo VII del Libro IV PMCC. A ellos hay que añadir la suspensión del cumplimiento en las relaciones obligatorias sinalagmáticas, que se prevé en el artículo siguiente al citado, el art. 1191 PMCC, dentro de las «Disposiciones generales» del mismo Capítulo; probablemente esta ubicación se deba a que la facultad de suspender el cumplimiento también puede ser considerada como un límite a la pretensión de cumplimiento⁴².

³⁹ Como ya hicieran los PECL: FENOY PICÓN, «La modernización...», p. 97.

⁴⁰ Al respecto *vid. infra*, epígrafe 6.5.

⁴¹ También el incumplimiento del deber de mitigar los daños (regulado, como veíamos, en el art. 1211 PMCC) provoca la ruptura de la relación de causalidad (*vid.* en este sentido DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 783 y 784); sobre ello vuelvo *infra*, en el epígrafe 6.5, nota 163.

⁴² A esta consideración aluden DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los Principios*, p. 348. Parecidamente, GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», p. 349, destaca

2. Del art. 1190 PMCC resulta ya claramente la *compatibilidad de la indemnización con los otros remedios* (reiterada después en otros preceptos, como los arts. 1198, 1202.II y 1205.II PMCC).

3. No se establece *ningún orden de preferencia* entre los diversos remedios, de manera que el acreedor puede decidir libremente cuál quiere hacer valer (supuesto, claro está, que se den sus requisitos)⁴³.

1.2 EL DCFR

1. En el DCFR los remedios ante el incumplimiento se regulan en el Capítulo 3 del Libro III. No aparecen enumerados en ningún precepto, sino que, tras una sección de disposiciones generales, se va regulando cada uno de ellos en secciones separadas, dedicadas sucesivamente a la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme, el cumplimiento forzoso, la suspensión del cumplimiento, la resolución, la reducción del precio y la indemnización e intereses. Existe, por tanto, una sustancial coincidencia con lo previsto en la PMCC, salvo por lo que se refiere a la subsanación por el deudor en el caso de no conformidad, que no se contempla en la PMCC; sobre este tema vuelvo en el último número de este epígrafe.

2. El art. III.-3:102 DCFR dispone que los remedios que no son incompatibles son *acumulables* y reconoce expresamente la posibilidad de reclamar una indemnización al tiempo que se hace valer cualquiera de los otros remedios⁴⁴.

3. Al igual que en la PMCC, el acreedor *puede elegir* el remedio que prefiera de entre aquellos de que disponga en el caso concreto; así se desprende de los términos del art. III.-3:101 (1) y (2) DCFR, que, al referirse a sus posibilidades de actuación, distingue dos situaciones: si el incumplimiento no es excusable, el acreedor

la distinta forma de operar de la excepción –como medio de defensa meramente pasivo– respecto de los otros remedios.

⁴³ Desde luego, no creo que del art. 1194 PMCC pueda deducirse un argumento en contra de lo dicho; dispone el citado precepto que «[e]l acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconozca»; lo único deducible del artículo es que haber pretendido el cumplimiento en primer lugar no le impide al acreedor cejar en su empeño cuando no ve satisfecho su interés en tiempo razonable, y pasar a hacer valer otro remedio; pero de él no puede derivarse que para poder ejercitar esas otras acciones deba primero intentar obtener el cumplimiento; siempre que se regula un remedio, la norma se expresa sin más en términos facultativos: «el acreedor podrá...» (arts. 1190, 1192.II, 1197, 1199 PMCC) o «tiene derecho a...» (art. 1205.I PMCC).

⁴⁴ Art. III.-3:102 DCFR: «*Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy*».

puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en el Capítulo 3 del Libro III; si es excusable, a cualquiera de esos remedios, excepto el cumplimiento en forma específica y la indemnización; los términos son claros: «...*The creditor may resort to any of the those remedies...*»⁴⁵. Nótese cómo el DCFR avanza ya en este precepto la necesidad de un incumplimiento cualificado –por su inexcusabilidad– como presupuesto de ejercicio de ciertos remedios. En la PMCC esto se desprende del régimen de cada remedio en particular.

4. Finalmente, al servirse de cualquiera de ellos, el acreedor debe obrar *de forma honesta y conforme a la buena fe*, de acuerdo con lo dispuesto por el art. III.-1:103 DCFR: «*Good faith and fair dealing*

(1) *A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.*

(2) *The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act.*

(3) *Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have».*

No hay una regla general similar a esta en la PMCC, aunque sí algunos artículos concretos que imponen al acreedor una actuación conforme a las exigencias de la buena fe en caso de incumplimiento por parte del deudor (*vid.*, v. gr., arts. 1191, 1192.II.3.º o 1211 PMCC); en todo caso, hay que tener presente el mandato general del art. 7.1 CC.

5. Una peculiaridad del DCFR respecto de la PMCC es que dedica toda una sección del capítulo relativo a los remedios frente al incumplimiento a regular la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme («*Cure by debtor of non-conforming performance*»); se trata de un derecho que se confiere al deudor dentro de ciertos límites de razonabilidad, en coherencia con el principio de la buena fe y con el fin de mantener la relación contractual siempre que ello resulte posible y apropiado; por otra parte, es preciso buscar un equilibrio entre el interés que puede tener el deudor en

⁴⁵ Art. III.-3:101: «(1) *If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.*

(2) *If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages».*

disfrutar de una nueva oportunidad para cumplir debidamente, y los intereses del acreedor⁴⁶. A ello responden los arts. III.-3:201 y ss. DCFR, cuyo contenido paso a sintetizar brevemente⁴⁷.

El art. III.-3:202 DCFR permite al deudor llevar a cabo una nueva prestación que sea conforme con el contrato en dos situaciones:

1) Cuando aún puede hacerlo dentro del plazo de que dispone para cumplir.

2) Cuando, no siendo posible lo anterior, ofrece subsanar el defecto de conformidad inmediatamente después de que el acreedor se lo haya notificado, comprometiéndose a hacerlo en un plazo razonable y a su costa⁴⁸. En este caso, el acreedor debe dejar al deudor

⁴⁶ *Principles*, I, p. 812.

⁴⁷ Reproduzco el texto de los que cito a continuación en el texto:

Art. III.-3:201: «*Scope*

This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation».

Art. III.-3:202: «*Cure by debtor: general rules*

(1) *The debtor may make a new and conforming tender if that can be done within the time allowed for performance.*

(2) *If the debtor cannot make a new and conforming tender within the time allowed for performance but, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to cure it within a reasonable time and at the debtor's own expense, the creditor may not pursue any remedy for non-performance, other than withholding performance, before allowing the debtor a reasonable period in which to attempt to cure the nonconformity.*

(3) *Paragraph (2) is subject to the provisions of the following Article».*

Art. III.-3:203: «*When creditor need not allow debtor an opportunity to cure The creditor need not, under paragraph (2) of the preceding Article, allow the debtor a period in which to attempt cure if:*

(a) *failure to perform a contractual obligation within the time allowed for performance amounts to a fundamental non-performance;*

(b) *the creditor has reason to believe that the debtor's performance was made with knowledge of the non-conformity and was not in accordance with good faith and fair dealing;*

(c) *the creditor has reason to believe that the debtor will be unable to effect the cure within a reasonable time and without significant inconvenience to the creditor or other prejudice to the creditor's legitimate interests; or*

(d) *cure would be inappropriate in the circumstances».*

Art. III.-3:204: «*Consequences of allowing debtor opportunity to cure*

(1) *During the period allowed for cure the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations, but may not resort to any other remedy.*

(2) *If the debtor fails to effect cure within the time allowed, the creditor may resort to any available remedy.*

(3) *Notwithstanding cure, the creditor retains the right to damages for any loss caused by the debtor's initial or subsequent non-performance or by the process of effecting cure».*

⁴⁸ La notificación a que alude el art. III.-3:202 (2) DCFR es la que contempla el art. III.-3:107 DCFR.

Este artículo dice así: «*Failure to notify non-conformity*

(1) *If, in the case of an obligation to supply goods, other assets or services, the debtor supplies goods, other assets or services which are not in conformity with the terms*

dor un tiempo razonable para subsanar el defecto, durante el cual no puede ejercitar otro remedio distinto de la suspensión de su propia prestación [arts. III.-3:202 (2) *in fine* y III.-3:204 (1) DCFR]. Esta es la regla general. Sin embargo, hay ciertos casos en los que el acreedor no tiene por qué conceder al deudor ese plazo adicional; de acuerdo con el art. III.-3:203 DCFR, esos casos son los siguientes: (a) el incumplimiento por parte del deudor es esencial⁴⁹; (b) el acreedor tiene razones para creer que el deudor conocía la no conformidad y no obró de buena fe y honestamente; (c) el acreedor tiene razones para creer que el deudor no podrá llevar a cabo la subsanación en un tiempo razonable y sin inconvenientes significativos para el acreedor u otro perjuicio a sus legítimos intereses; o (d) la subsanación sería inapropiada dadas las circunstancias.

Si el deudor no corrige la falta de conformidad dentro del tiempo de que dispone para ello, el acreedor puede recurrir a cualquiera de los remedios frente al incumplimiento. Por lo demás, el hecho de que la subsanación se lleve a cabo no le impide al acreedor exigir la indemnización de los daños que haya podido sufrir [*vid.* art. III.-3:204 (2) y (3) DCFR].

En la PMCC no hay reglas tan generales como estas; solo a los efectos de la resolución en hipótesis que no son de incumplimiento esencial (contempladas en el art. 1200.I PMCC), se obliga al acreedor a darle al deudor un plazo razonable para que cumpla debidamente, antes del cual aquel no puede resolver el contrato; más allá de esta hipótesis, un eventual derecho del deudor a tratar de subsanar la prestación no conforme, sus presupuestos y sus límites,

regulating the obligation, the creditor may not rely on the lack of conformity unless the creditor gives notice to the debtor within a reasonable time specifying the nature of the lack of conformity.

(2) *The reasonable time runs from the time when the goods or other assets are supplied or the service is completed or from the time, if it is later, when the creditor discovered or could reasonably be expected to have discovered the non-conformity.*

(3) *The debtor is not entitled to rely on paragraph (1) if the failure relates to facts which the debtor knew or could reasonably be expected to have known and which the debtor did not disclose to the creditor.*

(4) *This Article does not apply where the creditor is a consumer».*

El precepto impone al acreedor que quiera hacer valer la falta de conformidad de la prestación llevada a cabo por el deudor, la carga de notificárselo a este en un plazo razonable y especificando la naturaleza del defecto; esta regla no se aplica en dos casos: cuando el deudor conociera o razonablemente pudiera esperarse que conociera el defecto y no se lo hubiera revelado al acreedor (mala fe) y cuando el acreedor es un consumidor. También la carga de notificación impuesta al acreedor se considera consecuencia del deber general de actuación honesta y conforme a la buena fe en el ejercicio de los remedios de que dispone (*Principles*, I, pp. 805 y 814). La PMCC no le impone esta carga expresamente, de manera que su justificación debería fundarse en el principio general del art. 7.1 CC.

⁴⁹ El art. III.-5:502 DCFR determina cuándo lo es; lo estudiaré al hilo del remedio resolutorio.

deberían dilucidarse en el marco de la PMCC de acuerdo con el principio de la buena fe y el art. 7 CC.

2. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ACREEDOR

2.1 La PMCC

El art. 1191 PMCC reconoce uno de los efectos típicos de las *obligaciones sinalagmáticas*, la llamada excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), en los siguientes términos: «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendiendo el alcance del incumplimiento».

En mi opinión, es positivo que se consagre una regla como esta, que reconoce el carácter general que a este remedio ya le viene asignando nuestra doctrina y jurisprudencia más allá de los concretos artículos del Código civil que lo contemplan (arts. 1466, 1500 o 1502 CC). Por lo demás, con la norma queda claro que la suspensión es posible tanto en los casos de *ejecución simultánea* como en aquellos en que quien la hace valer es el obligado a cumplir *en último lugar* (en este sentido, es clara su conexión con lo dispuesto por el art. 1188.II PMCC: nadie puede invocar el incumplimiento que él mismo ha ocasionado); no se extiende, sin embargo, a quien deba cumplir *antes*, aunque exista el riesgo de que el otro no pueda cumplir cuando llegue el momento de hacerlo⁵⁰. Por otra parte, el hecho de que la suspensión pueda ser *total o parcial* permite dar cabida también a la excepción de cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*) como modalidad que es de la de incumplimiento⁵¹. Finalmente, el límite de la *buena fe* es también comúnmente aceptado entre nosotros y permite excluir la suspensión cuando el incumplimiento sea de tan escasa relevancia que aquella no resulte justificada.

⁵⁰ Y ello, a pesar de que se trata de un supuesto en el que nuestra doctrina también ha admitido la posibilidad de suspender la ejecución: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, p. 151; esta posibilidad se contempla asimismo en los arts. 1467 y 1502 CC.

⁵¹ Así también GARCÍA PÉREZ, «Construcción...», p. 350.

2.2 El DCFR

El art. III.-3:401 DCFR, bajo la rúbrica «*Right to withhold performance of reciprocal obligation*», dispone lo siguiente: «(1) *A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.*

(2) *A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.*

(3) *A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.*

(4) *The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances».*

Al igual que el art. 1191 PMCC, el art. III.-3:401 DCFR se ciñe a las obligaciones sinalagmáticas y admite tanto la suspensión total como la parcial; el límite de la buena fe también opera aquí por virtud de lo dispuesto con carácter general por el ya citado art. III.-1:103 DCFR⁵².

La diferencia más notable se refiere precisamente a la omisión del art. 1191 PMCC que comentaba pocas líneas atrás: el art. III.-3:401 DCFR autoriza a suspender la ejecución no solo a quien debe cumplir al mismo tiempo o después que la otra parte (al igual que la PMCC)⁵³, sino también a quien tiene que hacerlo *en primer lugar*, si y por el tiempo que razonablemente pueda creer que el deudor no cumplirá cuando llegue el momento (incumplimiento anticipado); este derecho se pierde si el deudor asegura adecuadamente el cumplimiento [párrafo (2)]; además, el acreedor debe notificar la suspensión al deudor tan pronto como sea razonablemente posible, para que este pueda reaccionar frente a ello (*v. gr.*, demostrando que no hay motivo sensato para pensar que no cumplirá o garantizando su cumplimiento); la notificación no es un presu-

⁵² *Principles*, I, p. 844.

⁵³ En este sentido, el artículo enlaza con lo dispuesto por el art. III.-3:101 (3) DCFR (*Principles*, I, p. 843).

puesto del derecho a suspender la ejecución de la propia prestación, pero si no se lleva a cabo, el acreedor responde frente al deudor de cualquier daño que le ocasione por ello [párrafo (3)]⁵⁴. En mi opinión, sería positivo que la PMCC admitiera también esta posibilidad, con garantías similares a las impuestas por el DCFR y en línea con lo que ya disponen preceptos como los arts. 1467 y 1502 CC.

3. LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

3.1 Previo

1. Como observa Díez-Picazo, consumada la insatisfacción del acreedor por el incumplimiento del deudor, la primera medida de reacción en el orden lógico es *la acción dirigida a obtener de forma específica el comportamiento omitido*; la pretensión de cumplimiento es precisamente «la acción o facultad que se confiere al acreedor para obtener esta finalidad»⁵⁵. Este remedio se desarrolla en los arts. 1192 a 1196 PMCC (en una sección rubricada «De la acción de cumplimiento») y en los arts. III.-3:301 a III.-3:303 DCFR (bajo la rúbrica «*Right to enforce performance*»).

La PMCC contiene una regulación unitaria y general de esta acción, preferible a todas luces a la actual dispersión de reglas del Código civil, no solo por razones sistemáticas sino también por motivos de fondo, porque se incorporan normas que explicitan algunas reglas ya admitidas entre nosotros, o con las que se pretende una actualización del régimen jurídico de esta materia en línea con los textos internacionales existentes al respecto⁵⁶.

2. Tanto la PMCC como el DCFR parten de la distinción entre obligaciones dinerarias y no dinerarias, por lo que la seguiré en la exposición que sigue; dentro de las obligaciones no dinerarias, la PMCC aún lleva a cabo alguna diferenciación adicional a efectos concretos a los que también aludiré separadamente.

3.2 Obligaciones dinerarias

Por el propio carácter de estas obligaciones, se explica lo dispuesto en el art. 1192.I PMCC: «El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento».

⁵⁴ *Principles*, I, p. 845.

⁵⁵ *Fundamentos*, II, p. 775.

⁵⁶ La huella de los PECL es muy clara en el art. 1192.II PMCC (*vid.* Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, pp. 775 a 777), lo que, como se verá, también la aproxima al DCFR.

Por tanto, en este caso siempre dispone de la pretensión de cumplimiento.

Sin embargo, el DCFR matiza esta solución en un loable afán por arbitrar una solución más sensible a los intereses de ambas partes (más exactamente, al interés de quien ha dejado de estar interesado en los bienes o servicios que contrató). Así, el art. III.-3:301 DCFR («*Enforcement of monetary obligations*») dispone: «(1) *The creditor is entitled to recover money payment of which is due.*

(2) *Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:*

(a) *the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or*

(b) *performance would be unreasonable in the circumstances».*

El párrafo (2) toma en cuenta aquellos casos en que el acreedor del dinero en una obligación sinalagmática aún no ha cumplido con su parte y resulta evidente que el deudor no quiere ya recibir la prestación por la que tendría que pagar; la regla general es que aun en tal caso el acreedor conserva su derecho a cumplir y a cobrar el precio correspondiente; pero esa regla se excepciona en dos supuestos: primero, cuando el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo sin esfuerzos o gastos significativos (*v. gr.*, puede buscar fácilmente otro comprador para su mercancía); y, segundo, cuando dadas las circunstancias el cumplimiento sería irrazonable (situación que se daría si antes de iniciarse el cumplimiento, el deudor deja claro que ya no lo quiere)⁵⁷. Descartada la pretensión de cumplimiento en estos casos, el acreedor podrá, no obstante, exigir a su deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado; así, si ha cerrado una operación de reemplazo, el acreedor podrá exigir la diferencia entre el precio del contrato primero y el del contrato sustitutorio⁵⁸.

Como he dicho, la PMCC no contempla estas hipótesis. Pero sí hay una regla en el CC que responde a la misma línea de pensamiento: el art. 1594 CC, que en el contrato de obra permite al comitente desistir de la construcción de la obra, indemnizando al con-

⁵⁷ Así, *Principles*, I, p. 825.

⁵⁸ *Principles*, I, p. 825. MORALES MORENO («Pretensión...», p. 71), al comentar el art. 9:101 (2) PECL, de contenido similar al art. 3:301 DCFR, destaca que la cuantía de la indemnización «no tiene que coincidir con la del crédito inicial (pecuniario). La indemnización no se atribuye en este caso por razón de un incumplimiento contractual. Es la vía para encauzar la satisfacción del interés del contratante al que el ordenamiento le priva de su derecho a exigir que el contrato se ejecute en sus propios términos».

tratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella; también el art. 160 TR-LGDCU, relativo al contrato de viaje combinado, permite al consumidor dejar sin efecto los servicios contratados aunque no haya causa de fuerza mayor que lo justifique, debiendo entonces indemnizar a la otra parte por diversos conceptos.

3.3 Obligaciones no dinerarias. Régimen general

3.3.1 CAUSAS QUE EXCLUYEN LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Tratándose de obligaciones no dinerarias, tanto la PMCC como el DCFR admiten la existencia de ciertas causas que privan al acreedor de la pretensión de cumplimiento; existe una notable similitud entre las previstas en ambos textos.

Así, el art. 1192.II PMCC dispone: «En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:

- 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible.
- 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor.
- 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe.
- 4.º La prestación sea personal del deudor».

Por su parte, el art. III.-3:302 («*Enforcement of non-monetary obligations*») establece en su párrafo (3): «*Specific performance cannot, however, be enforced where:*

- (a) *performance would be unlawful or impossible;*
- (b) *performance would be unreasonably burdensome or expensive; or*
- (c) *performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it».*

La proximidad de ambas propuestas es evidente. Analicemos las causas una a una, tomando como referente la PMCC:

1.^a *La imposibilidad jurídica o física de la prestación.* Su justificación es clara: el deudor no puede superar la imposibilidad material ni obrar de forma ilícita. Como se recordará, en el nuevo modelo de responsabilidad contractual la imposibilidad originaria no determina por sí misma la invalidez del contrato (art. 1303 PMCC y art. II.-7:102 DCFR), cuyo incumplimiento por esta causa

puede legitimar al acreedor para hacer valer otro remedio distinto de la pretensión de cumplimiento (así, por ejemplo, la resolución, si se trata de una relación sinalagmática, o la indemnización de daños y perjuicios⁵⁹). Esta idea se puede generalizar más allá de la concreta causa que estamos analizando ahora mismo (sobre ello vuelvo poco más adelante).

2.^a *La excesiva onerosidad del cumplimiento en forma específica (o, en su caso, de su ejecución forzosa)*. El DCFR alude a un cumplimiento irrazonablemente gravoso (entendido en sentido amplio, no necesariamente económico)⁶⁰ o caro. Se trata de una situación que ya ha sido tomada en cuenta en nuestro país por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo para justificar una excepción a la debida ejecución de las sentencias en sus propios términos⁶¹.

3.^a *La contrariedad a la buena fe de la pretensión de cumplimiento*. Este límite opera también en el DCFR, por lo dispuesto con alcance general en su art. III.-1:103. Al comentar el art. III.-3:302 (3) DCFR, los autores sitúan en la causa (b) (cumplimiento irrazonablemente gravoso o caro) supuestos que, a mi modo de ver, podrían considerarse contrarios a las exigencias de la buena fe: así, por ejemplo, cuando el cumplimiento específico ha dejado de ser útil para el acreedor, o cuando este puede ver satisfecho su interés fácilmente por otra fuente y reclamar al deudor el coste de ello⁶².

4.^a *El carácter personal de la prestación*. Los términos de la PMCC son más amplios que los del DCFR, que requiere que el cumplimiento tenga tal carácter personal que sería irrazonable su ejecución forzosa; los autores del DCFR justifican esta regla en el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales del deudor, incluida la libertad personal y la integridad física: no debe poderse

⁵⁹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 776.

⁶⁰ *Principles*, I, p. 831.

⁶¹ *Vid.* a este respecto MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 68 a 70, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 776 y 777, refiriéndose ambos a la STC 17.11.1991 (RTC 1991, 194) y la STS 2.7.1998 (RJ 1998, 5123). Sirva de ejemplo de la causa examinada en el texto el caso resuelto por la primera de estas sentencias: una empresa minera había sido condenada por sentencia a restituir al demandante una finca limpia de los residuos que había ido depositando en ella; sin embargo, el coste de la limpieza (cincuenta millones de pesetas) era tan superior al valor de la finca (ciento dieciséis mil pesetas), que en ejecución de sentencia el tribunal de instancia substituyó la ejecución en forma específica por una indemnización por el valor del terreno, entendiéndolo que la sentencia no podía ejecutarse en sus propios términos.

⁶² *Principles*, I, p. 831.

El DCFR contiene además una regla concreta, manifestación de la exigencia general de actuación conforme a la buena fe y la lealtad, en el párrafo (5) del art. III.-3:302: «*The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense*».

forzar al deudor a cumplir cuando el cumplimiento consiste en procurar o aceptar servicios u obras de un carácter tan personal o tan basados en una relación personal, que la ejecución forzosa vulneraría los derechos humanos del deudor; lo determinante no es, por tanto, simplemente la naturaleza personal de la obra o servicios a realizar, pues excluir la ejecución forzosa de todos ellos sería ir demasiado lejos; además, se descarta que la justificación de la norma sea que una obra o un servicio obtenidos forzosamente, podrían no satisfacer al acreedor: esta es una cuestión que debe decidir él y no resolverse excluyendo automáticamente la pretensión de cumplimiento⁶³. Estas observaciones me parecen muy acertadas y creo que hubiera sido preferible que la PMCC hubiera ido en esta línea. Además, habría que tener en cuenta la necesaria conciliación del Código civil con lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la ejecución forzosa de las obligaciones; allí se prevén mecanismos hasta para obtener la ejecución de una condena de hacer personalísimo (ya no digamos de un hacer no personalísimo: art. 706 LEC): así, el art. 709 LEC permite al ejecutante optar entre un equivalente pecuniario o solicitar que se apremie al ejecutado con multas mensuales hasta durante un año, transcurrido el cual la ejecución proseguirá para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario o para adoptar otras medidas idóneas. En estos casos, lo que ha hecho valer el acreedor es su pretensión de cumplimiento; como señala Morales Moreno⁶⁴, «[c]uando el título ejecutivo (la sentencia de condena, por ejemplo) refleja el contenido de la obligación, la ejecución del mismo desenvuelve el ejercicio judicial de la pretensión de cumplimiento... Son medidas de cumplimiento, todas las que se dirigen a procurar satisfacción al acreedor ejecutante, de modo directo o indirecto, conforme al contenido del título ejecutivo. Dentro de ellas podemos incluir las siguientes: (1) Las orientadas a lograr el cumplimiento del deudor ejecutado, en los propios términos del título ejecutivo. (2) Las que se dirigen a lograr la satisfacción *in natura* del acreedor ejecutante, sustituyendo la actividad del deudor por la del juez o la de otro sujeto, con cargo al deudor. (3) Las que, como última salida, atribuyen al acreedor el equivalente pecuniario de la prestación debida y no satisfecha»; por tanto, hasta la medida del equivalente pecuniario «[e]stá fundada en el ejercicio judicial de la pretensión de cumplimiento»⁶⁵. En definitiva, en nuestro sistema actual, el carácter personal de la prestación no impide al acreedor hacer valer su pretensión de cumplimiento; y la PMCC, tal y como

⁶³ *Principles*, I, pp. 832 y 833.

⁶⁴ «Pretensión...», p. 89.

⁶⁵ MORALES MORENO, «Pretensión...», p. 91; *vid.*, sin embargo, GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», p. 15.

ahora está redactada, vendría a excluirla en unos términos excesivamente amplios, que deberían acotarse mejor, en línea con la regla del art. III.-3:302 (3) (c) DCFR.

A diferencia de la PMCC, el DCFR [art. III.-3:302 (4)] prevé la *pérdida de la pretensión de cumplimiento cuando el acreedor no la hace valer tempestivamente*: en concreto, cuando no lo reclama en un tiempo razonable después de haber tenido conocimiento del incumplimiento, o de poderse razonablemente esperar que lo hubiera tenido⁶⁶. La norma opera al margen de las reglas de prescripción y persigue proteger al deudor de los inconvenientes que pueden derivarse de un ejercicio tardío de la pretensión de cumplimiento por parte del acreedor⁶⁷. A falta de una norma parecida en la PMCC, los problemas que la misma encara habrían de resolverse con el principio de la buena fe y, en particular, con la doctrina del retraso desleal.

3.3.2 LA RELACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO CON EL REMEDIO INDEMNIZATORIO

1. El hecho de que el acreedor no pueda hacer valer la pretensión de cumplimiento por cualquiera de las causas expuestas no le impide recurrir a los otros remedios, siempre que se den sus respectivos supuestos de hecho; entre esos remedios juega un papel destacado en estos casos la indemnización de daños y perjuicios, sometida a sus propias causas de exoneración⁶⁸; así, el art. III.-3:303 DCFR se refiere a ella expresamente, para sentar que su exigibilidad no se ve afectada por la exclusión de la pretensión de cumplimiento⁶⁹; mas, a mi modo de ver, no es imprescindible una norma al efecto para justificar esta conclusión, ya que la posibilidad o no de hacer valer cada uno de los diversos remedios depende de que se cumplan o no sus respectivos presupuestos; por eso creo que al mismo resultado cabe llegar con la PMCC, aunque en ella falte un artículo como el citado del DCFR.

2. Cuestión distinta es si puede ejercitarse la pretensión de cumplimiento cuando el deudor esté libre de responsabilidad

⁶⁶ Art. III.-3:302 (4): «*The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance*».

⁶⁷ *Principles*, I, p. 833.

⁶⁸ Con todo, también hemos visto que, por ejemplo, en caso de imposibilidad originaria de la prestación, el acreedor que no puede exigir el cumplimiento específico puede tener interés en resolver el contrato, si concurren los requisitos precisos para ello (*supra*, nota 59).

⁶⁹ Art. III.-3:303 DCFR: «*The fact that a right to enforce specific performance is excluded under the preceding Article does not preclude a claim for damages*».

(entendida ahora en sentido limitado, reducida a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento)⁷⁰.

La PMCC deja claro que el hecho de que el deudor no tenga que reparar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, por mediar una causa de exoneración al efecto, no impide al acreedor ejercitar cualquier otro de los remedios previstos para el caso de incumplimiento (así lo expresa el último párrafo del art. 1209 PMCC); entre esos otros remedios se encuentra la pretensión de cumplimiento, sujeta a sus propios presupuestos y causas de exclusión. Para que el deudor quede exonerado del deber de reparar el daño es preciso, conforme al art. 1209.I PMCC, que el incumplimiento se haya debido a un impedimento ajeno a la voluntad del deudor y a su esfera de control, y que, de acuerdo con el contrato y las reglas de la buena fe y los usos, no tuviera el deber de prever ese impedimento o de evitarlo o superar sus consecuencias. Por tanto, si por una circunstancia de este tipo, el deudor no puede cumplir puntualmente, el acreedor no podrá exigirle que le indemnice los daños derivados del retraso, pero sí podrá exigirle que cumpla en cuanto el impedimento cese (incluso a efectos indemnizatorios, la exoneración solo es efectiva mientras dure el impedimento: art. 1209.II PMCC); si, por ejemplo, el deudor está obligado a entregar un determinado modelo de máquina pero resulta que poco antes de la fecha prevista para ello el almacén donde las tenía almacenadas queda destrozado por un terremoto de inusual violencia, en vista de lo cual opta por entregar a su acreedor un modelo distinto, de menor rendimiento, en tanto pueda fabricar más ejemplares del tipo de las destruidas, la exclusión de la pretensión indemnizatoria no lleva consigo la de la pretensión de cumplimiento, en tanto no se dé ninguna de las circunstancias que contempla al efecto el art. 1192.II PMCC (la prestación no ha devenido imposible porque es posible montar más máquinas del mismo género). En esta medida, la PMCC encaja en ese nuevo modelo de responsabilidad contractual del que vengo hablando, por cuanto en él «la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria se conciben como dos remedios diferenciados, cuyo supuesto de aplicación, fuera de la exigencia de incumplimiento, no tiene necesariamente que coincidir»⁷¹.

En contraste con la PMCC, el DCFR ha optado por establecer una causa común de exclusión de la pretensión de cumplimiento y

⁷⁰ Acerca del debate suscitado en nuestra doctrina sobre si el supuesto de exoneración de la pretensión de cumplimiento debe o no coincidir con el de exoneración de la pretensión indemnizatoria, *vid.* MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 57 y ss., quien también aborda su tratamiento en la CISG y en los PECL.

⁷¹ MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 65 y 66; el mismo autor da cuenta de la opinión de CARRASCO, VERDERA SERVER o PANTALEÓN en este mismo sentido (*op. cit.*, pp. 60 y 61).

de la indemnizatoria⁷². Así, el art. III.-3:101 (2) DCFR⁷³ establece que si el incumplimiento es excusable, el acreedor no puede hacer valer ni el remedio indemnizatorio ni la pretensión de cumplimiento. De acuerdo con el art. III.-3:104 (1) DCFR, el incumplimiento es excusable si se debe a un impedimento que está fuera de la esfera de control del deudor, y razonablemente no podía esperarse de este que evitara o superara ese impedimento o sus consecuencias; además es preciso que no pudiera esperarse razonablemente que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de contratar [art. III.-3:104 (2)]; conforme al párrafo (3) del mismo artículo, si el impedimento es solo temporal, la excusa únicamente tiene efecto mientras subsiste (a no ser que el retraso comporte un incumplimiento esencial, en cuyo caso el acreedor podrá tratarlo como tal)⁷⁴. Más allá de este criterio común de exclusión de ambas pretensiones, sin embargo, no hay una coincidencia total entre las causas de exoneración de unas y otras (ya hemos visto cómo el propio art. III.-3:303 DCFR dispone que la exclusión de la pretensión de cumplimiento no comporta la de la indemnizatoria).

3.3.3 REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN COMO POSIBLE CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Si el deudor realiza una prestación no conforme con el contrato, el acreedor está legitimado para exigirle la reparación de sus defectos o su sustitución a fin de obtener satisfacción a su interés en forma específica; a este fin sirve también la pretensión de cumplimiento. Así lo establecen tanto la PMCC como el DCFR.

Según el art. 1193 PMCC, «[e]l derecho del acreedor al cumplimiento comprende, con las mismas limitaciones establecidas en el artículo anterior, la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado cuando la naturaleza de la obligación no lo impida». Hay que

⁷² De este modo, mientras que la PMCC sigue la estela de la CSIG [art. 79 (5)], el DCFR hace lo propio con los PECL [art. 8:101 (2)]; sobre el modelo de estos dos primeros referentes (CSIG y PECL), *vid.* MORALES MORENO, «Pretensión...», pp. 62 a 65; también puede consultarse FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 82 y ss.

⁷³ Cuyo texto figura *supra* en la nota 45.

⁷⁴ Art. III.-3:104: «(1) *A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.*

(2) *Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.*

(3) *Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.*

valorar positivamente una norma así, que explicita y establece con alcance general una regla ya admitida en nuestro Derecho⁷⁵.

Por su parte, el art. III.-3:302 (2) DCFR dispone lo siguiente: «*Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation*». Aquí se considera comprendida la reparación, la entrega de partes faltantes o la sustitución⁷⁶. El supuesto de la sustitución se contempla específicamente, además, en el art. III.-3:205 DCFR, que no tiene paralelo en la PMCC⁷⁷; en su párrafo (1), este precepto atribuye al deudor que haya sustituido su prestación (sea voluntariamente o sea porque el acreedor ha hecho valer la pretensión de cumplimiento) el derecho y la obligación de retirar a su costa el bien sustituido; se entiende que el incumplimiento de esta obligación desata los remedios generales frente al incumplimiento⁷⁸; según el párrafo (2) del art. III.-3:205 DCFR, el acreedor no debe pagar nada por el uso del objeto reemplazado durante el periodo previo a su sustitución.

Las causas que excluyen la pretensión de cumplimiento en estos casos son las que ya han quedado analizadas; además, el art. 1193 PMCC exige para la viabilidad de la pretensión de rectificación o sustitución que «la naturaleza de la obligación no lo impida»; si, *v. gr.*, el objeto a sustituir fuera un bien concreto, único en su especie, no sería factible su reemplazo por otro⁷⁹.

3.3.4 EL *IUS VARIANDI* DEL ACREEDOR

El hecho de que el acreedor ejercite su pretensión de cumplimiento como primera opción no le impide, en determinadas circunstancias, abandonar después esa pretensión, para recurrir a otros remedios. En este punto es preciso tener en cuenta también el interés del deudor que, una vez que el acreedor persiste en exigir el cumplimiento, trata de hacer lo que está en su mano a tal fin; no sería justo que, habiéndole hecho el acreedor confiar en que aún estaba interesado en la prestación, y siendo aún posible llevarla a cabo a su plena satisfacción, el acreedor pudiera cambiar intempestivamente de opinión e hiciera valer otro remedio que

⁷⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 775.

⁷⁶ *Principles*, I, p. 830.

⁷⁷ Art. III.-3:205 DCFR: «(1) *Where the debtor has, whether voluntarily or in compliance with an order under III.-3:302 (Enforcement of non-monetary obligations), remedied a non-conforming performance by replacement, the debtor has a right and an obligation to take back the replaced item at the debtor's expense.*

(2) *The creditor is not liable to pay for any use made of the replaced item in the period prior to the replacement*».

⁷⁸ *Principles*, I, p. 822.

⁷⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 775.

hiciera inútiles los esfuerzos desplegados por el deudor para cumplir debidamente (*v. gr.*, la resolución del contrato); la doctrina de los propios actos, como manifestación concreta del principio de la buena fe, debe tenerse aquí en cuenta. El art. 1194 PMCC busca el equilibrio entre los legítimos intereses de ambas partes en los siguientes términos: «El acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce»⁸⁰. La clave de la interpretación del precepto se sitúa en determinar cuándo se entiende que el acreedor no ha obtenido satisfacción *oportunamente*, aspecto en el que quizá fuera conveniente alguna concreción mayor. Desde luego, una vez que se constate la imposibilidad de la prestación es claro que la pretensión de cumplimiento no es viable (art. 1192.II.1.º PMCC) y, por tanto, el acreedor tendrá que optar por otro remedio. A los efectos del art. 1194 PMCC cabría entender que el acreedor no obtiene oportunamente la satisfacción de su derecho cuando, habiéndole dado al deudor un plazo adicional razonable para que cumpla debidamente, el mismo haya transcurrido sin resultados. También cuando, aun sin haber fijado ningún plazo al pretender el cumplimiento, transcurre un período de tiempo tal que el incumplimiento debe considerarse ya esencial (así, *v. gr.*, cuando la ejecución de la prestación ya no bastaría para satisfacer el interés del acreedor conforme a lo pactado en el contrato). En cualquiera de estos casos concurrirían, además, los presupuestos para resolver el contrato conforme a los arts. 1199.I y 1200.I PMCC.

Aunque el DCFR no contiene ninguna regla parecida a la del art. 1194 PMCC, en el comentario al art. III.-3:102⁸¹, sus autores no dudan en admitir el cambio de remedio por parte del acreedor, aunque con precauciones que van en línea con lo expuesto más arriba⁸².

3.4 Algunas obligaciones no dinerarias en particular

1. La PMCC contempla específicamente dos concretos tipos de obligaciones no pecuniarias: la consistente en emitir una declaración de voluntad (art. 1195 PMCC) y la que tiene por objeto la entrega de cosa determinada (art. 1196 PMCC).

⁸⁰ Compárese con el art. 1124.II *in fine* CC, que permite pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento *cuando este resultare imposible*. Como observa FENOY PICÓN («El incumplimiento...»), p. 37), esta regla del art. 1124 CC, interpretada literalmente, tiene un alcance menor que el art. 1194 PMCC; en el texto lo detallo.

⁸¹ Art. III.-3:102 DCFR: «*Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy*».

⁸² *Principles*, I, pp. 777 y 778.

Según el art. 1195 PMCC, «[s]i la obligación consistiera en emitir una declaración de voluntad, podrá el acreedor exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento solo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario». Por un lado, el precepto remite al art. 708 LEC. Por otro, se prevé que la pretensión de cumplimiento queda excluida si las partes pactan una pena para el caso de incumplimiento de la obligación de emitir la declaración; dicha exclusión no opera si el pacto así lo especifica.

Por su parte, el artículo 1196 PMCC dispone: «Si resultare imposible la obligación de dar cosa determinada, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta. Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido». La imposibilidad de la prestación excluye la acción de cumplimiento (art. 1192.II.1.º PMCC), y por eso el primer inciso del art. 1196 PMCC le atribuye al acreedor el *commodum representationis* en términos similares a los del vigente art. 1186 CC. El segundo inciso del artículo precisa una regla perfectamente lógica, encaminada a que el acreedor no obtenga mediante la pretensión indemnizatoria que pueda dirigir contra el deudor más de lo que legítimamente le corresponda, evitando así que se lucre a su costa.

2. El DCFR no contiene reglas parecidas a estas.

4. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

1. La reducción del precio aparece regulada en términos muy similares en la PMCC (arts. 1197 y 1198) y en el DCFR (art. III.-3:601). Su explícita consagración como un remedio de carácter general es una positiva novedad de la PMCC, pues supera el enfoque parcial del vigente CC, que se limita a reconocer la acción *quantum minoris* en el ámbito del contrato de compraventa, a favor del comprador de una cosa con vicios o defectos ocultos (art. 1486.I CC)⁸³.

El art. 1197 PMCC establece: «La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato, podrá aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tenía en el momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato.

⁸³ La PCC también regula este remedio en el contrato de compraventa, con algunas diferencias notables respecto de la PMCC; más adelante vuelvo sobre ello.

La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso.

El ejercicio de las facultades previstas en este artículo caducará a los seis meses a partir del momento en que hubiera recibido la prestación».

El artículo 1198 PMCC añade: «La parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizado de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir».

Por su parte, el art. III.-3:601 DCFR dispone: «(1) *A creditor who accepts a performance not conforming to the terms regulating the obligation may reduce the price. The reduction is to be proportionate to the decrease in the value of what was received by virtue of the performance at the time it was made compared to the value of what would have been received by virtue of a conforming performance.*

(2) *A creditor who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the debtor.*

(3) *A creditor who reduces the price cannot also recover damages for the loss thereby compensated but remains entitled to damages for any further loss suffered.*

(4) *This Article applies with appropriate adaptations to a reciprocal obligation of the creditor other than an obligation to pay a price».*

De la comparación entre ambos textos resulta una clara correspondencia entre los dos primeros párrafos de los arts. 1197 PMCC y III.-3:601 DCFR, y los dos segundos párrafos de los mismos preceptos; el art. 1198 PMCC encuentra su paralelo en el párrafo tercero del art. III.-3:601 DCFR; las diferencias se encuentran en el párrafo tercero del art. 1197 PMCC, por un lado, y el párrafo (4) del art. III.-3:601 DCFR, por otro, en la medida en que cada uno de ellos recoge una regla ausente en el otro texto.

2. Las dos regulaciones presuponen una *relación obligatoria sinalagmática*, en la que a una de las partes le incumbe llevar a cabo una prestación por la que la otra, en principio, ha de abonarle una cantidad de dinero; es preciso, además, que la primera lleve a cabo una prestación no conforme; ante tal incumplimiento, la otra parte puede optar por aceptar esa prestación exigiendo a cambio una rebaja del precio a pagar o ya pagado por ella (teniendo derecho en este último caso al correspondiente reembolso); este reme-

dio se puede hacer valer aunque el incumplimiento sea excusable⁸⁴. La rebaja debe ser proporcional a la diferencia existente entre el valor que tenía la prestación no conforme en el momento en que se realizó y el que debería haber tenido en ese momento si se hubiera cumplido debidamente. Lo que importan son esos valores y no el precio pactado; así, *v. gr.*, supongamos que X le ofrece una ganga a Z y le vende por diez mil euros un coche que valdría doce mil si realmente tuviera las cualidades aseguradas por X; luego resulta que el coche transmitido tiene tales defectos que su verdadero valor al tiempo de la entrega es de ocho mil euros; si Z prefiere pese a todo conservar el vehículo, podrá reclamar una rebaja de un tercio del precio (pues el valor real de la prestación –ocho mil euros– es un tercio menor al que habría tenido si hubiera sido conforme –doce mil euros–)⁸⁵.

El DCFR [art. III.-3:601 (4)] permite la aplicación del mismo remedio, aun con las debidas adaptaciones, cuando quien acepta el cumplimiento no conforme está obligado a hacer algo distinto que pagar un precio (pensemos, por ejemplo, en una permuta); aunque la PMCC no contiene una regla similar, cabría entender que el mismo resultado puede alcanzarse mediante una interpretación analógica del art. 1197 PMCC.

3. Por su parte, solo la PMCC explicita la duración y el tipo del plazo a que se sujeta el ejercicio de este remedio: un plazo de caducidad de seis meses desde que se hubiera recibido la prestación (art. 1197.III PMCC); de este modo, se perpetúa lo dispuesto por el art. 1490 CC para las acciones edilicias, especificándose además que el plazo es de caducidad (con lo que se resuelve la controversia existente en este último punto).

4. Finalmente, tanto el art. 1198 PMCC como el art. III.-3:601 (3) DCFR dejan claro que la parte que reduce el precio puede pretender al mismo tiempo la indemnización del daño derivado del incumplimiento, a excepción del perjuicio consistente en la disminución del valor de la prestación; la justificación es obvia: esa pérdida ya se ve compensada por la reducción del precio.

5. Como anticipé unas líneas atrás, la PCC también regula la reducción del precio como una de los remedios que puede hacer valer el comprador frente al vendedor en caso de falta de conformidad de la cosa entregada. El art. 1482 PCC comienza estableciendo: «En caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato.

⁸⁴ Así, en relación con el DCFR, *Principles*, I, p. 911.

⁸⁵ *Vid.* otros ejemplos en *Principles*, I, pp. 910 y 911.

En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere». La cuantía de la reducción se regula en el art. 1487 PCC en términos coincidentes con los del art. 1197.I PMCC.

Sin embargo, hay algunas diferencias relevantes entre las reglas de la PCC y las de la PMCC. Me limito a apuntarlas brevemente. En primer lugar, hay que partir de que el art. 1482 PCC establece una jerarquía entre los remedios que menciona, de manera que la pretensión de cumplimiento debe ejercitarse, si es viable, antes que la de reducción del precio —o la resolución—⁸⁶; de la PMCC no se deduce una jerarquización similar⁸⁷. Además, el art. 1492 PCC reconoce el derecho del vendedor a cumplir el contrato, aunque el comprador no haya optado por ese remedio⁸⁸, al disponer en su primer inciso: «El vendedor puede oponerse a la resolución del contrato o a la reducción del precio si, tras la notificación del comprador, sin dilación y sin costes ni inconvenientes significativos para éste subsana el defecto en el cumplimiento»; dado que esta previsión puede considerarse inspirada en el principio de buena fe, la misma podría aplicarse en el marco general de la PMCC aunque en ella no se haya incluido expresamente una regla parecida; el DCFR sí la establece en los arts. III.-3:201 y ss. («*Cure by debtor of non-conforming performance*»)⁸⁹. Por último, la regulación del plazo para hacer valer el remedio de reducción del precio en la PCC difiere notablemente de la prevista en la PMCC; el art. 1488 PCC establece plazos más largos, que varían según la naturaleza mueble o inmueble del bien vendido, en los siguientes términos: «Los derechos y acciones que corresponden al comprador por falta de conformidad de la cosa prescriben:

1.º A los cinco años, si la cosa vendida es un inmueble construido o edificado.

2.º A los dos años, en los demás casos.

El plazo se computará desde el día en que el comprador tuvo la cosa en su poder; pero si el vendedor ha ocultado la falta de conformidad, el plazo se computará a partir del día en que el comprador la haya descubierto o no haya podido ignorarla.

Los plazos de este artículo no se aplicarán en los casos en que una ley especial prevea otros diferentes». El *dies a quo* del cómputo

⁸⁶ Así resulta de lo dispuesto por el art. 1485 PCC, tal y como pone de relieve la Exposición de Motivos de la PCC en su apartado 17.

⁸⁷ Esto es puesto de relieve también por JEREZ DELGADO y PÉREZ GARCÍA, «La Comisión...», p. 177.

⁸⁸ Vid. el párrafo final del apartado 24 de la Exposición de Motivos de la PCC.

⁸⁹ Respecto de esta normativa del DCFR, me remito a lo expuesto *supra*, en el número 5 del epígrafe 1.2 del apartado III.

to, como se ve, reviste asimismo alguna peculiaridad respecto de la PMCC. Pero la principal diferencia se centra en la sustancial ampliación de los plazos (que, además, son de prescripción), por considerarse que el de seis meses vigente en el CC resulta con frecuencia insuficiente para una efectiva protección del comprador⁹⁰.

5. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La resolución por incumplimiento es objeto de una profunda revisión en la PMCC, donde este remedio se regula de forma detallada y sistemática en los arts. 1199 a 1204; desde luego, su actual regulación en el art. 1124 CC, situado en la sección dedicada a las obligaciones condicionales, precisa una reforma de gran calado.

Por su parte, el DCFR también regula ampliamente este remedio, en la sección 5 del Capítulo 3 del Libro III (arts. III.-3:501 ss.); a él se alude con el término «*termination*», que el art. III.-3:501 (2) DCFR define como la finalización de la relación contractual en todo o en parte⁹¹. La PMCC no define la resolución.

5.1 Ámbito de aplicación

1. La PMCC no circunscribe explícitamente el remedio resolutorio a las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Su silencio en este punto es llamativo, teniendo en cuenta que el art. 1124 CC sí alude a ello, y que la misma PMCC también lo hace al regular la suspensión cautelar de la ejecución de la propia prestación en el art. 1191; puede que el silencio se deba a que la reciprocidad de las obligaciones se considera presupuesta en el art. 1199.I PMCC, al expresar que «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento...», pero la cuestión no es del todo clara. Como hace ver Clemente Meoro⁹², ello suscita la duda de si la PMCC permite aplicar el remedio reso-

⁹⁰ Exposición de Motivos de la PCC, primer párrafo del apartado 22.

También destacan esta divergencia JEREZ DELGADO y PÉREZ GARCÍA, «La Comisión...», p. 177.

⁹¹ Art. III.-3:501 DCFR: «*Scope and definition*

(1) *This Section applies only to contractual obligations and contractual relationships.*

(2) *In this Section “termination” means the termination of the contractual relationship in whole or in part and “terminate” has a corresponding meaning.*

El DCFR ha elegido para referirse a la resolución un término neutral en lugar de uno técnico, para evitar los problemas que suscita la traducción de estos últimos, y también para poner de relieve que el efecto general de este remedio no es retrospectivo sino que mira hacia el futuro (*Principles*, I, p. 851).

⁹² «La resolución...», p. 3.

lutorio, además de a los contratos sinalagmáticos, a otros como los unilaterales onerosos o los bilaterales imperfectos y los aleatorios; de ser así, observa Clemente, se resolvería la cuestión de si estos contratos son susceptibles de resolución. Por todo lo dicho cabe concluir con este autor que quizá conviniera aclarar este extremo si la PMCC se convirtiera en Derecho vigente.

2. El DCFR no solo no circunscribe expresamente la resolución a los contratos sinalagmáticos, sino que del art. III.-3:511 (3) resulta que este remedio se considera aplicable a contratos que no tienen ese carácter, como los gratuitos; efectivamente, el citado artículo excluye el efecto restitutorio típico de este remedio cuando lo que se resuelve es un contrato gratuito⁹³.

5.2 Incumplimientos resolutorios

Es común aludir al principio de conservación del contrato, para justificar que no cualquier incumplimiento puede servir de causa para su resolución, sino que ha de tratarse de un incumplimiento de algún modo cualificado. La PMCC y el DCFR siguen un esquema similar al establecer los incumplimientos que permiten ejercitar el remedio resolutorio: de un lado, el incumplimiento esencial y, de otro, una serie de situaciones en las que en principio no se ha producido un incumplimiento esencial, pero que pasan a merecer la misma consideración por darse ciertas circunstancias. Veamos los diferentes supuestos.

5.2.1 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Se configura como causa de resolución en el art. 1199.I PMCC y en el art. III.-3:502 (1) DCFR⁹⁴. La cuestión es determinar cuándo el incumplimiento reviste la nota de *esencialidad*. El art. 1199.I PMCC se limita a apuntar que ello debe concretarse atendiendo a la finalidad del contrato: «Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial». El art. III.-3:502 DCFR, en cambio, lo desarrolla con detalle en su párrafo (2): «*A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:*

(a) *it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole*

⁹³ Art. III.-3:511 (3): «*Restitution under this Sub-section is not required where the contract was gratuitous*».

⁹⁴ Art. III.-3:502 (1) DCFR: «*A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental*». El art. 1199.I PMCC se transcribe a continuación en el texto.

or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or

(b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on».

Mientras que la segunda de las dos situaciones previstas por el art. III.-3:502 (2) DCFR [la (b)] es clara (el deudor obra dolosamente y es evidente que no va a cumplir), en la primera [la (a)] se entremezclan dos tipos de circunstancias que, a mi modo de ver, sería preferible mantener separadas; de un lado, se toma en cuenta un dato puramente objetivo: que el incumplimiento prive de forma sustancial al acreedor de lo que tenía derecho a esperar conforme al contrato, aplicado a todo o a una parte relevante del cumplimiento; esta circunstancia justifica la esencialidad del incumplimiento a no ser que –y aquí se introduce el otro dato, ya de tipo subjetivo– el deudor, al tiempo de contratar, no hubiera previsto ese resultado ni hubiera podido razonablemente preverlo; esto significa que, si no lo previó ni pudo hacerlo, el incumplimiento no es esencial, lo que impide al acreedor resolver por tal motivo⁹⁵. Ahora bien, que no sea posible la resolución por esta vía no significa que los contratantes sigan vinculados por el contrato en todo caso; antes bien, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. III.-3:104 (4) DCFR, si el incumplimiento se debe a un impedimento permanente no imputable al deudor, la obligación se extingue, al igual que cualquier obligación correlativa que pudiera existir; tratándose de obligaciones contractuales, los efectos restitutorios de la extinción se someten a las reglas aplicables en caso de resolución, con las debi-

⁹⁵ El art. III.-3:502 (2) DCFR sigue una línea similar a la de textos anteriores como la CSIG o los PECL, en los que se incluía parecida salvedad.

Así, el art. 25 CSIG establece: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». Al comentar este precepto, CABANILLAS SÁNCHEZ («Comentario del art. 25», p. 217) destaca que la previsibilidad del perjuicio aparece como requisito indispensable del incumplimiento esencial.

El art. 8:103 PECL se inspira en el que acabo de transcribir y recoge una regla muy similar en su apartado *b)*, añadiendo otro dos nuevos supuestos en los apartados *a)* y *c)*; dice así: «El incumplimiento de una obligación es esencial si:

a) la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato; o
b) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, a menos que la otra parte no haya previsto y no haya podido prever razonablemente tal resultado; o
c) el incumplimiento es intencional y da a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte».

El art. III.-3:502 (2) DCFR ha recogido el supuesto *b)* –con alguna diferencia– y el *c)* del art. 8:103 PECL.

das adaptaciones. Por tanto, si el incumplimiento se debe a un impedimento permanente ajeno a la esfera de control del deudor, y razonablemente no puede esperarse del deudor ni que lo evite ni que lo tome en cuenta al tiempo de contratar⁹⁶, aunque se trate de un incumplimiento que prive sustancialmente al acreedor de lo que tiene derecho a esperar conforme al contrato, no podrá considerarse esencial porque el deudor no habrá podido prever este resultado al contratar; como decía, pues, el contrato no podrá ser resuelto por el acreedor *ex art. III.-3:502 DCFR*, pero la relación queda extinguida automáticamente por virtud del art. III.-3:104 (4) DCFR (de manera que el acreedor quedará libre de su obligación y podrá exigir, en su caso, la restitución de su prestación).

En mi opinión, la fórmula empleada por el art. III.-3:502 (2) (a) DCFR resulta criticable porque entiendo que no debe considerarse presupuesto del incumplimiento esencial que el mismo sea previsible para el deudor al momento de contratar; a los efectos de la resolución debería prescindirse de si el incumplimiento es o no es imputable al deudor, y permitirse el recurso al remedio resolutorio sobre la base de un incumplimiento que objetivamente frustre las legítimas expectativas del acreedor fundadas en el contrato o el fin perseguido con éste, independientemente de si ello era o no previsible para el deudor⁹⁷.

Partiendo, pues, de que la previsibilidad no debe configurarse como requisito del incumplimiento esencial ni, por tanto, de la resolución del contrato por esta causa, me parece preferible la redacción del art. 1199.I PMCC a la del correlativo precepto del DCFR⁹⁸. Si, de acuerdo con el art. 1199.I PMCC hay que atender a la finalidad del contrato (dato puramente objetivo) para determinar cuándo el incumplimiento es esencial, parece claro que este será el caso –aparte de en los supuestos nada problemáticos de inobservancia de un término esencial, incumplimiento contemplado como condición resolutoria en el mismo contrato o manifiesta voluntad del deudor de no cumplir– cuando estemos ante un incumplimiento que frustre el

⁹⁶ Incumplimiento excusable conforme al art. III.-3:104 (1) y (2) DCFR.

⁹⁷ También PANTALEÓN («Las nuevas bases...», pp. 1732 y 1733) sostiene que la imputabilidad de la falta de cumplimiento al deudor no es ni debe ser elemento del supuesto de hecho de la resolución del contrato; en la misma línea, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 821. En definitiva, y como apunta MORALES MORENO («Evolución...», p. 44), la idea de que la resolución no requiere culpabilidad del deudor se ha ido abriendo paso en nuestro ordenamiento; más adelante me refiero a la jurisprudencia del TS en ese sentido; el mismo autor pone de relieve (*op. cit.*, p. 45) que el carácter objetivo de la resolución, no fundada en la culpa del deudor, deja sin justificación la regla *periculum est emptoris*; la PMCC, en efecto, es coherente con esta idea y suprime la mencionada regla: art. 1452 PMCC.

⁹⁸ *Vid.*, sin embargo, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», p. 4, para quien la PMCC «asume el concepto de incumplimiento esencial» plasmado en la CSIG y en los PECL.

fin pretendido con el contrato, o que –por emplear los términos de los textos jurídicos internacionales antes citados– prive sustancialmente al acreedor de lo que legítimamente podía esperar conforme al contrato. Y ello al margen de la previsibilidad o no de tal resultado para el deudor, o de la imputabilidad o no del incumplimiento al mismo. Esto coincide con la línea que últimamente ha seguido el TS⁹⁹, que, al aplicar el art. 1124 CC, prescinde de la exigencia de una reiterada y demostrada voluntad rebelde al cumplimiento por parte del deudor (en definitiva, de los elementos subjetivos), conformándose con que se constate «la frustración del fin del contrato» o con que «se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte», lo que supone contemplar el incumplimiento sobre una base objetiva¹⁰⁰; en este sentido, no es inusual que el TS traiga a colación el concepto de incumplimiento esencial plasmado en la CSIG y en los PECL, para justificar que esta tendencia jurisprudencial se ajusta a los modernos planteamientos contenidos en ambos textos internacionales; lo que ocurre es que, curiosamente, los preceptos en cuestión se reproducen solo en parte, omitiendo la salvedad que hace referencia a la previsibilidad del resultado por parte del deudor, con lo que el concepto de incumplimiento esencial aparece como netamente objetivo y ajeno al referido dato de la previsibilidad¹⁰¹.

Conforme a lo expuesto, cuando se dé un incumplimiento esencial por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, el acreedor podrá resolver el contrato de acuerdo con el art. 1199.I PMCC; pero también podrá optar por no hacerlo si prefiere mante-

⁹⁹ Plasmada, v. gr., en las SSTs 5.4.2006 (RJ 2006, 1921) y 3.12.2008 (RJ 2009, 525), ambas con cita de otras en el mismo sentido.

¹⁰⁰ Díez-PICAZO (*Los incumplimientos resolutorios*, p. 43) apunta que la última jurisprudencia considera incumplimiento esencial «la falta de la obtención de la finalidad perseguida, frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones, quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido». *Vid.* también, sobre esta tendencia, ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», pp. 6 y 7.

¹⁰¹ Así, la STS 5.4.2006 (RJ 2006, 1921) dice: «Esta tendencia [la que queda expuesta en el texto] se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías..., 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 del contrato”, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código Civil...; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) [querrá decir b)] de los Principios de Derecho europeo de contratos». Por su parte, la STS 3.12.2008 (RJ 2009, 525), al referirse a los supuestos de incumplimiento esencial previstos en el art. 8:103 PECL, señala que entre ellos «se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato»; después añade que reglas parecidas se encuentran en la CSIG.

Parecidamente, Díez-PICAZO («La Propuesta...», p. 8), tras sostener que el art. 1199 PMCC puede integrarse con la doctrina emanada de la CSIG y de los PECL, concluye: «El incumplimiento es esencial cuando priva al contratante que sufre tal incumplimiento de aquello que hubiera podido haber obtenido de acuerdo con el contrato».

ner el vínculo y hacer valer las acciones que su deudor tuviera contra terceros conforme a lo previsto por el art. 1196 PMCC; esta opción no hubiera sido posible si la PMCC hubiera seguido el modelo del art. III.-3:104 (4) DCFR y hubiera declarado extinguida la obligación en este caso de imposibilidad¹⁰².

5.2.2 EL RETRASO O LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL CUMPLIMIENTO

De acuerdo con el art. 1200.I PMCC, «[e]n caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad». Consecuentemente, cuando el retraso o la falta de conformidad no constituyan un incumplimiento esencial, el acreedor, como regla general, deberá dar al deudor un plazo (razonable) para que cumpla debidamente, de manera que solo si el mismo transcurre sin resultado, el acreedor estará legitimado para resolver¹⁰³. No obstante, el acreedor no tiene por qué darle al deudor ningún plazo adicional cuando se dé la hipótesis prevista por el art. 1200.III PMCC, según el cual «[l]a fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones».

El art. III.-3:503 (1) DCFR contiene una regla muy parecida a la del art. 1200.I PMCC, aunque referida únicamente al supuesto de retraso y no al de no conformidad. El párrafo (2) prevé las consecuencias del hecho de que el plazo fijado por el acreedor sea irrazonablemente corto: el acreedor no podrá resolver el contrato sino después de que haya transcurrido un tiempo razonable desde que le comunicara al deudor el plazo adicional¹⁰⁴. Si la prestación no es conforme, resultan de aplicación los arts. III.-3:202 a III.-3:204 DCFR, a los que ya me refería *supra* (número 5 del epígrafe 1.2 del

¹⁰² Vid. la crítica que a este artículo del DCFR hace PALAZÓN GARRIDO («El remedio...», p. 429) desde esta perspectiva.

¹⁰³ Para algunas autoras hubiera sido conveniente que la PMCC hubiera excluido la resolución por esta vía cuando se trate de incumplimientos poco relevantes (así, PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 436, siguiendo a SAN MIGUEL PRADERA). En defecto de tal previsión, y como apunta FENOY PICÓN («El incumplimiento...», p. 39), para impedir la resolución en tales casos cabría invocar la regla de que los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe.

¹⁰⁴ Art. III.-3:503: «Termination after notice fixing additional time for performance

(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.

(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice».

apartado III); de ellos resulta también que el acreedor debe dar un plazo al deudor para que subsane la falta de conformidad, durante el cual no puede resolver el contrato.

5.2.3 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL ANTICIPADO

El art. 1200.II PMCC permite al acreedor anticiparse al previsible incumplimiento esencial por parte del deudor; a tal fin le autoriza a resolver el contrato aun antes de que ese incumplimiento tenga lugar, cuando hay razones que patentizan que se va a producir y, habiéndole dado un plazo al deudor para que cumpla o garantice adecuadamente que lo va a hacer, el plazo transcurre sin que este haya hecho ninguna de las dos cosas. Así, el art. 1200.II PMCC dispone: «También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto». En este supuesto, al igual que en el anterior, es preciso que el acreedor le dé un plazo al deudor, a no ser que este haya declarado su voluntad de no cumplir con sus obligaciones (art. 1200.III PMCC).

El DCFR recoge las mismas reglas en los arts. III.-3:504 y III.-3:505; el primero contempla la hipótesis de declarada voluntad del deudor de no cumplir (o de incumplimiento seguro por otro motivo), en cuyo caso no es precisa la determinación de plazo alguno por parte del acreedor para que éste pueda resolver el contrato; el segundo se refiere al supuesto en que, siendo razonable pensar que se producirá un incumplimiento esencial, el acreedor le da al deudor un tiempo para que le asegure adecuadamente el cumplimiento: si no se le facilita esa garantía en un tiempo razonable, el acreedor puede resolver¹⁰⁵.

5.3 El ejercicio de la facultad resolutoria

Ni la PMCC ni el DCFR exigen el ejercicio judicial del remedio resolutorio, que puede hacerse valer mediante declaración del acree-

¹⁰⁵ Art. III.-3:504: «*Termination for anticipated non-performance*

A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental».

Art. III.-3:505: «*Termination for inadequate assurance of performance*

A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time».

dor al deudor [art. 1199.II PMCC y art. III.-3:507 (1) DCFR]¹⁰⁶; naturalmente, ello no impide que los tribunales puedan llegar a conocer acerca de su pertinencia si se suscita contienda entre las partes, mas, aun en ese caso, la resolución, de declararse procedente, se habrá producido por la declaración del acreedor y no por la sentencia judicial.

En nuestro Derecho, doctrina y jurisprudencia mayoritarias admiten desde hace tiempo el *ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria*, pero no sobra que la PMCC así lo explicita con toda claridad en el segundo párrafo del art. 1199: «La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte». Aunque la norma se encuentre en el artículo que se refiere al incumplimiento esencial como causa de resolución, creo que la misma es aplicable también en los demás supuestos de incumplimiento resolutorio previstos en el artículo siguiente¹⁰⁷; este artículo 1200 se limita a establecer que, en los casos que prevé en sus dos primeros párrafos, el acreedor «podrá resolver» cuando haya transcurrido sin resultados el plazo que le hubiera dado al deudor para que cumpliera, subsanara la falta de conformidad u ofreciera garantía adecuada de cumplimiento; el art. 1199 PMCC determina cómo ha de hacerlo. También el art. 1201 PMCC, que prevé la pérdida de la facultad resolutoria por no ejercitarse en un plazo razonable cuando el deudor ofrece cumplir tardíamente o cuando ha cumplido de forma no conforme, parece respaldar la necesidad de notificación en estos casos¹⁰⁸. Por tanto, el transcurso del plazo fijado por el acreedor conforme a los párrafos I y II del art. 1200 PMCC, no desemboca en una resolución automática, lo que parece sensato a fin de dar mayor claridad y seguridad a las partes acerca de cuál es la situación en que se encuentra su relación contractual¹⁰⁹.

Ni la notificación del art. 1199.II PMCC ni la comunicación del art. III.-3:507 DCFR exigen requisito formal alguno¹¹⁰. Cuestión

¹⁰⁶ Art. III.-3:507 (1) DCFR: «*A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor*». El art. 1199.II se reproduce a continuación en el texto.

¹⁰⁷ En sentido similar, PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 441.

¹⁰⁸ Así, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», p. 8. *Vid.* también *infra*, número 1 del epígrafe 5.4.

¹⁰⁹ Cuestión distinta es si el acreedor podría hacer que fuera innecesaria la posterior notificación, mediante el expediente de advertir al deudor, en el mismo momento en que le da el plazo adicional, de su voluntad de dar por resuelto el contrato si ese plazo transcurra sin novedad alguna. Esta posibilidad –a favor de la cual se manifiesta PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 441– es admitida expresamente por el DCFR en su artículo III.-3:507 (2): «*Where a notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice*».

¹¹⁰ Así también PALAZÓN GARRIDO, «El remedio...», p. 441, y, por lo que respecta a la PMCC, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», p. 8, y ROCA TRÍAS, «El incumpli-

distinta es que a efectos de prueba resulte recomendable practicarla de manera que pueda ser acreditada en caso de disputa entre las partes.

5.4 La pérdida de la facultad resolutoria

1. El artículo 1201 PMCC establece: «Si el deudor ofreciere tardíamente el cumplimiento o lo hubiere efectuado de un modo no conforme con el contrato, perderá el acreedor la facultad de resolver a menos que la ejercite en un plazo razonable desde que tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad del cumplimiento»¹¹¹.

Puesto que el precepto contempla la pérdida de la facultad de resolver, esto significa que la situación de la que parte es la de *un acreedor que tiene ya esa facultad pero que aún no la ha ejercitado*; por tanto, o el deudor ha incurrido en un incumplimiento esencial o, en los casos previstos en el art. 1200 PMCC, ha dejado pasar el plazo razonable fijado por el acreedor sin cumplir o subsanar la falta de conformidad o sin prestar garantía adecuada de su cumplimiento; en cualquiera de estas situaciones el acreedor puede resolver el contrato por medio de la notificación prevista en el art. 1199.II PMCC; si no lo hace, corre el riesgo de perder esa facultad de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1201 PMCC; por tanto, el art. 1201 PMCC sanciona el ejercicio tardío de la facultad resolutoria. El precepto impone al acreedor hacerla valer en un tiempo razonable desde que tenga o hubiera debido tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad; y ello, tanto si dicha oferta o falta de conformidad constituyen ya en sí el incumplimiento esencial que legitima al acreedor a resolver, como si se trata de una oferta tardía o de un cumplimiento no conforme que el deudor lleva a cabo después de haber dejado pasar el plazo a que alude el art. 1200 PMCC sin haber reaccionado a la exigencia del acreedor para que cumpliera debidamente o garantizara que así lo haría (pues es al cumplirse ese plazo y no antes cuando el acreedor queda legitimado para resolver en las hipótesis que contempla el art. 1200 PMCC, a salvo lo dispuesto en su último párrafo). En cualquiera de los casos, la justificación de la regla es que si el deu-

miento...», p. 19; como señala CLEMENTE (*op. cit., loc. cit.*), lo propio puede decirse de la fijación de un nuevo plazo por parte del acreedor a los efectos previstos por el art. 1200 PMCC.

¹¹¹ ROCA TRÍAS («El incumplimiento...», p. 18) advierte que esta regla proviene del art. 64.2 CSIG, aunque pretende simplificar y generalizar los supuestos allí previstos. Lo cierto es que el análisis del art. 64.2 CSIG (*vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO, «Comentario del art. 64», pp. 505 a 507) ayuda a comprender mejor el sentido del art. 1201 PMCC.

dor ofrece cumplir tardíamente o cumple de forma no conforme y el acreedor, pudiendo resolver el contrato, no lo hace, el deudor puede interpretar la pasividad del otro como aquiescencia a su oferta tardía y actuar en consecuencia, o como aceptación de la prestación no conforme.

2. El art. III.-3:508 DCFR contiene una regla paralela a la del art. 1201 PMCC, con algunas diferencias; la principal es que el plazo razonable en que el acreedor debe resolver el contrato comienza a computarse, en los supuestos en que el deudor ha contado con un período de tiempo adicional para cumplir o para cumplir debidamente o asegurar su cumplimiento, desde que expira ese período¹¹².

5.5 Efectos de la resolución

Tanto la PMCC como el DCFR contemplan y regulan los dos efectos básicos de la resolución del contrato, el liberatorio y el restitutorio, que analizaré separadamente. Antes de ello, sin embargo, conviene advertir que en ambos textos queda claro que *la resolución no surte efectos retroactivos*, en el sentido de que con ella no se trata de extinguir retroactivamente el contrato como si el mismo nunca se hubiera celebrado¹¹³; esto no queda desmentido por el hecho de que, tras la resolución, las partes tengan que restituirse mutuamente las prestaciones recibidas (con la excepción aplicable a los contratos de ejecución continuada); como se explica en los comentarios del DCFR¹¹⁴, este efecto restitutorio no se basa en ninguna ficción de que el contrato o la relación contractual no existieron, sino en la realidad de que los mismos existieron y ahora finalizan; de ello derivan nuevas obligaciones que

¹¹² Art. III.-3:508 DCFR: «*Loss of right to terminate*

(1) *If performance has been tendered late or a tendered performance otherwise does not conform to the contract the creditor loses the right to terminate under this Section unless notice of termination is given within a reasonable time.*

(2) *Where the creditor has given the debtor a period of time to cure the non-performance under III.-3:202 (Cure by debtor: general rules) the time mentioned in paragraph (1) begins to run from the expiry of that period. In other cases that time begins to run from the time when the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the tender or the non-conformity.*

(3) *A creditor loses a right to terminate by notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III.-3:504 (Termination for anticipated non-performance) or III.-3:505 (Termination for inadequate assurance of performance) unless the creditor gives notice of termination within a reasonable time after the right has arisen».*

¹¹³ *Vid.* a este respecto, sobre la resolución en general, PANTALEÓN, «Las nuevas bases...», p. 1734.

¹¹⁴ *Principles*, I, p. 887.

persiguen corregir los desequilibrios económicos que derivan de la resolución.

5.5.1 EL EFECTO LIBERATORIO

1. Aparece contemplado en el artículo 1202.I PMCC en los siguientes términos: «La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución». El segundo inciso del artículo pone de manifiesto que la resolución no deja sin efecto todo el contrato, pues siguen teniendo vigencia los pactos que las partes hubieran establecido precisamente en contemplación de una posible disputa o una eventual resolución; la misma idea se plasma en el art. 1149.II PMCC, en relación con las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento¹¹⁵.

2. Una vez más, encontramos en el DCFR (art. III.-3:509) reglas muy parecidas a estas¹¹⁶.

5.5.2 EL EFECTO RESTITUTORIO

1. En la PMCC, este efecto aparece desarrollado en los arts. 1203 y 1204¹¹⁷; muchas de sus reglas se encuentran en el

¹¹⁵ Según el art. 1149.II PMCC, «[s]i el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquélla pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado».

¹¹⁶ Art. III.-3:509: «*Effect on obligations under the contract*

(1) *On termination under this Section, the outstanding obligations or relevant part of the outstanding obligations of the parties under the contract come to an end.*

(2) *Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination».*

Del párrafo (3) del mismo artículo –al que vuelvo cuando aborde la indemnización de daños en estos casos– resulta que también conservan su eficacia las cláusulas penales.

¹¹⁷ Artículo 1203 PMCC: «Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye».

Artículo 1204 PMCC: «En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto».

DCFR (arts. III.-3:510 y ss.), que, sin embargo, va más allá y es más prolijo que la PMCC a la hora de regular el cálculo del valor de la prestación a restituir o algunos aspectos de la liquidación de la relación¹¹⁸.

2. Paso a sintetizar lo que se desprende de los arts. 1203 y 1204 PMCC, apuntando en cada caso sus coincidencias o diferencias con el régimen del DCFR. Resuelto el contrato, cada una de las partes (no solo la que incumplió) queda obligada a *restituir a la otra lo que hubiera recibido en virtud del contrato*; si solo una

¹¹⁸ Art. III.-3:510: «*Restitution of benefits received by performance*

(1) *On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the terminated contractual relationship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.*

(2) *If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid.*

(3) *To the extent that the benefit (not being money) is transferable, it is to be returned by transferring it. However, if a transfer would cause unreasonable effort or expense, the benefit may be returned by paying its value.*

(4) *To the extent that the benefit is not transferable it is to be returned by paying its value in accordance with III.-3:512 (Payment of value of benefit).*

(5) *The obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit».*

Art. III.-3:511: «*When restitution not required*

(1) *There is no obligation to make restitution under this Sub-section to the extent that conforming performance by one party has been met by conforming performance by the other.*

(2) *The terminating party may elect to treat performance as non-conforming if what was received by that party is of no, or fundamentally reduced, value to that party because of the other party's non-performance.*

(3) *Restitution under this Sub-section is not required where the contract was gratuitous».*

Art. III.-3:512: «*Payment of value of benefit*

(1) *The recipient is obliged to:*

(a) *pay the value (at the time of performance) of a benefit which is not transferable or which ceases to be transferable before the time when it is to be returned; and*

(b) *pay recompense for any reduction in the value of a returnable benefit as a result of a change in the condition of the benefit between the time of receipt and the time when it is to be returned.*

(2) *Where there was an agreed price the value of the benefit is that proportion of the price which the value of the actual performance bears to the value of the promised performance. Where no price was agreed the value of the benefit is the sum of money which a willing and capable provider and a willing and capable recipient, knowing of any non-conformity, would lawfully have agreed.*

(3) *The recipient's liability to pay the value of a benefit is reduced to the extent that as a result of a non-performance of an obligation owed by the other party to the recipient:*

(a) *the benefit cannot be returned in essentially the same condition as when it was received; or*

(b) *the recipient is compelled without compensation either to dispose of it or to sustain a disadvantage in order to preserve it.*

(4) *The recipient's liability to pay the value of a benefit is likewise reduced to the extent that it cannot be returned in the same condition as when it was received as a result*

hubiera recibido algo, la obligación le afectará únicamente a ella; si fueron las dos, se impone la restitución simultánea [art. 1203.I PMCC; su paralelo en el DCFR es el art. III.-3:510 (1), que se refiere al «beneficio» obtenido por el cumplimiento del otro como objeto de la restitución]. Esta regla general queda exceptuada en los contratos que dan lugar a relaciones duraderas (*v. gr.*, un arrendamiento o un contrato de suministro) cuando las mismas han quedado ya parcialmente consumadas mediante un intercambio de prestaciones ejecutadas correctamente [art. 1204 PMCC; parecidamente, el art. III.-3:511 (1) DCFR]; en tal caso, no tendría ningún sentido obligar a las partes a que se restituyeran prestaciones que en su momento satisficieron el interés de ambas plenamente. El DCFR excluye asimismo la restitución en otro supuesto: cuando el contrato resuelto es gratuito [art. III.-3:511 (3)]¹¹⁹.

3. En principio, la restitución debe llevarse a cabo *en forma específica*. Si ello no es posible, deberá restituirse el valor que tuviera la prestación cuando la restitución se hizo imposible (primer inciso del art. 1203.II PMCC). La imposibilidad de la restitución *in natura* puede deberse a que se trate de una prestación de hacer, o a que el bien a devolver se encuentre en poder de un tercero del que no se puede recuperar, o se haya perdido o destruido.

of conduct of the recipient in the reasonable, but mistaken, belief that there was no non-conformity».

Art. III.-3:513: «Use and improvements

(1) *The recipient is obliged to pay a reasonable amount for any use which the recipient makes of the benefit except in so far as the recipient is liable under III.-3:512 (Payment of value of benefit) paragraph (1) in respect of that use.*

(2) *A recipient who has improved a benefit which the recipient is obliged under this Section to return has a right to payment of the value of improvements if the other party can readily obtain that value by dealing with the benefit unless:*

(a) *the improvement was a non-performance of an obligation owed by the recipient to the other party; or*

(b) *the recipient made the improvement when the recipient knew or could reasonably be expected to know that the benefit would have to be returned».*

Art. III.-3:514: «Liabilities arising after time when return due

(1) *The recipient is obliged to:*

(a) *pay the value (at the time of performance) of a benefit which ceases to be transferable after the time when its return was due; and*

(b) *pay recompense for any reduction in the value of a returnable benefit as a result of a change in the condition of the benefit after the time when its return was due.*

(2) *If the benefit is disposed of after the time when return was due, the value to be paid is the value of any proceeds, if this is greater.*

(3) *Other liabilities arising from non-performance of an obligation to return a benefit are unaffected».*

¹¹⁹ Los comentarios justifican esta regla señalando que los contratos gratuitos son por naturaleza desequilibrados; exigir la devolución a quien ha recibido un beneficio que no es restituible de forma específica, por ejemplo un servicio, le obligaría a pagar (un equivalente pecuniario) por algo que siempre se supuso gratuito; por lo demás, se destaca que todo esto no afecta a las reglas de revocación de las donaciones (*Principles*, I, pp. 899 y 900).

Ahora bien, en caso de pérdida o destrucción del objeto a restituir, se establece una regla favorable únicamente a quien ha resuelto el contrato (no al otro), a quien se exime de abonar el equivalente pecuniario si prueba que la pérdida se produjo pese a haber observado la diligencia debida (esto es, sin ninguna culpa de su parte) (segundo inciso del art. 1203.II PMCC).

También el DCFR parte de la restitución *in natura* [art. III.-3:510, párrafo (2) y primer inciso del párrafo (3)]; su sustitución por la restitución del valor se prevé en dos hipótesis: de un lado, cuando el beneficio a devolver no es transferible [art. III.-3:510 (4)], hipótesis que viene a coincidir con la *imposibilidad* a la que alude el art. 1203.II PMCC¹²⁰; de otro lado, cuando el beneficio a devolver es transferible (y no es dinero) pero su transmisión causaría esfuerzos o gastos irrazonables [art. III.-3:510, segundo inciso del párrafo (3)]¹²¹; aunque este último caso no se contempla específicamente en el art. 1203 PMCC, seguramente podría resolverse conforme a su párrafo segundo, interpretando de una forma amplia el concepto de imposibilidad. Por lo demás, el art. III.-3:512 DCFR establece unas reglas bastante prolijas acerca del cálculo del valor a restituir; a ellas se remite el párrafo (4) del art. III.-3:510 DCFR, no, en cambio, el párrafo (3) del mismo artículo, que únicamente se refiere al valor del beneficio¹²².

4. En orden a la liquidación de la relación, la PMCC también toma medidas relativas a los rendimientos y a los gastos.

a) Para empezar, parece que el término *rendimiento* debe entenderse como sinónimo de fruto. Los rendimientos *obtenidos* se sujetan al régimen general de restitución que ha quedado expuesto (art. 1203.I y II PMCC); no se hace a estos efectos ninguna distinción entre la parte que resuelve y la que incumple (con la salvedad ya apuntada para el caso de pérdida o destrucción sin negligencia), ni se alude a los rendimientos que hubieran podido obtenerse con una administración diligente de la cosa (compárese con el art. 455 CC).

El DCFR consagra la misma regla en el art. III.-3:510 (5).

¹²⁰ Vid. *Principles*, I, p. 903.

¹²¹ En los comentarios al precepto (*Principles*, I, p. 895) se pone el siguiente ejemplo de esta segunda hipótesis: A ha pintado un fresco en una pared de la casa de B, por el que B no le ha pagado; aunque sería materialmente posible dismantelar el fresco, los costes serían desproporcionadamente altos; A no podría reclamar la devolución del fresco, sino solo el pago de su valor.

¹²² El art. III.-3:512 DCFR contempla la hipótesis en que el beneficio a restituir no es transferible o deja de serlo antes de la resolución del contrato; cuando deja de serlo después de resuelto el contrato y antes de que se lleve a cabo la restitución del beneficio, se aplica el art. III.-3:514 DCFR; este precepto obliga en principio a pagar el valor que tuviera el bien al tiempo del cumplimiento, pero en el caso de que se hubiera dispuesto de él, hay que restituir el valor de lo obtenido por ello, si fuera mayor [párrafo (3) en relación con párrafo (1) (a)].

b) Por lo que respecta a los *gastos hechos en la cosa* objeto de restitución, el art. 1203.III PMCC distingue entre los necesarios y los demás (esto es, los útiles y los suntuarios), de nuevo sin tomar en consideración si quien los ha efectuado ha sido el incumplidor o el que resuelve; mientras que los gastos necesarios son abonables siempre (coincidencia, pues, con el vigente art. 453.I CC), los otros solo lo son en la medida en que determinen un enriquecimiento en aquel a quien se restituye la cosa; parece, por tanto, que habrá que estar a si la mejora comporta un aumento objetivo del valor económico de la cosa. No se prevé en ningún caso la facultad de separar la mejora cuando ello fuera posible sin deterioro del bien principal (compárese con los arts. 454 y 455 CC).

La regulación del DCFR difiere bastante en este punto de la de la PMCC. El art. III.-3:513 (2), que es el que contempla la mejora del objeto de restitución, no distingue según el tipo de mejora; reconoce al obligado a restituir el derecho a que se le pague el valor de la misma *si* la otra parte puede obtener fácilmente ese valor comerciando con ella¹²³; sin embargo, hay dos excepciones a esta regla (en las que, por tanto, tal derecho no surge): cuando la mejora supusiera el incumplimiento de una obligación de quien tuviera la cosa frente a la otra parte (pensemos, por ejemplo, en una obra no autorizada hecha por el arrendatario de un piso), y cuando la misma se hubiera hecho sabiendo o debiendo haber sabido que habría que devolver la cosa¹²⁴.

De la comparación entre DCFR y PMCC resulta que esta ha preferido un enfoque más objetivo y simplificador (a mi juicio, preferible), probablemente más fácil de aplicar en la práctica.

c) La PMCC no contempla la hipótesis de posible *deterioro de la cosa* a restituir. Sin embargo, lógicamente cabría pensar que si en el caso de destrucción total hay que restituir el equivalente pecuniario, salvo que quien deba hacerlo sea el que resolvió el contrato y la pérdida se hubiera producido pese a observar la debida diligencia, cuando el bien a devolver se haya deteriorado habría que restituirlo junto con una cantidad equivalente a la pérdida de valor, y con la misma salvedad que en el caso anterior.

¹²³ En los comentarios al precepto (*Principles*, I, p. 906) encontramos el siguiente ejemplo: D, comerciante de motocicletas, compra una docena de ellas al fabricante M. D las altera sustituyendo varios componentes por otros de más calidad y reputación. D no puede revender las motos porque, en contra de lo pactado, sus marcos tal como fueron entregados no cumplen con la normativa vigente en el país de D. Reinstaurar las motos a su estado original ya no es posible porque la mayoría de los nuevos componentes han sido soldados. Al resolverse el contrato, D ha de devolver las motocicletas al fabricante M, y este tendrá que pagar a D el valor de las mejoras si puede vender las motos sin dificultad y así realizar su valor.

¹²⁴ El art. III.-3:513 (1) DCFR contempla también, como reverso de las mejoras, el uso que del objeto hubiera hecho el obligado a restituir y la consiguiente obligación de pagar por ello.

El DCFR sí contempla la referida hipótesis en diversas normas, que establecen unas reglas bastante complejas. Para empezar, se regula separadamente el deterioro que se produce *antes de la resolución* y el que tiene lugar *después de resuelto* el contrato pero antes de la restitución del bien. En ambos casos, el obligado a restituir también lo está a pagar una compensación por cualquier disminución del valor del bien que sea resultado de un cambio en su condición [art. III.-3:512 (1) (b) y III.-3:514 (1) (b) DCFR]. Pero, además, hay algunas reglas específicamente aplicables al primer caso (deterioro *previo* a la resolución): en concreto, se prevé la reducción de la obligación de pagar el valor del bien en la medida en que la causa de que no pueda devolverse en las mismas condiciones en que se recibió sea el incumplimiento de una obligación de la otra parte [art. III.-3:512 (3) (a) DCFR] o una conducta propia del que debe restituirla llevada a cabo en la creencia, razonable pero errónea, de que no había no conformidad [art. III.-3:512 (4) DCFR].

Es evidente que el DCFR trata de arbitrar una solución justa para cada caso; la cuestión es si reglas tan casuísticas y prolijas como estas son las más adecuadas para resolver los problemas que se suscitan en la práctica. Por este motivo, me parece preferible contar con normas más simples, como las que se pueden deducir de la PMCC, que ya justifica la exoneración de responsabilidad por deterioros a favor de quien resuelve, cuando ha obrado de forma diligente. De otro lado, hay que pensar en que el remedio resolutorio es compatible con la indemnización de daños y perjuicios, en los términos que analizo más adelante¹²⁵.

5.6 La indemnización de daños en caso de resolución. Remisión

Por razones sistemáticas, desarrollo este tema en el último de los epígrafes dedicados al remedio indemnizatorio (*infra*, epígrafe 6.7.).

6. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

6.1 Pretensión indemnizatoria y demás remedios

La pretensión indemnizatoria es *compatible con los demás remedios* de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento, de modo que este puede reclamar la reparación de los daños y, al mismo tiempo, hacer valer cualquier otra medida de protección con

¹²⁵ *Infra*, epígrafe 6.7.

que cuente; así lo establece el art. 1205.II PMCC¹²⁶ en concordancia con el art. 1190 PMCC, además de otros preceptos que regulan otros remedios en particular, como la reducción del precio (art. 1198 PMCC) o la resolución (art. 1202.II y III PMCC); en el mismo sentido se expresa el art. III.-3:102 DCFR en su segundo inciso¹²⁷.

Por otra parte, como se recordará, el hecho de *que la pretensión de cumplimiento no pueda ejercitarse no comporta la exclusión simultánea de la indemnizatoria*, sujeta a sus propias causas de exoneración¹²⁸; si no es viable obtener el cumplimiento específico y sí lo es exigir una indemnización, en el cálculo de esta deberá tomarse en cuenta la circunstancia de que el acreedor no haya recibido finalmente la prestación comprometida.

Finalmente, y a la inversa, el art. 1209.IV PMCC deja claro que *la exclusión de la pretensión indemnizatoria no comporta necesariamente la de los otros remedios* frente al incumplimiento¹²⁹; esto le permite al acreedor suspender la ejecución de su propia prestación en tanto el deudor no cumpla con la correspondiente, reducir el precio que debe pagar si el cumplimiento por parte del deudor no es conforme, resolver el contrato cuando el incumplimiento sea esencial o exigirle al deudor el cumplimiento en forma específica cuando cese el impedimento, aun cuando este sea de tales características que exima al deudor de tener que responder de los daños ocasionados. En cambio, de acuerdo con el art. III.-3:101 (2) DCFR, la excusabilidad del incumplimiento libera al deudor al mismo tiempo del deber de indemnizar y de la pretensión de cumplimiento¹³⁰.

6.2 Presupuestos de la pretensión indemnizatoria y exoneración del deber de indemnizar

La PMCC lleva a cabo una clarificación importante en esta materia; de todos es conocida la controversia acerca de cuál es el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad contractual (entendida aquí en su limitado sentido tradicional) en el marco del vigente CC, y la discusión acerca de si se trata de una responsabili-

¹²⁶ Que dice: «Este derecho [a ser resarcido de los daños y perjuicios] es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento».

¹²⁷ Según el cual: «*In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy*».

¹²⁸ Así, expresamente, el art. III.-3:303 DCFR. *Vid. supra*, número 1 del epígrafe 3.3.2.

¹²⁹ El art. 1209 PMCC cierra el régimen de las circunstancias que eximen al deudor de responsabilidad por daños y perjuicios estableciendo en su párrafo cuarto: «Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código».

¹³⁰ A este respecto me remito a lo ya expuesto *supra*, en el número 2 del epígrafe 3.3.2.

dad por culpa o de corte objetivo; la propia Exposición de Motivos de la PMCC (en su apartado VIII) se hace eco de ello y anticipa que, en el nuevo texto, «el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino... solo... cuando concurren las justas causas de exoneración»; sobre todo ello trato a continuación.

6.2.1 ENUMERACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS

1. Para que la pretensión indemnizatoria prospere es imprescindible, de acuerdo con la PMCC, que concurren al menos los siguientes requisitos:

a) Que del incumplimiento se hayan derivado daños para el acreedor (a quien incumbe probarlos); por tanto, debe mediar relación de causalidad, entendida en sentido material, entre el incumplimiento y los daños. Así se desprende del art. 1205.I PMCC: «El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento *le cause*» (énfasis añadido).

b) Que no concorra una causa de exoneración que determine la excusabilidad del incumplimiento del deudor (art. 1209.I PMCC).

2. Ambos requisitos resultan también del DCFR, según cuyo art. III.-3:701 (1): «*The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused*».

6.2.2 LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. Ni en la PMCC ni en el DCFR se configura la culpa del deudor como presupuesto de su deber de indemnizar¹³¹. En la PMCC, el deudor no se exonera demostrando que no ha sido culpable, sino probando que concurren las circunstancias previstas al efecto por el art. 1209.I PMCC, según el cual: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias».

¹³¹ Así, por lo que respecta a la PMCC, ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», p. 21.

En mi opinión, hay que entender que para que haya exoneración es preciso que ambas circunstancias se den simultáneamente; el «mencionado impedimento» a que alude el apartado 2.º es el que ya reúne las notas que exige el apartado 1.º¹³². La primera de ellas coincide con la interpretación que algunos autores proponen del término «sucesos» del art. 1105 CC, en el sentido de «impedimentos ajenos al ámbito de control del deudor»¹³³; el deudor no puede exonerarse si el impedimento procede de su propia esfera de control por lo que, *aun sin culpa* (esto es, *objetivamente*), responde de las huelgas de sus empleados o de los de sus auxiliares, así como «del estado de los elementos materiales (maquinaria, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma»¹³⁴; por lo demás, parece que si el impedimento queda fuera de la esfera de control del deudor, también será ajeno a su voluntad (como exige el art. 1209.I.1.º PMCC), pues no puede depender de él lo que queda más allá de su posible ámbito de influencia.

Junto con la circunstancia primera del art. 1209.I PMCC debe concurrir la segunda para que el deudor quede exonerado; así, es preciso que el deudor no tuviera el deber de prever el impedimento ajeno a su voluntad y a su esfera de control, ni el de evitarlo en sí o en sus consecuencias; tal deber puede derivar del contrato o de la buena fe o los usos (fuentes integradoras del contrato conforme al art. 1243 PMCC, trasunto del vigente art. 1258 CC); esto es, al deudor puede corresponderle conforme al contrato (o demás fuentes integradoras) asumir incluso los riesgos derivados de impedimentos ajenos a su esfera de control, en cuyo caso no quedaría exonerado del deber de indemnizar; así, como destaca Pantaleón, si se trata de un impedimento razonablemente previsible al tiempo de contratar, habrá que entender que el deudor lo asume¹³⁵; pensemos, *v. gr.*, en un contrato de viaje combinado que comprende la estancia en una zona en la

¹³² Así también ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», p. 11, XIOL RÍOS, «Criterios...», p. 7 y FENOY PICÓN, «El incumplimiento...», p. 42.

¹³³ Así, PANTALEÓN, «El sistema...», pp. 1064 y ss., y «Responsabilidad contractual», pp. 5922 y 5923; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 714 y 727, o GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», pp. 12 y 13; también, aplicándolo a la responsabilidad médica, GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», pp. 1732 a 1734 y 1744.

¹³⁴ Palabras de PANTALEÓN («Responsabilidad contractual», p. 5923) a propósito del art. 1105 CC, que resultan perfectamente aplicables en el marco del art. 1209.I PMCC; más detalles al respecto, en pp. 5923 y 5924 de su trabajo.

¹³⁵ Esto es, hay que contar con que «personas razonables en la situación de las partes habrían entendido, salvo inmediata protesta del deudor, que el riesgo del acaecimiento de dicho suceso quedaba a cargo de éste» (PANTALEÓN, «Responsabilidad contractual», p. 5923).

que es previsible que haya huracanes en la fecha acordada para la ejecución del viaje; si luego resulta que efectivamente un huracán impide cumplir el contrato al organizador del viaje, éste no podrá exonerarse, lo que se explica porque el suceso, aun ajeno a su voluntad y a su esfera de control, era previsible al contratar, de modo que lo asumió implícitamente al celebrar pese a todo el contrato con el consumidor. Pantaleón alude en este sentido al «riesgo implícitamente asumido al contratar», junto con la «esfera de control del deudor» como criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor en el marco del art. 1105 CC¹³⁶; a mi modo de ver, ambos se encuentran consagrados en el art. 1209.I PMCC.

2. Muy similar es la regulación del DCFR en este punto. Como resulta del art. III.-3:701 (1) DCFR¹³⁷, el acreedor no dispone del remedio indemnizatorio si el incumplimiento del deudor es *excusable*. Este concepto es concretado en los dos primeros párrafos del art. III.-3:104 DCFR, en los siguientes términos: «(1) *A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.*

(2) *Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.*

Del mismo modo que en la PMCC, el deudor queda exonerado cuando el incumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su esfera de control, imprevisible al tiempo de contratar e inevitable en sí mismo o en sus consecuencias.

3. El impedimento al cumplimiento puede ser temporal o permanente. Cuando es *temporal*, el efecto exoneratorio solo opera mientras dure el impedimento; así lo establece tanto el art. 1209.II PMCC como el art. III.-3:104 (3) DCFR¹³⁸.

El art. III.-3:104 (4) DCFR añade algo para el caso de que el impedimento sea *permanente*: «*Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in*

¹³⁶ «Responsabilidad contractual», p. 5923, y «Las nuevas bases...», p. 1740.

¹³⁷ Transcrito al final del epígrafe 6.2.1.

¹³⁸ Art. 1209.II PMCC: «La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento».

Art. III.-3:104 (3): «*Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.*

Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations». Esta regla da por extinguida automáticamente tanto la obligación del deudor como la que, en caso de tratarse de una relación sinalagmática, incumbiese al acreedor; los efectos restitutorios de tal extinción se someten a las reglas previstas para la resolución con las debidas adaptaciones. Acerca de la conexión existente entre este precepto y el art. III.-3:502 (2) (a) DCFR (incumplimiento esencial), y el contraste entre esta regulación y la de la PMCC, me remito a lo ya expuesto más arriba¹³⁹.

4. Tanto la PMCC como el DCFR imponen al deudor que conozca el impedimento el *deber de comunicárselo* al acreedor lo antes posible, siendo responsable en otro caso de los daños que puedan derivarse de su omisión. Así, el art. 1209.III PMCC dispone: «El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo». El art. III.-3:104 (5) DCFR, por su parte, preceptúa: «*The debtor has a duty to ensure that notice of the impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or could reasonably be expected to have known of these circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice*». La principal diferencia –no muy significativa– se centra en la fijación del tiempo en que el deudor debe informar al acreedor: «sin demora» en la PMCC, y dentro de un plazo razonable después de que el deudor conociera las circunstancias o pudiera razonablemente esperarse que las conociera, en el DCFR.

6.2.3 LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE COSA DETERMINADA PROCEDENTE DE DELITO O FALTA

El art. 1210 PMCC recoge la regla del art. 1185 CC, estableciendo en este caso la subsistencia del deber del deudor de reparar el daño con independencia de cuál sea la causa de la pérdida de la cosa, y con la única salvedad prevista en su inciso final: «Cuando la deuda fuese de cosa cierta y determinada y procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese sin razón negado a aceptarla».

En el DCFR no hay regla similar.

¹³⁹ Vid. *supra*, epígrafe 5.2.1.

6.3 Los daños resarcibles

1. La PMCC no introduce en este punto grandes cambios respecto de lo dispuesto por el CC. El art. 1207 PMCC dispone: «La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener.

Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

El primer párrafo reproduce en buena medida el vigente art. 1106 CC, a excepción de su salvedad final, mientras que el párrafo tercero copia el art. 1108 CC, del que solo se diferencia por suprimir la referencia a la mora del deudor.

Se mantiene, por tanto, que el daño resarcible abarca el *daño emergente* y el *lucro cesante* (art. 1207.I PMCC). Tratándose de un incumplimiento contractual, hay que asegurar al acreedor la indemnización del llamado *interés positivo* o interés en la ejecución del contrato¹⁴⁰, con lo que, en palabras de Díez-Picazo, se pretende colocarle «en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado»¹⁴¹. La PMCC añade, además, una regla para la estimación del lucro cesante (art. 1207.II PMCC), regla que parece responder a la opinión sostenida por Díez-Picazo¹⁴² en el sentido de que «entre la ganancia posible pero contingente y la ganancia segura pueden aplicarse criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos».

La PMCC solo se refiere a daños patrimoniales, omitiendo cualquier alusión al *daño moral* como posible partida indemnizable. El dato es llamativo, habida cuenta que el TS –no digamos ya las Audiencias Provinciales– lleva tiempo admitiendo la resarcibilidad de los daños morales derivados del incumplimiento contractual¹⁴³. También lo admite el DCFR, como veremos en seguida.

¹⁴⁰ Idea esta comúnmente admitida hoy por nuestra doctrina: *vid.*, por todos, GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», p. 20 y nota 33, con cita de otros autores en este sentido.

¹⁴¹ *Fundamentos*, II, pp. 787 y 788.

¹⁴² *Fundamentos*, II, p. 792.

¹⁴³ Uno de los ámbitos en que se ha venido reconociendo más frecuentemente en los últimos años es el del contrato de viaje combinado: *vid.* al respecto GÓMEZ CALLE, «Comentario al art. 162 TR-LGDCU», pp. 1391 a 1394.

También FENOY PICÓN, «El incumplimiento...», p. 43, nota 76, repara en este silencio de la PMCC y observa que «puede interpretarse como una omisión consciente».

2. La regulación del DCFR difiere en algunos aspectos de la de la PMCC en la materia que estamos analizando; en general es más detallada y, además, expresamente declara indemnizable tanto el daño no patrimonial como el daño futuro. Su mayor grado de detalle se aprecia, por ejemplo, en el art. III.-3:702 DCFR, que coincide básicamente con el art. 1207.I PMCC en la medida en que establece la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante, pero después de dejar claro que con ella se trata de cubrir el interés positivo¹⁴⁴. Por otra parte, el art. III.-3:701 (3) especifica las partidas del daño a indemnizar, sea patrimonial (pérdida de ingresos o beneficios, cargas asumidas, reducción del valor de la propiedad) o no patrimonial (que, según el precepto, incluye el dolor, el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida)¹⁴⁵. Finalmente, al daño futuro alude el art. III.-3:701 (2) en los siguientes términos: «*The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur*»; los autores del DCFR apuntan que daño futuro es el que se espera que se produzca después de haberse cuantificado la indemnización, lo que obliga al juez a valorar dos aspectos inciertos: la probabilidad de que ocurra y su cuantía; se entiende que comprende tanto los gastos que haya que realizar en el futuro como las ganancias con las que el acreedor razonablemente habría podido contar si el incumplimiento no hubiera tenido lugar; el daño futuro, se añade, con frecuencia toma la forma de la pérdida de una oportunidad¹⁴⁶; con ello da la impresión de que el llamado daño futuro se solapa en parte con el lucro cesante.

3. Conviene ahora que nos centremos en la regulación del daño indemnizable por incumplimiento de una *obligación pecuniaria*. Como veíamos, el art. 1207.III PMCC es del mismo tenor que el vigente art. 1108 CC, salvo por la supresión de la referencia a la mora del deudor; esto no cambia el sentido de la regla, que es aplicable cuando el obligado a pagar un dinero no lo hace; entonces, de acuerdo con el art. 1192.I PMCC, el acreedor siempre podrá exigirle el cumplimiento, pero mientras el deudor se retrase estará ocasionando un daño al acreedor, al que priva de la posibilidad de disponer y disfrutar de una cantidad de dinero.

¹⁴⁴ Art. III.-3:702: «*The general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived*».

¹⁴⁵ Art. III.-3:701: «(3) “Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life».

¹⁴⁶ *Principles*, I, p. 918.

El art. 1108 CC ha provocado la duda de si establece una indemnización fija o tasada a favor del acreedor de una obligación pecuniaria (el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, siempre que las partes no hubieran acordado otra cosa), a cambio de la ventaja que supone para él no tener que acreditar el daño y su cuantía, o si, por el contrario, fija una mera indemnización de mínimos que no impide al acreedor reclamar una reparación mayor cuando demuestre un daño superior¹⁴⁷; el art. 1207.III PMCC suscitaría la misma duda que el art. 1108 CC. Sin embargo, el artículo 1206 PMCC resuelve la cuestión admitiendo que el acreedor pueda probar haber sufrido un daño mayor a los consiguientes efectos indemnizatorios; en este sentido, establece: «El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, *salvo que pruebe que el daño sea mayor*» (énfasis añadido). Además, el art. 1206 PMCC prevé que el pago del interés pactado o, en su defecto, del interés legal, pueda verse desplazado, no solo por lo que las partes hubieran acordado en el contrato (el título constitutivo de la obligación) sino también por la ley. A la vista de estas diferencias entre los arts. 1206 y 1207.III PMCC, resulta sorprendente, en mi opinión, que se haya optado por mantener ambos preceptos en lugar de establecerse únicamente la primera regla.

4. Por su parte, el DCFR también reconoce el derecho del acreedor a obtener un interés cuando el deudor se retrasa en el pago; el art. III.-3:708, que establece el régimen general al respecto¹⁴⁸, fija la cuota de ese interés en su párrafo (1), en los siguientes términos: «*If payment of a sum of money is delayed, whether or not the non-performance is excused, the creditor is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place where payment is due*». Se entiende que las partes son libres de pactar otro interés¹⁴⁹. Asimismo se entiende que el remedio del acreedor no está limitado por el interés, de modo que puede reclamar la indemnización de cualquier daño que vaya más allá; así, el

¹⁴⁷ Vid. a este respecto DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 677 y 678, quien se inclina por la segunda interpretación.

¹⁴⁸ Los arts. III.-3:710 y III.-3:711 DCFR contienen reglas especiales referidas a los contratos comerciales, para el caso de que sea una empresa quien se retrase en el pago del precio debido por el suministro de mercancías, otros activos o servicios.

¹⁴⁹ *Principles*, I, p. 945.

art. III.-3:708 (2) DCFR dispone: «*The creditor may in addition recover damages for any further loss*».

A diferencia de la PMCC, que no contiene una regla como la del art. 1109 CC, el DCFR sí ha previsto el anatocismo en el art. III.-3:709 (1) DCFR, según el cual el interés a pagar conforme al artículo anterior se debe sumar al capital pendiente cada doce meses; esta regla no se aplica cuando las partes hubieran fijado un interés para el caso de retraso, lo que significa que el anatocismo se aplica a los intereses legales, mas no a los convencionales –art. III.-3:709 (2) DCFR-¹⁵⁰.

6.4 La extensión del daño indemnizable

1. Supuesto que concurren los presupuestos precisos para que el deudor tenga que indemnizar al acreedor el daño derivado de su incumplimiento, aún es preciso concretar algo más acerca de la extensión de los daños que debe reparar. La cuestión se regula en el art. 1208 PMCC, que establece: «El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, solo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato».

El art. 1208 PMCC resuelve varios de los problemas interpretativos que ha provocado su referente en el CC vigente, el art. 1107 CC; así, en vez de hablar del «deudor de buena fe», se alude al incumplimiento no doloso, con lo que se evitan los problemas que suscita referirse al deudor negligente como un deudor de buena fe; y, además, se sustituye la referencia a «todos los daños que conocidamente se deriven» del incumplimiento en caso de dolo, por la que se hace a los daños «objetivamente imputables» al incumplimiento, criterio éste que permite delimitar mejor el alcance de los daños resarcibles.

Sin embargo, el art. 1208 PMCC también genera algunas dudas. Yo me voy a centrar en su alusión a la imputación objetiva, ya que, a mi modo de ver, tal y como está redactado el precepto, se presta a discutir si la imputación objetiva es aplicable a todo deudor o solo al deudor doloso. Trataré de explicarme.

¹⁵⁰ Art. III.-3:709: «*When interest to be added to capital*
(1) *Interest payable according to the preceding Article is added to the outstanding capital every 12 months.*
(2) *Paragraph (1) of this Article does not apply if the parties have provided for interest upon delay in payment*».

La referencia expresa a la imputación objetiva en el art. 1208 PMCC es una importante novedad en nuestro Derecho; se trata de una noción que, pese a silenciarse en el CC, ha penetrado de forma notable en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de la mano de la jurisprudencia, a raíz sobre todo de un conocido trabajo de Pantaleón¹⁵¹. Este profesor destaca la necesidad de distinguir entre causalidad e imputación objetiva; así, los problemas de causalidad se concretan en determinar si hay o no relación de causa a efecto entre una conducta y unos daños; se trata de una cuestión de hecho a dilucidar conforme a las reglas de la lógica y las ciencias naturales y que, por tanto, puede resolverse con la conocida teoría de la equivalencia de las condiciones; en cambio, la imputación objetiva es una cuestión de Derecho: se trata de «determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo»¹⁵². Su aplicación a la pretensión indemnizatoria contractual debería llevar a tomar en cuenta los criterios de imputación objetiva ya apuntados por la doctrina y aplicados por el Supremo en el ámbito de la responsabilidad aquiliana: el criterio de la adecuación, el del riesgo general de la vida, el del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, el de la prohibición de regreso, el de la provocación, el del incremento del riesgo y el de la competencia de la víctima¹⁵³.

La aplicación de tales criterios a los daños contractuales ya había sido preconizada por Díez-Picazo antes de la publicación de la PMCC¹⁵⁴; así, tras apuntar que el art. 1107 CC parece establecer dos sistemas de causalidad diferentes (una estricta para el «deudor de buena fe», y otra más amplia para el caso de dolo), aclara que en cualquier caso es preciso que los daños estén enlazados causalmente con la conducta del deudor incumplidor; entonces añade: «En nuestra opinión, los problemas de la relación de causalidad en los daños contractuales se rigen, en línea de principio, por las mismas reglas que se establecen en materia de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Esto significa, en el momento actual, aplicar los llamados criterios de imputación objetiva de acuerdo con los parámetros que hoy resultan conocidos...»¹⁵⁵; después presenta esos criterios, que son los que he mencionado unas líneas atrás. De este modo, Díez-Picazo considera aplicables los criterios de impu-

¹⁵¹ «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», cuyo contenido se sintetiza en el «Comentario del art. 1902» del mismo autor.

¹⁵² PANTALEÓN, «Comentario del art. 1902», pp. 1981 y 1982 [p. 1982].

¹⁵³ Sobre estos criterios, *vid.* PANTALEÓN, «Comentario del art. 1902», pp. 1985 a 1988, y DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 346 y ss., entre otros.

¹⁵⁴ *Vid. Fundamentos*, II, pp. 784 a 786.

¹⁵⁵ *Fundamentos*, II, pp. 784 y 785.

tación objetiva a todo deudor, tanto el doloso como el no doloso; por ello, cuando se refiere a la responsabilidad del deudor no doloso, advierte que el hecho de que los daños fueran previstos o previsibles en el momento de contratar no significa que la responsabilidad se extienda necesariamente a ellos, «pues habrá que aplicar en todo caso los criterios de imputación objetiva anteriormente mencionados»¹⁵⁶.

Si volvemos ahora al art. 1208 PMCC, su primer inciso podría interpretarse precisamente en este sentido: «[e]l deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento» puede querer decir que la imputación objetiva delimita la extensión del daño a resarcir en todo caso, sea o no doloso el deudor; eso sí, al deudor no doloso (negligente o no) habría que aplicarle, además, un segundo límite, el establecido en el inciso segundo del precepto: solo responde de los daños previstos o que hubiesen podido preverse razonablemente como consecuencia probable del incumplimiento al tiempo de contratar; esto es, el deudor no doloso solo respondería de los daños que, además de ser objetivamente imputables a su incumplimiento, fueran previsibles al contratar. Conforme a esta lectura del precepto, la determinación de la extensión del daño a resarcir por el deudor no doloso exigiría hacer dos juicios de previsibilidad, habida cuenta que uno de los criterios de imputación objetiva, el criterio de la adecuación, ya comporta una valoración de este tipo. Efectivamente, de acuerdo con el criterio de la adecuación, «[n]o puede imputarse objetivamente al deudor un concreto hecho dañoso cuando la producción del evento hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado, que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión *ex ante*»¹⁵⁷; si conforme a esta valoración –que va referida al momento del incumplimiento y no al de la celebración del contrato– hubiera que considerar el daño objetivamente imputable al incumplimiento (supuesto, además, que esto no quedara excluido por ningún otro de los criterios de imputación objetiva) y, además, se tratara de un daño previsible al tiempo de contratar, debería ser reparado por el deudor no doloso.

Esta es una posible interpretación del art. 1208 PMCC, pero no es la única. También cabe entender que cada uno de los incisos del precepto se refiere a un supuesto distinto¹⁵⁸: como el segundo inci-

¹⁵⁶ *Fundamentos*, II, p. 787.

¹⁵⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 786.

¹⁵⁸ La tesis que paso a exponer en el texto es la que defendió el profesor MORALES MORENO en su conferencia sobre «La indemnización por incumplimiento del contrato en la Propuesta de Modernización del Código Civil español», pronunciada en el Seminario

so contempla expresamente al deudor no doloso (negligente o no), el primero se referiría al otro caso posible, el del deudor doloso (y solo a él); consecuentemente, el *quantum* indemnizatorio se delimitaría de forma distinta en cada caso: en el del deudor no doloso, conforme al juicio de previsibilidad al tiempo de contratar (únicamente), pues este juicio sirve para delimitar de modo suficiente y adecuado la extensión de los daños a indemnizar por quien no obra dolosamente; en el del deudor doloso, conforme a los criterios de imputación objetiva. El deudor no doloso únicamente respondería de los daños que al tiempo de contratar pudieran preverse razonablemente como consecuencia probable del incumplimiento¹⁵⁹; el deudor doloso, por su parte, respondería de todos los daños derivados de su incumplimiento, aun los no previsibles al contratar, siempre que fueran objetivamente imputables a él¹⁶⁰.

La diferencia entre las dos interpretaciones expuestas se centra, en definitiva, en si los criterios de imputación objetiva resultan o no aplicables al deudor no doloso. En mi opinión, sería conveniente aclarar este aspecto del art. 1208 PMCC si es que algún día la PMCC sirve de base a una reforma del CC.

2. El DCFR regula la cuestión que estamos analizando en el art. III.-3:703 (Foreseeability), que es del siguiente tenor: «*The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent*».

El precepto omite cualquier referencia a la imputación objetiva¹⁶¹, y se limita a servirse del criterio de la previsibilidad (en términos bastante parecidos a los del segundo inciso del art. 1208 PMCC); así, se parte de que este es el criterio a utilizar para determinar el alcance del deber de indemnizar del deudor, salvo en los casos de incumplimiento doloso o gravemente negligente; de ello resulta que el deudor no doloso ni gravemente negligente responde solo de los daños previsibles, mientras que el doloso o gravemente negligente responde de los daños causados por el incumplimiento aunque no sean previsibles.

sobre *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el día 28 de octubre de 2011. Agradezco al profesor Morales sus valiosas reflexiones sobre este tema en conversaciones sostenidas más allá del marco de este Seminario.

¹⁵⁹ Compárese con el art. 1107.I CC.

¹⁶⁰ Compárese con el art. 1107.II CC.

¹⁶¹ Como vimos, la necesidad de que medie relación causal entre daños e incumplimiento deriva del art. III.-3:701 (1) DCFR.

Para ilustrar la diferente medida en que debe reparar el daño el deudor doloso y el que no lo es, los autores del DCFR se sirven del siguiente ejemplo¹⁶²: La compañía S vende a B un compuesto para alimentar a sus cerdos. B no informa a S del tipo de cerdos para el que requiere la comida. Por negligencia, S le suministra una partida del compuesto que contiene una toxina que se sabe causa malestar a los animales, pero no daños serios. Sin embargo, como los cerdos de B son de una raza inusual, especialmente sensible a la toxina, muchos de ellos mueren tras haber ingerido el compuesto. S no respondería de los daños derivados de esa muerte porque eran imprevisibles al contratar. Esto cambiaría si hubiera actuado de manera dolosa (o gravemente negligente).

6.5 El deber del acreedor de mitigar el daño

Este deber aparece contemplado tanto en la PMCC como en el DCFR, en términos similares.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, hay que valorar positivamente su explícita consagración en la PMCC, por mucho que ya ahora, y a pesar del silencio del CC, se admita su vigencia¹⁶³. Así, el art. 1211 PMCC dispone: «No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas». Y, parecidamente, el art. III.-3:705 DCFR establece lo siguiente: «(1) *The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.*

(2) *The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.*».

Al comentar este último artículo, los autores del DCFR apuntan¹⁶⁴ que el acreedor falta a su deber de mitigar los daños si incurrir en gastos innecesarios o irracionales, u omite dar pasos razonables para reducir el daño (*v. gr.*, rechaza la posibilidad que se le ofrece de alquilar un vehículo en otra compañía distinta de aquella con la que inicialmente lo contrató y que no puede procurárselo, quedándose así sin las vacaciones proyectadas; la indemnización debe limitarse al daño sufrido por el acreedor si hubiera actuado

¹⁶² *Principles*, I, p. 930.

¹⁶³ Observa Díez-PICAZO (*Fundamentos*, II, pp. 783 y 784) que el deber de mitigar los daños deriva de la buena fe; además, apunta, su incumplimiento rompe la relación de causalidad, «pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor».

¹⁶⁴ *Principles*, I, pp. 935 y 936.

razonablemente, aceptando la sustitución del vehículo: esto es, a la diferencia de costes entre los dos transportes y la compensación por las molestias derivadas del cambio).

El canon de lo que puede considerarse exigible al acreedor a los efectos que aquí interesan viene determinado en el art. 1211 PMCC por la *buena fe*, mientras que el art. III.-3:705 DCFR se orienta por lo que resulte *razonable*, lo que deberá valorarse en consideración a las circunstancias del supuesto concreto; en cualquier caso, como sabemos, la exigencia de buena fe y lealtad preside el ejercicio de todos los remedios frente al incumplimiento previstos por el DCFR (art. III.-1:103 DCFR).

Por último, ambas normas extienden la indemnización debida por el deudor a los gastos *razonables* hechos por el acreedor con el propósito de mitigar los daños; la PMCC explicita además que ello es así aun cuando esos gastos resulten infructuosos.

6.6 Los pactos sobre el deber de indemnizar

1. El artículo 1212 PMCC dispone lo siguiente: «Las partes podrán ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente, y de acuerdo con los preceptos correspondientes del Capítulo IV de este Título.

Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo».

Mientras que el párrafo segundo del citado precepto puede considerarse una reformulación del vigente art. 1102 CC, la regla del párrafo primero no se encuentra en el CC; la misma deja un amplio margen a la autonomía privada, permitiendo a las partes que regulen el deber indemnizatorio del deudor como estimen procedente, y de acuerdo con los arts. 1146 a 1152 PMCC; estos artículos conforman el Capítulo al que remite el art. 1212.I y regulan las cláusulas penales. En el CC también se desarrolla la cláusula penal (arts. 1152 a 1155 CC), pero, como decía, no se resuelve en términos generales, y más allá de lo dispuesto por el art. 1102 CC, la cuestión de si las partes pueden alterar por pacto el régimen legal del deber del deudor de indemnizar. Este silencio ha llevado a la doctrina a tratar de resolver el problema, distinguiendo según el tipo de pacto (de exoneración, de limitación o de agravación de la responsabilidad)¹⁶⁵.

La PMCC, al permitir a las partes «ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que esti-

¹⁶⁵ Vid. al respecto Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 753 a 757.

men precedente», *tolera en términos generales las cláusulas de agravación, limitación y exoneración*; con una excepción y con un matiz.

La excepción es la prevista en el art. 1212.II PMCC: son nulas –y, por tanto, habrá que tener por no puestas– las que limiten o eximan de responsabilidad en caso de dolo; la fórmula del art. 1212.II PMCC es preferible a la del vigente art. 1102 CC, que ha obligado a la doctrina a destacar que no es solo nula la cláusula de «renuncia» a la acción para hacer valer la responsabilidad procedente de dolo, sino cualquier otra que exonere al deudor de esta responsabilidad¹⁶⁶; además, conforme al art. 1212.II PMCC queda claro que son nulas no solo las cláusulas exoneratorias sino también las limitativas.

El matiz al que antes me refería es que, cuando las partes pactan una cláusula penal, el pacto queda sujeto al régimen jurídico de estas, que se encuentra en los arts. 1146 a 1152 PMCC, a los que remite el art. 1212.I PMCC. En efecto, la ampliación y la reducción del deber de indemnizar puede llevarse a cabo mediante una cláusula penal que determine convencionalmente el importe de la indemnización a satisfacer en caso de incumplimiento, con independencia de cuál sea la efectiva cuantía del daño; así, cuando los daños reales sean menores que la indemnización pactada, la cláusula ampliará el deber de indemnizar; y cuando los daños sean mayores, la cláusula lo reducirá¹⁶⁷. Cuando las partes pactan una cantidad que, en vez de sustituir a la indemnización, debe sumarse a ella¹⁶⁸, estaremos igualmente ante un pacto de ampliación del deber de indemnizar. En la aplicación de estas cláusulas hay que tener en cuenta los límites específicamente previstos al efecto en normas como las de los arts. 1148.II («[l]a aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor») o 1150 PMCC (según el cual «[e]l Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido»)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 755.

¹⁶⁷ El art. 1147 PMCC dispone que «[l]a fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes».

¹⁶⁸ Así lo permite el artículo 1146.I PMCC, según el cual «[l]a prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado solo carácter penal».

¹⁶⁹ El art. 1150 PMCC impone la modificación de la pena en casos en que la misma quedaría excluida conforme a la jurisprudencia que parece haberse ido imponiendo a propósito del vigente art. 1154 CC; así, cuando la cláusula penal contempla un determinado tipo de incumplimiento (parcial, defectuoso, tardío...) y es ese el que se produce, el TS ha

2. El DCFR no incluye entre las normas que regulan el remedio indemnizatorio más que un par de reglas relativas a las cláusulas penales, situadas en el art. III.-3:712. Así, el párrafo (1) de este artículo contempla el pacto por el que las partes cuantifican anticipadamente la indemnización debida en caso de incumplimiento, y atribuye al acreedor el derecho a reclamar esa cantidad con independencia de cuál sea el daño real. El párrafo (2) matiza lo anterior y, en línea parecida al art. 1150 PMCC, admite la moderación judicial de la cantidad pactada cuando la misma resulte indecentemente excesiva en relación con el daño derivado del incumplimiento o las demás circunstancias¹⁷⁰.

Las reglas de carácter más general aplicables a los pactos sobre el deber de indemnizar se sitúan fuera de la sección dedicada a la indemnización, en la sección primera del Capítulo 3 del Libro III del DCFR, art. III.-3:105; su ubicación sistemática en ese lugar se explica porque el citado precepto, en su párrafo (2), alude en general a los pactos que excluyen o limitan los remedios frente al incumplimiento, y aunque lo más habitual es que esos pactos se refieran a la indemnización del daño, nada impide que puedan afectar a otro remedio distinto¹⁷¹. Así, el art. III.-3:105 dispone: «*Term excluding or restricting remedies*

(1) *A term of a contract or other juridical act which purports to exclude or restrict liability to pay damages for personal injury (including fatal injury) caused intentionally or by gross negligence is void.*

(2) *A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9, Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so».*

El artículo transcrito solo contempla las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad (no las de agravación), y las somete a dos límites: son nulas las referidas a daños personales causados de forma intencional o gravemente negligente; y no pue-

venido afirmando últimamente que no cabe moderación de la pena, solo admisible cuando, habiéndose pactado la cláusula para un incumplimiento total, este hubiera sido solo parcial (vid. a este respecto GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», p. 29).

¹⁷⁰ Art. III.-3:712 DCFR: «*Stipulated payment for non-performance*

(1) *Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual loss.*

(2) *However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances».*

¹⁷¹ *Principles*, I, p. 794.

den ser invocadas cuando, pese a ser válidas en sí mismas, ello resulte contrario a la buena fe y la honestidad. El primer límite coincide parcialmente con lo previsto en el art. 1212.II PMCC; el segundo habría de justificarse en nuestro Derecho con base en lo dispuesto por el art. 7 CC.

6.7 La indemnización de daños en caso de resolución

Como sabemos, tanto la PMCC como el DCFR reconocen la compatibilidad entre el remedio resolutorio y el indemnizatorio. En nuestro Derecho ello no supone una novedad, pues ya lo admite el art. 1124.II CC. La cuestión es establecer si lo que debe determinar la medida de la indemnización cuando se resuelve un contrato es el interés positivo o el interés negativo o de confianza.

Si se parte de que la resolución no extingue retroactivamente el contrato (en el sentido explicado más arriba), lo coherente con ello es sostener que la medida de la indemnización debe venir dada por el interés contractual positivo¹⁷². No se trata de colocar a quien resuelve en la posición patrimonial en que se hallaría de no haber contratado (interés negativo), pues lo cierto es que ha celebrado un contrato perfectamente válido, y que el mismo ha sido incumplido por la contraparte. No hay razón, por tanto, para privarle de las ventajas que ese contrato le habría reportado de haber sido debidamente cumplido; de ahí que la indemnización deba extenderse al interés positivo.

El art. 1202.II PMCC permite llegar a esta conclusión cuando establece que «[r]esuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes»¹⁷³. Los daños y perjuicios *causados por el incumplimiento* es lo que hay que reparar, tanto conforme al art. 1202.II PMCC, como de acuerdo con los artículos a los que el precepto remite; recordemos que, como decía más arriba¹⁷⁴, cuando se trata de un incumplimiento contractual, es preciso asegurar al acreedor la indemnización del interés positivo o interés en la ejecución del contrato.

Por otra parte, en su párrafo tercero, el art. 1202 PMCC dispone: «Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraí-

¹⁷² Vid. al respecto PANTALEÓN, «Las nuevas bases...», p. 1734. También, sobre este y los demás argumentos que se apuntan a continuación, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», pp. 14 y 15.

¹⁷³ Así, CLEMENTE MEORO, «La resolución...», pp. 13 y 14, y FENOY PICÓN, «El incumplimiento...», p. 41.

¹⁷⁴ *Supra*, número 1 del epígrafe 6.3.

das en consideración al contrato resuelto»; con ello se establece a favor del que resuelve, lo que, en términos de Pantaleón¹⁷⁵, constituye «una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo». Por eso mismo, me parece acertada la interpretación de Clemente Meoro¹⁷⁶ en el sentido de que no solo el detrimento sino también los gastos a que alude el art. 1202.III PMCC deben tener su origen en las obligaciones contraídas con vistas al contrato resuelto: se trata de los gastos hechos en consideración a la ejecución del contrato (*v. gr.*, el coste del sistema de seguridad instalado en el local donde se proyectaba depositar la valiosa mercancía que se iba a adquirir mediante la compraventa finalmente resuelta), no de los ocasionados por su celebración (costes de formalización, etc.), que conforman el interés contractual negativo. En cuanto al detrimento «por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto», podríamos pensar, por ejemplo, en las sanciones económicas que tuviera que afrontar el contratante que resuelve, por no poder cumplir los compromisos que había asumido frente a terceros sobre la base de que iba a adquirir el bien objeto del contrato que queda finalmente resuelto por incumplimiento del vendedor. Clemente Meoro¹⁷⁷ también estima incluidos en el art. 1202.III PMCC los gastos y detrimentos de un negocio de reemplazo; sin embargo, literalmente el precepto se presta a ser interpretado en el sentido de que únicamente alude a las obligaciones que se contraen antes de que el contrato sea resuelto, y pensando precisamente en su buen fin (obligaciones contraídas en consideración al contrato *que finalmente es resuelto*), y no tanto a las obligaciones que se contraen después de la resolución por virtud de un negocio destinado a reemplazarlo. En cualquier caso, el sobreprecio que deba pagar quien resuelve al tener que celebrar un negocio sustitutivo sería indemnizable, en virtud del art. 1202.II PMCC, como daño derivado del incumplimiento y componente del interés positivo. Lo mismo cabría decir si quien resuelve prescinde de dicho sustitutivo, pero resulta que, al tiempo de la resolución, el valor de la prestación que habría debido recibir es superior al que tenía cuando el contrato se celebró¹⁷⁸.

¹⁷⁵ «Las nuevas bases...», p. 1735.

¹⁷⁶ «La resolución...», p. 15.

¹⁷⁷ «La resolución...», p. 15.

¹⁷⁸ Para Díez-PICAZO (*Fundamentos*, II, p. 876), es indiscutible que el valor del interés positivo ha de centrarse en la diferencia entre esos valores.

El DCFR explicita estas reglas en los arts. III.-3:706 (para la hipótesis de negocio de reemplazo)¹⁷⁹ y III.-3:707 (para el caso en que el acreedor no celebra tal negocio, pero existe la diferencia de valores a la que acabo de aludir)¹⁸⁰. Ambos preceptos se sitúan en la sección dedicada al remedio indemnizatorio; en la que regula la resolución, el art. III.-3:509 (3) DCFR se limita a establecer que el acreedor tiene derecho a que se le indemnice por el incumplimiento consumado y, también, por el de las obligaciones del deudor que quedaron extinguidas a consecuencia de la resolución¹⁸¹.

IV. VALORACIÓN FINAL

1. En términos generales, hay que concluir que la regulación que hace la PMCC de los remedios ante el incumplimiento contractual cumple satisfactoriamente con el objetivo de modernizar esta parte tan importante del Derecho de obligaciones y contratos, en línea con los textos jurídicos internacionales más recientes existentes en la materia. La PMCC resuelve muchas de las cuestiones más controvertidas en este ámbito con reglas que por lo general resultan claras y precisas. Ello no obstante, creo que hay algunas normas que precisarían de cierta reforma, y también que convendría considerar la introducción de algunas reglas que la PMCC

¹⁷⁹ Art. III.-3:706 DCFR: «*Substitute transaction*

A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss».

¹⁸⁰ Art. III.-3:707 DCFR: «*Current price*

Where the creditor has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance, the creditor may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the contract price and the price current at the time of termination as well as damages for any further loss».

¹⁸¹ Art. III.-3:509 (3) DCFR: «*A creditor who terminates under this Section retains existing rights to damages or a stipulated payment for non-performance and in addition has the same right to damages or a stipulated payment for non-performance as the creditor would have had if there had been non-performance of the now extinguished obligations of the debtor. In relation to such extinguished obligations the creditor is not regarded as having caused or contributed to the loss merely by exercising the right to terminate».*

El supuesto se explica con este ejemplo (*Principles*, I, p. 889): un contratista es culpable de unos retrasos y una incompetencia tan repetidos y serios, que la otra parte, convenida de que nunca completará el trabajo satisfactoriamente, resuelve el contrato; esta decisión es avalada judicialmente. El comitente tiene derecho a que se le indemnice el daño derivado, no solo del incumplimiento pasado, sino también del incumplimiento del resto de las obligaciones contractuales. El contratista no puede argüir en contra que la resolución del contrato le impidió seguir cumpliendo.

omite. Resumo a continuación las cuestiones que, en mi opinión, resultan más significativas.

2. Entre los *aspectos que podrían mejorarse*, cabría mencionar los siguientes:

a) El art. 1191 PMCC debería permitir suspender la ejecución de la propia prestación, no solo a quien debe cumplir al mismo tiempo o después que la otra parte, sino también a quien tiene que hacerlo *en primer lugar*, cuando se dé la hipótesis de incumplimiento anticipado; todo ello, en términos similares a los del art. III.-3:401 DCFR y en línea con lo que ya disponen preceptos como los arts. 1467 y 1502 CC.

b) La circunstancia prevista en el art. 1192.II.4.º PMCC (carácter personal de la prestación) para excluir la pretensión de cumplimiento está redactada en unos términos excesivamente amplios, que deberían acotarse mejor; el art. III.-3:302 (3) (c) DCFR podría utilizarse como modelo.

c) En el art. 1194 PMCC, podría precisarse algo más el significado del adverbio «oportunamente», a los efectos de determinar cuándo el acreedor que pretende el cumplimiento en primer lugar, puede desistir de ello para hacer valer otro remedio.

d) Convendría aclarar si la resolución por incumplimiento cabe o no únicamente respecto de los contratos sinalagmáticos.

e) En mi opinión, no estaría de más redactar de modo más claro el art. 1201 PMCC, teniendo en cuenta las distintas vías por las que el acreedor puede quedar facultado para resolver un contrato.

f) A la vista de que los arts. 1206 y 1207.III PMCC son reiterativos salvo por algunas precisiones que el primero de ellos añade respecto de lo establecido por el segundo, sería aconsejable suprimir el art. 1207.III PMCC.

g) En relación con el art. 1208 PMCC, es preciso aclarar si la imputación objetiva, como criterio delimitador de la extensión del daño resarcible, es aplicable solo al deudor doloso o también lo es al deudor no doloso.

3. En cuanto a posibles *novedades a introducir* en la regulación, podrían apuntarse las siguientes:

a) Debería sopesarse la conveniencia de introducir una regla similar a la del art. III.-3:301 DCFR (2), que excluya la pretensión de cumplimiento de las obligaciones dinerarias cuando, tratándose de una relación sinalagmática, se den las circunstancias siguientes: que el acreedor del dinero aún no haya cumplido con su parte, que resulte evidente que el deudor ya no tiene interés en la prestación por la que tendría que pagar, y que el acreedor pueda realizar una opera-

ción de reemplazo sin esfuerzos o gastos significativos; en tal caso, podría considerarse suficiente para satisfacer el interés del acreedor que el deudor tenga que abonarle una indemnización adecuada a tal fin; en nuestro Derecho, algunos preceptos consagran reglas inspiradas en esta idea (así, el art. 1594 CC o el art. 160 TR-LGDCU).

b) En el supuesto contemplado por el art. 1197 PMCC, podría extenderse el remedio de la reducción del precio a cualquier prestación, con las debidas adaptaciones y siempre que ello sea factible teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, siguiendo el modelo del art. III.-3:601 (4) DCFR.

c) Dado que el TS admite la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato (dando lugar a una amplia jurisprudencia menor en el mismo sentido), y habida cuenta de que se trata de un tema polémico y complejo entre nosotros, sería conveniente que la PMCC se pronunciara expresamente al respecto.

BIBLIOGRAFÍA*

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario del art. 25», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (director y coordinador: L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid 1998, p. 211.
- CLEMENTE MEORO, M. E.: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, mayo de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).
- «Tribunal Supremo y principios europeos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 305, junio 2010, p. 79.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid 2005.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999.
- «Comentario del art. 64», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (director y coordinador: L. Díez-Picazo), Civitas, Madrid 1998, p. 502.

* Mientras estaba corrigiendo las pruebas de este trabajo se han publicado en el fascículo IV del ADC de 2011 dos artículos sobre la temática que he abordado: uno, de N. FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: Los remedios del incumplimiento»; y otro, de L. P. SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?». Dada su aparición en estos momentos, no he podido tenerlos presentes al redactar mi trabajo.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9.^a ed., Tecnos, Madrid 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M.: *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, Madrid 2002.
- FENOY PICÓN, N.: «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta española de modernización del Código Civil de 2009», *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas* (coordinador: I. de la Maza Gazmuri, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, p. 27.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* 2010, p. 47.
- GARCÍA PÉREZ, R. M.: «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (director: K. J. Albiez Dohrmann), Atelier, Barcelona 2011, p. 330.
- GÓMEZ CALLE, E.: «Comentario al art. 162 TR-LGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (director: S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid 2011, p. 1374.
- «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC* 1998, p. 1693.
- GÓMEZ POMAR, F.: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007.
- JEREZ DELGADO, C. y PÉREZ GARCIA, M.: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *RJUAM*, núm. 19, 2009-I, p. 155.
- MORALES MORENO, A. M.: «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (director: K. J. Albiez Dohrmann), Atelier, Barcelona 2011, p. 400.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Cizur Menor 2010.
- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor 2006, p. 17.
- «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Cizur Menor 2006, p. 55.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L.: «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho privado europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (director: K. J. Albiez Dohrmann), Atelier, Barcelona 2011, p. 423.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad contractual», *Enciclopedia Jurídica Básica* (director: A. Montoya Melgar), vol. IV, Civitas, Madrid 1995, p. 5922.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* 1993, p. 1719.
- «Comentario del art. 1902», *Comentarios del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid 1993, p. 1971.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* 1991, p. 1019.
- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código civil*, II, ed. C. E. Ramón Areces, 1990, p. 1561.
- PERALES VISCASILLAS, M. P.: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», en *Derecho Privado Europeo: estado actual*

- y perspectivas de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007), Aranzadi, Cizur Menor 2008, p. 453.
- ROCA TRÍAS, E.: «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, junio de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).
- Study Group on a European Civil Code and the Research Group on ec Private Law (Acquis Group): *Principles, Definitions y Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, edited by Christian von Bar and Eric Clive, 6 vols., Sellier, München 2009.
- XIOL RÍOS, J. A.: «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, junio de 2011 (www.mjusticia.es/bmj).

Derecho de representación sucesoria y repudiación

Estudio sobre la operatividad del derecho de representación
en el Código civil español, en caso de repudiación del sujeto
llamado a una herencia

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

El ius repraesentationis es figura ideada por el Derecho romano para atender a los intereses de los descendientes del hijo que premuere a su padre, cuando a la muerte de este concurren a su sucesión intestada con otros parientes de grado más próximo al causante, y por tanto en principio con mejor derecho a su herencia. Pero en los últimos tiempos ha extendido su operatividad a otros supuestos: hijo que no puede heredar por causa de indignidad o desheredación, pero que tiene descendientes que también lo son por tanto del causante, aunque de grado más lejano. Y esto no solo en el ámbito de la sucesión intestada, que era el tradicional, sino también en el de la sucesión testada. Queda todavía, sin embargo, un último supuesto por alcanzar: el caso en que el sujeto inicialmente llamado a una herencia la repudia, teniendo descendientes que también lo son del causante aunque más lejanos, cuando a esa herencia concurren también otros parientes más cercanos. Este trabajo se centra en este supuesto. A resultados del cual se muestra que el derecho de representación es aplicable también a este caso de lege lata en nuestro Derecho actual, se señalan los requisitos para que proceda, y se precisa la medida del mismo.

PALABRAS CLAVE

Derecho de representación sucesoria; operatividad en caso de repudiación de herencia; razones a favor y en contra; requisitos para que proceda; medida de ese derecho en tal caso.

ABSTRACT

The ius repraesentationis is a figure designed by Roman law to attend the interests of the son's descendants in case he dies before his father, when at the death of this one those descendants stand with relatives who have a closer degree of kinship with the deceased, and therefore in principle a better right to his intestated succession. Nevertheless, this figure has in recent times spread its operational capacity to other cases: son who cannot inherit because of dishonesty, or of disinheritance, but that has descendants that are also descendants of the deceased, although in a more distant degree. And this extension of the figure is not regarded exclusively in the area of intestated succession—which was the traditional one—, but also in testated succession. There remains, however, another case to consider, which is the purpose of the present essay: that in which the one initially called to an inheritance repudiates it, having descendants that are also descendants of the deceased but in a more distant degree, and that stand with relatives with a closer degree with the deceased. This essay focuses on this hypothesis. As a result of it, it is shown that this right is also applicable in this case de lege lata in our current law, the requirements for it are identified, and it is settled its measure.

KEYWORDS

Ius repraesentationis; operativeness in case of repudiation of inheritance; reasons in favour and against; requirements for its application; measure of this right in that case.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión.—2. Argumentos en contra de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación del sujeto primeramente llamado a una herencia. 2.1 Objeciones de naturaleza legal-positiva. 2.2 Objeciones de índole dogmática o de principio.—3. Argumentos a favor, y fundamento de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación. Refutación de los argumentos en contra. 3.1 Argumentos de naturaleza legal-positiva. 3.2 Argumentos de principio, o dogmáticos. A) Fundamento del derecho de representación. Necesidad de distinguir supuestos. B) La legítima y su valor en el Código civil, desde la perspectiva del derecho de representación. Derecho de representación en la herencia y derecho de representación en la legítima. Operatividad de este último en caso de repudiación. 3.3 Ponderación y relativización de las objeciones que se aducen en contra de la hipótesis estudiada. A) Objeciones de naturaleza legal-positiva. B) Objeciones de índole dogmática o de principio. 3.4 Conclusiones en este punto.—4. Derecho de representación y repudiación, en caso de sucesión testada. 4.1 Previo: sobre el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria. 4.1.1 Introducción. 4.1.2 Los argumentos de este debate: exposición y valoración de los mismos. A) Argumentos de Derecho positivo. B) Argumento de índole sistemática: la *sedes materiae* del derecho de representación en el Código civil. C) Argumento de índole dogmática: la naturaleza propia del derecho de representación. 4.1.3 Situación tras la reforma del Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. El nuevo art. 814.3 Cc: expli-

caciones propuestas sobre él y valoración de las mismas. Nuestra interpretación. A) Que se trata de un verdadero y propio derecho de representación. B) Que se trata de una sustitución vulgar establecida *ex lege*. C) Críticas a las anteriores explicaciones. D) Nuestra interpretación de la norma contenida en el art. 814.3 Cc. 4.2 Derecho de representación y repudiación, en caso de sucesión testada. Nuestra postura. 5. El derecho de representación como expediente hábil en caso de repudiación. Naturaleza jurídica y configuración funcional de aquel. 5.1 La naturaleza jurídica del derecho de representación. A) Exposición sucinta de las explicaciones propuestas, y de las críticas que se han hecho a las mismas. B) Nuestra valoración. Idea que adoptamos. 5.2 Consecuencias que de lo anterior se derivan para nuestro estudio: plena adecuación del derecho de representación en orden a su operatividad en caso de repudiación.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el ámbito de la sucesión por causa de muerte, el derecho de representación –así llamado, por razones históricas– es figura utilizada habitualmente en la praxis, y ampliamente conocida por los operadores jurídicos: expediente que en determinados casos permite, a los hijos o descendientes ulteriores de una persona, ocupar su lugar a fin de suceder a otra, cuando aquella no va a heredar a esta.

Como ocurre casi siempre, esta figura es susceptible de ser estudiada desde varias perspectivas. Entre ellas, una de las más frecuentemente empleadas en la doctrina, por su gran repercusión práctica, es la que atiende a su campo de aplicación.

En este sentido tenemos que, en los tiempos modernos, la figura ha ido ampliando su operatividad tradicional. Pues si volvemos la vista al último siglo y medio o dos siglos es fácil advertir una clara tendencia expansiva del derecho de representación, ya que ha venido a aplicarse a supuestos nuevos, distintos de aquel para el que fue originariamente ideado.

En efecto, es un hecho pacíficamente admitido que, en su origen, el hoy llamado derecho de representación fue figura creada por los romanos para dar respuesta aceptable al supuesto conformado por los hijos de una persona que premuere a su padre (abuelo de aquellos), cuando la sucesión de este se defiere más tarde de forma intestada y a ella concurren otros hijos del causante (hermanos del hijo premuerto, y tíos por tanto de aquellos nietos) vivos en ese tiempo. En este caso, habida cuenta que uno de los principios en que se asentaba el sistema sucesorio romano –y así sigue siendo hoy también en el nuestro: art. 921 Cc– era el de preferencia por

proximidad de grado¹, la única forma de hacer que aquellos nietos participaran en la herencia de su abuelo era crear un expediente que les permitiera colocarse *in locum patris sui* y así, al situarse en el mismo grado que los otros hijos del ahora fallecido, pudieran concurrir a esa sucesión *in stirpes* y tomar en ella la misma parte que hubiera correspondido a su padre premuerto².

Esta figura, así pues, fue creada por el Derecho romano como expediente para lograr, en caso de premoriencia de un hijo que a su vez deja hijos, el resultado que por consideraciones sociales, de justicia y de equidad, se estimaba adecuado³.

Y se mantuvo luego en las legislaciones de los distintos pueblos de Europa occidental de raíz romana⁴. Aunque en época del Dere-

¹ *Viciniores gradu ipsi reliquis praeponatur* (Nov. CXVIII, cap. 3, 1).

² *In proprii parentis locum succedere... tantam de hereditate morientis accipientes partem, quantumque sint, quantum eorum parens, si viveret, habuisset* (Nov. CXVIII, cap. 1).

³ Se dice que esta figura, en Roma, estaba ya contemplada incluso en las *XII Tablas*. Sin necesidad de apurar tanto, sí parece incontestable que en el Derecho romano antiguo, y luego en el pretorio, los descendientes *ex filio* venían a la sucesión de su abuelo y recibían la cuota que a su padre (de aquellos) hubiera correspondido, ya fuera en cuanto que *sui heredes* civiles (pues a la muerte de su padre pasaban a quedar bajo la potestad de su abuelo), ya en cuanto que *liberi* (según la clasificación del Edicto). Así llegó hasta los tiempos del emperador Justiniano, que mantuvo la figura, aunque introdujo dos modificaciones de relieve: por un lado, decretó la aplicación de la figura no solo a los descendientes *ex filio* sino también a los descendientes *ex filia* (Inst., lib. III, tit. I, § 6; Nov. CXVIII, cap. I); y por otro lado dispuso además su aplicación también a los hijos de hermanos germanos (*i.e.*, de doble vínculo) (Nov. CXVIII, cap. III). Sobre esto, *vid. TODARO*, «Studi sul diritto di rappresentazione», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. XXXVIII, 1904, pp. 130 y ss.; y *Zoz*, voz *Rappresentazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987, pp. 627-631.

⁴ En los pueblos de raíz germánica se partía de un sistema distinto. En los primitivos Derechos germánicos, la sucesión por causa de muerte se ordenaba básicamente a través del sistema de parentelas (*Parentelenordnung*), término con el que se hace referencia a grupos de parientes a los cuales –a los grupos, no a quienes los integran– la ley concedía una determinada preferencia, mayor o menor según el caso, en orden a la sucesión de una persona. Luego, dentro de cada grupo, las distintas personas que lo integraban estaban a su vez ordenadas según su grado de parentesco con el causante de la herencia, de forma que el más próximo excluía al más remoto, pero, fuera cual fuera ese grado, las personas que integran una determinada parentela siempre tenían preferencia sobre las personas que integran la parentela siguiente, de forma que hasta agotar enteramente la parentela preferente no se pasaba a la siguiente. Esas parentelas eran: primera, la de los hijos y nietos del causante. Segunda, la de los padres del causante y sus descendientes (hermanos y sobrinos del causante). Tercera, la de los abuelos del causante y sus descendientes (esto es, tíos y primos del causante). Cuarta, bisabuelos y sus descendientes. Y luego otras ulteriores. Con el tiempo, sin embargo, la figura del derecho de representación se fue introduciendo en los Ordenamientos germánicos, aunque inicialmente no fue una incorporación de la figura tal como estaba configurada en el Derecho romano, sino con variantes. En este sentido, explica FICKER que el Derecho germánico admitió una triple operatividad de esa figura, pero que no siempre y en todo supuesto tenía que concurrir: en primer lugar, permitía que un pariente más lejano concurreniera a la sucesión con otros parientes más cercanos al causante de la herencia (derecho de entrada: *Eintrittsrecht*); segundo, confería a determinados herederos la misma preferencia de que gozaba su ascendiente difunto, a quien iban a representar (derecho de preferencia: *Vorfolgerecht*); tercero, disponía que la división de la herencia se hiciera *in stirpes*, no *in capita* (*Stammrecht, Stammteil*) (*Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, vol. II, part. 1, Innsbruck 1893, núms. 431 y 432, pp. 102-109, cit. por

cho común vino a ser designada con el nombre con que ha llegado hasta nosotros –*ius repraesentationis*, derecho de representación–, a pesar de que el mismo no fue jamás empleado en las fuentes romanas, que solo hablaban de suceder los hijos *in locum patris sui*, *in locum praedefuncti parentis*, u otras similares.

Lo cual no fue una cuestión meramente terminológica, sino reflejo de un modo particular de entender la figura, que tuvo un alcance de gran calado. Pues con esa nueva denominación se expresaba la idea de que la representación sucesoria era una figura en razón de la cual los hijos de una persona vienen a la sucesión de su abuelo, no por vocación propia deferida a ellos sino representando a su padre que no va a suceder, entendido esto en el sentido de que esos representantes ejercitaban un derecho que les habría transmitido su padre premuerto. Lo cual llevaba aparejada una serie de consecuencias no formuladas, al menos de forma explícita, en el Derecho romano; entre otras, que no cabía representar a personas vivas (*viventis non datur repraesentatio*), que no cabía representar al hijo indigno (puesto que a este no corresponden derechos hereditarios), y que no podía representarse a quien hubiera repudiado la herencia⁵.

Sin embargo, en los dos últimos siglos, por obra de la doctrina⁶ y de la propia ley positiva, esta figura ha ido adquiriendo mayor operatividad, extendiéndose a supuestos distintos del de premoriencia.

Así, por ejemplo, se ha establecido su aplicación a los casos de indignidad y desheredación del pariente de grado más próximo que a su vez deja descendientes, lo que rompe con uno de los rasgos más tradicionales de esta figura, expresado en el apotegma antes dicho «*viventis non datur repraesentatio*»⁷. O a supuestos como

FUENMAYOR, «Estirpe única y representación hereditaria», en *Revista de Estudios Jurídicos*, t. IV, octubre-1942, pp. XLI y ss.). Sobre el sistema de parentelas, *vid.* PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona 1957, pp. 347 y ss.; LEIPOLD, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, ed. 2004, Band 9, ad § 1924, RdNr 1 y 2; FUENMAYOR, «Estirpe única y representación hereditaria», en *Revista de Estudios Jurídicos*, t. IV, 1942, pp. XLI-XLIV; SALVADOR CODERCH, «La sucesión legítima y el sistema de parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio», en *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona 1983, t. I, pp. 147 y ss.; STORTI, *voz Rappresentazione (Diritto intermedio)*, *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987, pp. 633-634.

⁵ FUENMAYOR, *op. cit.*, pp. XXXIX-XL; CASTÁN, «El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria», *RGLJ*, 1942, pp. 158-159; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Madrid 1991, pp. 31-33.

⁶ Una exposición general de las varias disputas que se produjeron en torno a las consecuencias dichas en el texto puede verse en TODARO, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

⁷ En nuestro Código civil, arts. 924, 929, 761 y 857, aunque sus antecedentes se remontan al Proyecto de 1851. En Italia, el art. 734 de su *Codice civile* de 1865 decía que «*Non si rappresentano le persone viventi, eccetto che si tratti di persone assenti o incapaci di succedere*»; y hoy el art. 467 del *Codice* de 1942 dice que «*La rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente*,

los de conmorienencia de aquel a quien se va a representar y de aquel a quien se va a suceder, o de declaración de ausencia del llamado en primer lugar, que aunque cercanos no son exactamente coincidentes con el supuesto clásico de premoriencia del primer llamado⁸. O su posible juego en el campo de la sucesión testamentaria,

in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità od il legato». En Portugal el art. 2039 del Código civil de 1966 dice así: «*Dà-se a representação sucessória, quando a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde o não quis aceitar a herança ou o legado*». Dentro de España hay disposiciones similares en el Derecho foral aragonés (Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte, arts. 21.1, 23.1 y 24.1 –en Aragón el derecho de representación se denomina «sustitución legal»–), en el navarro (Fuero Nuevo, Ley 308) y en el catalán (Ley 40/1991, de Sucesiones por causa de muerte, art. 328). En Francia, en cambio, el art. 744.1 del *Code* establece tajantemente que «*on ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes*». La doctrina francesa, sin embargo, critica eso, considerando que responde a premisas antiguas que deberían suprimirse en el Derecho (francés) actual, ya que conduce a consecuencias contrarias a la equidad: *vid.* MAZEAUD (*Leçons de Droit civil*, 4.^a ed. París 1982, t. IV.2, pp. 58-60); FLOUR et SOULEAU (*Les successions*, 3.^a ed. París 1991, pp. 39-40); MARTY y RAYNAUD (*Droit civil. Les successions et les libéralités*, París 1983, pp. 31-32 –discutiendo si la solución podría ser distinta según que el indigno estuviera vivo o no al tiempo de la muerte del causante de la herencia–); COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, 3.^a ed. trad. esp. Madrid 1986, t. VI, pp. 34-35).

⁸ El caso de la ausencia estaba expresamente previsto en el art. 734 del *Codice* italiano de 1865, transcrito en la nota anterior. Y hoy entre nosotros en el Derecho foral aragonés (arts. 21.1 y 23.1 Ley 1/1999), y en el catalán (art. 328 Ley 40/1991). En el Código civil español no hay previsión paralela en este punto, si bien la doctrina mayoritaria –pero no unánime– admite la representación tanto en el caso de conmorienencia como en el de ausencia declarada: *vid.*, entre otros, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 4.^a ed., Madrid 1914, t. VII, p. 78; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, Madrid 1948, t. II, p. 264; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 77, nota 1; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Ederesa, Madrid 1989, t. XIII-1.º, pp. 178-184; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Comentario del Código civil*, dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 5, Barcelona 2000, pp. 247-250 (aunque este autor tiene un trabajo monográfico más extenso sobre el tema –*La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona 1966– aquí vamos a seguir fundamentalmente aquel, por ser de fecha más reciente); VATTIER, *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, p. 2228. Por nuestra parte entendemos que la postura a este respecto no se puede elaborar considerando ambos supuestos de forma unitaria, pues las circunstancias son distintas en cada uno de ellos.

Así, en caso de conmorienencia parece fácil admitir la representación, pues no encuentra obstáculo ninguno para ello. No lo es, en efecto, aunque así lo hayan estimado algunos autores, el art. 33 Cc, pues la falta de transmisión de derechos de una persona a otra es precisamente la circunstancia que da pie a que entre en juego el mecanismo de la representación sucesoria: en este sentido, la conmorienencia se asimila plenamente a la premoriencia. Y aunque no esté contemplada de forma explícita en los arts. 924-929 Cc, puede encajarse sin ningún problema en el art. 924 Cc, que admite la representación si el sujeto llamado en principio a una sucesión viviera o hubiera podido heredar.

En el supuesto de la ausencia, sin embargo, la cuestión es más complicada. Desde luego, en términos de equidad, negar la representación lleva a un resultado difícil de aceptar. Sin embargo, el problema surge en el plano positivo, por una combinación de factores: *a*) que en nuestro Derecho el ausente es persona que legalmente no se considera fallecida, aunque haya dudas al respecto (lo cual choca con la regla «*viventis...*»); *b*) que nuestro Código no contempla este caso como determinante de representación; *c*) que hay en el Código un precepto que contempla expresamente el caso aquí considerado, y ese precepto, al menos tomado literalmente, dista de ofrecer fácil encaje al expediente de la representación. Se trata del art. 191 Cc, que dice que «... abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de este a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla» (la expresión «al no haber...» no es inequívoca en este

lo que supone también romper con otro de los criterios tradicionales en tema de representación, que circunscribía su operatividad a los casos de sucesión intestada⁹.

Así las cosas puede entonces decirse que, aunque con mayor o menor aceptación según el caso, el derecho de representación ha ido con el tiempo extendiendo su campo de actuación a supuestos nuevos, distintos de aquel para el que fue originariamente ideado.

El último baluarte por conquistar en esa corriente expansiva es el caso del inicialmente llamado a una herencia que sin embargo decide no aceptarla sino repudiarla. Que es, precisamente, el que va a centrar nuestro estudio.

El supuesto discutido es el siguiente: un sujeto, A, tiene dos hijos, B y C, y este último es a su vez padre de un hijo, D (nieto por tanto de A). Si muere A, y C decide repudiar la parte que le corresponde en la herencia de su padre, ¿recibirá algo D en la herencia de A, o irá a parar toda a las manos de B?

Una interrogante semejante se plantea en el caso del sujeto que es padre de dos hijos, cada uno de los cuales tiene a su vez descendientes, y al tiempo de morir aquel uno de sus hijos ya le ha premuerto y el otro hijo repudia en forma legal la parte que en esa herencia le correspondiera. En este supuesto los hijos del hijo premuerto es claro que concurrirán a la herencia del abuelo (por representación, ocupando el lugar de su padre), pero ¿y los hijos del hijo repudiante? ¿Recibirán algo, o toda la herencia pasará a los nietos de la otra estirpe?

Tanto en un ejemplo como en otro, si no se admite el juego del derecho de representación los hijos del repudiante no podrán concurrir a la herencia del abuelo, pues eso solo lo pueden hacer a través de ese expediente.

La pregunta entonces es la siguiente: ¿es posible en tales casos que los descendientes del repudiante concurren a la sucesión del

sentido). Por todo esto, aun admitiendo que la propuesta de la doctrina mayoritaria no carece de razón de ser, nos parece también que su afirmación rotunda es discutible en el plano *de lege lata*. En Francia, el supuesto de la ausencia no estaba inicialmente regulado en el *Code*, lo que suscitaba dudas, que parecen sin embargo haberse resuelto en sentido favorable a la representación tras la ley 28-12-1977: *vid.* FLOUR et SOULEAU, *op. cit.*, p. 39; MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, p. 47; y MAZEAUD, *op. cit.*, p. 72.

⁹ En Italia, art. 467.2 del *Codice*-1942: «*Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale*». En Portugal, el art. 2040 de su vigente *Código* dispone que «*A representação tanto se dá na sucessão legal como na testamentária, mas com as restrições constantes dos artigos seguintes*». En el Derecho foral aragonés, el art. 20.1 de la Ley 1/1999 dispone que «*la sustitución legal puede darse en la sucesión voluntaria y en la legal, así como en la legítima*». En Navarra, la Ley 309.2 del Fuero Nuevo establece que «*a falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará tanto en la sucesión legal como en la voluntaria*».

causante de esa herencia en representación del repudiante, o no? Hoy no parece plausible desde ninguna perspectiva –ni lógica, ni sociológica, ni de equidad– que la negativa de un sujeto a aceptar la herencia que a él ha sido deferida primeramente se erija en obstáculo que cierre, siempre y necesariamente, el paso de la misma a sus hijos y descendientes (a la estirpe de la que él es cabeza, se suele decir también). Hoy se considera generalmente que lo justo y equitativo es lo primero. Pero aunque eso sea así desde esas perspectivas, ¿lo es también desde la perspectiva jurídica?

En el terreno del Derecho Comparado tenemos que, en nuestro entorno, esa posibilidad ha sido admitida ya a nivel positivo en algunos países¹⁰.

¹⁰ Así en Italia, cuyo *Codice* de 1942 establece en su art. 467.1 que «*La rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità od il legato*». En Portugal, el Código civil actual establece en su art. 2039 que «*Dá-se a representação sucessória, quando a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde ou não quis aceitar a herança ou legado*». Dentro de España, en Aragón la Compilación de Derecho foral de Aragón de 1967 establecía en su art. 141 que «salvo previsión en contrario del causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes», aunque hoy la Ley 1/1999 (art. 26) ha invertido la norma. En Alemania, aunque la situación de partida es distinta, por ser Ordenamiento de raíz germánica, el tratamiento jurídico de este caso se orienta también en este sentido: así resulta de la interpretación conjunta de los §§ 1935, 1924 y 1953 B.G.B. Pues en el § 1935 se establece que «Si falla un heredero legítimo antes o después de la muerte del causante... se incrementa a consecuencia de ello la porción hereditaria de otros herederos legítimos...» (*Fällt ein gesetzlicher Erbe vor oder nach dem Erbfall weg... erhöht sich infolgedessen der Erbteil eines anderen gesetzlichen Erben...*). Pero en el § 1924.3 se dice que «En la posición de un descendiente que ya no vive al tiempo de la muerte del causante, entran los descendientes emparentados con el causante a través de él (sucesión por estirpes)» [*An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen)*]. Y en el § 1953 (núms. 1 y 2) se dispone que «Si la herencia es repudiada, la adquisición provisional a favor del repudiante vale como no ocurrida. La herencia se defiende a aquel que estaría llamado si el repudiante no hubiese vivido al tiempo de la muerte del causante; la adquisición provisional vale como ocurrida con la muerte del causante» (*Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelabt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt*). Es decir, que el § 1935, como regla de partida, niega la representación al disponer que la cuota del repudiante acrecerá a los coherederos, pero luego en esos otros párrafos prevé excepciones a esa regla, siendo así que esa excepción en principio es única (§ 1924: premoriencia), pero luego se asimila a ella el caso de la repudiación (§ 1953). Sobre esos preceptos, *vid.* LEIPOLD, *op. cit.*, ad § 1924 (principalmente RdNr 1, 2, 28 y 29) y § 1953 (principalmente RdNr 1, 7, 9 y 10); WERNER, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed. Berlín 1989, ad § 1924 (núms. 14, 17, 18 y 19); OTTE y MAROTZKE, también en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed. Berlín 1989, ad § 1953, quienes en el núm. 1 de ese párrafo afirman que «*dies gilt sowohl für den Fall der gesetzlichen als auch den der gewillkürten Erbfolge*».

Así pues, hoy, entre los principales Ordenamientos de nuestro entorno la negativa tradicional se mantiene únicamente en Francia: *vid.* art. 754 del *Code civil*, en el que se establece que «*On représente les prédécédés, on ne représente pas les renoncants*». O el art. 787 *Code*: «*On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé: si le renonçant est seul héritier de son degré ou si tous ses cohéritiers renoncent, les enfants*

¿Cuál es la situación en nuestro actual Derecho civil común?
 ¿Tiene entre nosotros juego el derecho de representación también en este caso, o por el contrario en nuestro Derecho actualmente vigente esa hipótesis se encuentra impedida?

De lege ferenda, aunque no puede hablarse de opinión pacífica, parece conforme con la realidad decir que existe en este punto un parecer relativamente extendido en el sentido de que la exclusión del derecho de representación en ese supuesto carece hoy de justificación, y que responde solo a razones históricas ya superadas¹¹.

En el plano *de lege lata*, sin embargo, nuestra doctrina mayoritaria se muestra contraria a admitir la hipótesis planteada¹².

Pero ¿son realmente así las cosas? En términos generales, la idea de que no se trata de una pretensión carente de razón de ser y de lógica jurídica se hace evidente al considerar la existencia en nuestro entorno de Ordenamientos que sí admiten la hipótesis planteada. ¿Se trata entonces de una pretensión que en nuestro Ordenamiento se ve impedida por razones de principio particulares de

viennent de leur chef et succèdent per tête». En nuestros Derechos forales la negativa se dispone hoy en Aragón (art. 26 Ley 1/1999) y en Navarra (Ley 311 del Fuero Nuevo).

¹¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 219 y ss.; CASTÁN, *op. cit.*, p. 159; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, 4.^a ed. Barcelona 1991, t. V.3, p. 302; GORDILLO, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, ad art. 766, p. 1881; también hoy VATTIER, «El derecho de representación», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Murcia 2006, pp. 543-548 (aunque en su obra monográfica *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid, que es de 1986, se mostraba contrario a ello, por la propia naturaleza de la figura). Vid. también, aunque *de lege ferenda*, STS. 27-11-1992 [RJ. 9597/1992]. Muy clara en este sentido es la *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile italiano* de 1942 (Roma, 1943), que dice (n.º 234, pp. 150-151) que «l'istituto della rappresentazione ha avuto nel Codice una disciplina più compiuta di quella che aveva nel progetto, perché ho ammesso la possibilità di rappresentazione anche nel caso di rinuncia. Il sistema tradizionale, che escludeva la rappresentazione in questo caso, aveva una giustificazione meramente storica». Y añade el siguiente razonamiento: «In verità, considerando la sostanza delle cose, sotto il punto di vista dell'opportunità pratica e dell'equità non è giustificata la diversità dei risultati ai quali può dar luogo la rinuncia, a seconda che il rinunciante sia solo nel grado o abbia altri concorrenti. Si pensi al caso di due figli... aventi ulteriori discendenti. Se uno dei figli rinuncia alla successione del padre, la sua quota si accresce all'altro fratello e restano esclusi i discendenti del rinunciante. Si pensi invece all'altro caso che il figlio chiamato alla successione sia uno solo. Se egli rinuncia, i suoi discendenti succedono per diritto proprio. Ora non si spiega la diversità degli effetti della rinuncia nei due casi. O la rinuncia deve pregiudicare tutti gli appartenenti alla stirpe, e allora, anche quando il figlio rinunciante sia unico, i suoi discendenti dovrebbero essere esclusi dalla successione; o la rinuncia non deve portare pregiudizio ai discendenti, e allora questi devono succedere anche se il rinunciante ha altri concorrenti nel suo grado».

¹² En algunos casos, los autores que *de lege lata* dicen no compartir esta idea –v. gr., VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa* cit.– nos parece que llegan a ese resultado forzados por las premisas que previamente han ido estableciendo en su construcción (más adelante: *infra* 5, explicaremos esto). Prueba de lo dicho es que, como hemos apuntado en la nota anterior, VATTIER hoy se muestra favorable a ello *de lege ferenda*, sin que a ello obste la naturaleza y configuración estructural del mismo, que en su día parecía constituir –al decir de este autor– la razón de ser de dicho obstáculo.

nuestro Derecho sucesorio, o por razones de tipo legal-positivo? Y si es solo una cuestión de tipo legal-positivo, ¿sería oportuno modificar esas concretas normas? O incluso, ¿cabría dar a las mismas una interpretación distinta, que permita concluir con un entendimiento de la situación también distinto?

A estas preguntas nos proponemos dar respuesta en este trabajo. Para lo cual resulta necesario analizar de forma global esa hipótesis.

Pasamos pues, una vez hecha esta introducción, a elencar las razones que se aducen en contra de la operatividad de la figura en ese caso, así como también las que se esgrimen a favor, para luego proceder a su valoración.

2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN CASO DE REPUDIACIÓN DEL SUJETO PRIMERAMENTE LLAMADO A UNA HERENCIA

Pretendemos aquí recopilar los argumentos que en nuestro Derecho actual se aducen en contra de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia. Advirtiéndole que ahora vamos simplemente a apuntarlos, dejando su valoración para más adelante¹³, pues para ser posible esa valoración es preciso contar con otros datos, que habremos por tanto de considerar previamente.

Para proceder con un cierto orden en la exposición, nos parece conveniente separar esos argumentos en dos apartados, uno para recoger las objeciones de naturaleza legal-positiva, el otro para las consideraciones que presentan índole más dogmática.

2.1 Objeciones de naturaleza legal-positiva

Los preceptos del Código civil de los que resultan estas objeciones (en el entendimiento que de ellos tienen quienes los aducen en este sentido, claro está) son los siguientes¹⁴:

¹³ Vid. *infra* punto 3.3 del trabajo.

¹⁴ Puesto que el rechazo a la hipótesis planteada, en el plano *de lege lata*, es hoy entre nosotros postura absolutamente dominante, entendemos que no es necesaria una cita exhaustiva de autores o de jurisprudencia para corroborarla, sino que basta con exponer con algún detalle los pilares positivos en que la misma se sustenta y hacer aquí solo una indicación general a título ilustrativo, salvo cuando convenga una referencia puntual por su especial relevancia. En el sentido dicho, vid. MORELL: «¿Heredan los nietos por representación en caso de renuncia del padre?», *RGLJ*. 1905, pp. 343-352; MANRESA, *op. cit.*, pp. 53 y ss; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 77; GUILARTE

a) Art. 924 Cc: «*Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*».

Es este el precepto con que nuestro Código abre la sección que dedica específicamente a la regulación del derecho de representación (Libro III, Título III, Capítulo III, Sección Tercera). Del cual destaca, por lo que aquí interesa, que el juego de esta representación se supedita al acaecimiento de una de las dos circunstancias siguientes: que la persona a quien se pretende representar no viva, o no pueda heredar, cuando la sucesión de otra persona se abre y los llamamientos a la misma se hacen actuales y efectivos.

La primera circunstancia –la premoriencia de quien hubiera sido llamado a esa sucesión de forma preferente, por su mayor proximidad de parentesco con el causante– es la que configura el supuesto originario y tradicional de representación, y por su claridad no precisa comentario.

La segunda circunstancia –que la persona en cuestión no hubiera podido heredar–, en cambio, no es tan inequívoca, por lo que para su concreción requiere el desenvolvimiento de alguna actividad hermenéutica. No es esta, ahora bien, estrictamente necesaria en este momento: aquí basta con destacar que el supuesto de quien repudia no parece encajable ahí, pues repudiación significa que un sujeto que estaba llamado a una herencia, pudo efectivamente aceptarla y, sin embargo, no quiso. Esto es lo que arguyen quienes aducen este precepto en contra de la hipótesis objeto de estudio en este trabajo.

b) Art. 929 Cc: «*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*».

Este precepto del Código civil es novedad radical, a nivel de ley positiva, en nuestro Derecho¹⁵. Pues con su introducción el tradicional aforismo «*viventis non datur repraesentatio*» dejó de ser regla, al menos absoluta, en nuestro Derecho.

Con este artículo parece que viene el Código a explicitar lo dispuesto en el inciso final del art. 924 Cc: «... *o hubiera podido here-*

ZAPATERO, *op. cit.*, pp. 105-106, 111-116, 122-123, 173-175, 216-218; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 219-226. En la jurisprudencia reciente, *vid.* la STS 27-11-1992, FD 4.º (RJ 9597/1992).

¹⁵ Su antecedente, pero prelegislativo, se encuentra en el Proyecto de GARCÍA GOYENA: art. 758: «*No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673*». Los arts. 623 y 673, a los que se remitía, decían así. Art. 623: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios*». Art. 673: «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden*».

dar». En efecto, este inciso, que antes decíamos requiere de una cierta interpretación a fin de precisar su alcance, parece que queda concretado a los casos que en el art. 929 se señalan: incapacidad (que en esta materia es pacíficamente admitido debe entenderse como indignidad) o desheredación del llamado de grado preferente. Esto puede además entenderse confirmado por lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc.

Lo que se concluye significa, desde la óptica que aquí interesa, que la repudiación del sujeto primeramente llamado a una sucesión no está contemplada en nuestro Derecho como excepción admitida a la regla tradicional «*viventis...*», y no permite por tanto el juego de la representación a favor de los hijos y descendientes del repudiante.

c) Arts. 922 y 981 Cc: «*Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder; su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar*», dice el primero de esos preceptos; el segundo, por su parte, establece que «*en las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos*».

El art. 922 Cc es norma que combina una doble proposición relevante a nuestros efectos. Pues principia diciendo que si de los parientes primeramente llamados a una herencia, alguno o algunos —esto es, no todos— no quisiere o no pudiere suceder, su parte acrecerá a los demás que hubiere del mismo grado —lo que parece que excluye el juego del derecho de representación—, pero luego en el inciso final deja abierto un portillo al mismo, al decir que eso será así salvo cuando deba tener lugar el derecho de representación. El precepto, por tanto, no es diáfano en este sentido, ya que del mismo no resulta cuándo tiene lugar el derecho de representación que excluye el acrecimiento.

Es necesario, pues, acudir al auxilio que puedan proporcionar otros artículos. En este sentido, uno de los más socorridos y utilizados es el art. 981 Cc. En efecto, a la vista de su tenor literal se considera por la común doctrina que este precepto, aunque pueda ser susceptible de críticas por otras razones¹⁶, en lo que hace al

¹⁶ V. gr., porque la repudiación no es el único supuesto determinante del acrecimiento, ya que también se da en los casos de premoriencia o indignidad cuando no proceda el derecho de representación. En cuanto a la razón de que en el art. 981 Cc no se contemplen esos otros casos como eventuales (*i.e.*, no siempre, pero sí posibles) determinantes de acrecimiento, GUILARTE ZAPATERO (*op. cit.*, pp. 112-115) considera que la explicación es distinta, según se trate de un caso u otro. La omisión de la indignidad considera es debida a un mero olvido del legislador. En el caso de la premoriencia, la explicación es más elaborada. Esa explicación pasa por entender que en la sucesión intestada, a diferencia de lo que ocurre en la testamentaria (por eso el art. 982.2 Cc sí contempla este caso), no hay llamamiento previo a la muerte del causante sino simultáneo a esta, lo que justifica que en caso de premoriencia de alguno de los parientes que por su grado hubieran sido llamados a heredar

tema aquí considerado resulta muy claro, pues al establecer como solución única (*siempre*) el acrecimiento excluye la representación (que queda entonces para el caso de que los parientes no pudieren suceder).

Concluyéndose entonces que si para la concreción del art. 922 Cc es necesario acudir a otros preceptos y proceder a una interpretación sistemática, el art. 981 Cc sirve plenamente a ese fin y posibilita la debida inteligencia de aquel, la cual resulta además conforme con el entendimiento tradicional y dominante en este punto, esto es, que en caso de repudiación de uno de los varios parientes primeramente llamados a una herencia el derecho de representación no tiene lugar, sino que su parte acrecerá a los demás del mismo grado.

d) Art. 923 Cc: «*Repudiando una herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*».

Se trata de uno de los principales preceptos de referencia en este tema, pues es el que más directamente contempla el caso estudiado, y su tenor literal, al menos a primera vista, es llamativamente contundente.

En cuanto a su supuesto de hecho, se advierten en él dos diferencias con respecto al art. 922 Cc: una, que no contempla el caso de parientes que no pueden suceder, sino solo el caso de parientes que no quieren hacerlo, esto es, que repudian; y otra, que aquí la norma pide que no sean solo alguno o algunos los parientes de grado más próximo que no quieran suceder, sino que sean todos los que haya los que repudien la herencia que les ha sido deferida.

Pues bien, siendo ese el supuesto de hecho previsto en el art. 923 Cc, la consecuencia jurídica que se le señala parece, al menos en principio y en el terreno literal, inequívoca: «*heredarán los [parientes] del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*». A la vista de

en primer lugar no se produzca delación a su favor y no se origine por tanto porción vacante que redirigir. En este caso piensa que la herencia es deferida solo a los parientes que son efectivamente llamados a la misma por estar vivos al tiempo de la apertura de la sucesión, sin tener en cuenta a los parientes premuertos, no habiendo entonces necesidad ninguna de plantear el tema del acrecimiento. ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1998, t. XIII-2, pp. 424-426), por su parte, aunque considera correcta en pura lógica la explicación anterior, entiende sin embargo que no es la que el Código sigue, pues según dice, en este supuesto para el Código hay identidad de razón entre sucesión intestada y sucesión testada, por lo que debe concluirse que también hay llamamiento en la sucesión intestada en este caso. Por ello, ALBALADEJO explica lo dispuesto en el art. 981 Cc diciendo que la referencia exclusiva que en él se hace a la repudiación, omitiendo los casos de premoriencia e indignidad, se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en aquel, en estos últimos cabe todavía el derecho de representación, cuando concurren algunas otras circunstancias, por lo que el acrecimiento es en ellos solo una posibilidad, no una solución forzosa e imperativa.

lo cual se concluye que la posición de nuestro legislador en este tema es clara, estableciendo taxativamente que la sucesión a favor de los parientes del grado siguiente, que se afirma, no tendrá lugar sin embargo a través del expediente de la representación sino por derecho propio¹⁷.

Esto, además, según un parecer relativamente extendido entre nuestros autores, permite explicar el distinto tenor literal de los arts. 932 y 933 Cc. El primero de ellos dice que «*los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio...*»; el segundo, que «*los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación...*». De donde resulta que los hijos del causante de una herencia, descendientes de primer grado, pueden recibirla o no según el caso y las circunstancias, pero que en el supuesto de hacerlo lo harán *siempre por derecho propio*, nunca por derecho de representación. Los nietos –descendientes de segundo o ulterior grado–, en cambio, *no* se dice que *heredarán siempre por derecho de representación*, como sin embargo cabría pensar en base a una contraposición fácil. ¿A qué se debe esto? Según la explicación sostenida por un sector de la doctrina, la razón es que los nietos (o ulteriores descendientes del causante de la herencia), aunque en la mayoría de las ocasiones concurrirán a esa herencia en representación de su padre, no siempre, sin embargo, lo harán así¹⁸. Esto ocurrirá, precisamente, en caso de que el padre o padres o ascendientes del mismo grado que hubieran sido llamados primeramente a esa herencia la repudien (todos): en esta tesitura, aunque los nietos vengan a esa herencia y la reciban, no será por medio del expediente de la representación sino, según lo que antes hemos visto, por su propio derecho¹⁹. He aquí, se dice, por qué el legislador ha omitido en el art. 933 Cc la palabra «*siempre*», que sin embargo emplea en el precepto inmediato anterior.

2.2 Objeciones de índole dogmática o de principio

Agrupamos en este apartado las varias consideraciones que se aducen en contra del derecho de representación en caso de repudia-

¹⁷ El origen y significado de la expresión «por derecho propio» es de carácter fundamentalmente histórico. No es necesario aquí, sin embargo, entrar en esto: basta destacar que, según este artículo, no será por derecho de representación.

¹⁸ *Vid.*, por todos, MANRESA, *op. cit.*, p. 100; SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, 4.^a ed., 1900, t. XVI, pp. 306 y ss; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, 2.^a ed., Madrid, 1910, t. VI.3, pp. 1694 y ss.

¹⁹ Así lo afirma también GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1863, t. III, pp. 589-590, quien sin embargo consideraba en este sentido, junto al caso de la renuncia, también el de indignidad del llamado, lo cual es significativo de que, en la época que él escribía, la ampliación del derecho de representación propuesta en el Proyecto de 1851 no era todavía más que eso, una propuesta, y novedosa.

ción y que tienen en común el no estar sustentadas en datos de índole legal-positiva. Aunque advertimos que no son todas de la misma naturaleza, pues unas son de estricto orden técnico-jurídico mientras que otras pueden calificarse como más sentimentales.

a) Que el descendiente primeramente llamado, al repudiar la herencia a él deferida ha hecho uso de su derecho (aunque en sentido negativo), por lo que es la propia esencia del *ius delationis* la que excluye la operatividad del derecho de representación en este caso.

Para explicar esta objeción, lo mejor es transcribir las palabras de quienes así piensan. «¿Por qué el art. 929... –se pregunta uno de los sostenedores de esta idea– no ha incluido entre sus excepciones el caso de repudiación de herencia? (...) ¿Por qué esta diferencia? ¿Es eso justo?» Y se contesta del modo siguiente: «Nuestro Código se atiene al rigor de los principios. En los casos de incapacidad o desheredación, la ley presume que el pariente no existe a los efectos de la sucesión: ¿por qué no presume lo mismo en caso de renuncia? Porque en aquellos casos resultaría castigada una posteridad inocente (...). En caso de renuncia, las circunstancias son distintas; la ley no puede presumir que no existe un pariente que, dando pruebas de su existencia, se presenta a renunciar el derecho que la misma ley le concede. Se ha hecho uso del derecho, y al ejercitarlo el padre, no es la ley, es el mismo padre el que desposee a sus hijos. Estos ya no pueden representarle en aquella herencia, porque el padre la renunció voluntariamente en uso de su derecho, y nadie puede transmitir lo que no tiene»²⁰.

En una línea similar, el resultado señalado se ha venido a justificar en los últimos tiempos con una explicación más técnica. La razón de que la repudiación excluya el derecho de representación, se ha dicho, radica en que, «verificada la repudiación... se agota o consume el llamamiento hereditario deferido al representado, lo que impide que el *ius delationis* pueda pasar a los representantes; la herencia del *de cuius* no es en esta hipótesis una herencia deferida sino que ha entrado ya en la fase definitiva de herencia repudiada, con lo que no se da el presupuesto necesario para que pueda operar... el derecho de representación»²¹. «El fundamento de la solución que incorpora el Código –se ha dicho también–... técnicamen-

²⁰ MANRESA, *op. cit.*, pp. 79-80. Una explicación prácticamente igual –incluso en su literalidad, lo que lleva a concluir que uno la tomó del otro, si bien no hemos podido averiguar cuál fue primero en el tiempo– la ofrece MORELL, *op. cit.*, pp. 343-344. También DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1932, t. III, p. 290); ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado cit.*, pp. 283-284), y VATTIER (*El derecho de representación en la sucesión mortis causa cit.*, pp. 256-257).

²¹ VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa cit.*, p. 256.

te radica en la propia esencia, finalidad y funcionamiento del *ius delationis*; en su virtud, se faculta al heredero llamado para que acepte o repudie la herencia, y cualquiera que sea el sentido de la declaración de voluntad del titular de aquélla, la consume y extingue. Frente a lo que expresa... con escasa fortuna el artículo 924, cuando se refiere a todos los derechos que la persona tendría *si viviera o hubiera podido heredar*, con una alusión clara y evidente a derechos no ejercitados, en la hipótesis de la renuncia, este [el *ius delationis*] lo ha sido por quien aparece legitimado para ello, con la consiguiente consecuencia de extinguirlo para él y sus descendientes...»²². La representación sucesoria, se nos dice luego, «nace con el fin de evitar, en casos muy concretos, el funcionamiento del principio de exclusión por la proximidad de grado y facilitar que los descendientes de quien no pudo beneficiarse del ejercicio de un derecho que, cuando murió, no existía, no se vean perjudicados por una situación que se considera injusta y contraria a la naturaleza de las cosas y que, de haber vivido el premuerto, no se habría dado. Mientras que en el caso de la renuncia, el legitimado para aceptar por ser titular del *ius delationis* se encuentra en condiciones de impedir que dicha situación se produzca. Si renuncia, en el ejercicio legítimo de la facultad que le corresponde, es porque vive y ha podido heredar»²³.

En resumen: que el derecho de representación no puede tener operatividad en caso de repudiación, porque el no suceder del primer llamado se produce a resultas de una decisión suya enteramente voluntaria, ya que el sujeto que repudió una herencia pudo aceptarla, si así lo hubiera querido.

b) Que los supuestos de representación de persona viva admitidos en el Código civil –indignidad (art. 761) y desheredación (art. 857)– tienen carácter excepcional, por lo que son de interpretación restrictiva.

Es otro de los argumentos que se emplean en este tema. Se parte de la premisa de que en nuestro Derecho histórico no se admitió nunca la representación en caso de persona viva, cual es (entre otros) el caso del repudiante.

Y sobre esa base, se considera entonces que los supuestos admitidos en ese sentido en nuestro Derecho actual –indignidad o desheredación del pariente de grado más próximo– vienen establecidos en normas de carácter excepcional, y por tanto que las mismas han de ser objeto de interpretación restrictiva, no pudiendo

²² GUILARTE, *op. cit.*, pp. 175-176.

²³ GUILARTE, *op. cit.*, p. 176.

extenderse bajo ningún concepto al caso de repudiación, pues en relación con este no hay base positiva en que fundamentarlo²⁴.

c) Que en caso de indignidad o desheredación la razón de que el descendiente de grado más próximo no herede es una falta que, por ser personal suya, no debe repercutir en sus descendientes, mientras que en caso de repudiación no se da esa circunstancia.

Parece oportuno comenzar aquí apuntando la idea que movió a García Goyena a apartarse de la regla tradicional (*viventis non datur repraesentatio*) y a proponer su derogación parcial, introduciendo en el Proyecto de 1851 dos excepciones sobre las que hoy no hay discusión en cuanto a su vigencia y operatividad: los casos de indignidad y desheredación del pariente de grado más próximo. En este sentido, la exposición de su pensamiento es fácil: la representación a favor de los descendientes del hijo indigno o desheredado, decía García Goyena, aunque sea contraria al Derecho romano y al Derecho histórico patrio debe admitirse, por ser «muy conforme a equidad y justicia» así como a razones de humanidad, pues en esos casos «la falta es personal [del padre], y no debe dañar al inocente [sus hijos y descendientes]»²⁵.

A esta idea, mantenida en lo esencial, se han añadido luego, en algunos casos, consideraciones o reflexiones de tono más sentimental. «El hijo indigno o desheredado –se ha dicho en este sentido– se ha enajenado justamente el cariño de sus padres, ha muerto para ellos; la ley o la voluntad paterna le privan de la herencia; pero ¿qué culpa tienen los hijos de ese hijo para ser envueltos en la misma causa de desafección y en el mismo castigo? Antes al contrario, el abuelo debe quererles aún más, por pesar sobre ellos la desgracia de tener tal padre. Excluirlos de la herencia, equivaldría a considerarlos también como indignos o desheredados, a imponer castigo sobre una posteridad inocente, y por eso nuestro Código... iguala la desheredación y la incapacidad con la muerte, y concede derecho de representación a los hijos del indigno y del desheredado»²⁶. «El derecho de representación –se ha escrito también– tiene... lugar cuando la persona a quien ha de representarse no existe real o legalmente, o sea en caso de muerte o presunción de muerte, y en caso de incapacidad, indignidad o desheredación. En esto no existe duda alguna: el hijo desheredado y el hermano indigno no existen ante la ley que les castiga con una privación del

²⁴ Vid. MANRESA, *op. cit.*, p. 54; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., Madrid, 1910, t. VI.3, p. 1708; DE DIEGO, *op. cit.*, pp. 288-289; CÁMARA, *op. cit.*, p. 35; MENA-BERNAL, *La indignidad para suceder*; Valencia, 1995, p. 118.

²⁵ *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, t. II, arts. 623 y 673, pp. 74 s y 119 s. Recoge y hace suya esta razón, *de lege ferenda* (en su día), GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 412.

²⁶ MANRESA, *op. cit.*, pp. 77-78.

derecho de suceder, y su puesto, como en el caso de muerte, lo ocupan sus inocentes hijos»²⁷.

Pues bien, frente a esta idea se destaca que en caso de repudiación no se da la circunstancia referida –que la causa de que el llamado en primer lugar se vea privado de heredar sea una falta personal suya e imputable solo a él, por lo que no debe trascender a sus descendientes–, y por consecuencia se considera está justificado y hace bien el Código en no admitir entonces la representación.

d) Que el repudiante es jefe de su estirpe, por lo que los efectos de su actuación (repudiación) trascienden a esta.

La postura contraria a la hipótesis que estamos estudiando se ha justificado también, a veces, con un argumento muy plástico e intuitivo: que el padre es en cierta forma jefe de su estirpe, y por tanto que «al ejercitar su opción hereditaria en sentido negativo, actúa como tal jefe, y renuncia a la sucesión para sí y los suyos»²⁸. Desde otra perspectiva, se ha dicho también que «el repudiante, de ordinario, trata de desprenderse de la herencia para él y los suyos, acaso porque el acervo es aleatorio y se halla peligrosamente cercano a la insolvencia o comporta problemas para cuya solución no se halla preparado el llamado a la sucesión: tanto menos sus descendientes»²⁹.

Llegados aquí puede darse por realizada la exposición de los argumentos, tanto de naturaleza legal-positiva como de orden dogmático o de principio, que entre nosotros se acostumbra a considerar sustentan el rechazo al juego del derecho de representación en caso de repudiación del llamado de grado preferente.

A la vista de los cuales, nuestra común doctrina concluye que la repudiación es un supuesto en el que el derecho de representación no puede jugar en nuestro Ordenamiento.

3. ARGUMENTOS A FAVOR, Y FUNDAMENTO DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN CASO DE REPUDIACIÓN. REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS EN CONTRA

Pasamos en este punto a considerar las razones, tanto a nivel positivo como de principio, que permiten afirmar en nuestro Dere-

²⁷ MORELL, *op. cit.*, p. 343; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 260.

²⁸ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 77.

²⁹ VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, cit., p. 12. También MORELL, quien dice que «ni aun en el terreno de la conmiseración es la idea [de admitir el derecho de representación en caso de repudiación] defendible, porque cuando el padre renuncia voluntariamente la herencia a que le llama la ley, y priva de ella a sus hijos, razones poderosas deben impulsarle, y tal vez les hace más beneficio que perjuicio con su conducta» (*op. cit.*, p. 346).

cho actual –*de lege lata*, no solo *de lege ferenda*– que los descendientes de una persona que ha repudiado la herencia a la que ha sido primeramente llamado pueden acudir al derecho de representación como expediente para poder participar de algún modo en esa herencia. Hecho lo cual, procederemos luego también a valorar críticamente las objeciones que en contra de ello se han formulado, que han quedado expuestas en el punto anterior.

3.1 Argumentos de naturaleza legal-positiva

Para el propósito que guía este trabajo, no es lo más adecuado enfocar el tema desde una perspectiva de Derecho positivo. Sin perjuicio de que en ocasiones se hayan apuntado también algunos datos de esa naturaleza, nos parece que esta perspectiva no es la que más juego da para sostener la pretensión estudiada. Lo cual no significa que carezca de apoyos de esa índole. Los hay, pero no son directos e inmediatos. Por esta razón, para sostener la idea que pretendemos son mucho más provechosas las consideraciones de principio o dogmáticas.

Eso no obstante, empezamos el desarrollo de este punto considerando los datos de tipo legal-positivo que en ocasiones se piensa pueden encontrarse en el Código civil en apoyo de esa idea, advirtiendo que, a diferencia de lo que hemos hecho con los argumentos en contra, en el caso de los datos y argumentos a favor no vamos aquí solamente a exponerlos, sino que además vamos a valorarlos. Estos datos positivos son los siguientes.

a) Artículo 766 Cc: «*el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857*».

Se trata de un precepto introducido en el Código que, considerado desde el punto de vista histórico, constituye novedad absoluta en nuestro Derecho, pues no tiene antecedente ninguno, ni siquiera equivalente en el Proyecto de 1851. Se gestó en el Anteproyecto de 1882-1888, con una redacción inicial semejante (no idéntica³⁰), aunque no se conocen las razones que motivaron su introducción. Sea como fuere, el hecho es que finalmente aparece en el Código civil con la redacción que, sin alteración desde la promulgación de este, sigue manteniendo hoy.

³⁰ Art. 767 del Anteproyecto: «*El heredero voluntario que muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición, el incapaz o indigno de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en el artículo 760*». El art. 760 del Anteproyecto era equivalente al actual art. 761 Cc.

Las críticas de que el mismo ha sido objeto son muy numerosas y compartidas por la común doctrina, aunque en ellas se pueden distinguir dos tipos: uno, las derivadas de sus incorrecciones técnicas, y otro, las que destacan su carencia de sustancia normativa propia.

Las incorrecciones técnicas han sido resumidas con total precisión y concisión del modo siguiente: «es incorrecto el precepto en su redacción al llamar heredero a quien premuere al testador; vuelve a ser incorrecto, ahora en su técnica jurídica, al presentar el derecho de representación como una excepción a la normal no transmisión de derechos sucesorios por el premuerto, incapaz o renunciante: es obvio que tampoco transmite nada el representado (art. 928) cuando juega el derecho de representación; finalmente, es incorrecto en su construcción lógica al referirse en la excepción a la hipótesis de la desheredación (art. 857), previamente no incluida entre los supuestos comprendidos en el efecto general a excepcionar»³¹.

Estas incorrecciones gramaticales y técnicas, ahora bien, aunque ciertas no son tan graves que fuercen a desechar el precepto como si de un absurdo lógico se tratara. Pues por lo que hace al primer defecto denunciado cabe entender «que la incorrección de llamar heredero a quien premuere al testador deja de serlo si —situada como está la norma, en sede de institución de heredero— se sobreentiende el término "instituido" antes de la referencia hecha al heredero: El instituido heredero que muere antes...»³². En relación con el segundo, basta con aducir la mezcla confusa que en tema de representación ha habido tradicionalmente en este punto —no solo en este artículo—, hablándose indistintamente de suceder al causante y al representante, de sucesión y de transmisión, de *ius delationis* y de *ius transmissionis*...; a título de ejemplo puede señalarse en este sentido el tenor del propio art. 924 Cc, siendo así que es el precepto con que el Código abre la Sección dedicada específicamente a este tema. Y en relación con el tercer defecto apuntado puede argüirse «que la aparición de la desheredación en la segunda parte del precepto, no obstante su omisión en la primera, podría justificarse por la similitud global existente entre sus causas y las de la indignidad...»³³.

Más importante es el otro defecto denunciado, esto es, la carencia de sustancia normativa de este precepto. Lo que se ha resumido señalando «que quien nada adquiere nada puede transmitir es una

³¹ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1879.

³² GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

³³ GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

obviedad que no requiere esta declaración normativa; [y que] por otra parte las excepciones establecidas por remisión a los arts. 761 y 857 encuentran ya en ellos previsión legal y regulación suficiente»³⁴.

A diferencia de la anterior, esta segunda crítica es de calado. Contra ella, ahora bien, puede argüirse que tal vez cabe dar a este precepto un contenido sustantivo propio, aunque sea a través de una elaboración compleja que precisa desarrollar por fases.

¿Cuál es el sentido que puede darse a esa norma? Para responder a esto debemos antes analizar el supuesto de hecho de este precepto. ¿Qué hipótesis comprende? Hay aquí varias interpretaciones.

Una es la de quienes entienden que los tres casos que en él se contemplan –premorienca, incapacidad (pacíficamente entendida como indignidad) y renuncia (que debe entenderse como repudiación)– tienen como denominador común estar referidos todos ellos a un heredero voluntario, destacando además que no cabe considerar el término «voluntario» como sinónimo o equivalente a heredero testamentario. Para que así fuera –dicen– «sería necesario entender modificado dicho art. 766 del Código en el sentido de que donde dice *voluntario*, es que dice *testamentario*, cosa imposible de admitir, porque cada una de dichas palabras tiene un sentido bien caracterizado»³⁵.

Otra explicación es la de quienes distinguen, señalando que «para el supuesto de premorienca el articulado habla explícitamente de *heredero voluntario*, sin que sea defendible ni tenga fundamento alguno la opinión de que esa frase no se opone a *heredero forzoso* sino que su sentido es sinónimo de heredero *designado en testamento* [... pero que] Dada la literal redacción del precepto, al no enlazar los tres supuestos que comprende por la disyuntiva *o*, la lógica interpretación es que... los casos de incapacidad y renuncia pueden referirse así a los herederos forzosos como a los voluntarios...»³⁶.

³⁴ GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

³⁵ ESCOBAR DE LA RIVA, «El derecho de representación en la herencia testada», RDP, 1954, pp. 206-207.

³⁶ La frase transcrita es de SIERRA BERMEJO («El derecho de representación en la sucesión testada», *AAMN*, 1948, t. IV, pp. 451-452), que la formula como idea de principio aunque luego desvirtúa su valor en tema de derecho de representación con las consideraciones que hace en p. 453 (*vid infra* texto y nota 41). Sí hace enteramente suya la idea ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X-1.º, Madrid, 1987, pp. 323-324, quien añade el siguiente razonamiento: «que son esos tres casos, de heredero voluntario que premuere, o de heredero voluntario o forzoso que o es incapaz o renuncia, los que contempla el artículo,... se sigue necesariamente de que con la referencia del final del artículo a los artículos 761 y 857, relativos a herederos forzosos, no cabe pensar que el precepto exprese la idea de solo “heredero voluntario” que premuere, sea incapaz o renun-

Y por último está la idea de quienes sostienen que en el art. 766 Cc la expresión «heredero voluntario» debe entenderse como «heredero testamentario», y que este entendimiento debe referirse a todos los supuestos contemplados en el precepto³⁷.

Son, como puede verse, explicaciones diversas, que presentan diferencias sustanciales entre sí. Ninguna de ellas, sin embargo, nos convence totalmente.

Por nuestra parte nos inclinamos a favor de la solución con la que algunos autores han terciado recientemente en esa polémica, proponiendo que «todo el precepto se refiere al instituido heredero que, al mismo tiempo que testamentario, es heredero forzoso; concretamente, y en razón de lo dispuesto en la salvedad final, al legitimario descendiente que, a su vez, tiene descendientes»³⁸. Lo que entendemos se justifica de este modo.

Que se trata de heredero testamentario se deriva, en primer lugar, de la sede en que el art. 766 está situado en el Código civil: Libro III, Título III, Capítulo II, Sección segunda, cuya rúbrica es «*De la institución de heredero*», siendo así que «instituir» e «institución» son términos que se utilizan solo en el ámbito de la sucesión testada. Y en segundo lugar porque, sea cual sea la acepción que se tome de la expresión «heredero voluntario» –el que ha sido instituido como tal mediante negocio sucesorio otorgado por el causante, y el que no es considerado por la ley como heredero forzoso o legitimario–, en todo caso la equiparación en el art. 766 Cc de heredero voluntario a heredero testamentario es cosa obligada habida cuenta de que «voluntario» es adjetivo que no puede nunca cuadrar con una sucesión abintestato. La primera consideración dicha vale para todos los supuestos considerados en el precepto –premorienza, indignidad y repudiación–; la segunda, aunque pueda entenderse que no tiene esa generalidad porque no se refiere al incapaz (indigno) o al renunciante (repudiante), en todo caso no contradice a la anterior sino que la refuerza. A la vista de lo cual es

cie». También MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *El derecho de representación en la sucesión testada*, Pamplona, 2009, p. 159.

³⁷ GIMÉNEZ ARNAU, quien, interpretándolo a la luz del art. 890 del *Codice* italiano de 1865, atribuye al art. 766 Cc el valor de establecer que el derecho de representación existe en la sucesión testamentaria (voluntaria) y con la misma extensión que en la sucesión intestada, salvo en cuanto a los derechos que el heredero que falte (el representado) hubiese recibido como manda o mejora («El derecho de representación en la sucesión voluntaria», *RCDI*, 1940, pp. 29-30). Apunta también la idea de asimilar en este artículo la sucesión voluntaria a la sucesión testamentaria CRUZ AUÑÓN («Un caso frecuente de preterición», *AAMN*, 1946, t. III, p. 548), aunque a efectos meramente dialécticos, ya que cree que el precepto es poco útil, «pues de su desgraciada redacción no se pueden sacar grandes consecuencias».

³⁸ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, «El derecho de representación del artículo 814, párrafo tercero, del Código civil», *RCDI*, 1988, p. 936.

forzoso concluir que este precepto se refiere a una sucesión en que la voluntad del causante ha tenido juego, y más concretamente a una sucesión testamentaria, pues en Derecho civil común, salvo contadísimas excepciones, esa es la forma de deferir voluntariamente una sucesión³⁹.

Y que se refiere además, este precepto, al instituido en testamento que al mismo tiempo sea descendiente y heredero forzoso, se sustenta en el inciso final del precepto, que remite a lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc, que claramente aluden a tal caso.

Así pues, reiteramos el sentido que desde este punto de vista debe darse, a nuestro juicio, al art. 766 Cc: «se refiere al instituido heredero que, al mismo tiempo que testamentario, es heredero forzoso; concretamente... al legitimario descendiente que, a su vez, tiene descendientes»⁴⁰.

Ahora bien, si ese es el supuesto de hecho del precepto, ¿cuál es su consecuencia jurídica? La norma establece que el sujeto instituido heredero que premuere al causante, es indigno para sucederle o repudia la herencia, «*no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857*». ¿Qué significado y alcance tiene esto? Se pueden aquí considerar varias posibles respuestas.

La primera, apuntada por un sector de la doctrina y atendida en buena medida a la letra del precepto, es considerar que el artículo 766 «nada tiene que ver con el derecho de representación, ni está dictado con vista al mismo (...). Lo que regula y reglamenta el art. 766 –se ha dicho– es el fenómeno de la transmisión del derecho hereditario, que no tiene destinados en el Código civil los artículos de un capítulo o sección... sino que las disposiciones que a él se refieren hállanse diseminadas», estableciendo entonces el citado art. 766 Cc «que el heredero que premuere, el incapaz y el renunciante, como nada adquieren nada pueden transmitir. Ni tiene otra finalidad el precepto, ni puede ni

³⁹ En este mismo sentido, y sin perjuicio de haberlo incluido antes entre quienes distinguen entre heredero solo voluntario en caso de premoriencia, y heredero forzoso o voluntario en casos de indignidad y desheredación, ALBALADEJO entiende que el carácter testamentario del heredero resulta del hecho de que «el artículo se dicta dentro de la sucesión testada (en la Sección II, De la institución de heredero, del cap. II) y a la vista del nombramiento hecho por el causante, así que testamentariamente, o de desheredación, luego también disposición testamentaria (art. 849)» (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. X-1, Madrid, 1987, p. 324, aunque eso no obstante añade que la idea que en este artículo se contiene, de que el que no sucede no transmite a sus herederos nada sino en los casos de los artículos 761 y 857, alcanza a toda sucesión, sea testada o intestada). ROCA SASTRE, por su parte, entiende que en este precepto sobra la palabra «voluntario», pero también la de «testador», que «debería ser sustituida por la de causante, ya que el art. 766 es igualmente aplicable a la sucesión testada que a la intestada» (*Estudios de Derecho Privado*, cit., p. 295).

⁴⁰ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880.

debe extenderse su radio de acción a materias que nada tienen que ver con la transmisión del derecho hereditario»⁴¹.

No nos parece a nosotros, sin embargo, acertada esa interpretación del precepto en clave de *ius transmissionis*. Pues la transmisión o no transmisión del derecho hereditario, aunque pueda ser de un modo no pleno ni perfecto, en todo caso está ya suficientemente regulada en el art. 1006 Cc, por lo que resulta innecesario reiterarla en el art. 766 Cc. Y además porque el resultado de esa interpretación, aun siendo cierto, es tan obvio y resulta con tanta claridad del conjunto de nuestro Derecho sucesorio que haría esta norma superflua, hasta tal punto que nada pasaría si se omitiera, pues nada cambiaría ni se perdería por ello⁴². Por estas razones, entendemos que esta interpretación no debe aceptarse.

Es preciso buscar otra, más adecuada. Para lo cual puede ser adecuado distinguir, dentro del precepto, las dos proposiciones que lo integran: la primera afirma que el heredero que premuere al testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, «no transmiten ningún derecho a sus herederos»; la segunda exceptiona lo anterior en algunos casos, estableciendo que eso será así «salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857 del Código civil». ¿Qué valor y significado tienen cada una de esas proposiciones?

En cuanto a la primera, y sin perjuicio de lo dicho unas líneas más arriba, hay que reconocer que tomada aisladamente permite un entendimiento de la misma en clave de *ius transmissionis*. Aunque no puede tampoco descartarse totalmente otra explicación. Nótese así que la interpretación apuntada se sustenta exclusivamente en un criterio hermenéutico literal, cuyo resultado además no es inequívoco. Pues si lo que en este artículo se está considerando es si en los supuestos contemplados los nietos pueden o no recibir lo que al hijo había destinado el padre en su testamento, hablar de transmisión de derechos, aunque sea para negarla, no tiene sentido, ya que

⁴¹ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 453 (en p. 452 dice también: «la consecuencia clara y lógica del texto es esta: Si el heredero voluntario premuere al testador, si hay incapacidad o renuncia del instituido, sea heredero voluntario o forzoso, no hay transmisión de derechos, produciéndose una porción vacante en la herencia, que dará lugar unas veces al derecho de acrecer entre los coherederos y otras a la apertura del abintestato»). ROCA SASTRE, por su parte, afirma que «este precepto niega... el *ius transmissionis* en estos casos [premorienencia, incapacidad, repudiación], pero ello nada tiene que ver con el derecho de representación sucesoria,... pues en el supuesto de actuación de este último derecho la estirpe entra en la herencia intestada, no por vía de transmisión del derecho de su ascendiente... sino... llamada directamente por la ley» (*Estudios de Derecho Privado cit.*, p. 269). En la misma línea se pronuncian CRUZ AUÑÓN (*op. cit.*, pp. 548-549), CÁMARA (*op. cit.*, pp. 15-16) y MADRIÑÁN VÁZQUEZ (*op. cit.*, pp. 160-161).

⁴² Así lo tiene que reconocer CÁMARA, a pesar de su posición referida *supra* (texto y nota anterior), cuando dice que «el artículo 766 proclama un principio de derecho sucesorio que probablemente podría haberse silenciado, ya que... no es más que un corolario de las normas que regulan la delación y adquisición de la herencia» (*op. cit.*, p. 16).

nadie puede transmitir lo que no tiene y en esos supuestos es claro que el hijo no tiene nada de esa herencia porque no la ha adquirido previamente (por premoriencia, indignidad o repudiación). Por tanto, atribuir tal significado a este inciso, además de hacerlo redundante e innecesario –pues esa conclusión ya resulta de otros preceptos, y en general del conjunto del sistema– lo convierte en incorrecto desde un punto de vista literal, en tanto que el resultado que se excluye no sería nunca por derecho de transmisión. Por esto cabe afirmar que la interpretación dicha, aunque literalmente posible, no es inexorable ni lógica.

En cuanto a la segunda proposición, ahora bien, la única interpretación que se presenta fácil y natural es la que se produce en clave de *ius repraesentationis*⁴³, pues así resulta de la referencia que en ella se hace a lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc⁴⁴.

¿Cuál es, entonces, el sentido que se debe dar al art. 766 Cc? Aunque es evidente que nos encontramos ante una norma cuyo significado, a causa de su deficiente redacción, resulta difícil de precisar, podemos decir que caben aquí dos opciones.

En primer lugar, dar a cada una de las proposiciones de ese precepto un contenido distinto –esto es, considerar que la primera trata de *ius transmissionis*, y la segunda de *ius repraesentationis*–, y entender que lo que el art. 766 Cc dispone es que el sujeto instituido heredero que premuere al causante, es indigno o repudia, no adquiere lo que a él estaba inicialmente destinado ni puede por tanto transmitirlo a sus herederos, sin perjuicio de lo cual estos pueden en tales casos concurrir a aquella herencia con arreglo al mecanismo de la representación y a la medida dispuesta en los arts. 761 y 857 Cc.

Pero en segundo lugar cabe interpretar las dos proposiciones del art. 766 Cc en una misma clave –y esto solo resulta posible hacerlo en clave de derecho de representación–, entendiendo que lo que este precepto dispone es que en caso de que el sujeto instituido heredero premuera al causante, sea indigno o repudie, sus descendientes no tienen derecho de representación para concurrir a la

⁴³ A favor de entender el art. 766 Cc en clave de *ius repraesentationis*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 131, y allí cita de autores. La STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952), capital en este tema, parece que se pronuncia también en este sentido, si bien que de una forma no del todo clara, pues eso lo trata de conjugar con la –a su juicio– improcedencia del derecho de representación en la sucesión testada. *Vid.* el Cdo. 6.º de esa Sentencia, en el que se establece que el artículo 766 del Código civil, «si de una parte alude al *ius transmissionis*, propio de la herencia ya deferida y no del derecho de representación (...), bien puede entenderse, de acuerdo con criterio comúnmente admitido, que se ha querido aludir al “*ius representationis*”, pues para no admitir en los supuestos que prevé el derecho de transmisión sería estéril o innecesario decir que no transmite derechos quien no los ha adquirido».

⁴⁴ De estos preceptos y su significado trataremos más adelante.

herencia del causante en los términos y con la amplitud que se establece en los arts. 924 ss Cc, sino solo en la medida dispuesta en los arts. 761 y 857 Cc. O, dicho en positivo: que en caso de que el sujeto instituido heredero premuera al causante, sea indigno o repudie, sus descendientes tienen derecho de representación para concurrir a la herencia del causante pero solo en la medida dispuesta en los arts. 761 y 857 Cc.

En realidad, aunque muy próximas en sus efectos, entre esas dos opciones sería más lógico decantarse por la segunda, porque es la que permite una construcción armónica y coherente de la norma⁴⁵.

Es, esta segunda, una interpretación muy progresiva y arriesgada, pero que si se admitiera tendría trascendencia sustancial, pues supondría extender la aplicación del derecho de representación, en los términos que en ese precepto se señalan, al ámbito de la sucesión testada, y dentro de esta a los casos de premoriencia, indignidad y repudiación del descendiente instituido que tiene a su vez descendientes.

La atendibilidad de esta segunda interpretación se ha propuesto de la siguiente forma⁴⁶. El derecho de representación es figura que históricamente ha estado condicionada en su operatividad por la regla *viventis non datur repraesentatio*. Entre nosotros fue propuesta la derogación parcial de esa regla por García Goyena, que introdujo en este sentido, en el Proyecto isabelino de Código civil, los arts. 758, 623 y 673. Pero sin perjuicio de esto, la figura de la repre-

⁴⁵ Esta opción parte de la premisa de rechazar que lo dispuesto en el art. 766 Cc se deba a un pensamiento fragmentado, inconexo y descoordinado del legislador. Nótese, en este sentido, que de otro modo resultaría que el precepto mezcla en su supuesto figuras distintas: el *ius transmissionis* y el *ius repraesentationis*. Así lo han reconocido también los autores que sostienen se refiere al derecho de transmisión. En cuanto a la causa de esa confusión, se ha apuntado que es de índole fundamentalmente histórica: «lo que ocurre —afirma SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 453-454— es que la denominación impropia de derecho de representación (...) dio lugar a la concepción equivocada de la representación hereditaria como un derecho a virtud del cual los descendientes entran en la sucesión de un ascendiente, no por vocación propia sino ejercitando un derecho transmitido por el padre premuerto. Con este matiz aparece la institución en el artículo 924 y solo por este erróneo concepto se justifica la salvedad que el final del artículo 766 marca, con su referencia a los artículos 761 y 857 [pues] nada hay en ellos por donde pueda vislumbrarse que constituyen excepciones a la no transmisión del derecho hereditario», ya que en ellos se regula el derecho de representación en esos casos. Esto es lo que explica, se dice, la mezcla confusa que en este precepto existe. Sea de eso como fuere, ahora bien, por nuestra parte entendemos que de esa confusión hay que salir, y que su superación es tarea del intérprete. Y en este sentido no es descabellado discrepar de la fórmula propuesta por los autores que propugnan interpretar todo el precepto en clave de *ius transmissionis*, e inclinarse por interpretarlo en clave de derecho de representación. En este sentido, la explicación dada al inciso final del art. 766 Cc por quienes defienden su interpretación en clave de *ius transmissionis* no parece atendible, por resultar excesivamente forzada. Las salvedades que en ese inciso final se hacen a la regla sentada en el primer inciso se explican mejor entendiendo que todo el precepto se mueve en un mismo orden de cosas: la representación sucesoria.

⁴⁶ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 1879-1881.

sentación sucesoria siguió concibiéndose en términos generales desde la hipótesis de premoriencia⁴⁷. Este es el contexto en que aparece el polémico art. 766 Cc, cuya razón de ser sería la siguiente: «El Anteproyecto de 1882-1888 –se dice– no va a conformarse con los arts. 623, 673 y 758 del Proyecto de 1851, que mantiene, sino que, además, va a formular expresa y específicamente [el art. 766]. ¿Cómo, en defecto de otra explicación, reconstruir su sentido y finalidad? Tras haber marcado el límite que las legítimas imponen al poder dispositivo del testador (art. 763),... quiere ahora determinar el Código cómo pueden influir las circunstancias y hechos personales del heredero voluntario, que al mismo tiempo es legitimario, en la legítima que la ley establece a favor de los hijos y descendientes (art. 807.1.º) del causante. (...) ¿Y qué es lo que... dispone? Que cuando el heredero instituido no llega a heredar (por premoriencia, incapacidad o renuncia) se observará lo dispuesto para los casos de incapacidad y desheredación; esto es: que le representarán sus descendientes. La virtualidad del precepto estaría en extender la comunidad de efectos prevista en los arts. 761 y 857 a todos los casos en que el instituido heredero no llega a heredar»⁴⁸.

¿Es esta una interpretación plausible? Antes de pronunciarnos al respecto conviene hacer algunas reflexiones que ayuden a comprender debidamente el alcance de lo dicho. En este sentido, procede separar los varios casos considerados en el art. 766 Cc. Tenemos así lo siguiente.

En primer lugar está el caso del indigno (incapaz), en relación con el cual la interpretación propuesta aporta poco o nada. Pues habiendo sido contemplado ya este supuesto en el art. 761 Cc, no parece fuera necesario ni útil volver a considerarlo cinco artículos después, y menos en un precepto de redacción tan defectuosa y poco clara como el art. 766 Cc.

El supuesto de premoriencia, sin embargo, es distinto. Para este caso no se había previsto en el Código precepto que lo regulara expresamente, porque las normas generales sobre representación sucesoria (arts. 924 ss) se ha entendido comúnmente que circunscriben su juego al campo de la sucesión intestada (recuérdese

⁴⁷ Vid. art. 753 del Proyecto de 1851, cuyo tenor literal era el siguiente: «*La representación da á un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga.*»

⁴⁸ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880. En una línea semejante parece apuntar SCAEVOLA al comentar el art. 766 Cc, cuando dice lo siguiente: «El artículo empieza distinguiendo al heredero voluntario del forzoso. Nada transmite a sus sucesores el heredero voluntario que no sobrevive al testador; *a sensu contrario*, el heredero forzoso lo transmite. Ninguna novedad ofrece esto. Los hijos, por ejemplo, del heredero forzoso, en la sucesión del antecesor común no pueden perder por muerte de su padre, como no lo pierden por incapacidad, el derecho a suceder en la legítima correspondiente...» (*Código civil...* cit., t. XIII, Madrid, 1897, pp. 381-382).

que el art. 766 Cc se refiere a un caso de sucesión testamentaria). Se podía pensar entonces, para salvar esa situación, en forzar las normas reguladoras del derecho de representación de tal modo que cupiera aplicar esta figura también a ese caso, aun siendo de sucesión testamentaria. Pero esta fórmula no fue admitida por un sector muy importante de la doctrina, que entendía que la solución solo podía pasar por aplicar las normas reguladoras de la preterición (art. 814 Cc), sobre la base de considerar que en tal caso los descendientes del descendiente premuerto se convertían en legitimarios directos y sin embargo no habían sido considerados por el causante en su testamento⁴⁹. Esta solución, ahora bien, no podía tampoco reputarse idónea, por las dificultades prácticas que conllevaba (estas dificultades, de hecho, fueron las que motivaron que con ocasión de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 se modificara el art. 814 y se introdujera en él un párrafo nuevo que dice que «*los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*»⁵⁰). Pues bien, esto sentado, se apunta entonces por un muy prestigioso autor lo plausible de dar al art. 766 Cc la interpretación antes dicha (admitir en este caso el derecho de representación a favor de los descendientes del descendiente premuerto, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc), que además de evitar la inutilidad del precepto lo situaría, ya en su origen, en la línea marcada después por la reforma del año 1981⁵¹.

Queda entonces el caso que más propiamente nos interesa: el de repudiación (renuncia) del sujeto instituido heredero en testamento. ¿Cabe pensar que el art. 766 Cc dispone la operatividad

⁴⁹ Vid., entre otros, ALBI AGERO, «Derecho de acrecer entre herederos forzosos», *RDP*, 1942; ROCA SASTRE, «Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria», *RGLJ*, 1943, p. 606; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*; CÁMARA, *op. cit.*

⁵⁰ En este sentido, dicen LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ que con este precepto se evita «la anulación total o parcial del testamento o de la institución de heredero; [se] elude la apertura de una sucesión intestada; [se] soslaya el en otro caso necesario recurso a la declaración judicial de heredero; y [se] permite... que la partición por contador se desarrolle normalmente, al poder apreciar aquel este especial derecho y desarrollar adecuadamente sus efectos» (*op. cit.*, pp. 949-950). Lo sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 76. En realidad estos autores emplean ese argumento para defender la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación cuyo ámbito objetivo abarca todo lo que el causante hubiera destinado en su testamento a favor del descendiente premuerto, pero se pueden emplear aquí sus palabras como reflejo de las dificultades prácticas que la solución anteriormente propuesta suponía. El nuevo art. 814.3 Cc, en todo caso, es un precepto no exento de polémica, como más adelante veremos. Aquí basta con poner de manifiesto que mediante él los descendientes del descendiente premuerto pero instituido en testamento pueden concurrir a la herencia del ascendiente causante, aunque no hayan sido mencionados en su testamento, sin tener que acudir a la preterición [sobre la explicación del art. 814.3 Cc trataremos más adelante en el trabajo (infra 4.1.3)].

⁵¹ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1879.

de la representación sucesoria también en este caso, aunque limitada a la medida de la legítima que correspondiera al repudiante? Históricamente la respuesta que se ha dado a esta pretensión ha sido negativa, y así lo sigue considerando hoy en el plano *de lege lata* la doctrina dominante entre nosotros, aunque hay voces que denuncian lo inadecuado de esa solución y que han propuesto la modificación del Código en ese sentido, sobre todo a partir de que tal posibilidad fuera acogida en el *Codice* italiano de 1942. Pero la cuestión es: esa pretensión, en nuestro Derecho actual, ¿puede de algún modo considerarse que tiene acogida *de lege lata*, o por el contrario es una propuesta formulable solo *de lege ferenda*? «Si fuera verdad –se apunta como reflexión a considerar seriamente– que el Anteproyecto de 1882-1888 quiso dar un paso adelante, extendiendo a las tres circunstancias enunciadas en la primera parte del art. 766 lo que el Proyecto de 1851 solo admitía en la incapacidad y desheredación, ni siquiera serían necesarias tales propuestas. ¿Impediría esta posibilidad el art. 929? No absolutamente –se dice–, si se interpreta que la norma es pura prolongación del art. 758 del Proyecto de 1851, inadvertidamente no adaptada a la norma posterior y específicamente introducida para determinar la extensión del derecho de representación en la legítima de los hijos y descendientes: el art. 766»⁵². Y no es solo esto sino que además, puesto que los arts. 766, 761 y 857 Cc constituyen un caso de remisión normativa, la pregunta formulada podría también tener una respuesta positiva acudiendo a una interpretación sistemática de esos preceptos, considerando incluido en el supuesto de hecho de las normas a las que se hace remisión –los arts. 761 y 857 Cc, que tratan de derecho de representación– el caso de repudiación, contemplado explícitamente en el supuesto de hecho de la norma remitente.

⁵² GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1881. ALBALADEJO, por su parte, aunque de palabra y en términos generales no admite en nuestro Ordenamiento actual la representación en caso de repudiación, al comentar este artículo afirma sin embargo que este precepto «está dictado para todo caso de heredero que el testador instituye, sea voluntario que muera antes que él, sea voluntario o forzoso pero que no pueda heredar por ser incapaz, o que no hereda por renunciar» (*op. cit.*, pp. 323-324); «el artículo viene a significar –añade ALBALADEJO– que nada corresponde de una herencia a los herederos del llamado a la misma que no llega a heredar él, salvo que si al morir el causante era descendiente legítimo de este, pasa a sus (del legítimo) propios descendientes el derecho a esa legítima» (p. 324). Se trata sin duda de afirmaciones hechas sin querer atribuirles el alcance que aquí estamos considerando, pero que nos plantean si, aunque sea en el subconsciente, no está más extendida de lo que parece la idea de que el Código no es tan refractario a nivel positivo de la hipótesis que estudiamos. También O'CALLAGHAN se mueve en esta línea, pues primero comprende en el supuesto de la norma el caso del repudiante, aunque luego al hablar –escuetamente– de sus consecuencias se refiere solo al indigno y al desheredado, omitiendo sin más al repudiante (*Comentario del Código civil*, dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 4, Barcelona 2000, p. 564).

Con lo dicho queda expuesto el argumento extraído del art. 766 Cc en favor de la pretensión que estudiamos en este trabajo. ¿Qué decimos nosotros a este respecto?

Aunque se trata de una idea ajustada en cuanto a su resultado a esa pretensión, y aunque se trata de una interpretación extraordinariamente sugestiva de ese precepto, por nuestra parte, sin embargo, no nos atrevemos a hacerla enteramente nuestra. Dos son las dificultades que vemos para ello.

Una, el muy deficiente tenor literal de la norma, que hace que la interpretación propuesta no resulte, ni mucho menos, inequívoca.

Y otra, la consideración de que los autores del Anteproyecto de 1882-1888 (que es donde el precepto aparece por vez primera), y lo mismo los del Código civil, no parece tuvieron consciencia de introducir con ese artículo una norma con el significado dicho, y mucho menos cabe decir que tuvieron en su mente esa intención. Pues el precepto en cuestión, de redacción tardía y sin antecedentes, fue introducido de forma precipitada⁵³, sin plena consciencia de su operatividad y de su alcance, y sin una precisa finalidad.

Por lo cual, aunque muchas de las reflexiones que al hilo de este precepto se han hecho nos parecen acertadas y aprovechables (más adelante lo veremos), parécenos también que sustentar en él la pretensión aquí estudiada es excesivo.

b) Art. 970 Cc: *«Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho a los bienes renuncien expresamente a él...».*

Art. 973 Cc: *«Si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior [el art. 972 Cc⁵⁴], los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen repudiado su herencia. / El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviese hijos o descendientes se estará a lo dispuesto en el artículo 857 y en el número 2 del artículo 164».*

Son preceptos que por su materia se pueden reunir en un mismo apartado, aunque los vamos a considerar sucesivamente.

b') En relación con el art. 970 Cc, se han planteado algunos autores qué ocurre si alguno de los hijos del padre primeramente

⁵³ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1879.

⁵⁴ Art. 972 Cc: *«A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre, o la madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823».*

muerto renuncia expresamente, no a la herencia de este sino al derecho que le corresponda en los bienes reservables, teniendo descendientes vivos en el momento en que hace esa renuncia. La cuestión está en si esa renuncia del hijo repercute o no en sus descendientes, y por tanto si esos nietos recibirán o no los bienes objeto de esa reserva.

Varios autores afirman que en tal caso esos descendientes de segundo grado recibirán los bienes reservables⁵⁵. La explicación que se da es la siguiente: «El derecho a los bienes reservables con la obligación de reservarlos en el abuelo que contrajo segundas nupcias no lo adquieren de su padre premuerto e hijo de aquel, por ser sus herederos, sino que les corresponde como propio y directamente reconocido por la ley a su favor en el concepto de descendientes, a falta de hijos»⁵⁶. Y esto, en tanto que el expediente a través del cual los descendientes de segundo grado recibirían los bienes reservados no puede ser otro que el derecho de representación, puede pensarse significa un argumento positivo en pro de su operatividad en caso de repudiación.

Otros autores sostienen sin embargo la solución contraria, esto es, que la renuncia a la reserva (en situación de pendencia) hecha por los hijos supone que el cónyuge bñubo quede liberado de la sujeción a la reserva, y que esto repercute en los nietos, que quedan sin derecho en ese sentido a los bienes reservables⁵⁷. Lo que, por hipótesis, excluye totalmente la utilidad de esta norma en relación con el derecho de representación.

Por nuestra parte consideramos que la solución procedente es la última que se acaba de apuntar, esto es, que la renuncia de los hijos les deja, a ellos mismos y a los nietos, sin derecho a la reserva, aunque no por cuestiones de representación sino de régimen de la reserva. Esto es así porque la renuncia de que habla ese artículo no se refiere a los bienes reservables –aunque tal sea lo que dice la letra del precepto– sino a la sujeción del reservista, esto es, a exigir la vinculación a la reserva de los bienes (a los bienes no se renuncia, ni se podría renunciar antes de consumada la reserva: sería renuncia a herencia futura)⁵⁸.

⁵⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1916; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 2.ª ed. 1921, t. V, p. 473; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI.1, 9.ª ed. Madrid, 1989, pp. 251-252.

⁵⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, *op. et loc. cit.*

⁵⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1993, t. I, ad art. 970, pp. 2303 ss, y allí citas.

⁵⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *op. et loc. ult. cit.* Esa renuncia, en todo caso, no excluye que el renunciante, o sus descendientes, puedan recibir esos bienes en su día, pero no por razón de la reserva sino a través de la herencia del reservista.

Y por tanto, si eso es así, podemos dejar de lado este artículo al objeto de este trabajo.

b´´) En relación con el art. 973 Cc hay que separar nítidamente los dos supuestos que en él se contemplan, porque cada uno de ellos es distinto, nada tienen que ver entre sí, y su reunión en un mismo precepto es motivo de confusión.

Pues el inciso primero considera el caso de repudiación a la herencia del progenitor primeramente muerto hecha por uno de sus hijos, estableciendo que eso no impide que los hijos o descendientes ulteriores de este reciban (en su momento: cuando muera el reservista) los bienes sujetos a reserva. ¿Cómo es esto posible? Si los reservatarios reciben los bienes reservados conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, esto es, intestada, la repudiación de la herencia del progenitor premuerto hecha por uno de sus hijos debería conllevar –con arreglo a los postulados tradicionales– el no recibimiento de los bienes reservables por parte de los hijos de ese hijo, pues el expediente por el que en su caso recibirán esos bienes es el derecho de representación. Sin embargo, el criterio que se sanciona en el art. 973 Cc es el contrario. Esto, según plantea algún autor, puede deberse a que la repudiación no excluye, al menos en este caso, el derecho de representación⁵⁹. Lo cual sería un dato positivo a favor de la operatividad en nuestro Ordenamiento del derecho de representación en caso de repudiación.

La valoración apuntada de este inciso primero, ahora bien, aunque sugestiva no nos parece atendible. Pues esa interpretación se sustenta en la idea de que los reservatarios reciben los bienes reservados del padre premuerto⁶⁰, siendo así que el entendimiento de este punto ampliamente dominante en nuestra doctrina considera sin embargo que cuando los reservatarios reciben los bienes reservados no lo hacen sucediendo al padre premuerto, sino al reservista⁶¹. Sentado lo cual, resulta entonces claro que la repudiación a la herencia del progenitor primeramente muerto –no a la del reservista– no plantea ninguna dificultad para que el repudiante pueda adquirir los bienes objeto de la reserva; es más, ni siquiera hay necesidad de acudir aquí al mecanismo de la representación. Resulta

⁵⁹ CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 549. Plantea este entendimiento, aunque sea como posibilidad que él no comparte, GUILARTE, *op. cit.*, p. 168. Para GUILARTE la razón, aunque sea tributaria de un entendimiento erróneo, es que el legislador estimó que cuando los hijos renuncian no tienen todavía ningún derecho sobre los bienes objeto de reserva (este no nacería sino con el fallecimiento del reservista), y por tanto que la renuncia a ellos del reservatario, en ese momento, es ineficaz. Y así, que cuando llegue el momento (cuando muera el reservista) los hijos del reservatario renunciante podrán recibir esos bienes.

⁶⁰ GUILARTE, *op. cit.*, p. 168.

⁶¹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario del Código civil cit.*, art. 973, pp. 2311 ss.

tando así que, a los efectos de nuestra pretensión, el inciso primero del art. 973 Cc no sería dato de apoyo.

Distinto ocurre sin embargo en relación con el inciso segundo de este precepto. Pues este considera el caso de desheredación a uno de los hijos hecha por el progenitor reservista, estableciendo que aunque ese hijo pierde por esa causa todo derecho a la reserva, si tiene a su vez hijos estos podrán concurrir en ese sentido con arreglo a lo dispuesto en el art. 857 Cc. Desde la perspectiva que aquí interesa parece un precepto claro a grandes rasgos, pudiéndose decir a los efectos de nuestro trabajo que este inciso abunda en la idea del art. 857 Cc, y permite por tanto reiterar las consideraciones que un poco más adelante haremos al tratar de este, a las que remitimos.

3.2 Argumentos de principio, o dogmáticos

¿Qué razones dogmáticas o de principio hay para pretender que la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación tiene cabida en nuestro Derecho actualmente vigente? A dar respuesta a esa cuestión, y otras, procedemos a continuación. Para lo cual debemos empezar viendo cuál es el fundamento, o cuáles son las razones que sustentan el derecho de representación⁶².

Antes de pronunciarnos a este respecto, ahora bien, conviene hacer un inciso para destacar que el derecho de representación constituye una opción de política legislativa, una figura cuya causa próxima se encuentra en una decisión adoptada por el legislador para dar respuesta a la situación que en determinados casos se plantea. Se trata, pues, de una figura de naturaleza enteramente legal, cuyo fundamento próximo radica en una decisión del legislador.

Cuestión distinta, aunque conexa, son las razones que han movido al legislador a establecer esta figura. Estas razones o consideraciones no son la causa en sentido propio del derecho de representación, sino las motivaciones que llevaron al legislador a decidir en el sentido en que lo hizo⁶³. Aunque esto dicho hay que reconocer que no es infrecuente, por razones de brevedad, designar como

⁶² GUILARTE considera que esta es una cuestión «de escaso interés práctico, habida cuenta del incuestionable reconocimiento del instituto en nuestro Código» (*op. cit.*, p. 137). A nuestro entender, desde la perspectiva que estamos investigando la respuesta es justamente la contraria; en las páginas siguientes esperamos demostrar por qué.

⁶³ VATTIER (*El derecho de representación en la sucesión mortis causa* cit., pp. 181-182), por su parte, apunta la necesidad de distinguir lo que son los principios o criterios de política legislativa en que esta figura se sustenta, y lo que es el fundamento técnico de la misma. El fundamento de principio para este autor es único, y no varía en función del caso: es el que apuntaremos en texto y notas 65 y 70. El fundamento técnico lo cifra en ser un tipo especial de sucesión *mortis causa* sujeto a un régimen particular y preferente, una sucesión indirecta, con

causa o fundamento a esas razones, consideraciones o motivaciones, haciendo elipsis del basamento legal. Pensamos que no hay problema en hacerlo así (de hecho, nosotros mismos lo haremos a veces), siempre que se entiendan debidamente las cosas.

A) *Fundamento del derecho de representación. Necesidad de distinguir supuestos*

En este tema existen dos grandes explicaciones, que se pueden calificar, una como subjetiva y la otra como objetiva. Dentro de la objetiva, ahora bien, se deben distinguir variantes, pues cada una de ellas presenta matices particulares importantes que justifican su consideración separada. A continuación procedemos a describir cada una de esas tesis, para luego valorarlas.

La tesis subjetiva –quizá la más antigua– sostiene que el fundamento del derecho de representación se ha de buscar en la voluntad presumible del causante, que se cifra en considerar que si ese causante hubiera otorgado testamento lo habría hecho llamando a concurrir a su herencia, en sustitución y ocupando el lugar de quien llegado el momento no puede hacerlo por haber premuerto, a los descendientes de este. Esa voluntad se extrae del afecto que el causante tiene normalmente por los descendientes de aquel a quien por su más cercano grado de parentesco hubiera correspondido la herencia en primer lugar, si hubiera estado vivo al abrirse esa sucesión⁶⁴.

Las tesis objetivas, por su parte, tienen un denominador común: que no explican el derecho de representación en base a la voluntad presumible del causante sino por consideraciones desconectadas de esa idea. Pero luego dentro de este grupo existen, como hemos dicho, variantes claramente diferenciables entre sí, que justifican su estudio separado; en cuanto a su denominación, no encontramos

determinación del *quantum* deferido por la ley a los representados a través del mecanismo de la división por estirpes (sobre esto, *vid. infra* 5.1.e).

⁶⁴ «El derecho de representación –dice MANRESA, *op. cit.*, p. 54–, aunque quebranta el rigor de los principios, se funda en la misma naturaleza humana, obedeciendo... a la presunta voluntad del causante. Los nietos reemplazan en el corazón del abuelo al hijo que perdió; el cariño inmenso que hacia este sintió, y que trascendía a aquellos, se concentra en los mismos cuando la muerte le arrebató al hijo (...). En su afección se equiparan los hijos que aún viven con los nietos que quedaron huérfanos, y esto... aunque en menor escala, tiene también lugar respecto a un hermano con los hijos de sus hermanos». GARCÍA GOYENA: «El amor y la ternura crecen a medida que descendiendo en línea recta, y crecen más cuando una muerte prematura ha roto el grado intermedio; el nieto ó viznieta huérfanos son más queridos del abuelo ó visabuelo que se ve avanzado por ellos en la carrera de las generaciones: la compasión, el cariño y hasta la vanidad conspiran a un mismo objetivo. La ley que excluyera la representación en la línea recta descendente, sería una ley impía y antinatural» (*Concordancias, motivos y comentarios cit.*, art. 754, t. II, p. 173). En el mismo sentido SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, t. VI.3, pp. 1703 ss). Igualmente GUILARTE se muestra claramente proclive a esta explicación (*op. cit.*, pp. 138-139 y 149), aunque reconozca también, pero con menos intensidad (pp. 146-147 y 159), el argumento objetivo tradicional.

nosotros ninguna que les encaje fácilmente, por lo que vamos a exponerlas sin darles nombre propio.

Tenemos así, en primer lugar, la tesis objetiva tradicional, que fundamenta la figura estudiada apuntando razones de tipo familiar o social: la conveniencia o necesidad de proteger económicamente a los descendientes del representado, evitándoles el perjuicio añadido que supondría para los hijos sumar, al dolor de haber perdido a su padre premuerto, el impedirles concurrir a la herencia de su abuelo⁶⁵.

La segunda variante dentro del grupo objetivo fundamenta el derecho de representación en la consideración de la estirpe como destinataria del llamamiento a la herencia⁶⁶. Según esta tesis, hay que partir de la base de que cuando alguien es llamado a una herencia en calidad de hijo o hermano del difunto, no se le llama propiamente a título personal o individual sino sobre todo como cabeza de su estirpe (del grupo familiar que ha formado en derredor suyo, de la serie de generaciones que han surgido y descienden de él), para que acepte y reciba esa herencia no solo en su particular interés sino en el de toda su estirpe. Él es llamado en primer lugar simplemente porque, dentro de su estirpe, es el de grado más próximo al causante. Por ello, cuando por las razones que sea no recibe esa herencia, esta pasa a deferirse a los integrantes de la estirpe de grado siguiente (y así sucesivamente), pues la estirpe está ahí y por tanto debe poder concurrir a esa herencia y recibirla, tomando como módulo cuantitativo la porción que hubiera recibido la cabeza⁶⁷. El derecho de representación –se dice– es el expediente técnico a través del cual se articula el llamamiento a la estirpe, ya que

⁶⁵ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 13.ª ed., Madrid 1881, t. II, p. 105; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, p. 191; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed. Barcelona, 1993, p. 49. También VATTIER, aunque este autor a las consideraciones objetivas dichas añade la idea de tutelar a la generación actual (*op. cit.*, pp. 187-188 y 196). Y ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho privado cit.*, pp. 282-283), aunque luego afirma que las consideraciones objetivas son acertadas en el caso de premoriencia pero no en caso de indignidad: se trata de una idea orientada a justificar su propuesta de llegar en ese caso a un resultado enteramente semejante pero a través de un expediente distinto al derecho de representación –la *successio graduum*–, reservando aquel solo para el caso de premoriencia. Sobre esto trataremos *infra* 5.3.

⁶⁶ Esta tesis tuvo su defensor primero en KOHLER (*Repraesentationsrecht. Gesamelte Abhandlungen*, Mannheim 1882, pp. 367 ss, según cita de FUENMAYOR, quien por su parte parece encontrar válida la idea: *op. cit.*, p. XLV), y ha sido luego actualizada y perfilada por BARASSI (*Le successioni per causa di morte*, 3.ª ed. Milán, 1974, p. 67).

⁶⁷ Llevando estas premisas a su más acabado desenvolvimiento, BARASSI explica y justifica la admisión que el Cc italiano de 1942 ha hecho de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación del primer llamado: «*vi è una ragione più oggettiva a giustificare anche in caso di rinuncia del figlio o del fratello a succedere al defunto la successione dei rispettivi discendenti per rappresentazione: la presenza di una estirpe, che è per sé buona promessa per una feconda gestione nell'alone della solidarietà familiare*» (*op. cit.*, p. 72).

este es en realidad un llamamiento colectivo, aunque dentro de la estirpe funcione el criterio de proximidad de grado⁶⁸.

La última variante objetiva explica el derecho de representación acudiendo a la idea de conservación del patrimonio del causante en el círculo de su familia, destacando además que los representantes pertenecen a la generación siguiente al representado (u otra ulterior)⁶⁹, lo que permite hipotizar el propósito de ayudar a los parientes que integran la generación más joven como el principio de política legislativa a que responde la figura en cuestión⁷⁰.

Han quedado, con lo anterior, expuestas las varias consideraciones apuntadas por la doctrina para explicar el fundamento y razón de ser del derecho de representación. ¿Qué valoración nos merecen esas tesis?

A nuestro entender la tesis de la estirpe, en los precisos términos en que ha sido expuesta, no es posible darla por válida en nuestro Ordenamiento, pues no se ajusta a sus directrices. Ya que en él el llamamiento sucesorio ab intestato no se hace de forma colectiva a la estirpe sino con arreglo a los dictados de un sistema lineal y de forma individual, y a ello se acomoda también el derecho de representación, sin perjuicio de su intrínseca peculiaridad. En nuestro Derecho el llamamiento sucesorio intestado se defiende a favor de sujetos concretos, que ciertamente tienen relación de parentesco con el causante pero que en ningún caso se organizan en forma de colectivo o parentela (lo cual por otra parte es fácilmente comprensible, pues este derecho no se configura entre nosotros con arreglo al modelo germánico sino a la concepción romana). Esta explicación, por tanto, sin negar el carácter sugestivo que el sistema de parentelas puede tener en el plano teórico⁷¹, no puede darse por válida en nuestro Ordenamiento.

Tampoco es posible dar por válida en nuestro Derecho la tesis que apunta como fundamento del derecho de representación la pretensión de conservar el patrimonio en la familia del causante, favoreciendo a los parientes de la generación más joven. Pues la idea de conservar los bienes relictos en la familia del causante no estuvo presente «en el pensamiento del legislador de 1889 ni deriva su

⁶⁸ Esta tesis, como por otra parte es lógico habida cuenta de su origen, participa claramente de las ideas de condominio familiar y de sistema de parentelas, de raíz germánica.

⁶⁹ PINO, «Limiti di applicazione del diritto di rappresentazione», en *Giurisprudenza italiana*, 1947, cc. 323-330, aunque en realidad esta tesis no está tan lejos de la anterior, como lo evidencia que PINO cite entre sus sostenedores a BARASSI.

⁷⁰ VATTIER, aunque no la suscribe plenamente, parece verla con agrado (*op. cit.*, pp. 187-188 y 196).

⁷¹ Sobre esto, *vid.* SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 147 ss. «La ventaja que principalmente se atribuye a este sistema –dice ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 256-257– es que conduce con mayor facilidad los bienes a poder de parientes más jóvenes, pues no fuerza a agotar la línea ascendente antes de llegar a la colateral».

existencia del propio régimen legal sancionado en la materia»⁷², y además si ese hubiera sido el objetivo ello no exigiría acoger el derecho de representación, pues eso se conseguiría igualmente por aplicación estricta del principio de proximidad de grado. Y la idea de favorecer a las generaciones más jóvenes no la tuvo tampoco presente nuestro legislador, siendo así que el carácter de posibles representantes que el Código confiere a los descendientes en línea recta sin límite y a los hijos de hermano en línea colateral, excluyendo la línea recta ascendente y la colateral más allá del caso dicho, se explica mejor con el argumento (de rancio abolengo histórico) de que el cariño desciende, no asciende, y que en la línea colateral el afecto no se proyecta con suficiente intensidad más allá de los sobrinos *ex fratre*⁷³.

Nos quedan entonces la tesis subjetiva y la tesis objetiva tradicional, cada una de las cuales presenta puntos de acierto pero también defectos, por lo que ninguna de ellas puede ser acogida en su totalidad. En realidad estas dos tesis, más que incorrectas, pensamos que, tomadas cada una por separado, son parciales. Por lo siguiente.

Empezando por la tesis subjetiva, consideramos que esta, tomada en términos estrictos, adolece del mismo defecto que comúnmente se acostumbra a señalar a quienes pretenden explicar el régimen de la sucesión intestada con base en una voluntad presunta del causante, que el legislador plasmaría en la ley. Esto parece hoy claro que no es así, pues ni esa voluntad existe (por hipótesis), ni existe tampoco base legal que permita sustentar tal presunción⁷⁴. Por tanto, la traslación de esa explicación al derecho de representación, aunque se comprenda fácilmente por la proximidad sistemática de ambas regulaciones y por el carácter legal de ambos fenómenos, no puede darse por válida. El derecho de representación, al igual que la sucesión intestada, viene establecido por el legislador como expediente singular para dar la respuesta que considera adecuada a la situación que en determinados casos se plantea. Se trata, como se ha dicho más arriba, de una figura de naturaleza enteramente legal; acudir aquí a una voluntad tácita o presunta del cau-

⁷² GUILARTE, *op. cit.*, p. 139.

⁷³ GUILARTE, *op. cit.*, p. 139; MANRESA, *op. cit.*, p. 54. En el panorama europeo la limitación del derecho de representación en la línea colateral ha sido y es objeto de debate doctrinal y de distinto tratamiento legal: una exposición del tema puede verse en VATTIER (*op. cit.*, pp. 187 ss y 203-204). En general juega en este tema un papel importante la consideración de que cuanto más numerosos sean los sujetos a quienes se confiere tal derecho, más se posibilita el fraccionamiento de la herencia, que es un resultado poco aconsejable desde un punto de vista económico.

⁷⁴ VATTIER, *op. cit.*, pp. 185-186.

sante no es necesario, ni adecuado⁷⁵. Aunque esto no obstante entendemos también que esta tesis pone de relieve un enfoque de la cuestión merecedor de ser tenido en cuenta. Unas líneas más adelante explicaremos por qué.

En relación con la tesis objetiva tradicional pensamos que las razones que apunta son correctas pero insuficientes, por no reflejar en su totalidad las consideraciones que llevaron al legislador a establecer el derecho de representación. En este sentido, nada tenemos que objetar a las consideraciones familiares o sociales que esta tesis señala: proteger económicamente a los descendientes del representado. Pero nos parece que incurre en el defecto, tal vez por un exceso de purismo, de cerrar los ojos a otra motivación que también tuvo en cuenta el legislador: la consideración de que esa era, a juicio de los codificadores sin duda, la voluntad presumible del causante en esos casos. «Con independencia de que el legislador acertara o no al tomar en cuenta tal razón –se ha dicho atinadamente–... el reconocimiento que hace del derecho de representación obedece básicamente a... consideraciones subjetivas..., no solo por los precedentes históricos del Código en este punto, sino también por las ideas imperantes en la doctrina del momento»⁷⁶. Prueba de ello es que autores tan importantes como García Goyena, Sánchez Román o Manresa, anteriores o coetáneos a la elaboración del Código, se manifestaron claramente en este sentido⁷⁷. Se peca por tanto de insuficiencia, si no se admite esta consideración. Aunque esto dicho tal vez haya que rebajar el tono de esta objeción, pues si bien se mira parece fácil advertir que la consideración subjetiva no está tan lejos de esta tesis, en tanto que la voluntad presumible del causante es en cierta medida reconducible a la idea de protección de la familia⁷⁸. La tesis subjetiva y la tesis objetiva tradicional, en verdad, cabe pensar que son solo distintas perspectivas de una misma realidad, pues cada una de ellas lleva implícita la otra⁷⁹.

Llegados a este punto, concluimos entonces que la postura más acertada en este tema pasa por situar el fundamento del derecho de representación en una opción de política legislativa, en una deci-

⁷⁵ Así parece ser lo decía, ya en su tiempo, BARTOLO: *Quod filius succedat in locum patris, non habet a patre, sed ex dispositione legis*.

⁷⁶ GUILARTE, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁷ *Vid. supra* nota 64.

⁷⁸ Así lo sostenía hace ya algún tiempo BEUDANT, *Cours de Droit civil français*, 2.^a ed. París, 1936, t. V, p. 184. Admiten esta idea hoy entre nosotros VATTIER, *op. cit.*, pp. 184-185, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, t. V.3, p. 299.

⁷⁹ En este sentido, se ha dicho que entre una y otra hay circularidad: así Enrico MOSCATTI, «I limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (Profili storici e costituzionali)», *Rivista di Diritto Civile*, 1977-I, p. 539.

sión del legislador establecida para dar respuesta adecuada a la situación que en determinados casos se plantea, y que a esa decisión llega tras ponderar varias razones, entre las cuales están consideraciones familiares y sociales –proteger económicamente a los hijos o descendientes de quien no va a suceder, permitiéndoles concurrir en su lugar a la herencia de un pariente ahora abierta– pero también la consideración –a juicio del legislador de la época, repetimos– de que el llamamiento a concurrir a una herencia, a los descendientes de quien llegado el momento no puede hacerlo por haber premuerto, habría sido la voluntad que el causante habría tenido, si hubiera otorgado testamento.

Esos son, a nuestro modo de ver, el fundamento y las razones a que responde el derecho de representación, tal como nuestro Ordenamiento civil común lo configura con carácter general.

Este entendimiento de la figura, o uno sustancialmente semejante, es de hecho el que sostienen los autores que militan en este tema en la llamada tesis sincrética, que cuenta con defensores importantes en nuestra doctrina⁸⁰.

Dicho lo anterior, ahora bien, debemos analizar si ese fundamento es único y siempre el mismo, o si por el contrario varía en función del caso concreto de representación de que se trate. Esta cuestión se justifica por cuanto que el régimen y contenido de esta figura, tal como en nuestro Derecho se establece, no es siempre el mismo sino que varía, y con una variación no nimia sino cuantitativa y cualitativamente sustancial.

Para responder a esto debemos partir del art. 924 Cc, según el cual «llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que ten-

⁸⁰ Así por ejemplo CASTÁN (siguiendo al portugués SANTOS CRUZ): «el fundamento del instituto de la representación... es dar a los bienes el destino más conforme con la voluntad precisa del *de cuius*, que se entiende es la de asegurar la continuidad económica de toda su estirpe» (*op. cit.*, p. 159); «El derecho de representación –dice luego en pp. 161-162–... no se funda solo en razones subjetivas (la presunta voluntad del causante), sino en consideraciones objetivas, de orden familiar, social y humanitario. Desde el punto de vista familiar y social, la representación tiene la finalidad misma de la sucesión por estirpes, o sea la de proteger los vínculos de familia, consagrando y asegurando... la participación igualitaria de las diversas columnas o estirpes y de sus descendientes en la sucesión del autor común. Desde el punto de vista humanitario, la representación hereditaria satisface un sentimiento de piedad muy respetable, reparando en lo posible el perjuicio que la muerte prematura del padre podría originar a los huérfanos, al unir, al dolor de haberlo perdido, el de excluirse de los bienes que habría heredado si hubiera vivido». En el mismo sentido SCAEVOLA: «¿A qué es debido este fenómeno [el derecho de representación]? A la circunstancia de que lo que en la esfera legal es una repulsa de la regla común [el principio de preferencia por proximidad de grado], en el orden natural constituye, por el contrario, una determinación de la ley de la sangre, de la realidad fisiológica y psicológica. (...) Ya sea el amor, que descendiendo de hijo en hijo se hace más vivo, ya lo exija el orden familiar y social, o por estas razones reunidas como yo creo...» (*Código civil comentado...*, t. XVI, pp. 248-249). También SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 460-461; y MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 75-78.

dría si viviera o hubiera podido heredar». Este precepto es el primero de los varios específicamente dedicados por el Código civil a regular la representación sucesoria, y en unión con los dos artículos que le siguen –925 y 926– forma la tríada que recoge el entendimiento tradicional de la figura, que constituye a su vez el pilar sobre el que esa se dibuja hoy en el Código con carácter general. Pues en ellos se da una idea general del significado y operatividad de la figura, se la delimita desde el punto de vista subjetivo al decir quiénes pueden ser representantes, y se la concreta desde la perspectiva objetiva al decir que los representantes recibirán todo lo que el representado habría recibido si viviera pero no más, por lo que en su caso la división de la herencia se hará por estirpes y por cabezas⁸¹.

Sobre esta base tenemos entonces que, en el supuesto clásico y arquetípico de derecho de representación –la premoriencia del pariente de grado más próximo–, las consideraciones antes apuntadas como fundamento del mismo encajan perfectamente. Pues a través de ese expediente el legislador evita las consecuencias indeseables que de otro modo se producirían a resultas del acaecimiento de un suceso tan fortuito como es la premoriencia de un hijo a su padre, o de un hermano a otro (en defecto de hijos de aquel), cuando dejan a su vez hijos. Posibilitando que los hijos del hijo o del hermano premuerto, nietos o sobrinos de quien ahora es causante de la herencia, concurren a ella junto con otros hijos o hermanos vivos que ese causante tenga al tiempo de su muerte, ocupando el lugar de su padre y tomando la misma porción que a este hubiera correspondido de no haber sido por ese suceso. Con este expediente, se ha escrito, nuestro Ordenamiento mantiene el *statu quo* que se hubiera dado si la falta del llamado de primer grado no se hubiera producido⁸². Por eso hemos dicho que en este caso la decisión del legislador de acoger el derecho de representación y darle el régimen y contenido con que en esos preceptos del Código civil –arts. 924, 925 y 926– se dibuja, responde tanto a consideraciones familiares y sociales –proteger los intereses económicos de los hijos y descendientes del representado– como a la voluntad presumible de este.

Sin embargo, las cosas no son siempre así. Pues el Código permite también el juego del derecho de representación en otros casos

⁸¹ Si los representantes son varios, la porción que hubiera correspondido al representado se dividirá entre ellos por cabezas. Por esto el sistema de división por estirpes no permite que esos representantes, en caso de ser varios, resulten beneficiados. O, visto desde la perspectiva contraria, que los otros llamados de primer grado se perjudiquen por esa causa.

⁸² SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 250.

—en los que el pariente más próximo al causante está vivo al abrirse la sucesión pero no puede heredar, por indignidad (art. 761 Cc) o desheredación (art. 857 Cc)—, pero con una medida distinta a la que hemos visto hace un momento: lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado.

Antes de entrar a fondo en esta cuestión conviene que nos detengamos un momento a considerar la medida de la representación que en esos casos se atribuye a los representantes.

Los arts. 761 y 857 Cc fueron introducidos como novedad en nuestro Derecho positivo en el año 1889 por obra del Código civil, aunque su propuesta primera se hizo en el Proyecto de 1851⁸³. Y desde siempre han sido considerados en paralelo, casi como si fueran siameses, entendiéndose que ambos contienen la misma disposición normativa aunque uno la refiere al caso de indignidad del descendiente más próximo y otro al caso de desheredación con justa causa. En estos casos, el resultado que se producía con los postulados tradicionales (*viventis non datur repraesentatio*) era que no solo el pariente más próximo (el afectado por la indignidad o la desheredación) quedaba excluido de suceder, sino también sus descendientes. Este resultado, sin embargo, al tiempo de elaborar el Código no se consideró aceptable, lo que se evitó introduciendo los arts. 761 y 857 Cc, que establecen en esos casos derecho de representación a favor de los descendientes de segundo o ulterior grado.

Aunque la interpretación de los mismos no es del todo pacífica en algunos puntos, aquí nos vamos a centrar en la medida de la participación en la herencia que esos preceptos confieren a los descendientes del descendiente indigno o desheredado. En este sentido, son dos las posibilidades que existen.

La que cuenta con un respaldo minoritario parte de la base de interpretar esos preceptos en clave de preterición. Para quienes así piensan, lo que esos artículos hacen es afirmar que los hijos del hijo indigno o desheredado se convierten, a resultas de la indignidad o desheredación de su padre, en legitimarios ellos mismos con respecto a su abuelo, y por tanto que en caso de no haber sido mencionados por este en su testamento resultan preteridos⁸⁴. Y así,

⁸³ El art. 623 del Proyecto de 1851 decía así: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en caso de haber otros herederos testamentarios*». Por su parte, el art. 673 de ese mismo Proyecto decía lo siguiente: «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa heredan*».

⁸⁴ ALBI AGERO, *op. cit.*, pp. 117-118; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 35 ss; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 454-455; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 546 ss.

dicen, la solución no es atribuirles derecho a recibir lo que a su padre hubiera correspondido en concepto de legítima en esa herencia, sino aplicarles el régimen legal de preterición contenido en el art. 814 Cc (en su redacción anterior a la reforma de 13-5-1981⁸⁵, ya que todos los autores que sostienen eso escriben con anterioridad a esa fecha). Lo que supone la anulación total de la institución de herederos que en el testamento en cuestión (el del abuelo) se hubiera hecho y el deferimiento de esa herencia con arreglo a las normas de la sucesión intestada, correspondiendo entonces a los descendientes del descendiente indigno o desheredado, por representación, toda la cuota que a estos hubiera correspondido en esta sucesión. Esto significa que lo que reciban los hijos del hijo indigno o desheredado ninguna relación tiene con la legítima, pudiendo ser –de hecho, se dice, así será en la mayoría de los casos– una cantidad superior⁸⁶.

La interpretación que goza del favor mayoritario de la doctrina considera, sin embargo, que la medida de lo que se atribuye a los descendientes del descendiente indigno o desheredado viene dada por lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a este en esa herencia⁸⁷.

¿Cuál es la solución correcta? Para decidir, hay que recurrir a los antecedentes de esos preceptos. Aunque hemos dicho que son

⁸⁵ La redacción original del art. 814 era la siguiente: «*La preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento ó sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. / (...) / Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*». Este precepto se modificó por Ley de 24-4-1958, quedando su párrafo primero –que es el que aquí interesa– con la siguiente redacción: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*».

⁸⁶ Aunque no contemplada directamente por estos autores –lógico, ya que su afán es rechazar la aplicación del derecho de representación a la sucesión testada–, igual solución parece habría de aplicarse en caso de que la herencia en cuestión se hubiera deferido abintestato.

⁸⁷ CASTÁN, *op. cit.*, p. 148; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, VI, 3, pp. 1708-1709; SCAEVOLA, *op. cit.*, pp. 284-287; VALLET, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, *Las legítimas*, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, INEJ., vol. LVIII, Madrid, 1974, p. 628; ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp*, 2.ª ed., Barcelona, 1976, t. I, p. 50; ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X-1.º, Madrid, 1987, art. 761 Cc, pp. 286-287; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona, 1966, pp. 351-352; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. II, Madrid, 1984, pp. 346 ss; ESPEJO, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 106-116 (del mismo autor: *Alcance cuantitativo del derecho de representación sucesorio en los casos de indignidad y desheredación*, en *Libro-homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2004, t. I, pp. 1471 ss); O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 555; DÍAZ-ALABART, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, art. 761, p. 1871. En la Jurisprudencia, entre otras, *vid.* STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952).

paralelos, para mayor claridad expositiva vamos a continuación a considerarlos por separado.

Y así, en relación con el art. 761 Cc tenemos que en el Proyecto de 1851 la norma equivalente (art. 623⁸⁸) no era susceptible de aplicación general, pues conforme a su inciso final se aplicaba solo al caso que cumpliera los requisitos que en ella iban implícitos, esto es, que la sucesión se hubiera deferido por vía de testamento y que el hijo indigno no fuera el único instituido heredero⁸⁹. Lo que significaba que, en ese caso, lo que los descendientes del hijo indigno recibían se reducía a lo que por legítima hubiera correspondido al hijo indigno. Pero significaba también que, en otro caso –v. gr., herencia intestada, o cuando el hijo indigno hubiera sido instituido heredero único–, lo que recibían los descendientes de segundo grado no se limitaba a la legítima sino que alcanzaba a todo lo que a aquel se hubiera deferido⁹⁰. Esa norma, ahora bien, aunque se mantuvo prácticamente inalterada en el Anteproyecto de Código de 1882-1888⁹¹ sufrió una modificación sustancial al ser trasladada al definitivo Código civil, ya que en la redacción del actual art. 761 se suprimió el inciso final «*en el caso de haber otros herederos testamentarios*», quedando con el tenor literal que tiene ahora. A resultas de lo cual es claro que la atribución que en el art. 761 Cc se dispone hoy a favor de los hijos del hijo indigno se limita siempre, en todo caso, a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al indigno, no a toda la cuota de herencia que eventualmente hubiera estado destinada a él. Su letra y sus antecedentes –tomados *a contrario*– así lo confirman, y así lo estima la doctrina dominante, a la que nos sumamos en este punto⁹².

⁸⁸ Vid *supra* nota 83.

⁸⁹ Vid. MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 92 ss; ESPEJO, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁹⁰ Así, frente a la solución adoptada en el Código sardo (albertino), en el que la representación en caso de indignidad se limitaba siempre a la legítima, fueran cuales fueran las circunstancias, GARCÍA GOYENA explicaba el sentido del art. 623 del Proyecto –del que él mismo había sido autor– diciendo que «como la incapacidad o indignidad tienen también lugar en las herencias sin testamento, los hijos del incapaz o indigno sucederán en ellos por las reglas generales del título siguiente [*i.e.*, de la herencia intestada: *vid.* arts. 742 y 743], sin atenerse a la rigurosa legítima, pues que no les obsta la espresa voluntad del testador» (*Concordancias, motivos y comentarios cit.*, t. II, p. 76; también p. 167). Un planteamiento semejante lo sostienen hoy GUILARTE (*op. cit.*, pp. 194-195) y REY PORTOLÉS [«Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», *RCDI*, 1982, pp. 300-301].

⁹¹ Art. 760 del Anteproyecto: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y también tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la legítima en el caso de existir otros herederos testamentarios*».

⁹² Aunque el art. 761 Cc sigue hablando de testador, esta norma es igualmente aplicable a la sucesión intestada. Sobre esto, *vid. infra* punto 4.1.2.A.h).

En relación con el art. 857 Cc, la solución es la misma. Esto es, que lo que se atribuye a los descendientes del desheredado es derecho a percibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en esa herencia, nada más⁹³. Lo que se justifica porque tal solución es la que se acomoda mejor a la letra del precepto y a su interpretación en paralelo con el art. 761 C.c.⁹⁴. Y porque cuenta además con el respaldo de García Goyena –cuya interpretación es casi auténtica, ya que fue él quien introdujo el equivalente de esta norma en el Proyecto de 1851–, pues en sus comentarios respecto al caso de desheredación, a diferencia de lo que hace en el caso de indignidad, no contempla siquiera la posibilidad de que la representación pueda abarcar todos los derechos intestados⁹⁵.

⁹³ No resulta aceptable la solución propuesta por GUILARTE ZAPATERO (*op. cit.*, pp. 193-194), quien estima que en los casos en que la desheredación desemboque en una sucesión intestada (esto es posible, pues el testamento en que se establezca la desheredación puede tener un contenido limitado exclusivamente a desheredar, en cuyo caso cuando llegue el momento la herencia del desheredante se deferirá conforme a las reglas de la sucesión legal) es preciso distinguir dos supuestos. Uno, cuando el testamento se limita a ser meramente desheredatorio, sin contener institución de heredero ni ningún otro tipo de disposición en orden a la distribución del caudal hereditario. Y otro cuando el testamento en cuestión, aparte de desheredar a uno de los descendientes contiene disposición de los bienes que componen la herencia del causante, pero no disposición total sino parcial (o cuando alguna de las disposiciones que en ese testamento se contienen resulta ineficaz por alguna razón). Afirmando que en el primer caso la estirpe del desheredado recibirá por representación únicamente lo que a su padre desheredado hubiera correspondido por legítima, defiriéndose el resto conforme a las reglas de la sucesión intestada pero sin que a ella puedan concurrir, ni el desheredado ni sus descendientes. Mientras que en el segundo caso, en la parte no dispuesta en testamento (o en la que haya sido objeto de disposición que por alguna razón resulte luego ineficaz) se aplicarán las reglas de la sucesión intestada, todas, también las del derecho de representación, de tal forma que a ella concurrirán no solo los no desheredados sino también los descendientes del desheredado, sucediendo aquellos por cabezas y estos por estirpes, por referencia al padre desheredado pero en toda la cuota intestada, sin limitación a la legítima (aunque esta, naturalmente, haya de cumplirse). Esta distinción de supuestos, sin embargo, no puede aceptarse, sino que la solución debe ser siempre la misma, ya que los datos de diferencia señalados entre un supuesto y otro no son relevantes en este sentido. Pues aunque el significado más directo e inmediato de la desheredación sea que el desheredado no perciba lo que por legítima le hubiera correspondido en esa sucesión, es idea pacíficamente admitida que tampoco percibirá lo que en la misma le hubiera podido corresponder aplicando las normas de la sucesión intestada, en caso de que esta sea la forma por la que esa herencia, o parte de ella, se defiera. Esta idea es casi unánimemente compartida por la doctrina (*vid.*, por todos, VALLET: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer* cit., pp. 708 ss). Aplicándola directamente al caso del derecho de representación, *vid.* ESPEJO, *op. cit.*, pp. 110 ss.

⁹⁴ GARCÍA GOYENA, al comentar el equivalente de esos preceptos en el Proyecto de 1851, ponía de relieve el paralelismo entre ellos (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad arts. 623 y 673).

⁹⁵ *Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad arts. 623, 673 y 743. No es óbice para lo dicho que al comentar el art. 743 del Proyecto GARCÍA GOYENA mezcle en algún momento el número de los artículos. Sus palabras son las siguientes: «en el caso de nuestro artículo 623... hay una voluntad espresa del testador contra el desheredado (...): de consiguiente, no puede heredarse ab-intestato, y harto se favorece a los hijos del desheredado con darles el derecho que se da en el artículo 645 al heredero forzoso a quien por cualquier título se deja menos de la legítima» (*op. cit.*, ad art. 743, t. II, p. 167). Pensamos, tal como decíamos antes, que se produjo ahí un error de número, y que el precepto

La solución correcta es, por tanto, limitar a la legítima la medida de lo que los arts. 761 y 857 Cc atribuyen a los descendientes del descendiente indigno o desheredado. Sin que sea posible aceptar la interpretación sostenida por la doctrina minoritaria. Pues si la idea querida por el legislador hubiera sido calificar esos supuestos como casos de preterición y aplicarles el régimen propio de esta, hubiera sido lo propio decirlo claramente. Pretender que el no haberlo hecho así se debe a error o descuido del legislador, repetido además en preceptos paralelos pero separados como son los arts. 761 y 857 Cc, es difícil de aceptar⁹⁶.

Dicho esto, retomamos el hilo del discurso donde lo dejamos: que el Código permite el juego del derecho de representación, además de en caso de premoriencia también en los casos de indignidad y desheredación, aunque con una medida distinta que en aquel: en estos otros casos, limitándolo a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado. Y entonces nos preguntamos: ¿por qué es esto así? ¿Cuál es el fundamento del derecho de representación en estos casos? Contrástemoslo con las varias posibles explicaciones que más arriba quedaron expuestas.

Sin necesidad de detenernos en ellas, podemos aquí volver a desechar tanto la tesis que señala a la stirpe como destinataria de la herencia intestada como la que apunta la idea de conservar el patrimonio en el círculo de la familia (y favorecer a las generaciones más jóvenes), pues por las mismas razones que dijimos cuando las analizamos, tampoco en los casos ahora considerados resultan

al que se refería no era el art. 623 sino el art. 673, pues este trata de la desheredación y aquel de la indignidad.

⁹⁶ En este sentido, y para mayor rebatimiento de esta interpretación, podemos destacar que la misma, si bien inicialmente puede considerarse coherente al desenvolverse termina sin embargo en un callejón sin salida. Pues si se procede primero a aplicar la regulación de la preterición y ello lleva a anular la institución de heredero y a reconducir el caso al régimen de la sucesión intestada, ello supone que los hijos del hijo indigno o desheredado habrán de concurrir a la herencia del abuelo junto con sus tíos, que son descendientes de primer grado, y por tanto a través de representación. Pero entonces tenemos que para este caso el art. 929 Cc no remite al art. 924 Cc, que habla de suceder «*en todos los derechos que tendría*» (el representado), sino a los arts. 761 y 857 Cc, que hablan de adquirir «*derecho a la legítima*». [Así debe entenderse el art. 929 Cc, pues así resulta a la vista de su antecedente en el Proyecto de García Goyena (art. 758), que era más claro en este sentido en tanto que hacía referencia directa a preceptos señalándolos por su número. El art. 758 del Proyecto de García Goyena rezaba así: «*No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673*», el primero de los cuales era paralelo del actual art. 761 Cc, y el segundo del actual art. 857 Cc (*vid.* el lacónico comentario al mismo de GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios* cit., t. II, p. 177)]. Lo cual supone un círculo vicioso sin salida. Tanto es así, que los autores que militan en esta tesis minoritaria se limitan a afirmar su idea –que hay preterición y que por consecuencia, por aplicación de las reglas de la sucesión intestada, los hijos del indigno o desheredado recibirán la cuota intestada que a su padre hubiera correspondido–, pero sin desarrollarla, porque no encuentran vías para articularla.

atendibles. Nos centramos, pues, en la tesis subjetiva y en la objetiva tradicional.

En relación con la tesis subjetiva, ahora bien, además de su intrínseca debilidad tenemos que en los casos de indignidad y desheredación, a diferencia de lo que ocurre en el caso de premoriencia, no es posible decir que el legislador haya atendido a una voluntad presumible del causante de dejar, lo que el llamado en primer grado no ha podido recibir por causa de indignidad, a los descendientes de este; o de dejar, lo que explícitamente no ha querido dejar al que ha desheredado, a sus descendientes. La idea de la voluntad presumible del causante, aunque no sea correcta en sentido estricto, dijimos antes que se debe admitir como una de las varias consideraciones tenidas en cuenta por el legislador de la época para justificar en líneas generales el derecho de representación. Pero no puede, sin embargo, mantenerse en los supuestos de indignidad y desheredación, a menos que haya expresa disposición (testamentaria) del causante en ese sentido⁹⁷: en estos supuestos la «voluntad presumible» del causante, de haberla, en todo caso sería más bien de sentido contrario⁹⁸. Esta explicación, por tanto, hay aquí que rechazarla.

Queda entonces la tesis objetiva tradicional, que como sabemos apunta a consideraciones familiares o sociales concretadas en dispensar protección económica a los descendientes de quien va a ser representado. Tampoco esta explicación, sin embargo, puede darse por buena en los casos de indignidad y desheredación. Para evidenciarlo basta señalar la distinta entidad cuantitativa que el derecho de representación tiene en el caso de premoriencia y en los casos que ahora estamos viendo. ¿Cómo es posible entonces explicar en estos casos el derecho de representación, con la limitación cuantitativa a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al sujeto representado que en ellos existe, con el mismo fundamento que se aduce para justificar el derecho de representación en caso de premoriencia, en el que se da a los representantes derecho a recibir todo lo que el representado hubiera recibido si hubiera vivido? Si la idea es proveer al sustento de los hijos y descendientes del representado, ¿acaso los del indigno o desheredado precisan menos protección económica que los hijos y descendientes del premuerto? No parece que sea así. Tal vez incluso más, pues la falta que ha dado lugar a la desheredación o indignidad del padre puede no ser sino una manifestación más del talante de esa persona, que no es

⁹⁷ Advertimos aquí, de nuevo, que los arts. 761 y 857 Cc son aplicables tanto en caso de sucesión testada como intestada: sobre esto, *vid. infra* punto 4.1.2.A.h).

⁹⁸ ESPEJO, *op. cit.*, p. 109; GUILARTE, *op. cit.*, p. 149.

desatinado pensar se traducirá en otros actos reprobables o perjudiciales, en relación con sus hijos y descendientes.

Esta tesis, por tanto, no es aceptable. Y no se diga, como sin embargo se dice a veces, que en esos casos verdaderamente no hay restricción del derecho de representación porque los representantes reciben lo que al representado hubiera correspondido por ley –la legítima–, y que lo que excede de la misma solo se debe a la libre voluntad del causante y por tanto no es un derecho de aquellos. Este argumento no puede admitirse. Por lo pronto, porque si se trata de sucesión intestada la distinción entre parte legal y parte voluntaria no resulta procedente en absoluto. Pero además, aunque se trate de sucesión testada, porque el argumento dicho, si bien no plantearía dificultad en caso de desheredación (por hipótesis), no cuadra sin embargo en el de indignidad, en el que puede suceder perfectamente que el causante muera desconociendo la causa de indignidad que concurre en su hijo y habiendo otorgado testamento en el que le deja más de lo que por legítima le corresponde, y esto no obstante, una vez sea descubierta y declarada la indignidad de ese hijo, sus descendientes no recibirán todo lo que a él había destinado su padre sino solo lo que por legítima le corresponda. Esto mismo ocurre si el causante muere intestado, pues en este caso lo que en principio correspondiera al hijo en base a las normas reguladoras de este tipo de sucesión, llegado el momento se verá también reducido a la legítima.

Llegados a este punto, resulta entonces claro que las razones que sustentan el derecho de representación no pueden ser iguales en todos los casos en que este se admite. Pues unas mismas razones no permiten explicar el distinto tratamiento que luego dispensa el legislador a cada uno de esos casos.

Es necesario por tanto distinguir, a estos efectos, dos grandes grupos: por un lado el constituido por los casos de premoriencia, y por otro el integrado por los casos de indignidad y desheredación.

En los casos de premoriencia –hipótesis tradicional de representación–, el fundamento o razón que sustenta este derecho hemos visto ya que se reconduce a las ideas de procurar protección económica a los hijos y descendientes de quien va a ser representado, y de acomodo a la voluntad presumible del causante.

Pero en los casos de indignidad y desheredación el fundamento o razón de ser de la figura ha de ser distinto. ¿Cuál es este?

Sobre la base de una idea muy extendida en nuestra doctrina, se puede apuntar una explicación basada en el carácter personal de la falta cometida por el sujeto representado –la que lo ha convertido en indigno para suceder o ha permitido al causante desheredarlo–,

considerando que esa falta es lógico tenga efectos sobre quien la ha cometido, pero que por su carácter personal no debe sin embargo proyectarlos sobre los descendientes de aquel, por lo que es justo y oportuno atribuir a estos derecho de representación.

Esta explicación, ahora bien, no es válida en este sentido. Esa explicación está tomada de Pothier⁹⁹, pero si en él podía ser correcto lo que decía, su importación a nosotros en este punto, sin embargo, no lo es. Veamos por qué.

Empieza Pothier planteándose si los hijos de un hijo indigno o desheredado pueden representarle en la herencia del abuelo, cuando ese hijo indigno o desheredado está vivo al tiempo de la muerte de aquel. Pregunta a la cual responde tajantemente en sentido negativo: ello se deriva, dice, del principio –tradicional en la figura, y que Pothier acepta plenamente– de que no se puede representar a una persona viva. En este caso, el hijo desheredado o indigno ha sido excluido de la sucesión de su padre por una razón particular, pero está vivo y ocupa su lugar propio en la familia del difunto. Por tanto, los hijos de ese hijo desheredado o indigno no pueden representarlo y ocupar su lugar, ya que este no está vacante.

Sentado lo cual, pasa entonces Pothier a introducir una variante en esa cuestión, planteándose si pueden los hijos de un hijo desheredado o indigno representarle, cuando este ha muerto ya al tiempo en que la sucesión de su padre (abuelo de aquellos) se abre. Aquí la respuesta de Pothier es contraria a la del caso anterior: sí pueden representarle. La razón, dice, es que siendo el hecho que ha determinado la desheredación o la indignidad una falta personal del hijo, la sanción debe también ser personal, por lo que debe entenderse que la misma se extingue con la muerte del sujeto en cuestión. Y entonces, si ese evento (la muerte del hijo desheredado o indigno) sobreviene antes de que la herencia de su padre se abra, llegado este momento los hijos de aquel podrán representarle y ocupar su lugar en la herencia del abuelo, pues ese lugar estará vacío.

Esto significa que en el pensamiento de Pothier la representación es posible en ese caso fundamentalmente porque no entra en conflicto con el principio «*viventis non datur repraesentatio*». La referencia de Pothier al carácter personal de la falta, y sobre todo de la pena, tienen aquí un valor secundario. La hace para responder a quienes alegaban que aunque la representación se admitiera en ese caso sería inútil, porque carecería de consecuencias prácticas. El pensamiento de estos últimos era el siguiente: la representación es un expediente que hace situarse a los representantes en el lugar de la persona repre-

⁹⁹ *Oeuvres*, 9.^a ed. París 1827, t. VII, *Traité des Successions*, pp. 48-49.

sentada, para así recibir en la sucesión de un pariente la misma porción que hubiera recibido la persona representada si hubiera vivido en el momento en que esa sucesión se abre. Pero el desheredado o indigno –objetan estos–, si hubiera estado vivo en ese momento no habría recibido nada en esa sucesión, a causa de su desheredación o indignidad, por lo que sus hijos, aunque lo representaran, no recibirían nada tampoco¹⁰⁰. Pues bien, a esto es a lo que responde Pothier con el argumento antes expuesto: que la falta y la sanción son personales y por tanto no se proyectan sobre los descendientes del afectado, de modo que si en el caso estos pueden acudir al mecanismo de la representación sucesoria –porque el desheredado o indigno ya ha muerto cuando la sucesión se abre–, aquella circunstancia no debe suponer obstáculo en ese sentido¹⁰¹.

A nuestro entender, la separación de supuestos que hace Pothier y la distinta respuesta que a cada uno de ellos da pueden ser correctos desde la premisa de que él parte, condensada en la máxima *viventis non datur repraesentatio*¹⁰². Pero no es correcta la traslación que nuestros autores han hecho de la idea de Pothier a nuestro Derecho. Y no lo es porque aquí esa idea se ha empleado para justificar la introducción del derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación, sin advertir que el enfoque que nuestro Código da a esto es distinto del que postulaba Pothier, en tanto que en nuestro Derecho se establece su aplicación no solo cuando el hijo indigno o desheredado haya muerto antes que su

¹⁰⁰ Vid. TODARO, *op. cit.*, pp. 180 ss y allí citas. Aunque seguramente de forma inconsciente, pensamos que a esta idea no es ajeno ROCA SASTRE cuando dice (*Estudios de Derecho Privado cit.*, pp. 282-283) que «el derecho de representación (...) parte siempre del supuesto... [de que los bienes] hubieran hecho tránsito a la estirpe del hijo llamado a heredar una vez hubieran sido adquiridos por este; es decir, siempre se presupone que dicho hijo hubiera podido heredar tales bienes. Por consiguiente, como el hijo indigno no puede heredar, de aquí que falta la premisa indispensable para que la indignidad pueda dar lugar al derecho de representación. (...) Dentro de la tónica del derecho de representación –sigue diciendo ROCA SASTRE–, una razón de causalidad impide... que pueda aquel actuar en materia de indignidad sucesoria. Según Molina, Cancer y otros autores, la razón de no conceder el derecho de representación al hijo cuyo padre vive, pero no puede heredar, consiste en que *causam habens ab aliquo, non potest esse melioris conditionis quam ille, a quo habet causam*, ya que *non possit plus iuris esse in causato, quam in influenti potentia causae*».

¹⁰¹ Esta idea es la que se encuentra en la base del art. 730 del *Code* francés, aunque se considere que en él no hay –la inteligencia de la norma es discutida: *vid.* autores citados *supra* nota 7– un supuesto de representación: «*Les enfants de l'indigne* –dice este precepto–, *venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père...*».

¹⁰² Aunque queda la duda de cuál era, a juicio de Pothier, la medida de lo que el derecho de representación permite en esos casos recibir a los descendientes del indigno o desheredado premuerto: ¿solo lo que a estos hubiera correspondido como legítima en la herencia del causante, o todo lo que les hubiera sido deferido en la misma? (esta pregunta, obviamente, solo tiene sentido en caso de indignidad, porque en el de desheredación no se le ha dejado nada).

padre sino también aunque esté vivo en ese momento. El razonamiento de Pothier, por tanto, está mal trasladado.

Pero además, y sobre todo, la idea dicha no vale en nuestro Ordenamiento como fundamento del derecho de representación en los casos de indignidad o desheredación porque si la razón es que la falta, o la sanción, son algo personal del indigno o desheredado, ¿qué valor tiene eso para explicar que los hijos del indigno o desheredado reciban menos de lo que con carácter general se establece para la representación en los arts. 924 ss Cc? Más bien habría de ser lo contrario, pues si se destaca tanto el carácter personal e intransferible de la falta y de la pena lo consecuente sería que los hijos del indigno o desheredado, que no son en absoluto responsables de ello, no se vieran afectados. Y sin embargo así es¹⁰³.

Por tanto, tampoco esta razón puede admitirse como explicación válida del derecho de representación en estos casos. Todo lo más podrá ser considerada, de modo semejante a lo que ya se ha dicho de otras explicaciones, como un pensamiento (aunque no sea acertado) que tuvo el legislador para decidirse a regular el derecho de representación en esos casos¹⁰⁴, pero no puede erigirse en un

¹⁰³ A esta objeción puede añadirse además que, si esa fuera la explicación, no se entendería que lo dispuesto en el art. 761 Cc se circunscribiera exclusivamente a la línea recta descendente, pues «el hijo de un hijo es tan inocente de la indignidad o incapacidad de su padre como el hijo de un hermano» (MANRESA, *Comentarios...* t. VI, 5.^a ed. Madrid, 1921, p. 81). Esta consideración no puede extenderse al art. 857 Cc porque los hermanos, al no ser legitimarios, no pueden ser desheredados. Ahora bien, aunque sea una digresión coyuntural podemos apuntar aquí que en relación con este precepto es cuestión discutida la determinación de su supuesto de hecho. Pues ateniéndonos a su letra, la norma lo dibuja limitándose a hacer alusión a «*los hijos o descendientes del desheredado...*». Lo cual plantea la siguiente pregunta: ¿restringe la norma su campo de actuación solo al caso de que el desheredado sea hijo o descendiente del testador, o puede aplicarse también a los ascendientes desheredados? Desde luego, si atendemos estrictamente al tenor literal del precepto cabría responder en sentido favorable a la mayor amplitud del supuesto (y esta ampliación podría alcanzar incluso al cónyuge, pues este también es legitimario; no vamos aquí sin embargo a considerar este caso por ser un supuesto de legítima muy singular –personalísimo y en usufructo–, que además no se ha planteado siquiera la doctrina desde la perspectiva que estamos considerando). Pero si aplicamos los criterios hermenéuticos del art. 3 Cc vemos que esa respuesta amplia no puede admitirse sino que hay que inclinarse por restringir lo dispuesto en el art. 857 Cc solamente al caso del desheredado que es hijo o descendiente del testador. Pues así resulta si consideramos que lo que los hijos del desheredado hacen suyo en este caso lo reciben por derecho de representación, que no tiene lugar nunca en la línea recta ascendente (ni tampoco a favor del cónyuge) (art. 925 Cc). [Que los descendientes del desheredado reciben por representación se deriva del art. 929 Cc, que se remite al art. 857 Cc, aunque más claro era el antecedente del art. 929 Cc en el Proyecto de García Goyena (el art. 758), que hacía remisión directa a preceptos señalándolos por su número: artículos 623 (equivalente al actual art. 761 Cc) y 673 (equivalente al actual art. 857 Cc)]. Y lo mismo resulta si relacionamos el art. 857 Cc con el art. 761 Cc –ya se ha dicho que son paralelos–, que está claramente referido al indigno que es hijo o descendiente del causante, por lo que aquí hay que llegar a la misma conclusión, por haber identidad de razón. Sobre esto, *vid.* VALLET, *Limitaciones de Derecho sucesorio* cit., pp. 713-714; MANRESA, *Comentarios...*, t. VI, pp. 650-651; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, t. VI-2, pp. 1125 ss; MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁰⁴ Este es, de hecho, el enfoque con que propiamente lo han empleado algunos de los autores que entre nosotros recogen esta consideración: *vid.* GARCÍA GOYENA, *Concor-*

plano teórico o de principio como verdadera razón que sustenta el derecho de representación en ellos.

Ahora bien, eso dicho, seguimos sin saber cuál es la razón que sustenta el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación. A nuestro entender, para resolver esto hay que centrar la atención en el contenido objetivo de la representación en esos supuestos. Pues cualquiera que sea la razón que se apunte habrá luego que contrastarla con la consecuencia que en los preceptos en cuestión (arts. 761 y 857 Cc) se dispone para esos casos, y solo la que cuadre bien con ella será la explicación correcta.

La consecuencia jurídica, como sabemos, es la atribución a los descendientes del descendiente indigno o desheredado de lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a este en la sucesión del causante.

Pues bien, este resultado, como ya hemos apuntado páginas atrás, además de insostenible con la tesis subjetiva (por las circunstancias propias del caso) es inconciliable con las explicaciones que apuntan a proteger económicamente a los descendientes ulteriores o a no repercutir sobre ellos las consecuencias de la falta personal del descendiente de grado más próximo, porque si así fuera, lo que se les atribuye no debería limitarse a la legítima¹⁰⁵. Esas razones, por tanto, no pasan de ser mera retórica para justificar el resultado establecido en esos casos, pues no tienen concordancia real con las normas concretas.

La explicación verdadera, a nuestro juicio, pasa por considerar que la clave de esos preceptos radica en una decisión del legislador de garantizar a los descendientes de segundo (o ulterior) grado la percepción del mínimo que la ley reserva a los descendientes: la legítima. A nuestro modo de ver, esto es lo que de los arts. 761 y 857 Cc resulta por encima de cualquier otra cosa, y lo que constituye la razón que explica y fundamenta el derecho de representación en estos casos. Pues esa explicación es la única que encaja perfectamente con la consecuencia jurídica prevista para esos casos en aquellos preceptos: como ya hemos visto, lo que en ellos se establece es que cuando el descendiente más próximo al causante, no obstante estar vivo al tiempo de su muerte, no va a sucederle por causa imputable a él (indignidad, desheredación), la ley posibilita a sus descendientes (que lo son a su vez, aunque de segundo o ulterior grado, del causante) la percepción de la legítima que a su padre (hijo del causante) correspon-

dancias, motivos y comentarios cit., ad arts. 623 y 743; GUTIÉRREZ, *op. cit.*, t. III, p. 412; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *op. cit.*, p. 61, nota 1; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1708; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁵ Desechamos otras explicaciones que ya sabemos son claramente inaceptables.

día en esa herencia¹⁰⁶. Por tanto, esta es la explicación del derecho de representación que debe aceptarse en esos casos.

B) *La legítima y su valor en el Código civil, desde la perspectiva del derecho de representación. Derecho de representación en la herencia y derecho de representación en la legítima. Operatividad de este último en caso de repudiación.*

Llegados a este punto, si lo que se acaba de decir es así, podemos entonces preguntarnos si esa idea se puede predicar también del caso del descendiente de grado más próximo al causante que repudia la herencia a él deferida, cuando tiene a su vez hijos o descendientes. Pues en este caso, al igual que en los arts. 761 y 857 Cc, se trata también de representación de una persona viva. Para responder a esto debemos centrar la atención en la legítima.

«Legítima –dice el art. 806 Cc– es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos»¹⁰⁷.

Sentado lo cual hay que ver entonces quiénes, en nuestro actual Derecho, tienen conferida cualidad de herederos forzosos o legitimarios. La norma de referencia en esta cuestión es el art. 807 Cc, que establece lo siguiente: *«Son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código».*

De esos tres tipos de legitimarios aquí vamos a ocuparnos exclusivamente de los primeros, esto es de los hijos y descendientes. Lo que es lógico, puesto que estamos tratando de la legítima desde el punto de vista del derecho de representación, y este, según dispone el art. 925 Cc, *«tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente»*, y en la colateral, *ex art. 927 Cc*, solo a favor de los hijos de hermanos, que no son legitimarios.

¹⁰⁶ Así parece entenderlo también MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 119. Y, aunque tal vez sin plena conciencia, ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁰⁷ La definición que nuestro Código da de esta figura adolece de cierta inexactitud, como es comúnmente admitido. Pues ni el causante tiene prohibido totalmente disponer de la parte de su herencia que constituye legítima, ni los legitimarios han de ser forzosamente herederos, ya que la legítima se puede satisfacer por varios títulos. Requiere por ello esa definición, para reflejar debidamente el concepto y el modo de actuar de la legítima en nuestro Derecho, perfilarse con diversos matices. Esto no obstante, en este trabajo podemos excusarnos de precisar su concepto, dándolo por sobreentendido.

Tenemos así que, a los efectos que aquí interesan, legitimarios de una persona son sus hijos y descendientes. Pero esta afirmación no es suficiente para tener una idea precisa a este respecto, pues en caso de ser varios los descendientes que una persona deje al tiempo de su muerte, ¿quiénes serán en concreto legitimarios, en qué medida y de qué forma? Esta pregunta tiene especial interés para nosotros en caso de que los descendientes no sean todos del mismo grado.

La regulación que el Código dispone en sede específica de legítimas¹⁰⁸ ofrece muy poca o ninguna respuesta a esas cuestiones. Por ello es idea pacífica en la doctrina la procedencia, para salvar esa laguna, de acudir a las normas del Código reguladoras de la sucesión intestada, aplicando a aquella los criterios y soluciones previstos para esta, por entenderse que existe en este punto identidad de razón que justifica la analogía.

Esto se traduce en acudir a lo dispuesto en el art. 921 Cc, que a efectos de atribución de la herencia intestada establece que «*el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar*».

Aplicándolo a nuestro tema, lo dicho supone que en caso de ser varios y de diferente grado los descendientes que una persona deje al tiempo de su muerte, la cualidad de legitimarios, de personas con derecho actual y efectivo a legítima, se concretará entre todos los descendientes en aquellos que lo sean de grado más próximo, sin perjuicio de lo que resulte de aplicar el derecho de representación en los casos en que este deba tener lugar.

El criterio para resolver este tema resulta, pues, integrado por dos factores. El primero –la proximidad de grado– no plantea especial dificultad. Es el que se formula en segundo lugar y con carácter eventual en el que nos debemos centrar: el derecho de representación. ¿Cuándo tiene lugar ese llamamiento a descendientes de grado ulterior, en relación con la legítima?

En primer lugar, naturalmente, en caso de premoriencia del descendiente de grado más próximo al causante. Este es el supuesto clásico de representación, y aunque el Código lo contempla propiamente desde la perspectiva de la sucesión abintestato –esto es, pensando en la porción íntegra que al premuerto hubiera correspondido en esa herencia, por entender que la misma será mayor, en términos cuantitativos, de lo que en concepto de legítima le correspondería– no hay duda ninguna de que ese llamamiento a la cuota intestada lleva implícito y absorbe un llamamiento a la legítima.

¹⁰⁸ Libro III, Título III, Capítulo II, Secciones quinta (De las legítimas: arts. 806-822) y sexta (De las mejoras: arts. 823-833).

Pues la legítima también existe y es operativa en la sucesión abintestato: que la misma vaya embebida habitualmente en la cuota intestada no significa que se diluya absolutamente y deje de tener consistencia propia. Prueba de ello es que si por las razones que sea la cuota intestada no resulta en algún caso suficiente para cubrir la legítima, esta resurgirá con autonomía y podrá jugar su papel específico, de modo que el descendiente de segundo grado podrá utilizar las acciones que para su defensa regula el Código¹⁰⁹.

En segundo lugar, como ya hemos visto, en los casos en que el descendiente con un grado de parentesco más próximo con el causante no puede sucederle por causa de indignidad o desheredación: son los supuestos contemplados en los arts. 761 y 857 Cc.

Sentado lo cual, nos volvemos a hacer la pregunta que más arriba dejamos simplemente planteada: ¿hay en nuestro Derecho actual base para extender esa misma solución al caso del descendiente de grado más próximo al causante que repudia la herencia deferida a su favor, cuando tiene a su vez descendientes?

A nuestro entender, sí, si tomamos plena consciencia de que el llamamiento que se hace en los supuestos de indignidad y desheredación solo se explica en razón del valor que la legítima tiene hoy en nuestro Ordenamiento como derecho que se confiere a los descendientes de segundo o ulterior grado para recibir (como mínimo) la porción que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en esa herencia, y que este no va a recibir por causa imputable a él.

Esto es lo que resulta inequívocamente, como hemos dicho más arriba, del régimen con que el Código civil regula el derecho de representación en esos casos. Y lo que a nuestro juicio permite extender esa misma solución al caso de repudiación, procediendo por analogía sobre esos preceptos.

Porque, aunque no hay identidad entre los supuestos de hecho de esos dos preceptos y el caso del descendiente que repudia –los actos constitutivos de causa de indignidad o desheredación y el acto de repudiación son todos actos voluntarios, pero en aquellos la voluntariedad se predica del acto realizado considerado en sí mismo, no de su consecuencia (que incluso puede no ser conocida), mientras que en este la voluntad se proyecta directamente sobre las consecuencias de ese acto–, el derecho o interés que se preserva en los

¹⁰⁹ Esta idea debe tomarse como cierta y segura. El hecho de que no se destaque habitualmente por los autores no se debe a que la rechacen, sino a que la relación entre legítima y sucesión intestada es un tema tradicionalmente poco estudiado, lo que a su vez se explica porque habitualmente no se plantean litigios al respecto, en tanto que la cuota intestada suele ser mayor que la legítima. Sobre esto, *vid.* el trabajo fundamental de ESPEJO LERDO DE TEJADA: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996.

casos de indignidad y desheredación sí es el mismo que está en juego en el caso de repudiación: el de los descendientes de grado ulterior a recibir la legítima correspondiente. Lo que permite extender a este, por analogía, la solución prevista para aquellos.

Contra esta pretensión se ha dicho que los arts. 761 y 857 Cc son normas que tienen carácter excepcional y por consiguiente que deben someterse a interpretación restrictiva, por lo que no puede incluirse en su ámbito de regulación ningún otro supuesto aparte de los expresamente contemplados¹¹⁰.

Esta idea, ahora bien, tomada en sus estrictos términos no es correcta. Porque los arts. 761 y 857 Cc son, simplemente, normas que regulan ciertos efectos de la indignidad sucesoria o la desheredación¹¹¹, disponiendo que cuando el indigno o desheredado sea hijo o descendiente del causante y tenga (aquel) hijos o descendientes (que lo son a su vez del causante, aunque en segundo o ulterior grado), estos recibirán lo que a aquel hubiera correspondido como legítima en esa herencia. Y esto, considerado en sí mismo no puede decirse constituya una norma de carácter excepcional. Este carácter no se desprende del solo art. 761 Cc, ni del solo art. 857 Cc. Tal vez de los arts. 924 y 929 Cc¹¹², o de la combinación de aquellos y estos, pero esa es otra cuestión, de la que nos ocuparemos un poco más adelante¹¹³. Aquí basta con decir que de la mera contemplación de las normas contenidas en los arts. 761 y 857 Cc no se desprende su carácter excepcional, ni su consecuente forzosa interpretación restrictiva.

Es posible decir que esas normas están dictadas propiamente para los casos de indignidad y desheredación, y que en las mismas no se contempla el caso de repudiación, pero no más. Y esto no es obstáculo insalvable en este sentido si consideramos que ello pudo deberse simplemente a que los codificadores estaban aún bajo el peso de la tradición histórica y abrumados por las novedades normativas que introducían en nuestro Derecho –en los arts. 924 *in fine*, 929, 766, 761 y 857 Cc–, por lo que no fueron conscientes de que, lo explicitaran o no, en todo caso con esos cambios concretos que introducían desaparecía el obstáculo principal que tradicional-

¹¹⁰ Así, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1708; CÁMARA, *op. cit.*, p. 35; MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 118; MANRESA, *op. cit.*, p. 54; DE DIEGO, *op. cit.*, pp. 288-289.

¹¹¹ Así, en relación con el caso de indignidad, ESPEJO, *op. cit.*, p. 113.

¹¹² Ya que el art. 924 Cc habla de representar a persona viva en caso de que el primer llamado «hubiera podido heredar», que no es el de quien repudia una herencia, ya que este pudo haberla aceptado y recibido: «la repudiación –dice el art. 988 Cc– es un acto enteramente voluntario y libre». Y luego el art. 929 Cc afirma que «no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad».

¹¹³ *Infra* 3.3.A).

mente había impedido la representación sucesoria en caso de repudiación (la imposibilidad de representar a una persona viva), siendo así además que esa representación venía ahora demandada por el valor y el régimen que la legítima tiene atribuidos en el sistema del Código civil¹¹⁴.

En efecto, en el sistema establecido en el Código civil la cuestión se plantea sobre bases distintas a las de nuestro Derecho tradicional¹¹⁵, y esas bases nuevas permiten y justifican una solución también nueva y distinta al tema estudiado.

Pues el Código atribuye a los descendientes de segundo (o ulterior) grado derecho a recibir la legítima cuando el descendiente de grado más próximo no la hace suya, aunque esté vivo al tiempo de abrirse esa sucesión¹¹⁶ y la causa de que no la vaya a recibir sea debida a un comportamiento suyo¹¹⁷. De modo que en esos casos los descendientes de segundo (o ulterior) grado tienen reconocido sobre esa legítima, no una mera expectativa sino un derecho actual¹¹⁸. Esto se debe hoy considerar como criterio rec-

¹¹⁴ Prueba de lo dicho son los bandazos de la doctrina en la época previa a la definitiva redacción del Código, que iban de un extremo a otro sin ver con claridad el punto medio adecuado. Así por ejemplo GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*op. cit.*, t. II, p. 61), que decían lo siguiente: «Algunos autores presentan la duda de si desheredado un hijo, se extienden a los nietos los efectos de la desheredación. En nuestro concepto –respondían estos autores– la respuesta tiene que ser negativa. Privado de la herencia el hijo mediante una justa causa, ocupan su lugar los descendientes y adquieren los derechos que ha perdido el ascendiente...». Lo que, aunque en el caso sea correcto –en la desheredación el testador priva al desheredado incluso de los derechos que por razón de legítima pudiera tener en su herencia, luego también, *a fortiori*, de todo lo demás, que se debe exclusivamente a su voluntad–, por su literalidad sin embargo parece referirse a toda la herencia, lo que no sería correcto. De hecho, cabe preguntarse cuál era la postura de esos autores en el caso de indignidad, semejante en su base aunque con la diferencia de que no hay voluntad del causante a ese respecto.

¹¹⁵ En este sentido es muy claro VALLET (*Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer cit.*, pp. 711 y ss.) cuando, contrastándola con lo dispuesto hoy en el art. 857 Cc (y su antecedente introducido por GARCÍA GOYENA en el Proyecto de 1851), dice que la opinión de Antonio Gómez, que la había planteado y discutido ampliamente y que negó todo derecho legitimario, material o formal, en la sucesión del abuelo a los nietos que fueran hijos de un hijo supérstite justamente desheredado, fue la que prevaleció en la práctica castellana». Para la opinión de Antonio GÓMEZ, *vid. Variae Resolutiones*, Lugduni, 1744, t. I, cap. XI, n.º 21.

¹¹⁶ También en el supuesto de premoriencia, aunque aquí, como ya hemos dicho, con menos claridad por ir habitualmente embebido en el llamamiento a la cuota intestada.

¹¹⁷ Coinciden en esta idea, pero desconectada de las derivaciones que nosotros estamos extrayendo de ella, entre otros, CASTÁN, *op. cit.*, p. 148; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 548-549; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 743. También ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado* p. 271, aunque con una calificación alternativa del expediente –*successio graduum* en lugar de derecho de representación– que más adelante veremos. La idea apuntada, además, es compartida implícitamente por el sector doctrinal –no muy reciente: *vid. supra* texto y nota 84– que niega el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación y propone en su lugar como solución aplicar el régimen de preterición. Aunque esto no sea correcto, lo que hay aquí que destacar es la idea de estos autores de que en esos casos los hijos del hijo indigno o desheredado son también, ellos mismos, legitimarios (por ello se considera que son preteridos si el causante no les ha atribuido nada).

¹¹⁸ Más aún, aunque sea en nota no podemos dejar de destacar que en nuestro Derecho actual los descendientes de segundo o ulterior grado, incluso si vive y recibe su legítima

ma el descendiente de grado primero, tienen reconocida la posibilidad de participar en ella de algún modo. En este sentido, aunque no sea precepto propio de representación, no resulta tampoco inadecuado mencionar aquí la posibilidad que existe de mejorar a los nietos en vida de los hijos y aunque estos reciban su legítima (art. 823 Cc), lo que supone que de algún modo participan de la cualidad de legitimarios, ya que la mejora forma parte de la legítima. Y se puede añadir además, en el mismo sentido, el art. 1038 Cc, que establece que, salvo disposición en contrario, cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre (lo que puede suceder viviendo este), deben colacionar lo que hubiesen recibido del causante de la herencia (su abuelo) en vida. La referencia que en este art. 1038 Cc se hace solo a nietos del causante *-i.e.*, hijos de hijos- y no a sobrinos *-i.e.*, hijos de hermanos-, a favor de quienes en general también opera el derecho de representación, nos parece un dato más en apoyo de la idea de que en este caso los nietos son de alguna manera legitimarios per se, ya que esa colación es un expediente para reequilibrar lo que cada legítimo va a recibir, de forma global, del causante (art. 1035 Cc).

Dicho esto, interesa aquí considerar los razonamientos sobre el valor del art. 1038 Cc en este tema que hace CÁMARA (*op. cit.*, pp. 40 y ss.; también VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio...*, p. 89, nota 17). A juicio de CÁMARA, "una correcta interpretación del artículo 1038 obliga a entender que el artículo no emplea la expresión «en representación» refiriéndose al derecho de representación en sentido estricto". La razón para pensar así es que, de otro modo, la colación que en ese precepto se dispone no tendría lugar en aquellos casos en que los hijos del hijo premuerto hubieran sido instituidos directamente por su abuelo en testamento, pues «en este caso los nietos no suceden en representación de su padre, ya que heredan del abuelo única y exclusivamente en virtud del llamamiento contenido en el testamento de aquel. (...) Luego, de referirse el artículo 1038 al derecho de representación en sentido estricto, los nietos... directamente instituidos, al no heredar por derecho de representación, ya no estarían obligados a colacionar lo recibido a título gratuito por su padre. Con ello... se incurriría en el contrasentido de regular de diferente forma dos hipótesis exactamente iguales desde el punto de vista del fundamento de la colación». «Lo absurdo de esa solución –concluye CÁMARA–... obliga a pensar que el artículo 1038 no se refiere al derecho de representación en sentido técnico, y que lo que quiere decir, en realidad, es que la obligación de colacionar que impone existe siempre que los nietos, en la sucesión del abuelo, sean herederos forzosos de este, hereden o no por derecho de representación. El que el artículo 1038 use las palabras "en representación" sin que con ello quiera referirse al derecho de representación en sentido técnico tiene su explicación. El deber legitimario del abuelo para con los nietos solo existe cuando falta el hijo... Por otra parte el *quantum* legitimario a que tienen derecho, en junto, es el que individualmente hubiera acreditado su padre. Ninguna de estas dos reglas (relativas a la legítima de los nietos) está expresada terminantemente en el Código, pero ambas responden claramente a los principios generales del derecho sucesorio y están presupuestas por diversos preceptos. (...) Por consiguiente, desde el punto de vista de la determinación de quién tiene la cualidad de heredero forzoso y de la fijación del *quantum* legitimario individual las soluciones se inspiran en el mismo principio a que obedece el derecho de representación. Esto no quiere decir que haya derecho de representación, en sentido estricto, respecto de la legítima, ya que falta... la existencia de un llamamiento legal autónomo a la cuota de legítima, pero sí explica... que nuestro Código, que no se distingue... por su pulcritud técnica, emplee la expresión "en representación"». Por nuestra parte creemos, sin embargo, que el razonamiento de CÁMARA, aunque acertado en su resultado práctico final, en su concreta articulación técnica no es correcto. Por lo pronto, el sentido de la explicación que da creemos que debe invertirse: no es que la determinación de quién tiene cualidad de heredero forzoso y la fijación del *quantum* legitimario individual se inspiren en los mismos principios que inspiran el derecho de representación, como dice él, sino que la determinación de quién tiene cualidad de representante y la fijación de la medida de esa representación se inspiran y derivan, cuando este sea el caso, en el derecho de legítima que la ley concede a hijos y descendientes. Pues la representación sucesoria no es sino un expediente técnico para posibilitar ese resultado. Pero además, el modo de entender el art. 1038 Cc que defiende CÁMARA viene condicionado por la finalidad que desde el principio (p. 40) confiesa, se propone, que no es otra que negar la aplicación del derecho de representación a la sucesión testamentaria. Esto le obliga entonces a decir que el art. 1038 no emplea esa expresión en sentido estricto, sino que lo que el artículo quiere decir es que, aunque sea a través de sucesión testamentaria, «cuando los nietos *con el carácter de legitimarios* suceden al abuelo,

tor de nuestro Derecho de Sucesiones¹¹⁹. Sin que ello signifique caer en la tesis de la stirpe (más arriba expuesta y criticada), pues en la idea que nosotros hemos apuntado la referencia de la legítima a los descendientes se traduce en llamamientos individuales a sujetos determinados, en concreto a los que resultan de aplicar los criterios de línea y grado (y representación, cuando deba tener lugar).

Y entonces, si caemos en la cuenta de que el derecho de representación no es un derecho en sentido propio sino un expediente técnico de llamamiento sucesorio¹²⁰, y asumimos que la legítima es un derecho actual de los descendientes en las circunstancias en que ha sido antes expuesto, no resulta difícil entender que aquel operará en todos los casos en que del conjunto del sistema resulte necesario para hacer este efectivo. Casos que no son solo los de indignidad y desheredación del descendiente de grado primero sino también, a nuestro entender, el de repudiación. Pues, por encima de cualquier otra cosa, lo que aquí está en juego es que los descendientes de segundo grado reciban o no la legítima, que como

concurriendo con tíos o primos, colacionarán lo que hubiera colacionado su padre». Esto es correcto, pero el razonamiento, según creemos, no. ¿Por qué negar que el art. 1038 Cc se refiere propiamente al derecho de representación sucesoria? Por de pronto está el argumento de la letra del precepto, que aun cuando pueda no ser determinante no deja de tener su valor. Pero además resulta que el precepto es plena y perfectamente aplicable a los casos en que los nietos concurren a la sucesión del abuelo en lugar de su padre mediante derecho de representación, luego la aplicación a ellos del art. 1038 Cc entendido en esta clave es perfectamente correcta. Lo que hay que decir entonces es que, si estamos ante casos de nietos que concurren a la herencia del abuelo pero no por representación –v. gr., porque han sido instituidos directamente por el abuelo–, se llegará a un resultado semejante aplicando el art. 1035 Cc o aplicando por analogía la norma contenida en el art. 1038 Cc. En lugar de proceder a una interpretación extensiva del supuesto de hecho del art. 1038 Cc, haciéndole decir lo que no dice y comprender supuestos que propiamente no comprende, lo oportuno es extender por analogía su aplicación a otros supuestos que aunque no estén propiamente comprendidos en él presentan sin embargo identidad de razón desde esta perspectiva. Que es, precisamente, el caso de una sucesión testada en la que los nietos concurren a la sucesión de su abuelo como herederos forzosos, habiendo sido llamados directamente a ella por su abuelo en su testamento. En el mismo sentido MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹¹⁹ Advierte esto con gran clarividencia MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 226-230 y 236-237, aunque en relación con el derecho de representación lo considera solo desde el punto de vista de *lege ferenda*, no de *lege lata*. En esta línea cabe apuntar también, aunque literalmente parezca otra cosa, la R. DGRN 14-8-1959 (RJ 3354/1959), pues si bien niega la aplicación del derecho de representación al caso tratado en ella eso en base a «la imposibilidad institucional de aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria», en relación con la cuestión que en este momento nos concierne dice (Cdo. 5.º) que respecto al tercio de legítima, los arts. 761 y 857 Cc «no significan otra cosa que el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o del desheredado, estableciendo ambos artículos en común una norma sucesoria ordinaria...».

¹²⁰ Aunque las conclusiones a que llega son contrarias a las nuestras, coincide con lo dicho en el texto VATTIER (*op. cit.*, p. 107): «el derecho de representación –escribe este autor– no es un derecho subjetivo independiente del derecho hereditario que la ley reconoce al representante por cuanto se confunde con el llamamiento a la sucesión del *de cuius* que la misma le dirige igual que a todo heredero legal (...) el derecho a suceder y el derecho a representar son, en último término, idénticos».

ya hemos dicho es, en nuestro Derecho sucesorio actual, un derecho o un interés de orden superior¹²¹.

Todo lo cual justifica sostengamos que el descendiente que repudia teniendo a su vez descendientes, aunque no esté explícitamente contemplado en el grupo de casos en que se permite la representación de una persona viva, debe considerarse incluido en él, por coherencia y analogía con lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc¹²². Y por tanto que los hijos del hijo repudiante, además de los del indigno o desheredado, tienen derecho a percibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en la herencia del suyo¹²³.

¹²¹ Así lo apunta, muy certeramente, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880. En una línea semejante parece apuntar SCAEVOLA al comentar el art. 766 Cc, cuando dice lo siguiente: «El artículo empieza distinguiendo al heredero voluntario del forzoso. Nada transmite a sus sucesores el heredero voluntario que no sobrevive al testador; *a sensu contrario*, el heredero forzoso lo transmite. Ninguna novedad ofrece esto. Los hijos, por ejemplo, del heredero forzoso, en la sucesión del antecesor común no pueden perder por muerte de su padre, como no lo pierden por incapacidad, el derecho a suceder en la legítima correspondiente; pero, a no ser por lo dispuesto en este artículo, no se podría defender sino acudiendo a los principios generales del derecho» (*Código civil...* cit., t. XIII, Madrid 1897, pp. 381-382). De esas palabras, a nosotros las que más nos interesan ahora son las últimas: esto es, que tal conclusión –que los hijos no pueden perder el derecho a suceder en la legítima de su padre–, al margen de preceptos positivos concretos, en todo caso se deriva de los principios generales de nuestro Derecho sucesorio actual. También, tal vez, puede citarse en este sentido a GARCÍA GOYENA, quien al comentar el art. 822 del Proyecto de 1851 –cuyo párrafo segundo decía así: «*La repudiación no perjudica a los que tengan derecho a porción legítima para reclamarla*»– afirmaba, aunque seguramente sin plena conciencia del alcance de sus palabras, que «este párrafo no era de necesidad porque la porción legítima es una deuda, y además... en este caso se heredaría abintestato y por consiguiente heredarían los mismos a quienes se debe la legítima» (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad art. 822, t. II, pp. 212-213).

¹²² Y en apoyo de esto podría tal vez citarse además el art. 766 Cc: sobre esto, *vid.* lo que se dijo *supra*, punto 3.1.a).

¹²³ MARTÍNEZ CALCERRADA, aunque *de lege lata* considera inaplicable el derecho de representación en caso de repudiación, como consideraciones en apoyo de la inatendibilidad jurídica del acto de repudiación del descendiente más próximo que tiene a su vez descendientes (y por tanto en apoyo de la procedencia de extender el juego del derecho de representación también al caso de repudiación) apunta (*op. cit.*, pp. 237 y ss.) que tal renuncia es un acto dispositivo gratuito por parte del descendiente repudiante, una donación, y como tal impugnabile, habida cuenta de las circunstancias del caso, por las siguientes vías. En primer lugar al amparo del art. 6 Cc, en lo concerniente a la porción forzosa en base al párrafo 3.º –que habla de nulidad por violar un precepto de ley– y en el resto de la herencia (si lo hubiera) al amparo del párrafo 2.º, por ser la estirpe del repudiante «un tercero perjudicado» (la repudiación supone privar a la familia del repudiante del goce de los bienes que integran la herencia repudiada). Después, considerando que esa renuncia es una donación inoficiosa impugnabile en base al art. 636 Cc, si excede del tercio de libre disposición del patrimonio del repudiante a considerar en su momento. Y en tercer lugar considerando la renuncia-repudiación como un acto de prodigalidad que justificaría plantear demanda de incapacitación del repudiante. Por nuestra parte, aunque coincidimos en la idea que subyace a esas varias consideraciones –que no es aceptable que la repudiación del descendiente de grado más próximo cierre la puerta y excluya absolutamente a sus descendientes de concurrir a esa sucesión–, consideramos que esos argumentos concretos aducidos para sostenerla no son atendibles en nuestro Derecho, por razones que nos parecen claras (el propio MARTÍNEZ CALCERRADA lo deja entrever así en varias ocasiones, afirmando que los apunta a mayor abundamiento). Por lo que no entramos aquí a considerarlos.

Llegados aquí, ahora bien, debemos precisar nuestra idea diciendo que esta pasa por distinguir en esta materia entre representación a efectos de herencia y representación a efectos de legítima¹²⁴.

La primera es la que el Código contempla para el caso de premoriencia (el tradicional y arquetípico de esta figura). Que tiene su fundamento y razón de ser tanto en consideraciones familiares y sociales –proteger los intereses económicos de los hijos y descendientes del representado– como en la consideración (del legislador de la época) de la voluntad presumible del causante. Cuya medida, como su propia denominación indica, se cifra en todo o que en concepto de herencia se haya deferido al representado (sea toda la herencia, sea una parte alícuota de la misma). Y que se regula propiamente en los arts. 924 a 929¹²⁵.

La segunda es la que se dispone para los casos de indignidad y desheredación. Su fundamento y razón de ser es procurar que los descendientes del descendiente que por causa imputable a él no va a suceder, reciban al menos la legítima que en la herencia ahora abierta hubiera correspondido a este. Esa legítima es, además, la

¹²⁴ En un sentido plenamente compatible con esto se pronuncia, en una perspectiva histórica, STORTI [*Rappresentazione (dir. intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, VARESE 1987, pp. 632-633], cuando afirma que «*in realtà l'istituto non ebbe un vero e proprio fondamento... unitario nelle fonti romanistiche. Cosa che risulta ad evidenza se si considerano, ad esempio, le due diverse ipotesi di rappresentazione previste appunto dalla Novella giustiniana: quella nella linea discendente, di tradizione antica anche per i romani, e quella nella linea collaterale introdotta dall'imperatore bizantino*» (p. 632). Y luego añade: «*Quando si arriva al Settecento, la storia della successione in stirpes non appare conclusa...*», destacando varios juristas «*che l'istituto non poteva essere considerato come unitario. Così il Voet [Comentarios ad Pandectas, Coloniae, 1769, lb. XXXVIII, De successione ab intestato, n.º 16], il quale sostenne che la natura dei due ordini di successione in stirpes era in realtà differente: nella linea discendente "gradus non quaeritur nec proximitas spectatur"; nella collaterale, invece, avrebbe sempre prevalso l'erede che fosse nel grado più vicino al de cuius, salvo appunto le eccezioni prescritte dal cap. III Nov. 118 di Giustiniano*» (p. 633). Y hay más, relevante por el peso específico del autor y por su fecha próxima a la codificación: «*Il Pothier, a sua volta –dice STORTI–, affermò che lo scopo della rappresentazione nella linea discendente era quello della realizzazione dell'uguaglianza delle linee differenti, indipendentemente dalla considerazione del grado dei successibili; uguaglianza che, invece, non perseguiva la rappresentazione nella linea collaterale, la quale tendeva esclusivamente a favorire i figli nati da fratelli e sorelle*» (p. 633). En la misma línea apuntaba ya, hace tiempo (aunque evidentemente no en relación a los preceptos dichos), LLAMAS Y MOLINA, quien afirmaba a este respecto «ser a todas luces claro que la representación verdadera es la que se observa en la línea de los descendientes... y que a imitación de la representación en la línea recta o de los descendientes se introdujo la de la línea colateral o de transversales» (*Comentario crítico, jurídico y literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 5.ª ed. Madrid 1875, p. 148). Más recientemente, así lo destaca también SCAEVOLOA, *op. cit.*, t. XVI, pp. 264-267. Esta idea parece verse reflejada además en ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 194) cuando dice que «la representación en línea colateral a favor de sobrinos hijos de hermanos solo tiene lugar en la sucesión abintestato, pues no reconocido a los hermanos derecho legitimario, no cabe representación a favor de los sobrinos en cuanto a legítima». Lo mismo LACRUZ, cuando afirma que «como en la sucesión abintestato, hay también derecho de representación en la legítima, que es atribuida igualmente por la ley. Mas esta suerte de representación –dice–... no ha sido siempre bien entendida, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia» (*Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, pp. 80-81).

¹²⁵ Así lo apuntaba ya SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...* cit., t. VI.2, p. 1126.

medida de la representación en este caso. Y su regulación más propia e inmediata se encuentra en los arts. 761 y 857 Cc, aunque naturalmente le son aplicables también los arts. 924 ss Cc, en todo lo que no sea inconciliable con este supuesto.

En este segundo grupo debe entenderse incluido también el caso de repudiación, por analogía con lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc. Pues aunque el caso no está explícitamente contemplado en esos preceptos, el derecho o interés que está en juego es el mismo que se preserva en ellos, lo que justifica la analogía en este sentido.

Lo dicho supone que en nuestro Ordenamiento actual el derecho de representación debe considerarse operativo también en caso de repudiación. Aunque hay que precisar que esta operatividad no será siempre, de forma general e indiscriminada, sino solo en determinados casos. En concreto, cuando venga demandada como medio necesario para hacer efectivo un principio superior como es posibilitar a los descendientes de segundo o ulterior grado la percepción efectiva de la legítima a que el actual sistema sucesorio les da derecho, cuando el descendiente de grado más próximo no la recibe por causa imputable a él.

Lo cual supone que la representación en supuestos de repudiación solo puede operar, en su caso, en la línea recta descendente –esto es, cuando el representado es descendiente del causante y también lo son los representantes (aunque, estos, de segundo o ulterior grado)–, pero no en la colateral –esto es, si el (pretendido) representado es hermano del causante, y los (pretendidos) representantes son sobrinos suyos–, ya que estos no tienen reconocido derecho a legítima.

Y supone también que su medida se circunscribe a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado, y que no se extiende a todo lo que pudiera tal vez estar destinado en principio a este, pues en lo que exceda de la legítima ya estamos en otro orden de cosas¹²⁶. Esto significa que la repudiación por parte de un sujeto de la herencia deferida a él impide que esa herencia (toda o la cuota que sea) llegue a sus descendientes, salvo en la parte de legítima, que sí podrán recibir estos por derecho de representación¹²⁷.

¹²⁶ En cuanto a si se trata de la legítima corta o larga, *vid.* infra 4.2.

¹²⁷ Por las razones expuestas, no nos parece que pueda ser trasladada a nuestro Derecho la solución adoptada en los Ordenamientos de nuestro entorno que admiten la operatividad del derecho de representación en caso de que el representado esté vivo y no herede por causa imputable a él, pero sin circunscribirlo en su medida a la legítima sino dándole igual extensión que en caso de premoriencia. Así ocurre, en caso de indignidad o desheredación, en Italia (art. 467.1 *Codice*-1942), en Portugal (art. 2039 *Código*-1966), en Aragón (art. 25 Ley 1/1999) y en Navarra (Ley 308 Fuero Nuevo). Y está dispuesto igual-

3.3 Ponderación y relativización de las objeciones que se aducen en contra de la hipótesis estudiada

Dicho lo anterior, es tiempo entonces de valorar críticamente los argumentos y objeciones que en su momento vimos se aducen para negar en nuestro Ordenamiento la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación¹²⁸.

Pues a nuestro modo de ver, y sobre la base de lo que en las páginas anteriores ha quedado dicho, esos argumentos y objeciones no son tan inequívocos como se pretende. Veamos por qué, siguiendo el orden en que fueron apuntados.

A) *Objeciones de naturaleza legal-positiva*

a) En primer lugar está el art. 924 Cc, del que la doctrina común vimos destaca que supedita el juego del derecho de representación al acaecimiento de circunstancias determinadas –que la persona a quien se pretenda representar no viva o no pueda heredar, cuando la sucesión en cuestión se abre–, siendo así que en ninguna de ellas es encajable el supuesto de quien, estando llamado a una herencia y pudiendo aceptarla, sin embargo, no quiere hacerlo y la repudia.

A nuestro entender, sin embargo, esta objeción no es inexorable. Para relativizarla, ahora bien, no vamos a recurrir nosotros al argumento fácil de apoyarnos en la crítica generalizada que la doctrina ha hecho a este precepto por causa de su deficiente literalidad¹²⁹.

Nuestra idea pasa por destacar que el art. 924 Cc, aunque se matice con todas las advertencias que se le acostumbra a hacer para salvar sus imprecisiones literales, en todo caso sigue pensan-

mente, para el caso de repudiación, en Italia (art. 467.1 *Codice*) y en Portugal (art. 2039 *Código*-1966). A nuestro juicio, sin embargo, esta solución no es plausible. Centrándonos ahora en el caso de repudiación (aunque vale igual para los casos de indignidad y desheredación), pensamos que esa solución, si bien por un lado tiene el mérito y acierto de reconocer explícitamente el juego de la representación sucesoria en caso de repudiación, por el otro lado adolece del defecto de aplicarle un régimen que no es propio del mismo, generalizando indiscriminadamente un tratamiento que solo tiene sentido y razón de ser en caso de premoriencia. Pues como ya hemos dicho, el fundamento del derecho de representación no es siempre el mismo, y por tanto su régimen y contenido no pueden tampoco ser siempre iguales. Y así, en los casos de indignidad, desheredación y repudiación, la medida de la representación debe circunscribirse a la legítima.

¹²⁸ Punto 2 del trabajo.

¹²⁹ Fundamentalmente se le achaca que del mismo parece deducirse que los representantes suceden al representado, cuando no es así; que de él parece igualmente desprenderse que representantes de una persona pueden serlo todos sus parientes, lo que tampoco es cierto; y por último que la representación no se da solo en los derechos del causante –que es lo que de la letra del precepto resulta– sino también en las obligaciones. *Vid.*, por todos, GUILARTE, *op. cit.*, pp. 133 ss. VATTIER, por su parte, ofrece una valoración menos crítica (*op. cit.*, pp. 102 y ss.).

do en la representación como figura que viene a salvar la dificultad producida por la premoriencia de quien iba a ser llamado en primer lugar a una herencia (por razón de su mayor proximidad de parentesco con el causante), permitiendo a sus descendientes concurrir a esa sucesión en su lugar y así recibir todos los derechos que aquel habría recibido en esa herencia de no ser por tal circunstancia.

Es verdad que el artículo, para no desentonar de las novedades introducidas en otros preceptos en tema de representación, añade al final un inciso con el que extiende formalmente la figura que ha descrito también a los casos en que el representado no haya podido heredar. Pero esto creemos que no basta para desvirtuar lo dicho, pues no es sino un añadido final –en el Proyecto de 1851, el art. 753 rezaba así: «*La representación da á un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga*»– que además no se acomoda al sentido global del precepto, que es posibilitar al representante suceder al causante «*en todos los derechos que tendría [el representado en esa herencia]*»¹³⁰.

En efecto, el ámbito objetivo del derecho de representación que se contempla propiamente en el art. 924 Cc, conformado además a la idea tradicional del mismo, viene determinado por un *universum ius* –toda la herencia del causante, o una parte alícuota de la misma¹³¹– que poco o nada tiene que ver con la legítima. Y decimos que nada tiene que ver, no porque la legítima posiblemente sea, desde el punto de vista cuantitativo, menor que aquella herencia (sea íntegra, sea la parte alícuota que al representado hubiera correspondido en la misma), sino sobre todo porque legítima y herencia son figuras jurídicas cualitativamente distintas. Pues no es lo mismo concurrir a una herencia en representación de otro pero como heredero en sentido amplio, tomando en aquella herencia

¹³⁰ Abundando en lo dicho, la idea expuesta encuentra apoyo también en el art. 926 Cc, pues la medida que este fija en relación con lo que el representado ha de recibir está literalmente referida solo al caso de premoriencia: «*siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por stirpes, de modo que el representante... no herede más de lo que heredaría su representado, si viviera*».

¹³¹ Esta es, sin duda, la idea tradicional. Vid. Novela CXVIII, cap. I: «*In proprii parentis locum succedere... tantam de hereditate morientis accipientes parte, quantumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset*». Partida VI, Título XIII, ley 3: «*(...) Otrosí dezimos, que si estos nietos fuessen muchos, nascidos de vn padre, todos heredaran en logar del padre con el tio, e auran aquella parte de los bienes del auuelo, que auria el padre dellos si biuiesse. E si alguno muriesse sin testamento, e fincasse vn nieto, de vn su fijo que fuesse ya muerto, e de otro fijo, que fuesse ya finado, le fincassen tres nietos, o mas; este vno solo, tanta parte aura en la heredad del auuelo, como todos los otros sus primos; porque, pocos o muchos que sean, fincan en logar de su padre, e heredan todo lo que heredaría, si biuiesse*». Hoy el art. 926 Cc se muestra concordante con esa idea, y este artículo ya hemos dicho que junto a los arts. 924 y 925 forman la tríada que recoge el entendimiento tradicional del derecho de representación, que constituye a su vez el pilar sobre el que este se dibuja en el Código con carácter general.

todo lo que a este hubiera correspondido, que concurrir ocupando el lugar de legitimario que otro no puede ocupar, para tomar en esa herencia solo lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado. Entre un caso y otro hay una diferencia sustancial y cualitativa. Y ya hemos visto antes que en nuestro Derecho deben distinguirse dos tipos de representación –en la herencia y en la legítima–, cuyo fundamento, régimen y contenido es distinto.

A la vista de lo cual podemos entonces decir que el derecho de representación que se describe en el art. 924 Cc no es el mismo que ahora estamos nosotros considerando (el que procede en caso de repudiación), que se caracteriza (entre otras cosas) por limitar su contenido objetivo a la legítima. Por lo que de ese precepto no pueden extraerse conclusiones definitivas con respecto a este último.

b) En segundo lugar está el art. 929 Cc, que viene a concretar lo dispuesto en el inciso final del art. 924 –que hay derecho a representar a una persona en la sucesión de otra *si aquella*, aunque estuviera viva, *no hubiera podido heredar*– circunscribiéndolo a los casos de indignidad y desheredación del llamado de grado más próximo. A la vista de lo cual la doctrina común sostiene que la hipótesis de repudiación no se encuentra incluida entre las excepciones que nuestro Derecho admite a la regla tradicional *viventis non datur repraesentatio*.

Por nuestra parte, aunque es indudable que la letra de ese artículo no resulta en absoluto fácil de compatibilizar con la hipótesis que estudiamos, entendemos sin embargo que es posible todavía dar a esa norma un alcance tal que no se erija en obstáculo insalvable en ese sentido. Nuestro pensamiento pasa por destacar los defectos e imprecisiones en que esa norma incurre.

El art. 929 Cc tiene su antecedente primero, aunque prelegislativo, en el Proyecto de García Goyena, cuyo art. 758 rezaba así: «*No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673*», el primero de los cuales era paralelo del actual art. 761 Cc, y el segundo del actual art. 857 Cc. Su definitiva redacción –la actual– se le dio sin embargo en el Anteproyecto de 1882-1888, en la que es fácil ver que se pretendió que ese artículo no fuera mero precepto de remisión sino que tuviera, al menos sintácticamente, contenido normativo propio. Esto, ahora bien, no solo no se consiguió propiamente sino que además el precepto resultante, por causa de su nueva redacción, en lugar de constituir una mejora en el conjunto del sistema lo empeora en varios aspectos.

Uno es que este precepto, por razón de su tenor literal, resulta deficiente en cuanto a la determinación del aspecto cuantitativo de la representación en los casos que contempla. ¿Cuál es la medida de

la representación en esos casos? El art. 929 Cc no lo dice, lo que permite dos respuestas. En primer lugar cabe pensar que el precepto no concreta esa cuestión porque la da por sobreentendida: el ámbito objetivo de esa representación –podría hipotizarse que discurre la norma– será el que cinco artículos antes, y con carácter general, ha fijado el art. 924 Cc: el representante sucederá «*en todos los derechos que [el representado] tendría [en esa herencia] si viviera o hubiera podido heredar*». Pero en segundo lugar cabe también pensar que para la concreción del art. 929 Cc en este punto es necesario poner en conexión ese precepto con los arts. 761 y 857, y sobre esa base entender que la representación circunscribe en esos casos su medida a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido en esa herencia al representado. Pues bien, en esta alternativa hay que considerar que la respuesta acertada es la segunda. Lo que se justifica por el importante argumento que se extrae del antecedente primero del precepto en cuestión –el art. 758 del Proyecto de 1851–, y también por la glosa que del mismo hizo su autor –García Goyena¹³²–, remitiendo ambos directamente a los artículos arts. 623 y 673 del Proyecto, que son los antecedentes de los actuales arts. 761 y 857 Cc. Ahora bien, siendo eso así, como lo es, resulta entonces, como han denunciado algunos autores¹³³, que el art. 929 Cc es un precepto (hasta cierto punto) vacío de contenido normativo específico, innecesario y reiterativo, pues a pesar del cambio de redacción con respecto a su antecedente en el Proyecto isabelino sigue siendo norma de remisión¹³⁴. Y además deficiente por impreciso, en tanto que ahora su letra plantea alguna dificultad al efecto de concretarlo.

Y el empeoramiento del art. 929 Cc con respecto a su antecedente en el Proyecto de 1851 no se limita a lo anterior. Otro defecto que cabe señalar al art. 929 Cc es que, atendiendo estrictamente a su redacción, resulta aplicable no solo a hijos de hijos sino también a hijos de hermanos. Esto es así porque si bien los hermanos no pueden ser desheredados –porque no son legitimarios–, sí pueden sin embargo resultar indignos para suceder, pues varias de las causas de indignidad que se recogen en el art. 756 Cc pueden ser predicadas de ellos. ¿Podrán entonces los sobrinos del causante concurrir a su herencia en representación de su padre –hermano del causante– indigno? No parece deba ser así. Y no solo porque esta posibilidad no fuera contemplada en el Proyecto de García Goyena

¹³² *Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad art. 758, t. II, p. 177.

¹³³ SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1709; ESPEJO, *op. cit.*, pp. 108 y 116.

¹³⁴ Aunque tomada aisladamente no sea una consideración determinante, no parece tampoco descabellado destacar el orden en que los preceptos concernidos en este punto aparecen en el Código: 761, 857 y 929. A la vista de lo cual cabe pensar que el legislador, al redactar el art. 929 Cc, no hizo sino confirmar algo que ya tenía establecido antes.

(sus arts. 758 y 623 eran claros en este punto) ni por los redactores inmediatos del Código civil, ni porque no haya sido nunca considerada por la doctrina posterior¹³⁵. Sino además porque ¿cuál sería la medida objetiva de esa representación? El art. 761 Cc señala como medida la legítima, pero esto no es aplicable en este caso, pues la ley no otorga derecho de legítima a los hermanos. ¿Habría entonces que recurrir al art. 924 Cc, con el resultado de que el sobrino reciba todo lo que su padre hubiera podido heredar de su hermano, de no ser por causa de su indignidad? Esto es absurdo, pues si así fuera resultaría que el hijo del hermano indigno recibiría más que el hijo del hijo indigno, ya que este, según hemos visto, solo recibe lo que a su padre hubiera correspondido en concepto de legítima¹³⁶. Lo cual fuerza a concluir que los hijos de hermano indigno no tienen derecho de representación en casos distintos al de premorencia, a pesar de que la letra del art. 929 Cc permita dar cobertura a este supuesto.

En resumen: de lo dicho resulta que el art. 929 Cc, por un lado es un precepto en cierta forma vacío de contenido normativo específico, innecesario y reiterativo, y por otro que tiene defectos, incorrecciones e insuficiencias evidentes en su redacción.

Y así, sobre esta base es posible concluir entonces que el art. 929 Cc, a pesar de su letra ciertamente nada propicia para nuestra pretensión, no debe ser considerado argumento definitivo en este tema, pues cabe entender que la no inclusión de la repudiación entre las hipótesis en las que admite la representación de persona viva –cuya procedencia ya hemos visto viene demandada hoy por otras consideraciones– no es sino un defecto más del mismo¹³⁷.

¹³⁵ Vid. O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 555.

¹³⁶ Al resultado de atribuir a los hijos del hermano indigno todo lo que su padre habría podido heredar de su hermano de no ser por causa de su indignidad no podría llegarse ni siquiera si aceptáramos la interpretación del art. 761 Cc que una corriente doctrinal minoritaria propone (*vid. supra* texto y nota 84), conforme a la cual el derecho que este artículo atribuye a los hijos del hijo indigno no se limita a la legítima. Y no podría, porque esa interpretación se basa en la consideración de que los hijos del hijo indigno son ellos mismos, a causa de la indignidad de su padre, legitimarios, y que han sido preteridos al no haber sido ordenadas por el causante en su testamento disposiciones para pago de su legítima, por lo que hay que aplicarles el régimen legal de la preterición, que se traduce casi siempre en atribuirles un derecho de cuantía mayor que la legítima. Esta interpretación ya hemos dicho más arriba que no es aceptable, pero en todo caso lo que ahora interesa destacar es que no sería aplicable a los hijos del hermano indigno, porque el hermano no es legitimario, y por tanto mucho menos sus hijos.

¹³⁷ A la pregunta de si la norma contenida en el art. 929 Cc cierra el paso o impide la posibilidad estudiada en este trabajo, responde GORDILLO lo siguiente: «No absolutamente, si se interpreta que la norma es pura prolongación del art. 758 Pr. 1851, inadvertidamente no adaptada a la norma posterior y específicamente introducida para determinar la extensión del derecho de representación en la legítima de los hijos y descendientes: el art. 766» (*op. cit.*, p. 1881).

c) Toca ocuparse, en tercer lugar, de lo dispuesto en los arts. 922 y 981 Cc. A este respecto vimos en su momento que el art. 922 Cc no es norma inequívoca, porque comienza pareciendo que cierra la puerta a la posibilidad estudiada en este trabajo —«*si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren... suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado*»— pero luego en su inciso final deja abierto un portillo a la misma, al precisar que eso será así «*salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar*». Por esa razón vimos también entonces que se decía que en auxilio del anterior, para concretar su significado, es necesario atender a otros preceptos, entre los cuales el más socorrido es el art. 981 Cc, cuya letra parece muy clara en el sentido de impedir la representación en caso de repudiación, ya que no contempla siquiera esa posibilidad: «*en las sucesiones legítimas —dice— la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos*».

¿Es realmente así? A nuestro juicio, esa conclusión no es tan inexorable como se pretende. Para sostener esto no negamos lo que esas normas dicen, sino que tratamos de valorarlo debidamente.

En este sentido hay que recordar, aparte de que en relación con la legítima no existe derecho de acrecer (que es de lo que habla el art. 981 Cc y de lo que trata la sección en la que ese precepto está situado), que «sucesión legítima» en el art. 981 Cc es expresión que hace referencia a sucesión intestada, no a sucesión en la legítima, y que herencia y herederos (o coherederos) son conceptos distintos de legítima y legitimarios (o co-legitimarios). Y así, sobre esa base resulta entonces que la aplicación a nuestro caso de la norma contenida en el art. 981 Cc no es tan evidente como se pretende, pues cabe entender que la misma se refiere propiamente al destino general de la herencia deferida al repudiante (toda, o la parte alícuota correspondiente), pero sin que ello obste a lo que pueda ser de la parte de legítima, en los casos que proceda. Nótese, en este sentido, que el art. 981 Cc es aplicable también a herencias deferidas a ascendientes y colaterales, en las que ya hemos dicho no procede el derecho de representación que en este trabajo estamos estudiando, ya que este se da solo cuando se trata de descendientes, y en relación con la legítima.

Sin que sea obstáculo insalvable para lo dicho la sucesión por derecho propio a favor de los co-legitimarios que para un caso semejante al previsto en el art. 981 Cc se establece en el art. 985.2 Cc¹³⁸, cuyos efectos prácticos son sustancialmente iguales a los del derecho

¹³⁸ «*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.*»

de acrecer¹³⁹. Pues a eso se puede responder que el acrecimiento o expansión del derecho de los demás legitimarios de que habla el art. 985.2 Cc, aunque en su letra no se diga explícitamente, en todo caso será cuando proceda, no siempre. Pues como la doctrina tiene hoy pacíficamente reconocido, aunque en la letra del precepto no se haga referencia a ellos, hay casos que excluyen ese acrecimiento, como por ejemplo si está prevista una sustitución vulgar (art. 774 Cc)¹⁴⁰. Y si esto es así, como lo es, cabe entonces pensar que nuestro supuesto podría ser también uno de los que excluyen ese efecto, aunque no esté expresamente previsto en la letra de la norma¹⁴¹.

Todo lo cual creemos que permite la crítica al argumento contrario a nuestra pretensión traído de la letra de los arts. 922 y 981 o 985.2 Cc, al menos para relativizar su valor y poder sostener que no son inexorables en ese sentido.

d) Queda entonces por considerar el art. 923 Cc, que como dijimos en su momento es uno de los principales preceptos de referencia para la tesis contraria a la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación.

A este respecto hay que reconocer, en efecto, que al menos desde una perspectiva literal el precepto parece inequívoco en el sentido dicho¹⁴². Pues no siendo posible, en el supuesto por él contemplado, acudir al derecho de acrecer a favor de otros llamados del mismo grado, lo que esta norma hace es deferir la herencia a los parientes del grado siguiente pero afirmando explícitamente que estos «heredarán... por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante».

¹³⁹ Apuntan este precepto en este sentido CÁMARA (*op. cit.*, pp. 37 ss) y VALLET (*Limitaciones de Derecho sucesorio* cit., p. 94).

¹⁴⁰ *Vid.*, por todos, ESPEJO, *op. cit.*, p. 120.

¹⁴¹ A nuestro entender la explicación de este precepto es la que ya hace años apuntó CÁMARA (*op. cit.*, p. 38): «el segundo párrafo del artículo 985 es un corolario de lo que se establece en el párrafo primero. Al decir este que entre herederos forzosos no tiene lugar el derecho de acrecer más que con respecto a la parte libre, el segundo párrafo saca la consecuencia en cuanto a la legítima, respecto de la cual, a la par que excluye el derecho de acrecer, establece que sucederán los coherederos por su propio derecho. Este postulado tiene (...) una doble finalidad: 1.º Evitar que el juego del derecho de acrecer impida el reparto igualatorio de la porción legítima (con inclusión de la mejora) entre los herederos forzosos; y 2.º Impedir... que a consecuencia de la actuación de las normas reguladoras del acrecimiento resulte mermada la cuota global de legítima a favor de quien no sea heredero forzoso».

¹⁴² SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, t. VI.3, p. 1695), sin embargo, sostiene que esa interpretación no es correcta, afirmando como indudable a su juicio «que los modos de suceder *ab intestato* de los descendientes, en todo caso, serán los siguientes: los de primer grado solos, siempre por partes iguales o *in capita*; los de segundo o ulteriores grados, procedentes de diferentes padres, siempre por derecho de representación o *in stirpes*... ya sea la causa de que aquel no herede, su muerte anterior al intestado, su desheredación, su incapacidad o su renuncia».

¿Es esa, ahora bien, una norma tan definitiva en este sentido como literalmente parece y doctrinalmente se pretende? A nuestro entender, no, porque es posible, y oportuno, darle un entendimiento distinto del habitual, que deja espacio a la pretensión que estamos estudiando. Nuestro planteamiento es el siguiente.

De entrada empezamos apuntando que, según consideran algunos autores¹⁴³, la norma contenida en el art. 923 Cc es reiterativa e innecesaria (al menos en parte). Reiterativa cuando dice que en el supuesto contemplado en ella la consecuencia es que «heredarán los [parientes] del grado siguiente», porque esto no hace sino abundar en lo dispuesto dos artículos antes, en el 921 Cc, en el que se consagra el principio de proximidad de grado. E innecesaria cuando apostilla, al final, que esos parientes heredarán «sin que puedan representar al repudiante», porque esto no constituye sino «un anticipo» de lo dispuesto en el artículo siguiente (art. 924 Cc) y en el art. 929 Cc. Ninguna de esas dos proposiciones del art. 923 Cc aporta por tanto, concluyen entonces esos autores, nada nuevo. Únicamente lo hace el inciso que dice que los parientes del grado siguiente heredarán en este caso «por su propio derecho», es decir *in capita*, no *in stirpes*, aunque esto ha sido criticado también por la doctrina, porque no casa con lo dispuesto en el art. 933 Cc y porque además es muy discutible desde el punto de vista de política legislativa¹⁴⁴.

¹⁴³ GUILARTE, *op. cit.*, pp. 122-123; MANRESA, *Comentarios...*, 4.^a ed. Madrid 1914, t. VII, pp. 51-52.

¹⁴⁴ Por nuestra parte pensamos que la crítica de antítesis normativa entre los arts. 923 y 933 Cc no es muy sólida, ya que a la misma podría responderse diciendo que son distintas las soluciones dispuestas en esos preceptos porque las figuras contenidas en cada uno de ellos también son distintas, en tanto que en el art. 933 Cc habría derecho de representación –por ello se sucede *in stirpes*– mientras que en el art. 923 Cc no –por eso se sucede *in capita*–. Otra cosa es la crítica desde el punto de vista de política legislativa, en la que no entramos por no ser cuestión relacionada con nuestro tema de forma directa. Aunque sí podemos hacer alguna digresión, apuntando que la crítica a la solución dispuesta en el art. 923 Cc parece razonable, a pesar de la semejanza que desde esta perspectiva existe entre el art. 923 Cc y el art. 927 Cc, que establece que si a la herencia del tío concurren solo sobrinos, estos heredarán por partes iguales, esto es *in capita*. Este último supuesto originó en su tiempo gran polémica entre Azo (*Summa super Codicem*, lib. VI, n.º 8) y ACCURSIO (*Glossa in Codicem*, lib. VI, fol. 405), pues el primero defendía en ese caso la sucesión de los sobrinos por cabezas y el segundo por estirpes. Esta controversia, no obstante haber voces calificadas en contra (Antonio GÓMEZ: *Ad Leges Tauri Comentariorum absolutissimum*, Madrid 1794, Ley VIII, n.º 13 y 14) fue decidida entre nosotros en el primer sentido dicho (Part. VI, Tit. XIII, ley 5.^a; Leyes de Toro, ley 8.^a; *vid.* GREGORIO LÓPEZ: *Glosas a las Partidas*, ad. P. VI, XIII, leyes 3 y 5; SANCHO LLAMAS y MOLINA: *Comentario crítico, jurídico y literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 5.^a ed., Madrid 1875, ad Ley 8.^a, pp. 145 ss), y así ha llegado a plasmarse en el art. 927 Cc. Pero esa solución siempre ha sido polémica, y lo sigue siendo en el terreno de política legislativa. ¿Por qué entonces el legislador, siendo consciente de las críticas a esa solución, la plasmó en el caso de nietos que concurren solos a la herencia del abuelo, que es un supuesto distinto del clásico de sobrinos que concurren solos a la herencia del tío? Aunque aquí solo pueden hacerse conjeturas, cabe pensar que tal vez el legislador entendió que así resultaba impuesto por la exclusión del derecho de representación en caso de repudiación, sin advertir que aunque

En todo caso, no son esas las cuestiones que aquí nos interesan sino ver si el art. 923 Cc, con la redacción que de hecho tiene, cierra absolutamente la puerta a nuestra pretensión, o si por el contrario deja algún margen para la misma. A nuestro entender, como ya avanzamos antes, debemos inclinarnos por esa segunda solución.

La razón es semejante a la ya apuntada al rebatir alguno de los anteriores datos positivos. Esto es, que el art. 923 Cc es precepto que está pensando propiamente en el caso de repudiación de herencia y en el destino ulterior, en general, de la misma, pero sin considerar –y por tanto sin excluir– lo que pueda ocurrir con la legítima, cuando sea el caso. Así resulta de su misma letra.

Y así se ve además confirmado al considerar que esa norma se refiere siempre a «parientes», no a legitimarios, siendo así que los parientes que entran bajo el radio de acción de esta norma no tienen que ser necesariamente descendientes, sino que pueden también ser ascendientes o colaterales. Y frente a esto no cabe argüir que, aunque no de forma explícita, esa circunscripción a descendientes se desprende del inciso final del precepto, en el que se hace referencia –aunque de forma negativa, para excluirla– a la representación, que es figura que principalmente se refiere a descendientes. Aparte de que «principalmente» no es «siempre», esa interpretación no es admisible a la vista de las glosas que al antecedente de este precepto hizo quien fue artífice del mismo –García Goyena–, de las que resulta con claridad que esa norma no está dictada específicamente para la legítima, sino para la herencia en general¹⁴⁵.

¿Cuál es, entonces, el verdadero sentido del art. 923 Cc? A nuestro juicio la respuesta a esta pregunta va por derroteros distintos a

el derecho de representación no procediera podía haber dispuesto la división *in stirpes*, ya que este modo de dividir no es exclusivo de la representación sucesoria. Cabe aquí recordar la distinción apuntada por POTHIER (*op. cit.*, pp. 45-53) entre «*représentation à l'effet de succéder*» y «*représentation à l'effet simplement de partager*», que aunque no sea acertada en cuanto a admitir dos tipos de representación, sí es de estimar en cuanto pone de manifiesto que, sin haber representación en sentido propio, pueden todavía aplicarse sus efectos en orden a realizar una división.

¹⁴⁵ El antecedente se limita al art. 752 del Proyecto de 1851, cuya letra era la siguiente: «*Repudiando el pariente más próximo, si es solo, ó todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho, y sin que puedan representar al repudiante*». En este sentido, decía GARCÍA GOYENA que «la disposición de este artículo, aunque habla tan solo del *grado siguiente*, se extiende también al orden o línea; por ejemplo, repudiando los padres heredarán los abuelos porque les siguen en grado dentro de la línea recta ascendente; pero, si repudian todos los ascendientes, se pasará al orden o línea colateral» (*Concordancias, motivos y comentarios cit.*, art. 752, p. 172). Más recientemente, la idea que hemos apuntado en el texto parece reflejarse en ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 193), quien aunque considera que el derecho de representación no abarca el supuesto de renuncia del instituido, eso no obstante entiende que el art. 923 Cc «es aplicable tan solo al supuesto de delación abintestato, no al de renuncia de la legítima».

los que señala la doctrina mayoritaria. La respuesta correcta es la que apunta su autor (García Goyena), que explica que esa norma fue una reacción contra la situación vigente hasta ese momento, con arreglo a la cual la parte de herencia (legítima, *i.e.* intestada) repudiada pasaba al Fisco, estableciéndose entonces –en el art. 752 del Proyecto de 1851, que luego pasa a ser el art. 923 Cc– una solución nueva, que da un destino distinto a los bienes repudiados: ya no irán al Fisco, sino a los parientes del grado siguiente¹⁴⁶. Así pues, norma nueva y solución novedosa, sin duda, pero no relacionada con la cuestión que aquí propiamente nos ocupa.

Por esta razón, y sobre la base de que lo dispuesto en este precepto se refiere propiamente al caso de repudiación de herencia en general (en el que ya sabemos no procede el derecho de representación), pensamos que cabe concluir que este precepto no se erige como obstáculo insalvable para la hipótesis estudiada en este trabajo, que propugna la admisión del derecho de representación en caso de repudiación pero solo en relación con la legítima, y por causa de ella¹⁴⁷.

¹⁴⁶ «Consígnase en este artículo –dice GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., t. II, pp. 171-172)– el edicto sucesorio del que se trata en el título 9, libro 38 del Digesto, y en el 16, libro 6 del Código, aunque antiguamente no se conoció y la herencia (legítima) repudiada se aplicaba al Fisco». La norma citada del Codex (Código) a la que se refiere es esta: «*De edicto successorio. 1.- Si mater tua propter furorem suum patrum sui bonorum possessionem non accepit, tu filius eius ad eorumdem bonorum patrum magni possessionem ex edicto, quo prioribus non petentibus sequentibus permittitur, admissus es*». Las normas que cita GARCÍA GOYENA (p. 165) como sustento de la situación anterior son las siguientes: Partida VI, Título VII, leyes 13 y ss.; Novísima Recopilación, Libro X, Título XX, ley XI. A nuestro entender no son, esas, normas especialmente adecuadas en este sentido, porque lo que en ellas se disponía no estaba justificado por causa de repudiación sino por causas de indignidad que concurrían en el llamado, que lo hacían inhábil para suceder. Esto no obstante, lo que interesa aquí es el sentido de la solución que en la práctica se aplicaba, que sin duda era el que GARCÍA GOYENA apunta, con independencia de la base positiva sobre la cual se hubiera llegado a él.

¹⁴⁷ Sin perjuicio de lo dicho, ahora bien, no podemos tampoco ignorar que cae dentro del supuesto de hecho de este artículo el caso de que el repudiante sea descendiente que tiene a su vez descendientes. ¿Cabe ahí la representación en la parte de legítima? El precepto parece negarlo, al afirmar que esos descendientes de segundo grado heredarán por derecho propio. Pero pensamos que esa no es la solución correcta. Consideréase así qué pasaría si el causante hubiera hecho a favor de terceros –*v. gr.*, mediante donaciones– disposiciones que excedieran la parte disponible. ¿Podrían en ese caso reclamar algo los descendientes del descendiente repudiante? La respuesta afirmativa parece evidente, pero si se piensa un momento no lo es tanto, pues aunque el art. 923 Cc defiere la herencia a su favor lo hace como herederos abintestato, y este llamamiento no los faculta para ejercitar acciones en defensa de la legítima (esto es lógico, ya que la finalidad principal de la sucesión abintestato –sin perjuicio de las razones que determinan el sentido de la misma– es dar un destino a los bienes que a la muerte de su titular quedan vacantes, pero no más). Para que aquello sea posible debe reconocerse a esos descendientes de segundo grado la cualidad de legitimarios. Y el único medio para ello es el derecho de representación. Por tanto, así debe hacerse. La dificultad del caso está en que aquí concurren entonces un llamamiento a la legítima (por derecho de representación) y un llamamiento a la herencia (por sucesión abintestato), siendo así que esta, por su habitual mayor cuantía, absorbe aparentemente a aquel. Pero aunque eso sea así en apariencia, la realidad creemos que es la dicha (en un momento anterior del trabajo, ya vimos que la legítima también existe y es operativa en la

B) *Objeciones de índole dogmática o de principio.*

a) Una primera objeción apuntada en este sentido vimos que es la consideración de que al repudiar la herencia a él deferida, el descendiente primeramente llamado (el de grado más próximo al causante) hace uso legítimo de su derecho (aunque en sentido negativo) y consume con ello el *ius delationis*, siendo entonces la propia esencia de este la que excluye la operatividad del derecho de representación.

Esta objeción, sin embargo, no nos parece determinante en este sentido. Pues a ella se puede contestar señalando que no se trata aquí de valorar la legitimidad o ilegitimidad del acto de repudiación, sino las consecuencias de ese acto individual y puramente voluntario en relación con una institución como la legítima de descendientes, de derecho necesario¹⁴⁸. Y en este sentido, lo expuesto en el apartado anterior del trabajo sobre la atribución de derecho a legítima que nuestro Ordenamiento actual hace a favor de descendientes de segundo grado en caso de que el de grado más próximo no la reciba por causa imputable a él, permite decir que el argumento aquí considerado no es suficiente para rechazar la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación. Porque la legítima no es en este caso un derecho subjetivo renunciable sin más, sino una figura de derecho necesario que procura que los descendientes de una persona –los que sean, en función del caso– reciban en la sucesión de esta al menos una determinada porción.

Por ello, aunque el llamamiento a la herencia y a la legítima sean libremente renunciables a título individual, eso no debe obstar para convenir en que la renuncia del descendiente de grado primero no tiene virtualidad para repercutir necesaria y automáticamente en sus descendientes privándoles de la posibilidad de recibir esa legítima, sino que en tal caso pasa a estos el llamamiento correspondiente. La repudiación del descendiente de grado más próximo cierra definitivamente a sus descendientes la posibilidad de recibir la herencia del ascendiente común que a aquel se hubiera deferido primeramente (toda, o la parte alícuota correspondiente). Pero no puede decirse lo mismo de la parte de esa herencia que constituya la legítima de los descendientes, pues el no recibimiento de esta

sucesión abintestato). Y por ello, si en algún caso la cuota intestada resulta insuficiente para cubrir la legítima, el llamamiento específico a esta (por derecho de representación, repetimos) se hará presente de forma clara, permitiendo a los descendientes de segundo grado ejercitar las acciones oportunas.

¹⁴⁸ ¿Acaso el que deshereda a un hijo con justa causa no realiza un acto u ordena una disposición que la ley permite, lícita por tanto? Y sin embargo, se prevé el derecho de representación para permitir que los descendientes del desheredado puedan recibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a este. Luego no cabe decir que la razón de otorgar o no derecho de representación radique en la licitud de la actuación del repudiante.

por el descendiente de grado más próximo por causa imputable a él se traduce en un llamamiento ulterior a sus propios descendientes (los del grado siguiente, y en su caso a los sucesivos, hasta llegar al último). Esa legítima (o ese llamamiento a legítima) solo se extinguirá definitivamente si, abierta la sucesión del ascendiente causante de la misma, renuncian a ella todos los descendientes integrantes de una estirpe, sean del grado que sean, que en ese momento estén vivos.

Por ello el derecho de representación debe admitirse en este caso, sin que la repudiación del descendiente llamado en primer lugar lo impida. Porque el derecho de representación no es un derecho en sentido propio sino un expediente técnico de llamamiento sucesorio, que opera en todos los casos en que del conjunto del sistema resulte oportuno para hacer este efectivo, entre los cuales está a nuestro entender, en relación con descendientes y con la legítima, el caso de repudiación.

b) En segundo lugar se ha apuntado como objeción, según vimos en su momento, que los supuestos de representación de persona viva admitidos en el Código civil –indignidad (art. 761) y desheredación (art. 857)– tienen carácter excepcional y son de interpretación restrictiva, no pudiéndose por tanto aplicar la norma contenida en ellos al caso de repudiación.

Esta idea, ahora bien, dijimos entonces que tomada en sus estrictos términos no es correcta. Pues los arts. 761 y 857 Cc son, simplemente, normas que regulan ciertos efectos de la indignidad sucesoria o la desheredación, disponiendo que cuando el indigno o desheredado sea hijo o descendiente del causante y tenga (aquel) hijos o descendientes (que lo son a su vez del causante, aunque en segundo o ulterior grado), estos recibirán lo que a aquel hubiera correspondido como legítima en esa herencia. Y esto, considerado en sí mismo, no puede decirse constituya una norma de carácter excepcional.

Ese carácter excepcional, en efecto, no se desprende del solo art. 761 Cc, o del solo art. 857 Cc, sino en todo caso de los arts. 924 y 929 Cc, o de la combinación de aquellos y estos. Pero, ¿es realmente así? Sobre la base de lo que hemos ido viendo en el trabajo, creemos que no.

Por un lado, porque la idea en principio contraria que de los arts. 924 y 929 Cc se puede extraer queda relativizada en base a las consideraciones que hemos hecho un poco más arriba en este mismo punto, al analizar el valor en contra de los argumentos de índole positiva.

Esto es, en el caso del art. 924 Cc porque, aunque el inciso final introducido en el mismo puede a primera vista hacer pensar otra cosa, en realidad se trata de un precepto que responde al entendimiento tradicional del derecho de representación como figura que permite al representante suceder al causante y recibir todo lo que al representando hubiera correspondido en esa herencia si hubiera vivido. La medida objetiva de la representación que regula, recordémoslo, es un *universum ius* –toda la herencia del causante, o una parte alícuota de la misma– que poco o nada tiene que ver con la legítima. Por tanto, el derecho de representación que contempla este precepto no es el mismo que nosotros estamos considerando. Por lo que no es posible, a partir de aquel, extraer conclusiones para este.

Y en relación con el art. 929 Cc porque se trata de un precepto en cierta forma vacío de contenido normativo específico propio, innecesario y reiterativo, y porque además tiene importantes defectos e insuficiencias en su tenor literal. Por lo que se puede concluir que la no inclusión, en él, de la repudiación entre los supuestos de representación de persona viva que admite no es sino un defecto más del mismo, y por tanto que no es definitivo en contrario.

Y por otro lado, porque aunque es cierto que los arts. 761 y 857 Cc no contemplan directamente el caso de repudiación, no lo es menos que el interés que en ellos se preserva –el derecho de los descendientes de grado ulterior a recibir la legítima correspondiente, cuando el descendiente de grado más próximo no la hace suya por causas imputables a él– es el mismo que está en juego en caso de repudiación, por lo que cabe y procede extender a este, por analogía, la norma dispuesta para aquellos. Recuérdese además lo que a este respecto quedó dicho más arriba en el trabajo: que, puesto que los arts. 766, 761 y 857 Cc constituyen un caso de remisión normativa, una interpretación sistemática de los mismos permite considerar incluido el supuesto de hecho de la norma remitente –en el que explícitamente se contempla el caso de repudiación– en el supuesto de hecho de las normas remitidas. Los supuestos de representación en caso de indignidad y desheredación, aunque así se diga a menudo, no son de interpretación restrictiva ni refractarios a la analogía, al menos desde la perspectiva que en este trabajo interesa.

c) Se ha objetado también, en contra de la posibilidad estudiada, que en caso de indignidad o desheredación existe una falta del descendiente de grado más próximo que por ser personal no debe repercutir en sus descendientes, mientras que en caso de repudiación no se da esa circunstancia.

A esto, ahora bien, respondemos nosotros diciendo que aunque la diferencia señalada es cierta, no se trata de una razón sino de un hecho objetivo cuya constatación no basta para afirmar, como si de una consecuencia directa y evidente se tratase, que el derecho de representación debe ser excluido en caso de repudiación. Porque en nuestro Ordenamiento hay razones y argumentos sólidos para sostener su posibilidad. Esas razones son las que han quedado señaladas en el punto anterior del trabajo, que ahora, para no repetir, simplemente resumimos.

En este sentido podemos recordar, en primer lugar, que el carácter personal de la falta no es la verdadera razón que sustenta en nuestro Ordenamiento el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación, pues el régimen que a nivel de Derecho positivo se da a estos no se corresponde con tal consideración.

Y además, que la circunstancia señalada no excluye que entre esos casos y el de repudiación exista identidad en cuanto al interés o al derecho que verdaderamente está en juego: la legítima, que el Código concede en determinadas circunstancias a los descendientes de segundo o ulterior grado, de tal forma que tienen derecho a ella no solo cuando el descendiente de primer grado ha premuerto sino también en vida de este, cuando no la puede recibir por causa imputable a él. Lo que permite y justifica que la solución prevista para esos casos se pueda extender también al de repudiación, por analogía.

d) Por último está la objeción cifrada en que el repudiante es jefe de la estirpe, por lo que los efectos de su actuación (su repudiación) trascienden a ella.

Esta objeción, ahora bien, entendemos que carece per se de entidad suficiente en este sentido. Para evidenciarlo, basta recordar la idea apuntada en su día al parecer por Bártolo, aceptada sin contestación por la doctrina desde hace mucho tiempo: que en la representación, «*quod filius succedat in locum patris, non a patre, sed ex dispositione legis*». Por ello nos parece que no procede detenerse siquiera en la crítica particularizada de esta objeción¹⁴⁹. Basta decir, a la vista de los argumentos a favor del derecho de representación también en caso de repudiación que se han

¹⁴⁹ Del mismo modo, la tesis que proponemos no la sustentamos en las consideraciones apuntadas por algunos autores, de que el descendiente más próximo no puede ser considerado a estos efectos como jefe de su estirpe, y que no es justo que una persona (el repudiante) sea árbitro del interés de sus sucesores (Vid. FUENMAYOR, *op. cit.*, p. 366, nota 87, aunque él no la comparte; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, t. V.3, p. 302; VATTIER, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, en *XII Jornadas de la Asociación de Profesores...* cit., p. 547. Las razones de este tipo nos parece que no son propiamente jurídicas, y por tanto no deben ser tenidas en cuenta aquí. Las razones que sustentan nuestra tesis son las que unas líneas más arriba han quedado dichas.

ido señalando en el trabajo, que no tiene virtualidad para excluir su admisión¹⁵⁰.

3.4 Conclusiones en este punto

Llegados aquí, y sintetizando lo que a lo largo de este punto ha quedado expuesto, podemos concluir diciendo que en nuestro Derecho actual el derecho de representación debe considerarse operativo también en caso de repudiación del sujeto primeramente llamado a una herencia, cuando tiene a su vez descendientes.

Esto encuentra sustento al considerar lo dispuesto por el legislador en los otros casos en que admite la representación de persona viva, esto es, los de indignidad (art. 761 Cc) o desheredación (art. 857 Cc) del sujeto llamado en primer lugar a una herencia.

Lo dicho se evidencia al considerar que lo que de los arts. 761 y 857 Cc resulta, por encima de cualquier otra cosa, es que cuando el descendiente más próximo al causante, no obstante estar vivo al tiempo de su muerte, no va a sucederle por causa imputable a él, el legislador quiere procurar a los descendientes de aquel (que lo son a su vez, aunque de segundo o ulterior grado, del causante) la percepción de la legítima que a su padre (hijo del causante) correspondía en esa herencia. Esto es así en tanto que este propósito es el único que permite explicar plenamente la atribución de derecho de representación en esos casos, pues esa explicación es la única que encaja plenamente con la consecuencia jurídica prevista para ellos.

Esa solución, ahora bien, se puede extender al caso del descendiente que repudia la herencia deferida a su favor, cuando tiene a su vez descendientes. Pues si el llamamiento que se hace en los supuestos de indignidad y desheredación solo se explica en razón del valor que la legítima tiene hoy en nuestro Ordenamiento –como derecho que se confiere a los descendientes de segundo o ulterior grado para recibir (como mínimo) la porción que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en esa herencia, y que este no va a recibir por causa imputable a él–, eso permite extender esa misma solución al caso de repudiación, procediendo por analogía.

¹⁵⁰ En este punto, GORDILLO CAÑAS (*op. cit.*, p. 1881) resume una opinión extendida en la doctrina diciendo que hoy «se reconoce que algo de ficción hay en la proyección de los efectos de la renuncia sobre los descendientes del renunciante, sobre la base de que este renuncia como jefe de la estirpe; que no hay razón de orden dogmático que imponga la exclusión del derecho de representación en caso de repudiación... [y] que la cuestión decisiva consiste en preguntar si es justo que una persona, el renunciante, sea árbitro del interés de sus sucesores».

Esto es así porque, aunque no hay identidad total entre los supuestos de hecho de los arts. 761 y 857 Cc, el derecho o interés que se preserva en ellos sí es el mismo que está en juego en el caso de repudiación: el de los descendientes de grado ulterior a recibir la legítima correspondiente.

Debe aquí tenerse muy presente que el derecho de representación no es un derecho en sentido propio sino un expediente técnico de llamamiento sucesorio, y que la legítima es un derecho de los descendientes. Por estas razones, no debe haber dificultad para sostener que aquel debe operar en todos los casos en que del conjunto del sistema resulta necesario para hacer esta efectiva, entre los cuales está también el caso de repudiación. Pues por encima de cualquier otra cosa, lo que aquí está en juego es que los descendientes de segundo grado reciban o no la legítima, que es figura que sintetiza un interés de orden superior en nuestro actual Derecho sucesorio.

Y contra esto no puede pretenderse que los arts. 761 y 857 Cc son normas de carácter excepcional, que deben someterse a interpretación restrictiva y por consiguiente que no permiten la analogía. Esta idea no es correcta. Es verdad que esas normas están dictadas propiamente para los casos de indignidad y desheredación y que en ellas no se contempla el caso de repudiación, pero esto no constituye obstáculo para lo dicho en tanto que es razonable pensar que ello se debió simplemente a que los codificadores estaban aún bajo el peso de la tradición histórica y abrumados por las novedades normativas que introducían en nuestro Derecho, por lo que no fueron conscientes de que, lo explicitaran o no, en todo caso con los cambios concretos que introducían en el Código civil (arts. 924 *in fine*, 929, 761 y 857) desaparecía el obstáculo que tradicionalmente había impedido la representación sucesoria en caso de repudiación (la imposibilidad de representar a una persona viva), siendo así además que esa venía ahora demandada por el valor y el régimen que la legítima tiene atribuidos en el Código civil.

En efecto, en el sistema establecido en el Código civil la cuestión se plantea hoy sobre bases distintas a las de nuestro Derecho tradicional, y estas bases nuevas permiten y justifican una solución también nueva y distinta al tema estudiado. Pues el Código atribuye a los descendientes de segundo (o ulterior) grado derecho a recibir la legítima cuando el descendiente de grado más próximo no la hace suya, aunque esté vivo al tiempo de abrirse esa sucesión y la causa de que no la vaya a recibir sea debida a un comportamiento suyo. De modo que en esos casos los descendientes de segundo grado tienen reconocido sobre esa legítima, no una mera expectativa sino un derecho actual.

Lo cual permite concluir que el caso del descendiente que repudia teniendo a su vez descendientes, aunque no esté explícitamente contemplado en el grupo de aquellos en los que se permite la representación de una persona viva, debe considerarse incluido en él, por coherencia y analogía con lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc. Y por tanto que los hijos del hijo repudiante, además de los del indigno o desheredado, tienen derecho a percibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en la herencia del suyo.

Máxime si, tras haber analizado críticamente las objeciones que la doctrina dominante formula contra esa tesis, la conclusión que se extrae es que esas objeciones no son definitivas en este sentido. Las de índole legal-positiva, porque los preceptos en que se basan permiten –salvo si se está absolutamente apegado a la letra de la ley– una interpretación distinta de la que habitualmente se les da, que aunque naturalmente no resulta en sí misma favorable a la tesis dicha tampoco le cierra la puerta, pues deja cierto margen que la posibilita (nuestra idea al ponderar estas objeciones, como ya dejamos apuntado en un momento anterior, no pasa por negar absolutamente esos datos, sino por reinterpretarlos o por relativizar su valor). Y las objeciones de naturaleza dogmática o de principio, porque los argumentos de esa misma índole, pero de sentido contrario que en el trabajo hemos visto, resultan más fundados y consistentes.

El derecho de representación, por tanto, debe admitirse que es hoy un expediente operativo también en caso de repudiación del llamado primero. Aunque, esto dicho, hay que precisar entonces esa idea y distinguir entre representación a efectos de herencia y representación a efectos de legítima, pues el fundamento, medida y régimen de cada una de ellas es distinto.

Representación a efectos de herencia es la que el Código contempla para el caso de premoriencia. Su fundamento se encuentra en razones familiares y sociales –proteger los intereses económicos de los hijos y descendientes del representado– y en la consideración (del legislador de la época) de la voluntad presumible del causante. Su medida viene dada por todo lo que en concepto de herencia hubiera estado deferido al representado (toda la herencia, o una parte alícuota de la misma). Y su regulación se contiene propiamente en los arts. 924 a 929 Cc.

Representación a efectos de legítima es la que el Código dispone para los casos de indignidad y desheredación. Su fundamento y razón de ser es procurar que reciban la legítima los descendientes del descendiente que por causa imputable a él no la va a recibir. Su medida se circunscribe a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado en la herencia ahora abierta. Y su regulación más propia e inmediata se encuentra en los arts. 761

y 857 Cc, aunque también los arts. 924 ss Cc, en todo lo que sea compatible con aquellos.

Pues bien, en este segundo grupo debe entenderse incluido también, por analogía con aquellos, el caso de repudiación del llamado a una herencia en primer lugar. Pues aunque este caso no esté explícitamente contemplado en el Código, el derecho o interés que en él está en juego es el mismo que se preserva en aquellos otros dos.

Esto, ahora bien, no significa que el derecho de representación opere siempre, de forma general e indiscriminada, en todo caso de repudiación. Lo hará solo cuando venga demandado como medio necesario para hacer efectivo un principio superior como es posibilitar a los descendientes de segundo o ulterior grado la percepción efectiva de la legítima a que el actual sistema sucesorio les da derecho, cuando el descendiente de grado más próximo no la recibe por causa imputable a él.

Lo cual supone que la representación en supuestos de repudiación solo puede operar en la línea recta descendente –esto es, cuando el representado es descendiente del causante y también lo son los representantes (aunque estos, lógicamente, de segundo o ulterior grado)– pero no en la colateral –esto es si el (pretendido) representado es hermano del causante y los (pretendidos) representantes son sobrinos suyos–, ya que estos no tienen derecho a legítima.

Y supone también, como ya antes se ha dicho, que su medida se circunscribe a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado, y que no se extiende a todo lo que pudiera tal vez estar destinado en principio al representante, pues en lo que exceda de la legítima ya estamos en otro orden de cosas. Lo cual significa que la repudiación por parte de un sujeto a la herencia deferida a él impide que esa herencia (toda o la cuota que sea) llegue a sus descendientes, salvo en la parte de legítima, que sí podrán recibir estos por derecho de representación.

4. DERECHO DE REPRESENTACIÓN Y REPUDIACIÓN, EN CASO DE SUCESIÓN TESTADA

4.1 **Previo: sobre el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria**

4.1.1 INTRODUCCIÓN

La cuestión que aquí planteamos supone una última vuelta de tuerca al polémico asunto que nos ocupa en este trabajo.

Pues al conocido rechazo mayoritario a admitir en nuestro Ordenamiento, *de lege lata*, la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación, se añade ahora la dificultad previa de admitir el juego de aquella figura en el ámbito de la sucesión testada, tema también polémico.

Esto es así por cuanto que el derecho de representación es figura cuyos efectos se han proyectado históricamente, desde sus inicios en la antigua Roma, en el ámbito de la sucesión intestada, habiendo mantenido esa línea hasta tiempos recientes sin discusión significativa¹⁵¹. En efecto, no ha sido sino en la época de la Codificación cuando esta cuestión se ha venido a plantear (junto con otras), así en España como en los países de nuestro entorno, formando parte de lo que se ha denominado «tendencia expansiva» del derecho de representación¹⁵².

A nivel positivo, sin embargo, los resultados de esa tendencia varían sustancialmente en función de cada Ordenamiento. Una visión panorámica de este tema en los Derechos de nuestro entorno muestra dos bloques antitéticos¹⁵³. Por un lado los Ordenamientos que rechazan o no dan cabida al derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada, tales como el Derecho francés¹⁵⁴ o,

¹⁵¹ Aunque, según nos dice STORTI, la cuestión fue objeto de cierta discusión en el Derecho intermedio [*Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987, voz *Rappresentazione (dir. interm)*, p. 632]. A nivel de Derecho positivo, la única excepción que conocemos en este sentido (vid. AIZPUN TUERO, *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona 1957, p. 48) la constituye el Derecho navarro, que en las Cortes de Pamplona del año 1580 aprobaron una ley que lo permitía: Epígrafe: «*Los llamados a la sucesión de los ascendientes entran por derecho de representación, y haya transmisión en favor de ellos*». Pedimento: «*Conviene se provea por Ley, que en las disposiciones, ex testamento o intervivos, los hijos y descendientes, por línea recta de los sustituidos, y llamados a la sucesión de algunos bienes, que murieren antes que los primeros llamados, entren en lugar de sus padre y ascendientes como si ellos viviesen, representándolos. Y que en tal caso haya transmisión a favor de ellos, si otra cosa no se hubiera dispuesto claramente por los testadores*» (ley 51 de las citadas Cortes, recogida luego en la Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra, fechada en 1735: Libro III, Tít. XIII, ley 1).

¹⁵² ROCA SASTRE, *Observaciones críticas...* RGLJ. 1943, p. 581; CASTÁN, *op. cit.*, pp. 158 y 172.

¹⁵³ Puesto que se trata aquí solamente de hacer un apunte de carácter ilustrador, no pretendemos ser exhaustivos en la exposición, ni adentrarnos en los matices particulares propios de cada uno de los Ordenamientos que se agrupan en un mismo bloque. Más aún, algún Ordenamiento, como el alemán, no va a ser siquiera mencionado aquí, pues al estar construido en este tema sobre bases —el sistema de parentelas— diferentes a las de nuestro Derecho pensamos que, más que ilustrar, puede llevar a confusión.

¹⁵⁴ Vid. arts. 1039 y 1043 del *Code*. El primero dice así: «*Toute disposition testamentaire sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur*». El segundo, por su parte, establece que «*La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir*».

dentro de España, el Derecho foral de Vizcaya¹⁵⁵ y el de Cataluña¹⁵⁶ (aunque estos Derechos forales lo admiten, si bien que con variantes, con respecto a la legítima¹⁵⁷). Y por otro lado, los Ordenamientos que sí admiten el juego de esa figura en el ámbito de la sucesión testada, entre los cuales están el Derecho italiano¹⁵⁸ y el portugués¹⁵⁹ y, dentro de España, los Derechos forales de Aragón¹⁶⁰ y de Navarra¹⁶¹.

En nuestro Derecho civil común la cuestión no ha concitado tradicionalmente un parecer doctrinal pacífico, debido a que no hay en el Código una norma que resuelva la cuestión de modo explícito y general, sin perjuicio de preceptos varios utilizados como apoyo en un sentido u otro (esto es, precisamente, lo que en mayor medida ha dado lugar a la polémica).

La discusión a este respecto entre nosotros, aunque su primer embate serio se produjo en los albores del siglo xx¹⁶², tuvo su momento álgido a mitad del siglo. La causa de ello fue el choque que se produjo en ese tiempo entre varias corrientes en torno a la solución que debía darse a la sucesión en que uno de los hijos instituidos herederos en testamento por su padre premuere a

¹⁵⁵ Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco, Libro I (*Del Fuero civil de Vizcaya*), Título III (*De las sucesiones*), Capítulo Primero (*De la sucesión testada*), arts. 29 a 52, que no contemplan en absoluto esta posibilidad.

¹⁵⁶ Ley 40/1991, de 30 de diciembre, reguladora del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña, arts. 326 y 328, situados dentro del Título IV de la misma, cuya rúbrica es «*La sucesión intestada*», sin equivalentes en la sucesión testamentaria.

¹⁵⁷ Vizcaya: art. 54.3 de la Ley 3/1992, de Derecho civil foral del País Vasco; Cataluña: art. 352 de la Ley 40/1991, reguladora del Código de sucesiones por causa de muerte.

¹⁵⁸ Art. 467.2 del *Codice* de 1942: «*Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale*». Que además sitúa su regulación en el Libro II (*Delle successioni*) de su Código, Título I, cuya rúbrica es «*Disposizioni generali sulle successioni*». La representación en la sucesión testada parece que era ya admitida en Italia bajo el imperio del *Codice* de 1865 (art. 890), aunque con cierta polémica en cuanto a sus límites.

¹⁵⁹ Art. 2040 del *Código civil* 1966: (*Âmbito da representação*): «*A representação tanto se dá na sucessão legal como na testamentária, mais com as restrições constantes dos artigos seguintes*». Distinta era la situación bajo el imperio de su Código anterior (de 1867), en el que no existía norma semejante, lo que hacía que la doctrina fuera contraria a esa posibilidad.

¹⁶⁰ Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte: Art. 20.1: «*La sustitución legal puede darse en la sucesión voluntaria y en la legal, así como en la legítima*». Art. 21.1: «*En las sucesiones voluntarias la sustitución legal tiene lugar cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder*». La sustitución legal (este es el nombre que en Aragón recibe el derecho de representación) en la sucesión testada se admitía en Aragón, aunque en términos no iguales, también en la Compilación de 1967 (art. 141).

¹⁶¹ Ley 309.2 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo): «*A falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado, a contar del propio causante*».

¹⁶² NOVOA SEOANE: *El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes*, en RDP. 1914, pp. 143 ss.

este, dejando a su vez hijos (nietos de aquel) que llegado el momento, sin embargo, no están contemplados en el testamento del abuelo¹⁶³.

Una de esas corrientes era favorable a resolverlo extendiendo a ese caso, de forma general y sin restricciones, la operatividad del derecho de representación¹⁶⁴. Las consideraciones en que se basaba (no entramos ahora en argumentos concretos, cuya exposición y análisis dejamos para un poco más adelante) eran las siguientes¹⁶⁵. Una, la práctica generalizada en esa época, tanto entre Notarios como Registradores, de admitir el juego del derecho de representación en el caso dicho¹⁶⁶. Otra, la aparición en nuestro Ordenamiento civil común en el año 1940, obra de una ley especial por su materia pero de aplicación general a toda España, de una norma que admitía explícitamente el juego de ese derecho en la sucesión testamentaria¹⁶⁷. Y finalmente la influencia grande de la doctrina y del Derecho italianos, cuyo *Codice* de 1942 se había orientado inequívocamente en ese sentido.

Frente a ello, la corriente mayoritaria rechazaba dar entrada general al derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada, argumentando que los antecedentes, la sistemática del Código, la letra de sus preceptos y la propia naturaleza de ese derecho evidenciaban que el juego del mismo se circunscribía en nuestro Ordenamiento al ámbito de la sucesión intestada. Aunque luego aquí había que distinguir dos corrientes.

De un lado, la de quienes sin perjuicio de su no admisión en líneas generales, admitían sin embargo su posible juego en la sucesión testada, aunque circunscrito al ámbito de la legítima, por con-

¹⁶³ El problema se planteó sobre este caso por la sencilla razón de que los supuestos de indignidad y desheredación del hijo del testador (que dejaba a su vez –aquel– hijos, nietos por tanto del causante) ya estaban legalmente contemplados en los arts. 761 y 857 Cc.

¹⁶⁴ Integrada entre otros, aparte de por NOVOA SEOANE (*op. cit.*), por GIMÉNEZ ARNAU (*op. cit.*, pp. 20 y ss.); ESCOBAR DE LA RIVA (*op. cit.*, pp. 205 y ss.); SIERRA BERMEJO (*op. cit.*, pp. 449 y ss.) y, tal vez, CASTÁN (*op. cit.*, p. 151).

¹⁶⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 43. Para una visión general del planteamiento y la evolución doctrinal y jurisprudencial en este tema antes de 1981 pueden verse, además de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (pp. 50-64, cuyo estudio monográfico es fundamental en este tema), también RIVERA FERNÁNDEZ (*La preterición en el Derecho común español*, Valencia 1994, pp. 322-332) y MADRIÑÁN VÁZQUEZ (*op. cit.*, pp. 166-170).

¹⁶⁶ Así lo afirmaban rotundamente GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 20; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 211; CASTÁN, *op. cit.*, p. 149; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 451 y 477, buenos conocedores todos ellos, por razón de su quehacer profesional, de la realidad práctica.

¹⁶⁷ Ley de 5 de noviembre de 1940, de Contratación en zona roja. El precepto en cuestión era el art. 17.2, que decía así: «Las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia a favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a estos efectos como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiera otorgado nuevo testamento válido a favor de tercera persona».

siderar que en esta parte la sucesión no tiene carácter voluntario sino legal, asimilable por tanto a la sucesión intestada¹⁶⁸.

Y de otro lado la de quienes lo rechazaban sin excepciones, proponiendo en ese caso el recurso a la preterición, por considerar que si bien los nietos no son legitimarios de su abuelo mientras vive su padre, sí lo son sin embargo cuando este premuere al suyo, de tal forma que si no aparecen mencionados en el testamento de su abuelo, aunque lo hubiera estado su padre, han de considerarse preteridos¹⁶⁹.

La Jurisprudencia, por su parte, no presentaba una línea unívoca sino que fluctuaba dando soluciones diversas¹⁷⁰. En este sentido, aunque en la mayor parte de las ocasiones los pronunciamientos a este respecto eran a mayor abundamiento, cabe decir que el Tribunal Supremo se inclinaba a afirmar que el derecho de representación no es operativo en general en el ámbito de la sucesión testada pero sí en relación con la legítima¹⁷¹. Mientras que la Dirección General de los Registros y el Notariado, al menos a partir de los años 60, rechazaba tajantemente el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria, no admitiéndolo ni siquiera en relación con la legítima sino inclinándose por resolver el problema a través de la preterición¹⁷².

Resultado de todo lo cual fue que a partir de los años 60 del pasado siglo el *status quaestionis* en este tema quedó compendiado entre nosotros en los siguientes términos¹⁷³:

a) Como regla de principio, se rechazaba el juego general del derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada.

¹⁶⁸ Eran, estos, la mayoría de los tratadistas de la primera mitad del siglo: SCAEVO-LA, *op. cit.*, t. XVI, pp. 265-266; MANRESA, *op. cit.*, t. VII, pp. 53 y 79; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1701; DE DIEGO, *op. cit.*, t. III, p. 291. Pero la idea se mantiene también después: LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona 1971, t. I, *Parte general*, pp. 80-82.

¹⁶⁹ ALBI AGERO, *op. cit.*, pp. 117-118; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 546 ss.; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 454-455; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 7 ss y 33 ss; VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer* cit., p. 627.

¹⁷⁰ *Vid.* la exposición que de la misma hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 54-59.

¹⁷¹ *Vid.* SSTs. 22-6-1931 (RJ 2098/1931), 7-6-1950 (RJ 1018/1950), 6-12-1952 (RJ 2430/1952) y 5-7-1966 (RJ 3671/1966).

¹⁷² *Vid.* RDGRN. 14-8-1959 (RJ 3354/1959), en la que la DGRN rechazó la posibilidad de dar respuesta a este caso aplicando una solución semejante a la establecida en los arts. 761 y 857 Cc, y argumentó, entre otras cosas (Cdo. 5.º), que ello llevaría «al absurdo de reconocer solamente, por vía de representación, a dichos herederos forzosos [los del instituido heredero en testamento que sin embargo premuere al testador], la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que en el supuesto de preterición el Código civil decreta en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada, con la posibilidad de recibir una cuota mayor». Con anterioridad, sin embargo, la postura de la DGRN no había sido tan tajantemente contraria: *vid.* R. 10-5-1950 (RJ 702/1950).

¹⁷³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 59-61.

b) Como excepción, y con base en los arts. 761 y 857 Cc, se admitía el juego de ese derecho en la sucesión testada a favor de los descendientes del descendiente que no podía heredar por causa de indignidad o desheredación, aunque limitándolo a lo que por legítima correspondiera.

c) El caso del descendiente instituido en testamento que premoría al ascendiente testador, dejando (aquel) descendientes que llegado el momento no resultaban contemplados en el testamento del abuelo, alternaba entre dos respuestas: una, que sostenía la procedencia del derecho de representación pero solo en la legítima, y otra que optaba por aplicar estrictamente las reglas de la preterición¹⁷⁴. Ambas coexistieron en el tiempo, aunque inicialmente la primera contó quizá con mayor predicamento, si bien luego parece que la tendencia se invirtió.

Esta situación se mantuvo así hasta la modificación del Código civil por obra de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que introdujo un párrafo tercero nuevo en el art. 814 de aquel, que vino a resucitar el debate apuntado. Y no solo a resucitarlo, sino que cabe decir incluso que a darle la vuelta, ya que la letra de ese párrafo nuevo parece resolver la cuestión en sentido favorable al juego del derecho de representación en la sucesión testada. Así lo entiende la doctrina actualmente mayoritaria, si bien no puede tampoco decirse que sea pacífica, ya que existen voces autorizadas que discrepan de esa valoración de la norma.

Nuestra pretensión en este punto del trabajo no es ocuparnos de este tema en profundidad, sino solo en la medida en que resulte necesario para el concreto asunto que nos ocupa. Esto no obstante no sería adecuado para nuestro propósito, como tendremos ocasión de comprobar, asumir la idea dominante, dar por supuesto el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria, y limitarnos a estudiar la operatividad que en ella pueda tener ese derecho en caso de repudiación. Se precisa una visión más amplia. Por lo que, aunque sin pretensiones de exhaustividad, antes de entrar

¹⁷⁴ El tenor del art. 814 en la redacción inicial del Código era el siguiente: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. / La preterición del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código. / Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*». Este precepto fue modificado por Ley de 24-4-1958, que le dio la siguiente redacción: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. / La preterición del viudo o viuda no anulará la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código. / Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*».

en nuestra cuestión vamos a analizar si el derecho de representación tiene realmente o no juego en nuestro Ordenamiento en la sucesión testada, a fin de establecer de modo claro las premisas sobre las que procedemos.

4.1.2 LOS ARGUMENTOS DE ESTE DEBATE: EXPOSICIÓN Y VALORACIÓN DE LOS MISMOS

Procedemos, en este apartado, a exponer y valorar los argumentos que se esgrimen, o se han esgrimido, a favor y en contra de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada¹⁷⁵.

A) Argumentos de Derecho positivo

a) Art. 925 Cc

Un primer argumento se ha extraído de lo dispuesto en este precepto, en el que se dice que «*el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente. / En la colateral solo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos...*».

A partir del mismo, algunos autores han deducido argumento a favor de la operatividad del derecho de representación en línea recta descendente en la sucesión testada, considerando que el tér-

¹⁷⁵ A este respecto, hacemos aquí una triple observación. Una es, que esos argumentos se han planteado fundamentalmente en tiempos previos a la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, y que después de la misma algunos han perdido su razón de ser, en todo o en parte; eso no obstante su consideración creemos que resulta útil, sobre todo en el caso de aquellos que presentan carácter intemporal, pues nos servirán luego para analizar mejor la cuestión a la luz de la situación creada por obra de la reforma de 1981. Otra observación es que se trata de argumentos utilizados en un debate en el que se involucran de forma confusa enfoques diversos –así, hay quienes lo plantean *de lege lata* y quienes lo hacen *de lege ferenda*; del mismo modo que hay quienes se basan en argumentos de estricto carácter técnico jurídico, quienes se apoyan en consideraciones de piedad, equidad o humanidad, y quienes lo hacen sobre la base de la praxis en esta materia– y se entrelazan figuras varias de Derecho sucesorio cuya naturaleza, alcance y significado no son del todo pacíficos –como por ejemplo, aparte del propio derecho de representación, la legítima, el tercio de mejora o la preterición– (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 44-50), lo que hace que a veces la ubicación de un autor entre los sostenedores de una determinada posición no parezca coherente con lo que en otro momento se dice que sostiene ese mismo autor. La tercera observación es para apuntar que puesto que en ocasiones un mismo argumento es utilizado tanto por quienes sostienen una postura como por quienes defienden la contraria, pensamos que mejor que presentar agrupados en bloques –el favorable al juego del derecho de representación en la sucesión testada, y el que lo rechaza– los distintos argumentos empleados, es considerar de forma independiente cada dato o argumento y las distintas valoraciones que del mismo se han hecho. Aunque esto no obstante advertimos también que para mayor claridad expositiva sí vamos a hacer una cierta clasificación, pero que resulta inane en este sentido porque atiende a la naturaleza de los argumentos, esto es según sean de derecho positivo, de índole sistemática o de naturaleza dogmática.

mino «siempre» no hay base para restringirlo solo a la sucesión abintestato sino que abarca también la sucesión testada¹⁷⁶.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, no admite este argumento, considerando que la palabra «siempre» encuentra su sentido contraponiéndola al término «nunca» que en ese mismo precepto se emplea en relación al juego de ese derecho en línea recta ascendente, y al término «solo» utilizado para determinar su operatividad en línea colateral¹⁷⁷. Esto es, que «siempre» quiere ahí decir simplemente que, a diferencia de lo que ocurre en la línea recta ascendente en que está tajantemente excluido, o de lo que ocurre en la línea colateral en que se admite pero de forma limitada (solo a favor de los hijos de hermanos), en la línea recta descendente el derecho de representación puede jugar sin limitaciones. Pero que eso no significa que en esa línea juegue tanto en la sucesión intestada como en la testada. Significa que, cuando proceda, en la línea recta descendente podrá llegar *ad infinitum*, sin límite de grado. Ahora bien, cuándo proceda este derecho, cuándo pueda operar esta figura, es cosa que este precepto no entra a determinar, sino que debe buscarse en otro lado.

Por nuestra parte, nos parece que la interpretación correcta de este precepto es la segunda, y por tanto que no cabe deducir, del mismo, argumento a favor del juego del derecho de representación en la sucesión testada.

b) Arts. 912.3, 913, 986 y 888 Cc

Son preceptos diversos entre sí desde el punto de vista de su finalidad inmediata, que sin embargo han sido agrupados a este efecto por un sector de la doctrina, considerándolos exponentes de la imposibilidad de aplicar el derecho de representación al ámbito de la sucesión testamentaria¹⁷⁸.

El denominador común que esos autores encuentran entre esos preceptos es que en ellos se contemplan diversos supuestos de ineficacia del llamamiento sucesorio que un sujeto ha hecho en su testamento –por falta de cumplimiento de la condición impuesta en ese sentido, por premoriencia del instituido como heredero, u

¹⁷⁶ NOVOA SEOANE, *op. cit.*, p. 144; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206.

¹⁷⁷ CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 553-554; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 16-17, nota 5; CAS-TÁN, *op. cit.*, p. 149; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona 1971, p. 80.

¹⁷⁸ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil II* cit., p. 268; CÁMARA, *op. cit.*, p. 16, nota 5; LACRUZ, *Notas al Derecho de Sucesiones* de JULIUS BINDER, 1953 (trad. esp. de la 2.^a ed. alemana), p. 164; VATTIER, *op. cit.*, pp. 277-278.

otros–, y que la respuesta que el Código les da pasa por expedientes varios –sustitución vulgar, acrecimiento, apertura de la sucesión intestada– pero nunca por admitir el juego del derecho de representación. Esto, concluyen esos autores, no puede significar otra cosa sino que nuestro Derecho actual no admite el juego del derecho de representación en la sucesión testada, ya que «sería mucha casualidad que en [esos artículos] el legislador hubiera cometido el lapsus de olvidarse de este derecho»¹⁷⁹, que sin embargo no olvida en el art. 922 Cc, al tratar de un supuesto semejante pero en la sucesión intestada.

Por nuestra parte creemos que hay que reconocer y dar valor al hecho de que en ninguno de esos preceptos se contempla el derecho de representación como expediente con el que dar respuesta a los supuestos que en ellos se regulan, siendo así que si se admitiera el juego de esa figura en este ámbito podría y sería oportuno efectivamente que operara en ellos.

Es verdad, eso no obstante, que cabe idear una explicación de los mismos compatible en cierta medida con el reconocimiento de operatividad al derecho de representación en la sucesión testada, explicación que pasaría no tanto por alegar olvido o lapsus del legislador¹⁸⁰ cuanto por destacar que esos preceptos –sobre todo los arts. 912.3 y 986 Cc– están dictados pensando principalmente en una sucesión testamentaria voluntaria¹⁸¹ y en el destino ulterior general de la herencia cuando ese llamamiento se frustra, sin considerar lo que pueda ser de la parte de legítima en los casos en que proceda (lo que, como sabemos, en este tema tiene importancia fundamental). Pero, aunque eso pudiera ser así, lo que en todo caso parece seguro es que estos preceptos no pueden utilizarse en apoyo de la operatividad general del derecho de representación en la sucesión testada.

c) Art. 17.2 de la Ley de 5 de noviembre de 1940¹⁸².

Se trata de un precepto que tuvo en su momento cierto juego en este tema, como quedó dicho más arriba al hacer el planteamiento general del mismo.

¹⁷⁹ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, en *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, de LACRUZ-ALBALADEJO, Barcelona 1961, t. V-1.º, p. 202.

¹⁸⁰ Así se pronuncia, sin perjuicio de lo que apuntamos en el texto y la nota siguiente, SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 455.

¹⁸¹ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 455-456. LACRUZ, sin embargo, se opone a esta explicación: *Derecho de Sucesiones. Parte general*, en *Tratado teórico-práctico... cit.*, p. 202.

¹⁸² *Vid. supra* nota 167.

Pues por un lado, al hacer alusión explícita a la representación en un caso de sucesión testada, y en sentido afirmativo, se podía pensar que respaldaba su operatividad en este ámbito¹⁸³. Pero por otro lado se podía considerar también que se trataba de un precepto excepcional, dictado para un supuesto absolutamente singular, y que esto impedía su generalización a otros casos¹⁸⁴.

La Jurisprudencia no mantuvo a este respecto una línea clara. Pues en unas ocasiones destacaba que con ese precepto «se amplió el concepto desenvuelto en los artículos 924 y siguientes del Código civil»¹⁸⁵ (lo que parecía favorecer una operatividad amplia del mismo), en otras subrayaba que se trataba de un «excepcional derecho»¹⁸⁶ (lo que apuntaba en sentido contrario) y en otras, más prolijamente, afirmaba que «esta regla excepcional y transitoria afianza el criterio legislativo normal y excluyente de la sustitución en la parte libre de la herencia, ya que la regla excepcional no hubiera sido precisa si las disposiciones del Código civil concediesen a los descendientes del heredero voluntario premuerto el derecho de situarse en el puesto que a este correspondería si no hubiera fallecido antes que el testador, y cualquier tendencia doctrinal, legislativa e histórica, de rango preponderante en vías de interpretación de las normas legales dudosas, ha de ceder ante preceptos positivos que la contradigan en nuestro Derecho»¹⁸⁷.

Dicho esto, aunque esta norma haya dejado hace ya tiempo de tener aplicación, debemos apuntar nuestra valoración de la misma. Y en este sentido hemos de decir que nos parece evidente que este precepto, por los requisitos que señalaba al supuesto para el que se dictó y por la amplitud de las consecuencias jurídicas que en él se establecían, no puede constituir un argumento utilizable en la cuestión que en este punto nos ocupa, esto es si el derecho de representación tiene o no operatividad general en la sucesión testada. Pues sea cual sea el significado de ese precepto, en todo caso es claro que se trataba de una norma absolutamente

¹⁸³ Vid. los motivos del recurso de casación que desembocó en la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952).

¹⁸⁴ El mismo hecho de haberse dictado esa disposición para dar respuesta a tal supuesto, se decía, es prueba de que en nuestro Ordenamiento el derecho de representación no tiene operatividad general en sede de sucesión testada; de lo contrario esa norma no hubiera sido necesaria. Vid. CÁMARA, *op. cit.*, p. 16; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado II*, cit., pp. 265-267.

¹⁸⁵ RR. DGRN. de 28-5-1943 (RJ 700/1943) y 27-7-1943 (RJ 947/1943).

¹⁸⁶ S. del Tribunal Especial sobre contratación en zona roja de fecha 15-2-1944 (RJ 246/1944).

¹⁸⁷ STS 18-12-1962 (RJ 4897/1962; el caso versaba sobre sucesión sometida al Derecho aragonés, en el que el «derecho de representación» recibe el nombre de «sustitución»). En el mismo sentido la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952).

excepcional¹⁸⁸, cuya valoración y significado, por tanto, no pueden ir más allá de ella misma¹⁸⁹.

d) Art. 985.2 Cc

Algún autor ha sostenido que de este precepto cabe extraer argumento a favor de la operatividad del derecho de representación en caso de sucesión testada. Pues si en él se establece la sucesión a favor de los coherederos forzosos solo cuando uno de ellos repudia lo que en concepto de legítima le corresponde, es porque en otros casos –esto es, premoriencia o indignidad– puede jugar el derecho de representación. Y como el precepto es aplicable tanto a la sucesión intestada como a la testamentaria, esto permite concluir que derecho de representación y sucesión testada no son términos incompatibles¹⁹⁰.

Por nuestra parte, no nos parece convincente este argumento. Es verdad que el art. 985.2 Cc es aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada, y es verdad también que la solución que en él se impone –una especie de «derecho de acrecer» impropio, por ser entre legitimarios– va referida literalmente solo al caso de repudiación. Pero eso no obstante no podemos tampoco olvidar que no hay base ninguna para entender que en ese precepto se han omitido los supuestos de premoriencia e indignidad del heredero forzoso porque se haya considerado que en ellos puede entrar en juego el derecho de representación con preferencia sobre el acrecimiento, y que además al establecerlo se haya pensado en un supuesto de sucesión testada.

Y a lo dicho hay que añadir que el art. 985.2 Cc es un precepto que toca la cuestión aquí considerada solo de forma tangencial: para evidenciar esto basta considerar que el supuesto de hecho del precepto puede darse también con legitimarios en línea recta ascendente, en cuyo caso el derecho de representación no tiene posible juego ninguno.

Todo lo cual creemos permite concluir afirmando que de este precepto no pueden extraerse argumentos relevantes para decidir si

¹⁸⁸ El precepto era verdaderamente singular, por un lado, porque circunscribía la operatividad de la figura contemplada en él a casos de heredero testamentario muerto en el frente, fusilado o asesinado en zona roja por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, con anterioridad a la muerte del testador; y por otro, porque la ampliaba haciéndola aplicable a cualquier instituido en el testamento, aunque no fuera descendiente o hermano del testador, con lo que superaba lo dispuesto en general para el derecho de representación.

¹⁸⁹ El mismo hecho de que haya sido utilizada en este debate, tanto a favor como en contra, es prueba de ello (CÁMARA, *op. cit.*, p. 16).

¹⁹⁰ LACRUZ, Notas al *Derecho de Sucesiones de Binder* cit., p. 164, aunque circunscribiéndolo a la legítima.

el derecho de representación opera o no en sede de sucesión testada. Jugará, o no, según resulte de sus normas específicas, del conjunto del sistema y de su propia naturaleza, pero no se deben emplear en ese debate argumentos traídos forzosamente de este precepto.

e) Art. 1.038 Cc

También este precepto ha sido empleado en alguna ocasión como apoyo de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada. Pues en el párrafo primero del mismo se habla de representación y en el párrafo segundo de testador, todo lo cual, en junto, se ha considerado implica que el derecho de representación es aplicable también a la sucesión testada¹⁹¹.

No nos convence a nosotros, sin embargo, este argumento. Por dos razones.

Una, porque ni siquiera la letra del precepto, considerada estrictamente, permite sostener tal conclusión como algo inequívoco. Nótese que el art. 1038 Cc establece en su párrafo primero que los nietos colacionarán todo lo que hubiera debido colacionar su padre si viviera, aunque no lo hayan heredado, cuando esos nietos sucedan al abuelo en representación de su padre, pero sin hablar para nada de (causante o abuelo) testador. Es solo en el segundo párrafo de ese precepto, que va referido a un supuesto distinto del contemplado en el párrafo primero (deber de colacionar, los nietos, lo que ellos hubiesen recibido directamente del abuelo durante la vida de este, salvo disposición en contrario), cuando se habla de (causante o abuelo) testador. La referencia al testador, por tanto, se contiene solo en uno de los dos párrafos del precepto, precisamente en el que no se habla de representación, y en el que la referencia al testador tiene además, a nuestro entender, un carácter secundario. Lo que permite cuestionar que sea legítimo, a partir de ahí, extraer una conclusión aplicable al derecho de representación en general¹⁹².

Y otra, porque aunque el tenor literal del precepto sea amplio y pueda abarcar tanto la sucesión testada como la intestada, debe tenerse presente que no se trata de un precepto dictado propiamente para regular el derecho de representación sino la colación¹⁹³. Y

¹⁹¹ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 463-464; LACRUZ, Notas al *Derecho de Sucesiones de Binder* cit., p. 164 (aunque circunscribiéndolo a la legítima).

¹⁹² No obstante lo dicho, reconocemos que esta razón es débil por sí sola.

¹⁹³ CÁMARA, *op. cit.*, p. 41. El otro argumento que utiliza CÁMARA para reforzar su tesis —que en el art. 1038 Cc no se emplea la expresión «en representación» refiriéndose al derecho de representación en sentido estricto, y por tanto que este no es aplicable a la sucesión testada—, nos parece sin embargo discutible. Para la exposición del planteamiento de CÁMARA y de nuestra valoración al respecto, *vid. supra* nota 118.

por tanto que este precepto no sirve como argumento relevante en este debate, porque no está dictado específicamente para este caso.

f) Art. 766 Cc

Por su ambiguo tenor literal, este precepto ha posibilitado que se hayan formado, sobre él, interpretaciones distintas y contrapuestas en este tema¹⁹⁴.

Así, por un lado están quienes lo valoran como «la negación más rotunda del derecho de representación» en la sucesión testada, su «contrafigura», la «barrera infranqueable» que le cierra el paso en la sucesión testada¹⁹⁵. «Lo único que viene a decir –se ha afirmado– es que no se da el derecho de representación en la sucesión voluntaria, que es lo mismo que decir sucesión testamentaria»¹⁹⁶. En este sentido, se ha apuntado que los tres casos que en el precepto se contemplan –premoriencia, indignidad y repudiación– tienen como denominador común estar referidos todos a un heredero voluntario, esto es no forzoso o legitimario, pero que esto no permite considerar el término «voluntario» como sinónimo o equivalente a heredero testamentario. Para que así fuera –dicen– «sería necesario entender modificado dicho art. 766 del Código en el sentido de que donde dice *voluntario*, es que dice *testamentario*, cosa imposible de admitir, porque cada una de dichas palabras tiene un sentido bien caracterizado»¹⁹⁷.

Otro sector de la doctrina, sin embargo, considera que este precepto constituye un apoyo a favor de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada. En este sentido están quienes sostienen que en el art. 766 Cc la expresión «heredero voluntario» debe entenderse como «heredero testamentario», y que este entendimiento debe referirse a todos los supuestos contemplados en el precepto¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Aunque es cuestión discutida y discutible (*vid. supra* 3.1.a), para justificar su consideración en este punto advertimos que procedemos aquí sobre la base de que se refiere a un derecho de representación.

¹⁹⁵ BURGOS BOSCH, *El derecho de representación en la herencia testada*, Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, publicada por dicho Colegio en *Temas varios de Derecho público y privado*, 1943, cit. por ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado* II, cit., p. 268).

¹⁹⁶ CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 548.

¹⁹⁷ ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 207, quien esto no obstante es partidario de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada, solo que no con base en este artículo (p. 206).

¹⁹⁸ GIMÉNEZ ARNAU, interpretándolo a la luz del art. 890 del *Codice* italiano de 1865, atribuye al art. 766 Cc el valor de establecer que el derecho de representación existe en la sucesión testamentaria (voluntaria), y con la misma extensión que en la sucesión intestada, salvo en cuanto a los derechos que el heredero que falte (el representado) hubiese recibido como manda o mejora (*op. cit.*, pp. 29-30). También CRUZ AUÑÓN asimila sucesión volunta-

Y otros autores, finalmente, evitan tomar partido en esta polémica y optan por relativizar su valor afirmando que «si este precepto constituyera el único obstáculo para la representación sucesoria en la herencia testamentaria, esta debería admitirse en el Código civil»¹⁹⁹.

¿Qué pensamos nosotros al respecto? Por nuestra parte, y manteniendo la idea que en su momento dejamos expuesta, nos inclinamos a pensar que este precepto se refiere en todos los casos a sucesión testamentaria. Lo que se basa en lo siguiente. «Herederero voluntario», en nuestro Derecho, es expresión que admite una doble acepción: el que ha sido instituido como tal mediante negocio sucesorio otorgado por el causante, y el que no es considerado por la ley como heredero forzoso o legitimario. Sobre esta base, la equiparación, en el art. 766 Cc, de heredero voluntario a heredero testamentario, se sustenta en las dos siguientes razones. Una, la propia literalidad del precepto, pues sea o no forzoso el heredero al que se refiere, en todo caso «voluntario» es adjetivo que no puede nunca cuadrar con una sucesión abintestato. Y otra, la sede en que el art. 766 está situado en el Código civil: Libro III, Título III, Capítulo II, Sección segunda, cuya rúbrica es «*De la institución de heredero*», siendo así que «instituir» e «institución» son términos que se utilizan siempre en el ámbito de la sucesión testada. A la vista de lo cual concluimos que este precepto se refiere a una sucesión en que la voluntad del causante ha tenido juego, y más concretamente a una sucesión testamentaria, pues en Derecho civil común, salvo contadísimas excepciones, esa es la forma de deferir voluntariamente una sucesión.

La interpretación más plausible de este precepto, por tanto, a pesar de su defectuoso tenor literal, es que se refiere a una sucesión testamentaria. Sin perjuicio de lo cual, y manteniendo aquí igualmente la conclusión que en su momento sostuvimos²⁰⁰, consideramos también que su utilización en apoyo del juego del derecho de

ria a sucesión testamentaria, aunque en todo caso no cree que se saque gran partido de este artículo, a causa de su desgraciada redacción (*op. cit.*, pp. 547-549). ALBALADEJO entiende que el carácter testamentario del heredero resulta del hecho de que «el artículo se dicta dentro de la sucesión testada (en la Sección II, De la institución de heredero, del cap. II) y a la vista del nombramiento hecho por el causante, así que testamentariamente, o de desheredación, luego también disposición testamentaria (art. 849)» (*op. cit.*, p. 324, aunque eso no obstante apunta ALBALADEJO que la idea que en este artículo se contiene, de que el que no sucede no transmite a sus herederos nada sino en los casos de los artículos 761 y 857, alcanza a toda sucesión, sea testada o intestada). Resume la polémica en torno a este punto MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 159-160.

¹⁹⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado II* cit., p. 268 (aunque en p. 295 añade que en este precepto sobra la palabra «voluntario» (sobre todo al aludir al art. 857 Cc), pero también la de «testador», que «debería ser sustituida por la de causante, ya que el art. 766 es igualmente aplicable a la sucesión testada que a la intestada»); CÁMARA, *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁰ *Supra* 3.1.a).

representación en este campo es una interpretación con fundamento poco sólido, por dos razones. Una, el muy deficiente tenor literal de la norma, que hace que su interpretación en clave de *ius repraesentationis* no resulte inequívoca. Y otra, la consideración de que los autores del Anteproyecto de 1882-1888 (que es donde el precepto aparece por vez primera), y lo mismo los del Código civil, no tuvieron nunca consciencia de introducir, con ese artículo, una norma con el significado dicho, y mucho menos cabe decir que tuvieran en su mente esa intención. Pues el precepto en cuestión fue introducido de forma precipitada, sin plena consciencia de su operatividad y alcance, y sin una precisa finalidad. Todo lo cual hace que resulte extraordinariamente aventurado e incierto sustentar en él cualquier razonamiento o construcción en este sentido.

g) Art. 929 Cc

Este es uno de los artículos de referencia tradicionales en este debate, empleado mayormente en apoyo de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada, además de en la intestada.

Pues si en él se establece –dando ahora nosotros formulación positiva a lo que en el precepto se dispone en términos negativos– que se puede representar a una persona viva en caso de indignidad y desheredación, y esta última solo puede hacerse en testamento (art. 849 Cc), de ahí extraen diversos autores, como consecuencia, que el derecho de representación es operativo también en la sucesión testada²⁰¹. Y sentado lo anterior, el paso siguiente era natural darlo: «si a los hijos del desheredado se les admite a la representación, no pueden ser de condición inferior a estos los hijos del premuerto o incapaz [*i.e.*, indigno]»²⁰², lo que lleva a extender también a ellos la operatividad de la figura, y en definitiva a generalizar su aplicación en el ámbito de la sucesión testamentaria. «Resulta evidente –se ha dicho entonces– que estamos frente a una institución jurídica [el derecho de representación] que atañe, natural y ordinariamente, a las sucesiones intestadas, pero que puede intervenir e interviene... en las testamentarias, y que los preceptos que las regulan (...) no están dictados solamente para el coto cerrado de las sucesiones *ab intestato*, sino que son perfectamente aplica-

²⁰¹ NOVOA, *op. cit.*, p. 144; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206.

²⁰² ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206; BURGOS BOSCH, *op. cit.*, p. 9 (que no hemos podido consultar, pero cit. por MADRIÑÁN, *op. cit.*, p. 153).

bles también en las sucesiones testamentarias cuando se den los supuestos necesarios»²⁰³.

¿Qué valor tiene este argumento?

Algunos autores se han mostrado críticos con él, considerando que al ser de índole fundamentalmente literal resulta de dudoso valor²⁰⁴. Y otros, más radicales, han sostenido que este precepto no prueba nada en este sentido, porque es posible que el testamento en cuestión se limite solamente a desheredar, en cuyo caso ciertamente se podrán aplicar las normas relativas al derecho de representación, pero porque entonces la sucesión de ese causante se deferirá enteramente con arreglo a las normas de la sucesión intestada, con lo que el argumento pierde su valor²⁰⁵.

Por nuestra parte, aun reconociendo que esta última posibilidad es cierta, pensamos en todo caso que no priva totalmente de valor en este sentido a lo dispuesto en el art. 929 Cc. No solo porque el supuesto de hecho del art. 929 Cc no se limita a esa hipótesis concreta de desheredación que provoca que la herencia toda se defiera abintestato (ya que la letra del precepto admite también otras posibilidades), sino porque así resulta de su combinación con otros preceptos. En efecto, aunque la ubicación sistemática del art. 929 Cc puede en un primer momento hacer pensar que se aplica solo a sucesiones intestadas, lo contrario se evidencia si ese precepto se pone en conexión —como en su antecedente en el Proyecto de 1851 resultaba explícitamente²⁰⁶— con los arts. 761 y 857 Cc, a los que remite (y de los que tratamos en la letra siguiente). El art. 929 Cc tiene, así pues, cierto valor en apoyo de la operatividad del derecho de representación también en la sucesión testada, al menos en algunos casos.

Dicho lo cual, ahora bien, la cuestión clave que a nuestro juicio se plantea entonces es determinar a qué tipo de representación se hace referencia en esos preceptos (arts. 929, 761 y 857 Cc): si la regulada en los arts. 924 y ss. Cc u otra. Más concretamente, si esa representación defiere al representante todo lo que hubiera sido inicialmente destinado al representado en esa herencia, o solo lo que en concepto de legítima correspondiera a este en la misma. A nuestro entender y al de la doctrina absolutamente mayoritaria, como ya vimos en su

²⁰³ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462.

²⁰⁴ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 80.

²⁰⁵ CÁMARA, *op. cit.*, p. 17, nota 5.

²⁰⁶ Así debe entenderse el actual art. 929 Cc, pues así resulta de su antecedente en el Proyecto de García Goyena (art. 758), que era más claro en este sentido en tanto que hacía referencia directa a preceptos concretos señalándolos por su número. El art. 758 del Proyecto de García Goyena rezaba así: «No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673», el primero de los cuales era a su vez paralelo del actual art. 761 Cc, y el segundo del actual art. 857 Cc.

momento²⁰⁷, la respuesta correcta es la señalada en segundo lugar. Lo que supone un obstáculo en orden a extender a la sucesión testamentaria voluntaria lo permitido para con la legítima. No vamos en este momento a resolver esto definitivamente, pero sí hay que decir que se trata de cuestiones distintas, y por tanto que la solución dispuesta para con una no tiene por qué valer ni ser aplicable a la otra.

h) Arts. 761 y 857 Cc

Íntimamente relacionados con el anterior, los arts. 761 y 857 Cc son otros de los preceptos de referencia obligada en este tema. ¿Qué valor tienen en apoyo de la idea de que el derecho de representación es operativo también en la sucesión testada? ¿A qué tipo de sucesión son aplicables estos preceptos: a la intestada, a la testada, o a ambas?

A favor de la primera opción cabe aducir que así resulta tanto de la remisión que a esos preceptos hace el art. 929 Cc, situado en sede de sucesión intestada, cuanto de la valoración que tradicionalmente se ha hecho del derecho de representación como figura específica de la sucesión abintestato.

Algunos autores, sin embargo, han sostenido que esos artículos se refieren exclusivamente a la sucesión testada, en el caso del art. 761 Cc fundamentalmente en base a la letra del precepto, que se refiere al causante de la sucesión hablando de «testador»²⁰⁸, y en el caso del art. 857 Cc en base a que la desheredación es cosa que solo puede hacerse en testamento (art. 849 Cc)²⁰⁹.

En verdad, ninguna de esas interpretaciones es aceptable. La interpretación correcta es que se trata de normas aplicables tanto a la sucesión intestada como a la testada. Así resulta si se aplican adecuadamente los criterios hermenéuticos que en nuestro Derecho están previstos. Procedemos a ello a continuación, aunque separadamente en relación con cada uno de esos preceptos.

h') En cuanto al art. 761 Cc, su aplicabilidad a las sucesiones testamentarias está fuera de toda duda, por lo que no es necesario

²⁰⁷ Supra 3.2.B) y 3.3.A.b).

²⁰⁸ GUILARTE, *op. cit.*, p. 185; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil* cit., p. 309. También REY PORTOLÉS, aunque sobre la base de que este precepto «articula una representación en la legítima... y esta es institución propia de la sucesión testada» [*Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, RCDI. 1982, p. 300].

²⁰⁹ NOVOA SEOANE, *op. cit.*, p. 144; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206, aunque estos autores más se sirven de ellos para extender el derecho de representación también a la sucesión testada que para rechazar absolutamente su operatividad en la intestada.

aquí detenernos en ello. La cuestión es si resulta aplicable también a las sucesiones abintestato. A nuestro juicio, como hemos dicho, sí. Por lo siguiente.

De entrada porque, aun siendo cierto que su letra habla de «testador», su valor queda relativizado si se atiende a los antecedentes del precepto y a su evolución hasta desembocar en el Código civil. Esto no exige gran esfuerzo, pues la propuesta primera de este artículo se hizo en el Proyecto de 1851, de la mano de García Goyena. Su equivalente en ese Proyecto (art. 623) decía así: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios*». En el Anteproyecto de Código de 1882-1888 el tenor de esa norma (proyectada) se mantuvo inalterado en lo sustancial²¹⁰. Pero al ser trasladado al definitivo Código civil (art. 761) tuvo sin embargo, al margen de otras variaciones de estilo, una modificación importante, pues se suprimió el inciso «*en el caso de haber otros herederos testamentarios*». Resultando así un precepto que sigue hablando de «testador» pero en el que ha desaparecido el inciso final que inicialmente tenía previsto, con el que se subrayaba el carácter testamentario del supuesto y se destacaba que la norma no era susceptible de aplicación general sino solo en los casos que cumplieran los requisitos que en esa misma norma iban implícitos, esto es que el hijo indigno no fuera el único heredero y sobre todo que la sucesión se hubiera deferido por vía de testamento²¹¹. Esto es una modificación trascendente en este sentido, pues al suprimir ese inciso cabe entender que el legislador ha disminuido el carácter testamentario del supuesto considerado en el precepto, con respecto al que inicialmente tenía²¹².

²¹⁰ Art. 760 del Anteproyecto: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y también tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la legítima en el caso de existir otros herederos testamentarios*».

²¹¹ Esto significaba que en caso de herencia intestada la solución no era la misma. Así, frente a la solución adoptada en el Código sardo (albertino), en el que la representación en caso de indignidad se limitaba siempre a la legítima, fueran cuales fueran las circunstancias, GARCÍA GOYENA explicaba el sentido del art. 623 del Proyecto —del que él mismo había sido su autor— diciendo, al comentar la expresión «*Herederos testamentarios*», que «como la incapacidad o indignidad tienen también lugar en las herencias sin testamento, los hijos del incapaz o indigno sucederán en ellos por las reglas generales del título siguiente [*i.e.*, de la herencia intestada: *vid.* arts. 742 y 743], sin atenerse a la rigurosa legítima, pues que no les obsta la expresa voluntad del testador» (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., t. II, p. 76; también p. 167). Lo que supone que el art. 623 del Proyecto de 1851 establecía un régimen particular para la sucesión testada, distinto al de la sucesión intestada.

²¹² MANRESA explica que los redactores del Código definitivo suprimieron el inciso final que originariamente tenía esta norma «para evitar las confusiones a que daba lugar» (*Comentarios...*, t. VI, p. 80). En el mismo sentido ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X-1.º, art. 761 Cc, p. 287) y ESPEJO (*op. cit.*, pp. 115-116).

Esta valoración del dato literal, ahora bien, aunque pueda ser plausible reconocemos que por sí sola no es suficiente. Es preciso, para sostener con firmeza la idea de que este precepto es aplicable también a la sucesión intestada, encontrar otros apoyos que la confirmen. Son los siguientes.

En primer lugar el criterio lógico, pues nada parece más razonable que aplicar la misma solución en todo caso de indignidad del descendiente de grado más próximo que a su vez tiene descendientes, con independencia de que la sucesión se defiera por vía testada o intestada.

Y en segundo lugar el criterio sistemático, que a su vez se integra por una doble consideración. Una, la remisión que al art. 761 Cc hace el art. 929 Cc, situado este en sede de sucesión intestada. Y otra, el hecho de que el art. 761 Cc se encuentra en una sección del Código cuya rúbrica es «*De la capacidad para suceder por testamento y sin él*»²¹³.

Todo lo cual, ahora sí, creemos justifica suficientemente la consideración de que el art. 761 Cc no es operativo solo en la sucesión testada sino también en la intestada.

h'') En cuanto al art. 857 Cc, una adecuada hermenéutica lleva al mismo resultado.

En el Proyecto de García Goyena (los antecedentes de este precepto, al igual que los del art. 761 Cc, se remontan solo a mediados del siglo XIX), su equivalente (art. 673) decía que «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima...*», destacando en el mismo la utilización de los términos «desheredación» –que es figura que solo puede hacerse en testamento (art. 849 Cc)– y «testador». En el Anteproyecto de 1882-1888, sin embargo, se introdujo en esa norma (proyectada) una modificación reseñable al efecto que aquí interesa, en tanto que el tenor del artículo correlativo (art. 842) pasó a ser el siguiente: «*Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima...*». Desapareció en él, pues, la referencia al causante testador, manteniéndose esa línea en la redacción definitiva del Código civil, ya que los matices que se introdujeron en la última versión no tuvieron ninguna trascendencia en este sentido²¹⁴. ¿Cuál es, entonces, el ámbito de operatividad propio de este precepto?

A pesar de que en la evolución de la letra de la norma ha ido disminuyendo, hasta desaparecer, la referencia al testador, su ope-

²¹³ Sección primera del Capítulo II del Título III del Libro III del Código.

²¹⁴ Art. 857 Cc (en su redacción inicial): «*Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma*».

ratividad en las sucesiones testamentarias es imposible de discutir, habida cuenta que la desheredación, en cuya sede está situado este precepto²¹⁵, es algo que necesariamente ha de disponerse en testamento (art. 849 Cc).

Pero además de a la sucesión testada también es aplicable a la intestada, en caso de que a resultas de la desheredación la sucesión del causante se haya de deferir enteramente con arreglo a las normas propias de esta. Lo que se demuestra, al igual que dijimos al ocuparnos del art. 761 Cc, tanto acudiendo al criterio lógico –pues nada resulta más razonable que aplicar el mismo tratamiento en caso de desheredación, con independencia de que la sucesión en su conjunto se defiera después por vía testada o intestada– como en base a la remisión que al art. 857 hace el art. 929 Cc, situado en sede de sucesión intestada.

Como conclusión, y tal como admite la generalidad de la doctrina, tenemos entonces que los arts. 761 y 857 Cc permiten el juego del derecho de representación en los casos de indignidad o desheredación del descendiente de grado más próximo, lo mismo si se trata de sucesión intestada que si de sucesión testada. Lo que supone excluir la incompatibilidad absoluta entre derecho de representación y sucesión testada que algunos pretenden.

Aunque esto dicho debemos también tener muy presente lo que señalamos en el apartado anterior, al considerar el art. 929 Cc. Esto es, que el derecho de representación que en los arts. 761 y 857 Cc se contempla tiene un contenido particular: solo aquello que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado²¹⁶. Lo cual puede obstar a la generalización de esa figura en el ámbito de la sucesión testamentaria²¹⁷.

B) *Argumento de índole sistemática: la sedes materiae del derecho de representación en el Código civil*

Es este otro argumento a considerar en este tema, esgrimido fundamentalmente por quienes se muestran contrarios a la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada.

²¹⁵ Sección novena del Capítulo II del Título III del Libro III del Código.

²¹⁶ Vid. SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 266; MANRESA, *op. cit.*, pp. 53 y 79; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1701; DE DIEGO, *op. cit.*, p. 291; CASTÁN, *op. cit.*, p. 148; MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 221 y 250-252; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, pp. 80-81. También ROCA SASTRE, a pesar de su tesis de la *successio graduum*, se ve obligado a reconocer más o menos abiertamente que en relación con la legítima se produce una situación particular: *Estudios de Derecho Privado cit.*, pp. 267-268 y 271-272.

²¹⁷ Así lo destaca CÁMARA (*op. cit.*, p. 35), aunque a efectos meramente dialécticos, ya que él no acepta que en estos preceptos se contemple un caso de derecho de representación, sino de preterición.

El parecer doctrinal apuntado sostiene que el juego del derecho de representación en nuestro Ordenamiento, a la vista de la sede del Código en que se regula, necesariamente ha de circunscribirse al ámbito de la sucesión ab intestato²¹⁸. Pues esa regulación (arts. 924 a 929) se sitúa dentro de un capítulo del Código que lleva por rúbrica y trata, propiamente, «De la sucesión intestada»²¹⁹. Esto, se concluye entonces, impide extender su operatividad al campo de la sucesión testada. Para que así fuera sería preciso que el derecho de representación se hubiera regulado también en la sede propia de aquella o, mejor aún, que se hubiera situado dentro de las Disposiciones generales dedicadas a regular las sucesiones²²⁰.

No ha faltado, sin embargo, contestación a este argumento por parte de otro sector de la doctrina.

Así, por un lado se ha dicho que el lugar que una figura ocupa dentro de la sistemática de un Código no es razón suficiente para determinar, por sí sola, el ámbito de operatividad de la misma. Y que esta consideración, válida en términos generales, es especialmente oportuna cuando, como ocurre en este caso, se trata de un texto tan complejo como el Código civil y de un tema tan discutido como el derecho de representación²²¹.

²¹⁸ ALBI AGERO, *op. cit.*, p. 117; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado cit.*, t. II, pp. 267-268; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 553; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona, 1971, p. 80.

²¹⁹ Libro III –*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*–, Título III –*De las sucesiones*–, Capítulo III –*De la sucesión intestada*–, Sección tercera –*De la representación* (arts. 924 a 929)–.

²²⁰ Esto último es lo que se ha hecho en el *Codice civile* italiano de 1942, cuyos preceptos reguladores de esta figura (Capítulo IV: *Della rappresentazione*–: arts. 467-469) se encuentran situados en el Libro II –*Delle successioni*–, Título I –*Disposizioni generali sulle successioni*– del mismo. Sobre esto, *vid.* MOSCATI, *Enciclopedia del Diritto*, cit., t. XXXVIII, pp. 646 s.

²²¹ ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 205-206; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 461-462; MADRIÑÁN, *op. cit.*, p. 152; e incluso CÁMARA, *op. cit.*, p. 15, a pesar de que en términos generales se manifiesta en contra del derecho de representación en la sucesión testada. A nivel jurisprudencial es especialmente relevante en este sentido la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952), en cuyo Cdo. 4.º se dice que «en trance de decidir este problema se ha de estimar que... la sistemática de un Cuerpo Legal no es decisiva en ponderada hermenéutica». Sin perjuicio de lo cual el TS, en esa misma Sentencia y Cdo., inmediatamente después de lo anterior continúa diciendo que eso no obstante «el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a la facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto... porque el hecho de haber sido regulado el derecho de representación en el capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberlo incluido en el grupo de las disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de la herencia testada, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código no ofrece base de argumentación convincente en contrario sentido por posible error de encuadramiento motivado por defectuosa copia de otros Códigos latinos que el legislador español haya tenido a la vista». Esto, ahora bien, no desvirtúa lo antes dicho por el TS, pues para la adecuada inteligencia de este considerando, hay que separar las dos partes que en él se contienen. La primera es la que se orienta a valorar si el dato sistemático es o no obstáculo impeditivo para la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada, afirmando al respecto que no, porque «la sistemática de un Cuerpo Legal no es decisiva en ponderada hermenéutica». La segunda

Y por otro lado se ha señalado además que si bien es cierto que el núcleo de la regulación del derecho de representación se encuentra dentro de un capítulo del Código dedicado a la sucesión intestada, no es menos cierto que en él no se contiene toda la regulación que nuestro Derecho civil dedica a esta figura. Pues no se pueden olvidar los arts. 761 y 857 Cc, a los que además remite el art. 929 Cc, que son aplicables no solo a la sucesión intestada sino también a la testamentaria²²².

Todo lo cual fuerza a concluir –se dice– que el argumento sistemático no es suficiente para excluir la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada.

¿Cuál es nuestra opinión a este respecto? La apuntamos a continuación, distinguiendo un doble plano.

En primer lugar, a la vista de los datos positivos y sistemáticos relevantes en este tema constatamos que el derecho de representación se presenta en nuestro Ordenamiento fundamentalmente como una figura propia de la sucesión *ab intestato*, pero también que el mismo Código civil considera su operatividad en algunos supuestos de sucesión testada. A tenor de lo cual nos parece hay que admitir que nuestro Código, desde la perspectiva sistemática, no cierra totalmente la puerta al juego del derecho de representación en la sucesión testada (lo cual no significa tampoco que la respalde de forma general; es simplemente un dato a tener en cuenta, pero que ha de ser considerado junto con otros para llegar a una conclusión sólidamente fundada).

Ahora bien, dicho eso pasamos a una segunda consideración. Y es que sin perjuicio de lo anterior, y sin perjuicio también de reconocer que la ubicación en un Código de la regulación de una figura no es por sí sola un argumento decisivo a este respecto, entendemos no obstante que en este caso ese dato es valioso. Pues nos parece que la sistemática de nuestro Código refleja en este punto con bastante fidelidad el pensamiento de sus redactores, que a su vez se acomodaba al pensamiento jurídico de la época y a la

parte, en cambio, aunque se apunte a continuación de la anterior y casi sin solución de continuidad, mira a decidir si dentro de la sucesión testada el derecho de representación es aplicable o no a la parte de libre disposición, lo cual estima que no (no entramos, ahora, a valorar esta segunda parte, pero sí nos parece importante destacar que eso no desvirtúa lo dicho en la parte primera).

²²² SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1701; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 221 y 250. No consideramos aquí el art. 814.3 Cc, no ya por ser de aparición posterior casi en un siglo a la promulgación del Código sino porque de él nos ocupamos en el apartado siguiente, y utilizarlo aquí sería predeterminar su significado y función. En todo caso, si en el mismo se estableciera un verdadero derecho de representación a favor de los descendientes del descendiente de grado primero a quien el ascendiente causante ha instituido heredero en su testamento y que luego le premuere (sin que en el testamento se haya previsto este caso ni se haya establecido sustitución a favor de aquellos), sería un dato más a añadir en este sentido.

concepción histórica de esta figura. Esto es, que aunque se permitiese su operatividad en algunos supuestos de sucesión testada, en todo caso el derecho de representación se concebía fundamentalmente como una figura ajena a la sucesión voluntaria: por eso el núcleo central de su regulación (arts. 924 a 929 Cc) se sitúa en un capítulo del Código dedicado propiamente a la sucesión intestada²²³. Se trata, a nuestro entender, de un dato significativo en este sentido.

C) *Argumento de índole dogmática: la naturaleza propia del derecho de representación*

El último argumento en este tema presenta como característica más destacada su índole dogmática. En este sentido, se ha dicho que la aplicación del derecho de representación a un caso de sucesión testada es imposible o improcedente en nuestro Ordenamiento, y que la razón radica fundamentalmente en la naturaleza misma de ese derecho. El discurso en que se sustenta esa afirmación es el siguiente.

²²³ Con esto manifestamos nuestra discrepancia con respecto a lo sostenido por algunos autores (GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, pp. 29-30; lo sigue SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462), que han llegado a cuestionar el sentido del dato sistemático en este tema a base del siguiente razonamiento. «¿Cuál es el origen inmediato –se pregunta GIMÉNEZ ARNAU– de los artículos en que nuestro Código trata la representación en la sucesión? Basta lanzar una ojeada a los artículos 729 a 735 del Código civil italiano –dice– para que sea innecesaria cualquier otra investigación de la paternidad. A su vez el italiano había tomado estos preceptos –sigue diciendo este autor– de los artículos 739 a 744 del Código civil francés. Mas como el Código civil francés, por su concepción del Derecho sucesorio, no concede la condición de heredero sino al sucesor ab intestato, se ocupó de la representación dentro de la sucesión intestada, única sucesión universal hereditaria que admite. No es el mismo el punto de vista del Derecho italiano, que admite la sucesión testamentaria, y por ello el legislador italiano hizo una salvedad...: en el artículo 890 del *Codice civile* (artículo que, mal copiado, engendró nuestro 766) se dispone que cualquier disposición testamentaria queda sin efecto, si aquel en favor de quien ha sido hecha no ha sobrevivido al testador o es incapaz... Mas como tal afirmación hubiera llevado a los absurdos resultados que admite nuestra doctrina... se añadió, para suplir la justificada laguna de la ley francesa, que los descendientes del heredero... premuerto o incapaz entran en la herencia... en los casos en que sería admitida a su favor la representación si se tratase de sucesión intestada, excepto que el testador haya dispuesto otra cosa... El Derecho italiano admite en toda su amplitud el derecho de representación. ¿A qué se debe –se pregunta entonces GIMÉNEZ ARNAU– la omisión de nuestros legisladores, que solamente copiaron una parte de aquel precepto? Se debe, sin duda –dice este autor–, a que entendieron suficientemente asegurado el derecho de representación en virtud del artículo 814 [en su redacción anterior a 1981], que no tiene equivalente ni en el Derecho italiano ni en el Derecho francés. Es, pues, lo suficientemente claro que el legislador quiso regular la representación, aunque no le diera ese nombre, con la misma amplitud que el Derecho italiano». Por nuestra parte, como hemos dicho, esta idea nos parece excesiva e imposible de aceptar. Sin necesidad de entrar aquí en detalles, creemos basta indicar que la falta de conexión del derecho de representación con la sucesión testada no es cosa que arranque de los Códigos ni del pensamiento del siglo XIX, sino que se remonta a los mismos orígenes de esta figura en el Derecho romano.

En primer lugar, se dice, «el derecho de representación propiamente dicho no actúa en la sucesión testamentaria porque es imposible que actúe»²²⁴. Esto es así porque en la sucesión testamentaria el derecho del favorecido nace del llamamiento que el causante le hace con su voluntad contenida en el testamento, mientras que en la representación el derecho a heredar del representante procede del llamamiento que la ley hace directamente a su favor. Y porque en nuestro Derecho hay dos formas de deferir la sucesión *mortis causa* –por voluntad del hombre (sucesión voluntaria, testamentaria) y por disposición de la ley (sucesión legal)–, dándose entre ellas preferencia a la primera pero sobre todo estableciéndose relación de exclusión entre una y otra (si se predica de unos mismos bienes), de tal modo que habiendo testamento no cabe acudir a la sucesión legal o abintestato, que solo procede en defecto de aquel (art. 658 Cc)²²⁵. Y entonces, sobre tales premisas la conclusión se estima que es clara: no es posible interferir un llamamiento legal en una sucesión voluntaria (testamentaria), porque esto es un contrasentido que nuestro Ordenamiento no permite²²⁶.

²²⁴ CÁMARA, *op. cit.*, p. 17.

²²⁵ Y no cabe aquí decir, apunta bien CÁMARA (*op. cit.*, p. 18), que aunque haya testamento si este se frustra por alguna causa esto supone que el instituido no puede heredar y por tanto que hay acudir a la sucesión legal, lo que abre la puerta al derecho de representación. Porque la premoriencia, indignidad o repudiación solo determinan la frustración del testamento cuando no cabe dar a esos eventos ninguna solución dentro del área de la sucesión testamentaria, v. gr. a través de la sustitución, acrecimiento, etc. La aplicación de las normas del abintestato es un último recurso al que solo cabe acudir en defecto de otros.

²²⁶ CÁMARA, *op. cit.*, pp. 16-18. R. DGRN de 14-8-1959 (RJ 3354/1959). También LACRUZ entiende que «la naturaleza tradicional» del derecho de representación impide tal posibilidad (*Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, 1971, cit., p. 80). En esta misma línea, pero en un tono algo más plástico, a la pregunta de por qué la sucesión legítima (esto es, la sucesión legal, la que se sustenta en la ley) atrae al derecho de representación y la sucesión testada sin embargo lo repele, ha respondido SCAEVOLA que ello se debe a que «la primera descansa en la *ley de la sangre*, en el parentesco con su consiguiente atributo de líneas y grados, elementos propios e indispensables para la representación, en tanto que la segunda se basa exclusivamente en la *voluntad del testador*, elemento diverso, dentro del orden legal, al de la naturaleza o de la sangre» (*op. cit.*, t. XVI, p. 265). «La corriente sucesoria testamentaria –sigue diciendo este autor– solo llega a las personas taxativamente designadas por el testador: la legítima avanza por las líneas recta y colateral de grado en grado, y esto permite la subrogación de las personas que ocupan alguno de ellos en el que han dejado vacantes otros que fallecieron con anterioridad. En la sucesión por testamento, la herencia se obtiene por la determinación de una última voluntad: si nada se adquiere, nada se puede transmitir; ha lugar a hablar de transmitir, pero no de representar. En la sucesión por ley, derivando de esta el derecho a la herencia, por virtud del afecto presumible del difunto cabe que, fallecido uno de los llamados a suceder con anterioridad al causante, los descendientes del premuerto, salvando el principio de que el pariente más próximo excluye al más remoto, ocupen su lugar en la línea. En una palabra: donde hay línea y por consecuencia grado, es lícito hablar de representación; donde no existan tales elementos es imposible traerla a la vida legal» (pp. 265-266; parece compartir este razonamiento CASTÁN, «El derecho de representación», *op. cit.*, pp. 147-148). Y también se ha dicho que «como el título de la sucesión testada es de origen voluntario y carácter personalísimo, es evidente que no hay términos hábiles del derecho de representación: los llamamientos son individuales

Con la misma finalidad, pero desde la otra perspectiva apuntada (esto es, de la improcedencia de admitir el derecho de representación en la sucesión testada), se ha argumentado del siguiente modo²²⁷. La pretensión considerada, se ha dicho, nace de constatar el resultado a que se llega en el caso del hijo instituido heredero por el padre en su testamento pero que le premuere dejando (aquel) hijos que sin embargo no han sido considerados en el testamento referido, y lo diferente que es el resultado que se da en la sucesión intestada, siendo así que esa desigualdad se considera irritante e inconciliable con razones de piedad, equidad, humanidad o sentimiento. Pero a esto se contesta, sin embargo, destacando que esa diferencia no es así sin más, sino que deriva del hecho de que el padre no ha dispuesto en su testamento una sustitución vulgar con la que procurar el resultado que se considera correcto, siendo ése el medio legalmente previsto para ello. El derecho de representación, se concluye entonces, no encaja en la sucesión testada porque en esta se cuenta ya con la figura de la sustitución vulgar, y el legislador ha de procurar que cada figura jurídica se mantenga dentro de su campo propio de actuación²²⁸. «La sustitución vulgar –se insiste– cumple en la sucesión testada el mismo cometido del derecho de representación en la sucesión intestada frente al supuesto de premoriencia de uno de los hijos del causante. Solo que... el legislador impone la representación... en la herencia intestada y, en cambio, establece como potestativa la sustitución vulgar en la sucesión testamentaria, por entender que corresponde al testador ponderar cada caso (...) Imponer siempre la sustitución vulgar en la sucesión testada (y a ello equivaldría en cierta medida el hecho de incrustarle el derecho de representación) constituiría una medida improcedente»²²⁹. Máxime si se tiene presente que «siendo otorgados ante Notario la inmensa mayoría de testamentos... es improcedente pensar que el testador

y la premoriencia del instituido, como su incapacidad, aniquilan la institución» (DE DIEGO, *op. cit.*, t. III, p. 291).

²²⁷ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., pp. 275 ss.

²²⁸ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., p. 276. Abundando en lo dicho, añade este autor en p. 268 que «el Código civil, en caso de resultar inoperantes o ineficaces los llamamientos testamentarios, principalmente por causa de haber premuerto el llamado al testador, prevé lo que debe hacerse entonces, hablando de la sustitución vulgar, del derecho de acrecer o de la apertura de la sucesión intestada; pero no hace la menor alusión al derecho de representación. En cambio, al tratar de la sucesión intestada el legislador no se olvida nunca de aludir al derecho de representación». En el mismo sentido dicho en el texto, la R. DGRN 14-8-1959 (RJ 3354/1959). También se ha dicho (ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 276, 293-294; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 554) que, llegado el caso, la protección de los intereses legítimos de la estirpe del hijo premuerto se puede conseguir aplicando las normas sobre preterición, pero téngase en cuenta que estos autores escriben antes de la reforma del art. 814 Cc en 1981.

²²⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., p. 277.

descuidó llamar por vía de sustitución vulgar la estirpe del hijo que ha instituido heredero, pues el Notario ya tuvo el cuidado de advertirle la contingencia de premorir... Y así, cuando el testamento no contenga sustitución vulgar, ello será prueba de que el testador no quiso establecerla»²³⁰.

Estas consideraciones llevaron a que en la doctrina anterior a la reforma del Código civil operada el 13 de mayo de 1981 fueran pocas las voces que negaban lo expuesto en los párrafos anteriores sobre la naturaleza del derecho de representación y su subsiguiente operatividad circunscrita a sucesiones legales o intestadas, o que de contrario sostuvieran la compatibilidad general de ese derecho, por su propia naturaleza, con la sucesión testamentaria voluntaria²³¹. No siendo óbice para lo dicho que esa doctrina admitiera también mayoritariamente el juego de ese derecho en determinados supuestos de sucesión testada (arts. 761 y 857 Cc), pues esto se entendía como algo excepcional y justificado por razones particulares relacionadas con la legítima.

El planteamiento anterior, sin embargo, parece haber cambiado con ocasión de la nueva redacción dada al art. 814.3 Cc por obra de la reforma del mismo en 1981. Pues a tenor de ese artículo, y habida cuenta además que los arts. 761 y 857 Cc se mantienen, parece ahora que el derecho de representación ha pasado a ser compatible con la sucesión testamentaria, teniendo en ella un juego sustancialmente semejante al que tiene tradicionalmente reconocido en la sucesión intestada.

¿Es esta, ahora bien, una conclusión correcta? Aunque ya hemos dicho que eso es lo que a primera vista resulta hoy de la letra del Código, y así parece además admitirlo la doctrina dominante, nuestra opinión al respecto es distinta. A nuestro modo de ver la reforma del art. 814.3 Cc en el año 1981 no ha cambiado la naturaleza jurídica del derecho de representación. Y esa naturaleza, tal como antes hemos dicho era *communis opinio* en la doctrina hasta el año 1981, se muestra refractaria al juego de ese derecho en el ámbito de la sucesión testamentaria propiamente dicha. En las páginas siguientes intentaremos exponer nuestra opinión con detenimiento.

²³⁰ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., p. 292.

²³¹ Esto es así a pesar de los términos empleados por algunos autores (v. gr., SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 456 ss.), que sin embargo son más aparentes que reales, pues no se corresponden con su idea de fondo, ya que esta se limita al caso de la legítima. *Vid.* también ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 207.

4.1.3 SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO. EL NUEVO ART. 814.3 CC: EXPLICACIONES PROPUESTAS SOBRE ÉL Y VALORACIÓN DE LAS MISMAS. NUESTRA INTERPRETACIÓN

Como ya hemos avanzado, en la cuestión aquí considerada se ha producido un giro radical a resultas de la modificación operada en el Código civil por obra de la Ley 11/1981²³².

Esta ley tenía como finalidad propia la reforma del Código en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, para acomodar su regulación a los principios establecidos en la Constitución de 1978²³³. No estaba entre sus objetivos la reforma del Derecho de sucesiones. Esto no obstante, se pensó que esas reformas en tema de filiación tenían importantes consecuencias prácticas en tema de preterición, y que esto hacía aconsejable modificar también el régimen de esta figura, para adecuarlo en ese sentido²³⁴. Esto fue lo que determinó la reforma del art. 814 Cc, introduciéndose en el mismo, entre otras modificaciones, su actual párrafo tercero, que dice que «*los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*».

Con él se pretendía evitar la avalancha de demandas de preterición que se suponía se produciría a resultas de la aparición de nuevos sujetos legitimarios establecida por la reforma²³⁵. Para lo cual, como medida que la frenara, se dispuso que los descendientes del descendiente no preterido por el causante en su testamento

²³² Para entender debidamente la norma ahora estudiada es preciso partir de la situación que antes de la reforma del 81 existía en este punto. Así lo ha destacado la mayoría de los autores que se han ocupado del tema: *vid.*, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 31-68, y RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 322-334.

²³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 25 ss. y 67 ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 89 ss.

²³⁴ Así resultaba claro en la E.M. del Proyecto de esta Ley inicialmente presentado (la Ley finalmente aprobada no tuvo E.M.), que decía a este respecto lo siguiente: «*Finalmente, debe explicarse el porqué de la reforma en materia de preterición de herederos forzosos. La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una ley cuyo cometido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad; y que, respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso se ha hecho necesario sustituir las escuetas reglas del Código civil por otras que, al distinguir entre las diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas*» (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Fecha de 14 de septiembre de 1979, pp. 318-319).

²³⁵ Aunque finalmente la realidad no fue así. Ese incremento de demandas por preterición se pensó como algo consecuencial al incremento de legitimarios que esa reforma producía, sobre la base de la equiparación total que establecía de los hijos cualquiera que fuera su filiación, matrimonial o no matrimonial (art. 108.2 Cc).

no se consideran preteridos aunque no hayan sido mencionados en ese testamento²³⁶, y por tanto que para hacer efectivos sus intereses no precisan (ni pueden) recurrir a la acción de preterición, sino que cuentan para ello con el mecanismo dispuesto en el propio art. 814.3 Cc.

Ahora bien, aunque eso fue así no lo es menos que ese nuevo párrafo tercero añadido al art. 814 Cc ha venido a producir un impacto colosal en tema de derecho de representación. Hasta tal punto que a partir de ese momento se ha venido a entender por la doctrina ampliamente dominante que el mismo ha significado, no solo volverse a considerar por parte del legislador la polémica habida a lo largo del siglo xx sobre la procedencia o no de ese derecho en la sucesión testada en caso de premoriencia del llamado, sino además zanjarla definitivamente en sentido afirmativo²³⁷.

Como ya se ha dejado dicho más arriba, este era un tema en el que no obstante el arduo debate habido no se había alcanzado una solución pacífica, oscilando entre quienes se mostraban favorables a la aplicación del derecho de representación aunque circunscrito a la legítima y quienes propugnaban la aplicación del régimen de la preterición. Ambas posturas –también se ha dicho– coexistieron en el tiempo, aunque la favorable al derecho de representación tuvo mayor predicamento en un primer momento pasando luego quizá a ser mejor vista la que propugnaba la aplicación del régimen de preterición. Este segundo sistema era así el que parecía prevalecer en los años inmediatamente anteriores a la reforma del Código de 1981, aunque se estimaba por la mayoría como inadecuado y se hacían por ello, *de lege ferenda*, propuestas para su modificación. Pues bien, en esa situación es fácil imaginar lo que supuso la introducción del nuevo art. 814.3 Cc.

Esto no significa que ese precepto sea una norma absolutamente clara; de hecho se discute cuál es la relación existente entre el art. 814.3 Cc y los arts. 761 y 857 Cc –en otras palabras, cuáles son los casos que se han de entender comprendidos en el supuesto de hecho de aquel: si solo los de premoriencia del descendiente instituido en el testamento, o también los de indignidad y desheredación (aunque la tesis ampliamente mayoritaria es la primera²³⁸)–, y cuál es la medida de lo que el art. 814.3 Cc

²³⁶ BOLAS ALFONSO, «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*. t. XXV, 1982, p. 192.

²³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 25 ss. y 72; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 321.

²³⁸ En este punto, la mayoría de la doctrina considera que el art. 814.3 Cc ciñe su ámbito de aplicación solo al caso de premoriencia, ocupándose de los casos de indignidad y desheredación los arts. 761 y 857 Cc, respectivamente. La razón de tal postura es

atribuye a los descendientes del descendiente no preterido –si solo lo que en concepto de legítima correspondiera en tal herencia a ese último, o todo lo que a este hubiera asignado el causante en su testamento (aunque la tesis ampliamente mayoritaria es la segunda²³⁹)–. Pero sin perjuicio de eso lo importante ahora es destacar, por encima de cuestiones polémicas pero en todo caso

de tipo fundamentalmente histórico: los supuestos de indignidad y desheredación estaban ya contemplados desde la publicación del Código civil en los citados arts. 761 y 857, resultando por tanto que el supuesto carente de regulación y objeto de debate doctrinal y jurisprudencial era solo el de premoriencia del instituido heredero. A este, y solo a este, es por tanto al que se vino a dar respuesta con el art. 814.3 Cc, introducido por la reforma de 13 de mayo de 1981. Frente a este tesis, ahora bien, existe otra que considera que en el citado art. 814.3 tienen cabida, además del caso de premoriencia, también los de indignidad y desheredación. Se apoyan para ello en la letra del precepto, que no distingue. Para esta tesis, los supuestos de indignidad y desheredación siguen teniendo un régimen singular en cuanto a su contenido –el establecido en los arts. 761 y 857 Cc, que se limitaría a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al descendiente de primer grado–, pero no independiente ni inconexo con el del art. 814.3 Cc, que vendría a constituir su marco general de referencia, con la finalidad de excluir en esos casos la aplicación del régimen de preterición y de sancionar expresamente la atribución de un derecho de representación a los descendientes de segundo grado en esos casos. Por nuestra parte, nos sumamos al parecer doctrinal mayoritario, y no solo porque no consideremos adecuada la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación (como luego veremos), sino por las razones expuestas más arriba a favor de esa tesis y además porque, siendo los arts. 761 y 857 Cc preceptos anteriores en casi un siglo al art. 814.3 Cc, no vemos cómo su inteligencia pueda hacerse en función de este. En realidad nos parece que el objetivo de la tesis alternativa es simplemente tratar de cobijar todos esos casos –indignidad, desheredación y premoriencia– bajo la rúbrica del derecho de representación, como nueva etapa del proceso de expansión que caracteriza a esta figura desde mediados del siglo XIX. Lo cual no nos parece sea razón suficiente para justificar tal propuesta. Sobre todo esto, *vid.* BOLAS, *op. cit.*, p. 207; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pp. 355-356; MIQUEL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984, pp. 1301-1302; VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, *Fundamentos*, Madrid 1982, pp. 468-470; GIMÉNEZ DUART, «Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas», *RDN*, 1985, p. 161; VATTIER, *El derecho de representación...* cit., p. 288; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 116-138; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed., Barcelona 1993, p. 52; GUILARTE, *op. cit.*, p. 196; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 361-367; ALBALADEJO, «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (Análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código civil)», en *Actualidad Civil* 2003-3, pp. 754-758; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 179-182; ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 414-429.

²³⁹ A este respecto, desde el principio la idea absolutamente dominante es que en el caso del art. 814.3 Cc los descendientes del descendiente premuerto recibirán lo mismo que a este hubiera destinado el ascendiente en su testamento (la limitación a la legítima se mantiene solo para los casos en que el representado no pueda heredar por causa de indignidad o desheredación). Solo un pequeño sector de la doctrina propugna limitar la atribución, en caso de premoriencia, a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido recibir al descendiente premuerto. Y cuenta con un único sostenedor (VATTIER) la tesis de que la medida de lo que recibirán los descendientes del descendiente premuerto será la que en cada caso resulte de aplicar los efectos típicos de la preterición (esto es, solo la legítima estricta si esos descendientes de segundo grado han sido preteridos intencionalmente, o lo correspondiente a la cuota intestada si ha sido no intencional). Para una visión de conjunto en este tema pueden verse: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 72-82 y 89-116; VATTIER, *El derecho de representación...*, cit., p. 287; y en *Comentarios del Código civil*, del Ministerio de Justicia, 1991, t. I, *ad art.* 929, pp. 2228-2229; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pp. 355-356; GUILARTE, *op. cit.*, p. 196; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 944 ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 367-369.

concretas, que para la doctrina hoy ampliamente dominante²⁴⁰ el nuevo art. 814.3 Cc ha venido a consagrar a nivel legislativo la operatividad del derecho de representación en el ámbito de la sucesión testamentaria (en caso de premoriencia del llamado, y no solo en la legítima sino en todo lo que en el testamento se hubiera destinado a este).

Lo cual, de ser efectivamente así, supondría un cambio radical en nuestro Derecho, pues situaría el tema del derecho de representación en la sucesión testada sobre bases nuevas, o quizá habría que decir mejor que sobre bases contrarias a aquéllas en las que hasta ese momento se encontraba asentado.

Dicho esto, resulta entonces fácil entender que para nuestro interés en este trabajo es importante saber si en ese precepto se contempla verdaderamente un derecho de representación, o si por el contrario se trata de otra figura, aunque sus efectos puedan ser semejantes. ¿Cuál es la respuesta correcta?

Para responder a esto podemos empezar destacando que, según opinión extendida en la doctrina²⁴¹ y que compartimos, se trata de una norma en la que procede distinguir un doble orden de cosas: por un lado la finalidad inmediata pretendida por la misma; y por otro el mecanismo o expediente técnico-jurídico empleado para conseguirlo.

En el primer aspecto la cuestión está clara: al introducir *ex novo* en el art. 814 ese apartado tercero, el legislador quiso excluir, de forma directa y explícita, la aplicación del régimen de preterición al caso considerado en ese apartado, esto es el del hijo instituido heredero por su padre en su testamento que sin embargo muere antes que él, dejando hijos (nietos, por tanto, de aquel) no contemplados por aquel en su testamento. Esto es hoy *communis opinio* en nuestra doctrina²⁴², a la que nos sumamos. Las razones en que se sustenta esta idea son de orden literal²⁴³, histórico²⁴⁴ y sistemático²⁴⁵.

²⁴⁰ Pero no del todo pacífica ya que, aunque pocas, hay voces discrepantes.

²⁴¹ *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 82-83.

²⁴² *Vid.*, por todos, BOLAS, *op. cit.*, p. 205-206; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 943; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1300; VATTIER, *op. cit.*, p. 284; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 70 –nota 10, y allí cita de autores–, 82-83; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 339; ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 419 ss.

²⁴³ El propio precepto dice que los descendientes del descendiente instituido, aunque no hayan sido nombrados por el causante en el testamento, «no se consideran preteridos».

²⁴⁴ En este sentido basta tener presente el *status quaestionis* que existía en este punto tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial antes de la reforma de 1981, así como las propuestas de reforma que se hacían al respecto, las cuales, sin perjuicios de diferencias ulteriores, en todo caso coincidían en el sentido de proponer que se evitara la aplicación del régimen de preterición.

²⁴⁵ El art. 814 es el precepto que el Código civil dedica propiamente a regular la preterición, sus tipos y efectos.

En el segundo aspecto, sin embargo, las cosas cambian. Pues si bien no hay duda de que en el caso considerado los descendientes de segundo grado, para hacer efectivos sus derechos e intereses, no precisan ni pueden recurrir a la acción de preterición –porque, según dispone el precepto, «no se consideran preteridos»–, no cabe decir lo mismo en cuanto al expediente dispuesto por el legislador en el art. 814.3 Cc para articular técnicamente ese resultado.

En este sentido, son dos las construcciones que se han propuesto. Una, que ese expediente viene dado por el establecimiento de un verdadero derecho de representación a favor de los descendientes del descendiente premuerto pero no preterido. Y otra, que la naturaleza propia de ese expediente es la de ser una sustitución vulgar establecida *ex lege* a favor de esos mismos descendientes de segundo grado.

Aunque en la práctica el resultado de decidirse por una u otra construcción pueda ser en la mayor parte de los casos sustancialmente igual²⁴⁶, la cuestión es importante desde el punto de vista jurídico-teórico, y de ella se derivan además consecuencias para el tema objeto de nuestro estudio, como más adelante veremos. Es necesario, pues, tomar partido en ella.

Para lo cual pasamos a continuación a exponer esas construcciones, los argumentos en que se sustentan, las críticas que se les han hecho o se les pueden hacer y, en última instancia, la valoración general que las mismas nos merecen.

A) *Que se trata de un verdadero y propio derecho de representación*

Esta es la idea más extendida en nuestra doctrina actual. Los pilares en que se sustenta son los siguientes.

En primer lugar la propia letra del precepto, que habla de representar²⁴⁷. Es verdad, se reconoce, que el dato literal por sí solo no es

²⁴⁶ No obstante lo que hemos dicho en el texto, niegan tajantemente esa semejanza desde el punto de vista práctico VATTIER (*op. cit.*, pp. 284-286), ALBALADEJO («Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido», *Actualidad Civil* 1988-1, p. 1196), MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. cit.*, pp. 164-166), RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 345-348) y ALGABA ROS (*op. cit.*, p. 418, nota 74). En este momento basta dejar apuntada esta cuestión. Nos ocuparemos de ella más adelante (*vid. infra* 4.1.3.C.b).

²⁴⁷ GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 155-156; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 350, 358-359; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 176-177. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 74 y 89 ss., aunque en relación con este autor conviene aquí destacar que los argumentos que emplea apuntan en una doble dirección: por un lado a demostrar que el expediente técnico dispuesto en el art. 814.3 Cc es un verdadero derecho de representación, y por otro a sostener que la medida objetiva de lo que ese derecho atribuye a los descendientes del descendiente premuerto no se limita a lo que en concepto de legítima correspondiera a este sino que abarca todo lo que el causante hubiera dispuesto en el testamento a su favor (del descendiente premuerto). Hacemos esta advertencia porque esta reu-

decisivo –pues el legislador, aquí como en tantas otras ocasiones, puede haber empleado erróneamente un término en lugar de otro que sin embargo le correspondería más propiamente–, pero no es menos cierto, se añade, que es un dato a tener en cuenta y sobre el cual se debe en principio proceder, salvo que haya otros datos o concurren otras razones poderosas para darle un significado distinto²⁴⁸.

En segundo lugar, los antecedentes del precepto²⁴⁹. Pues según se dice, tanto las propuestas de reforma del Código en este punto que diversos autores habían hecho *de lege ferenda*²⁵⁰, como los trabajos preparatorios de la Ley 11/1981 o el *iter* parlamentario que este precepto tuvo²⁵¹, presentaban como denominador común su referencia al derecho de representación y a la introducción del mismo en la sucesión testamentaria en caso de premoriencia del descendiente instituido que deja descendientes no contemplados en el testamento del ascendiente.

En tercer lugar, la finalidad del precepto: «con él –se dice– se trata de evitar las consecuencias de la preterición de la estirpe del legitimario que falla... lo que se logra precisamente colocándoles

nión de argumentos quizá en algún momento puede mover a confusión, aunque leyéndolos con cierta atención es posible identificar y distinguir unos y otros.

²⁴⁸ ALBALADEJO, *La sucesión del descendiente ulterior...* cit., pp. 758 y 763-764; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 350.

²⁴⁹ VATTIER, *op. cit.*, p. 286; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 75 y 92 ss., aunque remitimos aquí a la observación hecha en nota 247.

²⁵⁰ Aunque naturalmente no fue el único, es frecuente en este punto citar a Lacruz, quien escribió que «*de lege ferenda*, lo más práctico sería imponer la representación del padre que premuere, por sus descendientes, en la sucesión del abuelo, manteniendo en cambio, para los casos de desheredación o indignidad, las normas de los artículos 761 y 857 del Código civil» (*Derecho de Sucesiones. Parte general*, Barcelona 1961, p. 203, nota 3). Pero, sin perjuicio de eso, hay que decir que esta idea se remontaba a bastantes años atrás: *vid.*, ya en el año 1942, CASTÁN, *op. cit.*, p. 172.

²⁵¹ En cuanto al periplo que el actual art. 814.3 Cc tuvo en las Cortes (una clara y completa exposición del mismo puede verse en RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 89-97), se destaca lo siguiente. El Proyecto que se remitió inicialmente a las Cortes era sustancialmente igual en este punto al que finalmente se aprobó (la única diferencia reseñable, dentro del art. 814, era que en su apartado segundo, en lugar de «preterición no intencional» se decía «preterición errónea») (cit. por MIQUEL, *op. cit.*, p. 1285). Con ocasión de su paso por el Congreso se presentó en el punto que a nosotros ahora nos interesa una única enmienda relevante, la núm. 500, que proponía (entre otras cosas que ahora no afectan) un cambio en su redacción, que quedaría tal como sigue: «*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, ocuparán su lugar en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*». La justificación de la misma, según su proponente, era «mejorar la redacción del precepto». La Ponencia, por su parte, en su Informe dijo aceptar la propuesta, pero eso no obstante el tenor literal de la norma no se modificó en este punto, que no volvió además a ser objeto de consideración, aprobándose finalmente por las Cortes en los términos que hoy tiene. Pues bien, sobre esa base se dice que «esta posibilidad de cambio, que se dejó pasar, [...] induce a pensar que la redacción del precepto está realizada con el conocimiento suficiente de que lo que se estaba incorporando es un auténtico derecho de representación en sentido técnico, de contenido idéntico al diseñado en el artículo 924 del Código civil, sin restricción alguna» (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 359). En la misma línea, afirma VATTIER que ese hecho muestra «que la expresión se ha utilizado en sentido técnico» (*op. cit.*, p. 286, nota 102). También MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 94-95.

en el mismo lugar que ocupaba su ascendiente en la herencia del testador, de manera que si no se les considera preteridos... es porque se les considera llamados... en la misma medida en que lo fue el representado»²⁵². Esto es, mediante el establecimiento de un derecho de representación.

En cuarto lugar, se apunta, porque esta fórmula procura la respuesta más adecuada al supuesto, ya que es la que menor interferencia supone –comparada con las demás soluciones propuestas– en el normal funcionamiento del fenómeno sucesorio²⁵³. En este sentido se parte de la base de que «en caso de premoriencia del legitimario no preterido, es claro que las cosas en ningún caso van a ser como el testador las había previsto. Cuando menos, faltará el designado premuerto, y otra u otras personas habrán de ser llamadas en su lugar»²⁵⁴. Pero si el art. 814.3 Cc introduce el derecho de representación, se apunta, «la distorsión es mínima: se limita a esa inevitable sustitución del designado por otra u otras personas, pero la distribución de la herencia hecha por el testador permanece incólume»²⁵⁵. Dicho lo cual, y para rebatir la crítica que pudiera plantearse en contrario en base a que la finalidad con que el art. 814.3 Cc se estableció no permite afirmar que el medio empleado para ello haya sido el derecho de representación, se apunta entonces que aunque es verdad que en este tema hay que distinguir entre fin y medio, eso no es óbice para afirmar que el medio elegido para conseguir aquel es el señalado, pues este es el expediente más adecuado, y no resulta aceptable limitarse a constatar el fin sin querer saber nada sobre el medio necesario para ello²⁵⁶.

²⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 75 ss. (para no repetir, remitimos aquí a la advertencia que a este respecto hemos hecho en la nota 247); LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 951.

²⁵³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 76 y 96 ss. (remitimos aquí, de nuevo, a la nota 247); LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 949-950.

²⁵⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 99-100.

²⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 100. «En cuanto a los bienes –dice este autor (p. 99)–, la porción que hubiera quedado vacante mantiene su integridad, y pasa a los descendientes del llamado a ella, y por esa misma razón se obvian las consecuencias de la preterición... Y ello sin que en las previsiones testamentarias tenga lugar otra modificación que la entrada de dichos descendientes ulteriores en el lugar del legitimario que falló; sin que para tal cosa sea preciso, en su caso, más que acreditar aquellos su carácter de tales». A este respecto, destaca MARTÍNEZ DE AGUIRRE (pp. 97-98) que esta solución que ahora se propone en base al art. 814.3 Cc es sustancialmente igual a la que en la práctica anterior a los años cincuenta del pasado siglo se daba en muchos casos al problema del descendiente instituido que premoría dejando descendientes no contemplados en el testamento del abuelo, si bien esta tenía dos inconvenientes graves: uno, que su fundamento positivo era muy endeble; y otro (consecuencia del anterior), que dependía de que se contara con el consentimiento en ese sentido de los demás llamados. Así pues, el art. 814.3 Cc, con la interpretación dicha, no haría sino dar respaldo positivo y confirmar tal práctica.

²⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 82-88. Esta misma explicación –dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 89– justifica que la norma se sitúe sistemáticamente en sede de preterición, pues lo que con ella se trata y resuelve propiamente es un problema de

Y en quinto lugar porque, en la alternativa entre «derecho de representación» y «sustitución *ex lege*», se entiende que hay razones de estricta técnica jurídica que fuerzan a resolver a favor del primero, ya que «técnicamente una sustitución *ex lege* no es una tal sustitución, sino que constituye un derecho de representación»²⁵⁷.

Los anteriores son los principales argumentos en que se sustenta esta idea, aunque se han formulado también otras consideraciones²⁵⁸.

preterición, no de derecho de representación, aunque este sea el medio empleado para resolver aquel. «La finalidad del art. 814.3 –dice en p. 88– no es la de introducir el derecho de representación en la sucesión testamentaria (al modo del *Codice* o del Fuero Nuevo de Navarra) sino la de soslayar los efectos de la preterición; y el sistema empleado para ello es el de admitir el juego de la representación sucesoria en la sucesión testada, pero no con carácter general sino solo en la hipótesis a que responde el precepto». «El art. 814.3 –sigue diciendo este autor (pp. 88-89)– no es un equivalente del art. 467 del *Codice* de 1942 o de la ley 309 del Fuero Nuevo navarro: estos se dirigen a regular el derecho de representación como tal...; [y] para la introducción de una norma similar en nuestro Código civil sería necesaria una reforma más amplia que la producida. Pero es que... el art. 814.3 no se dirige a resolver un problema de representación sucesoria sino de preterición (...) Otra cosa es que, para ello, el legislador haya hecho uso del derecho de representación».

²⁵⁷ GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, p. 156.

²⁵⁸ La más destacada es la que aduce que el derecho de representación no es hoy incompatible con la sucesión testada, «porque el legislador así lo estima» (en el art. 814.3 Cc) (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 359; en un sentido semejante GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 155-156; ALBALADEJO, *La sucesión del descendiente ulterior...*, cit., pp. 761-762; GARCÍA MORENO, «La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981», *Actualidad Civil 1995-4*, p. 902; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 177-178). Esta consideración procede sobre la base de que en la situación anterior a 1981 la solución del caso estudiado mediante la aplicación del derecho de representación era idea extendida en la doctrina, pero que buena parte de quienes así pensaban estimaban que lamentablemente eso no podía ser a falta de una norma legal expresa que lo permitiera. «Pues bien –se dice entonces–, el legislador, haciéndose eco de los problemas que planteaba la premoriencia de un legitimario instituido que dejaba descendencia, intenta resolver el problema introduciendo esa norma expresa y categórica... en el art. 814.3», (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. et loc. cit.*). No menos claros, en el mismo sentido, son LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, quienes afirman que antes de la reforma de 1981 «se apuntaba... que quizá lo ideal era la aplicación del derecho de representación, pero que esta meta resultaba inalcanzable con los textos existentes... Se suspiraba porque el legislador resolviese el problema a través de una norma explícita... Pues bien, el legislador ha abordado el problema, le da una solución que en lenguaje usual podría calificarse de clara, y el resultado de ello es que los juristas nos negamos a creer que ello sea así» (*op. cit.*, p. 947; también GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 155-156). Por nuestra parte, aun sin negarle todo valor, recogemos esta consideración en nota porque más que argumento *a se stante* nos parece petición de principio: si lo que se está discutiendo es el sentido que debe darse al art. 814.3 Cc, no es argumento decir que en él se consagra un derecho de representación porque este no es incompatible con la sucesión testada, porque el legislador así lo ha dispuesto.

Otra consideración es la que afirma que necesariamente ha de tratarse de derecho de representación «porque la sustitución no puede tener cabida aquí, ya que la premuerte del legitimario no preterido impide... la delación sucesiva que es propia y característica de aquélla; hay... representación, puesto que los descendientes del premuerto suceden indirectamente» (VATTIER, *op. cit.*, pp. 286-287; aceptan el razonamiento ALBALADEJO, *Duda sobre si el testador...*, cit., p. 1197; y RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 344, nota 67). Por nuestra parte, situamos en nota esta consideración porque nos parece que en realidad no es sino derivación de los conceptos previos de los que parte, sobre cómo se configura el derecho de representación y la sustitución (sobre esto, remitimos a lo que veremos *infra* 5).

B) *Que se trata de una sustitución vulgar establecida ex lege*

Aunque con una fundamentación mucho menos elaborada que la anterior, esta idea del art. 814.3 Cc es tenida también muy presente –siquiera sea para rebatirla– en el debate doctrinal habido en torno a este precepto²⁵⁹.

La idea aquí es considerar que el precepto, no obstante hablar de que los descendientes del descendiente no preterido *representan* a este en la herencia del ascendiente, lo que realmente quiere decir es que lo *sustituyen* vulgarmente. Se trataría, por tanto, de un caso de sustitución vulgar establecida por disposición de norma legal (*ex lege*) a favor de esos descendientes ulteriores del causante. Como argumentos para ello se señalan los siguientes.

En primer lugar, y sobre la base de que el derecho de representación es institucionalmente incompatible con la sucesión testamentaria, se relativiza la importancia del argumento literal en contrario –que el precepto habla de representar, no de sustituir–apuntando que «el legislador de 1981... no pretende expresarse con rigor técnico sino con claridad; no persigue la precisión terminológica, sino la facilidad de comprensión... Pudo el legislador hablar de sustitución en lugar de representación, pero para el lego en Derecho el primer término es menos significativo y, en cambio, el segundo tiene cierto arraigo práctico al que han contribuido no pocos notarios que lo utilizan en los testamentos como equivalente del llamamiento de la estirpe por sustitución vulgar. Puede, pues, pensarse que el término "representan" está utilizado en sentido vulgar como sinónimo de "sustituyen"»²⁶⁰.

²⁵⁹ Como veremos en el punto siguiente del trabajo, cuando se trata en general de la naturaleza jurídica del derecho de representación la idea de la sustitución *ex lege* está o ha estado muy presente tanto en nuestra doctrina como en la extranjera, pero otra cosa sucede cuando se trata en concreto de la norma contenida en el art. 814.3 Cc, donde no son tantos los autores que verdaderamente sostienen esta idea, a pesar de que quienes la rebaten estimen que sí. PINTO RUIZ se muestra partidario de esta solución *de lege ferenda*, pero considera que la modificación del art. 814.3 Cc tal como se hizo en 1981 no lo permite, sino que eso requiere una modificación más amplia del Código («El actual artículo 814 del Código civil no introduce el derecho de representación en la sucesión testada», *Revista General de Derecho*, 1984, n.º 50, pp. 2686-2688).

²⁶⁰ BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, p. 206, aunque en verdad la posición de este autor, en contra de la valoración que de la misma se hace habitualmente (situándolo entre quienes defienden la idea de una sustitución *ex lege*), nos parece que no es esa sino la que luego expondremos y defenderemos nosotros. A nuestro entender, aunque es verdad que su modo de expresarse no es del todo claro, BOLAS apunta la idea de la sustitución *ex lege* como una mera posibilidad alternativa al expediente de la representación, tratando de poner de manifiesto que este no es forzoso e inexorable (*vid.* pp. 205-206). También REY PORTOLÉS, *op. cit.*, p. 357, en relación con el cual advertimos aquí (en sentido contrario a lo que hemos dicho de BOLAS) que si bien es habitual situarlo entre los sostenedores de la inteligencia del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación, a nuestro juicio es más correcto incluirlo en este otro grupo. Pues lo que dice REY PORTOLÉS a este respecto es que «lo que ha hecho el legislador ha sido aceptar parcialmente la idea de Cámara [que el propio Rey Portolés resume así: «indagar si en las instituciones a descen-

Y en segundo lugar²⁶¹ se fundamenta esta idea acudiendo a los antecedentes del precepto, en concreto a determinadas propuestas que se entiende se habían hecho en la doctrina antes de 1981 para reformar el Código en este punto en clave de sustitución²⁶², a los trabajos preparatorios²⁶³ y al *iter* que el tantas veces repetido apartado tercero del art. 814 Cc tuvo durante su tramitación en las Cortes²⁶⁴. De los que se desprende, se dice,

dientes había o no datos suficientes para descubrir en el testamento una voluntad de sustitución vulgar tácita], pero presumiendo *iuris et de iure* la voluntad de sustituir y utilizando en lugar de ese verbo el de representar, con la ventaja de que así el supuesto legal nunca comprenderá el *casus noluntatis*». Su idea, por tanto, es considerar aquí una sustitución vulgar, pero no en el sentido propio de disposición testamentaria dependiente de la voluntad del testador (fuera ésta manifestada de forma expresa o tácita) sino en un sentido singular en tanto que impuesta por la ley (esto es lo que en realidad supone hablar de «presumir *iuris et de iure* (el legislador) la voluntad del testador de sustituir»), aunque con un contenido (exclusión del *casus noluntatis*) que se aproxima o coincide con el del derecho de representación. Esta, y no otra, creemos que es su verdadera idea. Aunque pueda en otro momento referirse a «la representación legal articulada en el art. 814.3 Cc», creemos que eso no es más que una forma de hablar, empleada por su concisión y mayor claridad de contenido.

²⁶¹ BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, p. 206, aunque repetimos aquí la observación hecha en la nota anterior.

²⁶² Se suele hacer referencia aquí, en particular, a VALLET DE GOYTISOLO, cuya notable influencia en la reforma que en el año 1981 se operó en el art. 814 Cc es subrayada por la práctica totalidad de la doctrina. En concreto, la referencia es a lo afirmado por VALLET en su obra *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer op. cit.*, en cuya p. 944 sostiene lo siguiente: «preterición de descendientes de un hijo premuerto que no había sido preterido, casos en los que parece preferible aplicar la sustitución vulgar tácita, si no se probase ser otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría de una preterición intencional». A nuestro entender, sin embargo, esa postura de VALLET no encaja propiamente en esta construcción sino en otra, como más adelante veremos. En todo caso, sin perjuicio de lo dicho nos parece interesante destacar aquí que la idea de VALLET, aunque ha variado a lo largo de los años (unas veces con motivo de la reforma de 13 de mayo de 1981, otras simplemente por cambio de opinión), en todo caso siempre ha estado marcada por su parecer primero, reflejado en el párrafo antes transcrito. Prueba de ello es que en *Panorama del Derecho de Sucesiones* (t. I, *Fundamentos*, Madrid, 1982), esto es, con posterioridad a la Ley 11/1981, si bien se consideraba forzado a cambiar su planteamiento anterior, lo hacía con reticencias y de forma poco convencida. Así, en pp. 469-470 escribía que «la expresión del 814 § 3 [...] plantea la duda de si solo la representación es en la legítima o si la misma implica una sustitución vulgar tácita para el supuesto de premoriencia. La interpretación literal –añadía–, si atiende al valor técnico de las palabras, no puede desconocer que la representación sucesoria tan solo tiene lugar en la sucesión intestada mientras que en la testada se aplica, en su caso, la sustitución vulgar». Aunque inmediatamente después (dos párrafos después) añadía: «La solución de estimar que, en el caso del art. 814 § 3, representar equivale a sustituir vulgarmente en el contenido testamentariamente atribuido [...] adolece de... falta de rigor terminológico». En definitiva, a nuestro juicio, una postura dubitativa y poco convencida en este tema.

²⁶³ El texto de esta norma, en los trabajos de la Comisión de Códigos, era este: «*Los descendientes preteridos de otros descendientes que no lo hubieran sido, percibirán lo que el testador hubiere dejado al causante*» (cit. por MIQUEL, *op. cit.*, p. 1299). Donde, como es evidente, no se hacía referencia ninguna al derecho de representación.

²⁶⁴ En este punto, el dato sobre el que se procede (*vid.* BOLAS, *op. cit.*, p. 206, aunque con una exposición más sintética que la que nosotros desarrollamos a continuación) es la enmienda núm. 500, que se formuló durante el paso del Proyecto de Ley 11/1981 por el Congreso. En esa enmienda, lo que a este respecto se propuso es dar al art. 814.3 una redacción matizadamente distinta, que se entendía lo mejoraba con respecto a la del Proyecto. Esa redacción alternativa era la siguiente: «*Los descendientes de otro descen-*

que la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de sustitución vulgar establecida *ex lege* es la procedente. Se trata, como es fácil ver, de un argumento que se sustenta prácticamente en los mismos datos concretos que sirven a la explicación anterior para defender su idea, aunque ahora, lógicamente, se los valora de forma distinta.

Todo lo cual, se afirma, justifica la conclusión de que el expediente técnico empleado en el art. 814.3 Cc es una sustitución vulgar establecida *ex lege*.

C) *Críticas a las anteriores explicaciones*

Ninguna de las dos teorías expuestas cuenta hoy, sin embargo, con el entero favor de la doctrina, sino que ambas son objeto de críticas. Pasamos a continuación a exponer esas críticas, apuntando además nuestra valoración personal de las mismas.

a) *Críticas a la teoría que sostiene que en el art. 814.3 Cc se contempla un verdadero derecho de representación*

Contra esta explicación se han formulado o se pueden formular las siguientes objeciones, dirigidas básicamente a poner en cuestión sus fundamentos.

En cuanto al tenor literal y a los antecedentes del precepto, ya hemos visto se ha dicho que la interpretación correcta de los mismos no es la pretendida por esta teoría sino la propugnada por los partidarios de la sustitución vulgar *ex lege* (a cuyos argumentos remitimos aquí, para no repetir). ¿Qué valoración nos merece esta crítica? Por nuestra parte no afirmamos que la interpretación del

diente que no hubiere sido preterido, ocuparán su lugar en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». Este cambio de redacción finalmente no se introdujo en el precepto –quizá, se ha dicho, por entenderse que no existía diferencia sustancial entre una redacción y otra (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 71)–, pero lo destacable es que la Ponencia, en su Informe, dijo que lo aceptaba. A la vista de lo cual cabe concluir que durante la tramitación de la reforma el legislador tenía clara la idea de fondo –que en caso de descendientes de descendiente premuerto y no preterido no haya preterición de aquellos y por tanto no tengan ni puedan, para defender sus intereses, que acudir a las normas que regulan la preterición–, pero que no ocurría lo mismo en cuanto al medio a emplear para ello. Pues habida cuenta de la polémica tradicional que existía en este punto y de las propuestas doctrinales diversas habidas al respecto (unas a favor de la representación, otras de la sustitución), si se propuso cambiar el término «*representan*» (que hubiera sido el propio, si esa hubiera sido la idea) por la fórmula «*ocuparán su lugar*» (que encaja perfectamente con la figura de la sustitución vulgar), y la Ponencia dijo aceptarla, esto debe tener algún valor, y no puede ser precisamente a favor de la representación. Por lo cual, aunque finalmente el cambio de redacción no se llevara al texto, lo que en todo caso resulta claro es que el argumento literal no es inequívoco en este sentido.

art. 814.3 Cc en clave de sustitución vulgar *ex lege* sea la procedente, pero eso no obstante, a la vista de la disparidad de valoraciones que se han hecho de unos mismos datos, y ambas plausibles, sí nos parece oportuno –y hasta forzoso– concluir que ni el argumento literal ni el basado en los antecedentes son inequívocos en este tema, y por tanto que no valen para sustentar de modo definitivo ninguna de las interpretaciones propuestas.

En cuanto a la finalidad con que se introdujo este precepto –evitar, en el caso considerado, la aplicación del régimen de preterición–, que según esta teoría lleva a afirmar el establecimiento y aplicación al mismo del derecho de representación, hemos de decir que este argumento no nos parece decisivo per se. Pues a él se puede responder que aun estando de acuerdo en que esa es la finalidad propia del precepto ello no conduce de modo inexorable al derecho de representación, ya que tal resultado se puede conseguir también a través de otros expedientes (por ejemplo, la sustitución vulgar *ex lege*, u otros).

Y eso mismo se puede aducir frente a la idea de que para alcanzar el fin pretendido por el art. 814.3 Cc el derecho de representación es la fórmula más sencilla y que da satisfacción a los intereses en juego con la menor interferencia posible en el desenvolvimiento del fenómeno sucesorio. Pues a ese resultado se puede llegar también por medio de otros expedientes (sea la sustitución vulgar *ex lege* u otro).

b) Críticas a la teoría que sostiene se trata de un supuesto de sustitución *ex lege*

A esta teoría se le ha objetado, en primer lugar, que las consecuencias prácticas de optar por este expediente son sustancialmente distintas a las que se producen si se trata de un derecho de representación, e incompatibles con las que se deben dar en aplicación del art. 814.3 Cc. En este sentido, contraponiendo el derecho de representación y la sustitución vulgar *ex lege*, se apuntan las siguientes diferencias²⁶⁵: a) que si se trata de derecho de representación sólo pueden ser representantes las personas señaladas por la ley mientras que si se trata de sustitución no hay límites en cuanto a las personas a las que se puede designar como sustitutos, siendo así que en el caso del art. 814.3 Cc favorecidos sólo pueden serlo descendientes del descendiente pre-

²⁶⁵ VATTIER (*op. cit.*, pp. 285-286), ALBALADEJO («Duda sobre si el testador...», *op. cit.*, p. 1196), MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. cit.*, pp. 164-166), RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 345-348) y ALGABA ROS (*op. cit.*, p. 418, nota 74), aunque no todos sostienen todas las diferencias que se señalan en el texto.

muerto; b) que si se trata de representación los descendientes del descendiente premuerto habrán de colacionar lo que este último y lo que ellos mismos hayan recibido del causante (*ex art.* 1.038 Cc), mientras que si se trata de sustitución no, siendo así que en el caso del *art.* 814.3 Cc la colación no debe ser excluida; c) que el derecho de representación es figura de carácter imperativo, por lo que debe prevalecer aun en caso de que el causante haya dispuesto en su testamento otra cosa (normalmente una sustitución, pero con sentido o contenido distinto), mientras que si se trata de una sustitución vulgar esta debe ceder ante otra disposición establecida expresamente por el testador, y que en el caso del *art.* 814.3 Cc esto no debe ser, porque los intereses de los descendientes del descendiente premuerto son prevalentes; d) que la sustitución vulgar, a diferencia del derecho de representación, opera en caso de repudiación del llamado, lo que en el caso del *art.* 814.3 Cc no debe ser²⁶⁶.

A nuestro entender, sin embargo, la anterior no es una objeción válida. Lo sería si se estuviera comparando el derecho de representación regulado en los *arts.* 924 ss. Cc y la sustitución vulgar regulada en el *art.* 774 Cc, con los caracteres que allí se le señalan. Pero si se admite –hacerlo, o no, es otra cuestión– que lo que hay en el *art.* 814.3 Cc es una sustitución de origen legal, no debe haber inconveniente entonces para aceptar que a la misma no tienen por qué aplicársele los mismos caracteres que tiene la sustitución voluntaria, ya que siendo aquélla una creación *ex novo* el legislador puede configurarla en los términos que quiera. Esta crítica, por tanto, no vale para rechazar la explicación del *art.* 814.3 en clave de sustitución *ex lege*²⁶⁷.

En segundo lugar, a esta explicación se le ha formulado una objeción derivada de la naturaleza propia de esta figura, señalando

²⁶⁶ A esta objeción, aun suponiendo ahora que la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación no fuera procedente, podría en todo caso responderse que en el supuesto del *art.* 814.3 Cc resulta inane, pues en este nunca podrá darse tal caso por hipótesis, ya que el supuesto de hecho de este precepto supone que el descendiente instituido en testamento premuere al ascendiente causante, por lo que nunca podrá haber habido renuncia o repudiación a una herencia todavía no deferida, *ex art.* 991 Cc.

²⁶⁷ Además de las señaladas en el texto, y para evidenciar mejor las diferencias teóricas entre un expediente y otro, se ha apuntado también otro dato: que si se trata de derecho de representación cabe dudar si lo que los descendientes de segundo grado recibirán será todo lo que el causante haya dispuesto en su testamento a favor del descendiente premuerto o solo lo que en concepto de legítima corresponda a este, mientras que si se trata de sustitución no hay duda de que recibirán lo mismo que se destinaba al premuerto. Ahora bien, aunque por lo dicho pudiera pensarse que la opción por el derecho de representación arroja mayores dudas, hay que advertir aquí que los autores que han apuntado esta diferencia, aparte de claros partidarios del derecho de representación, sostienen además que los descendientes del descendiente premuerto deben recibir lo mismo que a este último estuviera destinado en el testamento del ascendiente.

que una sustitución establecida *ex lege* no es una sustitución. ¿Qué nos parece a nosotros?

Por nuestra parte, y si tomamos esta explicación en los estrictos términos en que antes ha sido expuesta, hemos de señalar nuestra conformidad con la objeción apuntada. Pues aunque en sus efectos pueda ser semejante al derecho de representación, esto no permite ignorar que la sustitución vulgar es una figura de origen y esencia propiamente voluntarios, por lo que pretender pueda venir establecida directamente por disposición legal no lleva sino a desnaturalizarla y a trastornar el sistema sucesorio en su conjunto, lo que no resulta conveniente ni aceptable. Y contra esto no cabe decir que el legislador puede hacer lo que quiera y que ése podría ser el caso del art. 814.3 Cc, de tal forma que, al reformarlo, el legislador habría dado nueva naturaleza a aquella figura. Esto no es posible, entre otras cosas porque en este caso no consta existiera tal intención. Así pues, pensamos que esa no es la fórmula que en este caso debe aceptarse.

Esto descarta la explicación del art. 814.3 Cc en clave de sustitución vulgar establecida *ex lege*. Lo que de rebote ha llevado a afirmar, como hemos visto antes, que el mecanismo dispuesto en el art. 814.3 Cc ha de explicarse en clave de derecho de representación. Pensamos nosotros, sin embargo, que ese razonamiento no basta, que no procede aquí resolver por exclusión de la explicación alternativa sino que es necesaria una fundamentación positiva suficiente en apoyo de la explicación propia. La pregunta que se plantea entonces es esta: ¿resulta compatible el derecho de representación con la norma contenida en el art. 814.3 Cc? Nos ocupamos de ello en el apartado siguiente.

D) *Nuestra interpretación de la norma contenida en el art. 814.3 Cc*

Nos enfrentamos aquí con lo que a nuestro juicio constituye la clave en este tema: la naturaleza jurídica de la figura dispuesta en el art. 814.3 Cc. Y la tarea a realizar consiste en contrastar esa naturaleza con el expediente del derecho de representación, a fin de ver si son o no compatibles. ¿Lo son?

A este respecto se ha dicho que sí, aduciendo que lo procedente no es relacionar sustitución con sucesión testada y representación con sucesión intestada, sino sustitución con previsión del testador y representación con previsión del

legislador²⁶⁸. Y que ello permite explicar el art. 814.3 Cc en clave de representación.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la ecuación apuntada. Pero con esto no queda definitivamente resuelta la cuestión, pues cuando se habla de previsión del legislador lógicamente hay que entender se está haciendo referencia a una disposición establecida por el legislador enteramente al margen de la voluntad del testador y sin contar con ella, no a una disposición establecida por el legislador pero con carácter interpretador de una voluntad del testador no del todo clara o no suficientemente explicitada²⁶⁹. Y esta última, sin embargo, es una posibilidad que también ha sido planteada en nuestra doctrina para la resolución del caso del descendiente instituido heredero que premuere al testador dejando descendientes no contemplados en tal testamento.

En efecto, frente a quienes, no encontrando otra solución, han propugnado la aplicación directa del derecho de representación al caso estudiado, algunos autores han denunciado tal proceder diciendo que «la doctrina, al estudiar el problema que nos ocupa, suele plantear la cuestión sobre una base equívoca. Porque si de lo que se trata es de que en la sucesión testamentaria, al faltar un heredero, se den las mismas consecuencias prácticas que se producen en la sucesión intestada cuando juega el derecho de representación, lo lógico no es trasplantar precipitada y extemporáneamente una institución que tiene su asiento en el campo de la sucesión intestada al terreno de la testamentaria, sino ver si es posible llegar a aquellas consecuencias prácticas mediante una adecuada interpretación de la voluntad del testador»²⁷⁰. «El planteamiento acertado de la cuestión –se ha dicho– no estriba en estudiar si el derecho de representación puede aplicarse a la sucesión testamentaria, sino en llegar a las mismas consecuencias prácticas, cuando sea posible, por vía de interpretación de la voluntad del testador y mediante la admisión, en el caso concreto de que se trate, de la sustitución vulgar tácita»²⁷¹.

Este expediente de la sustitución vulgar tácita, aunque frecuentemente mezclado o confundido con el de la sustitución vulgar *ex lege*, es en verdad distinto. Pues aquel propugna también resolver

²⁶⁸ GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, p. 156. En este sentido, aunque tratando de los mayrazgos y por tanto de una forma en cierta medida incidental, ya Antonio GÓMEZ decía que «*jura quae admittunt repraesentatione, loquuntur & habet locum in successione quae provenit ex dispositione legis, non vero in successione quae provenit ex dispositione hominis*» (*Ad leges Tauri Comentarium absolutissimum*, Madrid, 1794, Ley XL, núm. 41).

²⁶⁹ Sobre esto *vid.* Juan JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 94-107.

²⁷⁰ CÁMARA, *op. cit.*, p. 18.

²⁷¹ CÁMARA, *op. cit.*, p. 20.

el supuesto estudiado en clave de sustitución vulgar, pero con un fundamento distinto, lo que supone que su naturaleza y régimen sean asimismo distintos²⁷². Lo que esta otra explicación postula es tratar de averiguar por vía de interpretación si en el tenor del testamento, aunque sea oscuro en este punto, es posible reconocer una sustitución vulgar establecida por el causante a favor de los descendientes del descendiente llamado explícitamente por aquel en ese testamento pero premuerto²⁷³. Aquí por tanto no sería la ley la que establece la sustitución vulgar, sino el propio testador. Lo cual, naturalmente, lleva el tema a un terreno distinto y que escapa a la objeción antes señalada a la teoría de la sustitución *ex lege*.

La dificultad que se ha planteado tradicionalmente a esto, habida cuenta de las circunstancias del caso –la oscuridad del testamento en este punto–, es cómo apreciar que el causante ha establecido efectivamente tal sustitución vulgar en su testamento, y sobre todo cómo fundamentar la relevancia jurídica de tal voluntad. Responder a esto, se ha dicho, exige distinguir²⁷⁴. Porque una cosa es interpretar en el sentido de aclarar, de averiguar el preciso sentido de una disposición testamentaria oscura o ambigua, y otra cosa llenar la laguna que en este punto pueda tener un testamento mediante el recurso a la voluntad no expresada pero que se considera tácita del causante.

La primera no ofrece especial dificultad teórica (todo lo más, la admisibilidad o no del recurso a la prueba extrínseca²⁷⁵), aunque en la práctica pueda tenerla. «Las reglas del Código civil sobre interpretación de los testamentos –se ha dicho– no son obstáculo invencible para que pueda y deba ser buscada... la tácita voluntad del testador favorable al llamamiento de los descendientes del instituido, cuando esa voluntad pueda ser claramente inducida de los términos o la causa de la disposición»²⁷⁶. Esto es posible «cuando cabe conjeturar, a base de un *rationale vestigium voluntate* extraído

²⁷² Esta explicación, considerada en algunos trabajos casi anecdótica y sin sentido, ha tenido sin embargo importantes sostenedores.

²⁷³ Antes de la reforma de 1981, la idea de que la institución al descendiente más próximo permitía presumir instituidos también a sus descendientes fue defendida por NOVOA SEOANE, *op. cit.*, p. 146; y CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 554-555 (aunque el parecer de este último no nos queda del todo claro).

²⁷⁴ Así lo apunta, certeramente, CÁMARA, *op. cit.*, pp. 21 ss.

²⁷⁵ Sobre la admisibilidad del recurso a la prueba extrínseca, *vid.* JORDANO, *op. cit.*, pp. 47-55.

²⁷⁶ CASTÁN, *op. cit.*, p. 173. En el mismo sentido la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952), Cdo. 7. Como ejemplo de esto, CÁMARA apunta (*op. cit.*, p. 22) el caso de un testador que tiene hermanos y sobrinos (hijos de hermanos premuertos), y que instituye herederos a sus hermanos y sobrinos, a los primeros por cabezas y a los segundos por estirpes. En este caso, dice CÁMARA, «parece claro que en caso de premorir al testador uno de los hermanos instituidos, dejando hijos, estos deben considerarse instituidos en el concepto de sustitutos de su padre».

del contexto del propio testamento, que el testador ha querido emplear la sustitución vulgar»²⁷⁷.

La segunda, en cambio, es otra cosa. Pues aquí, por hipótesis, no hay previsión concreta ninguna en el testamento sobre la cual proceder y a la que «enganchar» el resultado de una interpretación. Aquí de lo que se trata es de indagar si, aunque no haya sido plasmada en el testamento, ha existido una voluntad real del causante en el sentido de establecer una sustitución vulgar, y luego además, supuesto lo anterior, decidir si es posible dar relevancia jurídica a esa voluntad. Lo cual en términos generales se ha considerado tradicionalmente difícil de aceptar, aunque se hayan buscado fórmulas para lograrlo en algún caso.

Una de esas fórmulas ha sido recurrir al expediente creado por la Jurisprudencia que entiende que cuando un sujeto, en su testamento, instituye herederos a sus hijos, en la palabra hijos han de considerarse incluidos no solo los que lo son en sentido estricto (descendientes de primer grado) sino también los hijos de los hijos (descendientes de segundo o ulterior grado)²⁷⁸. Aunque esta fórmula no resulta siempre factible, pues se aplica solo cuando la institución de heredero a favor de los hijos se hace de forma genérica, no si se les instituye de forma nominal, que es el supuesto más frecuente.

Otra fórmula, partiendo de preceptos del Código en que el propio legislador llena ciertas lagunas frecuentes en los testamentos fijando la voluntad presumible del testador (arts. 765, 769, 770, 771 y 751 Cc), es admitir «que el intérprete utilice esas normas con... amplitud y acudiendo a la analogía pueda... llegar a una verdadera integración de una disposición testamentaria incompleta»²⁷⁹. Esta posibilidad se considera factible cuando el testador ha instituido a todos sus sucesores legales de un mismo

²⁷⁷ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, *op. cit.*, p. 278 (quien sin perjuicio de esto sabemos que rechaza en términos absolutos la aplicación del derecho de representación en la sucesión testada). En todo caso, conviene aquí advertir que para este autor la solución apuntada en el texto, aunque posible, debe emplearse con extrema cautela, por la propia índole de la misma: «no puede admitirse en buenos principios jurídicos –escribese respecto de lo que el testador guarde claro y absoluto silencio, pueda forcejear el legislador (o el intérprete) haciéndole decir lo que evidentemente calla. [...] ante la posibilidad de que el testador disponga la sustitución vulgar, cuando un testamento no la contenga explícita o implícitamente a favor de la estirpe de uno de los hijos instituidos... sería violentar la voluntad del causante querer llenar este silencio absoluto del testamento imponiendo una sustitución vulgar que no aparece por ninguna parte» (pp. 277-278).

²⁷⁸ Entre otras muchas, y aunque *obiter dicta*, *vid.* STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952) Cdo. 2.º, y STS 7-6-1950 (RJ 1018/1950). Esta práctica hunde sus raíces en el Derecho romano: *Filii appellatione omnes liberos intelligimus* (Digesto, Lib. L, Tít. XVI, ley LXXXIV). Y ha sido defendida como posible solución en este tema por CASTÁN, *op. cit.*, pp. 138 y 155 ss.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado...*, *cit.*, pp. 272-273); y CÁMARA, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁹ CÁMARA, *op. cit.*, p. 24.

rango, o a un grupo de ellos, sin discrepar de la regulación establecida por el legislador para la sucesión abintestato: en estos casos, se ha dicho, podrá acudirse a las normas de aquélla para interpretar o completar la disposición testamentaria, en lo que resulte oscura o insuficiente²⁸⁰. Aunque esto, se precisa, debe siempre hacerse con mesura, añadiéndose –para responder así a quienes lo apuntan como posibilidad²⁸¹– que «no hay en nuestro Derecho suficiente fundamento para sostener que toda disposición testamentaria deficiente deba ser interpretada o completada, a falta de elementos de hecho específicos, siguiendo la pauta señalada por el legislador para la sucesión intestada»²⁸².

Mediante estas fórmulas, y no obstante sus dificultades prácticas, algunos autores han apuntado –lo decíamos antes– que se pueden conseguir resultados semejantes a los que se obtendrían aplicando el derecho de representación a la sucesión testada (aunque no totalmente iguales, pues la operatividad de esas fórmulas depende de las circunstancias concretas de cada caso, y de lo que resulte de su interpretación²⁸³).

²⁸⁰ CÁMARA, *op. cit.*, p. 25.

²⁸¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., ad art. 562, t. II, pp. 17-18; CASTÁN, *op. cit.*, p. 140.

²⁸² CÁMARA, *op. cit.*, p. 24. En este sentido parece oportuno señalar que en el Proyecto isabelino de Código civil se decía (art. 562) que «la disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador se entiende hecha a favor de los más próximos en grado, pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente». Y que GARCÍA GOYENA, al comentarlo, escribía que en tal caso debe operar el derecho de representación «aun cuando el testador llame a los parientes más cercanos», pues «en lo que no se contraría abiertamente la voluntad del testador, debe observarse el orden de la sucesión legítima, al que se presume que en todo lo demás quiso atemperarse» (*Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., t. II, p. 17). Pero que eso no obstante, en su paso al definitivo Código civil se suprimió en esa norma el inciso final que hacía referencia al derecho de representación, de modo que hoy el precepto concordante –art. 751 Cc– contiene una disposición en la que no se alude siquiera a tal figura, lo que ha sido valorado por los comentaristas en el sentido de que este precepto no permite sustentar en él, en el caso considerado, el juego del derecho de representación (CASTÁN, *op. cit.*, pp. 155-157; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado II*, cit., pp. 272-275).

²⁸³ No obstante la semejanza dicha en cuanto al resultado, se subraya que no hay confusión entre esos expedientes, pues «es muy distinto sostener que el derecho de representación sea una institución común a la sucesión testada e intestada... a defender la posibilidad de que por vía de interpretación integradora de un testamento insuficiente pueda llegarse, en ciertos casos, a la aplicación, en una sucesión testamentaria, de las normas que otorgan y regulan el derecho de representación» (CÁMARA, *op. cit.*, p. 26). Entre una y otra fórmula apunta CÁMARA (pp. 26-27) varias diferencias, de las cuales destacamos la siguiente. Los que sostengan que el derecho de representación es una institución común a la sucesión testada y a la intestada, dice CÁMARA, tendrán que admitir que funcionará en todo caso de sucesión testamentaria, mientras el testador no lo haya excluido expresamente. En cambio, en el planteamiento apuntado eso solo resultará cuando la interpretación del testamento la consienta, en base a los elementos concretos que presente. Así por ejemplo, añade CÁMARA, si un testador instituye a dos hermanos disponiendo que la porción del primero de ellos, en caso de premorirle, pase a sus descendientes, y no diciendo nada del otro para igual supuesto, con el planteamiento dicho la sustitución tácita a favor de los descendientes del segundo hermano queda excluida, mientras que los que aceptan la procedencia del derecho de representación en caso de sucesión testada tendrán que aplicarlo.

Esas fórmulas, sin embargo, han sido objeto de numerosas críticas, aunque la mayor parte de ellas motivadas por un no del todo correcto entendimiento de la idea en que se basan, lo que lleva a atribuirles un contenido que realmente no tienen.

La más importante crítica que se les hace es que en esos casos no cabe apreciar sustitución vulgar tácita precisamente porque en ellos, por hipótesis, hay que partir de la base de que el testador no ha tenido voluntad ninguna en ese sentido: si no ha dispuesto nada en su testamento, se dice, será porque no lo ha querido (máxime si se trata, como en la práctica es el caso absolutamente habitual, de un testamento otorgado ante Notario, que sin duda habrá tenido cuidado de advertirle en ese sentido)²⁸⁴. Concluyéndose entonces que pretender resolver la situación de los descendientes de segundo grado buscando una sustitución vulgar tácita es una solución que, más que fundada en la voluntad tácita del testador, va en contra de la que este ha expresado, por lo que no puede aceptarse²⁸⁵.

²⁸⁴ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, cit., pp. 292-293.

²⁸⁵ A esta solución se le han hecho, también, estas otras críticas:

1. Que esta explicación implica que, llegado el caso, los nietos serán legitimarios por derecho propio aunque también, al concurrir con sus tíos, por estirpes, siendo así que resulta contradictorio concurrir por derecho propio al mismo tiempo que por estirpes, ya que las consecuencias son distintas: si es por derecho propio –se dice– el reparto de la herencia será entre todos y por cabezas; si es por estirpes, en cambio, la porción a repartir será solo la destinada inicialmente al descendiente premuerto, y entre sus descendientes (MADRINÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 174). A esto se puede sin embargo responder en un doble plano. En primer lugar, que los sostenedores de esta explicación nunca han hecho especial hincapié en las nociones de suceder por derecho propio o suceder por estirpes. Y en segundo lugar, y principalmente, que tal crítica parte de un error, de clara impronta histórica pero superado hace ya muchos años. Pues no hay contradicción entre suceder por derecho propio y suceder por derecho de representación: el que sucede por representación sucede también por derecho propio, aunque la medida de su participación en la herencia se determine por estirpes.

2. Que esta explicación no permite abarcar todos los supuestos que en el art. 814.3 Cc deben tener cabida: «¿qué sucedería –se plantea– en aquellos supuestos en los que el descendiente premuerto haya quedado satisfecho en sus derechos legitimarios... mediante una donación *inter vivos*...? En estos casos –se dice– nos podremos encontrar ante un no preterido premuerto que ha dejado descendencia no contemplada por el testador y... no existe una nominación testamentaria en la que incluir la de los descendientes. ¿Se podrán considerar... preteridos? En principio –se contesta– ... no, ya que a la vista de los presupuestos de hecho es preceptiva la aplicación del art. 814.3, que considera inexistente la preterición. Sin embargo, la inexistencia de nominación testamentaria del no preterido en la que incluir a sus descendientes impediría... la aplicación de la norma, esto es considerar no preteridos a sus descendientes» (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 342-343). A nuestro entender esta crítica no es válida por varias razones. En primer lugar porque se trata de una objeción que se plantea solo en un supuesto muy particular, no en todos los casos. En segundo lugar porque la misma dificultad que se denuncia se plantea si se considera que el mecanismo dispuesto en el art. 814.3 Cc es un derecho de representación, pues si lo que este hace es atribuir al representante lo mismo que el causante hubiera dejado al representado en su testamento, y en este caso en el testamento no hay llamamiento ninguno a su favor, ¿qué es lo que se atribuiría por representación a favor de los descendientes de ese descendiente? Y como tercera razón se puede decir que, si el descendiente premuerto ha recibido en vida, de manos del causante, bienes por valor igual o superior al que cuando la muerte del ascendiente se produce le hubiera correspondido en concepto de legítima, en este caso nada tie-

En una línea semejante pero más matizada, se ha sostenido que si bien en plano de principio no puede rechazarse absolutamente la posibilidad de una sustitución vulgar tácita, lo que en todo caso no procede es presumir, y más si se hace *iuris et de iure*, tal voluntad. Pues esto, más que interpretar la voluntad (tácita) del testador lo que hace es suplantarla o sustituirla, lo cual no es aceptable²⁸⁶.

¿Qué juicio nos merece esa solución que propugna escudriñar el testamento para ver si, mediante su interpretación, es posible apreciar en él una sustitución vulgar establecida por el testador a favor de los descendientes de su descendiente? Por nuestra parte pensamos que en línea teórica o de principio no cabe negar su posibilidad, aunque al estar sometida a los condicionantes de que una tal voluntad real del causante se pruebe suficientemente y de que haya base que de algún modo permita atribuir relevancia jurídica a la misma,

nen que reclamar, ni él (si hubiera estado vivo) ni sus descendientes (y pretender que en este caso hay preterición si no se han mencionado formalmente a esos descendientes de segundo grado, aunque sin tener que dejarles nada, es cosa de tiempos ya superados); y si los bienes recibidos por el descendiente primero fueran de valor inferior al que por legítima le hubiera correspondido, en este caso lo que podrán hacer sus descendientes es ejercitar, en calidad de herederos suyos, las oportunas acciones de suplemento o reducción. Por todo lo cual hay que estimar que esta crítica no es válida para rechazar esta explicación de la norma contenida en el art. 814.3 Cc.

3. Que en caso de que el testador hubiese destinado al descendiente premuerto una atribución de valor superior al que en concepto de legítima le hubiera correspondido, esta construcción supone hacer dos partes en esa atribución —la coincidente con la legítima, que se atribuiría por sustitución vulgar tácita, y la que excede de la legítima, que se distribuiría con arreglo a las normas de la sucesión intestada—, lo cual no se considera aceptable por dos motivos: uno, que ése es el efecto que antes de 1981 ocasionaba la preterición, cuya exclusión es precisamente lo que se pretendió con la reforma; y otro, que se trata de una solución poco acorde con la voluntad del causante manifestada en testamento, ya que la apertura de la sucesión abintestato supone una nueva distribución del haber hereditario, sustancialmente distinta de la prevista por aquel (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 343). A esto se puede sin embargo contestar que el efecto contra el que esta crítica se dirige ha sido planteado únicamente por un autor (PINTO RUIZ, *op. cit.*, pp. 2683-2686), pero que la idea general de los demás sostenedores de esta explicación no propugna tal disociación de la atribución hecha por el causante al descendiente primero (premuerto), ni la ulterior destinación de cada una de esas partes por una vía distinta. Todo lo contrario: al considerar la idea de una sustitución vulgar tácita, esta explicación da un tratamiento unitario a lo que el testador ha destinado inicial y explícitamente a favor del descendiente premuerto, dirigiéndolo ahora, en su totalidad, a los descendientes de ese descendiente.

4. Que esta explicación supone una atribución directa, legal y forzosa de la legítima a los descendientes del descendiente premuerto, que no es testamentaria —porque el testamento nada dice a este respecto— ni abintestato —pues el testamento se mantiene, y no se trata de una parte del as hereditario de la que el causante no hubiese dispuesto—, y que una tal atribución no tiene cabida en nuestro Ordenamiento (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 343-344). Esta objeción, sin embargo, no es atendible porque parte de una premisa incierta: lo que esta explicación supone es, precisamente, que esa porción hereditaria sigue el camino que se considera le ha marcado (aunque tácitamente) el propio testador mediante una sustitución vulgar a favor de los descendientes del descendiente premuerto. Esto es, una atribución voluntaria, testamentaria. Por tanto, se podrá no estar de acuerdo con esta explicación, pero en todo caso habrá de ser por consideraciones distintas de esta, ya que no se corresponde con la idea que esta explicación sostiene.

²⁸⁶ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 277-278.

esto hará en la práctica que su operatividad sea muy reducida. Pero además, y sobre todo, pensamos que esta solución ofrece poca o ninguna utilidad en orden a interpretar el art. 814.3 Cc. Pues la solución dicha, para poder aplicarse, no necesita el apoyo de ese precepto, en tanto que lo que plantea es simplemente una cuestión de interpretación; prueba de ello es que esa solución se planteaba y aplicaba ya antes de que en 1981 se reformara el Código y se introdujera ese nuevo precepto. Por lo que entendemos que la explicación del art. 814.3 Cc debe ser otra.

Volvemos entonces a la idea del derecho de representación establecido por disposición del legislador enteramente al margen de la voluntad del testador y sin contar con ella. ¿Es esto compatible con la norma del art. 814.3 Cc?

A nuestro juicio, la respuesta a esa pregunta ha de ser negativa. Lo que basamos en una doble consideración. Una, que el derecho de representación no es figura compatible con una sucesión voluntaria, cual es la de esa norma. Y otra, que es posible dar al mecanismo del art. 814.3 Cc una explicación distinta del derecho de representación, y plenamente ajustada a las circunstancias y características del caso.

La primera consideración se basa en lo que a lo largo del trabajo, en distintas ocasiones, hemos ido viendo sobre el derecho de representación –al analizar su historia, su configuración normativa actual, la sede sistemática en que se regula y su naturaleza jurídica–, todo lo cual evidencia que este derecho no es una figura propia de las sucesiones voluntarias sino de las legales. Recordamos eso a continuación, de forma resumida.

Empezando por el dato histórico, tenemos que este se muestra claro en este sentido, pues el derecho de representación, desde su origen en el primitivo Derecho romano, ha sido siempre una figura propia de las sucesiones legales, no de las sucesiones voluntarias. Esta valoración cuenta con el respaldo unánime de la doctrina, por lo que no resulta preciso que nos detengamos en este aspecto.

En cuanto a los datos positivos en nuestro Ordenamiento actual, tenemos que el apoyo que ofrecen al juego del derecho de representación en el ámbito de la sucesión testamentaria es poco o ninguno, salvo que se interpreten de un modo forzado e improcedente. Pues de los preceptos que se aducen en este sentido, como ya vimos, unos son descartables absolutamente (arts. 925 Cc y 17.2 Ley 17 de noviembre de 1940), otros afectan de modo tan tangencial (arts. 985.2 y 1.038 Cc) o son de interpretación tan oscura (art. 766 Cc) que no permiten sustentar en ellos tal pretensión, y otros, aunque efectivamente contemplan un derecho de representa-

ción operativo tanto en casos de sucesión intestada como en casos de sucesión testada (arts. 929, 761, 857 Cc) no sirven sin embargo para respaldar una postura afirmativa general en este sentido, porque se trata de casos en los que se atiende propiamente a la legítima, que es también una institución de naturaleza legal.

En cuanto al dato sistemático, tenemos que el núcleo de la regulación del derecho de representación se encuentra en el Código en los arts. 924 y siguientes, esto es, en sede de sucesión intestada. Sin que los arts. 761 y 857 Cc sean óbice en este sentido, pues como ya se ha dicho la representación que en ellos se considera atiende propiamente a la legítima, que es figura de naturaleza legal.

Y finalmente la naturaleza jurídica del derecho de representación, perspectiva que en parte es tributaria de las anteriores pero que en parte refuerza y consolida el resultado de las mismas, añadiendo nuevos argumentos. Pues si el derecho de representación es un llamamiento a suceder establecido por la ley no es posible, por su propia naturaleza, insertarlo en una sucesión de carácter voluntario sin trastornar completamente esta. Máxime cuando dentro de este ámbito, para conseguir el mismo resultado, se cuenta con un mecanismo paralelo: la sustitución vulgar. El hecho de que esté legalmente previsto el juego del derecho de representación también en algunos casos de sucesión testamentaria –lo repetimos una vez más– no obsta a lo dicho, pues se trata de casos puntuales justificados por la idea de garantizar que los hijos del representante reciban la legítima que la ley asigna a los descendientes, esto es una sucesión en cierta forma legal.

Todo lo cual fuerza a concluir que el derecho de representación es en nuestro Ordenamiento figura propia de las sucesiones legales, y por ello que su juego en el ámbito de las sucesiones testamentarias voluntarias no puede admitirse²⁸⁷. Y así, puesto que en el caso del

²⁸⁷ Por las razones dichas en el texto, resultan a nuestro juicio susceptibles de crítica los Ordenamientos que admiten la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada (voluntaria) al mismo nivel que en la sucesión intestada (legal): así ocurre en Italia (art. 467.2 *Codice*-1942), en Portugal (art. 2040 *Código*-1966), en Aragón (art. 20.1 Ley 1/1999) y en Navarra (ley 309.2 Fuero Nuevo). Y nos parecen criticables, porque si bien resulta muy estimable el esfuerzo que han desplegado para atender al problema real que en esos casos se planteaba y darle una respuesta distinta a la de aplicarle el régimen de preterición, la solución por la que han optado resulta excesiva, por no haber tenido en consideración las características propias del derecho de representación y su ámbito natural de operatividad. Se ha querido alcanzar el resultado adecuado pero no se ha tenido el cuidado necesario para buscar el medio oportuno para ello (en contra de esto, rotundamente, ALBALADEJO, «La sucesión del descendiente ulterior...» *op. cit.*, pp. 761-762).

art. 814.3 Cc se trata de una sucesión voluntaria, entendemos que el recurso al derecho de representación no es aquí procedente²⁸⁸.

La segunda consideración en que se basa nuestra postura en este tema, es que es posible dar al art. 814.3 Cc una explicación distinta del derecho de representación, y compatible con las circunstancias y características específicas de ese precepto.

Para evidenciarlo es interesante empezar destacando que la doctrina dominante, para la inteligencia del expediente dispuesto en el art. 814.3 Cc, ha centrado la atención en la primera de sus dos proposiciones –que los descendientes del descendiente premuerto «representan a este en la herencia del ascendiente»– en detrimento de la otra proposición –«y no se consideran preteridos»–, que se interpreta en función de aquella. A nuestro juicio, en cambio, debe hacerse al revés.

A este respecto, pensamos que no cabe decir, como sin embargo se dice, que en el supuesto contemplado en el art. 814.3 Cc hay preterición pero no se le aplican su régimen y efectos, porque para evitarlo se establece un derecho de representación²⁸⁹. Esto, a nuestro juicio, no es aceptable. Pues por muy frecuentes que puedan ser los errores terminológicos del legislador, si este considerara que en el caso hay preterición es inconcebible pretender que en el mismo precepto y apartado diga que no se aplican sus efectos. Y sostener que hay preterición (porque el causante no ha dispuesto nada a favor de quienes son legitimarios suyos al tiempo de su muerte: los descendientes de segundo grado, por premoriencia del descendiente de grado primero) pero que no se aplica su régimen porque el legislador ha dispuesto un derecho de representación para hacer efectivos los intereses de aquellos, es un salto en el vacío para el que no hay base jurídica. Pues sea cual sea el concepto de preterición que se acoja, lo que en todo caso parece claro es que la misma no puede quedar excluida mediante el establecimiento, por parte del legislador, de un derecho de representación: si preterición es falta de consideración por parte de un sujeto a sus legitimarios, esto solo puede evitarse mediante una disposición voluntaria del causante hacia esos legitimarios²⁹⁰.

²⁸⁸ La impropiedad del derecho de representación en la sucesión voluntaria la ha afirmado repetidamente el T.S.: sobre esto, *vid.* las SS que a lo largo del trabajo se han ido citando, y en particular las de 22 de junio de 1931 (RJ 2098/1931), 7 de junio de 1950 (RJ 1018/1950), 6 de diciembre de 1952 (RJ 2430/1952), 18 de diciembre de 1962 (RJ 4897/1962) y 5 de julio de 1966 (RJ 3671/1966). Aquí solo hay que precisar que cuando el TS habla de sucesión testada, se está refiriendo propiamente a la sucesión voluntaria.

²⁸⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 82-88, 68-70 y 75-76; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 334; VATTIER, *Comentarios del Código civil...*, cit., p. 2229; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 173.

²⁹⁰ Normalmente un llamamiento mortis causa en ese sentido. Puede también evitarse la preterición si el causante ha hecho en vida atribuciones patrimoniales a favor de sus legitimarios; aquí, sin embargo, nos centramos en el llamamiento mortis causa, no solo por ser la hipótesis típica sino porque, con arreglo a la construcción que vamos a hacer, esas

Distintas son las cosas, en cambio, si la atención se centra en la otra proposición del art. 814.3 Cc, que dice que en este caso los descendientes del descendiente premuerto no se consideran preteridos (por el ascendiente testador)²⁹¹. Como hemos apuntado, excluir la preterición exige que haya habido un llamamiento del causante a favor de los legitimarios. En el caso, sin embargo, no lo ha habido, si nos atenemos al tenor literal del testamento. ¿Cómo conciliar esto con la idea de que los descendientes del descendiente premuerto no han sido preteridos?

La fórmula de la sustitución vulgar extraída de la interpretación de una disposición testamentaria oscura en su significado pero inequívocamente establecida, ya hemos dicho antes que en línea teórica no cabe descartarla, pero que tropieza con el obstáculo de su difícil operatividad práctica, por los requisitos a los que viene condicionada.

Se necesita otra fórmula, que permita excluir en ese caso la preterición y que además, no obstante venir dispuesta en una norma legal, sea compatible con una sucesión voluntaria. Pues bien, esa fórmula existe.

Se trata de valorar el art. 814.3 Cc en clave de norma de interpretación integradora de la voluntad del testador. No como norma estrictamente interpretadora de su voluntad oscura pero manifestada, que es cosa distinta, aunque habitualmente se las confunde. Sino como norma que establece una interpretación integradora de la voluntad del testador, considerando el legislador que la voluntad real y completa de ese testador no ha quedado suficientemente expresada en el testamento, y señalando el propio legislador el sentido de esa voluntad. Más concretamente: lo que el legislador ha pretendido con el art. 814.3 Cc es establecer que en este caso la voluntad real del testador, dado que no ha ordenado nada en sentido contrario o incompatible, ha de considerarse que ha sido instituir a los descendientes del descendiente explícitamente llamado en su testamento, en sustitución de este, para el caso de que premuera al causante-testador.

Esta explicación es coherente con el hecho de que en este caso los descendientes del descendiente premuerto no se consideren preteridos, aunque no hayan sido mencionados explícitamente por el ascendiente en su testamento. Porque, con ella, lo que el art. 814.3 Cc establece es que eso no obstante tales descendientes deben entenderse llamados, y llamados testamenta-

posibles atribuciones patrimoniales en vida son perfectamente integrables en esa explicación (*vid. infra* nota 295).

²⁹¹ Esto concuerda además con la sede en que esta norma se encuentra inserta, pues el art. 814 es el precepto que el Código civil dedica específicamente a regular la preterición.

riamente, aunque sea por interpretación integradora de la voluntad del testador. Y entonces, puesto que han sido llamados no han sido preteridos, y puesto que no ha habido preterición naturalmente no se aplican su régimen ni sus efectos. No es que, habiéndola, no se apliquen sus efectos (pretender esto es un artificio verdaderamente difícil de aceptar). Sino que esos efectos no se aplican porque no ha habido preterición, porque los descendientes del descendiente premuerto no se consideran preteridos sino llamados, aunque ese llamamiento sea por efecto de interpretación integradora –legalmente predispuesta– de la voluntad del testador²⁹².

La diferencia entre esta explicación y la muy semejante que antes quedó expuesta es que la que nosotros proponemos no depende de la interpretación de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, sino que esa interpretación integradora viene establecida por la ley, lo que facilita extraordinariamente su operatividad.

Esa explicación, por otra parte, no plantea ninguna dificultad para aplicarle el régimen que comúnmente se considera propio del art. 814.3 Cc, pues con ella ese régimen sigue siendo sustancialmente el mismo. Esto es, que el llamamiento dispuesto en el precepto solo procede en relación con descendientes de descendientes; solo en caso de premoriencia del descendiente de grado más próximo al testador (por tanto, no en casos de indignidad, desheredación o repudiación de este²⁹³); y solo si el testador no ha dispuesto nada para ese caso ni ha establecido ninguna otra disposición incompatible con el resultado de tal integración (pues en tales casos esta quedaría excluida *ex art.*

²⁹² En esta línea parece orientarse también la norma contenida en el § 2.069 B.G.B. En él se dispone lo siguiente: «(Abkömmlinge des Erblassers) Hat der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht und fällt dieser nach Errichtung des Testament weg, so ist im Zweifel anzunehmen, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden» (Si el testador hubiese llamado a uno de sus descendientes y este muere después de hecho el testamento, se admitirá, en caso de duda, que sus descendientes están llamados en la medida en que puedan entrar reemplazándole en el orden de la sucesión legal). Sobre el § 2.069 BGB, *vid. OTTE –en Staudingers Kommentar zum BGB., 12.ª ed., Berlin, 1989–*, quien en el n.º 1 de su comentario sostiene primero que «die Vorschrift enthält eine Regel der ergänzenden Testamentsauslegung» (lo que involucra interpretación e integración, como él mismo reconoce), y luego afirma que este parágrafo «stellt... eine Parallele zum Eintrittsrecht des § 1924 Abs 3 dar». En el mismo sentido LEIPOLD (*op. cit.*, § 2069, núm. 1), que primero dice que «die Vernüpfung mit dem Willem des Erblassers zeigt, dass es sich um eine Auslegungsregel handelt», pero poco después añade que esa norma «stellt eine der wichtigsten Wurzeln des allgemeinen Rechtsinstitut “ergänzende Testamentsauslegung” dar» [este § 2069, por otra parte, según LEIPOLD no solo se aplica al caso de premoriencia del llamado (*op. cit.*, § 2069, núm. 9) sino también en caso de repudiación (núm. 13) y de indignidad (núm. 14) de este].

²⁹³ *Vid.* nota 238.

814.5 Cc²⁹⁴). En cuanto a la medida de la atribución, la explica-

²⁹⁴ En esta misma línea resuelve el *Codice* italiano de 1942 (art. 467.2: «*Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato...*»). Y el portugués (art. 2040.2: «*A representação não se verifica: a) Se tiver sido designado substituto ao herdeiro ou legatário*»). En España, en el Derecho foral de Aragón el juego del derecho de representación (sustitución legal) se establece «*salvo previsión en contrario del disponente*» (art. 19 ley 1/1999). Y en Navarra se dice igualmente que el causante «*podrá... excluirlo en cualquier caso*» (ley 309 Fuero Nuevo), y que «*toda sustitución vulgar excluye el derecho de representación*» (Ley 221). Dicho esto, recordamos entonces lo que quedó apuntado al señalar los diferentes efectos que se dice tiene la alternativa entre sustitución *ex lege* y derecho de representación: si se trata de sustitución *ex lege*, vimos que se decía, esta debe ceder ante otra sustitución que haya establecido el testador (si es de sentido o contenido incompatible con aquélla), pero si se trata de derecho de representación este debe prevalecer, pues es figura de carácter imperativo (VATTIER, *Comentarios del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, ad art. 929, p. 2229). Esto último, a tenor de lo señalado en el texto, no es correcto, pues choca con lo dispuesto en el propio art. 814.5 Cc. Aunque esa diferencia entre una figura y otra no es tampoco comúnmente aceptada entre los partidarios de entender el art. 814.3 en clave de derecho de representación, habiendo entre estos muchos que en base al citado art. 814.5 Cc sostienen la prevalencia de otra disposición del testador, si la hubiera [entre estos autores, ahora bien, tampoco hay una idea única, pues mientras unos aceptan la total prevalencia de esa otra disposición, la mayoría la limita solo a la parte de la atribución que exceda de su legítima, ya que en relación con esta se considera que el derecho de representación del art. 814.3 Cc seguiría operando (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 168-175; BOLAS, *op. cit.*, p. 207; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 351-357; en este sentido se orienta también la doctrina italiana al comentar el art. 467 del *Codice civile* de 1942: *vid.* FERRI, en *Commentario del Codice civile*, de Scialoja-Branca, 3.^a ed. Bolonia 1997, arts. 456-511, ad art. 467, pp. 218-219; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2.^a ed. Milán 2002, t. I, p. 149). Otros distinguen según que la otra disposición la hubiera hecho el testador con o sin conocimiento de que el descendiente luego premuerto tenía a su vez descendientes (REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pp. 357-358; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 161-163). Para buena visión general de este tema, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 163-164 y 167-175].

En todo caso, eso dicho, toca ahora plantearse en qué posición quedan entonces, con nuestra explicación, los descendientes del descendiente premuerto, si el ascendiente en su testamento, además de no llamarlos explícitamente, ha establecido alguna disposición incompatible con la fórmula dicha. ¿Cómo se atienden aquí los intereses de esos descendientes que ahora, por premoriencia de su padre, son legitimarios per se en la herencia del abuelo? La cuestión es ardua pero no impide la solución propuesta por nosotros en el texto, por varias razones. En primer lugar porque esa dificultad se plantea igual si se considera que el mecanismo empleado en el art. 814.3 Cc es un derecho de representación en sentido propio, y la solución al respecto, como ya hemos apuntado más arriba en esta misma nota, no es unánime, sino que las propuestas son variadas y contradictorias. Y en segundo lugar, y principalmente, porque la protección de los intereses de esos legitimarios no se ve impedida con la explicación que hemos propuesto. La diferencia es que su salvaguarda no será a través del art. 814.3 Cc, que a nuestro entender circunscribe su operatividad al caso de premoriencia del descendiente de primer grado no preterido sin que el ascendiente haya contemplado explícitamente en su testamento a los descendientes de ese descendiente y sin que tampoco haya establecido en su testamento ninguna disposición sobre el destino ulterior de lo atribuido a aquel descendiente, para el caso de que éste fallara. Pero eso no supone, repetimos, que los intereses de los descendientes de segundo grado ahora legitimarios queden desatendidos. Lo único es que, para ello, habrá que acudir ahora, dentro del mismo art. 814 Cc, a sus apartados 1 y 2, considerando que esos descendientes han sido preteridos y por tanto que procede aplicar el régimen y efectos de la preterición. Es verdad, se podría decir en contrario, que también este caso cae bajo el supuesto de hecho del art. 814.3 Cc, porque el descendiente de grado primero no ha sido preterido. Pero esto creemos debe descartarse si atendemos al supuesto que tradicionalmente había sido objeto de discusión en este tema, a los antecedentes del precepto y a las propuestas que en la doctrina se habían hecho para la reforma del mismo, todo lo cual apunta claramente a que el supuesto

ción propuesta supone que los descendientes del descendiente premuerto recibirán lo mismo que estaba destinado inicialmente a este (no se circunscribe por tanto a la legítima), aunque naturalmente tendrán que colacionar lo que su padre o ellos mismos hubieran recibido del causante en vida²⁹⁵. En cuanto a su operatividad en caso de repudiación, lo dejamos ahora sin contestar, remitiéndolo al apartado siguiente.

En definitiva, unos efectos sustancialmente iguales a los que se producen interpretando el art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación. Esta última sin embargo, aunque en el terreno de sus efectos prácticos funcione, no procede en el terreno de la teoría o de los principios. Pues sobre la base de que en el art. 814.3 Cc se trata de un supuesto de sucesión voluntaria, admitir eso supondría trastocar enteramente la naturaleza de las figuras de nuestro Derecho sucesorio²⁹⁶.

Se trata, por tanto, de una explicación perfectamente conciliable con el art. 814.3 Cc, ya que aunque sea una fórmula de origen legal, al tratarse de una norma de interpretación integradora es compatible con el hecho de tratarse de una sucesión voluntaria²⁹⁷.

en que al redactar el art. 814.3 Cc se estaba pensando era el dicho, y no otro. El supuesto de hecho de esta norma se caracteriza porque el testador, en sus disposiciones, ha atendido solo al descendiente de primer grado y no a los descendientes del mismo, porque no ha pensado siquiera en la posibilidad de que aquel le premuera. En el caso ahora considerado, en cambio, el testador ha pensado en esa posibilidad y ha dispuesto el destino ulterior de esa atribución, solo que en un sentido distinto de dirigirla a los descendientes de ese descendiente. Por eso creemos que aquí no cabe acudir, para salvaguardar los intereses de éstos, a una interpretación integradora de la voluntad del testador, pues su voluntad ha manifestado claramente qué hacer en caso de premoriencia del descendiente primero. Hay que acudir a las normas de la preterición (aunque distinguiendo, en función de las circunstancias, si ha sido intencional o no). Este nos parece que es el resultado procedente (así también BOLAS, *op. cit.*, p. 207). Que por otra parte, si bien se mira no supone una mala solución para esos descendientes ulteriores, sino todo lo contrario. Piénsese así que, si se aplicara en ese caso la solución que propone la doctrina mayoritaria –mantener el derecho de representación pero circunscrito a la legítima, y en lo restante dar curso a esa disposición alternativa del testador– la posición de esos descendientes se vería reducida al mínimo legal. Mientras que si se aplican las reglas de la preterición su posición podrá verse limitada a la legítima (en caso de ser intencional: art. 814.1 Cc) pero podrá también resultar mayor (en caso de no ser intencional: art. 814.2 Cc).

²⁹⁵ Lo dicho supone que si el ascendiente, en vida, hubiera atribuido algo al descendiente que le premuere o a los descendientes de ese descendiente, eso no impide la explicación propuesta del art. 814.3 Cc. Lo único es que, llegado el momento de la muerte del abuelo, los descendientes del descendiente deberán colacionar tanto lo que hubiera recibido este como lo que ellos mismos hubieran recibido, *ex art.* 1.038 Cc (*vid. supra* nota 118). Y si la disposición a favor del descendiente primero no fuera suficiente para cubrir lo que por legítima le corresponde, sus descendientes podrán ejercitar las oportunas acciones de complemento o reducción.

²⁹⁶ Así lo denunciaba ya (aunque en el marco de su idea de la *successio graduum*, y naturalmente sin referirse al art. 814.3 Cc, que es de fecha posterior) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, cit., p. 276. También CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 554. Más recientemente, aunque tomándolo como hecho consumado, también VATTIER «El derecho de representación», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia 2006, pp. 545-546).

²⁹⁷ Desde esta perspectiva se puede responder a la objeción que en contrario formula ALBALADEJO «La sucesión del descendiente ulterior...», *op. cit.*, p. 764) cuando afirma «que

Y además, al venir sustentada en una norma, esta explicación no se enfrenta a las objeciones que ya hemos visto se hacen a las explicaciones en clave de norma estrictamente interpretadora de la voluntad del testador²⁹⁸.

Dicho lo cual, resulta entonces que esta explicación encaja perfectamente con la norma del art. 814.3 Cc, y que no choca con ninguna de las perspectivas desde las que este se quiera enfocar: antecedentes, propuestas doctrinales, *iter* parlamentario, etc. Vemos esto a continuación.

Partimos de la base –al igual que han hecho muchos otros, también entre quienes lo explican en clave de derecho de representación– de que en la reforma de ese precepto en mayo de 1981 la idea principal que preocupaba al legislador era evitar la aplicación del régimen de preterición al caso estudiado, y no tanto el expediente técnico a emplear para conseguirlo. Y a ello le sumamos, tal como a lo largo de este punto hemos ido viendo, que ni las propuestas de la doctrina previas a tal reforma ni los trabajos habidos durante el trámite parlamentario se orientaban de forma unánime e inequívoca a favor de establecer una solución basada en el derecho de representación. Resultado de lo cual es –ni más, ni menos– que quedamos con un cierto margen de maniobra en orden a explicar el mecanismo de funcionamiento del art. 814.3 Cc, sin estar férreamente atados por la letra del precepto.

Pues bien, ese margen de maniobra entendemos que puede y debe aprovecharse en el sentido de encontrar una explicación del citado mecanismo que sea compatible con una sucesión voluntaria, como es la del art. 814.3 Cc. Esa explicación es la que hemos dicho: valorar el art. 814.3 Cc en clave de norma de interpretación integradora de la voluntad del testador²⁹⁹. Siendo así, además, que esa explicación no es desconocida en nuestra doctrina, pues son

la suplencia de un heredero por otro puede estar dispuesta bien como sustitución o bien como representación;... que esta la puede establecer el testador o la ley... pero que aquella no hay ningún caso en que la establezca la ley». Además, la explicación expuesta en el texto no choca con el art. 766 Cc sea cual sea la interpretación que se le dé, pues según nuestra idea en el art. 814.3 Cc no se trata ni de *ius repraesentationis* ni de *ius transmissionis*.

²⁹⁸ Ejemplo de esto son los arts. 765, 769, 770, 771 y 751 Cc, que más arriba hemos visto citados por CÁMARA como fórmula posible para dar solución al caso considerado (*vid.* también JORDANO, *op. cit.*, pp. 56 y 106-107). En otro orden de cosas podríamos aquí hacer un paralelismo con lo que ocurre en sede de contratos, donde ocurre algo semejante (no igual, porque ahí esas cláusulas han de ser probadas y en nuestro caso no, porque viene así dispuesto por ley) cuando en aplicación del art. 1287 Cc se integra un contrato con las cláusulas usuales en el lugar de su celebración, no obstante no haber sido incluidas de forma explícita. Esto no altera la naturaleza de ese contrato, que sigue siendo un negocio voluntario, fundado en la voluntad de las partes.

²⁹⁹ Esto concuerda además con la práctica jurisprudencial que considera que en la palabra hijos han de entenderse incluidos también los hijos de los hijos, con la diferencia de que ahora no se exige el requisito –que la jurisprudencia, en cambio, sí establecía– de que los hijos sean designados de forma genérica, no nominativa.

varios los autores que la han vislumbrado, aunque no hayan llegado a explicarla y llevarla a sus últimas consecuencias³⁰⁰.

4.2 Derecho de representación y repudiación, en caso de sucesión testada. Nuestra postura

Llegados a este punto ha quedado dicho que a nuestro entender el derecho de representación no tiene juego en nuestro Ordenamiento, en términos generales, en el ámbito de la sucesión testamentaria. Porque siendo una figura propia de las sucesiones legales, no se puede trasplantar a las sucesiones voluntarias.

Esto, ahora bien, hay que precisarlo, porque la legítima es también una figura de naturaleza legal, y el llamamiento a la misma se puede hacer lo mismo a través de sucesión intestada que testamentaria. De hecho, como sabemos, eso es lo que explica y justifica que en el Código esté previsto el juego del derecho de representación en casos de indignidad y desheredación del descendiente de grado primero, aunque se trate de una sucesión deferida testamentariamente. Porque en esos casos el legislador ha estimado que los descendientes de segundo grado tienen derecho a recibir la legítima y que esta no debe verse impedida por actos personales del descendiente de primer grado, articulando por consecuencia, para hacerlo efectivo, un derecho de representación a su favor, aunque no igual al regulado en los arts. 924 ss. Cc sino circunscrito a la legítima.

La cuestión que ahora planteamos es qué ocurre en caso de que el descendiente de grado primero instituido por su padre en testamento como heredero repudie esa herencia, cuando tiene (aquel) hijos y el testador no ha previsto ese supuesto disponiendo una sustitución vulgar a favor de ellos. Se trata de un supuesto sin regulación expresa en nuestro Derecho. ¿Cuál es la respuesta legalmente procedente en este caso?

A nuestro entender, y no obstante esa falta de regulación, la respuesta es exactamente la misma que en su momento hemos sostenido para el caso de repudiación producida en el marco de una sucesión deferida abintestato. Esto es, que los descendientes del descendiente repudiante pueden concurrir a la herencia de su abuelo y tienen derecho a recibir, por representación, lo que a su padre

³⁰⁰ BOLAS, *op. cit.*, p. 207; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 26 ss. Pero también entre quienes sostiene la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación: RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 360 y 341; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 177; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 950 *in fine* y 951, aunque con toda probabilidad sin plena conciencia de ello.

hubiera correspondido en esa herencia en concepto de legítima (no todo lo que a su padre hubiera destinado su abuelo, sino solo lo que en concepto de legítima le hubiera correspondido³⁰¹).

Y la razón es también la misma³⁰². Esto es, que lo que aquí está en juego es el derecho a recibir la legítima que la ley reconoce a los descendientes, que es un interés de orden superior en nuestro Derecho sucesorio actual, y que por tanto no puede verse impedido ni obstaculizado por un hecho personal del descendiente de grado más próximo. La repudiación por parte de un sujeto a la herencia a él deferida, sea por vía intestada o testada, impide que esa herencia llegue a sus descendientes en lo que excede de la parte de legítima, pero no ocurre lo mismo con esta, que sí podrán recibir por derecho de representación.

Y el expediente técnico adecuado para ello, como también hemos apuntado ya, es el derecho de representación. Así resulta procediendo por analogía sobre lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc. Que, recuérdese, valen tanto para la sucesión intestada como para la testamentaria.

Esto dicho, ahora bien, la cuestión no puede darse por enteramente terminada. Pues queda todavía precisar cuál es la medida de esa legítima: ¿legítima corta o estricta, o legítima larga incluyendo por tanto la mejora? Esta cuestión, que en caso de sucesión intestada es fácil pensar que no tiene relevancia, sí la tiene sin embargo en caso de sucesión testamentaria. ¿Cuál es la solución adecuada? A favor de cada una de las dos opciones mencionadas se pueden aducir los siguientes argumentos³⁰³:

A favor de la legítima corta se puede apuntar que la mejora es una atribución de carácter voluntario y libre por parte del testador, por lo que desde este punto de vista se asemeja más a la parte de libre disposición que a la legítima³⁰⁴, siendo así que en aquella no

³⁰¹ Aunque no pueden citarse como apoyo a la tesis que propugnamos, tampoco resultan incompatibles con la misma todas las SSTs que han sostenido que en la sucesión testada no cabe la representación, salvo en lo atinente a la legítima: 22 de junio de 1931 (RJ 2098/1931), 7 de junio de 1950 (RJ 1018/1950), 18 de diciembre de 1962 (RJ 4897/1962), 5 de julio de 1966 (RJ 3671/1966). A título de ejemplo, transcribimos lo afirmado por el T.S. en la importante S. 6 de diciembre de 1952 (RJ. 2430/1952), en la que se dice que «el art. 766 no contradice, sino que confirma, la tesis expuesta de que en nuestro Derecho constituido no se da acceso al derecho de representación en la porción libre...». Como apuntábamos, tales palabras no se utilizaron con intención de respaldar la tesis que aquí estamos estudiando, pero eso no obstante es reseñable el fácil encaje que ese entendimiento de la norma tiene con nuestra propuesta, distinguiendo dentro de la herencia entre legítima y no legítima.

³⁰² Sobre esto, *vid. supra* 3.2.

³⁰³ Para una visión general, SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 458-459; MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 126-127; MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 146-149.

³⁰⁴ «El mejorado –ha dicho en este sentido ALBI AGERO, *op. cit.*, p. 119–, en cuanto a la mejora, debe ser reputado heredero voluntario, porque el testador era libre de mejorarle o no». También CASTÁN, *op. cit.*, p. 153; CÁMARA, *op. cit.*, p. 30; VATTIER, *op. cit.*, p. 280. En

procede el derecho de representación³⁰⁵. Se puede señalar también que la mejora es un beneficio que el causante hace a uno de sus descendientes con carácter personal y que ha de disponerse por el testador de forma expresa, por lo que no es admisible que pueda luego acabar, a través del derecho de representación, en manos de otro descendiente distinto³⁰⁶. Abundando en lo dicho, se puede añadir además que en nuestro Ordenamiento el otorgamiento de derecho de representación en relación con persona viva es cosa que el legislador ha dispuesto fundamentalmente por motivos de piedad, por lo que no debe interpretarse extensivamente.

A favor de la legítima larga cabe argumentar que la mejora forma parte de la legítima³⁰⁷, que en ella no procede el derecho de acrecer (art. 985 Cc), y por tanto que debe caer bajo la operatividad del derecho de representación. Además, se puede apuntar que el carácter expreso y personal de la mejora no es incompatible con que el derecho de representación pueda aplicarse a ella, «pues si se parte de la base de que la cuota de mejora forma parte de la legítima, en la cual la representación se da por mandato de la ley, el beneficio de la mejora se extiende naturalmente y sin perder su carácter personalísimo a los descendientes del mejorado, que la reciben ocupando el lugar de este»³⁰⁸. Y finalmente se puede destacar también que lo que los arts. 761 y 857 Cc atribuyen a los descendientes del descendiente indigno o desheredado es la legítima,

la Jurisprudencia, *vid.* STS 6 de diciembre de 1952 (RJ 2430/1952) y RDGRN 14 de agosto de 1959 (RJ 3354/1959).

³⁰⁵ Abundando en esta idea, y para responder al argumento en contrario traído del art. 985 Cc (que en la legítima no procede el derecho de acrecer ex art. 985 Cc, por lo que el derecho de representación es la única vía para dar salida a este caso), afirma ALBI ÁGERO en p. 118 que en el caso de mejora sí procede el acrecimiento, pues «aunque el art. 985 solo se refiere al caso de vacar la parte de libre disposición, para que tenga lugar el derecho de acrecer entre herederos forzosos, no puede decirse que lo excluya cuando la parte vacante sea la mejora, porque si bien esta forma parte de la legítima, en ella tiene libertad el testador para dejarla a uno o a varios descendientes legítimos, y si la dejó a dos o más de ellos, y no a todos, se dan los caracteres necesarios para que tenga lugar el derecho de acrecer (...) debiendo interpretarse el art. 985... en el sentido de que entre herederos forzosos solo tendrá lugar [el derecho de acrecer] cuando la parte de libre disposición, considerada esta frase en sentido amplio de porción de que el testador puede disponer, se deje a dos o más de ellos, si se trata de mejoras, o a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño, si se trata de legados». En sentido semejante la RDGRN 14 de agosto de 1959 (RJ 3354/1959). *Vid.* también LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 82.

³⁰⁶ Así SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, LACOSTE, DE BUEN, VALVERDE, etc. (*vid.* cita de autores en CASTÁN, *op. cit.*, 154, nota 1; y en MADRIÑÁN, *op. cit.*, p. 147, nota 33). En la Jurisprudencia, *vid.* STS 6 de diciembre de 1952 (RJ 2430/1952) y RDGRN 14 de agosto de 1959 (RJ 3354/1959).

³⁰⁷ En nuestro Derecho actual –se ha dicho con ocasión de estudiar el derecho de representación–, la legítima de los descendientes la integran dos terceras partes del haber hereditario (art. 808.1 Cc), y a esa consideración unitaria no obsta la circunstancia de que se pueda disponer de una de esas dos partes para aplicarla como mejora (ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 207-208; LACRUZ, *Notas al Derecho de Sucesiones*, de BINDER, *cit.*, p. 164).

³⁰⁸ CASTÁN, *op. cit.*, p. 154.

sin añadir ninguna precisión o recorte, por lo que no hay razón para reducirla a la legítima estricta sino que su extensión debe ser la que marca el art. 808.1 Cc: dos terceras partes del haber hereditario³⁰⁹.

Los anteriores son, en síntesis, los elementos de este debate. ¿Qué decimos nosotros al respecto? Nuestro parecer, lógicamente, es tributario de las conclusiones que a lo largo del trabajo hemos alcanzado.

Y así, por lo pronto, entendemos que en esta cuestión es preciso distinguir según se trate de sucesión intestada o testada.

Pues si se trata de sucesión intestada no tiene sentido hablar de legítima estricta y de mejora. Aquí la legítima de los descendientes son dos tercios del haber computable del ascendiente causante³¹⁰, y sobre esos dos tercios, por tanto, hay que calcular lo que por representación corresponde a los descendientes del descendiente vivo al tiempo de la muerte del causante pero que no hereda por causa imputable a él. La letra de los preceptos correspondientes del Código (arts. 761 y 857), en tanto que se refieren a la legítima sin precisar nada más, avalan esta solución: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

La solución es distinta si se trata de sucesión testada y estamos ante un caso de indignidad, desheredación o repudiación³¹¹. Aquí, como ya hemos dicho, nuestro Ordenamiento sí confiere derecho de representación a los descendientes de ese descendiente, como medio para que puedan recibir la legítima que nuestro Derecho establece a favor de los hijos y descendientes. Pero entonces la pregunta es: ¿legítima corta o larga³¹²?

³⁰⁹ ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 208-209; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 458-459; MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 251-252.

³¹⁰ Ya hemos apuntado más arriba en el trabajo que en la sucesión intestada hay también legítima, aunque por lo común quede oscurecida tras el llamamiento abintestato. Pero que eso no obstante la legítima existe en este caso, y que si las circunstancias lo requieren puede jugar su papel propio.

³¹¹ En la sucesión testada, como hemos visto antes en el trabajo, no cabe hablar de derecho de representación en términos generales. Pues lo que el art. 814.3 Cc establece no es un verdadero derecho de representación, sino una integración legal del llamamiento voluntario (testamentario) que el causante ha hecho a favor del descendiente más próximo, extendiéndolo a los descendientes ulteriores de ese descendiente (si el testador no ha dispuesto en su testamento nada incompatible con ello). Y su medida, por tanto, no tiene ninguna relación con la legítima, sino que viene dada por la que en el caso tuviera el llamamiento hecho al descendiente de grado más próximo. Dicho esto, no hay entonces dificultad ninguna para admitir que lo que los descendientes ulteriores puedan recibir en virtud del art. 814.3 Cc comprenda, además de la legítima, también lo que en concepto de mejora (o incluso de libre disposición) hubiera destinado el causante al descendiente más próximo. Y mucha menos dificultad aún hay para entender que si el causante no ha mejorado a nadie, la legítima correspondiente a esos descendientes ulteriores se calculará por referencia a los dos tercios. Así lo entendió también LACRUZ en sus Notas al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, cit. (p. 164), aunque posteriormente parece –si bien esto no nos queda claro– haber cambiado de opinión, reduciéndola a la legítima corta (*Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 81).

³¹² En este punto, en la doctrina anterior a la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 se introdujo en el debate otra cuestión, que versaba sobre si en nuestro

La respuesta creemos que precisa distinguir según que el testador haya establecido o no mejoras en su testamento.

Pues como hace ya más de medio siglo apuntó Cámara al estudiar este tema, es erróneo considerar que la herencia de todo causante que tiene hijos está siempre dividida en tres tercios –de legítima estricta, de mejora y de libre disposición–. «Si el testador no ejercitó la facultad de mejorar –dice Cámara–, los dos tercios de la herencia son legítima, y por tanto, de admitir el derecho de representación con relación a ella, no tiene sentido restringir su aplicación al tercio de legítima estricta (ya que la distinción entre tercio de legítima estricta y tercio de mejora es intrascendente en estos casos)»³¹³. En este caso, por tanto, el derecho de representación da a los descendientes del descendiente representado, derecho a recibir lo que corresponda atendiendo a la legítima en sentido amplio³¹⁴.

Distinto es si el testador ha dispuesto mejoras en su testamento.

Desde luego, si las ha hecho pero a favor de otro hijo distinto del representado, esas mejoras serán válidas y la legítima que por

Ordenamiento pueden darse o no a favor de una misma persona, simultáneamente, dos llamamientos: uno forzoso y otro voluntario. La postura afirmativa buscaba con ello una doble finalidad: por un lado salvar el obstáculo derivado del discutido juego del derecho de representación en la sucesión testada, y por otro explicar por qué en los casos de representación de persona viva la atribución se limita a la legítima estricta, dejándose fuera la parte de mejora en caso de que el causante la hubiera dispuesto a su favor. «Si el testador mejoró a alguno de sus hijos o descendientes –se decía–, el tercio de mejora... ya no es legítima propiamente dicha en lo que se refiere al título en virtud del cual recibe la mejora el mejorado, puesto que su derecho a la mejora... dimana de la voluntad del testador» (VATTIER, *op. cit.*, p. 280; MANRESA; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 267; STS 6 de diciembre de 1952, RJ 2430/1952). Por eso –se pensaba– cabe la representación en la sucesión testada, aunque circunscrita a la legítima y sin alcanzar a la mejora. Esta idea, ahora bien, fue contestada por otros autores, aduciendo que un sujeto no puede presentar esa doble personalidad cuando sucede a un mismo causante, en un mismo patrimonio y en virtud de un solo título testamentario. En el caso señalado, dice GIMÉNEZ ARNAU, «no se puede admitir que la voluntad sea solo en parte fuente de la sucesión y en parte no; por el contrario, esa voluntad lícitamente manifestada es el origen de toda la sucesión. (...) La voluntad del testador, y solo esta voluntad... es la que determina el *quid* y el *quantum* del derecho hereditario; solo esa voluntad es la que rige la sucesión patrimonial *mortis causa*. (...) Solamente cabría hablar de heredero a la vez voluntario y forzoso –añade GIMÉNEZ ARNAU– cuando el testador no hubiera regulado la sucesión en la totalidad de su patrimonio. Y aun en tal supuesto cabría mejor decir que el heredero era en parte testamentario y en parte ab intestato» (*op. cit.*, pp. 26-27; también CASTÁN, *op. cit.*, pp. 149 ss.; y MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, p. 251). Esta polémica, tras la reforma de 1981, ha perdido su razón de ser para quienes interpretan el art. 814.3 Cc en clave de representación. Y también, aunque por motivos distintos, si se acepta la explicación del mismo propuesta por nosotros.

³¹³ *Op. cit.*, pp. 29-30.

³¹⁴ MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, p. 251. Eso es así, sin duda, en caso de indignidad y repudiación. En caso de desheredación la respuesta es más discutible, aunque por otras razones. A favor de la legítima corta en caso de desheredación se pronuncian ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 325; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 62-63; y VALLET DE GOYTISOLO (*Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, art. 857, p. 2096; *vid.* también «Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil», *RDP*, 1967, pp. 735 ss.).

derecho de representación corresponda a los descendiente del descendiente representado se limitará a la parte de legítima estricta (o de esa parte y de la del tercio de mejora de que el causante no haya dispuesto efectivamente, si la mejora no ha agotado ese tercio).

¿Y si la mejora se ha hecho precisamente a favor del descendiente de grado más próximo que luego no hereda (por indignidad o repudiación³¹⁵)? Este es, evidentemente, el caso más complejo. Hay quienes sostienen que el derecho de representación, en este caso, abarca no solo la legítima estricta sino que se extiende a la mejora³¹⁶. A nuestro juicio, sin embargo, la respuesta no puede ser esa³¹⁷. Pues aunque es cierto que la mejora forma parte de la legítima, no lo es menos que tiene también un componente voluntario que la hace refractaria a entrar bajo la operatividad del derecho de representación³¹⁸, ya que este, como sabemos, juega solo en relación con sucesiones sustentadas estrictamente en la ley (sea la sucesión legal abintestato, sea la sucesión legitimaria). A lo que hay que añadir que la mejora es una atribución que presenta como notas destacadas su carácter expreso y su personalismo, que no permiten por tanto pretender que lo que el testador ha dejado al descendiente de grado más próximo, sin considerar a los descendientes de ese descendiente (por sustitución vulgar), pueda luego acabar llegando a estos. Por estas razones consideramos que, en este caso, lo atribuido en concepto de mejora queda fuera de la cobertura del derecho de representación³¹⁹.

5. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN COMO EXPEDIENTE HÁBIL EN CASO DE REPUDIACIÓN. NATURALEZA JURÍDICA Y CONFIGURACIÓN FUNCIONAL DE AQUEL

A resultas del trabajo hasta aquí desarrollado hemos venido a sostener, como conclusión procedente y viable *de lege lata* en nuestro Ordenamiento actual, que los descendientes del descendiente que repudia la herencia a él deferida tienen derecho a perci-

³¹⁵ Aquí no tiene sentido considerar el caso de desheredación.

³¹⁶ LACRUZ, en Notas al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, cit., p. 164; MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, p. 251.

³¹⁷ Así también, aunque por razones distintas a las nuestras, GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 30.

³¹⁸ Califica CASTÁN la mejora como figura de «naturaleza polifacética, porque si de un lado forma parte del territorio de la herencia forzosa, de otro parece participar de las características de la sucesión voluntaria» (*op. cit.*, p. 154).

³¹⁹ Lo atribuido como mejora, si esta tenía como destinatarios dos o más hijos, acrecerá la parte de los demás mejorados (*vid. supra* nota 305). Y si el mejorado era único, se refundirá en los dos tercios de legítima.

bir lo que en concepto de legítima habría correspondido en esa herencia a este último.

Queda ahora, para terminar, contrastar si el derecho de representación es expediente técnico hábil para alcanzar ese resultado, o si por el contrario debe acudir a otro mecanismo jurídico. Pues aunque hasta ahora hemos venido procediendo sobre la base del derecho de representación, hay quienes sostienen el mismo resultado pero articulándolo a través de otro expediente.

Para resolver esto debemos analizar la naturaleza jurídica del derecho de representación y su configuración funcional, a fin de calibrar si lo hacen operativo o no en caso de repudiación. Aunque advertimos que se trata de una cuestión de la que nos vamos a ocupar con carácter marcadamente instrumental, esto es solo en la medida en que resulte necesario para nuestro propósito en este trabajo, sin entrar a fondo ni pretender resolver en términos generales el tema de la naturaleza jurídica del derecho de representación.

A continuación exponemos brevemente las diversas explicaciones que sobre el tema se han propuesto en la doctrina, para luego analizarlas.

5.1 La naturaleza jurídica del derecho de representación

A) *Exposición sucinta de las explicaciones propuestas, y de las críticas que se han hecho a las mismas*

En este sentido, son varias las explicaciones que se han formulado. En esencia, la idea de cada una de ellas es la siguiente.

a) Ficción legal

Para esta tesis, el derecho de representación es una ficción dispuesta por la ley en virtud de la cual se considera que los hijos ocupan el grado de parentesco que correspondía al padre para así poder concurrir en lugar de este y junto con sus hermanos a la herencia del abuelo³²⁰. En otras palabras: un mecanismo mediante el cual la ley atribuye a ciertos parientes un mejor (más próximo) grado de parentesco del que realmente tienen con respecto al causante de una herencia –ficción legal, por tanto–, para así permitirles concurrir a ella junto con otros parientes que efectivamente tienen un parentesco más próximo con el difunto.

Con esta explicación se confirma además, se dice, el principio –rector en materia de sucesión intestada– de preferencia por proxi-

³²⁰ GUILARTE, *op. cit.*, p. 142.

midad de grado, pues si los nietos concurren a la herencia del abuelo utilizando el grado que a su padre correspondía, ello supone que ese principio no se violenta.

Esta tesis, entre las varias que tratan de explicar la naturaleza del derecho de representación, es la que tiene un origen más antiguo. Sus raíces más lejanas se encuentran en tiempos del Derecho Común, aunque su generalización en tiempos recientes se debe principalmente a Pothier³²¹, cuya influencia hizo que la idea de ficción legal fuera recogida incluso a nivel positivo en el Código civil francés³²². Y aunque no fue luego plasmada explícitamente en casi ningún otro Código³²³ dejó su impronta durante mucho tiempo en la doctrina europea, siendo dominante en la española hasta principios del siglo XX³²⁴.

b) Subrogación

La esencia de esta teoría se puede presentar señalando las tres notas que según una tesis extendida definen en términos generales la subrogación³²⁵: que se produzca un fenómeno de ingreso de un sujeto en la posición que otro ocupa, real o virtualmente; que la posición jurídica en la que se ingresa permanezca invariada a resultas de ese cambio; y que ese ingreso de un sujeto en la posición de otro no se funde en nexo causal derivativo entre ellos.

Eso, se dice, es lo que ocurre en la representación sucesoria, ya que en ella un sujeto (representante), por disposición de ley, ocupa la posición de otro (representado) en relación con una sucesión abierta a la que ese último no va a concurrir. Para esta tesis, por tanto, el derecho de representación es un expediente dispuesto por

³²¹ «Le droit de représentation –dice POTHIER–, à l'effet de succéder, peut être défini: une fiction de la loi, par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupait leur père et mère, lorsqu'il se trouve vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfants du défunt» (*Traité des Successions*, cit., p. 46). Esta misma idea había sido apuntada, algún tiempo antes, por VOET: «Ius rapraesentationis est fictio iuris quo gradu remotiores subintrant in locum proximioris defuncti» (*Commentariorum ad Pandectas*, Bassani 1827, t. V, lib. XXXVIII, *De successionibus ab intestato*, tit. XVIII, § 4).

³²² Art. 739: «La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté».

³²³ También se recogió, según indica MOSCATI (*Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese, 1987, voz *Rappresentazione*, p. 652), en algunos Códigos civiles italianos anteriores a la unificación de ese país: Cc de Nápoles (art. 660), y de Parma (art. 831).

³²⁴ *Vid.*, por todos, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, op. cit., t. II, p. 105. También, aunque algo más matizados, MANRESA, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., t. VII, pp. 57-58; y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI.3, p. 1700.

³²⁵ *Vid.* Emilio BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. 2.ª ed. Madrid 1959, pp. 28-29. «También en Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1927-I, pp. 565 ss.

la ley en virtud del cual un sujeto viene a ingresar –a subrogarse– en la posición jurídica que podía haber ocupado antes otro sujeto, a efectos de poder concurrir a una herencia deferida a este pero que sin embargo no va a adquirir. Si bien destacando que el representante no ingresa ni se subroga en derechos previamente adquiridos por el representado, «sino en los derechos que le habrían correspondido eventualmente en la hipótesis, que no se verifica, de haber venido a la sucesión»; esto es así, se subraya, «precisamente porque se opera con el concepto de subingresso en el grado sucesorio»³²⁶.

Esta teoría, en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, contó también con gran predicamento³²⁷.

c) Sustitución legal

Ampliamente extendida a nivel europeo, esta explicación ha venido a ser la dominante hoy en nuestra doctrina.

Para esta teoría, el derecho de representación *mortis causa* se asimila en su configuración a la sustitución (vulgar), figura de índole igualmente sucesoria en virtud de la cual unas personas son designadas para suceder en lugar de otra, con la única diferencia de que aquel viene establecido por la ley mientras que esta ha de ser dispuesta en testamento³²⁸.

Por esta razón, para describir con propiedad la naturaleza jurídica del derecho de representación, se ha precisado o matizado lo anterior diciendo que este «es una sustitución vulgar establecida por la ley»³²⁹.

³²⁶ BETTI, «Sulla natura giuridica...», cit., p. 567.

³²⁷ Art. 753 del Proyecto de Cc de 1851: «*La representación da á un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga*». Vid., entre nosotros, DE DIEGO, *op. cit.*, t. III, p. 288. También SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1700, aunque ha sido citado antes también como sostenedor de la tesis de la ficción legal, lo que evidencia el uso indistinto que el autor hace de una y otra teoría. Esta idea se mantiene hoy en el Cc italiano de 1942, cuyo art. 467.1 dice así: «*La rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato*». Y en el Fuero Nuevo navarro, cuya ley 308 dice así: «*Concepto.- Derecho de representación es el de subrogarse en lugar de un ascendente que hubiera sido llamado a adquirir una herencia u otra liberalidad mortis causa y que no pudo hacerlo por premoriencia o incapacidad*».

³²⁸ Por ser la sustitución vulgar una figura cuyo concepto y funcionamiento son ampliamente conocidos, no es necesario aquí detenerse en su exposición.

³²⁹ ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 192. En este mismo sentido, entre otros, TRAVIESAS, «Sobre derecho hereditario», *RDP*, 1921, pp. 12-13; CASTÁN, *El derecho de representación...* cit., p. 146; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en Derecho sucesorio*, Pamplona 1966, p. 135. En el Derecho aragonés el derecho de representación se llama «sustitución legal».

d) Vocación indirecta. Vocación *per relationem*. Vocación subsidiaria³³⁰.

Las explicaciones contenidas en este apartado han alcanzado gran predicamento en países de nuestro entorno como Italia, y cuentan también con partidarios en España. Y aunque no son idénticas sí coinciden en la idea de fondo, lo que permite reunir las en un solo grupo desde la perspectiva que aquí nos interesa y considerarlas conjuntamente.

Esa idea común se puede compendiar diciendo que se considera el derecho de representación como figura en virtud de la cual «una o más personas son llamadas a la sucesión subordinadamente al hecho de que otro sujeto, llamado o solamente designado antes que él, no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado y, por tanto, suceder, y el objeto de la sucesión sea determinado... por referencia al objeto de la sucesión del primer llamado o designado»³³¹.

Ese es el sustrato común de las explicaciones reunidas en este apartado. Sentado lo cual, hacemos a continuación alguna referencia más específica a cada una de esas variantes.

Y así, tenemos que de «vocación indirecta» hablan algunos autores para destacar que la que se hace al representante está supevitada a la no efectividad de otra vocación –hipotética– prevalente, y para destacar asimismo que aunque el representante sucede por derecho propio y por tanto de modo originario, en todo caso la atribución en su favor viene determinada cuantitativamente por consideración a otra persona que no ha podido ser llamada a esa herencia³³².

La variante que habla de «vocación *per relationem*», por su parte, destaca que en la sucesión por representación «la ley atribuye al llamado (el representante) una posición originaria y autónoma pero en consideración al contenido que habría tenido el derecho de la persona intermedia (el representado)», lo que significa que «el contenido

³³⁰ Sirva esta nota para advertir que la terminología en este punto no es uniforme en la doctrina, oscilando entre llamamiento, vocación y delación. Empleándose esos términos, unas veces de forma cumulativa (como sinónimos) y otras de forma alternativa. Puesto que se trata de nociones no del todo pacíficas vamos aquí a seguir la idea, muy extendida en nuestra doctrina, de considerar la vocación como llamamiento general inicial a los posibles destinatarios de una herencia, reservando el término delación para el llamamiento que puede ser inmediatamente seguido por aceptación (o repudiación) y que puede desembocar, por tanto, en efectiva adquisición de la herencia.

³³¹ GROSSO-BURDESE: «Le successioni. Parte generale», en *Trattato di Diritto civile*, dir. por Vassalli, Turín, 1977, p. 172; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Designación mortis causa, vocación hereditaria y adquisición automática», *RDN*, 1959, pp. 115 ss.

³³² BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3.^a ed., Milán, 1974, p. 63; GROSSO-BURDESE, *op. cit.*, pp. 172-173; NICOLO, «Le vocazione ereditaria diretta e indiretta», *Annali*, Messina, 1934, aunque aquí citamos de *Raccolta di Scritti*, Milán, 1980, t. I, pp. 172 ss.

de su llamamiento se fija [...] por referencia al de otro que ha quedado puramente hipotético o que no ha llegado a encontrar respuesta»³³³. Esta explicación, se ha dicho, refleja adecuadamente la esencia de la figura, «no solo porque con la referencia al derecho que hubiera correspondido al representado se precisa el contenido objetivo de la delación a los representantes, sino también porque subjetivamente la ley designa a estos en atención y en vez de aquel»³³⁴.

Finalmente está la variante de la «vocación subsidiaria»³³⁵, que cifra la esencia del derecho de representación en ser una figura que produce vocaciones potenciales múltiples –en tanto que contempla varios sujetos como posibles destinatarios de una sucesión– pero estableciendo entre ellas un orden, de tal manera que la efectividad de una vocación anterior destruye la de las posteriores. La vocación posterior, así pues, solo se produce efectivamente si la anterior se frustra y queda sin efecto. Siendo indispensable que la vocación preferente no haya llegado a tener efectividad en ningún momento, porque si la hubiera tenido, aunque fuera en un período de tiempo brevísimo, ya no estaríamos ante una vocación subsidiaria sino sucesiva, que es un supuesto sustancialmente distinto. En el derecho de representación hay una vocación subsidiaria, en tanto que su efectividad está supeditada a la frustración *ab initio* de otra vocación que en un plano puramente teórico se había considerado inicialmente preferente.

e) Sucesión indirecta

Antes de exponer esta idea debemos decir que la misma, a nuestro entender, podría integrarse perfectamente como una más de las variantes del grupo anterior, pues sin perjuicio de matices particulares o terminológicos su idea central es –a nuestro juicio, repetimos– sustancialmente coincidente. No lo hacemos así sino que le damos consideración autónoma, por dos razones. Una, porque su autor es uno de los máximos especialistas de la doctrina española en este tema, al que ha dedicado un estudio extenso, lo que justifica una atención específica³³⁶. Y otra, porque aunque hemos dicho que esta tesis nos parece sustancialmente semejante a las del apartado anterior, su autor sin embargo niega tajantemente

³³³ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, ed. 1961, p. 191 (en ediciones posteriores no mantiene esta idea). El primer proponente de esta idea fue CARIOTA-FERRARA: *Le successioni per causa di morte*, Napoli 1958, t. I.2, pp. 129-130.

³³⁴ GUILARTE, *op. cit.*, p. 145.

³³⁵ SAPENA TOMÁS, «Vocación directa e indirecta», *RDEA*, 1960, pp. 116-117. Se trata, de entre los varios subtipos que SAPENA distingue bajo la rúbrica «vocación indirecta», del que él llama «vocación indirecta en su efectividad».

³³⁶ Se trata de VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid, 1986.

eso, dedicando numerosas páginas a la crítica de esas otras explicaciones: reunir las en un mismo apartado podía por tanto llevar a confusión, por lo que hemos optado por considerarla aparte.

Dicho esto, pasamos a exponer la esencia de esta tesis. En este sentido dice su autor, refiriéndose al derecho de representación, que «se trata de un tipo especial de sucesión *mortis causa* sujeto a un régimen particular y preferente»; «de una institución *sui generis* y autónoma»; de «una variable independiente en el sistema de las instituciones sucesorias»³³⁷.

Es, afirma, «una sucesión legal especial, provocada por la presencia de ciertos supuestos de hecho que impiden la sucesión de un heredero y evitan que se verifique el llamamiento a su favor», consecuencia de lo cual «es el llamamiento hereditario que la ley dirige... a ciertos parientes del causante que son, además, descendientes del heredero que no puede suceder (...) a los que la ley confiere una única vocación y delación por su derecho propio a suceder al *de cuius*, y de forma directa e inmediata al momento de abrirse la sucesión», aunque su contenido se determina «de una manera indirecta, mediante la división de la herencia por estirpes»³³⁸. Ambas orientaciones o perspectivas –subjetiva y objetiva– «están presentes en la sucesión indirecta, y separadas... no la agotan ni explican todas sus características»³³⁹. «Tal es... –concluye entonces– la estructura esencial del derecho de representación, el que se caracteriza... por ser una sucesión indirecta» en el sentido dicho³⁴⁰.

Han quedado expuestas, con lo anterior, las principales construcciones elaboradas para explicar la naturaleza jurídica del derecho de representación. Es tiempo entonces de analizarlas, primero en términos generales y luego con referencia específica a nuestro interés en este trabajo, a fin de ver si su naturaleza permite o no la operatividad de ese derecho en caso de repudiación.

En este sentido podemos empezar diciendo que algunas de esas explicaciones, a pesar de haber gozado en su momento de gran favor doctrinal hoy son sin embargo comúnmente rechazadas; y que las otras no están tampoco exentas de críticas, por lo que no puede hablarse de opinión pacífica en este tema. Exponemos a continuación lo esencial de esas objeciones, para luego valorarlas.

a') La tesis de la ficción legal, en cuanto que se sustenta en la idea de ficción, es hoy objeto de rechazo generalizado en la doctrina, tanto europea como española.

³³⁷ VATTIER, *op. cit.*, pp. 226-227.

³³⁸ VATTIER, *op. cit.*, pp. 115-116.

³³⁹ VATTIER, *op. cit.*, p. 115.

³⁴⁰ VATTIER, *op. cit.*, p. 116.

Pues sin perjuicio de reconocer el carácter principal que en esta materia tiene el criterio de proximidad de grado y la singularidad que en ese sentido supone el derecho de representación, se le objeta que ello no fuerza a hablar de ficción. En el derecho de representación hay ciertamente, se dice, una alteración del principio de proximidad de grado, pero una alteración establecida por la misma ley que fija el principio, que la dispone como medio necesario para alcanzar el resultado que considera adecuado en determinados casos³⁴¹.

Concluyéndose entonces que no es preciso, ni acertado, hablar de ficción legal para explicar la naturaleza jurídica del derecho de representación.

b) A la tesis de la subrogación, por su parte, se le objeta fundamentalmente que no cabe decir con propiedad que el representante entra o se subroga en la posición jurídica del representado, porque esta posición, desde el punto de vista jurídico, no existe ni ha existido nunca. «La posición jurídica del representado –se dice–... carece de existencia real y actual, inexistencia que excluye que el representante pueda subentrar en ella»³⁴². En la representación sucesoria «hay un único llamamiento hereditario que se dirige al representante *iure proprio* al momento de abrirse la sucesión, y el que habría correspondido al representado no puede tener lugar, precisamente, por la muerte o la incapacidad de suceder que le afecta»³⁴³. Precisamente por eso la ley establece que el representante no sucede al representado sino directamente al causante: art. 928 Cc.

En la representación sucesoria, se concluye entonces rotundamente, no hay entrada en un puesto sucesorio vacante, ni cabe hablar de subrogación traslativa de derechos³⁴⁴.

c) La tesis de la sustitución legal, que como quedó dicho al exponerla es la que hoy cuenta con un mayor número de adeptos entre nosotros, no está tampoco exenta de críticas³⁴⁵.

A esta explicación se le ha objetado que incurre en los siguientes defectos³⁴⁶: imposibilidad lógica y jurídica de asimilación entre la representación sucesoria y la sustitución; diversidad de estructu-

³⁴¹ Así lo reconoce incluso la propia doctrina francesa actual: *vid.* FLOUR et SOULEAU, quienes escriben que «*c'est une explication inutile: quand le législateur veut édicter une règle, il n'a pas besoin d'inventer une fiction*». Y añaden: «*C'est une explication malencontreuse: en partant de cette idée, les rédacteurs du Code ont subordonné la représentation à des conditions qui ne s'imposaient pas rationnellement*» (*Les successions*, 3.^a ed. París, 1991, p. 38).

³⁴² VATTIER, *op. cit.*, p. 210. Para otras críticas *vid.* pp. 210 *in fine* y 211. *Vid.* también GUILARTE, *op. cit.*, p. 143.

³⁴³ VATTIER, *op. cit.*, p. 210.

³⁴⁴ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado* cit., p. 262.

³⁴⁵ VATTIER, *op. cit.*, pp. 214 ss.

³⁴⁶ VATTIER, *op. cit.*, p. 215.

ra entre una figura y otra; régimen jurídico diferente de cada una de ellas; y parcialidad. A continuación los exponemos sucintamente.

Imposibilidad lógica y jurídica, en primer lugar. Lógica, se dice, porque el derecho de representación supone «unidad y simultaneidad del llamamiento al representante con la apertura de la sucesión (...); no hay lugar, por lo tanto, para una vocación dirigida al representado, la cual de una parte no preexiste siquiera cronológicamente a la que se defiere al representante, y de otra parte, si existiera, se agotaría y haría ineficaz por el solo hecho de existir, de tal manera que no se concibe cómo podría ser trasladada ella misma por la ley al representante»³⁴⁷. Y jurídica, porque esta teoría «presupone que el derecho que ejercita el representante ha sido adquirido plenamente por el representado, lo que no se verifica... en el derecho de representación»³⁴⁸.

En segundo lugar –se apunta– diversidad de estructura, porque el representado «no es un instituido en sentido técnico, puesto que, por hipótesis, no ha podido ser llamado a la sucesión, y el representante tampoco es propiamente un sustituto, ya que es llamado de forma directa por la ley»³⁴⁹. No hay en el derecho de representación, se subraya, «un primer llamado, el representado, y luego otro, el representante, y por eso no tiene analogía alguna... con la sustitución vulgar»³⁵⁰; «en la representación hay no solo una delación, la que se ofrece por la ley al representante, sino que esta delación es, además, inmediata al momento de abrirse la sucesión, mientras que en la sustitución vulgar la delación es, en cambio, plural y sucesiva... o diferida»³⁵¹.

En cuanto al régimen jurídico de una figura y otra –tercera objeción–, se destaca que la sustitución vulgar es propia de la sucesión testamentaria mientras que el derecho de representación lo es de la sucesión intestada. Y más allá de eso se arguye sobre todo que aun si se admitiera una sustitución vulgar legal, en todo caso «su régimen jurídico no sería idéntico al del derecho de representación..., ya que la obligación de colacionar prevista en el art. 1038 [del Código civil] es propia y exclusiva de este y no de aquella»³⁵².

Por último, se le objeta parcialidad a esta teoría por estimar que se centra en el cambio de sujetos dejando en la sombra el tema de su objeto, siendo así que para la construcción dogmática del derecho de representación se requiere la consideración simultánea de ambos³⁵³.

³⁴⁷ VATTIER, *op. cit.*, pp. 215-216.

³⁴⁸ VATTIER, *op. cit.*, p. 214.

³⁴⁹ VATTIER, *op. cit.*, p. 215.

³⁵⁰ VATTIER, *op. cit.*, p. 215.

³⁵¹ VATTIER, *op. cit.*, p. 216.

³⁵² VATTIER, *op. cit.*, pp. 216-217. Destacan también la diferencia que supone la obligación de colacionar LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, ed. 1961, p. 191) y ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, 3.ª ed., Pamplona, 1989, t. V, p. 74).

³⁵³ VATTIER, *op. cit.*, p. 217.

d') Las explicaciones contenidas en la letra correlativa –vocación indirecta, subsidiaria o *per relationem*–, también han sido objeto de crítica³⁵⁴.

A la tesis de la vocación indirecta se le ha objetado, básicamente, que una teoría así concebida incurre «en el defecto de abrazar dentro de una categoría única a la representación y a la sustitución vulgar, siendo así que... se trata de figuras profundamente diferentes», pues mientras que en la representación sucesoria hay un solo llamamiento (el que la ley hace, directo, al representante), en la sustitución vulgar hay –se dice– una pluralidad de llamamientos. Y el llamamiento único que es propio del derecho de representación «no se salva por la alusión [que esta explicación hace] a la mera designación del representado, puesto que esta es jurídicamente irrelevante y carece de autonomía, respectivamente, antes de la apertura de la sucesión o una vez abierta... porque, en último caso, queda absorbida por la vocación»³⁵⁵. Esta misma objeción parece que se podría referir también a la teoría de la «vocación subsidiaria».

Y a la tesis de la vocación *per relationem* se le objeta que esta expresión da a entender que la ley hace un llamamiento o vocación al representante remitiéndose al contenido de otra vocación, siendo así sin embargo que esta última no existe en el derecho de representación³⁵⁶. En este, se dice, «es la propia ley la que determina dicho contenido y lo defiende al representante... considerado singularmente», y «esto lo hace la ley, no... por referencia a una vocación imaginaria, hipotética o eventual, sino por efecto inmediato y directo de la norma misma; lo indirecto aquí es tan solo la determinación del *quantum*, que en lugar de ser el que correspondería a los representantes por aplicación de las reglas de la sucesión intestada o, en su caso, de la legítima, es el que resulta de la división por estirpes»³⁵⁷.

B) Nuestra valoración. Idea que adoptamos

Expuestas (en lo esencial) las críticas formuladas a las distintas explicaciones propuestas sobre la naturaleza jurídica del derecho de representación, se podría en una primera impresión terminar

³⁵⁴ Aunque la doctrina italiana es el referente principal en esta materia, por haber trabajado más el tema de la naturaleza jurídica del derecho de representación, aquí vamos a seguir fundamentalmente a VATTIER, no ya por contener en su obra un repaso exhaustivo de la doctrina italiana sino sobre todo por ser el autor que en España constituye el principal exponente de dicha crítica, además de por haber escrito en tiempos más recientes: *op. cit.*, pp. 80 ss. y 222 ss.

³⁵⁵ VATTIER, *op. cit.*, p. 225. De alguna forma, parece que comparte esta objeción también ROCA SASTRE (*Estudios...*, cit., p. 280).

³⁵⁶ VATTIER, *op. cit.*, p. 223.

³⁵⁷ VATTIER, *op. cit.*, pp. 223-224.

con la conclusión decepcionante de que ninguna es satisfactoria, ya que todas son objeto de críticas importantes³⁵⁸.

A nuestro entender, sin embargo, la valoración no debe ser tan negativa. Nuestra idea es la siguiente.

Estamos sustancialmente de acuerdo con la crítica que se hace a la tesis que califica el derecho de representación como una ficción legal, por lo que rechazamos esa explicación.

En relación con la teoría de la subrogación creemos que la crítica que se hace a la misma, aunque estrictamente considerada puede ser cierta, en realidad es más índole terminológica que sustantiva. Pues si bien es cierto que no es propio hablar de subrogarse (el representante) en una posición que realmente o jurídicamente no ha existido (la del representado), no es menos cierto que eso es reconocido por los propios partidarios de esta teoría, que por ello aclaran que aquí operan «con el concepto de subingresso en el grado sucesorio», para exponer así que el representante no ingresa ni se subroga en derechos previamente adquiridos por el representado «sino en los derechos que le habrían correspondido eventualmente en la hipótesis –que no se verifica– de haber venido a la sucesión»³⁵⁹. Así pues, aunque posiblemente no convenga mantener esta explicación, para evitar el equívoco a que su terminología puede llevar, en cuanto a su idea de fondo pensamos que la valoración podría ser más positiva.

No compartimos sin embargo, al menos en su totalidad, las críticas vertidas contra las teorías de la sustitución y de la vocación o sucesión indirecta, subsidiaria o *per relationem*. Pues, aunque no puedan asumirse en su integridad, si relegamos a un plano secundario las cuestiones de detalle o terminológicas, nos parece que en su idea de fondo todas estas explicaciones resultan sustancialmente acertadas. Para explicar nuestra idea, debemos analizar con algún mayor detenimiento esas críticas. La importancia de estas teorías y el amplio número de sus partidarios así lo justifican.

b.1) Empezando por la tesis de la sustitución legal, tenemos que las críticas que se han hecho a la misma son susceptibles de reducirse a dos grandes bloques. Pues dos de esas críticas –las dos primeras, siguiendo el orden en que fueron expuestas– no son sino perspectivas de una misma objeción, por lo que se pueden unificar. Y la última objeción, por su carácter valorativo y por tanto subjetivo, no es sino un corolario que estará fundado o no en función del acierto de las otras críticas, por lo que puede ahora dejarse a un lado. Atendemos, entonces, a las dos críticas resultantes: una, que la configuración propuesta, al asimilar el derecho de representa-

³⁵⁸ VATTIER, *op. cit.*, p. 226.

³⁵⁹ Sobre esto *vid.* también BETTI: *Teoría general del negocio jurídico cit.*, pp. 28-29.

ción a la sustitución, incurre en un defecto de imposibilidad lógica y jurídica; y otra, que esa asimilación no casa con el distinto régimen jurídico que cada una de esas figuras tiene en nuestro Ordenamiento. ¿Qué valoración nos merecen?

En cuanto al defecto de imposibilidad, hemos de decir que no nos parece acertada esta objeción, ni en el plano lógico ni en el jurídico. Por lo siguiente.

La (pretendida) imposibilidad de orden lógico, porque parte de un equívoco. En efecto, esa «imposibilidad lógica» se articula enfrentando el llamamiento único y simultáneo a la muerte del testador que es propio del derecho de representación, con el llamamiento plural y sucesivo o diferido que se dice es propio de la sustitución vulgar. Y las cosas, sin embargo, no ocurren así. Pues también en la sustitución vulgar hay un único llamamiento a favor del sustituto, producido además de forma simultánea al tiempo de la muerte del causante. Esto es así de forma incuestionable en caso de premoriencia, ya que no puede haber llamamiento a alguien que no existe en el momento en que el testamento adquiere vigencia³⁶⁰. Pero también en los casos en que la sustitución vulgar procede porque el instituido no puede o no quiere heredar (por indignidad o por repudiación), por razón de la retroactividad que se establece normativamente para ellos (arts. 758 y 989 Cc)³⁶¹. Pues aunque en esos casos no pueda hablarse, desde el punto de vista real, de llamamiento único al sustituto, desde el punto de vista legal –que es el que aquí interesa– así debe entenderse³⁶².

Y si eso es así en ese caso, tampoco la objeción basada en imposibilidad jurídica es atendible. Porque la sustitución vulgar no

³⁶⁰ La objeción planteada solo se explica considerando –equivocadamente– que puesto que en el testamento existe, desde que se otorga, designación a favor de un sujeto, ello implica que en esa sucesión existe siempre un llamamiento plural: uno primero a favor del instituido en el testamento, aunque llegado el momento resulte ineficaz, y otro posterior a favor del sustituto (vid. ROCA SASTRE, *Estudios...* cit., p. 280). Sin embargo, las cosas no son así. Aunque la terminología en este tema es imprecisa, oscilando entre las nociones de «llamamiento», «vocación» y «delación» (vid. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 113 y ss.; MOSCATI, *op. cit.*, p. 653), en todo caso no hay duda de que ninguna de ellas es jurídicamente relevante sino a partir del momento de la muerte del causante, y siempre que en ese instante se cumpla el requisito de estar vivo el sujeto instituido heredero. Por tanto, en este supuesto –que lo es de sustitución vulgar– no cabe en modo alguno afirmar que hay dos llamamientos o delaciones (esta confusión parece sin embargo desprenderse del modo en que se expresa ROCA SASTRE en sus *Estudios...* cit., t. II, p. 280).

³⁶¹ Así se admite también pacíficamente en Francia, a pesar de que en ese Derecho no se admite el juego de la representación en caso de indignidad: «*L'indigne –dicen MARTY y RAYNAUD– est exclu rétroactivement de la succession. Le successible dont l'indignité est constatée n'est pas héritier et il est censé ne l'avoir jamais été, cette indignité jouant de plein droit dès l'ouverture de la succession*» (*op. cit.*, p. 30).

³⁶² El propio autor que sostiene la crítica que ahora estamos nosotros rebatiendo (VATTIER) no tiene más remedio que reconocer eso, hablando en esos casos –aunque formalmente lo refiere a la representación sucesoria– de «simultaneidad legal» del llamamiento al representante y de la muerte del causante (*op. cit.*, p. 215).

supone en nuestro Derecho –como sin embargo se pretende de contrario– que lo que el sustituto recibe haya sido adquirido previamente por el sustituido: en nuestro Ordenamiento el sustituto (vulgar) recibe o adquiere directamente del causante³⁶³. Se trata por tanto, claramente, de una configuración paralela a la del derecho de representación, lo que supone que esta objeción no se sostiene, si hablamos de sustitución vulgar. Otra cosa sería en la sustitución fideicomisaria: aquí sí se dan llamamientos plurales y sucesivos, de tal modo que lo que finalmente llega al fideicomisario ha sido efectivamente recibido y adquirido por el fiduciario de forma previa³⁶⁴. Ahora bien, aunque cuando se habla de esta teoría se la suele denominar «de la sustitución legal» a secas, eso no obstante es claro que siempre se piensa en la sustitución vulgar, nunca en la fideicomisaria, por lo que la objeción planteada no es atendible³⁶⁵.

A la vista de lo cual hay que concluir que no existe imposibilidad, ni lógica ni jurídica, para asimilar desde este punto de vista el derecho de representación y la sustitución vulgar.

Queda entonces la objeción sustentada en el régimen aplicable a cada una de estas figuras, que se pretende diverso. A este respecto, decimos lo siguiente.

En cuanto al distinto ámbito de operatividad de una y otra figura –la sustitución en casos de sucesión voluntaria, la representación en casos de sucesión legal o intestada–, y de conformidad con lo dicho en su momento en el trabajo, reiteramos aquí nuestra sustancial conformidad con esa diferencia. Lo que no consideramos aceptable, ahora bien, es la conclusión que de ello se pretende extraer, en el sentido de que esa diferencia fuerza a separar tajantemente el derecho de representación y la sustitución vulgar, como si de figuras contrapuestas se tratara. Pues esa diferencia de ámbitos de operatividad simplemente impide la absoluta identificación de esas figuras entre sí, pero no su asimilación en aquellos aspectos en que presentan identidad de razón, como es el que ahora estamos viendo.

La objeción de mayor calado es la que postula que el régimen jurídico de esas figuras presenta una diferencia esencial, por la

³⁶³ Así lo dice claramente, entre otros, ROYO MARTÍNEZ: «en la sustitución vulgar –afirma– el sustituto nada recibe *del* instituido que no llegó a heredar, ni *por mediación*, representativa o transmisiva, de tal frustrado instituido; el sustituto (el representante) sucede directamente al *de cuius*, y precisamente porque aquel a quien sustituye no heredó» (*op. cit.*, p. 192). Esto es doctrina pacífica en nuestro Derecho.

³⁶⁴ Aunque luego el fideicomisario, desde otra perspectiva, se considere que recibe directamente del fideicomitente.

³⁶⁵ En este sentido hay que tener presente que en nuestro Derecho la sustitución es una categoría amplia dentro de la cual se engloban supuestos de naturaleza diversa entre sí que poco o nada se parecen, y por tanto que no deben predicarse, de un tipo de sustitución, notas que son propias de otro.

obligación de colacionar que se establece a cargo del representante en el derecho de representación (art. 1038 Cc) que no existe –según se dice– en caso de sustitución vulgar. A nuestro entender, sin embargo, las cosas no son así. En este sentido hay que empezar destacando que la colación no es figura específica del derecho de representación, ni consustancial al mismo³⁶⁶. Lo cual se entiende fácilmente si reparamos en que lo determinante para que proceda la colación no es el expediente técnico a través del cual unos sujetos reciben bienes del causante, sino la cualidad de legitimarios de quienes reciben esos bienes. Y entonces, sobre esa base no puede haber duda de que es perfectamente posible que quienes reciben bienes por vía de sustitución vulgar se vean obligados a colacionar, si son herederos forzosos del causante. El art. 1035 Cc así lo establece con carácter general. Que el art. 1038 Cc considere la obligación de colacionar específicamente en relación con un caso de representación no permite extraer la conclusión opuesta para el caso de sustitución vulgar, aunque la aplicación de ese artículo a este caso sea por analogía³⁶⁷. La conclusión adecuada es que en todos aquellos supuestos en que los sustitutos o representantes sean legitimarios –no se olvide que la sustitución vulgar, al igual que el derecho de representación, son figuras que permiten deferir bienes de una herencia no solo a herederos forzosos sino también a favor de quienes no lo son– la colación será procedente (salvo que el testador disponga lo contrario)³⁶⁸.

³⁶⁶ Esto último es evidente al considerar que hay supuestos de representación en los que no tiene lugar la colación, *v. gr.* en caso de que los representantes sean sobrinos del causante.

³⁶⁷ Sobre esto, *vid. supra* nota 118.

³⁶⁸ Con lo dicho podría tal vez darse por rebatida esta objeción, a la vista de los términos en que es formulada por sus sostenedores. Pensamos, sin embargo, que se deben precisar algo más las cosas, en un doble plano.

La primera precisión atiende al doble referente que tiene la obligación de colacionar contemplada en el art. 1038 Cc, que por un lado establece que los nietos (representantes) deben traer a la masa lo que ellos mismos hayan recibido directamente del causante de la herencia durante la vida de este (art. 1038.2 Cc), y por otro lado establece que deben colacionar también lo que su padre (representado) haya recibido del suyo (abuelo de los representantes, y causante de la herencia ahora abierta), aunque los nietos no hayan heredado a su padre (art. 1038.1 Cc). ¿Son, ambos referentes, aplicables en caso de sustitución vulgar? La obligación de colacionar el sustituto legitimario lo que él haya recibido directamente del causante de la herencia, a tenor de lo que hemos dicho en el texto no ofrece ninguna duda, sea con base directa en el art. 1035 Cc, sea aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 1038.2 Cc. No tan clara sin embargo es la operatividad, en caso de sustitución vulgar, de la colación contemplada en el art. 1038.1 Cc. ¿Debe también el sustituto colacionar los bienes que el sustituido haya recibido del causante en vida, incluso en caso de que no los haya recibido el sustituto? La razón de la duda es que no existe aquí la previsión legal explícita que existe para con el derecho de representación en el art. 1038.1 Cc, ni es posible buscar apoyo para ello en el art. 1035 Cc. Creemos sin embargo que es posible salvar esta dificultad mediante una hermenéutica adecuada. Tenemos así, primera y principalmente, la sustancial identidad de razón que hay en este punto entre el derecho de representación y la sustitución legal, lo cual permite la analogía, pues la norma contenida en el art. 1038.1 Cc,

Sentado lo cual, podemos entonces concluir que las críticas que se hacen contra la aproximación entre el derecho de representación y la sustitución vulgar no son plausibles, al menos si se toman en los términos radicales en que se acostumbran a formular. Porque el

con independencia de que se considere acertada o no, en todo caso no es posible calificarla como excepcional. Y podemos además acudir a la norma contenida en el art. 780 Cc, entendiendo que cuando dice que «*el sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido...*», la obligación de colacionar se encuentra incluida entre ellas. La exégesis doctrinal de este precepto, ciertamente, no se ha pronunciado sobre este aspecto, considerando en general que el art. 780 Cc se refiere a los elementos accidentales de los negocios jurídicos: condición, carga o modo, y término, aunque este último no esté expresamente contemplado en la letra del precepto. Esa exégesis, ahora bien, aunque no se puede presentar en apoyo de nuestra pretensión tampoco la impide: simplemente guarda silencio sobre ella. Lo cual posibilita la interpretación del art. 780 Cc que hemos apuntado, aunque no tenga respaldo literal explícito. Considérese, en este sentido, que se ha dicho en nuestra doctrina que la norma contenida en el art. 780 Cc recoge «un principio que en términos más generales debe considerarse aplicable... en cualquier ocasión en que el sucesor llegue a serlo una persona distinta de la que el testador contempló o contempló en primer término» (ALBALADEJO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991, ad art. 780 Cc, p. 1913), lo que vale tanto para la sustitución vulgar como para el derecho de representación.

La segunda precisión atiende a determinar a qué parte de la herencia deben imputarse las donaciones hechas por el causante a los descendientes de segundo grado, cuando estos llegan a ser legitimarios en representación del descendiente de grado más próximo. El Código no contiene previsión específica para este caso, por lo que aplicando las reglas generales parece que habrán de imputarse primero a la legítima y luego a la parte libre. Pero, ¿y las donaciones hechas por el causante a favor del descendiente de primer grado que finalmente no le hereda? ¿A qué parte de la herencia se imputan? Para unos (VALLET: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XI, Madrid 1982, art. 819 Cc, p. 279 y ss.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil* cit., t. V, pp. 108-109; ALGABA ROS, *Efectos de la desheredación*, Valencia 2002, pp. 71 y ss. y 229 y ss.), y con apoyo en el art. 1038.1 Cc, tales donaciones deben imputarse a la legítima, tanto si en representación de ese descendiente heredan sus propios descendientes como si no. Para otros (ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho de sucesiones*, t. II, Barcelona 1991, p. 80 y ss., GARCÍA VALDECASAS: La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor, *RDP*, 1963, p. 974, texto y nota 36), en cambio, no cabe imputar a la legítima tales donaciones, ya que el representante no las ha recibido y de otro modo ello podría suponer que el representante legítimo no percibiera en esa herencia nada, simplemente porque lo ha recibido el representado. La respuesta no es clara en nuestro Ordenamiento (el apoyo en el art. 1038 Cc es muy discutible, ya que es una norma de colación, no de imputación: sobre esto, *vid.* ESPEJO, *op. cit.*, pp. 180-186; y VALLET, *Comentarios al Código civil...* t. XI, art. 819 Cc). Pero pensamos que la objeción apuntada por ROCA-SASTRE y GARCÍA VALDECASAS es fundada, y por tanto que la primera solución no puede admitirse. Esta cuestión, que en caso de admitir la representación en caso de repudiación es particularmente oportuna, ha sido resuelta en el Derecho italiano del modo siguiente (art. 552 *Codice civile* de 1942): «*Il legittimario che rinuncia all'eredità, quando non si ha rappresentazione, può sulla disponibile ritenere le donazioni o conseguire i legati a lui fatti; ma quando non vi è stata espressa dispensa dell'imputazione, se per integrare la legittima spettante agli eredi è necessario ridurre le disposizioni testamentarie o le donazioni, restano salve le assegnazioni, fatte dal testatore sulla disponibile, che non sarebbero soggette a riduzione se il legittimario accettasse l'eredità, e si riducono le donazioni e i legati fatti a quest'ultimo*». Al margen de cuestiones de detalle, pensamos que la idea de fondo es correcta. Pues el descendiente que repudia pierde su «cualidad» de legítimo—esta pasa a los descendientes de grado siguiente, por representación— y por tanto debe ser considerado a estos efectos como un extraño, no pudiéndose entonces imputar a la parte de legítima las donaciones que le hubieran sido hechas por el causante. Deberán imputarse a la parte libre. Otra cosa es su subordinación a otras disposiciones que también se deban imputar a esta parte (las hechas a favor de otros terceros), que en defecto de previsión normativa en este sentido como la del *Codice* italiano no parece posible, sino que habrá que atenerse a las normas generales.

derecho de representación y la sustitución vulgar son ciertamente figuras distintas en cuanto a su ámbito de operatividad —una en las sucesiones legales, otra en las sucesiones voluntarias—, pero no distintas desde la perspectiva que aquí nos interesa.

b.2) Pasamos ahora a considerar la objeción específica hecha a las teorías agrupadas bajo las rúbricas de vocación indirecta, subsidiaria o *per relationem* (dejamos aquí a un lado la crítica basada en la aproximación que estas teorías se dice hacen entre el derecho de representación y la sustitución vulgar, porque se puede considerar respondida con lo dicho en el apartado anterior).

Esa objeción, como vimos, se cifra en denunciar que estas teorías postulan que la ley llama al representante remitiéndose al contenido del llamamiento al representado, lo que no es correcto porque en el derecho de representación no existe este último llamamiento sino que la ley llama directamente al representante, como efecto propio e inmediato de la norma misma; lo indirecto en el derecho de representación, se dice, es solo la determinación del *quantum* de ese llamamiento.

Esta objeción, ahora bien, entendemos que no puede aceptarse porque incurre en el defecto de atribuir, a las tesis contra las que se dirige, unos postulados que realmente no son suyos³⁶⁹. Resultando así que aunque la idea que esa crítica defiende es correcta considerada en sí misma, no lo es sin embargo la utilización que hace de ella.

Lo dicho resulta claramente si se atiende sin prejuicios a los postulados que esas tesis señalan como esenciales del derecho de representación, que son los siguientes.

Por un lado, afirman que el contenido objetivo de la vocación al representante viene determinado por consideración al que hubiera sido propio del llamamiento al representado, si este se hubiera producido eficazmente³⁷⁰.

Pero por el otro lado destacan que el llamamiento que el derecho de representación hace al representante está supeditado en su existencia y eficacia a que el llamamiento a favor del representado —que la ley había considerado como preferente en un plano puramente hipotético— llegado el momento no resulte sin embargo eficaz. Esto es, precisamente, lo que se quiere decir cuando se habla de que el llamamiento al representante no es sucesivo sino subsidiario. Por ello los autores que militan en estas tesis destacan que

³⁶⁹ Así lo destaca, con gran clarividencia, GUILARTE, *op. cit.*, p. 145.

³⁷⁰ CICU, para reflejar esto, matiza a veces la denominación de teoría de la vocación indirecta, y habla de «delación indirecta pero con vocación directa», aludiendo al aspecto objetivo cuando habla de delación, y al subjetivo cuando habla de vocación «Successioni per causa di morte. Parte generale», en el *Trattato di Diritto civile e commerciale*, de Cicu-Messineo, t. XLII-1.º, Milano 1954, pp. 60-61).

el llamamiento o vocación que se hace al representante es originario, y que el representante recibe bienes del causante de la herencia *iure proprio*³⁷¹.

Pues bien, siendo esas, y con ese entendimiento, las notas esenciales de estas explicaciones, nos parece entonces que las mismas no pueden rechazarse, al menos si se consideran estrictamente³⁷². A nuestro modo de ver, como antes hemos dicho, el problema se ha producido porque esas explicaciones han sido «leídas» en una determinada clave interpretativa, que ha llevado a atribuirles unas derivaciones que sin embargo esas explicaciones no sostienen. Pues estas en ningún momento presuponen una pluralidad de llamamientos efectivos, ni una vocación previa y efectiva al representado cuyo contenido luego se deriva al representante.

Llegados a este punto, procede entonces exponer ya cuál es a nuestro juicio la naturaleza jurídica del derecho de representación.

En este sentido, sobre la base de lo que en general hemos ido diciendo en el trabajo y de lo que en las páginas anteriores ha quedado visto, nos parece que la idea acertada es considerar que el derecho de representación es un expediente a través del cual la ley posibilita que los descendientes de una persona puedan acceder a la herencia que en principio iba destinada a esta por su grado de parentesco más próximo al causante, cuando esa persona, por determinadas circunstancias, no la va a recibir. Que ese expediente se articula a través de un llamamiento directo, originario y simultáneo a la apertura de la sucesión que la ley hace a favor de los representantes, lo que supone que el llamamiento inicialmente destinado al representado no haya resultado eficaz en ningún momento. Y que se caracteriza además porque la medida cuantitativa del llamamiento a los representantes viene determinada por la ley, normalmente por referencia a lo que hubiera correspondido al representado en la herencia si hubiera estado vivo al tiempo de abrirse esa sucesión, aunque puede ser también por referencia a lo que en concepto de legítima le hubiera correspondido, en caso de que el no heredar sea debido a una causa imputable a él.

La mayor o menor proximidad de esta explicación con respecto a las varias teorías propuestas sobre el tema es fácil de advertir,

³⁷¹ BARASSI, *op. cit.*, p. 63; SAPENA, *op. cit.*, pp. 127-128.

³⁷² La R. de la DGRN. de 14-8-1959 (RJ 3354/1959) fue muy clara en este sentido al afirmar (Cdo. 2.º) que el derecho de representación es «un supuesto típico de la denominada vocación indirecta, así llamada porque presupone la existencia de otra vocación que, aun faltando por premorencia o debiendo considerarse retroactivamente inexistente, sirve para determinar el contenido máximo de la atribución que de un modo directo la ley reconoce al descendiente representante».

aunque dado el carácter instrumental de este punto aquí evitamos a propósito adscribirnos a ninguna teoría en particular.

5.2 Consecuencias que de lo anterior se derivan para nuestro estudio: plena adecuación del derecho de representación en orden a su operatividad en caso de repudiación

Así las cosas, no queda entonces sino ocuparnos de determinar si, en razón de su naturaleza jurídica, el derecho de representación es o no el expediente técnico adecuado para lograr el resultado que ya sabemos procede en caso de repudiación, cuando el repudiante es descendiente legitimario del causante y tiene a su vez descendientes.

Las explicaciones que hemos visto sobre la naturaleza de ese derecho se han construido atendiendo a los supuestos de premo-riencia, indignidad y desheredación, por lo que en la mayoría de ellas no se hace referencia a la hipótesis de repudiación.

Solamente una de esas explicaciones –o mejor dicho uno de sus sostenedores: Vattier Fuenzalida– contempla expresamente nuestro supuesto, y para rechazarlo. Esto justifica que le dediquemos una atención específica.

Y en este punto es necesario considerar además otra construcción –netamente española, y cuyo principal sostenedor es Roca Sastre–, que se puede denominar teoría de la «*successio graduum*»³⁷³. Pues si bien en una primera impresión puede parecer que su exposición y análisis no es aquí pertinente, ya que no se refiere al derecho de representación sino a una figura distinta –la denominada *successio graduum*–, ello es sin embargo absolutamente necesario, porque su naturaleza se propone mediante comparación y contraste con la del derecho de representación, y además porque la función que se le confiere es sustancialmente semejante a la del derecho de representación, radicando la diferencia entre ellos solamente en los casos en que cada una de esas figuras se dice que opera.

Procedemos a continuación a exponer los planteamientos de esos autores a este respecto, para luego valorarlos.

Y así, empezando por Vattier conviene recordar su tesis: se trata –dice, refiriéndose al derecho de representación– de «una sucesión legal especial, provocada por la presencia de ciertos supuestos de hecho que impiden la sucesión de un heredero y evitan que se veri-

³⁷³ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado...* cit., pp. 284-292. Parece seguirle también O'CALLAGHAN, *Comentario del Código civil*, dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 4, Barcelona 2000, art. 857 Cc, p. 743.

fique el llamamiento a su favor», consecuencia de lo cual «es el llamamiento hereditario que la ley dirige... a ciertos parientes del causante que son, además, descendientes del heredero que no puede suceder (...) a los que la ley confiere una única vocación y delación por su derecho propio a suceder al *de cuius*, y de forma directa e inmediata al momento de abrirse la sucesión»³⁷⁴.

Pues bien, partiendo de esa base extrae entonces Vattier, como consecuencia necesaria, la improcedencia del derecho de representación en caso de repudiación. La exclusión de esta hipótesis, dice, «no solo es acertada sino también coherente con el sistema... que... impera en nuestro Derecho; (...) responde a la razón técnica según la cual rige en tema de renuncia la *successio ordinem*; así se advierte... en los artículos 766 y 923 concernientes a la sucesión testamentaria y a la sucesión intestada, respectivamente (...). Por eso la renuncia... extingue el *ius delationis* y abre paso a una nueva delación a favor de un designado ulterior; consecuencia de esto es que pone término a la fase provisional de herencia deferida, con lo que desaparece el presupuesto que habilita la actuación de la sucesión indirecta»³⁷⁵.

Vista la anterior idea, pasamos entonces a exponer la tesis de la «*successio graduum*». En este sentido, dice Roca Sastre que la *successio graduum* «es el nuevo o nuevos llamamientos que de grado en grado... hace la ley en la sucesión intestada, cuando los primeros o anteriores llamamientos que tuvieron lugar por vivir al tiempo de la delación los llamados a ellos, han quedado ineficaces por no llegar estos a ser efectivamente herederos por una causa cualquiera»³⁷⁶.

«Una vez abierta la sucesión intestada —explica—... la ley llama a los parientes que existen, o sea que viven... y que en el cuadro de herederos intestados están situados en lugar preferente. Pero puede ser que el primer llamamiento resulte inútil porque las personas comprendidas en él no puedan o no quieran ser herederos... Entonces... la ley hace un llamamiento a favor de los parientes de los grados sucesorios inmediatos y así sucesivamente... En estos casos, se produce un proceso de sucesivas delaciones hereditarias»³⁷⁷.

³⁷⁴ VATTIER, *op. cit.*, pp. 115-116.

³⁷⁵ VATTIER, *op. cit.*, p. 108.

³⁷⁶ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 284. Aunque ROCA SASTRE da a este mecanismo una operatividad mayor de la señalada en el texto, ya que habla de *successio graduum et ordinum* —lo que posibilita que esos llamamientos sucesivos se hagan no solo de grado en grado dentro de un mismo orden (sucesorio), sino también de orden en orden—, esto es excesivo a los fines que aquí nos interesan, ya que el derecho de representación procede básicamente en línea recta descendente (en línea colateral solo a favor de hijos de hermano, y además no por razón de legítima, que en este caso no existe). Por esta razón, en el texto vamos a plasmar esta construcción solo como *successio graduum*.

³⁷⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 285. Sin embargo, aunque de modo ciertamente incidental, en algún momento ROCA SASTRE (*op. cit.*, p. 279) equipara la representación suce-

Sobre la base de lo anterior, compendia entonces Roca Sastre la esencia de esta figura señalando sus características y contraponiéndolas a las propias del derecho de representación. «Un paralelo entre el *ius repraesentationis* y la *successio graduum*... –dice– nos muestra la diferencia existente entre ambas figuras, o lo que es lo mismo, entre los supuestos de premoriencia, de una parte, y los de indignidad y repudiación, de otra. / El *ius repraesentationis* y la *successio* coinciden en que las dos son fórmulas dirigidas a subvenir la inoperancia de los llamamientos sucesorios intestados; pero existe entre ellas la diferencia fundamental de que, así como en la primera la inoperancia del llamamiento se produce *ab initio* (...), en cambio en la segunda dicha inoperancia tiene lugar *ex post facto* (bien sea con un intervalo de razón en el caso de indignidad, bien con un lapso de tiempo más o menos largo en caso de repudiación)»³⁷⁸.

Lo que supone en definitiva que la diferencia entre una figura y otra radica en que en el derecho de representación hay una única delación –la que se produce a favor del representante–, mientras que en la *successio graduum* hay un doble llamamiento sucesivo –produciéndose el segundo, precisamente, porque la primera delación queda vacante³⁷⁹.

Y esta diferencia, dice Roca Sastre, no es mero juego de palabras sino que se traduce en distintos resultados prácticos, pues «en la representación son llamados los hijos del hijo premuerto existentes al tiempo de la primera delación intestada, mientras que... en caso de repudiación la *successio* tiene lugar a favor de aquellos que vivan al tiempo de la delación ulterior, de modo que si, dado el largo tiempo que ha tardado en producirse la repudiación, algunos de aquellos hijos han muerto, ya no son llamados en esa posterior delación»³⁸⁰.

A la vista de lo cual, su conclusión es tajante: «es... tan fundamental la diferencia entre los casos de premoriencia... y los de indignidad y repudiación, que no es posible... comprenderlos todos dentro del instituto de la representación sucesoria. Este debe concretarse al supuesto de premoriencia...; respecto de los otros dos, sus caracteres específicos imponen que sean tratados dentro de una figura jurídica distinta, que [...es...] la *successio graduum*»³⁸¹.

soria y la sustitución vulgar, afirmando que en ellas se produce «el mecanismo de la delación sucesiva».

³⁷⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 288. A pesar de que de las palabras transcritas parece desprenderse que en caso de premoriencia ROCA SASTRE considera la existencia de un llamamiento a favor del premuerto, aunque inoperante *ab initio*, un poco después (p. 288) él mismo admite que esto, en rigor, no es correcto, pues en ese caso no es que haya llamamiento inoperante sino que no hay llamamiento ninguno a favor del premuerto.

³⁷⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 288-289.

³⁸⁰ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 290.

³⁸¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 290. En este sentido, y para ser consecuente con su planteamiento, propone ROCA SASTRE (p. 291) que «... en una reforma a fondo de nuestro

Expuestas las razones en que esos autores se basan para rechazar que el derecho de representación sea el expediente técnico adecuado para operar –actual o hipotéticamente– en caso de repudiación, procede ahora que las valoremos. Para lo cual debemos analizar críticamente los pilares en que esos autores sustentan su negativa.

Y así, empezando por el planteamiento de Vattier podemos decir que si bien compartimos en lo esencial su idea sobre la naturaleza del derecho de representación –de hecho, tal como apuntamos en su momento, y aunque su autor lo niegue, esa idea es sustancialmente coincidente con la de las teorías llamadas de vocación indirecta, subsidiaria o *per relationem*, en relación con las cuales nuestra valoración sustancialmente positiva ha quedado ya señalada–, no compartimos sin embargo la consecuencia que de ella extrae en relación con el caso de la repudiación.

Para Vattier el derecho de representación no es operativo en este caso porque considera que la repudiación del primer llamado provoca la extinción de la delación hecha en su favor y la entrada en juego de una nueva delación –sucesiva a la primera– a favor de un designado ulterior, lo que supone una pluralidad de delaciones incompatible con la delación única que es característica del derecho de representación. Resultando entonces que para dar viabilidad a ese supuesto acude a un expediente distinto, al que denomina «*successio ordinem*» (y que aunque no explica con detenimiento parece razonable asimilarlo a la «*successio graduum et ordinum*» de Roca Sastre).

¿Es ese razonamiento, ahora bien, acertado? A nuestro juicio, no. Su error procede de atenerse en demasía al modo en que las cosas suceden en el mundo real, sin reparar en que desde la perspectiva jurídica las cosas no son en este caso de la misma manera.

Desde una perspectiva real, en efecto, es posible decir que en caso de repudiación se producen dos llamamientos: uno primero al

Código civil, no solo no debe extenderse el derecho de representación al supuesto de repudiación hereditaria, sino que hay que suprimir la actual aplicación del mismo al caso de indignidad sucesoria». La *successio graduum*, añade para respaldar esta figura, «fue introducida en el período clásico [del Derecho romano] a través del *edictum successorium* del Pretor, y a base de la *bonorum possessio*, siendo... francamente aceptada y generalizada en el período justiniano» (p. 284). «Lo que ocurre es que los Códigos civiles de tipo novatorio y simplista, inspirados en la codificación napoleónica, descuidaron recoger formalmente y en toda su amplitud esta última figura jurídica» (p. 290). Pero esto no es, según este autor, correcto, pues con lo dicho «queda demostrada la improcedencia de ampliar el derecho de representación a los casos de indignidad y repudiación hereditaria, no solo por no permitirlo un perfecto tecnicismo de la institución, sino porque ello es innecesario desde el momento que se cuenta con una fórmula adecuada, cual es la *successio graduum*» (p. 291). Y en p. 288 añade que «en Derecho romano, según la opinión más fundada, los hijos del repudiante entraban siempre en la herencia del ascendiente por vía de *successio*».

descendiente de grado más próximo al causante y luego, tras su repudiación, otro al descendiente de ese descendiente.

Pero en el plano jurídico las cosas no son así. No debe aquí olvidarse –ya hemos hecho referencia a ello más arriba– lo dispuesto específicamente para este supuesto en el art. 989 Cc, en el que se establece que «*los efectos de la... repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*». Se trata de un precepto que atiende a señalar los efectos jurídicos de la repudiación, estableciendo que la virtualidad de la misma es borrar retroactivamente todo lo habido en relación con el repudiante desde la apertura de la sucesión hasta el momento de su repudiación. Lo que determina, en el aspecto que aquí nos interesa, que el primer llamamiento habido en el plano real se debe entonces reputar jurídicamente inexistente. Y por tanto que el llamamiento o delación al descendiente de grado ulterior, cuando se produzca, debe considerarse como el único habido, dirigido directamente a él, y producido simultáneamente a la apertura de la sucesión³⁸².

³⁸² Una prueba más de lo dicho es lo que sucede en caso de indignidad, en el que ciertamente se produce llamamiento a favor del indigno y eso no obstante se incluye en el ámbito de operatividad del derecho de representación. ¿A qué se debe esto? La clave está en que, una vez declarada la indignidad, ese llamamiento deviene ineficaz y deja de surtir efecto retroactivamente. Aunque la determinación de si en caso de indignidad hay o no delación a favor del indigno no es cuestión absolutamente pacífica, parece hoy dominante entre nuestros autores, y sólidamente fundada, la idea de que efectivamente hay delación en tal caso, sin perjuicio de que concurra en el sujeto causa que permita excluirlo de esa herencia. Los autores que niegan haya delación equiparan la indignidad con un caso de incapacidad para suceder, para lo cual buscan apoyo en los arts. 756, 852, 758, 164.2, etc., del Código. Los partidarios de que sí hay delación argumentan con base en lo confuso de la regulación del Código en este tema, que mezcla figuras distintas como son las incapacidades absolutas para suceder, las incapacidades relativas (prohibiciones legales) y la indignidad para suceder, pero sobre todo destacan que el régimen concreto del Código en tema de indignidad le otorga «unos determinados efectos jurídicos... que presuponen la existencia de capacidad sucesoria en el indigno» (MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 38). Así resulta de los arts. 757 y 762 Cc. Pues el primero, al disponer que las causas de indignidad dejan de surtir efecto en determinados casos está reconociendo que el llamado a pesar de ser indigno puede adquirir la herencia, y por ende que a pesar de existir esas causas la delación es posible. Y el art. 762 Cc también presupone lo mismo, ya que de otro modo el transcurso del tiempo (5 años) no podría hacer que el indigno conservara, y ya de forma inatacable, la herencia que hubiera recibido (sobre esto, *vid.* MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 38 y ss.; para la refutación de los argumentos de derecho positivo antes señalados en contra de esta solución, *vid.* ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 139 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 150-156). A la vista de lo cual hay que admitir que el Código, aunque al calificar jurídicamente la indignidad y regularla entre las causas de incapacidad para suceder se apartó de la tradición romanista, eso no obstante en su régimen –y esto es lo esencial– sigue conservando la orientación tradicional, de forma que hay que situarlo entre aquellos sistemas legislativos que configuran la indignidad sucesoria como causa para excluir al indigno de la herencia pero no para impedirle llegar a ser heredero (ROCA SASTRE, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp*, 2.^a ed., Barcelona, t. V.2, p. 15; MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 40 y ss., ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 140 y ss.). *Potest capere sed non potest retinere*, es el aforismo que recoge esta idea. Y así, resulta entonces que la concurrencia en un sujeto de una causa de indignidad, no excluye que se produzca delación a su favor.

A pesar de que el recurso al Derecho alemán no es argumento demasiado consistente en este tema, por las diferentes premisas de que parte, no es inoportuno destacar aquí que coin-

Se trata, ciertamente, de una ficción establecida por la ley, pero que en el plano legal debe tomarse como hecho cierto³⁸³. Esto pensamos que no ha sido advertido por la tesis que estamos criticando³⁸⁴.

Por lo que no hay entonces impedimento, desde el punto de vista de la naturaleza y funcionalidad de la figura, para admitir el juego del derecho de representación en caso de repudiación. Pues aunque en el plano real haya dos llamamientos o delaciones, en el plano jurídico, por virtud de la retroactividad que la repudiación lleva legalmente aparejada, hay que considerar que existe solo una delación, directa a los descendientes de grado ulterior y simultánea al momento de apertura de la sucesión³⁸⁵.

Resuelto eso, pasamos entonces a analizar el planteamiento de Roca Sastre. Como antes pudo verse, son dos las razones en que se basa para negar la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación (aunque eso no obstante afirma que se puede y debe llegar a un resultado sustancialmente semejante, si bien que a través de otra figura: la *successio graduum*).

La primera de esas razones, sustancialmente coincidente con la que apunta Vattier, se cifra en considerar que la repudiación del llamado en primer lugar se traduce en una delación sucesiva, pero nueva, a favor del descendiente de grado siguiente, lo que es incon-

cide plenamente con lo que hemos dicho. Pues al comentar el § 1953 BGB afirma rotundamente LEIPOLD lo siguiente: «*Rückwirkung der Ausschlagung. Die wirksame Ausschlagung beseitigt den Anfall der Erbschaft von Anfang an*» (*op. cit.*, § 1953, RdNr 1). Y en el mismo sentido se muestra EDENHOFER, quien escribe que «*Bei wirksamer Ausschlag vor dem Anfall erfolgt kein Anfall. Wird nach dem Anfall ausgeschlagen, so gilt der Anfall als nicht erfolgt. Die Ausschlag wirkt also auf den Erbfall zurück, so dass der Ausschlagende von Anfang an Nichterbe war. Der Nächts berufene gilt (rückwirkend) vom Erbfall an als Erbe*» (en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch Kurz-Kommentare*, München 2009, § 1953, núm. 1). Y también OTTE y MAROTZKE: «*Da der Ausschlagende nach der Fiktion des Abs 2 als zur Zeit des Erbfalls schon verstorben anzusehen ist, tritt an seine Stelle bei der gesetzlichen Erbfolge der nach ihm berufene gesetzliche Erbe*» (en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed. Berlin 1989, § 1953, núm. 6).

³⁸³ A la vista de lo cual es claro que la distinción de supuestos poniendo el acento en la existencia, en el plano real, de uno o de dos llamamientos, no se ve acogida por nuestro Derecho positivo. En este sentido es destacable que en nuestro Derecho el tratamiento del supuesto de indignidad se hace aunándolo con el de desheredación, en el que sin embargo no hay, por hipótesis, llamamiento a favor del desheredado.

Desde otra perspectiva, pero en este mismo tema, nos parecen clarificadoras las precisiones terminológicas que en este tema hace SAPENA (*op. cit.*, pp. 116-117), quien distingue entre vocaciones o delaciones sucesivas, y vocaciones o delaciones subsidiarias. Sucesiva es aquella que teniendo un mismo contenido se repite en el tiempo, una después de haber tenido lugar realmente otra, durante un lapso de tiempo más o menos largo. Subsidiaria es la que se produce solo si queda sin efecto la que en principio iba a tener lugar. Sobre esta base, en el caso de indignidad ocurre que la segunda vocación entra en juego porque la primera vocación, aunque se haya producido realmente, luego deviene ineficaz y deja de surtir efecto retroactivamente. Por lo que no es sucesiva sino subsidiaria.

³⁸⁴ Aunque VATTIER hace referencia a ello en su *op. cit.*, pp. 109, 215 y 255.

³⁸⁵ La referencia que en apoyo de su planteamiento hace VATTIER a lo dispuesto en los arts. 766 y 923 Cc no resulta en absoluto determinante en este sentido, a tenor de lo que en su momento dijimos al considerar esos preceptos. Para no repetirnos, nos remitimos aquí a lo que entonces dejamos dicho (*vid. supra*, en el trabajo, punto 3.1.a) y punto 3.3.A.d).

ciliable con el *ius repraesentationis*. Por tanto, afirma Roca Sastre, en caso de repudiación ese resultado se ha de articular a través de otro expediente –la *successio graduum*–, cuya esencia radica en tratarse de dos llamamientos o delaciones sucesivas³⁸⁶.

La segunda razón deriva de la anterior, y se concreta en las diferentes consecuencias que cada una de esas figuras dice que lleva aparejadas. Porque si en la *successio* hay dos delaciones distintas y sucesivas esto supone –según dice– que los descendientes de segundo grado que sean llamados en su momento no son necesariamente los que existan al tiempo de abrirse esa sucesión, sino los que existan cuando el segundo llamamiento se produce, lo cual será en un instante posterior a la muerte del causante (ya sea realmente –caso de repudiación–, ya sea conceptualmente –caso de indignidad–).

Estas razones no son sin embargo, a nuestro juicio, acertadas.

A la primera puede responderse con los mismos argumentos que se han dado antes para rebatir la negativa de Vattier, a los que remitimos.

Y la segunda hay que decir que no se corresponde con la realidad de nuestro Derecho actual. Pues en relación al momento a que hay que acudir para determinar qué descendientes ulteriores han de ser llamados en lugar del indigno o repudiante, nuestra doctrina actual es pacífica al afirmar (al margen ahora de cuál sea el expediente con que se articule el llamamiento) que «ha de atenderse al momento de la apertura de la sucesión, con lo cual los eventuales herederos de grado posterior transmiten el derecho en caso de su fallecimiento, aunque la renuncia de los parientes preferentes no hubiera tenido lugar y se exprese con posterioridad a dicha defunción, sin perjuicio de que el fallecido no hubiera alcanzado la condición de heredero efectivo, dado el carácter retroactivo de la repudiación»³⁸⁷. Y siendo esto así, como lo es, la objeción cae por su base.

³⁸⁶ En relación con el supuesto de indignidad, que es semejante desde esta perspectiva, ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho privado* cit., p. 272) se pronuncia de un modo contradictorio, pues primero dice que «en cuanto al art. 761, hay que sostener análogo criterio [esto es, *successio graduum*], si bien con referencia a la estirpe del heredero testamentario indigno, pero no del heredero intestado, ya que en el caso de indignidad de este heredero actúa el derecho de representación», pero luego añade que «aquí tampoco se produce caso alguno de representación, sino una especie de *successio graduum*, si bien referida a la legítima».

³⁸⁷ VILLAGÓMEZ RODIL, *Comentario del Código civil*, coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona 2000, art. 923, p. 211. Así lo sostiene también el propio ROCA SASTRE, aunque evidentemente no al tratar el tema de la *successio graduum*: vid. sus *Notas al Tratado de Derecho Civil de Kipp*, trad. esp. 2.ª ed. Barcelona 1976, t. 2, *Derecho de Sucesiones*, p. 19. Igual ocurre en el Derecho alemán (aunque su utilización aquí, lo advertimos una vez más, debe tomarse con cautela, por las distintas premisas de que parte). En este sentido, nos dice LEIPOLD que «*Der Anfall an den Nächtsberufenen wird durch Abs 2,2 Halbs wiederum*

Lo que supone que, al igual que las de Vattier, tampoco las razones apuntadas por Roca Sastre son válidas para negar la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación. Pues la naturaleza jurídica de ese derecho, y su consecuente funcionalidad, lo permiten.

Llegados aquí, conviene entonces recapitular lo visto en este punto y concluir exponiendo nuestra idea.

En este sentido, hemos visto que las explicaciones sobre la naturaleza y la configuración funcional del derecho de representación se han construido atendiendo a los supuestos de premoriencia, indignidad y desheredación, y que en ellas no se hace referencia ninguna a la hipótesis de la repudiación. Esto es natural, por razones evidentes.

Lo importante, ahora bien, no es eso, sino constatar que casi todas esas explicaciones, sin perjuicio de matices y particularidades propios de cada una, presentan una idea de base común, y que esta no es en absoluto inconciliable con la operatividad del derecho de representación también en casos de repudiación.

Según hemos dicho antes, ese denominador común es el siguiente. Que la esencia del derecho de representación radica en ser un expediente a través del cual la ley permite que los descendientes de una persona puedan concurrir a la sucesión que en principio iba destinada a esta por su grado de parentesco más próximo al causante, cuando por determinadas circunstancias esa persona no la va a recibir. Que ese expediente se articula a través de un llamamiento directo, originario y simultáneo a la apertura de la sucesión, que la ley hace a favor de los representantes, lo que supone que el llamamiento inicialmente destinado al pariente de grado más próximo (representado) no haya resultado eficaz en ningún momento (sea esto así en el plano real, sea en el plano legal por retroactividad normativamente dispuesta). Y que la medida cuantitativa de ese llamamiento viene determinada por la ley, bien por referencia a lo que al representado hubiera correspondido en esa herencia (toda, o una parte alícuota) si hubiera estado vivo al tiempo de abrirse esa sucesión, bien por referencia a lo que en concepto de legítima le hubiera correspondido, en caso de que el no heredar sea debido a una causa imputable a él.

auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen. (...) Wenn der Nächstsberufene zwischen dem Erbfall und der Ausschlagung durch den Zuerst berufenen verstorben ist, so hindert dies den Anfall der Erbschaft nicht; sie ist dann vom Nächstsberufenen mittlerweile an seine Erben gelangt» (Münchener Kommentar zum BGB cit., § 1953, RdNr 7). También OTTE y MAROTZKE: «wem die Erbschaft oder der Erteil an Stelle des Ausschlegenden anfällt, entscheidet lediglich der Umstand, wer zur Zeit des Erbfalls der berufene sein würde» (Staudingers Kommentar zum BGB cit., § 1953, núm. 7).

Pues bien, eso dicho, resulta entonces que este expediente es perfectamente compatible con el caso del descendiente que no recibe la herencia a él deferida porque la repudia, teniendo a su vez descendientes (que los son también, por tanto, aunque de grado más lejano, del causante). Ya que todas y cada una de las notas antes señaladas son predicables de este caso.

Esto es así, porque lo que a través del derecho de representación se posibilita en ese caso es que los descendientes del descendiente repudiante puedan concurrir a la herencia del abuelo. Esa posibilidad se articula mediante un llamamiento legal que, en virtud de la retroactividad que el Código establece en caso de repudiación (art. 989), debe considerarse como el único habido en ese sentido, producido al tiempo de apertura de la sucesión y dirigido directamente a los descendientes de segundo grado. Y su medida viene dada por lo que en concepto de legítima hubiera correspondido en esa herencia al repudiante, sin que esta diferencia cuantitativa con respecto al derecho de representación contemplado en los arts. 924 y ss. Cc obste a lo dicho, pues en nuestro Derecho ya sabemos que hay que distinguir entre representación a efectos de herencia y representación a efectos de legítima.

Se trata además de una conclusión que encaja perfectamente con la consideración de que el derecho de representación no es un verdadero derecho subjetivo sino un expediente de llamamiento sucesorio que el Ordenamiento utiliza como medio para alcanzar los fines que en cada caso considera oportunos. Pues siendo eso así, como lo es, resulta entonces que la determinación de cuándo vaya a entrar en juego el derecho de representación es algo que ha de resolverse en función de consideraciones de política legislativa, en razón de otros derechos o intereses también reconocidos a nivel legal. En este sentido, como ya quedó dicho en su momento, hay que tener presente que en nuestro Ordenamiento sucesorio actual la legítima es un derecho que condensa un interés de orden superior, y que la percepción de la misma por parte de los descendientes no puede verse impedida por hechos o circunstancias personales propios del descendiente de grado más próximo al causante. Pues bien, los hechos o circunstancias que pueden incidir en ese sentido no son solo la indignidad y la desheredación (aunque esos sean los que el Código contempla expresamente) sino también la repudiación. Por lo que ha de articularse un expediente adecuado para hacer eso posible.

Pues bien, el expediente adecuado para ello es el derecho de representación³⁸⁸. No solo porque utilizar este sea más fácil y correc-

³⁸⁸ Así lo afirma también MARTÍNEZ CALCERRADA, *Comentario del Código civil* cit., p. 235.

to que resucitar o crear la figura de la *successio graduum*³⁸⁹. Sino porque, como a tenor de lo dicho en este punto ha quedado claro, la naturaleza y configuración funcional que el derecho de representación tiene en nuestro Derecho actual son plenamente adecuados a ese fin³⁹⁰.

³⁸⁹ Esto, por otra parte, no deja de desprenderse (más o menos veladamente) de las palabras de su principal paladín, ya que si bien afirma la vigencia histórica de la *successio graduum* en Roma, en todo caso reconoce que después se descuidó y olvidó. Y así, aunque aceptáramos aquí la vigencia de esa figura en el Derecho de Roma (lo cual no es del todo claro), más cierto aún debemos tener que la misma no se mantuvo luego en el Derecho Común, ni en nuestro Derecho histórico, ni fue atisbada siquiera al tiempo de elaborar el Código civil. Así lo afirma, muy certeramente, MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 234-235. En apoyo de lo dicho puede considerarse además que en otros Ordenamientos el derecho de representación tiene reconocida operatividad también en caso de repudiación. Y así, aunque es cierto que cada Ordenamiento jurídico configura sus expedientes como mejor considera, de tal forma que no tienen que ser iguales, no es menos cierto que eso evidencia que no se trata de un imposible o de un absurdo lógico, habida cuenta que el derecho de representación tiene, en esos Ordenamientos y en el nuestro, una raíz común.

³⁹⁰ Sentado lo anterior, no queda entonces sino hacer alguna digresión acerca de este expediente que procura el resultado de que los descendientes de segundo (o ulterior) grado reciban la legítima. En este sentido, hay que partir de la base de que lo que en tal caso recibirán los descendientes de segundo o ulterior grado no será por vía de testamento, ni tampoco de sucesión intestada. Lo primero es evidente. Pero lo segundo también es claro, si consideramos que entre el llamamiento abintestato y el que en este caso se produce existen diferencias importantes: en cuanto a la medida del llamamiento –la cuota intestada en un caso, la cuota legitimaria en otro–, en cuanto a la base de cálculo –el haber neto que haya al tiempo de la muerte del causante, en la sucesión intestada, y en la legítima el que resulte de sumar, al *relictum*, el *donatum*–, en cuanto a las personas llamadas –las que resultan de aplicar todas y cada una de las normas reguladoras de la sucesión intestada, en un caso, y en otro las que son consideradas legitimarios, que resultan también, en buena medida, de aplicar aquellas normas, pero no de forma total y directa sino por analogía, cuando haya identidad de razón suficiente que lo permita–, etc. Tenemos entonces que recurrir a la idea de llamamiento específico a la legítima, un *tertium genus* junto al llamamiento testamentario y al intestado. Se trata de una idea sostenida por autores relevantes en nuestra doctrina, cuya formulación más acabada la ha dado LACRUZ. En esencia, la idea es la siguiente. Nuestro Derecho no contempla con carácter general un llamamiento específico a la legítima. Las formas generales de suceder *mortis causa* son dos: voluntaria (testamentaria) o *ab intestato*. Así resulta del art. 658 Cc. Ahora bien, que en ese precepto no se haga referencia a un tercer tipo de llamamiento –legitimario– no significa que este no exista nunca, ni que la sucesión por causa de muerte se opere siempre por vía de testamento o de abintestato. Significa, simplemente, que esas son las formas «canónicas» y generales de suceder, al lado de las cuales no es posible situar, en un mismo plano, una tercera forma de suceder, general y con caracteres unitarios. Pero esto no es óbice para reconocer que hay supuestos concretos en que los legitimarios reciben bienes en cumplimiento o para pago de su legítima, por vía distinta de la sucesión testada e intestada. Entre estos casos están los siguientes. Uno es el de desheredación injusta, en que el legitimario, tras ejercitar la correspondiente acción, percibirá lo que le corresponda por legítima, pero no por vía testamentaria –esto es claro– ni tampoco de abintestato, pues el llamamiento a su favor en ese sentido se hace a título individual y solo en la medida necesaria para satisfacerle su legítima. Otro caso es cuando lo que el legitimario percibe a título de herencia o de legado no es todo lo que le corresponde: en este caso, ese legitimario puede pedir el complemento o la reducción necesarios para alcanzar lo que le falta, pero lo que perciba solo puede entenderse recibido en base a un llamamiento específico a la legítima, pues el testamento ha sido título insuficiente en ese sentido desde el punto de vista cuantitativo –esto es lo que ha motivado el ejercicio de esas acciones–, y la vía intestada es claro que no es la que se sigue. O el caso de preterición del cónyuge viudo, pues aquí no se anula la institución de heredero sino que el viudo entrará a suceder solo en su parte de legítima, lo que únicamente-

BIBLIOGRAFÍA

- AIZPUN TUERO, Rafael: *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona 1957.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: ad art. 766 Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. X.1, Madrid 1987.
- Id: «Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido», en *Actualidad Civil* 1988-1.
- Id: *Curso de Derecho Civil*, 3.^a ed. Pamplona 1989, t. V.
- Id: ad art. 780, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- Id: ad art. 981 Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XIII.2, Madrid 1998.
- Id: «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (Análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código civil)», en *Actualidad Civil* 2003-3.
- ALBI AGERO, Tomás: «Derecho de acrecer entre herederos forzosos», en *Revista de Derecho Privado* 1942.
- ALGABA ROS, Silvia: *Efectos de la desheredación*, Valencia 2002.
- BARASSI, Lodovico: *Le successioni per causa di morte*, 3.^a ed. Milán 1974.
- BETTI, Emilio: «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Rivista di Diritto Commerciale* 1927-I.
- Id: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. de la 2.^a ed., Madrid 1959.
- BEUDANT, Charles: *Cours de Droit civil français*, t. V, 2.^a ed. París 1936.
- BOLAS ALFONSO, Juan: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, 1982.
- CAPOZZI, Guido: *Successioni e donazioni*, t. I, 2.^a ed. Milán 2002.
- CARIOTA-FERRARA, Luigi: *Le successioni per causa di morte*, t. I.2, Nápoles 1958.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1942.
- Id: *Derecho civil español, común y foral*, 9.^a ed. Madrid 1989, t. VI.1.

te puede explicarse admitiendo un llamamiento específico en ese sentido. Los casos apuntados son los que habitualmente se señalan como llamamientos específicos a la legítima, hechos directamente por la ley aunque en cada caso con caracteres particulares. Pero dentro de este grupo deben incluirse también los supuestos de los arts. 761 y 857 Cc (así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La naturaleza de la legítima», ADC. 1985, pp. 870 y 872; y ESPEJO, *op. cit.*, pp. 277-278): ¿por qué vía, si no, se puede explicar lo que los descendientes de segundo grado reciben en esos supuestos? Testamentaria no, porque entonces no se plantearía el caso —estaríamos ante una institución directa o ante una sustitución vulgar—, aparte de que esos preceptos son aplicables también si la sucesión se defiere abintestato. Pero intestada tampoco, por las características de ese llamamiento —en la medida del mismo, en su base de cálculo, en las personas llamadas— que ya dijimos antes son distintas de las que se dan en la sucesión intestada. Así pues, la legítima que en esos casos se atribuye a los descendientes del descendiente indigno o desheredado solo pueden recibirla a través de un llamamiento específico a su favor en ese sentido: recuérdese que ya se ha dicho que el derecho de representación no es un verdadero derecho subjetivo, sino un expediente de llamamiento sucesorio que la ley utiliza como medio oportuno para alcanzar los fines que en algunos casos estima procedentes. Pues bien, esa misma solución es la que proponemos para el derecho de representación en caso de repudiación por parte del descendiente de grado más próximo, ya que este no es sino un llamamiento a la legítima a favor de descendientes de segundo grado.

- CICU, Antonio: «Successioni per causa di morte. Parte generale», en el *Trattato di Diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo, t. XLII-1.º, Milán 1954.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso elemental de Derecho civil*, 3.ª ed., trad. esp. Madrid 1986, t. VI.
- CRUZ AUÑÓN, Alfonso: «Un caso frecuente de preterición», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III, 1946.
- DE DIEGO: Felipe Clemente: *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid 1932.
- DÍAZ ALABART, Silvia: ad art. 761 Cc, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- EDENHOFER, Wolfgang: ad §§ 1924, 1935 y 1953 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch Kurz-Kommentare*, München 2009.
- ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: «El derecho de representación en la herencia testada», en *Revista de Derecho Privado* 1954.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid 1996.
- Id: «Alcance cuantitativo del derecho de representación sucesorio en los casos de indignidad y desheredación», en *Libro-homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Murcia 2004.
- FERRI, Luigi: ad art. 467 Cc, en *Commentario del Codice civile*, de Scialoja-Branca, 3.ª ed. Bolonia 1997.
- FLOUR, Jacques et SOULEAU, Henri: *Les successions*, 3.ª ed. París 1991.
- FUENMAYOR Y CHAMPIN, Amadeo de: «Estirpe única y representación hereditaria», en *Revista de Estudios Jurídicos*, t. IV, 1942.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid 1852 (edic. facsímil, Barcelona 1973, Editorial Base).
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Designación mortis causa, vocación hereditaria y adquisición automática», en *Revista de Derecho Notarial* 1959.
- GARCÍA MORENO, José Miguel: «La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981», en *Actualidad Civil* 1995-4.
- GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», en *Revista de Derecho Privado* 1963.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique: «El derecho de representación en la sucesión voluntaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1940.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas», *Revista de Derecho Notarial* 1985.
- GÓMEZ, Antonio: *Variae Resolutiones*, Lugduni, 1744, t. I.
- Id: *Ad Leges Tauri Comentariorum absolutissimum*, Madrid 1794.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, 13.ª ed. Madrid 1881.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: ad art. 766 Cc, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- GROSSO, Giuseppe, BURDESE, Alberto: «Le successioni. Parte generale», en el *Trattato di Diritto civile* dir. por Vassalli, Turín 1977.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: ad arts. 924 ss. Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XIII-1.º, Madrid 1989.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. III, Madrid 1863.
- JORDANO BAREA, Juan: *Interpretación del testamento*, Barcelona 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Notas al Derecho de Sucesiones* de Julius Binder, trad. esp. 1953.

- Id: «*Derecho de Sucesiones. Parte general*», en *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil* de Lacruz-Albaladejo, t. V.1, Barcelona 1961.
- Id: *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971.
- Id: *Elementos de Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed. Barcelona 1993.
- LANZAS GALVACHE, Joaquín y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: «El derecho de representación del artículo 814, párrafo tercero, del Código civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1988.
- LEIPOLD, Dieter: ad §§ 1924, 1935, 1953 y 2069 BGB, en *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2.ª ed. 2004, t. 9.
- LLAMAS Y MOLINA, Sancho: *Comentario crítico, jurídico y literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 5.ª ed. Madrid 1875.
- LÓPEZ, Gregorio: *Glosas a las Partidas*.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: *El derecho de representación en la sucesión testada*, Pamplona 2009.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. VII (4.ª ed. Madrid 1914) y t. VI (5.ª ed. Madrid 1921).
- MAROTZKE, Wolfgang: ad § 1953 BGB, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.ª ed. Berlín 1989.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Madrid 1991.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: *La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona 1966.
- Id: ad arts. 924 ss., en *Comentario del Código civil* dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 5, Barcelona 2000.
- MARTY, Gabriel et RAYNAUD, Pierre: *Droit civil. Les successions et les libéralités*, París 1983.
- MAZEAUD, Henri, Leon et Jean: *Leçons de Droit civil*, t. IV.2, París 1982.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José: *La indignidad para suceder*, Valencia 1995.
- MIQUEL GONZALEZ, José María: en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984.
- MORELL, José: «¿Heredan los nietos por representación en caso de renuncia del padre?», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1905.
- MOSCATI, Enrico: «*I limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (Profili storici e costituzionali)*», en *Rivista di Diritto Civile* 1977-I.
- NICOLO, Rosario: «La vocazione ereditaria diretta e indiretta», en *Raccolta di Scritti*, Milán 1980.
- NOVOA SEOANE, Ramón: «El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes», en *Revista de Derecho Privado* 1914.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: ad arts. 761, 766 y 857, en *Comentario del Código civil* dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 4, Barcelona 2000.
- OTTE, Gerhard: ad §§ 1953 y 2069 BGB, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.ª ed. Berlín 1989.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «*La naturaleza de la legítima*», en *Anuario de Derecho Civil* 1985.
- PINO, Augusto: «Limiti di applicazione del diritto di rappresentazione», en *Giurisprudenza italiana* 1947.
- PINTO RUIZ, José J.: «El actual artículo 814 del Código civil no introduce el derecho de representación en la sucesión testada», en *Revista General de Derecho* 1984, n.º 50.
- PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona 1957.

- POTHIER, Robert Joseph: «Traité des Successions», en *Oeuvres*, t. VII, 9.^a ed. París 1827.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V.3, 4.^a ed. Barcelona 1993.
- REY PORTOLÉS, Juan Manuel: «Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1982.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en el Derecho común español*, Valencia 1994.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1943.
- Id: *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid 1948.
- Id: Notas al *Derecho de Sucesiones de Kipp*, 2.^a ed. Barcelona 1976, t. 1 y 2.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona 1991.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla 1951.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «La sucesión legítima y el sistema de parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio», en *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*, t. I, Barcelona 1983.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI (núms. 2 y 3), 2.^a ed. Madrid 1910.
- SAPENA TOMÁS, Joaquín: «Vocación directa e indirecta», en *Revista de Derecho español y americano* 1960.
- SCAEVOLA, Mucius: *Código civil comentado y concordado*, t. XVI, 4.^a ed. Madrid 1900.
- SIERRA BERMEJO, Luis: *El derecho de representación en la sucesión testada*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948.
- STORTI STORCHI, Claudia: voz *Rappresentazione (Diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987.
- TODARO, Renato Vittorio: «Studi sul diritto di rappresentazione», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. XXXVIII, 1904.
- TRAVIESAS, Miguel: «Sobre derecho hereditario», en *Revista de Derecho Privado* 1921.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil», en *RDP*, 1967.
- Id: «Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer», t. I, *Las legítimas*, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, INEJ., vol. LVIII, Madrid 1974.
- Id: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, *Fundamentos* (Madrid 1982) y t. II, *Perspectiva dinámica* (Madrid 1984).
- Id: ad art. 819 Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa t. XI, Madrid 1982.
- Id: ad arts. 970 y 973, en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, 2.^a ed. Valladolid 1921.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid 1986.
- Id: ad arts. 923 y ss., en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.

- Id: «El derecho de representación», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006.
- VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso: ad art. 923, en *Comentario del Código civil* coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona 2000.
- VOET, Johannis: *Commentariorum ad Pandectas*, Bassani 1827.
- WERNER, Olaf: ad § 1924, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.^a ed. Berlín 1989.
- ZOZ, Maria Gabriella: voz *Rappresentazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Coordinación: Esther Arroyo i Amayuelas. Colaboran: Miriam Anderson, Francisco Andrés Santos, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Paloma de Barrón Arniches, Guillem Cano Palomares, Martín Ebers, Mirko Faccioli, Josep Maria Fontanellas Morell, María Paz García Rubio, Cristina González Beilfuss, Alejandra de Lama Aymà, Sonia Martín Santisteban, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Héctor Simón Moreno, Jaume Tarabal Bosch, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: Presentación.–EDITORIAL: «La ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria» (Josep Maria Fontanellas Morell).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO: Alemania (Martín Ebers), España (Esther Arroyo Amayuelas), Italia (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). III. Derechos reales en la Unión Europea (Héctor Simón Moreno). IV. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VI. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VII. Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). VIII. Derecho de *trusts* en la Unión Europea (Sonia Martín Santisteban).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Guillem Cano Palomares).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.–Anderson, Miriam – Arroyo i Amayuelas, Esther (eds.) *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen, 2011 (María Paz García Rubio).–Valpuesta Gastaminza, Eduardo (coord.) *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011 (Paloma de Barrón Arniches).–Micklitz, Hans W. – Stuyck, Jules – Terry, Evelyne (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford, 2010 (Esther Arroyo i Amayuelas).–Busch, Christoph – Schulte-Nölke, Hans (eds.), *EU Compendium. Fundamental Rights and Private Law. A Practical Tool for Judges*, München, 2011 (Francisco Andrés Santos).–VIDA JURÍDICA (Jaume Tarabal Bosch).

Presentación

Esta 15.^a crónica se cierra el 10 de noviembre de 2011. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJUE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del Consumo, el Boletín de la *Bundesverband*

der Deutschen Industrie, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria

JOSEP MARIA FONTANELLAS MORELL
Universitat de Lleida

I. INTRODUCCIÓN

El 16 de marzo de 2011, la Comisión Europea hizo públicas la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico-matrimoniales (PRREM)¹, y la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (PREPUR)²; iniciativas que tienen la intención de unificar el DIPr de los Estados de la Unión Europea en dos parcelas del Derecho de familia, la del régimen de bienes del matrimonio y la de las consecuencias patrimoniales de las uniones *more uxorio*, en las que las regulaciones materiales y conflictuales de los distintos países comunitarios presentan diferencias particularmente significativas³.

¹ La Propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales se halla en el Documento COM(2011) 126 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF>).

² La Propuesta de Reglamento concerniente a las uniones registradas figura en el Documento COM(2011) 127 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:ES:PDF>).

³ Para percatarse de ello basta consultar el «Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne», que, a requerimiento de la Comisión Europea, ha realizado el *Consortium Asser-UCL*, una *Association momentanée* integrada por el *Asser Instituut* y la *Université catholique de Louvain* (http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf).

Ambas propuestas se inscriben en lo que se ha llamado la «comunitarización» del DIPr europeo⁴; proceso que, como es notorio, arranca con el Tratado de Ámsterdam, y que ha supuesto que el dictado de buena parte de las reglas de nuestra disciplina haya pasado «de ser una competencia estatal, ejercida a través de normas internas o convencionales, a [ser] una competencia comunitaria, [ejercida] mediante actos de Derecho derivado»⁵. El resultado salta a la vista: en la última década, el ordenamiento español y el de los restantes Estados miembros de la Unión Europea se ha poblado de instrumentos comunitarios que, conjuntamente o por separado, han reglamentado todos los sectores del DIPr en muchas de las materias propias del Derecho privado. Cuando en un futuro próximo se conviertan en Derecho positivo, las normativas acerca de las relaciones patrimoniales de las parejas casadas y no casadas se sumarán a este repertorio de legislación europea tocante al DIPr, que, por tanto, será más amplio y completo.

Pese a ser muy cercano en el tiempo, el origen de las dos iniciativas comunitarias no es simultáneo, pues el Plan de Acción de Viena, de 1998, ya instaba a las instituciones europeas a explorar, en el plazo de cinco años, la viabilidad de «un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones»⁶; mientras que no fue hasta más tarde, con ocasión del Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo⁷, de 2000, que la agenda comunitaria incorporó el propósito de regular, a la par o al margen de los problemas de DIPr atinentes al régimen de bienes del matrimonio, «la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia ... de consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas»⁸. Luego, en el Programa de La Haya, de 2004, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a que, en 2006, presentara un «libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluy[er]a la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo»⁹, cosa que aquella hizo el 17 de julio de 2006, al dar a conocer un cuestionario que contenía preguntas sobre las relacio-

⁴ Entre la abundante bibliografía existente sobre la comunitarización del DIPr continental, *vid., per omnia*, A. BORRÁS, «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 285-318. Para una visión todavía más exhaustiva, *vid.* A. BORRÁS, «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *RCADI*, 317 (2005), pp. 313-536, singularmente, pp. 421-521.

⁵ A. BORRÁS, «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, LI (1999-2), p. 383.

⁶ Apartado 41, letra c), del «Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia», adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 [*DOCE*, C 19, 25 de enero de 1999, que, en internet, carece de versión española, la cual puede encontrarse en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0123\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0123(01):ES:HTML)].

⁷ Este Proyecto era fruto de la aprobación, por parte del Consejo Europeo en su sesión especial de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, del Principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, el cual había de erigirse en «piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión» (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00200-r1.es9.htm, hito núm. 33).

⁸ Apartado III, propuesta C, etapa 1.^a del mencionado «Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *DOCE*, C 12, 15 de enero de 2001, p. 8. *Vid.* también el apartado I, propuesta A, núm. 1 del mismo Proyecto, *DOCE*, C 12, 15 de enero de 2001, p. 3.

⁹ Apartado III, subapartado 3.4.2, de «El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», refrendado por el Consejo los días 4 y 5 de junio de 2004, *DOUE*, C 53, 3 de marzo de 2005, p. 13.

nes económicas derivadas de las uniones matrimoniales y sobre las surgidas de las uniones extramatrimoniales¹⁰. Las respuestas al mismo recibidas fueron objeto de un análisis valorativo en una Audiencia Pública, que tuvo lugar en Bruselas el 26 de septiembre de 2009¹¹. Poco después, a finales de 2009, dentro del Plan de Acción de Estocolmo, la Comisión Europea anunció su intención de presentar una «Propuesta de Reglamento relativo al conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, y de Reglamento sobre los efectos patrimoniales de la separación de las parejas a partir de otros tipos de unión»¹²; esto es, dos propuestas distintas, que son las que vieron la luz el 16 de marzo de 2011.

Los dos proyectos, que tienen una estructura simétrica, abordan sucesivamente la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones, documentos públicos y transacciones judiciales. Ahora bien, habida cuenta del espacio del que disponemos y de los destinatarios naturales de la revista en la que el trabajo se publica, nosotros, sin renunciar a un estudio global de ambas propuestas, para el que remitimos al lector a otro lugar¹³, nos limitaremos aquí a examinar la problemática de la ley aplicable; disociando, por un lado, la propia del régimen económico matrimonial [II] de, por el otro, la privativa de las uniones registradas [III]; a continuación, tras tratar someramente algunas de las cuestiones generales referentes a los conflictos de leyes [IV], acabaremos haciendo unas breves consideraciones finales [V].

II. LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Es por todos bien sabido que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, que configuran el régimen económico de su unión matrimonial, pueden ser gobernadas por los pactos que los esposos hayan concluido entre ellos en capitulaciones matrimoniales o, a falta de los mismos, por lo que subsidiariamente establezca la ley. Siguiendo este orden lógico de ideas, que da primacía a la autonomía privada y que solo acude a la normativa legal con carácter defectivo, vamos a repasar lo que prevé la Propuesta de Reglamento en cuanto a los regímenes matrimoniales¹⁴, centrándonos, primero, en el Derecho apli-

¹⁰ «Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo» [COM(2006) 400 final, de 17 de julio de 2006 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:ES:PDF>)].

¹¹ De las treinta y seis contribuciones hechas por autoridades públicas y entidades privadas (disponibles en http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/061130_en.htm), solamente una procede de nuestro país, la del Colegio de Registradores de España.

¹² «Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo» [COM(2010) 171 final, de 20 de abril de 2010 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:ES:PDF>, p. 21)].

¹³ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Una primera lectura de las propuestas de reglamentación comunitaria en materia de regímenes económico matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», en C. PARRA RODRÍGUEZ (ed.), *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, en prensa.

¹⁴ A pesar de no hacerlo *expressis verbis*, como la PREPUR, la PRREM excluye de su ámbito material de aplicación a las relaciones personales entre los esposos, como se infiere de la relación entre el primer punto del art. 1.1 de la Propuesta («El presente Reglamento se aplicará a los regímenes matrimoniales») y el art. 2.a) de la misma, que entiende el régimen económico matrimonial como el «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros» [COM(2011) 126 final, p. 18,

cable al régimen económico matrimonial paccionado [1], para, en segundo lugar, pasar revista a lo que la PRREM prescribe con respecto a la legislación rectora del régimen de bienes del matrimonio legal o supletorio [2].

1. El régimen económico matrimonial convenido

A la hora de articular consensualmente sus relaciones patrimoniales, los cónyuges pueden hacer uso de la autonomía material de la que gozan de diversas formas¹⁵, que van de la más simple, consistente en escoger un régimen económico de los contemplados por un ordenamiento cualquiera, que venga a reemplazar al que *ex lege* les correspondería de acuerdo con el derecho competente para regular la cuestión, a otras más complejas, basadas en la confección por parte de los consortes de un régimen *ad hoc*, ya sea estipulando directamente las cláusulas de sus capítulos matrimoniales, ya sea tomando disposiciones de uno o más regímenes legales y de uno o más ordenamientos jurídicos, ya sea combinando ambos procederes, siempre que lo pactado tenga coherencia y no atente contra las normas imperativas de la legislación disciplinadora de los efectos patrimoniales del matrimonio. Parece indudable que, en todas las hipótesis, para colmar las eventuales lagunas del contrato matrimonial y operar como marco legal de referencia del mismo habrá de recurrirse a la ley aplicable al régimen económico matrimonial, que se determinará de igual manera, tanto si los esposos lo han convenido como si no lo han hecho¹⁶.

Que no incluya reglas conflictuales específicas para el régimen acordado por los cónyuges o futuros cónyuges no significa que la Propuesta de Reglamento desatienda por entero este modo de ordenar las relaciones patrimoniales inherentes al matrimonio, dado que sí se cuida de pautar algún aspecto del negocio jurídico del que se valen los casados o los que van a casarse para organizar económicamente su unión: el contrato matrimonial¹⁷. De este contrato, que entre nosotros recibe usualmente la denominación de capitulaciones matrimoniales, la PRREM, en consonancia con lo que en su momento había decidido el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, hecho el 14 de marzo de 1978 (CLH78)¹⁸, solamente se interesa por las condiciones de forma, dejando fuera de su radio de acción la capacidad para celebrarlo, el fondo del mismo y su régimen de publicidad. En efecto, excluidas las cuestiones de capacidad del

cursivas nuestras]. El silencio de la PRREM para con el régimen matrimonial primario podría interpretarse como un ánimo de no comprenderlo, lo que se explicaría por la índole general y, frecuentemente, obligatoria de las normas que lo integran, que, a diferencia de lo que ocurre con el régimen secundario –el régimen económico matrimonial propiamente dicho–, imposibilita el juego de la autonomía de la voluntad en lo que a él concierne (CONSORTIUM ASSER-UCL, «Étude...», *op. cit.* en nota 3, p. 157); mas una mirada más atenta nos permite descubrir que es precisamente el carácter imperativo de tales reglas el que las hace entrar dentro de la esfera de influencia de la Propuesta, que las toma en consideración (art. 22 PRREM) en calidad de leyes de policía (*vid. infra*, apartado II.2).

¹⁵ Sumamente acertado es el enfoque de J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pp. 304-305.

¹⁶ Arts. 16 y 17 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 23-24 (*vid. infra*, II.2)].

¹⁷ El «contrato de matrimonio» es definido en el art. 2.b) PRREM como «todo acuerdo por el que los cónyuges estipulan sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros» [COM(2011) 126 final, p. 18].

¹⁸ A lo largo de este artículo, utilizaremos la versión castellana del Convenio, elaborada por los profesores A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2.ª ed., Madrid, 2008, pp. 201-206.

ámbito de aplicación del Proyecto comunitario¹⁹, igualmente queda al margen de su articulado el contenido de los capítulos, ya que no hay ningún precepto de la PRREM que lo tenga presente. En una apreciación apresurada, podría llegar a pensarse que este vacío normativo de la Propuesta europea obedece a que la regulación del fondo de los contratos matrimoniales se confía al Reglamento 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero no debe olvidarse que el Reglamento «Roma I» (RRI), además de desentenderse también de la capacidad contractual de las personas físicas²⁰, elimina de su campo de actuación «las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales»²¹. En lo que hace a la publicidad de las capitulaciones, la inaplicabilidad del venidero Reglamento se desprende tanto de la ausencia de disposición alguna que la contemple como del apartado 5.1 de la Exposición de Motivos, del considerando 13 y del art. 1.3.f) de la PRREM, los cuales dan a entender que esta deja de lado toda la temática registral²².

Estas carencias –incontrovertiblemente voluntarias– del Derecho institucional en la reglamentación de los contratos matrimoniales tendrán que ser forzosamente suplidas con la normativa conflictual de fuente estatal. De ahí que, en el sistema español de DIPr, la capacidad para otorgar capitulaciones habrá de seguir rigiéndose, *ex art. 9.1 Cc*, por el derecho nacional de cada uno de los estipulantes²³. En cuanto al contenido de los capítulos, continuaremos estando en manos del art. 9.3 del mismo cuerpo legal, regla que, como tuvimos oportunidad de poner de relieve en una publicación anterior²⁴, plantea serias dificultades exegéticas, que, a nuestro juicio, únicamente pueden superarse con la siguiente lectura: sirviéndose de una terminología que extrae del art. 11 Cc, el art. 9.3 aspira a regular el fondo de las capitulaciones matrimoniales con una norma de conflicto materialmente orientada compuesta por puntos de conexión alternativos, los cuales siendo adecuados para disciplinar la forma de los negocios jurídicos, lo son mucho menos para gobernar el contenido de los mismos, porque, si bien permiten validarlos con facilidad, pueden dar lugar en todos los demás aspectos que están supeditados a la *lex substantiae* a una sobrerregulación de ardua subsanación. En el supuesto de que dos o más de las leyes citadas en el art. 9.3 den sustancialmente por buenos los capítulos, debe individualizarse el derecho competente, para lo cual hay que partir de la premisa de que, una vez validado el contrato matrimonial, las soluciones validadoras ya no tienen por qué estar situadas en pie de igualdad, pudiendo, por tanto, prevalecer una de ellas sobre las restantes, idea que nos lleva a sostener que el derecho propio

¹⁹ Art. 1.3.a) PRREM [COM(2011) 126 final, p. 18].

²⁰ Art. 1.2.a) RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 21.ª ed., Madrid, 2011, p. 1298].

²¹ Inciso inicial del art. 1.2.c) RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en la nota anterior, pp. 1298-1299]. Al respecto, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, «La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (2009-1), pp. 120-124.

²² Este designio de la PRREM, de orillar las cuestiones registrales, aparece más nítido en el primero de los pasajes mencionados –el apartado 5.1 de la Exposición de Motivos–, en el que se advierte a las claras que «el funcionamiento del registro de la propiedad y los efectos de la inscripción o de la no inscripción en este registro» están excluidos del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento [COM(2011) 126 final, p. 6].

²³ En este sentido, véase, *ad exemplum*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12.ª ed., Granada, 2011, pp. 154-155.

²⁴ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código civil», en M. T. ARECES PIÑOL (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009, pp. 355-370.

de los efectos del matrimonio ha de ser el que ocupe esta posición preferente y el que se encargue, en consecuencia, de pautar el fondo de las capitulaciones matrimoniales. Ahora bien, si estas no resultan válidas con arreglo a la ley rectora de los efectos, pero sí lo son de conformidad con, como mínimo, dos de las otras leyes recogidas en el art. 9.3, tiene que fijarse un orden de prioridad, de suerte que, a nuestro parecer, primeramente debe observarse el ordenamiento nacional común y, en su defecto, el de la residencia habitual común. A falta de legislación compartida, si topan una de las leyes nacionales y una de las domiciliarias, aquella goza de primacía, mientras que si los derechos validadores son los dos nacionales o los dos de la residencia habitual, será el operador jurídico el que tendrá que decidir qué ley, por presentar los vínculos más estrechos con el matrimonio regulado contractualmente, ha de ser aplicada.

Queda la cuestión de la publicidad registral. Constituye un lugar común en nuestra doctrina el estimar que la ley reguladora del contenido de los capítulos matrimoniales es la que debe concretar la necesidad de que estos se inscriban o no en un registro público, por más que corresponda al derecho del país del registro la precisión de las modalidades de llevar a cabo la inscripción²⁵. Sin embargo, más acorde con la función de los asientos registrales de garantizar la eficacia frente a terceros de los contratos matrimoniales, se va abriendo paso la tesis de que, al menos cuando afecten a inmuebles, el acceso al registro de las capitulaciones lo controla la ley del Estado donde aquel se encuentre, sin perjuicio de que la oponibilidad de las mismas a terceros la tenga que perfilar el derecho del lugar de ubicación de los bienes²⁶. Esta teoría tiene la virtud de ir en la línea de la PRREM, que, en su art. 35.3, señala que la normativa del país de situación de un bien inmueble puede establecer que la ley aplicable al régimen económico matrimonial –convenido o no– sea inoponible frente a terceros cuando no se hayan observado las condiciones de publicidad registral que dicho Estado exige con respecto a los bienes raíces sitos en su territorio²⁷.

Volviendo a la faceta de los capítulos matrimoniales que sí aborda el proyecto de instrumento comunitario, la forma de los mismos, destacaremos que la regulación del art. 20, apartados 1 y 2, PRREM²⁸ viene a ser un remedo de la del art. 12 CLH78²⁹, puesto que tanto una como otra se componen de una norma de conflicto³⁰ y de una norma material de tenor prácticamente idéntico. Según la regla de colisión, la validez formal del pacto matrimonial se subordina alternativamente a la *lex causae* –o sea, la ley que rige el régimen de bienes del matrimonio– y a la *lex*

²⁵ *Vid.*, por todos, M. P. DIAGO DIAGO, «La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español», *BIMJ*, LXII (2008), p. 2779.

²⁶ Esta es la solución que, formulada unilateralmente –es decir, desde la perspectiva del Derecho español–, abonan J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO (*Derecho internacional privado*, 6.ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 424).

²⁷ El art. 35.3 PRREM, que nos remite al 35.2 («No obstante, el Derecho de un Estado miembro podrá prever que la ley aplicable al régimen económico matrimonial no pueda ser invocado por un cónyuge frente a un tercero cuando alguno de ellos tenga su residencia habitual sobre su territorio y no se hayan cumplido las condiciones de publicidad o de registro previstas en dicho Derecho, a menos que el tercero conociera o debiera conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial»), preceptúa: «El Derecho del Estado miembro en que esté situado el inmueble podrá prever una norma análoga a la prevista en el apartado 2 para las relaciones jurídicas entre el cónyuge y un tercero relativas a dicho inmueble» [COM(2011) 126 final, p. 29].

²⁸ COM(2011) 126 final, p. 24.

²⁹ A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, p. 203.

³⁰ Nótese la total similitud entre estas normas de conflicto y la del art. 11.1 RRI, que sujeta alternativamente la forma del contrato concluido entre presentes a la *lex contractus* y a la *lex loci celebrationis* [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1306].

loci actus –que en la Propuesta se identifica con la ley del Estado de redacción del contrato y en el Convenio con la ley del lugar de celebración del mismo–. De conformidad con la disposición de naturaleza sustantiva, las capitulaciones han de ser objeto, en todo caso, de un escrito fechado y firmado por ambos esposos. A los dos preceptos referidos, la PRREM añade, en sintonía con el Reglamento 1259/2010, «Roma III» (RRIII)³¹, un tercero, que fundamenta su razón de ser en el hecho de que numerosos códigos, como el español (art. 1327 Cc) o el alemán (§ 1410 BGB), reclaman que los capítulos matrimoniales consten en escritura pública. Para dar a esta circunstancia la importancia que merece, el art. 20.3 de la Propuesta ordena que se satisfagan los requisitos formales suplementarios que demande el derecho del país en el que los consortes tengan su residencia habitual en el momento del otorgamiento del contrato matrimonial³². Ni que decir tiene que este entramado normativo vendrá a reemplazar, en el sistema español de DIPr, la reglamentación que del tema proporciona actualmente el art. 11 del Código civil.

2. El régimen económico matrimonial legal

Cuando los cónyuges no han convenido sus relaciones patrimoniales o cuando las han pactado pero sus capitulaciones matrimoniales son ineficaces –o insuficientes– entra en juego el conjunto de disposiciones previstas legalmente con carácter supletorio por el ordenamiento competente para gobernar el régimen de bienes del matrimonio. Ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto que, más allá de introducir una norma de conflicto privativa de la forma del negocio capitular –el art. 20, recién analizado–, la Propuesta de Reglamento no hace ningún tipo de distinción entre el régimen matrimonial consensuado y el legal de cara a la determinación de la ley aplicable, de manera que uno y otro estarán sometidos a las mismas reglas, que pasamos a examinar a renglón seguido.

La primera característica a resaltar de la regulación conflictual de la PRREM, que esta comparte con los otros reglamentos y proyectos de reglamento comunitarios tocantes al sector del Derecho aplicable³³, es su alcance universal, gracias al cual la ley designada por el instrumento ha de ser observada aunque no sea la ley de un Estado miembro de la Unión³⁴, por lo que la normativa europea viene a sustituir a la que es de fuente autónoma. Un segundo rasgo distintivo de la Propuesta, mucho más significativo, es su acogimiento del sistema de unidad regulatoria, en el sentido de que será una sola la legislación que se aplique a la totalidad de los bienes conyugales, con independencia de su situación y de su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria³⁵. Dicha peculiaridad, en la que la PRREM coincide con la PRSUC³⁶, y que tiene como finalidad primordial eludir la fragmentación derivada de la concurrencia de diversos ordenamientos, ha sido puesta en cuestión por la doctri-

³¹ Art. 7.2 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1040].

³² COM(2011) 126 final, p. 25.

³³ Art. 3 del Reglamento 864/2007, «Roma II» (RRII), art. 2 RRI, y art. 4 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1363, 1299 y 1039]; así como el art. 25 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [(PRSUC): COM(2009) 154 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF, p. 24>)].

³⁴ Art. 21 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 25].

³⁵ Art. 15 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 23].

³⁶ Apartado 4.3 de la Exposición de Motivos de la PRSUC [COM(2009) 154 final, p. 6].

na alemana³⁷, que, apegada a la redacción vigente del *EGBGB*³⁸, hubiera preferido que no se cerraran la puertas a una aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes raíces para evitar problemas de adaptación con el estatuto sucesorio y el dominical regidos por la *lex rei sitae*. Aun cuando la apuesta de la PRREM por la unidad es inequívoca, hay que tener bien presente que la misma puede quebrarse por la acción de las normas materiales imperativas que un Estado miembro considere insoslayables para salvaguardar los intereses esenciales de su organización política, social o económica³⁹. Sobre cuáles pueden ser estas normas de obligado cumplimiento, la Exposición de Motivos de la Propuesta nos da una pista, pues incluye en tal categoría aquellas reglas –pertenecientes al régimen primario– destinadas a garantizar la protección de la vivienda familiar por parte del Estado en cuyo territorio esté radicada la misma⁴⁰. Como la intervención de tales disposiciones depende del DIPr estatal, el entrometimiento de este puede dar al traste no solo con la pretendida unidad legislativa, sino también con la anhelada armonía europea de soluciones.

Entrando en el estudio de las normas de colisión propiamente dichas, indicaremos que, para disciplinar las relaciones patrimoniales dimanantes del matrimonio, la Propuesta de Reglamento recurre, ante todo, a la voluntad de los casados o de los que van a casarse, porque reconoce a estos una autonomía conflictual limitada de opción⁴¹, que les permite escoger, en cualquier momento, como ley rectora de su régimen económico matrimonial la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, la ley del Estado de residencia habitual de uno de los consortes o futuros consortes al tiempo de la elección o la ley nacional de uno de los esposos o futuros esposos en el momento de la opción⁴². Por tanto, se ofrece a las partes un abanico de hasta cinco derechos elegibles: el de la residencia habitual conjunta, que ha de ser apreciada en un momento distinto del de la elección –porque, si no, esta solución sería absorbida por las dos siguientes–, el de la residencia habitual del marido al tiempo de la designación, el de la residencia habitual de la esposa en el momento de la selección, el de la nacionalidad del esposo al tiempo de la opción, y, por fin, el derecho nacional de la mujer *tempore electionis*. Son alternativas razonables, ya que, en todos los casos, remiten a ordenamientos estrechamente conectados con el matrimonio, como lo prueba el hecho de que diversas regulaciones como el art. 3.2 CLH78⁴³, el art. 54 de la Ley suiza de Derecho internacional privado (LSDIP)⁴⁴, el segundo inciso del art. 9.2 Cc⁴⁵ o el art. 30.1 de la Ley italiana de Derecho internacional privado (LIDIP)⁴⁶, las hayan recogido sin apenas variaciones. El principal interrogante que suscita

³⁷ D. MARTINY, «Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften», *IPRax* 31 (2011), p. 451.

³⁸ El art. 15.2.3 *EGBGB* autoriza a que «cuando se trate de inmuebles [los cónyuges elijan] el derecho del lugar de su situación» (J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, 1995, p. 18).

³⁹ Art. 22 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 25].

⁴⁰ Apartado 5.3 de la Exposición de Motivos de la PRREM [COM(2011) 126 final, p. 9].

⁴¹ Sobre esta modalidad de autonomía conflictual, *vid.* nuestra monografía, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 2010, pp. 202-208.

⁴² Art. 16 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 23].

⁴³ A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, p. 201.

⁴⁴ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, pp. 707-708.

⁴⁵ A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 928.

⁴⁶ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, pp. 939-940.

este precepto de la PRREM es el de cómo hay que entender su referencia a la *lex patriae* cuando uno o ambos cónyuges tienen más de un vínculo nacional. En la línea ya apuntada por algún experto⁴⁷, en nuestra opinión, que hemos basado en la jurisprudencia comunitaria⁴⁸ y que hemos defendido en un artículo dedicado a la *professio iuris* prevista en el art. 17 PRSUC⁴⁹, la solución a estas situaciones de doble o plurinacionalidad tiene que pasar por la igualdad de las nacionalidades implicadas, idea que trasladada a la cuestión que nos incumbe significa que la Propuesta, pese a no declararlo explícitamente, habilita a los consortes para seleccionar una cualquiera de las leyes nacionales que uno u otro ostenten.

Por mucho que el acuerdo por medio del cual los casados o los que van a estarlo eligen el derecho aplicable al régimen económico de su matrimonio tenga que ser, como es evidente, formal y sustancialmente⁵⁰ válido, la PRREM solamente se preocupa de los requisitos de forma, cuya observancia ha de verificarse con arreglo a los parámetros que antes hemos detallado a propósito de los capítulos matrimoniales: a saber, una norma de conflicto que, con carácter general, especifica dos soluciones validadoras alternativas —la *lex causae* y la *lex loci actus*—; una regla material, que pide que la elección sea expresa⁵¹ y figure en un documento escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges; y una norma de colisión especial, que establece que, si la ley del país de la residencia habitual común —no la ley del fondo o la del lugar de redacción del acto, como erróneamente proclama el considerando 24 de la Propuesta⁵²—, reivindica para el contrato de matrimonio —no para el *pactum de lege utenda*— condiciones formales adicionales, estas deberán respetarse⁵³.

En los supuestos en los cuales los esposos o los que van a serlo no han escogido el Derecho aplicable —o su elección deviene inválida o ineficaz—, la PRREM acude a una serie de conexiones objetivas, que, articuladas en casca-

⁴⁷ D. MARTINY, *op. cit.* en nota 37, p. 449.

⁴⁸ En resoluciones relativas a la libertad de establecimiento [Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992 (asunto C-369/90: *Micheletti c. Gobierno de Cantabria*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0369:ES:HTML>, apartados 10-11)], a la atribución de apellidos [Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2003 (asunto C-148/02: *García Avello c. État Belge*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0148:ES:HTML>, apartado 28)] y a la determinación de la competencia judicial [Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 (asunto C-168/08: *Hadadi c. Mesko*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0168:ES:HTML>, apartados 51-55)].

⁴⁹ J. M. FONTANELLAS MORELL, «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», *Dereito*, 20 (2011-2), pp. 101-102.

⁵⁰ Por analogía con la solución consagrada en el terreno contractual [art. 3.5 («La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13») en relación con el art. 10.1 («La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos») del RRI (A. BORRÁS *et al.* —ed.—, *op. cit.* en nota 20, pp. 1300 y 1306)], la validez del consentimiento emitido por los esposos o futuros esposos para escoger el derecho encargado de regular el régimen de bienes de su matrimonio no puede ser supervisada sino por la *lex electa*.

⁵¹ *Electio expressis verbis* que también reclaman el art. 7.1 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1040] y, mal que su traducción española sugiera lo contrario [COM(2009) 154 final, p. 21], el art. 17.2 PRSUC [vid. J. M. FONTANELLAS MORELL, «La forma de la designación de ley en la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones», *REDI*, LXIII (2011-2), pp. 123-144, por encima de todo, pp. 136-142].

⁵² COM(2011) 126 final, p. 16.

⁵³ Art. 19 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 24].

da, concuerdan grosso modo con las que incorporan el art. 4 CLH78⁵⁴, el art. 14 EGBGB⁵⁵ o el art. 54 LSDIP⁵⁶. Efectivamente, a falta de designación por parte de los cónyuges o futuros cónyuges de la ley rectora del régimen económico matrimonial, la Propuesta de Reglamento llama, para desempeñar tal cometido y por este orden, a la legislación de la primera residencia habitual común después de la celebración del matrimonio, a la de la nacionalidad compartida en el momento de contraer matrimonio –la cual no será aplicable si ambos consortes poseen más de una nacionalidad coincidente–, y a la del Estado con el que los cónyuges, atendidas todas las circunstancias del caso –singularmente, el lugar de celebración del matrimonio–, tengan conjuntamente una vinculación más estrecha⁵⁷. Las soluciones retenidas y su disposición merecen una valoración positiva. Para ser, desde la óptica española, plenamente conscientes de ello, hay que retroceder dos decenios y remontarse a los comentarios que generó en nuestra doctrina la reforma del art. 9.2 Cc, en 1990. En general, la reacción de nuestros autores fue ambivalente: por un lado, estimaron que la nueva redacción del precepto representaba un enorme avance respecto de la de 1974, que estaba aquejada de una patente inconstitucionalidad⁵⁸; por otro lado, consideraron que la reforma había sido una oportunidad perdida para acomodar nuestro sistema de DIPr a las tendencias más modernas de la ciencia conflictual. En particular, en el flamante art. 9.2 se detectaron dos graves deficiencias: la de no haber puesto la voluntad localizadora de los esposos como primera conexión, en contraste con otras normativas coetáneas, como el art. 15.2 EGBGB⁵⁹ o el art. 52.1 LSDIP⁶⁰; y la de haber colocado como cláusula de cierre la ley del país de celebración del matrimonio, a despecho del componente a veces aleatorio y circunstancial del *locus matrimonii*⁶¹. La regulación ideal que nuestros especialistas tenían in mente era una que, jerárquicamente, estipulara que los efectos del matrimonio debían regirse, primero, por el derecho elegido por los consortes de entre los correspondientes a la residencia habitual o a la nacionalidad de uno u otro; en segundo término, por el derecho nacional común al tiempo de contraer matrimonio; en tercer lugar, por el derecho de la residencia compartida por la pareja con inmediata posterioridad al matrimonio, y, en última instancia, por el derecho con el que la unión matrimonial estuviera más íntimamente vinculado. Si cotejamos este esquema de soluciones con el acogido por la Propuesta, nos percatamos de que, entre ambos, hay una gran coincidencia, ya que únicamente difieren en la inversión de las conexiones segunda y tercera, que se explica por la preferencia que el Derecho conflictual comunitario

⁵⁴ A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, pp. 201-202.

⁵⁵ Lo mismo que en el art. 9.2 Cc, la nacionalidad común precede a la residencia habitual común en la norma de conflicto alemana (J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, p. 17).

⁵⁶ En Suiza, la solución conclusiva es la *lex fori* (J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, pp. 707-708).

⁵⁷ Art. 17 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 23-24].

⁵⁸ Sancionada formalmente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/2002, de 14 de febrero (*Westlaw*, RTC 2002\39); sobre la misma, E. RODRÍGUEZ PINEAU, «La inconstitucionalidad del artículo 9.2 Cc de 1974 (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)», *REDI*, LIV (2002-1), pp. 243-254.

⁵⁹ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, p. 18.

⁶⁰ J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.* en nota 38, p. 707.

⁶¹ Al respecto, *vid.*, por todos, A. BORRÁS, «No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español», *ADC*, XLIV (1991), pp. 237-239.

de la familia⁶² y de las sucesiones⁶³ concede a la residencia habitual como elemento conectivo personal, en detrimento de la nacionalidad tan presente en nuestro DIPr de origen estatal.

El postrer aspecto que queremos tratar con relación a los regímenes matrimoniales es el del cambio de la ley aplicable a los mismos. Es una cuestión clásica, que, durante la elaboración del CLH78, fue la más apasionadamente discutida⁶⁴, alcanzándose al final un compromiso⁶⁵, en el que parcialmente se ha inspirado la Propuesta de Reglamento. En síntesis, la fórmula adoptada por la PRREM consta de dos reglas básicas: uno, no cabe la mutación automática del derecho aplicable por la mera modificación de las circunstancias personales –residencia o nacionalidad– de las cuales depende la legislación objetivamente competente⁶⁶; dos, es factible, por el contrario, la alteración voluntaria de la ley aplicable, siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados por la Propuesta y se eviten los efectos indeseados que sean resultado de la variación. En este sentido, el proyecto comunitario⁶⁷ solo accede a que los cónyuges elijan, para el futuro, como derecho disciplinador de sus relaciones patrimoniales el del Estado de la residencia habitual o el de la nacionalidad de cada uno de ellos en el momento de la elección. Si, en cambio, los consortes deciden que la *designatio iuris* tenga eficacia retroactiva, la nueva ley nunca puede afectar a los actos válidamente realizados al amparo de la antigua ley ni perjudicar a los derechos de terceros que sean producto de la situación anterior. Por lo que atañe a las condiciones formales de la renovación de la normativa rectora del régimen de bienes del matrimonio, al no ser la misma más que un ejercicio de autonomía conflictual, su forma se ajustará a las pautas ya vistas al estudiar la conexión subjetiva⁶⁸.

III. LEY APLICABLE A LAS UNIONES REGISTRADAS

El paralelismo que, a lo largo de todo su articulado, muestran las dos Propuestas de Reglamento –la PRREM y la PREPUR– que monopolizan nuestra atención, se trunca en el capítulo III –el concerniente a la ley aplicable– de cada una de ellas, porque, como comprobaremos, en materia de uniones *more uxorio*, a diferencia de lo que acontece con los regímenes económico-matrimoniales, la regulación es de una absoluta simplicidad. El motivo es

⁶² En ausencia de designación de ley, el art. 8 RRIII solamente acude a la ley de la nacionalidad común, para regular el divorcio y la separación judicial, cuando no hay, ni ha habido menos de un año antes de la demanda, residencia habitual compartida, residencia que, en la segunda de las hipótesis, uno de los cónyuges aún tiene que mantener [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1041].

⁶³ La PRSUC toma como conexión prioritaria la última residencia del causante (art. 16) y solo da entrada a la nacionalidad a través de la profesión de ley (art. 17) [COM(2009) 154 final, p. 21].

⁶⁴ A. E. VON OVERBECK, «Rapport explicatif/Explanatory Report», *Actes et documents de la Conférence de La Haye de droit international privé, Treizième session*, tomo II, *Régimes matrimoniaux*, La Haye, 1978, p. 344, núm. 69.

⁶⁵ Arts. 6-8 CLH78 (A. BORRÁS/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 18, pp. 202-203).

⁶⁶ Apartado 5.3 de la Exposición de Motivos y considerando 23 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 9 y 16, respectivamente].

⁶⁷ Art. 18 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 24].

⁶⁸ Los requisitos reseñados en el art. 19 PRREM, analizados más arriba en este mismo apartado.

que, en el tema que ahora nos interesa, el decisivo debate –previo– es el de la concreción del ámbito material de aplicación del venidero instrumento comunitario. Dado que dice que este «se aplicará a los aspectos patrimoniales de las uniones registradas»⁶⁹, la PREPUR efectúa una doble delimitación del campo de actuación *ratione materiae* del futuro Reglamento. Por una parte, abarca los efectos patrimoniales –dejando al margen, como también hace la PRREM, los efectos personales⁷⁰– de la unión extramatrimonial, pero no la constitución de la misma –más allá de exigir que esté registrada–, ni tampoco las causas de su extinción, aunque sí comprende su liquidación como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus integrantes⁷¹. Por otra parte, la Propuesta solo tiene en cuenta las uniones registradas⁷², excluyendo de su radio de acción no únicamente a las uniones fácticas o de hecho, o sea, a las no reguladas, sino asimismo a las reguladas pero no registradas. Para España, país en el que coexisten tantos modelos convivenciales reconocidos por la ley⁷³, el corolario de esta segunda aserción es fácil de colegir: solamente aquellas uniones *more uxorio* nacidas a partir de normativas, como la de Baleares⁷⁴ o la del País Vasco⁷⁵, en las que la inscripción en un registro público es un requisito constitutivo, podrán subsumirse en el supuesto de hecho de la norma de conflicto prevista por la PREPUR; mientras que, modalidades de unión estable de pareja, como la catalana –en la que la unión puede derivarse de una convivencia de al menos dos años, de la tenencia de un hijo en común o de la formalización de la relación en escritura pública, sin necesidad de inscripción registral constitutiva–⁷⁶, quedarán, a nuestro juicio, fuera del Reglamento⁷⁷.

Una vez definido el objeto de regulación –las uniones registradas–, las directrices conflictuales son lacónicas. En primer lugar, una de ellas estatuye el carácter universal de la ley declarada competente por el instrumento comunitario, la cual, por tanto, se aplicará aun cuando sea la de un Estado no

⁶⁹ Primer inciso del art. 1.1 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 17], la cual, en su art. 2.a), define tales efectos como el «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada, entre sí y con respecto a terceros, que resulten directamente del vínculo creado por el registro de la unión» [COM(2011) 127 final, p. 18].

⁷⁰ Apartado 5.1 de la Exposición de Motivos y art. 1.3.a) PREPUR [COM(2011) 127 final, pp. 6 y 18, respectivamente].

⁷¹ Apartado 5.1 de la Exposición de Motivos y considerando 11 PREPUR [COM(2011) 127 final, pp. 6 y 14, respectivamente].

⁷² La Propuesta emplea un concepto autónomo de «unión registrada», que es definida, en el art. 2.b), como el «régimen de vida en común entre dos personas contemplado por la ley y registrado por una autoridad pública» [COM(2011) 127 final, p. 18]. Corresponde al Derecho de cada Estado miembro determinar el contenido de las uniones registradas [segunda frase del considerando 10 PREPUR, COM(2011) 127 final, p. 14].

⁷³ Todas las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de Derecho civil han dictado su Ley de uniones de pareja, y las restantes, con la salvedad de La Rioja y Murcia, han promulgado normativas de carácter público-administrativo.

⁷⁴ Art. 1.2 *in fine* de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (BOIB, núm. 156, de 29 de diciembre de 2001, p. 21090).

⁷⁵ Art. 3.1 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOPV, núm. 100, de 23 de mayo de 2003, p. 9185).

⁷⁶ Art. 234-1 del Código civil de Cataluña, integrado en el Libro II de dicho cuerpo legal, promulgado por Ley 25/2010, de 29 de julio (DOGC, núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, p. 61224).

⁷⁷ La existencia de registros, mayormente municipales, con fines puramente informativos no empece para nada lo dicho sobre la inaplicabilidad del Reglamento a las uniones no registradas constitutivamente.

miembro de la Unión Europea⁷⁸. En segundo término, la que, en puridad, es la norma de colisión decreta que el derecho aplicable sea el del país del registro de la unión⁷⁹; solución que, a la vista del patrón convivencial adoptado, es la más lógica y sencilla, y cuenta con el aval de legislaciones, como la alemana⁸⁰ o la belga⁸¹, que la han positivizado. Nos resta, por último, el art. 18.2 de la Propuesta de Reglamento, regla que, con reminiscencias del art. 27.2 PRSUC⁸², veta la intervención del orden público si el recurso a este correctivo se debe exclusivamente a que la *lex fori* desconoce esta forma de unión⁸³. En principio, podría parecer una disposición excesiva, pero la misma ha de ponerse en relación con el apartado 2 de los arts. 3 y 5 PREPUR, que posibilitan que, enfrentados a una demanda tocante a aspectos patrimoniales de una unión registrada, los tribunales de un Estado declinen la competencia, accesoria a una sucesión o fundada en la residencia habitual de una de las partes, de las dos o del demandado, si su derecho ignora dicha institución⁸⁴. Resulta coherente que el órgano jurisdiccional, que, cuando ha podido, no se ha declarado incompetente en un litigio referente a una figura extraña a su ordenamiento jurídico, no pueda luego, en una segunda oportunidad, apelar al orden público para evitar pronunciarse sobre la base de una legislación extranjera ajena a sus valores esenciales.

En el supuesto de que esta iniciativa legislativa comunitaria llegue a buen puerto, su circunscripción a las uniones registradas va a ser muy problemática para España por la conocida falta de regulación conflictual autónoma del fenómeno de la convivencia *more uxorio*. En efecto, carente hasta ahora nuestro sistema de DIPr de una norma de conflicto en la materia, lo que ha venido haciendo la doctrina ha sido teorizar acerca de cuál era la solución que mejor se amoldaba a la realidad jurídica española y verificar hasta qué punto la misma se reflejaba en las escasas decisiones judiciales sobre esta cuestión. Entre nuestros juristas, el primero en exponer una tesis fue el profesor SÁNCHEZ LORENZO, que muy tempranamente, cuando en nuestro país no había ninguna normativa orgánica sobre las uniones de hecho, propugnó que, a tenor de la situación reinante, caracterizada por la ausencia de una reglamentación sistemática y unitaria de las relaciones convivenciales y por la imposibilidad de acudir por analogía a las disposiciones matrimoniales al proscribirlo la jurisprudencia constitucional y civil, se optara por una regulación casuística a base de respuestas particulares, en función de la naturaleza y finalidad de cada pretensión jurídica formulada⁸⁵. Pese a la solidez de esta construcción, hace algunos años,

⁷⁸ Art. 16 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 23].

⁷⁹ Art. 15 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 23].

⁸⁰ Primer punto del art. 17.b EGBGB, introducido con la reforma de 16 de febrero de 2001 [A. LAMARCA MARQUÈS (dir.), *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Madrid, 2008, p. 534].

⁸¹ Art. 60 del Código belga de Derecho internacional privado, de 16 de julio de 2004 [RCDIP, 94 (2005), p. 169].

⁸² En su versión correcta (*vid.* J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 49, p. 125), dicho artículo impide que se recurra al orden público por el solo hecho de que haya disparidad legitimaria entre la *lex fori* y la *lex causae* [COM(2009) 154 final, p. 24].

⁸³ COM(2011) 127 final, p. 23.

⁸⁴ COM(2011) 127 final, pp. 19 y 20.

⁸⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, XLI (1989-2), pp. 487-531, en especial, pp. 511 y 528-529. Este criterio, apadrinado en su momento por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS («Derecho de familia. El matrimonio», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, 1996, p. 293), es, en la actualidad, preconizado por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.* en nota 26, pp. 428-430.

tuvimos ocasión de contribuir al debate con un trabajo⁸⁶, en el que, a partir de la intención del Parlamento de Cataluña de legislar sobre las uniones de hecho, entendidas como una institución más del Derecho de familia, creímos que era pertinente un cambio de enfoque que, a nuestro modo de ver, había de pasar por que el núcleo de cuestiones esenciales de las parejas no casadas –creación, efectos *inter partes* y respecto de terceros y disolución– se rigieran por una sola ley, la cual, habida cuenta de los principios inspiradores del sistema español de DIPr –en cuanto al estatuto personal *lato sensu*, el de la nacionalidad–, no podía ser otra que la ley nacional común de los convivientes (art. 9.1 Cc) y, subsidiariamente, la de su residencia habitual común (art. 9.10 Cc). Desde entonces, nuestro punto de vista ha sumado adhesiones⁸⁷, han aparecido y desaparecido normas autonómicas de dudoso encaje constitucional⁸⁸, la jurisprudencia se ha pronunciado con poco rigor⁸⁹, pero pensamos que, hoy por hoy, la discusión está en los términos en los que estaba hace más de una década; y, según parece, la Unión Europea no vendrá a zanjarla o, al menos, no por entero. Un par de vías de actuación se nos antojan practicables: por un lado, que los órganos legislativos de los territorios con competencia en materia de Derecho civil adapten –cuando sea necesario– sus leyes referentes a las uniones extra-matrimoniales, exigiendo en todos los casos la inscripción registral constitutiva de las mismas; por el otro, que las Cortes Generales doten a nuestro DIPr estatal de una norma de conflicto para las uniones *more uxorio*, apta para entrar en liza cuando el venidero Reglamento europeo no resulte aplicable.

IV. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL DERECHO APLICABLE

En este apartado, vamos a abordar brevemente tres problemas de la parte general de nuestra disciplina, que, con mayor o menor visibilidad, aparecen en ambas Propuestas de Reglamento. El primero es el reenvío, al que, como es tradicional en los instrumentos o proyectos de instrumento comunitarios⁹⁰, no se otorga ningún papel⁹¹. En contraste con lo que ocurrirá en otros domi-

⁸⁶ J. M. FONTANELLAS MORELL, «Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el dret internacional privat espanyol», en J. M. MARTINELL/M. T. ARECES PIÑOL (ed.), *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, pp. 233-245.

⁸⁷ Vid. E. PÉREZ VERA, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», en A. L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ÁNGEL (ed.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 137; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004, p. 111.

⁸⁸ Con relación a los arts. 1.1 *in fine* y 20.2 de la Ley Catalana de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998, vid. C. González Beilfuss, «Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la Ley de parejas de hecho», *REDI*, L (1998-2), pp. 310-311.

⁸⁹ Con todo, una aplicación analógica de las reglas del matrimonio ha parecido imponerse en nuestras resoluciones judiciales: vid. las Sentencias de la AP de Navarra, de 12 de junio de 2002 (*Westlaw*, JUR 2002\201896), de la AP de Girona, de 2 de octubre de 2002 (*Westlaw*, AC 2002\1493), del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2007 (*Westlaw*, RJ 2007\4937), de la AP de Islas Baleares, de 27 de febrero de 2009 (*Westlaw*, JUR 2009\187553). Las dos primeras han sido comentadas por A. FONT I SEGURA, *REDI*, LV (2003-1), pp. 474-485, la segunda por R. ARENAS GARCÍA, *AEDIPr* IV (2004), pp. 678-684, y la tercera por C. VAQUERO LÓPEZ, *AEDIPr* VII (2007), pp. 1039-1041.

⁹⁰ Art. 24 RR II, art. 20 RRI y art. 11 RR III [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1369, 1308 y 1041]; igualmente, el art. 26 PRSUC [COM(2009) 154 final, p. 24].

⁹¹ Art. 24 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 25] y art. 19 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 24].

nios, como las sucesiones⁹² o, últimamente, el divorcio⁹³, en los que la operatividad del reenvío va a ser frenada en seco por los reglamentos europeos, en la esfera de los regímenes económico-matrimoniales y en la de las uniones estables de pareja no tenemos constancia del juego del reenvío y, por consiguiente, su exclusión no reportará sensibles novedades, fuera de ir dejando libre nuestro sistema conflictual de una institución tan perniciosa como prescindible⁹⁴.

Otro tema de interés es el de la remisión a ordenamientos plurilegislativos, en el que la PRREM⁹⁵ y la PREPUR⁹⁶ se alinean claramente con la regulación del RRIII⁹⁷, la cual contiene unas cláusulas para Estados no unificados, que, al contar con reglas de remisión directa e indirecta, supera los déficits hasta ahora detectados en los instrumentos en vigor⁹⁸ o en preparación⁹⁹, en los que solamente se recogen pautas de remisión directa, que, si bien pueden bastar en conflictos espaciales resueltos por normas de conflicto que utilizan puntos de conexión territoriales, son inservibles ante conflictos interpersonales o interterritoriales basados en la conexión nacionalidad. Afortunadamente, el legislador comunitario ha advertido las insuficiencias de los redactados anteriores y ha optado, en las dos Propuestas de Reglamento, por un sistema de remisión completo.

Finalmente, queda la controvertida cuestión de la aplicabilidad de los reglamentos a los conflictos internos. El otro país europeo con estos problemas –el Reino Unido– ha adoptado disposiciones que expresamente han irradiado los instrumentos comunitarios a los conflictos domésticos¹⁰⁰. En España, empero, no se ha hecho nada, y nuestros autores están divididos en torno a si los reglamentos son directamente aplicables a los conflictos interregionales: frente a aquéllos que abogan por una interpretación dinámica del art. 16 Cc, que obligaría a observar en los conflictos internos las normas que efectivamente resuelven los conflictos de leyes internacionales, sean de la procedencia que sean¹⁰¹, hay otros tratadistas, que, atendiendo a la diversidad de principios que informan el DIPr y el Derecho interregional, respaldan la autonomía de este último a la hora de arbitrar soluciones que solventen los conflictos internos, soluciones que no forzosamente habrían de ser las con-

⁹² La reciente jurisprudencia sucesoria dimana de la célebre Sentencia *Lowenthal*, del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1996 (*Westlaw*, RJ 1996(8212); anotada por E. RODRÍGUEZ PINEAU, *REDI*, XLIX (1997-1), pp. 264-268.

⁹³ Desde hace tres años, el reenvío ha venido incidiendo en divorcios de argentinos domiciliados en España. El primer caso lo juzgó la AP de Gipuzkoa, el 11 de abril de 2008; *REDI*, LX (2008-2), pp. 617-620, nota nuestra.

⁹⁴ Extremadamente crítico con el reenvío se muestra S. SÁNCHEZ LORENZO, «Ámbito del reenvío en la determinación de la ley aplicable a la sucesión hereditaria», *AEDIPr*, IV (2004), pp. 1144-1146.

⁹⁵ Art. 25 PRREM [COM(2011) 126 final, pp. 25-26].

⁹⁶ Art. 20 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 24].

⁹⁷ Art. 14 RRIII [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, p. 1042].

⁹⁸ Art. 25.1 RRII y art. 22.1 RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1369 y 1309].

⁹⁹ Art. 28.1 PRSUC [COM(2009) 154 final, p. 24].

¹⁰⁰ Es lo que ha hecho, por ejemplo, en lo que concierne al RRII [*The Law Applicable to Non-Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2008, Regulation 6* (<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/2986/regulation/6/made>)].

¹⁰¹ La más señalada valedora de una aplicación inmediata de los instrumentos comunitarios a los litigios interregionales es A. BORRÁS, «Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?», *RJC*, CIX (2010-4), pp. 61-62.

vencionales o institucionales propias del tráfico externo¹⁰². En este contexto, ¿cómo cabe interpretar que, a diferencia de los instrumentos comunitarios vigentes o en curso de estarlo¹⁰³ –que precisan que los Estados miembros de la Unión Europea no están compelidos a aplicar los reglamentos al tráfico interno–, las dos Propuestas examinadas no incluyan una cláusula de esta índole?¹⁰⁴ Si el silencio de la PRREM y la PREPUR se entendiera como una anuencia a que dichos instrumentos se proyectaran a los conflictos de Derecho interregional, sería una bendición que desde Bruselas nos encauzaran lo que aquí somos incapaces de arreglar, pero probablemente la laguna denunciada es un olvido, que se corregirá en el texto definitivo. De ser así, en nuestro país volveremos por donde solemos: a vivir en la indigencia normativa, que hace todavía más difícil la aplicación de reglas ya de por sí complejas como son las encargadas de dirimir los conflictos de leyes en el espacio.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las Propuestas de Reglamento dadas a conocer el pasado 16 de marzo de 2011 son, en buena medida, la culminación del propósito subyacente en la «comunitarización» del DIPr europeo de proveer a los Estados integrantes de la Unión de unas normas uniformes que englobaran todos los sectores de nuestra disciplina y cubrieran las partes primordiales del Derecho privado. En este sentido, las dos iniciativas estudiadas en estas páginas representan un paso decisivo para completar la regulación internacionalprivatística de la Comunidad en el terreno del Derecho de familia. Sin embargo, se trata de proyectos muy distintos, que pueden sufrir una suerte dispar en las negociaciones en ciernes, ya que parece mucho más fácil consensuar el instrumento tocante a los regímenes matrimoniales –que afecta a una realidad supeditada a legislaciones diferentes pero comparables–, que el relativo a las uniones registradas –cuyo objeto no solo está subordinado a regulaciones inconciliables, sino que incluso es puesto en cuestión por algunos derechos nacionales–.

En lo correspondiente a la ley aplicable, que es de lo que nos hemos ocupado en este artículo, hay que decir que las soluciones sugeridas son muy razonables. En materia de regímenes económico-matrimoniales, las normas de conflicto inseridas en la PRREM, influidas decisivamente por el CLH78, responden, en lo fundamental, a las orientaciones dominantes en el DIPr europeo. Es más, desde una perspectiva española, las conexiones acogidas por la Propuesta son las que, desde 1990, ha venido reclamando nuestra mejor doctrina. El principal motivo de censura que hallamos en el texto proyectado es la parcial regulación del contrato de matrimonio, porque hubiera sido preferible un articulado más detallado que, además de pautar la forma de

¹⁰² Contrarios a una proyección mecánica de los reglamentos al tráfico interno son S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional», en sus *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 152-153; y A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 214-215.

¹⁰³ Art. 25.2 RRII, art. 22.2 RRI [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 20, pp. 1369 y 1309] y art. 28.2 PRSÚC [COM(2009) 154 final, p. 24].

¹⁰⁴ No hay ningún precepto que aluda al asunto, pero el considerando 26 PRREM [COM(2011) 126 final, p. 16] y el considerando 22 PREPUR [COM(2011) 127 final, p. 16] dejan entrever que las instancias comunitarias lo tienen presente.

las capitulaciones, rigiera también su fondo para evitar, en nuestro caso, tener que recurrir a un precepto de tan complicada exégesis como es el art. 9.3 Cc. Por lo que hace a las uniones *more uxorio*, ya se ha comentado que lo más discutible es el criterio escogido para perfilar el ámbito de aplicación material del instrumento, pues, una vez limitada la PREPUR a las uniones registradas, la solución retenida, observar el derecho del país del registro, es la más natural. Por último, están las reglas complementarias sobre cuestiones generales de los conflictos de leyes, en las que se han tomado decisiones –exclusión del reenvío, inclusión de normas de remisión directa e indirecta a ordenamientos plurilegislativos– que son acertadas. Desde un prisma estrictamente español, resta, no obstante, el problema de la proyección de los reglamentos comunitarios a los conflictos internos, tema sobre el que las dos Propuestas guardan un –involuntario– silencio, que –seguramente– el futuro Reglamento romperá, al incorporar una disposición al uso, que, de nuevo, dejará toda la responsabilidad en manos del legislador estatal, quien por ahora no parece haberse dado por enterado.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo y Comparado

ALEMANIA

Bibliografía (2011)

MARTIN EBERS*

I. PRINCIPIOS EUROPEOS, MARCO COMÚN DE REFERENCIA E INSTRUMENTO OPCIONAL

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (ed.): *Loan Contracts. Principles of European Law*, prepared by Denis Philippe, Sellier European Law Publishers, München 2011.

SCHULZE, Reiner-STUYCK, Jules (eds.): *Towards a European Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München 2011.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

BREUER, Marten: *Staatshaftung für judikatives Unrecht. Eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa- und Völkerrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

BRON, Christian, M.: *Rechtsangleichung des Privatrechts auf Ebene der Europäischen Union. Genese, Gestaltung und Vision*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

DRETTMANN, Anne-Kathrin: *Der Wettstreit der Rechtsordnungen. Law «Made in Germany» als Gütezeichen? Eine Untersuchung der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts im Vergleich zum englischen Recht am Beispiel von Handelsbräuchen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.

EHRBECK, Thorsten: *Umsetzung von Unionsrecht in föderalen Staaten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung von Kompetenzsystemen und Garantiemechanismen*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.

KÖNIG, Julia: *Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

LEMKE, SVENJA Kathrin: *Die Wirkung von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen im nationalen Recht der Mitgliedsstaaten*, Logos, Berlin, 2011.

MANGOLD, Anna K.: *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- MÖSLEIN, Florian: *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- NUSSER, Julian: *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte. Vorgaben für die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EuGrCh*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- RYBARZ, Jonas C.: *Billigkeitserwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- TWIGG-FLESNER, Christian-VILLALTA PUIG, Gonzalo (eds.): *Boundaries of Commercial and Trade Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y DERECHO DE CONSUMO

- ANDRÉS SANTOS, FRANCISCO JAVIER-BALDUS, CHRISTIAN-DEDEK, Helge (eds.): *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- BATTAFARANO, Laura: *Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsabtretung im deutschen und italienischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- CHRISTIANSEN, Ragnhild: *Effektive und effiziente Widerrufsrechte. Eine rechtsvergleichende Analyse der Umsetzung der Widerrufsrechte der Haustürwiderrufsrichtlinie und der Fernabsatzrichtlinie in Deutschland und England im Vergleich mit dem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, JWV, Jena, 2011.
- DÖLL, Yves: *Rückgewährstörungen beim Rücktritt. Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- HEß, Sebastian: *Rückabwicklung und Wertersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu jüngeren Entwicklungen im europäischen Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- JANKO, Markus: *Zur Anwendbarkeit verbraucherrechtlicher Vorschriften im Arbeitsverhältnis. Ein Beitrag zur Methode der Rechtsfindung unter Berücksichtigung der vertragstheoretischen Einordnung von Verbraucher- und Arbeitsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- KESSEL, Jenny: *Die Missbrauchsklausel der Zahlungsverzugsrichtlinie*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- KNAPP, Andreas: *Europarecht und Vertragsgestaltung*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- KOLMSEE, Bastian: *Die Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Dauerschuldverhältnissen*, Kovacs, Hamburg, 2011.
- KOSCHE, Kevin: *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law. Eine rechtsvergleichende, rechtshistorische und rechtsökonomische Analyse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- LEIN, Eva: *Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- RODORFF, Christian: *Die Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SALEWSKI, Sabrina: *Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

- SANDIDGE, Melanie: *Der Vorrang der Nacherfüllung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, US-amerikanischen und UN-Kaufrechts*, Kovacs, Hamburg, 2011.
- SCHMIDLIN, Bruno: *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht. Le contrat en droit civil européen*, Schulthess, Genève-Zürich-Bâle, 2011.
- SCHMIDT-MORSBACH, Susanne: *Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen, Eine Untersuchung über die Auswirkungen der Richtlinie 93/13 EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auf die Wirksamkeitsprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter besonderer Berücksichtigung von Versicherungsverträgen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- SEILSTORFER, Silvia Karolina: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Portugal mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- STOMPS, Andreas: *Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Eine Untersuchung des deutschen Rechts mit Bezügen zum englischen Recht und dem Draft Common Frame of Reference (DCFR) am Beispiel von Haftungsklauseln*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SULIJA, Gintautas: *Standard Contract Terms in Cross-Border Business Transactions. A Comparative Study from the Perspective of European Union Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- TAMM, Marina: *Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

IV. DERECHO DE DAÑOS-RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

- GLÖCKNER, Arno: *Zivilrechtliche Haftung für Links im World Wide Web in Deutschland und den nordischen Staaten*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- MEESSEN, Gero: *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht-Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- SCHRAGE, Philipp: *Der Schadensersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Die Gewähr des Schadensersatzes nach Inkrafttreten des «Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums»*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- SCHULZE, Reiner (ed.): *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

V. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- ADOMEIT, Klaus-MOHR, Jochen: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Kommentar zum AGG und zu anderen Diskriminierungsverboten*, 2. Auflage, Boorberg, Stuttgart, 2011.

- BAUER, Jobst-Hubertus-GÖPFERT, Burkard-KRIEGER, Steffen: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar*; 3. Aufl., CH Beck, München, 2011.
- BIESALSKI, Florian Bernd: *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie. Auswirkungen des AGG auf die Wohnraummiete*, Kovacs, Hamburg 2011.
- LIESKE, Steffen: *Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

VI. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- CALME, Sandie: *Der Eigentumsvorbehalt des deutschen und französischen Rechts im europäischen Kontext. Zugleich ein Beitrag zum internationalen Insolvenzrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- WESTRIK, Roel-VAN DER WEIDE, Jeroen (eds.): *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011

VII. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

- SCHLAGELAMBERS, Jana: *Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht*, V&R Unipress, Göttingen, 2011.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin-SCHUBMEHL, Silvan (eds.): *Lauterkeitsrecht in Europa. Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- WIEBKE GOLDHAMMER, Gesche: *Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungenrecht*, Kovacs, Hamburg, 2011.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BLEY, Florian: *Die zweite Instanz nach deutschem und englischem Zivilprozessrecht. Zugang und Prüfungsprogramm*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- CONTI, Natalia: *Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa. Eine Untersuchung der neuen EG-Unterhaltsverordnung*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- GARBER, Thomas: *Einstweiliger Rechtsschutz nach der EuGVVO. Die internationale Zuständigkeit für die Erlassung einstweiliger Maßnahmen und deren Anerkennung und Vollstreckung nach der EuGVVO*, BWV, Berlin, 2011.
- HARSÁGI, Viktória-KENGYEL, Miklós (eds.): *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- HUBER, Peter (ed.): *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- RAUSCHER, Thomas (ed.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: Rom I-VO, Rom II-VO*, Bearbeitung 2011, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

ESPAÑA

Legislación

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

L. 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011)

La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 (DO L 133, de 22 de mayo de 2008), relativa a los contratos de crédito al consumo, deroga la anterior Directiva 87/102 (art. 29) y, con el fin de reducir las diferencias que aun existían entre los Estados miembros y evitar distorsiones de la competencia, dota de un nuevo régimen jurídico a las operaciones de concesión de crédito al consumo, en especial por lo que se refiere a los mecanismos de protección al consumidor (EM 3 y 4 Dir. 2008/48). La directiva adopta un enfoque de armonización máxima que trata de asegurar una protección al consumidor equivalente en todos los Estados miembros y un auténtico mercado interior (EM 9 Dir. 2008/48). Como consecuencia, el legislador nacional no puede introducir disposiciones nacionales distintas a las armonizadas (art. 22.1 Dir. 2008/48). Pero la directiva no armoniza todos los aspectos de los contratos que regula, presenta expresamente distintas opciones o alternativas, y, además, excluye determinados contratos. En los ámbitos no cubiertos, los Estados miembros pueden mantener o introducir las normas nacionales que tengan por conveniente y, naturalmente, pueden extender a los contratos excluidos todo o parte del régimen jurídico previsto en la directiva (v. *gr.* EM 9, 10, 15, 17, 22, 25, 27, 30, 33, 47 Dir. 2008/48).

La transposición de la norma comunitaria ha tenido lugar en España mediante la L. 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio 2011) (DF 6.^a) y, a pesar de que la mayoría de Estados miembros ya habían promulgado sus respectivas normas entre 2009 y 2010, no se puede reprochar al Gobierno español una excesiva falta de puntualidad, si se tiene en cuenta que la fecha límite de 12 de mayo de 2010, que inicialmente fijaba el art. 27 de la Dir. 2008/48, fue luego modificada y sustituida por la de 10 de junio de 2011 (*vid.* corrección de errores, DOUE L 207, de 11 de agosto de 2009). La norma española entró en vigor a los tres meses de publicación en el BOE (el 25 de septiembre de 2011) y, además de derogar la anterior L. 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, y cuantas normas de igual o inferior rango se opongán a la misma (DD Única; DF 1.^a), también modifica los arts. 2 y 7.7 de la L. 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles y el art. 519 LEC (DF 2.^a y 3.^a).

La L. 16/2011 no tiene efectos retroactivos y no se aplica a los contratos de crédito en curso en la fecha de su entrada en vigor, pero, de acuerdo con lo previsto en el art. 30.2 Dir. 2008/48, determinados artículos son aplicables a los contratos de crédito de duración indefinida que hayan sido celebrados antes de esa fecha. Así, las previsiones relativas a la información de los arts. 18, 19 y 20.2 y 3, al derecho de las partes a poner fin a un contrato de crédito de duración indefinida (art. 27) y a la cesión de derechos (art. 31). Las entidades deben adaptar sus contratos a esas normas en el plazo de 12 meses

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de los Proyectos DER 2008-02325/JURI y 2009 SGR 221.

desde la entrada en vigor, entendiéndose que el cliente presta su consentimiento tácito si tres meses después de la recepción de la comunicación no se opone. Si lo hace, podrá resolver, sin coste alguno a su cargo, el contrato hasta entonces vigente (DT Única L. 16/2011).

Ámbito objetivo

La norma se aplica a los contratos en que el prestamista concede, o se compromete a conceder, a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (art. 1.1 L. 16/2011). Se deja así abierta la posibilidad de acoger cualquier técnica de concesión de crédito, incluso las que puedan aparecer en el futuro (EM 5 Dir. 2008/48; EM III, 2 L. 16/2011). En los contratos de crédito expresamente tipificados en los art. 3 y 4, la aplicación de la ley se excluye total o solo parcialmente. Así, no se aplica a los préstamos hipotecarios y, por el contrario, se aplica solo en parte a los contratos de crédito cuyo importe es superior a los 75.000 euros (ambos tipos de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la directiva). El pago periódico de prestaciones que son asimismo periódicas no implica concesión de crédito y, por tanto, tal supuesto no queda amparado por la norma (EM 12 Dir. 2008/48; art. 1.2 L. 16/2011).

Ámbito subjetivo

Los sujetos intervinientes son el consumidor y el prestamista (persona física o jurídica, sin ninguna de las limitaciones a que alude la EM 15 Dir. 2008/48) y, en su caso, el intermediario del crédito (art. 2). El consumidor se define como la persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Se restringe la definición del art. 3 TR-LGDCU, para adecuarla a la que proporciona la directiva (art. 3 a). Sin embargo, que las personas jurídicas no deban ser calificadas de consumidoras, de acuerdo con el derecho comunitario, no impedía extender la protección a las mismas (o a algunas de ellas), puesto que el carácter de máximos de la directiva no obsta para que el legislador nacional pueda adoptar disposiciones que tiendan a proteger a otros sujetos. Así, el § 512 BGB incluye entre los destinatarios de crédito a las personas físicas para el inicio de una actividad económica, en las condiciones establecidas en el precepto. La Dir. 2008/48 no extiende su protección a los prestadores de garantías (en relación con la Dir. 87/102, *vid.* STJCE *Berliner Kindl Brauerei*), a pesar de que inicialmente ese era el propósito [*vid.* art. 3 de la Propuesta de la Comisión del año 2002, COM (2002) 443 final].

Fase precontractual: publicidad, información, asesoramiento y análisis de la solvencia.

La directiva tiene por objeto asegurar que el consumidor recibe una información adecuada con el fin de que pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa (EM 19 Dir. 2008/48). Con esta finalidad, los arts. 4 y 5 regulan con detalle la información básica que debe figurar en la publicidad y en la información precontractual (forma interna) y la forma de proporcionarla (forma externa) y, en concreto, el art. 5.6 conmina a los Estados

miembros a que, si es necesario, se faciliten al consumidor informaciones personalizadas, de acuerdo con sus necesidades y su situación financiera, lo que, además de la explicación sobre las características esenciales del producto, debe incluir las consecuencias en caso de impago.

En relación con la publicidad, el art. 9 de la Ley 16/2011 transpone lo dispuesto en el citado art. 4.1, I Dir. 2008/48 y, en cuanto a los requisitos de transparencia («de forma clara, concisa y destacada»), todavía precisa más («letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado», art. 9.2 final). La información que detalla el precepto deberá incluirse siempre que la publicidad, anuncios u ofertas indiquen un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor. El precepto no recoge la excepción prevista en el art. 4.1, II y EM 18 final Dir. 2008/48 (art. 9.1). En concreto (art. 9.2), la publicidad deberá contener, mediante un ejemplo representativo, el tipo deudor (fijo o variable) y los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor; el importe total del crédito; la tasa anual equivalente (salvo el caso de los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto o que deban reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses); en su caso, la duración del contrato de crédito; y, en la hipótesis de créditos en forma de pagos aplazados de un bien o servicio, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos, así como, en su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de los pagos a plazos. Igual que el art. 4.3 Dir. 2008/48, el art. 9.3 L. 16/2011 permite condicionar la concesión de un crédito a la celebración de un servicio accesorio vinculado y, en particular, de un seguro, caso en el cual debe determinarse de antemano el coste del servicio; se admite, sin embargo, que eso puede no ser posible y entonces se exige advertir de la condición de forma clara y concisa. No aceptar ese servicio no solicitado puede suponer no poder contratar el crédito o, por lo menos, no en las condiciones ofrecidas (*vid.* la alternativa de contratar a un coste mayor, en el art. 10.1 k). La posible abusividad de la cláusula (art. 89.4 y 5 TR-LGDCU) vendrá dada por la falta de transparencia en la presentación de la oferta y, en su caso, por la contravención de las normas sobre derecho de la competencia (EM 18 y art. 4.4 Dir. 2008/48).

Diferente de la publicidad es la información precontractual que, de forma gratuita, debe suministrar el prestamista o intermediario de crédito (salvo en el supuesto previsto en el art. 7 Dir. 2008/48 y art. 13 L. 16/2011), en papel o en otro soporte duradero (art. 5.1 Dir. 2008/48; art. 7.1 L. 16/2011; valdría un página web que pudiera archivar). Esta debe contener las menciones normalizadas que figuran en el Anexo II de la ley española, que reproducen las que ya ilustra el Anexo II de la Dir. 2008/48 (luego levisísimamente modificado, en el punto 3, por corrección de errores publicado en el DOUE L 234, de 10 de septiembre de 2011) y que deben redactarse teniendo en cuenta, en su caso, los datos manifestados por el consumidor. Resumidamente, son las siguientes: el tipo de crédito, la identidad del prestamista o, en su caso, del intermediario; el importe total y las condiciones que rigen la disposición de fondos; la duración del contrato; el tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo; la tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, ilustrado mediante un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa; el importe, el número y periodicidad de los pagos; los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas; si existen, los gastos de notaría; si existen, los servicios accesorios y cómo su contratación o no afecta al coste del crédito; el tipo de interés de demora; las consecuencias en caso de impago; si procede, las garantías exigi-

das; la existencia o ausencia de derecho de desistimiento; el derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación; el derecho del consumidor a ser informado de forma inmediata y gratuita del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia; el derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito (salvo que en el momento de la solicitud el prestamista no esté dispuesto a celebrar el contrato de crédito con el consumidor); en su caso, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual. Según el art. 5 Dir. 2008/48, tal información debe ser conocida por el consumidor «con la debida antelación antes de que este asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito». Así lo recoge también el art. 10 pr. de la L. 16/2011 que, por tanto, no precisa qué se entiende por «debida antelación». El art. 8.1 L. 16/2011 añade que la oferta debe contener la información referida y que el prestamista debe mantenerla, salvo circunstancias extraordinarias, un plazo mínimo de 14 días naturales. Es una previsión que el legislador nacional puede adoptar en ausencia de norma comunitaria. El prestamista debe entregar la oferta de contrato con la citada información, «si el consumidor lo solicita» (y, se entiende, si el prestamista está dispuesto a celebrar el contrato, art. 10.8 L. 16/2011), pero el suministro de información *previa a cualquier oferta* no depende de que el consumidor la solicite y, por tanto, es un deber del prestamista (que, con todo, no le obliga a celebrar el contrato). La información precontractual sobre crédito al consumo debe presentarse por separado, aunque se proporcione al mismo tiempo que la oferta. Si ese es el caso, aquella se adjuntará a esta, sin necesidad de reproducir de nuevo en la oferta todas las menciones obligatorias y teniendo en cuenta que, naturalmente, la oferta puede contener cualquier otra mención adicional, libremente pactada entre las partes (art. 5.1 final Dir. 2008/48; art. 10.4 L. 16/2011). Con la introducción de un documento estándar de información precontractual la directiva pretende asegurar que, al menos en teoría, todos los consumidores de la Unión Europea son informados de la misma manera. El art. 6 Dir. 2008/48 establece información específica para, entre otros, los contratos de crédito con posibilidad de descubierto, según lo prevenido en el Anexo III de la Directiva. En la ley española, *vid.* art. 12 y Anexo III, respectivamente. Otras particularidades se refieren a la telefonía vocal y contratación a distancia (art. 5.2 y 3, 6.4 y 7 Dir. 2008/48; art. 10.6 y 7, 12.6 y 9 L. 16/2011). Si no se proporciona la información precontractual por quien resulta obligado a ello (están exentos los proveedores de bienes o servicios que solo actúan como intermediarios de crédito a título subsidiario), no es posible formalizar el contrato (art. 13.1 L. 16/2011), pero el art. 7 L. 16/2011 prevé, de un lado su anulabilidad y, de otro, su posible eficacia a través de la integración del contrato (solución posible solo si la hipótesis de partida es que la información se proporciona de manera incompleta).

Además, el prestamista deberá evaluar la solvencia del consumidor, según los datos que este le proporcione y, aunque no es obligatorio, según los que aquel pueda obtener mediante la consulta de ficheros de solvencia patrimonial (arts. 8, 9 Dir. 2008/48; EM III, 5 y arts. 14, 15 L. 16/2011). A estos últimos se refieren el art. 29 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y los art. 37-44 RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. Las medidas son conformes con lo establecido, para las entidades de crédito, en el art. 29 de la L. 2/2011, de 4 de marzo,

sobre economía sostenible. Se trata de medidas preventivas, que fomentan la concesión de crédito responsable, con la finalidad de evitar el sobreendeudamiento (EM 26, 27 Dir. 2008/48; EM III 4, 5 L. 16/2011). En España, existen ficheros privados de morosos y, además, la Circular número 3/1995, de 25 de septiembre, del Banco de España, obliga a las entidades bancarias a comunicar a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) el registro de todas las operaciones de crédito, prestamos o avales concedidos (riesgos) a partir de 6.000 euros. Ahora bien, puesto que la L. 16/2011 no impone obligatoriamente la consulta de esas bases de datos, ni, por otra parte, impide conceder cualquier crédito aunque las condiciones de solvencia no sean adecuadas, tampoco se pronuncia sobre la responsabilidad civil del prestamista. Sí que la contemplaba la propuesta de Directiva del año 2002 («las sanciones *podrán suponer* que pierda el derecho a cobrar intereses y gastos y que el consumidor mantenga el beneficio del pago fraccionado del importe total del crédito», art. 31.2) y ello era refrendado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE), en su dictamen de 17 de julio de 2003. Pero, finalmente, la Dir. 2008/48 solo exige que las sanciones que impongan los Estados miembros sean eficaces, proporcionadas y disuasorias (art. 23). En España, hay que remitirse al art. 5 e L. 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que impone sanciones administrativas si se infringe lo dispuesto en el art. 29.2 L. 2/2011, de economía sostenible, que, con todo, solo contiene un mandato al Ministerio de Economía para desarrollar normas que favorezcan una «adecuada atención a los ingresos de los consumidores» o la «obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante» (entre otras). Significativamente, el precepto añade que «todo ello se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela».

El contrato: forma interna y forma externa

El contrato de crédito se debe formalizar por escrito, entendiéndose por tal el que consta en papel o en otro soporte duradero, y debe contener una serie de menciones obligatorias (muchas de las cuales son reproducción de las que deben indicarse en la información precontractual), que se especifican con carácter general o específico para cierto tipos de contratos (arts. 10, 12, 18 Dir. 2008/48; arts. 16, 17, 20 L. 16/2011), con los requisitos de transparencia a que ya se ha aludido. La Directiva no regula las sanciones civiles que pueda merecer la infracción de la forma contractual. Sí lo hacía la Propuesta de directiva de 2002 que no estimaba desproporcionado (y sí eficaz y disuasorio) que los Estados miembros optaran por sancionar al empresario con la pérdida de (todo o parte de) los intereses. Así sucede también en otros países (Francia, art. L. 311-48 *Code consommation*). Otros, por el contrario, con un mayor o menor grado de concreción, optan por un sistema escalonado de sanciones (Alemania, § 494 BGB; Italia, art. 125-bis DLeg. n. 141, de 4 de septiembre de 2010). Ese es el caso también en España.

El art. 21 L. 16/2011 establece la anulabilidad si se incumple la forma a que se refiere el párrafo primero del art. 16 L. 16/2011, esto es, la forma

externa (forma escrita, letra legible y contraste de impresión adecuado) y también si, como prestación accesoria que no forma parte de la forma, se omite proporcionar una copia del contrato (art. 10.1 Dir. 2008/48; art. 16.1 L. 16/2011). La anulabilidad indica que solo puede solicitarla el consumidor, pero, aunque el texto hubiera optado por establecer la nulidad, la prohibición del abuso de derecho (art. 7.1 Cc) ya impediría solicitarla al propio autor de la infracción. El problema de la anulabilidad es que, para la fijación del *dies a quo* en el cómputo del plazo de impugnación, el art. 1301 Cc exige que el vicio haya cesado. En el contexto de los vicios de la forma escrita, ello exigiría subsanar el defecto y, naturalmente, en ese caso desaparecería ya toda posibilidad de impugnación. Además, supuesto que la prestación ya se hubiera comenzado a ejecutar, la anulación del contrato obligaría a la devolución total del préstamo y los intereses correspondientes, lo que pondría al consumidor en la alternativa de perder el beneficio del término o no denunciar las irregularidades formales. Nada excluye, sin embargo, que solo se anulen las cláusulas no negociadas que no sean transparentes (art. 80.1 b TR-LGDCU, «legibilidad»).

Si lo que se infringe es la forma interna y se omiten determinadas menciones obligatorias, el art. 21.2 y 3 L. 16/2011 prevé la integración legal del contrato. Así, si lo que se omite es la tasa anual equivalente, el consumidor solo deberá pagar el interés legal en los plazos convenidos (en detrimento de otra fórmula más contundente que estableciera que «se considerará que el crédito concedido está exento de intereses y gastos»); si lo que no consta es el importe de cada plazo, el consumidor se limitará a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos; si, finalmente, se omiten o se reflejan de manera inexacta el número y periodicidad en los pagos, entonces el consumidor no debe pagar antes de la finalización del contrato. Sorprende que no se contempla expresamente la integración legal para el caso de que la omisión se refiera al tipo de interés (y cabe recordar que, si existen otros gastos, ello no es obstáculo para que rija la L. 16/2011, ex art. 3 f). El art. 21.4 L. 16/2011 prevé una cláusula de cierre para el caso, no de omisión, sino de inexactitud de cualquiera de las menciones que obligatoriamente deben figurar en el contrato: se establece la «modulación» judicial «en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor», de las consecuencias a las que, para esos otros supuestos acabados de señalar, prevé el art. 21.2 y 3 L. 16/2011. La frase es desafortunada (¿qué se entiende por inexactitud? ¿es lógico que la de cualquier mención deba dar lugar a cualquiera de las consecuencias apuntadas?) y, además, no debería regir en el supuesto de inexactitud de los plazos de pago, puesto que entonces la sanción legal no admite modulación, según el art. 21.3, II L. 16/2011. No dice la ley qué sucede cuando otras menciones obligatorias, distintas de las previstas en el art. 21.2 y 3 L. 16/2011 (que solo se refieren a la tasa anual equivalente, al importe o al número o periodicidad de los pagos), no es que sean inexactas sino que directamente resultan omitidas (v. gr. el tipo de interés; la duración del contrato). Hubiera sido preferible establecer legalmente la inoponibilidad de lo no escrito (v. gr. intereses, garantías; gastos de mantenimiento de las cuentas corrientes; servicios accesorios; derecho a la compensación del prestamista; comisiones) y, además, prever otras soluciones que se adecuaran mejor al tipo de infracción cometida (v. gr. establecer legalmente la duración máxima del contrato, en caso de que resultara omitida o fuera inexacta tal mención; v. gr. se fija «30» sin precisar si son días, semanas, meses o años). Por otra parte, cabe entender que la posibilidad de recla-

mar daños por la infracción de un deber legal, *ex art.* 1258.3 Cc, siempre está presente, incluso cuando la solución sanatoria prevista en la ley no convenga al consumidor. Será así, por ejemplo, cuando la fijación legal subsidiaria de los intereses (solución que convendrá cuando se haya omitido el TAE) no sea tan atractiva como la previamente acordada con el prestamista y que este no hizo constar en el contrato.

Tampoco establece la L. 16/2011, qué sucede si el contrato contiene menciones obligatorias de las que previamente el consumidor no ha sido informado, aunque entonces acaso quepa recurrir al art. 7 que prevé (¿alternativamente?), la anulabilidad del contrato (inútil, si el consumidor ya ha dispuesto del préstamo y si, además, pierde el beneficio del plazo) o la integración judicial (art. 65 TR-LGDCU). En esta última hipótesis, hay que tener en cuenta que las cláusulas de las que el consumidor no tuvo conocimiento no pueden incorporarse en el contrato (art. 7 LCGC).

Información postcontractual y modificación del coste total del crédito

Los deberes de información del prestamista continúan durante el periodo de ejecución del contrato. En concreto, se refieren a los costes de amortización (art. 10.2 *i* y 10.3 Dir. 2008/48; art. 16.2 *i* y 16.3 L. 16/2011) y a la modificación del tipo deudor (art. 11 Dir. 2008/48; art. 18 L. 16/2011) y, en los contratos de crédito con posibilidad de descubierto y, en los descubiertos tácitos, a los extremos referidos, respectivamente, en los arts. 19 y 20.3 L. 16/2011. Merece destacarse el art. 20.4 L. 16/2011 que, para el caso de créditos concedidos en forma de descubierto tácito, prohíbe establecer una tasa anual equivalente que supere en 2,5 puntos el interés legal del dinero. La modificación del coste total del crédito (los gastos especificados en el art. 6 *a* L. 16/2011 y, por tanto, incluidos los de los servicios accesorios, como la póliza de seguros cuando sea obligatoria; *vid.* art. 3 *g* Dir. 2008/48) solo procede si existe mutuo acuerdo de las partes y en las condiciones establecidas en el art. 22 L. 16/2011. El precepto debe ponerse en relación con el art. 85.3 TR-LGDCU, sobre licitud de las cláusulas generales de modificación unilateral.

Derecho a poner fin a un contrato de duración indefinida/Derecho de desistimiento

De acuerdo con el art. 13 Dir. 2008/48, el art. 27 L. 16/2011 reconoce al consumidor el derecho a poner fin, de modo gratuito, a un contrato de crédito de duración indefinida. Ello puede realizarse en cualquier momento, sin que se requiera un procedimiento o una forma especial, salvo que se haya acordado un plazo de preaviso que no podrá ser superior a un mes. Si así lo han acordado las partes, el prestamista también tiene ese derecho, pero en ese caso debe notificarlo al consumidor en un plazo de dos meses como mínimo. La notificación, entonces, es formal: en papel u otro soporte duradero. Además, el contrato puede prever la facultad del prestamista de poner fin al derecho a disponer de cantidades con cargo al contrato de crédito de duración indefinida. Eso mismo recoge el art. 27.3 L. 16/2011 que, con todo, en el segundo inciso ya no se refiere a la terminación «del derecho» sino a la terminación «del contrato», que es algo que la norma comunitaria no contem-

pla. Efectivamente, las razones objetivamente justificadas de terminación del derecho del consumidor a disponer de cantidades no son necesarias para desistir unilateralmente del contrato. Aquellas son, por ejemplo, la sospecha de uso no autorizado o fraudulento del crédito o un aumento considerable del riesgo de no poder hacer frente al reembolso (EM 33 Dir. 2008/48). La privación del derecho a disponer debe preavisarse (en papel u otro soporte duradero) antes de adoptar la medida o inmediatamente después. No prevé la directiva, pero sí el art. 27.4 L. 16/2011, que si se hubiese suscrito un contrato de seguro accesorio del crédito, aquel se extinguirá al mismo tiempo que el contrato que este último y el consumidor tendrá derecho al reembolso de la parte de la prima del seguro no consumida.

El art. 14 Dir. 2008/48 introduce el derecho a desistir libremente en los contratos de crédito al consumo y el art. 28 L. 16/2011 lo transpone, excepto las opciones previstas en los párrafos 2, 6 y 7 del art. 14 Dir. 2008/48. De la lectura del precepto comunitario se deduce que ese derecho corresponde al consumidor en todo caso («El consumidor dispondrá [...]»), pero si se relaciona con el que regula la información precontractual en esa misma directiva, se ve que tal derecho puede no existir (art. 5.1 o Dir. 2008/48). Efectivamente, a ciertos contratos de crédito referidos en el art. 2 Dir. 2008/48, se les aplican selectivamente solo determinados preceptos de la directiva y entre ellos no se encuentra el art. 14. En ese contexto debe interpretarse también la ley española. A los contratos de crédito con posibilidad de descubierto, de descubierto tácito y los contratos en que el prestamista y el consumidor pueden establecer acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso en las circunstancias referidas en el art. 4.4, así como los contratos cuyo importe total sea superior a 75.000 euros, el art. 28 no resulta aplicable (art. 4). De ahí que el art. 16.2 p L. 16/2011 prevea que en la información precontractual se deba hacer constar «la existencia o ausencia del derecho de desistimiento». En todo caso, legalmente el derecho no queda excluido por el hecho de que el contrato se deba formalizar notarialmente, pues el legislador español no ha hecho uso de la opción que ofrecía el art. 14.6 Dir. 2008/48. Si el consumidor ha contratado el crédito al consumo a distancia o fuera de establecimiento comercial y tanto por razón del objeto como de la técnica utilizada la ley reconoce derecho a desistir, la regulación preferente (y excluyente) es la que viene establecida en la L. 16/2011, de crédito al consumo (art. 28.4). Esta regla las condiciones de ejercicio de ese derecho, el plazo (14 días), el *dies a quo* (la fecha de suscripción del contrato o la fecha en la que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información prevista en el art. 16) y la obligación del consumidor de devolver el capital desembolsado, más los intereses devengados entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, que se calculan sobre el tipo deudor (y no sobre el TAE), como máximo dentro de los treinta días naturales tras el envío de la notificación de desistir. El prestamista solo tiene derecho a reclamar al consumidor, adicionalmente, la compensación de los gastos no reembolsables abonados a la Administración Pública, de acuerdo con lo previsto en la directiva (art. 14.3 b). Se supone que ello se refiere a los pagos realizados a terceras personas que sean funcionarios públicos (a los notarios se refiere expresamente, para el derecho alemán, el *BT-Drucks* 16/11643, p. 83) o por tasas o tributos (v. gr. timbres de las letras de cambio). Naturalmente, si tales gastos los ha pagado el consumidor, los pierde. El desistimiento del contrato de crédito implica el del servicio accesorio prestado por un tercero en virtud de un previo acuerdo con el prestamista. Si se trata de un contrato

de seguro, el consumidor tiene derecho a la parte de prima no consumida. Si el seguro es de vida, rigen las normas sobre desistimiento del art. 83 a L. 50/1980, *en lo que resulte aplicable*. En consecuencia, cabe entender que aunque el consumidor no desista del contrato de crédito en esos 14 días, aún podrá desistir del de seguro en el plazo de 30 días si el contrato tiene una duración superior a seis meses. No resulta aplicable la excepción que prevé el precepto cuando excluye ciertos supuestos del derecho de desistimiento, porque ello sería contrario al art. 14.4 Dir. 2008/48.

La Dir. 2008/48 no introduce ninguna precisión sobre fijación del *dies a quo* o plazo máximo de ejercicio del derecho de desistimiento, en la hipótesis de que el prestamista omite informar al consumidor sobre el derecho. Tampoco lo hace la ley española. Ello permite plantear la duda de si puede aplicarse subsidiariamente el plazo máximo de tres meses del art. 71.3 TR-LGDCU (*ex art.* 68.3 TR-LGDCU y siempre que la expresión «*en su defecto*» no deba interpretarse como sinónimo de ausencia total de regulación específica). La respuesta debe ser negativa y la razón se encuentra en el carácter de máximos de la directiva que, en este punto, no contiene cláusulas que permitan a los estados miembros apartarse de la regulación europea. Claramente, la norma tiende a beneficiar al prestamista, que debe poder confiar en que, transcurridos 14 días a partir del momento indicado en la directiva, al consumidor ya no le será posible ejercer el derecho. El mantenimiento de ese plazo es, pues, condición necesaria para su ejercicio eficaz y cualquier prolongación (directa o indirecta) supondría una infracción de la norma europea. Es así, aunque el contrato de crédito al consumo se celebre fuera de establecimiento. Pero, en este caso, la inaplicabilidad del art. 110 TR-LGDCU (que, conforme con la doctrina del TSJCE *Heininger*, permitiría aplazar la fijación del *dies a quo* al momento efectivo en que se recibe el documento sobre el derecho a desistir) ya resulta directamente del art. 28.4 L. 16/2011.

Contratos vinculados

Existen contratos vinculados cuando el contrato de crédito al consumo sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o a la prestación de servicios específicos, de manera que ambos contratos constituyen una unidad comercial desde el punto de vista objetivo (art. 29.1 L. 16/2011). El art. 3 *n, ii* Dir. 2008/48 explica este último requisito: implica que sea el proveedor quien otorgue el crédito, o bien que exista colaboración o acuerdo entre el proveedor y el prestamista (aunque ya no «en exclusiva»; *cfr.* STJUE *Scarpelli*) para permitir al deudor la obtención del bien o servicio (art. 77 TR-LGDCU), o bien que en el contrato de crédito se haga constar que este sirve para la adquisición de un bien o servicio específico. Las vicisitudes del contrato de adquisición repercuten sobre el de crédito, de manera que si se desiste del primero (art. 29.2 L. 16/2011) o este es ineficaz por cualquier otra causa (art. 26.2 L. 16/2011) también se deja de estar obligado por este último. El art. 15.1 Dir. 2008/48 solo se refiere a los efectos sobre el contrato de crédito en virtud del desistimiento del contrato de adquisición, pero el legislador nacional tenía potestad para ampliar el supuesto de hecho a cualquier otra causa de ineficacia (EM 37 Dir. 2008/48). También la tenía para regular la terminación del contrato de adquisición o suministro de bienes en la hipótesis de que el consumidor desista del contrato de crédito (art. 28 L.

16/2011), porque esa materia tampoco está armonizada (EM 9 Dir. 2008/48). Sin embargo, no hay en la norma española ninguna disposición al respecto.

El consumidor también puede hacer valer frente al prestamista los remedios que le correspondan frente al proveedor en caso de incumplimiento, en las hipótesis del art. 29.3 a L. 16/2011 (no entrega o entrega parcial de los bienes, o entrega no conforme con el contrato). No se desarrolla el art. 15.2 Dir. 2008/48, que conminaba al legislador nacional a especificar en qué medida y con qué condiciones se puede ejercer ese derecho. De acuerdo con el art. 15.2 Dir. 2008/48, la responsabilidad del prestamista es subsidiaria, aunque cabía la posibilidad de imponer la solidaridad (*vid.* EM 38 y art. 15.3 Dir. 2008/48). Si, en esa misma hipótesis de contratos vinculados, el consumidor se hubiera obligado mediante la firma en letras de cambio o pagarés, el art. 24 L. 16/2011 (precepto no exigido por la directiva) también le permite ejercer frente al prestamista las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor. Cuando la ineficacia del contrato de suministro determine la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, los efectos son los previstos en el art. 23 (art. 26.2 L. 29/2011), en cuanto a indemnización por tenencia del bien, depreciación comercial o deterioro. El art. 23 (que no contempla el supuesto en que lo que se financia es un servicio) no debe su existencia a ningún precepto de la directiva y su regulación se ajusta al supuesto en que, existan o no dos contratos vinculados, el prestamista es el propio empresario que suministra los bienes. La EM 35 Dir. 2008/48 se refiere a la compra a plazos o el arrendamiento financiero con opción de compra.

La vinculación entre contratos de adquisición y crédito también se pone de manifiesto en la eficacia condicionada del primero a la obtención del segundo (sea o no aplicable el art. 29 L. 16/2011). La interdependencia determina que no existan obligaciones entre proveedor y consumidor hasta que este no obtenga la financiación. A ello se refiere el art. 26 L. 16/2011 (sin que ello venga impuesto por la directiva, EM 37 Dir. 2008/48), que también se ocupa de la nulidad de las cláusulas en que se establezca el pago al contado, pero que deja a salvo que se puedan negociar otras formas de pago. Debe acreditarse documentalmente la identidad del proveedor en el contrato de consumo y la del prestamista en el contrato de crédito.

Reembolso anticipado

La Directiva reconoce el derecho del consumidor a liquidar sus obligaciones antes de la fecha convenida en el contrato de crédito, esto es, al reembolso anticipado parcial o íntegro (EM 39 y art. 16 Dir. 2008/48). Lo regula el art. 30 L. 16/2011, que establece el derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito correspondiente a la duración del contrato que quede por transcurrir y añade, sin que ello venga establecido expresamente en la directiva, que esa disminución afecta también a los costes que ya se hayan pagado. Salvo en los supuestos previstos en el art. 30.3 L. 16/2011 (art. 16.3 Dir. 2008/48), el prestamista tiene derecho a una compensación «justificada objetivamente» por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado, pero solo si el reembolso se produce dentro de un periodo en el cual el tipo deudor es fijo. Debe ser, además, una compensación «justa», esto es, en el límite del 1% del importe del crédito reembolsado anticipadamente (si cuando se produce el reembolso al contrato le queda una duración superior a un año) o en el del 0,5 % (si su duración prevista es infe-

rior). Con todo, si el prestamista demuestra la existencia de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso, podrá reclamar excepcionalmente una compensación más elevada. El art. 30.4 L. 16/2011 se acoge, así, a la alternativa prevista en el art. 16.4 *b* Dir. 2008/48 y establece la forma de calcular la pérdida. Un ulterior límite viene fijado en el art. 30.5 L. 26/2011, en virtud del cual ninguna compensación puede exceder del importe del interés que el consumidor habría pagado durante el periodo de tiempo comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha pactada de finalización del contrato de crédito (art. 16.5 Dir. 2008/48).

Cesión del crédito y del contrato

El art. 17 Dir. 2008/48 está reproducido en el art. 31 L. 16/2011, que contempla la cesión del crédito y del contrato. En ambos casos, la cesión es eficaz sin necesidad de consentirla y no merma la posibilidad del consumidor de oponer al cesionario las mismas acciones y excepciones que tenía frente al cedente (prestamista), incluida la compensación. Es dudoso si, en relación con esta última, el art. 31 admite la aplicación subsidiaria del art. 1198.1 Cc, porque el consentimiento a la cesión del crédito implica una renuncia de derechos (a oponer la compensación) y ello estaría prohibido por el art. 5 L. 16/2011. En otro caso, esto es, si se entiende que puesto que la compensación puede ejercerse frente al cesionario «si está autorizada por los Estados miembros» (art. 17.1 Dir. 2008/48), ello implicaría también remisión a la regulación prevista en las normas nacionales, habría que tener en cuenta el art. 86.4 TR-LGCU, que para la validez de tal renuncia exigiría que esta no fuera objeto de una cláusula no negociada. Tanto el art. 17.2 Dir. 2008/48 como el art. 31.2 L. 16/2011 exigen informar al consumidor de la cesión (del crédito, del contrato), salvo que el prestamista inicial acuerde con el cesionario que frente al consumidor continuará prestando los servicios correspondientes al crédito (*v. gr.* cuando la cesión se efectúa exclusivamente a efectos de titulación). En ese caso, la EM 41 Dir. 2008/48 considera que la información sobre la cesión no tiene especial interés para el consumidor y, por tanto, en este punto entiende que es excesivo exigir ese deber a nivel comunitario. El contenido, la forma y el tipo de información que debe contener la notificación es algo cuya regulación se deja a los Estados miembros, pero la L. 16/2011 no lo desarrolla. Para las consecuencias de la falta de información o notificación de la cesión de crédito, deben estimarse aplicables los arts. 1527 y 1198.3 Cc. La EM 42 Dir. 2008/48 también alude a la posibilidad de establecer formas colectivas de información «cuando ello sea necesario en aras de la eficacia de operaciones complejas, tales como las titulaciones», que es algo que tampoco contempla la L. 16/2011.

Penalización por cobros indebidos

El art. 25 L. 16/2011, sin correspondencia en la directiva, impone al prestamista el deber de restituir las cantidades indebidamente cobradas al consumidor (comisiones, intereses), con los correspondientes intereses (el legal o el contractual si es más elevado). Además, se exige responsabilidad al prestamista si ha actuado con culpa o dolo: la cuantía de la indemnización por los daños causados no será inferior al interés legal (o al pactado en el contrato, si es superior) incrementado en cinco puntos.

Otras disposiciones

Se refieren al cálculo de la tasa anual equivalente (art. 19 Dir. 2008/48; art. 32 L. 26/2011), las obligaciones de los intermediarios de crédito (art. 21 Dir. 2008/48; art. 33 L. 16/2011), el régimen sancionador y el de impugnaciones (arts. 23-24 Dir. 2008/48; arts. 34-36 L. 16/2011).

ITALIA

Bibliografía

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO, BARBARA PASA

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (M. FACCIOLI *, M. TESCARO **, S. TROIANO ***)

AA. VV.: *Europa e diritto privato*, nn. 2 y 3, 2011. Número dedicado a diversas cuestiones de derecho privado europeo. Entre otras: la incidencia de los derechos fundamentales sobre la disciplina del contrato; el derecho de propiedad en la jurisprudencia del TJUE; los métodos y las tendencias del derecho privado en Europa; los contratos vinculados en el crédito al consumo.

ABAS, P.: «Un sistema misto ed il Common frame of reference», en *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 4, I, pp. 577 ss. El autor se apoya en el modelo que proporciona el derecho civil de Québec para desarrollar la tesis en virtud de la cual el estudio de los llamados sistemas jurídicos mixtos resulta fundamental para la construcción de un futuro derecho privado europeo.

BARCA, A.: *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, 2011. El autor contrasta el régimen jurídico del derecho de desistimiento en el Cc italiano y en el *Codice del Consumo*. Un último capítulo se dedica al derecho comparado.

DONZELLI, R.: *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011 / PALMIERI, A.: *La tutela collettiva dei consumatori*, Torino, 2011. El primero de los libros analiza los diversos aspectos de los que se ocupa el art. 140-bis del *Codice del Consumo*, en materia de acciones colectivas para la protección de los consumidores. El segundo, además, las acciones de cesación, con el objeto de procurar una reconstrucción unitaria del sistema.

GAROFALO, L. (a cura di): *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011. La publicación contiene las actas de un congreso que tuvo lugar en Venecia los días 16 a 18 de mayo de 2007 y contiene diversas contribuciones de juristas europeos. Entre ellos, T. DALLA MASSARA, sobre la aceptación del cumplimiento parcial; E. MOSCATI, en materia de deberes de protección; J.M. RAINER, en cuanto a la relación entre la jurisprudencia austríaca y alemana; B. ZÖCHLING-JUD, en tema de defectos de conformidad de poca importancia.

* Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

** Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

*** Professore ordinario di diritto privato. Università di Verona.

- MAUGERI, M.: «Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di "credito ai consumatori", en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, n. 10, pp. 463 ss. El artículo reflexiona sobre algunas de las modificaciones al decreto legislativo n. 141 del 2010 al Capítulo II del Título VI del texto único bancario, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2008/48/CE.
- PERUZZI, M.: *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, 2011. El autor analiza el paradigma de la «autonomía» en el contexto del diálogo social europeo, partiendo de una comparación entre el concepto de «autonomía colectiva», tal y como viene descrito en las teorías sobre las relaciones industriales, y el concepto de «governance», según la ciencia política, y desarrolla sus propios argumentos a la luz de las modificaciones realizadas en el Tratado de Lisboa, la jurisprudencia de los tribunales europeos y las intervenciones de las instituciones comunitarias
- PROSPERI, F.: «La cooperazione del creditore all'adempimento del debitore nel Draft of Common Frame of Reference (art. III.-1:104): un'occasione per qualche notazione di carattere sistematico», en *Rassegna di diritto civile*, 2011, n. 2, pp. 560 ss. Se trata de una análisis sobre el deber del acreedor de colaboración, según la regulación que proporciona el DCFR, que toma en consideración el derecho italiano, pero no exclusivamente.

II. DERECHO COMPARADO (BARBARA PASA)*

1. Libros:

- ANDREANI, Antonio: *Sistemi costituzionali comparati*, Cedam, Padova, 2011, pp. X-354, ISBN 978-88-13-31778-2.
- BRUNO, Anna Silvia, CAVINO, Massimo (a cura di): *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. VIII-208, ISBN 88-14-15700-6.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto costituzionale comparato*, Vol. I, 8.ª ed., Cedam, Padova, 2011, pp. XXVIII-720, ISBN 978-88-132-7926-4.
- GUZZETTA, Giovanni-SAVERIO MARINI, Francesco: *Diritto pubblico italiano ed europeo*, 3.ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. XXX-762, ISBN 978-88-348-1472-7.
- PEGORARO, Lucio-RINALDI, Fioravante-RINALDI, Massimo: *Diritto pubblico comparato. Itinerari di apprendimento e di verifica*, Giappichelli Torino, 2011, pp. VIII-188, ISBN 978-88-348-1952-4.
- TROCKER, Nicolò (directo da): *La formazione del diritto processuale europeo. Studi*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. XXII-406, ISBN 978-88-348-1672-1.
- WOELK, Jens-PALERMO, Francesco: *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 2011, pp. XII-368, ISBN: 978-88-13-31729-4.

* Professore Associato di Diritto Comparato. Università di Torino.

2. Direcciones de internet

a) CDCT, *Centro di Diritto Comparato e Transnazionale*: <http://www.cdct.it/>

Se trata de una iniciativa del Isaidat (*Istituto subalpino per l'analisi e l'insegnamento del diritto delle attività transnazionali*), que es miembro de la International Association of Legal Sciences / Association Internationale des Sciences Juridiques (<http://aisj-ials.org/index.htm>) y del cual ya se dio noticia en la crónica precedente, en colaboración con el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, y con la asociación «*Corridoi Atlantici*». El Centro propone desarrollar el debate científico transnacional y la formación y la investigación en el ámbito del derecho comparado y, con este fin, organiza seminarios, congresos y actividades formativas para los estudiantes y los jóvenes investigadores. Junto con el *Center for Transnational Legal Studies* de Londres se ha creado ya un programa de movilidad internacional. Para más información, véase la página web del CDCT, donde además se prevé acoger diversas publicaciones.

b) SIRD, *Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato*: <http://www.sirdcomp.it/>

La SIRD es una asociación constituida a finales de 2010, con la finalidad de promover la ciencia jurídica comparatista y la colaboración entre juristas italianos y extranjeros. La asociación (cuyos estatutos pueden leerse en el sitio web señalado) favorece la difusión del pensamiento comparatista italiano en el diálogo internacional, gracias a diversas actividades de cooperación, como seminarios y congresos; también convoca premios y becas de estudio, promueve las publicaciones, incluso traducciones de obras italianas a otras lenguas, así como facilita otros contactos entre los juristas interesados. Los miembros de la SIRD (sobre cómo devenir miembro, véanse los estatutos) tratan, entre otros, los siguientes temas: antropología jurídica, traducción jurídica, derecho europeo, metodología del derecho comparado, derecho fiscal comparado, derecho italo-japonés.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

Decreto legislativo 23 mayo 2011, n. 79

La norma aprueba el Código del turismo y transpone la Directiva 2008/122/CE, que trae consigo numerosas reformas en el Capítulo I, Título IV, del *Codice del consumo* en materia de contratos de multipropiedad, relativos a productos de vacaciones de larga duración, reventa e intercambio.

I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Nos encontramos nuevamente ante un período poco prolífero desde el punto de vista legislativo. El tema estrella continúa siendo la futura reforma del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, sobre el que continúa debatiendo la doctrina y sobre el que siguen apareciendo documentos de trabajo. El último es el Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, realizado por el ponente Tadeusz Zwiefka, sobre el que realizaré algún comentario. Por otro lado, El 11 de octubre del presente año, la Comisión presentó su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea {SEC(2011) 1165 final}{SEC(2011) 1166 final}, Bruselas, 11.10.2011 COM(2011) 635 final. A través de esta breve nota no pretendo dar cuenta del contenido de la normativa en sí, pues en puridad no correspondería a este epígrafe de la crónica, dado que la base jurídica de la iniciativa no es el art. 81 TFUE, sino el 114 TFUE relativo a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. La Propuesta no se enmarca, por tanto, en el ámbito del espacio judicial europeo, lo cual a priori sorprende y ya ha sido objeto de crítica por parte de los internacionalprivatistas. De hecho, el mismo día en que la Comisión publicó la Propuesta, los *blogs* especializados en Derecho internacional privado se hacían eco de la noticia (ver el breve comentario del Prof. Andrew Dickinson en *conflictsoflaws.net*, muy en la línea de lo que expongo a continuación). Lo que me propongo a través de estas líneas es poner de manifiesto la interacción entre una futura normativa común en materia de compraventa y las normas comunitarias de Derecho internacional privado, principalmente el Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) y el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II).

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramón Llull.

1. Proyecto de Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM(2010)0748 – C7 0433/2010 – 2010/0383(COD)), 28 de junio de 2011, Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Tadeusz Zwiefka

Respecto de la supresión del exequátur el PE considera, en contra de lo que propone la Comisión, que sigue siendo necesaria una excepción relativa al orden público sustantivo o procesal. La exclusión del orden sustantivo es incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados miembros y, en realidad, no concuerda con el hecho de que los Reglamentos Roma I y Roma II contengan excepciones relativas al orden público y disposiciones de policía. Los Estados miembros ante los que se incoen procedimientos tienen derecho a preservar sus valores fundamentales; por lo tanto, lo mismo debe aplicarse también a aquellos Estados miembros en los que se requiera la ejecución de una resolución. Tampoco es partidario de las excepciones propuestas por la comisión, relativas a obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, incluida la difamación, y las resoluciones relativas a acciones indemnizatorias colectivas que se refieran a la indemnización de los daños ocasionados por prácticas comerciales ilegales, en las que se cumplan determinadas condiciones.

En cuanto a la posible ampliación de las normas sobre competencia judicial a litigios en los que estén involucrados demandados domiciliados fuera de la UE, el ponente del PE apoya la opinión expresada ya en la Resolución del Parlamento relativa al Libro Verde, en la que exponía que dicha cuestión requiere amplias consultas y un debate político. En este punto, la introducción de este concepto en el Reglamento parece prematura.

Con relación a los acuerdos de elección de foro, el PE está de acuerdo con las modificaciones propuestas. Así, considera que el aumento de la eficacia de los acuerdos de elección de foro mediante la disposición de que el tribunal elegido por las partes para resolver su litigio siempre debe tener prioridad, independientemente de si se le ha sometido el asunto en primer o en segundo lugar, es una solución viable. El artículo 32, apartado 2, dispone que cuando un acuerdo contemplado en el artículo 23 confiriere competencia exclusiva a un tribunal o a los tribunales de un Estado miembro, los tribunales de otros Estados miembros no tendrán competencia alguna sobre el litigio hasta que el tribunal o los tribunales designados en el acuerdo se declaren incompetentes. Además, la disposición relativa a la litispendencia establecida en el artículo 29 del Reglamento propuesto debe entenderse, según dispone dicho artículo, sin perjuicio del artículo 32, apartado 2. El considerando 19 hace referencia a la necesidad de mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro «a fin de dar pleno efecto a la voluntad de las partes y de evitar las tácticas litigiosas abusivas», añadiendo posteriormente que «conviene pues que el presente Reglamento dé prioridad al tribunal designado en el acuerdo para decidir sobre su competencia, independientemente de si se le somete el asunto en primer o en segundo lugar». Además, el artículo 23, apartado 1, permite ahora la atribución de competencia al tribunal elegido, especificando que esto sucederá «a menos que el acuerdo fuere nulo y sin efecto jurídico en cuanto al fondo según el Derecho de dicho Estado miembro».

Finalmente el Parlamento Europeo y respecto de los convenios de arbitraje no apoya la propuesta de la Comisión pues considera el arbitraje está

regido satisfactoriamente por la Convención de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, de los que son parte todos los Estados miembros, por lo que debe conservarse la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento.

2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [SEC(2011) 1165 final] [SEC(2011) 1166 final], Bruselas, 11.10.2011 COM(2011) 635 final

La Propuesta parte de la premisa de que las diferencias que existen en los Estados miembros en lo que respecta al Derecho contractual suponen un obstáculo para los comerciantes y los consumidores que quieren emprender actividades de comercio transfronterizo en el mercado interior. Por ello, una unificación del Derecho contractual que incluye disposiciones protectoras del consumidor conseguirá mejorar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo. Este corpus uniforme ha de considerarse como un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros disponible para las transacciones transfronterizas previo acuerdo válido de las partes. Se trata, por tanto, de un instrumento opcional que solo será de aplicación en la medida en que las partes lo hayan elegido. Ahora bien, como señala el considerando 10 de la Propuesta: «El acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva aplicable con arreglo al Reglamento (CE) n.º 593/2008 o, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [Reglamento (CE) n.º 864/2007], o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes. Por tanto, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea no equivale a, ni debe confundirse con, la elección de la ley aplicable a tenor de las normas sobre conflicto de leyes, y ha de entenderse sin perjuicio de ellas. El presente Reglamento no afectará pues a ninguna de las normas en materia de conflicto de leyes en vigor. Y el considerando 12 añade que habida cuenta de que la normativa común de compraventa europea contiene un conjunto completo de normas obligatorias de protección de los consumidores plenamente armonizadas, cuando las partes hayan optado por utilizar la normativa común de compraventa europea no habrá disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. Por tanto, el art. 6.2 del Reglamento Roma I (norma de conflicto protectora del consumidor que garantiza al consumidor la protección de las normas imperativas del Estado de su residencia habitual) y que se basa en la existencia de diferentes niveles de protección no reviste relevancia práctica en relación con las cuestiones reguladas por la normativa común. A nivel intracomunitario es cierto que la existencia de derecho uniforme evitaría el tener que recurrir a la técnica conflictual. De hecho, ya en 2001 cuando defendí mi tesis doctoral propuse que en las relaciones intracomunitarias, dada la existencia de armonización (aunque fuese de mínimos), la norma de conflicto podía ser diferente y permitir la aplicación de la ley del empresario, pues el consumidor tenía garantizado el nivel de protección comunitario (un nivel que según el Tratado de Funcio-

namiento de la Unión Europea debe ser elevado) y el empresario ahorra en costes. Ahora bien, cuando se reformó el Convenio de Roma para transformarlo en Reglamento se mantuvo la necesidad de garantizar al consumidor la protección que le ofrece la ley de su residencia habitual, con los innumerables inconvenientes que ello supone y en lo que no me puedo detener.

Cuando la relación presenta algún elemento extracomunitario, la cosa cambia. De hecho, si el derecho aplicable a la relación es un derecho extranjero (porque la residencia habitual del consumidor está en un Estado no miembro, por ejemplo) parece que sí debería tener relevancia práctica el art. 6.2 del Reglamento Roma I por cuanto se obviaría el mandato de dicho precepto en pro de la aplicación del *corpus iuris*. Según el considerando 14 de la Propuesta: «La utilización de la normativa común de compraventa europea no debe circunscribirse a situaciones transfronterizas que impliquen únicamente a los Estados miembros, sino que también debe estar disponible para facilitar los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países. En caso de que intervengan consumidores de terceros países, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea, que supondría la elección de una ley extranjera para ellos, debe estar sujeto a las normas de conflicto de leyes aplicables». Ergo en este caso, ¿la elección realizada por las partes sí es elección de ley? Y en ese caso ¿cuál es la ley que eligen las partes? Recordemos que el Reglamento Roma I no permite la elección de un derecho no estatal. Por tanto, deberá ser la ley del Estado de residencia del empresario (residente en un Estado miembro), en cuyo caso se incumple, como decíamos, el mandato del art. 6.2 del Reglamento Roma I.

Este es solo un ejemplo de la no fácil interacción de los distintos instrumentos comunitarios, máxime si la unificación no es más que un régimen alternativo. Además, no creo que el añadir un régimen contractual voluntario a los ya existentes consiga el efecto buscado sino más bien el contrario, pues aumenta la confusión tanto para los consumidores como para los empresarios. Se trata de un tema que seguro será objeto de largos debates y sobre el que espero poder hacer otra crónica.

II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

1. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [2011/2013(INI)] [P7_TA-PROV(2011)0262]

El Parlamento se muestra favorable a la creación de un instrumento optativo por medio de un reglamento, que podría complementarse con una «caja de herramientas» para el legislador de la Unión, en la que además de «ideas» procedentes de las distintas tradiciones jurídicas de la UE, se incluirían normas adicionales derivadas de los PECL o el DCFR. Aboga, además, por la

* Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto DER 2008-02325/JURI y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

creación de «modelos de contratos europeos normalizados», traducidos a todas las lenguas de la UE, vinculados a un sistema de resolución alternativa de litigios que funcionase en línea.

Considera que todas las partes del contrato deberían tener la libertad de elegir o no el instrumento optativo como alternativa a la legislación nacional o internacional («*opt-in*») y pide, por consiguiente, a la Comisión que aclare la relación entre el instrumento optativo y el Reglamento Roma I y los convenios internacionales, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG). Además, solicita que la Comisión aclare cuál de las partes contratantes deberá escoger entre el instrumento optativo y la legislación «normalmente» aplicable, cómo piensa reducir los costes de transacción y cómo garantiza que dicho instrumento se mantiene al día con el acervo existente en Derecho contractual, en particular Roma I, con las necesidades del mercado y con la evolución jurídica y económica.

En cuanto al ámbito de aplicación del instrumento, opina que este instrumento debería abarcar tanto los contratos transfronterizos entre empresas como los contratos entre empresas y consumidores, aunque deben existir reglas distintas para unos y, en relación con los primeros, opina que deben preservarse las prácticas sectoriales existentes, así como el principio de libertad contractual. Considera que el instrumento optativo debe ofrecer un nivel de protección de los consumidores muy elevado, para compensarles por la protección de que gozarían normalmente con arreglo a la legislación de sus respectivos países y señala que algunas partes importantes del acervo de los consumidores se consolidarán probablemente en la Directiva sobre los derechos de los consumidores. Reconoce que el comercio electrónico o los contratos de venta a distancia representan una parte importante de las transacciones transfronterizas y por eso considera que, si bien un instrumento optativo no debe limitarse a estos tipos de transacción, puede ser conveniente establecer límites.

El Parlamento considera beneficioso que el instrumento optativo incluya disposiciones específicas para las clases de contrato más frecuentes, en particular para la compraventa de bienes y la prestación de servicios (incluidos los digitales), pero también los contratos de seguros. Sin embargo, recomienda prudencia en cuanto a la inclusión de servicios financieros y sugiere que quizá sea necesario excluir determinados tipos de contrato de Derecho público de carácter complejo. Pide al Grupo de expertos que estudie la posibilidad de incluir los contratos sobre propiedad intelectual, con objeto de mejorar la posición de los autores, que suelen ser la parte más débil en una relación contractual.

2. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 23 de junio de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

El Parlamento Europeo aprobó el 23 de junio la directiva sobre los derechos de los consumidores que la Comisión Europea propuso en octubre de 2008, por 615 votos a favor, 16 en contra y 21 abstenciones. La norma, que en el momento de escribir estas páginas aún no ha sido aprobada por el Consejo de Ministros de la UE, y que todavía deberá ser objeto de algunos

ajustes formales (existen remisiones incorrectas a ciertos párrafos o a algunos que no existen, *v. gr.* art. 6.1 *j* remite al art. 10.3; el art. 6.6 remite al art. 6.1 *c bis* y *e bis*; art. 7.4 remite al art. 9.1 *a, b* y *b bis, e* y *e quater*) refunde, actualiza y deroga la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (art. 31), relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Además, introduce nuevos preceptos en las Directivas 93/13, sobre cláusulas abusivas, y 99/44, sobre garantías en las ventas de bienes de consumo, relativos al deber de los Estados miembros de comunicar a la Comisión la adopción de determinadas disposiciones (art. 32, 33). Pero el núcleo de la regulación prevista en la nueva directiva es el régimen jurídico de los contratos a distancia y fuera de establecimiento, sin perjuicio de establecer ciertos deberes de información precontractuales para otro tipo de contratos (los no celebrados a distancia ni fuera de establecimiento comercial) y otras normas sobre ejecución y transmisión del riesgo y otros derechos de los consumidores (Cap. IV). La fecha de transposición de la norma en los Estados miembros está prevista para antes de finales de 2013.

Se trata de una armonización máxima, pero solo en la medida en que la directiva no diga lo contrario. Este tipo de armonización se estima necesaria para contribuir a un elevado nivel de protección de los consumidores y a un mejor funcionamiento del mercado interior y, en especial, en los contratos a distancia y fuera de establecimientos comerciales, esta se aprecia en la regulación del deber de suministrar determinada información precontractual y el derecho de desistimiento. Pero la directiva no regula todos los aspectos de la contratación mediante esas técnicas (*v. gr.* deberes de información postcontractual, conclusión y validez de los contratos, sanciones frente al incumplimiento, requisitos lingüísticos) y, a veces, ofrece a los Estados miembros la posibilidad de proporcionar una mayor protección (*v. gr.* en relación con los deberes de información precontractual en contratos distintos a los concluidos a distancia o fuera de establecimiento comercial). Estos también tienen libertad para considerar aplicables determinadas normas de la directiva a otras transacciones excluidas de la misma [por ejemplo, a las ventas a distancia en las que el empresario no cuente con un sistema de venta a distancia organizado, Preámbulo § 13; o a los contratos relacionados en el art. 3 (*v. gr.* asistencia sanitaria, contratos sobre adquisición de inmuebles, servicios sociales), salvo que la razón de la exclusión sea la aplicación preferente de las normas de transposición de otras directivas, Preámbulo §§ 26-32] o para extender el ámbito de aplicación subjetivo a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores según la definición de la directiva (Preámbulo § 13). También los Estados miembros pueden decidir no aplicar las disposiciones de la directiva a contratos fuera de establecimiento cuyo precio no supere los 50 euros, aunque se permite que estos fijen una cantidad inferior (Preámbulo § 28, art. 3.4); o pueden recurrir a la opción de prescindir de la regulación sobre requisitos formales establecidos en el art. 7.4 para los contratos celebrados fuera del establecimiento que sean de ejecución instantánea y cuyo precio no ascienda a más de 200 euros, en los que el consumidor haya solicitado específicamente los servicios del comerciante para que efectúe operaciones de reparación o mantenimiento.

La definición de consumidor (art. 2.1) es la acostumbrada: personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

De acuerdo con el articulado de una previa versión de la propuesta de directiva, en la actual el Preámbulo (§ 17) todavía advierte que también deben reputarse consumidoras a aquellas que, en parte, actúan con un propósito vinculado con la actividad comercial, siempre que este último no sea predominante. Puesto que la armonización máxima no impide a los Estados miembros ampliar el ámbito de protección subjetivo, no habrá inconveniente en que procedan de esa manera. Ello no autoriza, sin embargo, a ampliar la noción de consumidor restringida que actualmente ofrece la norma. La definición de comerciante incluye a la persona física o jurídica, pública o privada que actúe por sí mismo o a través de otra persona (art. 2.2) –a pesar de que el preámbulo (§ 16) admite que es competencia de los Estados miembros regular los supuestos de representación legal– «siempre que actúe en relación con contratos cubiertos por la presente directiva». Ésas definiciones no se refieren solo a los contratos a distancia o fuera de establecimientos comerciales, sino, en general, a los contratos entre consumidores y empresarios (art. 1); esto es, aunque no se concluyan mediante aquellas técnicas de contratación. Dentro del concepto de «contrato de venta» (art. 2.5) está incluido el contrato mixto de bienes y servicios (*v. gr.* venta y mantenimiento).

La definición de contrato a distancia (art. 2.7) abarca todos los casos en que los contratos se concluyen entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado (aunque el empresario se sirva del sistema organizado que ofrezca un tercero, *v. gr.* una plataforma en línea, Preámbulo § 20), mediante el uso exclusivo de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax, etc.), pero se excluye el caso en que el contrato se negocie en el establecimiento mercantil y solo su conclusión sea a distancia, así como que se negocie fuera del mismo e igualmente se concluya a distancia (en este caso, se trataría de un contrato que cae en la órbita de los celebrados fuera de establecimiento mercantil y, se entiende, siempre que se den los requisitos de esta última modalidad, excluyéndose, pues, que la negociación haya sido también a distancia). Las exclusiones del art. 3.3 rigen también para esta modalidad de contratación. El uso para las subastas de plataformas en línea a las que pueden acceder consumidores y comerciantes no es considerado subasta pública en la directiva (Preámbulo § 24), seguramente por considerar que el sistema de adquisición de bienes a través de plataformas no es el ortodoxo seguido en una subasta, esto es, un sistema de pujas en el que hay un precio mínimo de salida, cada oferta anterior se extingue con la posterior y es el máximo pujador quien consigue el producto mediante la adjudicación. En las llamadas subastas *on line* (tipo eBay) se trataría, más bien, de un sistema que consiste en anunciar un producto con un precio límite de venta al que quien más se acerque se le ofrecerá concluir el contrato. La consecuencia es que, siempre que el contrato se celebre con un empresario, no se excluye el derecho a desistir en estos casos (art. 16 *k*).

El contrato celebrado fuera del establecimiento es definido (art. 2.8) como aquel que se celebra con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor en un lugar distinto del establecimiento mercantil (permanente o habitual, aunque solo sea de forma estacional) del primero, independientemente de que aquel hubiera solicitado o no la visita a su domicilio, o de que se hubiera celebrado en la calle, en una excursión, o en un medio de transporte. También incluye el supuesto en que el contrato se celebre en el establecimiento mercantil o a través de un medio de comunicación a distancia, pero se haya establecido un previo contacto personal e individual con el

consumidor fuera del mismo (salvo que su visita haya tenido por objeto tomar medidas o elaborar un presupuesto y siempre que en tales casos «el consumidor haya tenido tiempo de reflexionar», Preámbulo § 21). Las exclusiones del art. 3.3 rigen también para esta modalidad de contratación.

El empresario debe proporcionar determinada información precontractual en cualquier contrato de venta o de servicios que celebre con un consumidor (salvo que resulte evidente por el contexto, art. 5); adicionalmente, se regula ese deber en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil (art. 6). En el primer caso, los Estados miembros pueden mantener las disposiciones que impongan requisitos adicionales, como nuevas menciones de suministro obligatorio (*v. gr.* riesgos asociados con el uso de los bienes; instrucciones sobre su uso); en el segundo, no, salvo que se trate de requisitos impuestos por la Directiva 2006/123/CE (servicios en el mercado interior) y la Directiva 2000/31/CE (comercio electrónico), aunque en caso de discrepancia prevalecen las disposiciones de la presente directiva (art. 6.8; *cfr.* la regla general contraria en el art. 3.2, para el caso de regulación de sectores específicos). Toda la información precontractual, que resulta incrementada respecto de los contenidos digitales (art. 6.1 *q, r*) –a los que la directiva contempla de forma limitada (Preámbulo §19)–, se integra en el contrato (art. 7.1, 8.1), que debe respetar ciertos requisitos formales. La información solicitada no podrá ser alterada en el momento de contratar, salvo por acuerdo expreso de las partes (art. 6.5). Además, sin perjuicio de lo establecido con carácter general en el art. 25, se prevé expresamente la inoponibilidad de la mención omitida relativa a gastos adicionales al precio que deba asumir el consumidor (los de transporte deben constar claramente o, al menos, la previsión de que deberán abonarse, art. 6.1 *e*) o los costes de devolución en caso de ejercer el derecho de desistimiento (art. 6.6). Cualquier pago adicional al de la prestación contratada debe contar con el consentimiento *expreso* del consumidor antes de celebrar el contrato, sin que este se vea obligado a «deseleccionar casillas» (art. 22).

La información referida al derecho de desistimiento (condiciones de ejercicio, plazo, consecuencias), en los contratos a distancia y fuera de establecimientos comerciales, podrá proporcionarse a través de un documento modelo, en el que los Estados miembros no pueden introducir alteraciones, pero necesariamente deberá acompañarse de un formulario para facilitar el ejercicio de ese derecho, a pesar de que el consumidor puede desistir de cualquier otra forma (art. 11.1) y aunque ello no facilite la carga de la prueba de haber desistido tempestivamente (art. 11.3 y 4). La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información incumbirá al comerciante (art. 6.9).

El plazo de ejercicio del derecho de desistimiento es de 14 días para ambas modalidades de contratación, sin perjuicio de que se excluya o se extinga en algunos supuestos, algunos novedosos (*v. gr.* en los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; sin embargo, si en esa visita, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales, art. 16). La directiva fija distintos *dies a quo* en función del objeto del contrato (bienes o servicios), de que se produzca una entrega por separado o por piezas de distintos bienes, o de que se trate de contratos de entrega periódica (art. 9.2). Si el comerciante no

ha informado adecuadamente del derecho a desistir, el plazo se amplía hasta 12 meses, salvo que antes de que transcurran se facilite la información omitida o se subsanen los defectos formales (*v. gr.* no entrega del formulario de desistimiento), caso en el cual los 14 días empiezan a contar a partir de ese momento (art. 10). El ejercicio del derecho es *ad nutum* pero puede comportar ciertos gastos para el consumidor: en concreto, los costes directos de devolución de las mercancías, salvo que se pacte que los asume el comerciante o que este no le haya informado de que le corresponde pagarlos; o cuando, en una venta celebrada fuera de establecimiento mercantil, los bienes previamente entregados por el empresario no puedan ser devueltos por correo (arts. 13, 14). El desistimiento comporta la obligación de restituir el bien en un plazo máximo de 14 días y, en ese mismo plazo, la devolución de las sumas pagadas, incluidas las derivadas de la entrega del bien (salvo que el consumidor hubiera solicitado una modalidad de entrega distinta de la que, a menor coste, le ofrecía el empresario, caso en el cual este no está obligado a soportar los costes adicionales). El consumidor es responsable del coste de depreciación de los bienes si los utiliza más allá del manejo que sería normal en un establecimiento comercial, salvo que el empresario no le hubiera informado de su derecho a desistir (art. 14.2). Se prevén reglas especiales para el desistimiento en los contratos de servicios, que afectan a la información y consentimiento para la ejecución del contrato antes de que transcurra el plazo a desistir y sus consecuencias (*v. gr.* art. 7.3, 8.8, 9.2, 14.3 y 4).

Para cualquier tipo de venta, la armonización también se refiere al plazo de que generalmente dispone el comerciante para entregar los bienes (máximo de 30 días) y al momento en que tal entrega se entiende producida (cuando el consumidor tome posesión material o de cualquier otra forma asuma el control), así como a la transmisión de los riesgos. El incumplimiento del citado plazo permite al consumidor la constitución en mora o la resolución del contrato y, en este último caso, con obligación para el empresario de proceder a la devolución inmediata del precio si este ya se hubiera pagado, sin perjuicio de que las legislaciones nacionales prevean otros remedios o sanciones (arts. 18, 20, 24); pero no alcanza al lugar y las modalidades de entrega, ni afecta a las normas sobre transmisión de la propiedad (Preámbulo § 51).

III. Derechos reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO *

1. Directiva sobre derechos de los consumidores e instrumento opcional

En octubre de 2011 vieron la luz dos textos relevantes en la armonización del Derecho privado europeo: *a)* por un lado, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;

* Investigador Postdoctoral de Derecho Civil, Universidad Rovira i Virgili.

y b) por otro, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011) 635 final]. De esta manera, la UE pretende incrementar y potenciar tanto la protección de los consumidores y usuarios en los Estados miembros como la compraventa transfronteriza de bienes muebles. Sin embargo, ni la Directiva de consumo ni la Propuesta de Reglamento han incorporado normativa en materia de derechos reales. Efectivamente, la primera excluye de su ámbito de aplicación la creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos (art. 3 e), mientras que la segunda prevé su aplicación únicamente a la compraventa de bienes muebles (art. 2 h). Por lo tanto, las cuestiones relativas al derecho de propiedad (por ejemplo, el momento en el que tiene lugar la transmisión de la propiedad) se resolverán de acuerdo con la ley nacional que resulte de aplicación. En nuestra opinión, la ausencia de los derechos reales en ambos instrumentos supone un obstáculo para alcanzar un mercado interior real.

2. Otra normativa de la Unión Europea

Las siguientes propuestas de la UE están relacionadas directa o indirectamente con los derechos reales:

a) La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2011 [COM(2011) 215 final] que tiene por objeto la creación de una patente comunitaria única que tenga una protección uniforme en todos los Estados miembros. Esta patente europea, en cuanto objeto de propiedad, se asimilará en su totalidad y en todos los Estados miembros participantes a una patente nacional del Estado miembro participante en cuyo territorio, según el Registro Europeo de Patentes, tuviera el titular su domicilio o centro principal de actividad en la fecha de presentación de la solicitud de patente (art. 10).

b) La Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción [COM(2011) 216 final], que pretende que las disposiciones sobre traducción aplicables a las patentes europeas con efecto unitario sean simples y eficientes en términos de costes.

3. *Common Core of European Private Law*

En julio de 2011 tuvo lugar en Turín el 17.º encuentro del grupo de investigación del *Common Core of European Private Law*, en el que se debatieron nuevamente los cuestionarios relacionados con los derechos reales (*Security rights in imovable property, Time-limited interests in land, Transfer of immovable property, The protection of imovable property y Condominium*). Los resultados de esta investigación se encuentran pendientes de publicación.

4. *Runder Tisch*

El grupo de la *Runder Tisch*, que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, se ha reunido en el mes de octubre de 2011 en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo) para

analizar de nuevo los cuestionarios de cada país participante en relación con el comportamiento del derecho real de hipoteca en sus sistemas hipotecarios.

5. *Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe*

El Prof. Dr. Cristoph Schmid lidera el proyecto europeo *Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe*, que ha recibido financiación de la UE dentro del Séptimo Programa Marco. El objetivo principal de este proyecto es el análisis de la regulación del contrato de arrendamiento y de las políticas de vivienda tanto en los Estados miembros participantes como en el acervo comunitario. Por lo tanto, parte del estudio consistirá necesariamente en el análisis del contrato de arrendamiento, del cual se originan derechos de naturaleza personal en algunos Estados miembros (por ejemplo, en España) y real en otros (por ejemplo, en Inglaterra a través del *leasehold*). En este proyecto participan distintas universidades europeas, entre ellas la Universidad Rovira i Virgili.

6. Libros y revistas

En el ámbito de los derechos reales podemos destacar las siguientes publicaciones:

a) Hans-Jürgen Ahrens y Mary-Rose McGuire son los autores de la obra *Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung* (Sellier, diciembre 2011), en la que proponen una Ley Modelo de Propiedad Intelectual.

b) Reiner Schulze y Hans Schulte-Nölke dirigen la obra *European Private Law-Current Status and Perspectives* (Sellier, marzo 2011), en la que podemos encontrar un artículo de Sjef van Erp titulado «*European property law: A methodology for the future*». El autor analiza el futuro del derecho de propiedad en la UE.

c) Sergio Nasarre Aznar dirige la obra «*El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*» (Edisofer, 2011), en la que se analiza el acceso a una vivienda digna desde una perspectiva multidisciplinar incluyendo materias relacionadas con los derechos reales, por ejemplo las daciones en pago en el ámbito del mercado hipotecario, la propiedad compartida o *shared ownership* inglesa, las subcomunidades de propietarios en una misma vivienda, las políticas públicas y la cohesión del territorio.

También debemos hacer referencia en este apartado a la revista *European Property Law Journal* (www.degruyter.de), cuyo director es el Dr. Sjef van Erp. Su ámbito abarca los aspectos de derecho público y privado tanto de los bienes muebles e inmuebles como de los denominados nuevos objetos del derecho de propiedad (por ejemplo, la propiedad «virtual»). Por lo tanto, esta revista puede convertirse en un foro de discusión y debate en torno a la regulación de los derechos reales en la UE. La publicación de su primer número está prevista para 2012.

7. Jurisprudencia

Podemos destacar en este período la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 2011 (TJCE 2011\207, Caso Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs), en la cual se discute el derecho de un autor o artista intérprete a una remuneración equitativa cuando se produce un préstamo público de su obra. Dicha remuneración está prevista en

la Directiva 92/100, de 19 de diciembre, sobre los derechos de alquiler y prestatario y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DOL 27 noviembre 1992, núm. 346, pág. 61), hoy derogada por la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre (DOL 27 diciembre 2006, núm. 376, pág. 28).

8. Congresos y/o seminarios

Por último, reseñar en la presente crónica la celebración de los siguientes congresos y/o seminarios en los que se trataron cuestiones relacionadas con los derechos reales:

a) El Congreso *Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y Prospectiva*, que tuvo lugar los días 20 y 21 de octubre de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. En este Congreso se discutieron, entre otros aspectos, la regulación de la garantías mobiliarias en el Marco Común de Referencia, así como el *trust* en garantía desde una perspectiva comparada (*vid.* en esta crónica, sección vida jurídica).

b) La 23.^a edición del Congreso *Internacional de la European Network for Housing Research* (www.enhr.net/), *'Mixité': an urban and housing issue? Mixing people, housing and activities as the urban challenge of the future*, que tuvo lugar en Toulouse los días 5 a 8 de julio de 2011. En este Congreso se trataron diversos aspectos relacionados con los derechos reales, por ejemplo en qué medida podrían facilitar el acceso a una vivienda.

c) La jornada EU property *Rights and Wrongs*, auspiciada por *The Alliance of Liberals and Democrats for Europe* (ALDE, <http://www.alde.eu>), que tuvo lugar el 14 de junio de 2011 y en la que se trató la protección de la propiedad en las transacciones transfronterizas por parte de la UE.

d) El 7 de junio de 2011 tuvo lugar en la Universidad de Helsinki el Seminario *What Role for Property in European Integration? An Exchange of Ideas between Maastricht and Helsinki*, auspiciado por *The CoE in Foundations of European Law and Polity*. El Seminario contó con la participación de los profesores Bram Akkermans y Eveline Ramaekers, cuya discusión giró en torno a la interpretación del artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»).

IV. Derecho de familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS *

1. Libro verde «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil» [COM (2010) 747 final]

Entre la vorágine de iniciativas presentadas por la Comisión Europea en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones ha pasado relativamente

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

desapercibido el *Libro verde sobre la libre circulación de documentos públicos y certificados de estado civil*, hecho público el 14 de diciembre de 2010. En el mismo, la Comisión plantea que en el ejercicio de la libre circulación los ciudadanos de la Unión encuentran numerosos obstáculos cuando han de presentar en un Estado miembro distinto del de origen un documento público emitido en este. Dichos documentos son de muy distinta naturaleza. Puede tratarse de un documento administrativo, como un diploma o título, de documentos notariales, como una escritura de compraventa o unas capitulaciones matrimoniales, de certificados de estado civil, como los de nacimiento, defunción o matrimonio, y de documentos judiciales, como una resolución. El Libro verde explora las medidas que podrían tomarse a fin de que un documento público emitido en un Estado miembro pueda desplegar efectos en los demás Estados miembros.

Para que los documentos emitidos en un Estado miembro distinto de aquel en el que se pretende hacerlos valer puedan presentarse son necesarias formalidades administrativas dirigidas a autenticarlos. Tradicionalmente la vía utilizada al efecto es la legalización, respecto a la cual existe un importante Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 que sustituye dicho trámite por la apostilla. Habida cuenta de los costes, en tiempo y en dinero, tanto de la legalización como de la apostilla, y de la fragmentación normativa existente en la materia, puesto que junto al citado Convenio, pueden ser aplicables al caso diferentes Convenios tanto multilaterales como bilaterales, se plantea en el Libro verde si tales formalidades son realmente necesarias en las relaciones entre Estados miembros. Las dudas respecto a la autenticidad de un documento, una vez suprimido el trámite de la legalización y de la apostilla, se podrían resolver, según el planteamiento de la Comisión, reforzando la cooperación de las autoridades nacionales e incluso creando un punto de registro central o un punto de información para cada Estado miembro.

El segundo gran escollo para hacer valer documentos públicos extranjeros son las traducciones. A fin de reducir los costes de las mismas se sugiere que podría ser útil el uso de formularios estándar y formularios plurilingües, como los elaborados para algunas materias por la Comisión Internacional del estado civil. Una opción alternativa o complementaria podría ser la creación de un certificado europeo de estado civil de naturaleza opcional, que no sustituyera a los certificados nacionales.

La parte más polémica del Libro verde se dedica al reconocimiento mutuo de los certificados de estado civil, pues en definitiva lo que está en el punto de mira no es el reconocimiento del documento sino el de la situación en él contenida. El objetivo sería garantizar la continuidad y permanencia de la situación de estado civil de los ciudadanos europeos que ejerzan su derecho de libre circulación. Puesto que la Unión Europea no tiene competencia para intervenir en el Derecho material de los Estados miembros, se barajan tres opciones. La primera de ellas consiste en asistir a las autoridades nacionales para que cooperen más eficazmente en la materia. Otra opción podría ser el reconocimiento de pleno derecho de las situaciones originadas en otro Estado miembro. Finalmente se contempla la armonización de las normas de conflicto de leyes como base de dicho reconocimiento.

Las reacciones frente a este Libro verde coinciden en poner de relieve la superficialidad del planteamiento de la Comisión sobre todo por lo que respecta a la última parte del texto. El reconocimiento de pleno derecho de las situaciones relativas al estado civil no parece hoy por hoy factible habida cuenta de la enorme divergencia entre los distintos Derechos sustantivos. La

unificación de las normas de conflicto es por ese mismo motivo de muy difícil negociación tal y como demuestran los trabajos relativos a la ley aplicable al divorcio, que finalmente solo pudieron salvarse mediante el mecanismo de la cooperación reforzada. En ese contexto el Libro verde parece una ingenuidad.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011 (Asunto C-147/08), *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*

El pasado día 10 de mayo de 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la esperada sentencia en el asunto *Römer*. Nuevamente se enfrentó a una cuestión polémica cual es el reconocimiento de las parejas registradas del mismo sexo, esta vez desde la perspectiva del Derecho social. La sentencia *Römer* se suma, por consiguiente, a otras decisiones que ponen de manifiesto que pese a que el estado civil es una materia respecto a la cual el Estado detenta una competencia exclusiva, no se trata de una cuestión ajena al Derecho de la Unión, en tanto y cuanto se plantee como una cuestión preliminar respecto a materias comunitarizadas. En tal contexto los Estados ven su libertad restringida.

El recurso prejudicial planteado por el *Arbeitsgericht* (tribunal del orden social) de Hamburgo tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El litigio se produce entre el Sr. Römer y su empleador, la ciudad de Hamburgo, para quien el demandante había trabajado desde 1950 hasta producirse su incapacidad laboral, el 31 de mayo de 1990, y gira en torno a la cuantía de la pensión complementaria de jubilación percibida por la parte demandante. Para el cálculo de la misma es relevante que el Sr. Römer constituyó en 2001 una pareja registrada de Derecho alemán (*Lebenspartnerschaft*) con su compañero sentimental, con quien convivía desde 1969. En virtud de dicho hecho el Sr. Römer solicitó un recálculo de la pensión complementaria de jubilación que percibía, a lo que la Administración de la ciudad de Hamburgo se negó, con el argumento de que dicho recálculo solo estaría previsto para los beneficiarios casados que no estuvieran separados de hecho. Según Römer ello sería constitutivo de una discriminación por razón de orientación sexual, habida cuenta que el Derecho alemán no permite el acceso al matrimonio de las parejas de personas del mismo sexo. Frente a dicha argumentación, la ciudad de Hamburgo hizo valer el concepto constitucional del matrimonio como unión heterosexual del art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que justifica que el Derecho alemán brinde al matrimonio una protección especial.

La primera cuestión que debe resolver el TJUE es si las pensiones complementarias de jubilación son una retribución a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78. La respuesta es positiva. A continuación, se analiza si constituye o no una discriminación que la pensión percibida por un beneficiario casado sea superior que la que corresponde a un beneficiario que ha constituido una pareja registrada. Al respecto, el TJUE resuelve que la comparación de las situaciones debe basarse en un análisis centrado en los derechos y obligaciones de los cónyuges y de los miembros de la pareja estable inscrita en relación a la prestación sobre la que versa el litigio principal. El

examen se centra, por tanto, en la naturaleza de la pensión complementaria de jubilación y en la razón de ser del trato favorable que se dispensa a los beneficiarios casados y no separados de hecho.

El TJUE concluye que el trato privilegiado que reciben los empleados casados y no separados de hecho reconoce la especial situación en la que están los beneficiarios que han formalizado una relación caracterizada por la obligación de prestarse socorro mutuo. Puesto que tal característica es asimismo predicable de las parejas registradas, tal y como configura a dicha institución el *Lebenspartnerschaftsgesetz* alemán, y el trato más favorable que reciben las parejas casadas no guarda relación con ningún otro elemento, como los ingresos de los miembros de la pareja, la existencia de hijos, ni la dependencia económica del cónyuge, y se constata asimismo que el estado civil del interesado no influyó en las cotizaciones que hubo de abonar durante su vida laboral, se concluye que la razón de ser del trato desigual es únicamente la diferencia de estado civil. Puesto que en el Derecho alemán las parejas de personas del mismo sexo no pueden acceder al matrimonio, se concluye que se produce una situación de discriminación directa por razón de orientación sexual.

Como ya ocurrió en el asunto *Maruko* (sentencia de 1 de abril de 2008, *Maruko*, C-267/06, Rec. p. I-1757) el fallo del Tribunal de Justicia tiene especial cuidado en no imponer a los Estados miembros el reconocimiento jurídico de las parejas de personas del mismo sexo. Ahora bien, si un Estado opta por crear una institución paralela al matrimonio, reservada exclusivamente a las parejas del mismo sexo, existe una discriminación directa por motivos de orientación sexual, si en el Derecho nacional, la mencionada pareja estable inscrita, pese a hallarse en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada, recibe un trato menos ventajoso a los efectos de una pensión que pueda conceptuarse como una retribución. Tal discriminación supone una vulneración de la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ *

1. Legislación

Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DOUE L 141 de 27 mayo de 2011)

Se establecen en este Reglamento una serie de medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato de los trabajadores de otros Estados miembros y sus familias. Así, el art. 2 establece que todo nacional de otro Estado miem-

* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.

bro y todo empresario que ejerza su actividad en un Estado miembro podrá intercambiar ofertas y demandas de empleo, formalizar contratos de trabajo y ejecutarlos de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes sin que de ello pueda resultar discriminación alguna.

Por ese motivo, no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que de alguna forma limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales el acceso al empleo o su ejercicio o que aún no haciendo referencia a la nacionalidad tengan como finalidad eliminar el acceso a dicho empleo a los nacionales de otros Estados miembros (art. 3). Es decir, no solo se prohíbe la discriminación directa por nacionalidad sino también aquellas medidas que, siendo aparentemente neutras, afecten fundamentalmente a nacionales de otros Estados miembros y, por tanto, la discriminación indirecta. Sin embargo, ello no regirá en relación a disposiciones relativas a conocimientos lingüísticos necesarios por la naturaleza del empleo a desempeñar, en este caso, dicho criterio, que lógicamente afectará más a los nacionales de otro Estado miembro, está justificada.

El art. 7 de este Reglamento dispone que el trabajador de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales por razón de su nacionalidad en relación a las condiciones de empleo y de trabajo especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

Por ello, se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales y tendrá acceso a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación y reeducación en iguales condiciones que los nacionales.

Toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo o despido que sea discriminatoria para los trabajadores de otros Estados miembros será nula de pleno derecho.

El art. 8 prevé que la igualdad de trato también se deberá materializar en relación a la posibilidad de afiliarse a organizaciones sindicales y ejercer los derechos sindicales, incluidos el derecho de voto y el acceso a puestos de administración o de dirección de dicha organización. Se beneficiará también del derecho a la elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, podrá ser excluido de participar en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público. Hay que tener en cuenta que este precepto se trata de una previsión de mínimos y que cada Estado miembro podrá conceder derechos más amplios a los trabajadores de otros Estados miembros.

El art. 9 del Reglamento prevé, en relación al acceso a la vivienda, que el trabajador de otro Estado miembro tendrá los mismos derechos y ventajas concedidos a los trabajadores nacionales en materia de alojamiento.

Por último, en relación a la familia de los trabajadores de otros Estados miembros, el art. 10 establece que sus hijos serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio. Además, el Estado deberá fomentar iniciativas que les permitan seguir dichos cursos en las mejores condiciones.

2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011, Asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10 que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, presentadas por el Bundesarbeitsgericht (Alemania) mediante resolución de 20 de mayo de 2010, recibidas en el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2010 en los procedimientos entre Sabine Hennings (C-297/10) y Eisenbahn-Bundesamt y Land Berlin (C-298/10) y Alexander Mai

En el procedimiento se dirime, en relación a ambos asuntos, si una medida que establece la edad como uno de los criterios para fijar el salario de un funcionario en el momento de su contratación puede ser contrario a los arts. 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Es cierto que el art. 6.1 establece que una diferencia de trato no será discriminatoria si está justificada objetiva y razonablemente en el marco del derecho nacional por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, de mercado de trabajo y de la formación profesional si los medios para lograr ese fin son adecuados y necesarios.

El Gobierno alemán sostiene que una retribución más elevada según la edad está justificada por la mayor experiencia profesional que se presupone en una persona de más edad y porque así se compensa su fidelidad a la empresa.

Sin embargo, el Tribunal entiende que, aunque la antigüedad en la empresa es un criterio que puede ser útil para la consecución de este objetivo, no sucede así cuando la edad se tiene en cuenta en el momento de la contratación. Por ello, tener en cuenta el criterio de la edad en el momento de contratación excede de lo que es necesario y adecuado para lograr el objetivo legítimo de tener en cuenta la experiencia laboral. Por tanto, tal medida se opone a los arts. 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78.

En relación al asunto C-297/10 el Tribunal afirma que los arts. 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida prevista en convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, que sustituye un sistema retributivo que establece una discriminación por edad por otro basado en criterios objetivos, como la experiencia profesional y el rendimiento del trabajador, manteniendo a la vez, durante un periodo de tiempo transitorio y limitado, algunos efectos del sistema retributivo discriminatorio a fin de evitar que la transición suponga una pérdida de ingresos para algunos trabajadores.

STJUE (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10 que tienen por objeto unas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al art. 267 TFUE, por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania), mediante resoluciones de 29 de marzo de 2010, recibidas en el Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2010, en los procedimientos entre Gerhard Fuchs (C-159/10) Peter Köler (C-160/10) y Land Hessen

En la sentencia se plantea fundamentalmente si una normativa nacional que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente los fiscales, a la edad de 65 años sin perjuicio de que estos continúen

trabajando hasta la edad máxima de 68 años si el interés del servicio lo requiere, es contraria o no al art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE L 303, de 2 de diciembre de 2000). Este precepto establece que «los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».

El Tribunal entiende que no es objeto de controversia que la extinción de la relación laboral de los funcionarios del Land Hessen a los 65 años constituya una diferencia de trato por razón de la edad en el sentido del art. 6.1 de la Directiva. La cuestión es dirimir si tal diferencia de trato está justificada por un objetivo legítimo y si los medios empleados para alcanzarlo son adecuados y necesarios.

A este respecto, establece que una normativa que establece la jubilación forzosa a los 65 años no se opone a la Directiva 2000/78 siempre que esta tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

Otra cuestión planteada es si la ley nacional presenta una incoherencia al imponer la jubilación forzosa de los fiscales a los 65 años pero permitir que estos continúen en su actividad hasta los 68 años si el interés del servicio lo requiere. El Tribunal estima que dicha excepción no es contraria al objetivo perseguido de conseguir una estructura equilibrada de edades a efectos de garantizar la calidad del servicio por cuanto, como señaló el Land Hesse, esta excepción tiene por objeto cubrir el supuesto de que un fiscal alcance la edad de 65 años cuando se le haya confiado un asunto penal cuyo procedimiento aún no haya concluido y evitar así las complicaciones de su sustitución por otro fiscal que no conoce el caso.

STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Asunto C-447/09, que tiene por objeto una petición de resolución prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE por el Bundesarbeitsgericht (Alemania), mediante resolución de 17 de junio de 2009, recibida ante el Tribunal de Justicia el 18 de noviembre de 2009 en el procedimiento entre Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach y Deutsche Lufthansa AG

La petición de la decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, apartado 5, y 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Debe interpretarse el artículo 2, apartado 5, en el sentido de que los Estados miembros pueden autorizar a los interlocutores sociales a adoptar medidas en el ámbito de la negociación colectiva siempre que las normas de habilitación sean lo suficientemente precisas para garantizar que tales medidas respetan las exigencias de dicho precepto. Una medida, como la que es obje-

to del procedimiento, en que se fija en 60 años la edad máxima a partir de la cual los pilotos ya no pueden ejercer su actividad profesional, pese a que la normativa nacional e internacional fijan dicha edad en 65 años, no es una medida necesaria para la seguridad pública y la protección en el sentido del art. 2.5 de la Directiva 2000/78.

Por otra parte, el art. 4.1 de la Directiva 2000/78 establece que «los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato (...) no es discriminatoria cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

Al fijar en 60 años la edad a partir de la cual se considera que los pilotos ya no tienen las capacidades físicas para ejercer su actividad profesional, pese a que la normativa nacional e internacional les permite hacerlo hasta los 65 años siempre y cuando el resto de la tripulación tenga menos de 60 de años, supone imponer un requisito desproporcionado en el sentido del art. 4.1 de la Directiva.

El art. 6.1 de la Directiva 2000/78 establece que una diferencia de trato por motivo de edad no constituye discriminación si está justificada objetiva y razonablemente en el marco del derecho nacional por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional siempre que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios. El Tribunal considera que un objetivo como la seguridad aérea no puede entenderse incluido entre los motivos que enumera dicho art. 6.1 de la Directiva.

3. Resoluciones del Parlamento Europeo

Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, sobre las mujeres y la dirección de empresas [2010/2115 (INI)]

En esta resolución el Parlamento Europeo acoge favorablemente las medidas anunciadas por la Comisión el 1 de marzo de 2011, en particular la intención de proponer una normativa europea en 2012 si las empresas no consiguen alcanzar, mediante medidas voluntarias, los objetivos de un 30% de mujeres en los consejos de administración para 2015 y un 40% para 2020.

Insiste en que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y que con esta finalidad deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación.

Por ello, acoge favorablemente las iniciativas de Estados miembros como Francia, los Países Bajos y España que fijan un porcentaje mínimo de representación de las mujeres en los órganos de dirección que debe ser respetado por las empresas.

Por otra parte, insiste en que la contratación para puestos en los órganos de dirección de las empresas debe basarse en las competencias requeridas en forma de cualidades, cualificaciones y experiencia y que en las políticas de contratación de las empresas deben observarse los principios de transparencia, objetividad, inclusividad, eficacia, no discriminación e igualdad de género.

También hace hincapié en la problemática de la diferencia salarial en las empresas y, en particular, en las diferencias entre los salarios de las mujeres en puestos de dirección y los de sus homólogos masculinos, y pide a los Estados miembros y a la Comisión que adopten medidas para combatir esas desigualdades salariales persistentes, asociadas a los estereotipos tradicionales, que afectan a la carrera profesional y contribuyen a la baja representación de las mujeres en los órganos directivos de las empresas.

Pide a la Comisión que exponga exhaustivamente la situación de la representación de las mujeres en las empresas y que, en caso que las empresas y los Estados miembros no hayan adoptado de forma voluntaria suficientes medidas, considere la adopción de medidas legislativas incluyendo cuotas, para 2012, con el fin de incrementar la representación de las mujeres en los órganos de dirección de las empresas hasta un 30% para 2015 y un 40% para 2020, teniendo en cuenta las competencias de los Estados miembros, así como las particularidades económicas, estructurales jurídicas y regionales de estos.

VI. Derecho de autor en la Unión Europea

JAVIER POU DE AVILÉS SANS *

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala 3.^a), de 16 de junio de 2011, Asunto C-462/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), en el procedimiento entre Stichting de ThuisKopie y Opus Supplies Deutschland GMBH, Mijndert van der Lee y Hananja van der Lee

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en particular, su artículo 5, apartados 2, letra *b*), y 5, debe interpretarse en el sentido de que el usuario final que realiza a título privado la reproducción de una obra protegida debe, en principio, considerarse el deudor de la compensación equitativa prevista en dicho apartado 2, letra *b*). No obstante, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un canon por copia privada que grave a quienes ponen a disposición del usuario final equipos, aparatos o soportes de reproducción, siempre que estas personas tengan la posibilidad de repercutir el importe de dicho canon en el precio de puesta a disposición abonado por el usuario final.

La Directiva 2001/29, en particular, su artículo 5, apartados 2, letra *b*), y 5, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al Estado miembro que ha establecido un sistema de canon por copia privada que grava al fabricante o al importador de soportes de reproducción de obras protegidas, y en cuyo territorio se produce el perjuicio causado a los autores por el uso con fines

* Profesor asociado de Derecho Civil (UAB). Abogado.

privados de sus obras por compradores que residen en él, garantizar que dichos autores reciben realmente la compensación equitativa destinada a indemnizarles de tal perjuicio. A este respecto, la mera circunstancia de que el vendedor profesional de equipos, aparatos o soportes de reproducción esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el cual residen los compradores carece de incidencia en esta obligación de resultado.

STJUE (Sala 3.^a), de 30 de junio de 2011, Asunto C-271/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 CE, por el Raad van State van België (Bélgica), en el procedimiento entre Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs (VEWA) y Belgische Staat

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 92/100 se opone a una normativa como la controvertida en el litigio principal, por la que se establece un sistema según el cual la remuneración debida a los autores en caso de préstamo público se calcula exclusivamente en función del número de prestatarios inscritos en los establecimientos públicos (y no, además en otros criterios tales como el número de objetos puestos a disposición del público) sobre la base de una cantidad a tanto alzado fijada por prestatario y por año.

STJUE (Pleno), de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), y por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido)

La FAPL (*Football Association Premier League Ltd*) no puede invocar derechos de autor sobre los propios partidos de la «Premier League» porque estos no pueden calificarse de obras. Efectivamente, para revestir tal calificación, el objeto en cuestión debe ser original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor. Pues bien, los encuentros deportivos no pueden considerarse creaciones intelectuales calificables de obras en el sentido de la Directiva sobre los derechos de autor. Esto es así, en particular, en el caso de los partidos de fútbol, delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa, en el sentido de los derechos de autor.

En estas circunstancias, dichos partidos no pueden estar protegidos por los derechos de autor. Por otra parte, se ha comprobado que el Derecho de la Unión no los protege por ningún otro concepto en el ámbito de la propiedad intelectual. Ahora bien, los encuentros deportivos, como tales, revisten un carácter único y, en esta medida, original, lo que puede convertirlos en objetos dignos de protección comparable a la protección de las obras, protección que pueden otorgar, en su caso, los diferentes ordenamientos jurídicos internos.

A este respecto, cabe señalar que, según el artículo 165 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, la Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa. En estas circunstancias, se permite a un Estado miembro proteger los encuentros deportivos, en su caso a través de la protección de la propiedad intelectual, adoptando una normativa nacional específica o reconociendo, dentro del respeto al

Derecho de la Unión, una protección a tales encuentros mediante instrumentos convencionales celebrados entre las personas que tienen el derecho de poner a disposición del público el contenido audiovisual de dichos encuentros y las personas que desean transmitir ese contenido al público de su elección.

A este respecto, es preciso añadir que el legislador de la Unión ha previsto el ejercicio de tal facultad por parte de un Estado miembro en la medida en que hace referencia, en el vigesimoprimer considerando de la Directiva 97/36, a acontecimientos organizados por un organizador que tenga legalmente derecho a vender los derechos correspondientes a dichos acontecimientos. Por consiguiente, en el supuesto de que la normativa nacional en cuestión pretenda otorgar protección a los encuentros deportivos –algo que corresponde examinar al órgano jurisdiccional remitente– el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a dicha protección y, por tanto, tal normativa puede justificar una restricción a la libre circulación de servicios como la controvertida en los litigios principales

El derecho de reproducción se extiende a los fragmentos transitorios de las obras creados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, siempre que dichos fragmentos contengan elementos que expresen la creación intelectual propia de los autores de que se trate, debiendo examinarse el conjunto de fragmentos que se reproducen simultáneamente con el fin de comprobar si contienen tales elementos.

Los actos de reproducción realizados en el marco de un proceso tecnológico hacen posible acceder a las obras protegidas. Por tanto, al tener estas últimas un valor económico, el acceso a las mismas tiene necesariamente una significación económica. No obstante, para no privar de su efecto útil a la excepción establecida en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor, es necesario, además, que dicha significación sea independiente, en el sentido de que exceda de la ventaja económica derivada de la mera recepción de una emisión que contiene las obras protegidas, es decir, que vaya más allá de la ventaja derivada de su simple captación y de su visualización.

En el asunto principal, los actos de reproducción provisionales realizados en la memoria del decodificador de la señal vía satélite y en la pantalla de televisión forman parte inseparable y no independiente del proceso de recepción de las emisiones difundidas que contienen las obras de que se trata. Por lo demás, se realizan al margen de la influencia –o, incluso, de la consciencia– de las personas que tienen acceso de este modo a las obras protegidas. Por consiguiente, estos actos de reproducción provisionales no pueden generar una ventaja económica adicional que exceda de la ventaja derivada de la simple recepción de las emisiones controvertidas. De ello se desprende que no puede considerarse que los actos de reproducción controvertidos en los litigios principales tengan una significación económica independiente. Por consiguiente, cumplen el quinto requisito establecido en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor.

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que los actos de reproducción como los controvertidos en el asunto C-403/08, realizados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, reúnen los requisitos que establece el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor y, por tanto, pueden realizarse sin la autorización de los titulares de derechos de autor afectados.

En una situación como la del asunto que se examina en el litigio principal, no puede negarse que, por una parte, el propietario transmite las obras difundidas en su establecimiento de restauración con el fin de beneficiarse de

ello y, por otra, que dicha transmisión puede atraer clientes interesados en las obras transmitidas de ese modo. Por consiguiente, la transmisión controvertida repercute sobre el número de personas que frecuentan dicho establecimiento y, en definitiva, sobre sus resultados económicos. Por consiguiente, la comunicación al público de que se trata reviste un carácter lucrativo.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que el concepto de «comunicación al público» a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor, debe interpretarse en el sentido de que comprende la transmisión de obras difundidas, mediante una pantalla de televisión y altavoces, a los clientes presentes en un establecimiento de restauración.

Las cláusulas de un contrato de licencia exclusiva celebrado entre un titular de derechos de propiedad intelectual y un organismo de radiodifusión constituyen una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE, porque imponen a dicho organismo la obligación de no proporcionar decodificadores que permitan el acceso a los objetos protegidos de ese titular para su utilización en el exterior del territorio cubierto por dicho contrato de licencia.

STJUE (Sala 3.^a), de 13 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09, que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE por el *hof van beroep te Brussel* (Bélgica)

El proveedor de paquetes vía satélite amplía el círculo de personas que tienen acceso a los programas de televisión y permite a un público nuevo acceder a las obras y a los otros objetos protegidos. Por consiguiente, este proveedor de paquetes vía satélite, para intervenir en la comunicación vía satélite, está obligado a obtener la autorización de los titulares de derechos afectados, salvo que dichos titulares hayan acordado con el organismo de radiodifusión de que se trate que las obras protegidas se comunicarán también al público a través de ese proveedor, con la condición de que, en este último supuesto, la intervención de dicho proveedor no convierta las referidas obras en accesibles para un público nuevo. Por tanto, el art. 2 de la Directiva 93/83 debe interpretarse en el sentido de que un proveedor de paquetes vía satélite está obligado a obtener de los titulares de derechos afectados una autorización para intervenir en las transmisiones directa e indirecta de programas de televisión, como las controvertidas en los asuntos examinados en los litigios principales, salvo que dichos titulares hayan acordado con el organismo de radiodifusión de que se trate que las obras protegidas se comunicarán también al público a través de ese proveedor, con la condición de que, en este último supuesto, la intervención de dicho proveedor no convierta las referidas obras en accesibles para un público nuevo.

2. Legislación europea

Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DOUE L 265, de 11 de octubre de 2011)

El Parlamento y el Consejo acuerdan modificar la Directiva 2006/116/CE, en los términos siguientes:

1. El plazo de protección de una composición musical con letra expirará setenta años (en lugar de cincuenta) después del fallecimiento de la última

de las siguientes personas con vida, ya estén o no designadas esas personas como coautoras: el autor de la letra y el compositor de la composición musical, siempre que ambas contribuciones fueran creadas específicamente para la respectiva composición musical con letra.

2. Si, una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público, el productor de fonogramas no pone a la venta un número suficiente de copias de un fonograma o no lo pone a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal modo que el público pueda tener acceso individual al fonograma en el momento y lugar que desee, el artista intérprete o ejecutante podrá poner fin al contrato en virtud del cual cede o hace concesión de sus derechos con respecto a la grabación de su interpretación o ejecución a un productor de fonogramas. El derecho a resolver el contrato de cesión o concesión podrá ejercerse si, en el plazo de un año desde la notificación del artista intérprete o ejecutante de su intención de resolver el contrato de cesión o concesión conforme a lo dispuesto en la frase anterior, el productor no lleva a cabo ambos actos de explotación mencionados en dicha frase. Esta posibilidad de resolución no podrá ser objeto de renuncia por parte del artista intérprete o ejecutante. Cuando un fonograma contenga la grabación de las interpretaciones o ejecuciones de varios artistas intérpretes o ejecutantes, estos solo podrán resolver el contrato de cesión o concesión de conformidad con la legislación nacional aplicable. Si se pone fin al contrato de cesión o concesión de conformidad con lo especificado en el presente apartado, expirarán los derechos del productor del fonograma sobre este.

3. Cuando un contrato de cesión o concesión otorgue al artista intérprete o ejecutante el derecho a una remuneración única, tendrá derecho a percibir del productor de fonogramas una remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público. El derecho a obtener esa remuneración anual adicional no podrá ser objeto de renuncia por parte del artista intérprete o ejecutante. El importe total de los fondos que el productor de fonogramas deba destinar al pago de la remuneración anual mencionada en el apartado 2 ter será igual al 20% de los ingresos que el productor de fonogramas haya obtenido, en el año precedente a aquel en el que se abone la remuneración, por la reproducción, distribución y puesta a disposición de los fonogramas en cuestión, una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público.

4. Cuando un artista intérprete o ejecutante tenga derecho a pagos periódicos, no se deducirán de los importes abonados al artista intérprete o ejecutante ningún pago anticipado ni deducciones establecidas contractualmente al cumplirse cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público.

5. Los Estados miembros disponen hasta el 1 de noviembre de 2013 para transponer en sus ordenamientos la Directiva.

VII. Derecho de daños en la Unión Europea

BELÉN TRIGO GARCÍA *

1. Legislación europea

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE L 88, de 4 de abril de 2011, 45 a 65)

La presente Directiva establece normas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad y promueve la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de asistencia sanitaria (art. 1.1.º Objetivo y ámbito de aplicación).

En este contexto, los Estados miembros deben asegurarse de que disponen de mecanismos para proteger a los pacientes y para exigir reparación en caso de daños causados por la asistencia sanitaria prestada en su territorio, y de que estos mecanismos son adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo (Cdo. 24). De ahí que, de acuerdo con el art. 4.2.º, apartados *b*, *c* y *d*, el Estado miembro de tratamiento garantizará que:

– Los prestadores de asistencia sanitaria faciliten información oportuna para ayudar a cada paciente a elegir con pleno conocimiento de causa, especialmente en lo que se refiere a las opciones de tratamiento, sobre la disponibilidad, la calidad y la seguridad de la asistencia que prestan en el Estado miembro de tratamiento y que faciliten igualmente facturas claras e información clara sobre precios, así como información sobre su situación respecto del registro o la autorización pertinente, la cobertura de su seguro u otros medios de protección personal o colectiva en relación con su responsabilidad profesional.

– Se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de tratamiento, cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida.

– Se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares que sean equivalentes o esencialmente comparables en cuanto a su finalidad y adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo, para los tratamientos dispensados en su territorio.

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 25 de octubre de 2013 (art. 21.1.º Incorporación al Derecho nacional).

Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOUE L 110, de 29 de abril de 2011, 1-11)

De acuerdo con los considerandos (4) y (5) de la presente Directiva, la protección de los intereses de los socios y de los terceros exige coordinar las

* Profesora contratada doctora de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela.

legislaciones de los Estados miembros relativas a las fusiones de sociedades anónimas, y es conveniente introducir en el Derecho de todos los Estados miembros la institución de la fusión. Asimismo, en el marco de dicha coordinación, es particularmente importante asegurar una información adecuada y tan objetiva como sea posible a los accionistas de las sociedades que se fusionan, y garantizar una protección apropiada de sus derechos.

Al respecto, se adoptan dos medidas. De una parte (art. 20), las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión. De otra (art. 21), las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida, de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe previsto en el artículo 10, apartado 1, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión.

El art. 10.1.º dispone que por cada una de las sociedades que se fusionen, uno o varios peritos independientes de estas, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, examinarán el proyecto de fusión y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas.

La presente Directiva entró en vigor el 1 de julio de 2011 (art. 33).

Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (DOUE L 174, de 1 de julio de 2011, 88 a 110)

Conforme a esta Directiva, los Estados miembros garantizarán que los aparatos eléctricos y electrónicos (AEE) que se introduzcan en el mercado, incluidos los cables y las piezas de repuesto destinados a su reparación, su reutilización, la actualización de sus funciones o la mejora de su capacidad, no contengan sustancias peligrosas (*vid.* anexo II) (art. 4.1.º Prevención).

Al respecto, se prevé que acompañen a los AEE una declaración UE de conformidad, en la que constará que se cumplen los requisitos especificados en el artículo 4, de modo que al elaborar una declaración UE de conformidad, el fabricante asumirá la responsabilidad de la conformidad del AEE con la presente Directiva (art. 13 Declaración UE de conformidad).

Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 2 de enero de 2013, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva (art. 25.1.º Incorporación al Derecho interno).

Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010 (DOUE L 174, de 1 de julio de 2011, 1-73)

La presente Directiva establece las normas aplicables en lo que se refiere a la autorización, el ejercicio continuo de la actividad y la transparencia de los gestores de fondos de inversión alternativos (GFIA) que gestionen y/o

comercialicen fondos de inversión alternativos (FIA) en la Unión (art. 1 Objeto).

Respecto de estas entidades (Cdo. 23), se considera necesario prever la aplicación de requisitos mínimos de capital, a fin de asegurar la continuidad y regularidad de la gestión de FIA prestada por los GFIA y de cubrir la exposición potencial de los GFIA a los riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con la totalidad de sus actividades, incluida la gestión de FIA sobre la base de un mandato delegado. Así, el art. 9.7.º (Capital inicial y fondos propios) establece que, a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con las actividades que el GFIA pueda realizar con arreglo a la presente Directiva, tanto los FIA gestionados internamente como los GFIA externos deberán o bien tener fondos propios adicionales que sean adecuados para cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en caso de negligencia profesional, o suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional que esté en consonancia con los riesgos cubiertos.

Antes del 22 de julio de 2013, los Estados miembros adoptarán y publicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva (art. 66.1.º Incorporación al Derecho interno).

Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal (DOUE L 174, de 1 de julio de 2011, 74-87)

El considerando (2) de la presente Directiva advierte de que se ha producido un alarmante incremento de medicamentos detectados en la Unión que son falsificados en cuanto a su identidad, su historial o su origen. Estos medicamentos contienen generalmente componentes de baja calidad o falsificados, o bien no los contienen o contienen componentes, incluidos principios activos, en los que la dosificación no es la correcta, y constituyen por ello una amenaza importante para la salud pública.

La experiencia demuestra que estos medicamentos falsificados no solo llegan al paciente a través de vías ilegales, sino también a través de la cadena de suministro legal. Esto plantea una amenaza especial para la salud humana y también puede minar la confianza del paciente en la cadena de suministro legal (Cdo. 3).

De ahí la exigencia de que cualquier agente de la cadena de suministro que envase medicamentos deba ser titular de una autorización de fabricación (Cdo. 12). Para que los dispositivos de seguridad resulten eficaces, al titular de la autorización de fabricación que no sea el fabricante original del medicamento solo se le debe permitir suprimir, sustituir o cubrir dichos dispositivos bajo unas condiciones estrictas. En particular, en caso de reacondicionamiento, los dispositivos de seguridad deben ser sustituidos por dispositivos de seguridad equivalentes. Estas condiciones estrictas deben proporcionar salvaguardias adecuadas contra la introducción de medicamentos falsificados en la cadena de suministro, con objeto de proteger a los pacientes, así como los intereses de los titulares de autorizaciones de comercialización y de los fabricantes.

En concreto, en materia de responsabilidad, los titulares de autorizaciones de fabricación que reacondicionen medicamentos deben ser responsables de los daños en los casos y las condiciones que contempla la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (cdo. 13; *vid.* nuevo art. 47 bis, apartado 2.º).

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 2 de enero de 2013 (art. 2.1.º).

2. Legislación española de incorporación

Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE 127, de 28 de mayo de 2011, 52951-52975)

España es Parte contratante del Convenio de París de 29 de julio de 1960, sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, y del Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, complementario del anterior. En el mes de febrero de 2004 se aprobaron dos nuevas enmiendas de los Convenios de París y Bruselas. Los Protocolos de estas últimas enmiendas de los Convenios de París y de Bruselas fueron ratificados por España con fecha 18 de noviembre de 2005. No obstante, de conformidad con la «Decisión 2004/294/CE, del Consejo, de 8 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio de París, de 29 de julio de 1960, acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio o a adherirse a él», la presentación del instrumento de ratificación del Convenio de París ante el Secretario General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, así como su entrada en vigor, deberá efectuarse conjuntamente y en la fecha en que todos los Estados miembros que son parte del mismo lo acuerden. La necesidad de la Decisión del Consejo es consecuencia de la existencia de competencia comunitaria judicial en los ámbitos civil y mercantil, concretamente a través del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La presente ley, de conformidad con las disposiciones de los Convenios de París y Bruselas, integra en un mismo régimen jurídico los daños nucleares que tradicionalmente se contemplaban en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, y los daños medioambientales de origen nuclear considerados por primera vez en los Protocolos de enmienda de los citados Convenios recientemente ratificados.

Los Convenios de París y Bruselas establecen como principio fundamental la responsabilidad objetiva del explotador por los daños nucleares producidos como consecuencia de un accidente en una instalación nuclear con independencia de la causa origen, dentro de las limitaciones y en las condiciones que se establecen en los mismos. Los Protocolos de enmiendas de estos Convenios, aprobados en febrero del 2004, mantienen esta misma

estructura de compensaciones por daños nucleares. Sin embargo, las cantidades de las compensaciones por cada accidente e instalación se aumentan de manera significativa. Por otra parte, las enmiendas introducen otros cambios significativos en el régimen de responsabilidad civil, entre los que destacan:

a) La extensión del concepto de daño nuclear para incluir toda pérdida económica que se derive de los daños a las personas o a los bienes, las medidas de restauración del medio ambiente degradado, el lucro cesante directamente relacionado con el uso o disfrute del medio ambiente degradado y el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas.

b) La extensión del ámbito geográfico de aplicación del Convenio, para incluir como objeto de compensación, en los casos en que sea procedente, los daños producidos en terceros países firmantes del Protocolo Común de los Convenios de responsabilidad civil nuclear de París y de Viena, así como en terceros países que no tengan instalaciones nucleares o aquellas cuya legislación conceda beneficios recíprocos equivalentes.

c) La extensión del periodo de reclamación por daños personales de 10 a 30 años.

Finalmente, la disposición adicional tercera modifica el art. 2 de la L. 25/1964, de energía nuclear, para redefinir la figura del «titular o explotador» de una autorización, e incorporar la definición de «seguridad nuclear» acorde con la definición establecida en la Directiva 2009/71/Euratom de 25 de junio de 2009, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares sobre seguridad nuclear.

Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (BOE 181, de 29 de julio de 2011, 85650-85705)

La presente ley transpone en nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas integrándolas en una única norma («Directiva marco de residuos»), y sustituye a la anteriormente vigente Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.

De una parte, establece una responsabilidad ampliada del producto del producto. Así, se entenderá por productor del producto la persona física o jurídica, que de forma profesional desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos (art. 31. Concepto y obligaciones). En aplicación de la responsabilidad ampliada y con la finalidad de promover la prevención y de mejorar la reutilización, el reciclado y la valorización de residuos, los productores de productos que con el uso se convierten en residuos podrán ser obligados a:

a) Diseñar productos de manera que a lo largo de todo su ciclo de vida se reduzca su impacto ambiental y la generación de residuos, tanto en su fabricación como en su uso posterior, y de manera que se asegure que la valorización y eliminación de los productos que se han convertido en residuos se desarrolle de conformidad con lo establecido en esta Ley.

b) Desarrollar, producir, etiquetar y comercializar productos aptos para usos múltiples, duraderos técnicamente y que, tras haberse convertido en residuos, sea fácil y clara su separación y puedan ser preparados para su reutilización o reciclado de una forma adecuada y sin riesgos y a una valorización y eliminación compatible con el medio ambiente.

c) Aceptar la devolución de productos reutilizables, la entrega de los residuos generados tras el uso del producto; asumir la subsiguiente gestión de los residuos y la responsabilidad financiera de estas actividades, ofrecer información a las instalaciones de preparación para la reutilización sobre reparación y desguace, así como información accesible al público sobre en qué medida el producto es reutilizable y reciclable.

d) Establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento.

e) Responsabilizarse total o parcialmente de la organización de la gestión de los residuos, pudiendo establecerse que los distribuidores de dicho producto compartan esta responsabilidad.

f) Utilizar materiales procedentes de residuos en la fabricación de productos.

g) Proporcionar información sobre la puesta en el mercado de productos que con el uso se convierten en residuos y sobre la gestión de estos, así como realizar análisis económicos o auditorías.

h) Informar sobre la repercusión económica en el producto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada.

De otra parte, establece la obligación de realizar las operaciones de descontaminación y recuperación, previo requerimiento de las Comunidades Autónomas, a los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los propietarios de los suelos contaminados y los poseedores de los mismos (art. 36. Sujetos responsables de la descontaminación y recuperación de suelos contaminados; *vid.* art. 42. Alcance de la responsabilidad en materia de residuos).

Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE 184, de 2 de agosto de 2011, 87462-87477)

La presente Ley pretende la trasposición a la legislación interna de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

De las normas de modernización del derecho de las sociedades de capital que la Ley introduce (procedentes de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, de 2002, redactado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación), destaca, en materia de responsabilidad y en relación con el consejo de administración, el régimen jurídico del administrador persona jurídica, recogiendo una referencia específica a la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada y del representante.

Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 240, de octubre de 2011, 104537-104582)

La presente ley tiene como objeto iniciar la transposición de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y adminis-

trativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, y la Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2009/65/CE en relación con las facultades de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados); transposición que se completará con la normativa de desarrollo, y para ello se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

En materia de responsabilidad, el artículo único, apartado veintiuno, de la ley da nueva redacción al art. 17 (Documentos informativos) de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Así, los datos fundamentales para el inversor se considerarán información precontractual. Serán imparciales, claros y no engañosos, y deberán guardar coherencia con las correspondientes partes del folleto. No se incurrirá en responsabilidad civil como consecuencia solo de los datos fundamentales para el inversor, o de su posible traducción, a menos que sean engañosos, inexactos o incoherentes en relación con las correspondientes partes del folleto. En el documento con los datos fundamentales para el inversor se incluirá una advertencia clara al respecto.

Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias (BOE 240, de 5 de octubre de 2011, 104642-104655)

El objeto de esta Ley es la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias con el fin de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria (art. 1. 1.º Objeto y finalidad; *vid.* art. 30 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la disposición adicional cuarta de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural; y el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias). Al respecto, en Europa se ha trabajado en este sentido, como lo demuestra la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

La explotación agraria de titularidad compartida es la unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria (art. 2.1.º Naturaleza). La responsabilidad será directa, personal, solidaria e ilimitada de las dos personas titulares (art. 4.3.º Administración, representación y responsabilidad de la explotación agraria de titularidad compartida).

3. Jurisprudencia comunitaria

STJUE (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011, asunto C-409/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), sobre

seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.—El Tribunal considera que la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, y la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a disposiciones nacionales del Derecho de la responsabilidad civil que permiten excluir o limitar el derecho de la víctima de un accidente a reclamar una indemnización por el seguro de responsabilidad civil del vehículo automóvil implicado en el accidente sobre la base de una apreciación individual de la contribución de manera exclusiva o parcialmente de dicha víctima a su propio daño.

VIII. Derecho de *trusts* en la Unión Europea

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN *

Los efectos en España de una planificación sucesoria a la «norteamericana» por parte de una ciudadana española: la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 25 de marzo de 2010

El 25 de marzo de 2010, la Audiencia Provincial de Jaén ha tenido que pronunciarse sobre una controversia en que aparece involucrado un *trust* (JUR 2010\195070). Se trata de un nuevo caso que pone en entredicho el que esta figura raramente entre en contacto con la realidad jurídica española y, por ende, la no necesidad de ratificar el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento.

En esta misma Sección (ADC, 2009, 1), comentábamos uno de los pocos pronunciamientos del Tribunal Supremo español acerca de la institución angloamericana y el reconocimiento de sus efectos en España (STS de 30 de abril de 2008). En aquella ocasión, el TS tuvo que resolver acerca de la titularidad de un bien inmueble situado en España que, según entendía la recurrente, tras el fallecimiento de su padre y con arreglo a los términos del *trust* que este había constituido en vida con su esposa, debía transmitirse en su mitad indivisa a un *trust* del que ella era beneficiaria. El Tribunal Supremo confirmó la aplicación del derecho americano a la sucesión, por ser este el de la nacionalidad del causante y hallarnos ante un *trust* dirigido a ordenar la sucesión pero, al no haber quedado acreditado suficientemente el derecho

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Cantabria.

extranjero, terminó aplicando subsidiariamente el derecho español. En aplicación del derecho de nuestro ordenamiento y por ser el *trust* institución desconocida en España, el Tribunal tomó en consideración exclusivamente el testamento del causante (otorgado a la vez que el *trust*), y con arreglo al mismo, entendió correctamente adjudicada la mitad indivisa del inmueble a la esposa del causante [«(...) no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, (el juez) se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho, a partir de las cuales resulta correcta la adjudicación de la mitad indivisa del chalet a que se ha hecho referencia»]. En otros términos y al margen del resultado concreto que se alcanzó en este caso, el Tribunal omitió la existencia del *trust* extranjero por desconocerse la figura en derecho español.

La sentencia del TS de 30 de abril de 2008 es retomada por la Audiencia Provincial de Jaén, por entender que el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de Instancia se basa en una incorrecta interpretación de aquella. En el caso que aquí nos ocupa, la causante, de nacionalidad española, había constituido un revocable *living trust* (*trust* inter vivos revocable) cuyos bienes, tras su fallecimiento, debían dividirse entre un *trust* matrimonial (*marital trust*) y un *trust* familiar (*family trust*). Por lo tanto, al igual que en el supuesto sobre el que se pronunció el Tribunal Supremo, estamos ante lo que en la práctica norteamericana se conoce como un *AB trust*, *bypass*, *credit shelter* o *life estate trust*. Este tipo de *trust* es utilizado en muchos estados norteamericanos por matrimonios que quieren disminuir (y no por ello eludir) la carga tributaria que conlleva la transmisión de bienes *mortis causa*. Para ello se acuerda que, al fallecimiento del primer cónyuge, los bienes del revocable *living trust* queden divididos en dos *trusts* diferentes, que reciben distinto tratamiento fiscal. La parte que corresponde al cónyuge superviviente en los bienes comunes sigue en el originario revocable *living trust*, que a partir de ese momento es comúnmente conocido como *marital trust*, *A trust* o *trust* del cónyuge superviviente. Dicho cónyuge es el único beneficiario de los réditos generados por los bienes y conserva la facultad de modificar o revocar el *trust*. En cambio, la parte que corresponde al cónyuge difunto en los bienes comunes y, en su caso, sus bienes privativos, se transmite al *family trust*, *trust B* o *trust* del cónyuge difunto. Este es un *trust* irrevocable (de ahí el diferente tratamiento fiscal) en que el cónyuge superviviente suele ser también *trustee* y beneficiario de los frutos hasta su muerte. En el caso de ser los hijos los destinatarios finales de los bienes tras el fallecimiento del segundo progenitor (lo más frecuente en el caso de existir hijos), se puede acordar que en ese momento los bienes se transmitan directamente a los hijos o a otros *trusts* constituidos en su favor. De esta forma, los *settlers* pueden transmitir su patrimonio a sus hijos o destinatarios finales utilizando cada uno de ellos el importe exento a efectos del *Estate Tax* (en el caso de fallecer entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, dicho importe es de 5000000 dólares). De no recurrir a este instrumento, la planificación sucesoria no estaría aprovechando el importe exento a que tiene derecho uno de los cónyuges. En el caso de autos la causante no tenía descendencia, con lo que nombra como beneficiarios finales a Torcuato y Soga Gakkai Internacional USA en 1/10 y 9/10 partes, respectivamente.

La habitual planificación sucesoria norteamericana combina un revocable *living trust* y un testamento. A través del testamento el causante dispone *mortis causa* de aquellos bienes que no ha transmitido en vida al *trust*, acor-

dando habitualmente su transmisión, en ese momento, al revocable *living trust* («*pour over will*»). En el caso que nos ocupa, la resolución judicial hace exclusivamente mención a la cláusula testamentaria segunda, apartado 2, conforme a la cual «para el caso de que por cualquier razón mi fideicomiso revocable en vida no esté vigente en el momento de mi fallecimiento, la disposición de mis bienes se hará conforme a los términos de mi fideicomiso revocable en vida como si estuviera en plena vigencia y efectos en la fecha de mi fallecimiento». Habida cuenta que efectivamente estos *trusts* o fideicomisos –en su traducción al castellano– se habían extinguido ya, incluso antes de la muerte del esposo de la causante que falleció en estado de viuda, Torcuato y Soga Gakkai Internacional USA solicitan ser declarados únicos herederos testamentarios y se declare la nulidad del auto de declaración de herederos dictado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Jaén, así como los actos jurídicos basados en dicha declaración.

En Primera Instancia, el Juzgado núm. 3 de Jaén desestima la pretensión de validez del testamento presentado. Afirma que conforme al artículo 9.1 Cc, la ley aplicable es la española por tener la causante dicha nacionalidad, pero entiende que se ha de acreditar la existencia de una declaración de herederos conforme al derecho que ha dado vida al testamento. Al tener este como complementario el *trust* constituido con la misma fecha por la causante y en el que lo que se nombran son beneficiarios y no herederos, el Tribunal entiende que la parte actora debió cumplir con la carga de acreditar el contenido del derecho americano a fin de poder comprobar si, con arreglo al mismo, los beneficiarios de un *trust* también tienen la consideración de herederos.

La Audiencia Provincial de Jaén entiende que el error y contradicción en que incurre el juzgador de instancia, al solicitar acreditar el derecho extranjero a pesar de ser las normas sucesorias españolas las que resultan de aplicación, se debe a la interpretación dada a la doctrina contenida en la sentencia del TS de 30 de abril de 2008. Según el Juzgador de Instancia, dicha doctrina sancionaría la invalidez en España de la figura del *trust* cuando en realidad –en opinión de la Audiencia Provincial de Jaén– se limita a declarar la invalidez del *trust* en el caso concreto enjuiciado por falta de acreditación del derecho aplicable al contenido del mismo, que en ese caso sí era el norteamericano, por ser esa la nacionalidad del causante. «En todo caso –añade la Audiencia– no es la validez del *Living Trust* aportado a los autos el quid de la cuestión de fondo a resolver en el presente supuesto, sino (...) la validez material del testamento otorgado simultáneamente a aquel y más concretamente, si el mismo se ha de entender cómo se alega, no contiene la institución de heredero». Y conforme a lo previsto en los arts. 675 y 773 Cc y la propia doctrina del Tribunal Supremo en materia de interpretación de la voluntad testamentaria, afirma que «(...) en el supuesto de autos habremos de concluir que del contenido de la cláusula testamentaria segunda apartado 2 antes expuesta, se deriva la clara voluntad de D.^a Consuelo, de instituir herederos a los actores, porque en ella quedan claramente identificados, ya que con certeza establecía la alternativa de que para el caso de que al momento de su fallecimiento el fideicomiso revocable en vida no estuviese vigente y los propios demandados reconocen que no lo estaba, instituía herederos universales a aquellos (...)».

Coincidimos con la Audiencia Provincial de Jaén en que el problema que nos ocupa no es la validez del *living trust* constituido por la causante, y que por otra parte no estaba ya en vigor a su muerte, sino la validez del testamento otorgado simultáneamente a aquel y más concretamente, la de la institu-

ción de heredero contenida en el mismo. De acuerdo con el art. 732 Cc, «Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen». Lo que efectivamente confirma la norma de conflicto contenida en el art.11.1 Cc («Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen (...)» y sobre todo el art. 1 del Convenio de La Haya sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 y ratificado por España el 10 de junio de 1988. El art. 1 de dicho Convenio, *erga omnes* y por lo tanto aplicable a todos los supuestos de tráfico externo (art. 6: «La aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable en virtud de los artículos precedentes no sean las de un Estado contratante») reconoce la validez formal de las disposiciones testamentarias que responden –entre otras alternativas– a «la ley interna del lugar en que el testador hizo la disposición». Es con arreglo a dicha ley –a la sazón, la del derecho de Illinois– que deberá valorarse también la validez formal de la institución de heredero hecha por remisión al *trust*, un documento extrínseco al testamento aunque otorgado simultáneamente al mismo. Como explicábamos anteriormente, es habitual en derecho norteamericano que la planificación sucesoria se componga de un testamento y un revocable *living trust*, y que se haga referencia, en el testamento, al *trust*. Independientemente de la prueba o no de dicha práctica extranjera, la validez formal del testamento y por ende la de la institución de heredero contenida en el mismo ha quedado acreditada mediante cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 1 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, acerca de la Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, ratificado por España el 25 de septiembre de 1978.

Es cierto que, de acuerdo con el art.11.2 Cc, «si la Ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero» y que una interpretación literal de dicha norma podría llevar a una inversión del sistema de conexiones previsto en el artículo 11.1 y a tener que analizar la validez formal de la institución de herederos conforme al derecho aplicable al contenido del testamento (el español, por ser este el de la ley nacional de la causante en el momento de su fallecimiento: art. 9.8 Cc). No obstante, por una parte debemos recordar que el art. 11 Cc ha perdido su lugar como norma preferente ante la entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. De acuerdo con el art. 7 de dicho texto internacional, el único límite a la validez formal del testamento que cumple los requisitos establecidos por algunas de las leyes declaradas competentes, por el art.1, es el de una incompatibilidad manifiesta con el orden público. Por otra parte, dicha interpretación del art. 11.2 eliminaría la idea del favor *negotii (testamentii)* que inspira el sistema general de conexiones del propio art. 11 Cc. De hecho, de acuerdo con la opinión de buena parte de la doctrina internacional privatista, el art. 11.2 Cc intentaría lograr una «armonía internacional de soluciones» de los distintos sistemas jurídicos en presencia, resolviendo un posible conflicto de calificaciones a favor de la *lex substantiae*. Es decir que, únicamente cuando desde la perspectiva del ordenamiento de la *lex substantiae* los aspec-

tos formales del testamento quedan sujetos a otra ley distinta de la *lex loci*, volverían a jugar las conexiones del art. 11.1 Cc.

Una vez determinada la validez formal del testamento y de la institución de herederos contenida en el mismo y hecha por remisión al documento del *trust*, procede analizar la validez material de dicho acto jurídico de conformidad con el derecho español (art. 9.8 Cc). Coincidimos una vez más con la Audiencia Provincial de Jaén en que el supuesto de autos se diferencia, en este aspecto, del caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008, en que entonces el causante tenía nacionalidad norteamericana. De ahí que no proceda exigir a los demandantes/recurrentes, en el presente supuesto, la acreditación del contenido del derecho americano que no es el de la nacionalidad de la causante. No obstante, la solución por la que optó el Tribunal Supremo ante la falta de acreditación del derecho norteamericano, consistente en la aplicación del derecho español como *lex substantiae*, acerca sustancialmente ambos casos. Como consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico español, el Tribunal Supremo declaró que «(...) no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, (el juez) se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho (...)». Tal y como afirma la Audiencia Provincial de Jaén, ello no significa la «(...) invalidez con carácter general del *trust* anglosajón» o que «(...) acreditado el contenido de la legislación que lo regula, no se pueda determinar su aplicabilidad». Ahora bien, sí implica que, cuando proceda aplicar la ley española al contenido de la planificación sucesoria, la referencia a las relaciones jurídicas derivadas de un *trust* puede conllevar –ante el desconocimiento de la figura en España–, el no reconocimiento de efectos a dicha institución (opción esta que no compartimos, tal y como pusimos de manifiesto en la crónica a que antes se ha hecho referencia, ADC, 2009, 1).

En el caso de autos, la remisión al *trust* (con independencia de su vigencia al momento de apertura de la sucesión) tiene por finalidad determinar la identidad de los herederos y su participación en la herencia, es decir, proceder a la distribución de los bienes. Dicha distribución es la querida por la testadora y siempre que resulte posible conocer a los herederos por alguna circunstancia que no deje duda acerca de su identidad (art. 772 Cc), y que la distribución de los bienes no vulnere alguna norma de derecho imperativo, la institución será válida. Todo lleva, por lo tanto, a entender el modo en que se distribuyen los bienes del revocable *living trust* al fallecimiento del *settlor*. En el caso de autos, esta cuestión no debería plantear ninguna dificultad si, tal y como se deduce de la exposición fáctica hecha por la sentencia de la Audiencia, los destinatarios finales de los bienes al fallecimiento de la causante eran Torcuato y Soga Gakkai Internacional USA, en 1/10 y 9/10 partes, respectivamente. No ofrece duda entonces la voluntad de la causante de instituir como herederos a Torcuato y Soga Gakkai y, en la medida en que no existen descendientes cuyos derechos legitimarios haya que respetar, nada se opone a la validez de la institución hereditaria.

Ahora bien, también podía haberse dado el supuesto en que la causante/*settlor* hubiera acordado que, tras el fallecimiento de ambos cónyuges, los bienes han de transmitirse a nuevos *trusts* testamentarios creados *mortis causa* a favor de Torcuato y Soga Gakkai. O bien, que estuviéramos discutiendo la distribución de los bienes del *trust* tras el fallecimiento del primer *settlor*/cónyuge. En este último caso, probablemente con arreglo a los térmi-

nos del revocable *living trust* los bienes habrían de distribuirse en dos *trusts* (*marital* y *family trust*) bajo la titularidad del cónyuge supérstite, en calidad de *trustee* y beneficiario de rédito, y la de los Torcuato y Soga Gakkai, en calidad de destinatarios finales y beneficiarios de capital. No olvidemos que el *trust* angloamericano conlleva la «*dual ownership*», desconocida en derecho español. Aunque el testamento y la remisión al *trust* cumplieran entonces con los requisitos exigidos por la ley del lugar de otorgamiento del testamento, habría sido imposible entender el modo en que han de distribuirse los bienes con arreglo al *trust*, sin entrar a calificar la posición que ocupan los distintos tipos de beneficiarios en dicha institución.

En otros términos, aunque el derecho material aplicable para determinar la validez del testamento es el español y no el de Illinois, la remisión (aunque indirecta) en dicho testamento a una figura desconocida en España puede llevar al juez español a desconocer la validez del testamento. Este desenlace se puede evitar mediante la firma y ratificación del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. El texto internacional, además de determinar cuál es la ley aplicable al *trust*, ofrece una descripción de la figura y de sus elementos más significativos, convirtiéndose en un instrumento adecuado para la resolución de los problemas que genera la aparición de un *trust* en una situación de tráfico externo que afecta a España.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio 2011-octubre 2011)

GUILLEM CANO PALOMARES *

Asunto Ruspoli Morenes c. España (demanda 28979/07), sentencia de 28 de junio de 2011. Art. 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes).

En 1999, los demandantes, propietarios de la obra de Francisco de Goya «La Condesa de Chinchón», conforme a la ley 16/1985 del 25 de junio sobre el Patrimonio Histórico Español, notificaron a la Administración su intención de vender dicha obra, así como las condiciones de compra que habían pactado con los compradores particulares: pago al contado en el momento de entrega de 24.040.484,17 euros y, en caso de pago diferido, la actualización del importe conforme al índice de precios al consumo incrementado en el interés legal.

El Ministerio de Educación y Cultura ejerció el derecho de tanteo y adquisición del cuadro. La obra fue entregada en febrero del año 2000. Los demandantes interpusieron un recurso contencioso-administrativo y reclamaron el importe de la venta. Durante la tramitación del recurso, la Administración efectuó el pago en dos plazos, uno en enero y otro en julio del año 2001.

Mediante sentencia de 11 de octubre de 2001, la Audiencia Nacional rechazó las pretensiones de los demandantes. Señaló que el artículo 38.2 de la Ley sobre el Patrimonio Histórico Español autorizaba a la Administración a diferir en dos períodos contables, el pago de los bienes de interés cultural adquiridos en el ejercicio del derecho de tanteo. La Audiencia consideró que la Administración realizó el pago en el plazo fijado en la ley, es decir, en un período no superior a dos ejercicios económicos y que, mientras lo haga en ese tiempo, no está obligada a pagar intereses, ya que no ha incurrido en mora.

Los demandantes interpusieron recurso de casación. Por una sentencia de 21 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo desestimó su recurso y confirmó la sentencia impugnada.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 2 de julio de 2007. Invocando el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio, los demandantes estimaban que las condiciones de venta aplicables a la Administración habrían debido ser las mismas que las acordadas con los compradores privados en caso de pago diferido, esto es, la revalorización del importe conforme al índice de precios al consumo incrementado en el interés legal.

El TEDH constata que las disposiciones legales que fueron aplicadas en la venta del cuadro en litigio tenían por finalidad, reglamentar, entre otras

* Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría. Estos resúmenes están basados en las sentencias del TEDH y en algunas traducciones de las mismas al español realizadas por los Servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado. Las sentencias originales en francés y las traducciones al español pueden consultarse en la página web del TEDH (<http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc>).

cosas, el mercado de los bienes que forman parte del patrimonio histórico español fijando las condiciones de su enajenación y fijando particularmente un derecho de tanteo a favor del Estado sobre este tipo de bienes. En la medida en que los demandantes decidieron libremente poner su cuadro a la venta, no fueron objeto de una «privación del bien» en el sentido de la segunda frase del primer apartado del artículo 1, sino de una medida dirigida a «reglamentar el uso» del cuadro en el sentido del segundo apartado de este artículo.

El TEDH considera que la ejecución del derecho de tanteo constituyó una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes, injerencia que estaba prevista en el artículo 38 de la Ley del Patrimonio Histórico Español. En efecto, el artículo 38 § 2 no hace referencia alguna a la obligación de la Administración de actualizar el precio en caso de pago diferido. Dicha injerencia perseguía un fin legítimo: el control del mercado de las obras de arte presenta un interés para el patrimonio del Estado y constituye un fin legítimo en el marco de la protección del patrimonio cultural y artístico de un país. El Tribunal precisa que su tarea consistirá en examinar las modalidades de aplicación del derecho de tanteo en este caso. Tales modalidades entran en el marco del margen de apreciación del Estado, excepto si llegan a resultados tan anormales que la legislación se considere inaceptable. El Tribunal estima que el margen de apreciación del Estado es todavía más amplio cuando se trata de un bien declarado de interés cultural o catalogado como patrimonio histórico. Así, el Tribunal considera que los propietarios de obras de arte que tienen un interés para el patrimonio artístico de la nación deben prever que soportarán restricciones de su derecho en razón de la protección del interés general y de la naturaleza particular de estos bienes. A pesar de ello, cualquier afectación al derecho al respeto de los bienes debe procurar un «justo equilibrio» entre las exigencias del interés general de la colectividad y las de la protección de los derechos fundamentales del individuo.

El TEDH señala que las restricciones aplicables (obligación de notificar a la Administración la intención de vender el cuadro, con el fin de que pueda ejercer su derecho de tanteo; el vendedor no puede fijar las condiciones unilateralmente y la transacción debe efectuarse conforme a la reglamentación aplicable) se explican por el deseo de la Administración de centralizar, tanto como sea posible, la conservación y promoción de obras de arte con el fin de satisfacer la obligación que emana del artículo 46 de la Constitución y de facilitar el acceso al conjunto de la población. El cuadro está ahora expuesto en la pinacoteca española más importante, esto es, el Museo del Prado de Madrid. No obstante, el TEDH procede a evaluar si el daño patrimonial alegado constituyó una carga desproporcionada. Constata al respecto que los demandantes recibieron la totalidad del precio de venta del cuadro, o sea 24.040.484,17 euros, antes del fin del plazo de dos períodos contables previsto por la ley. Además, el artículo 38 de la Ley sobre el Patrimonio Histórico Español no contiene previsiones expresas en cuanto a una eventual actualización del precio en caso de pago diferido. Así pues, los demandantes no podían razonablemente esperar una actualización del precio. En efecto, el artículo 38 § 2 de la Ley no dejaba ningún margen de apreciación a la Administración, ya que disponía estrictamente que esta última había de pagar al propietario del bien el precio acordado en el acto de enajenación. Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH concluye que los demandantes no han soportado una carga desproporcionada ni excesiva, y que el justo equilibrio requerido por el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio no ha sido, por consiguiente, quebrantado en este caso. Así pues, no ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Asunto Lizaso Azconobieta c. España (demanda 28834/08), sentencia de 28 de junio de 2011. Art. 6.2 del CEDH (presunción de inocencia).

El 5 de junio de 1994, en una operación policial de la Guardia Civil contra ETA, el demandante fue detenido. Tres días más tarde, en una rueda de prensa ante diversos medios de comunicación, el Gobernador civil de Guipúzcoa se refirió al demandante como miembro del comando Kurruli de ETA, responsable de tres atentados. Las declaraciones del Gobernador civil fueron difundidas en el telediario de mediodía de la cadena de televisión autonómica vasca, así como en varios periódicos regionales y nacionales. El 10 de junio de 1994, el demandante fue puesto en libertad sin cargos.

El demandante presentó una querrela contra el Gobernador civil de Guipúzcoa por presuntos delitos de injurias y calumnias. Por una decisión de 27 de mayo de 1996, el Juez de instrucción núm. 3 de San Sebastián consideró que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito. El Juez consideró, por otra parte, que la reputación del demandante podía haber sido afectada y señaló que el demandante tenía la posibilidad de reclamar una indemnización ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción contencioso-administrativa solicitando la responsabilidad de la Administración. El demandante ejercitó una acción de protección del honor ante el Juez de primera instancia núm. 4 de San Sebastián que, por una sentencia del 1 de junio de 1998 acogió sus pretensiones y condenó al Gobernador civil a pagar al demandante una indemnización de cinco millones de pesetas (30.000 euros). El Gobernador civil y la Fiscalía apelaron. Por una sentencia del 26 de marzo de 1999, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa confirmó la sentencia impugnada. El Gobernador civil recurrió en casación. Por una sentencia del 6 de julio de 2004, el Tribunal Supremo estimó el recurso, casó la sentencia de la Audiencia Provincial y anuló la sentencia de primera instancia. A la luz de la transcripción de la rueda de prensa efectuada en el procedimiento de primera instancia, el Tribunal Supremo estimó que no era posible deducir de las intenciones del Gobernador civil, la imputación directa, concreta y sin otra posibilidad de interpretación de la pertenencia del demandante al comando, ni de haber sido el autor de los crímenes cometidos por este último. Invocando los artículos 18 (derecho al honor) y 24 (derecho a la presunción de inocencia) de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La Fiscalía solicitó la concesión del amparo al demandante. Por una sentencia del 10 de diciembre de 2007, notificada el 17 de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso. Contrariamente a las pretensiones del demandante y de la Fiscalía, el Tribunal Constitucional estimó, que a diferencia del asunto *Alenet de Ribemont c. Francia* (sentencia del TEDH de 10 de febrero de 1995, serie A n.º 308), en la rueda de prensa de este caso, el Gobernador civil no había realizado una declaración de culpabilidad del demandante sino que se había limitado a precisar, en términos mejor o peor elegidos, el motivo que determinó la detención del demandante en respuesta a los datos y a los resultados obtenidos en la investigación policial en el momento de la celebración de la rueda de prensa.

La demanda ante el TEDH fue presentada el 11 de junio de 2008. Invocando el artículo 6.2 CEDH, el demandante se quejaba de las expresiones del Gobernador civil de Guipúzcoa en la rueda de prensa del 8 de junio de 1994.

El TEDH recuerda que el derecho a la presunción de inocencia no se limita a una garantía procesal en materia penal, sino que, además, exige que ningún representante estatal o autoridad pública declare culpable a una persona antes de que su culpabilidad sea dictaminada por un tribunal. Asimismo, considera que si bien la libertad de expresión y comunicación implica la posibilidad de hacer públicos los elementos objetivos del proceso, dichos elementos deben estar exentos de toda apreciación o prejuicio de culpabilidad. Hay que hacer una distinción entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulneran la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio.

En el presente asunto, el TEDH observa que el 8 de junio de 1994, solo tres días después del arresto y detención del demandante en el marco de una operación policial llevada a cabo contra la organización terrorista ETA, el Gobernador civil de Guipúzcoa organizó una rueda de prensa. Identificó al demandante por su nombre en dos ocasiones, a petición de los periodistas. Se refirió al demandante, sin matices ni reservas, como uno de los miembros de un comando terrorista que habían sido detenidos en una operación policial. A este respecto, el TEDH señala que el Gobernador civil no se refirió al demandante como un «presunto» miembro del comando, aun cuando la investigación policial no había finalizado en el momento en el que se celebró la rueda de prensa. Por otra parte, el Gobernador civil señaló que las fuerzas y cuerpos de seguridad habían llegado «a la convicción» de que este comando era el responsable de tres atentados mortales cometidos en la provincia de Guipúzcoa. El TEDH señala que la rueda de prensa convocada por el Gobernador civil tuvo lugar cuando el demandante no había sido aun puesto a disposición del Juez para hacer su declaración. Por tanto, era particularmente importante en esta fase precoz, es decir, antes incluso de la apertura de diligencias penales contra el demandante, no formular alegaciones públicas que pudieran ser interpretadas como una confirmación de que el demandante había sido considerado culpable o, al menos, miembro de un comando terrorista asesino. Tomadas en su conjunto, las declaraciones del Gobernador civil, en la medida en que reflejan una apreciación previa de los cargos que pueden ser imputados al demandante y proporcionan a la prensa la identificación de este último, no se concilian con el respeto a la presunción de inocencia. La rueda de prensa así realizada, de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuzgaba de la apreciación de los hechos por parte de los jueces competentes. Por consiguiente, ha habido vulneración del artículo 6.2 CEDH.

El TEDH decide conceder al demandante 12.000 euros por perjuicio moral y la cantidad de 6.400 euros por todos los gastos ocasionados.

Asunto Tendam c. España (demanda 25720/05), sentencia de 28 de junio de 2011. Art. 41 del CEDH (satisfacción equitativa).

El demandante es un ciudadano alemán residente en Santa Cruz de Tenerife. En marzo de 1986 el demandante fue detenido y acusado del robo de unas colmenas de abejas. En agosto del mismo año fue puesto en libertad provisional. En el marco de otro procedimiento, el demandante fue acusado de receptación de bienes robados. En 1993, el demandante fue absuelto por ambos delitos. La Audiencia Provincial de Tenerife consideró que no había

pruebas concluyentes de su culpabilidad en lo que se refería al delito de robo. El Juzgado de lo penal núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife lo absolvió del delito de receptación, después de que el Ministerio Fiscal retirara la acusación.

A pesar de las reclamaciones del demandante para recuperar sus bienes incautados durante los registros policiales en el curso de la investigación, muchos de ellos no le fueron devueltos y algunos estaban deteriorados. El demandante reclamó ante el Ministerio de Justicia con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios, por los bienes perdidos y deteriorados, así como por los ciento treinta y cinco días pasados en prisión provisional. El Ministerio rechazó dichas reclamaciones. Respecto a la indemnización por la prisión provisional, el Ministerio señaló que el demandante fue absuelto en apelación debido a la ausencia de pruebas suficientes para fundar su condena y no por la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo, por lo que no cumplía la exigencia enunciada en el artículo 294 LOPJ para tener derecho a una indemnización. El recurso contencioso-administrativo interpuesto contra esta decisión fue desestimado por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 4 de febrero de 1998, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 9 de julio de 2005. Mediante sentencia de 13 de julio de 2010 (véase Crónica del TEDH junio-octubre 2010, ADC, 2011, 1), el TEDH consideró que las autoridades españolas, al denegar una compensación económica por la prisión provisional del demandante, habían incurrido en la violación del artículo 6.2 CEDH, que establece el derecho a la presunción de inocencia. Por otra parte, consideró que había habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH, que establece el derecho al respeto de los bienes, al serle denegada una compensación económica por la pérdida y deterioro de los bienes incautados. El TEDH dictaminó que el Estado español debía abonar al demandante la cantidad de 15.600 euros en concepto de daños morales, y reservó la cuestión de los daños materiales derivados de la violación del derecho de propiedad, invitando al Gobierno y al demandante a mandarle por escrito sus observaciones sobre dicha cuestión y, particularmente, a poner en su conocimiento cualquier acuerdo al que pudieran llegar.

Mediante sentencia de 28 de junio de 2011 (sobre la satisfacción equitativa, art. 41 CEDH), el TEDH, teniendo en cuenta las dificultades para evaluar con precisión el daño material sufrido por el demandante, estima razonable conceder al demandante una indemnización de 200.000 euros, junto al importe que pueda ser debido por impuestos sobre esta cantidad. La sentencia fue adoptada por seis votos contra uno. Se adjunta a la sentencia una declaración discrepante del Juez Saiz Arnaiz.

Asunto Palomo Sánchez y otros c. España (demandas 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06). Sentencia de Gran Sala de 12 de septiembre de 2011. Art. 10 del CEDH (libertad de expresión) y art. 11 del CEDH (libertad de asociación).

Los demandantes trabajaban como repartidores para la empresa P. contra la cual habían iniciado, a título individual, varios procedimientos ante la jurisdicción social. Los demandantes reclamaban que su condición de trabajadores asalariados con carácter especial, confirmada por sentencias del 2 de mayo y del 30 diciembre de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, fuera aceptada por el empresario con el fin de integrarse en el régimen

pertinente de la Seguridad Social. En el marco de estos procedimientos, representantes de un comité de repartidores no asalariados en el seno de la empresa P. habían declarado en contra de los demandantes.

El 21 de mayo de 2001, los demandantes constituyeron el sindicato «Nueva alternativa asamblearia» (N.A.A.), para defender sus intereses y los de los otros repartidores asalariados frente a las iniciativas tomadas por la empresa P. con el fin de que renunciaran a su condición de asalariados. Los demandantes integraron la comisión ejecutiva del sindicato. El 3 de agosto de 2001, los demandantes informaron a la empresa P. de la constitución de la sección sindical en el seno de la empresa, de su composición y de su elección como miembros de la comisión ejecutiva de dicha sección sindical. Juan Manuel Palomo Sánchez era el delegado sindical, Francisco Antonio Fernández Olmo el secretario de tesorería, Agustín Álvarez Lecegui el secretario de prensa y propaganda y Francisco José María Blanco Balbas el secretario de organización. El sindicato N.A.A. publicaba un boletín de información mensual. El boletín del mes marzo 2002 (*sic*) informaba de la sentencia del 2 de abril de 2002 dictada por el Juzgado de lo social núm. 13 de Barcelona que había acogido parcialmente las pretensiones de los demandantes condenando a la empresa P. a pagarles ciertos importes relativos a los salarios de los que era deudora. En la portada del boletín, un dibujo con diálogos mostraba una caricatura del director de recursos humanos, G., sentado detrás de un pupitre bajo el cual se encontraba una persona a cuatro patas, de espaldas y, al lado, otras dos personas, A. y B., también empleados de la empresa P. y representantes de un comité de repartidores no asalariados en el seno de esta última, que contemplaban la escena y esperaban turno para ocupar el sitio bajo el pupitre y satisfacer al director. En el interior del boletín, dos artículos denunciaban vigorosamente el hecho de que estas dos personas habían declarado a favor de la empresa P. en un procedimiento instado por los demandantes en contra de aquella. El boletín fue distribuido entre los trabajadores y expuesto en el tablón de anuncios del sindicato N.A.A. situado en la empresa.

El 3 de junio de 2002 la empresa comunicó a los demandantes su despido por falta grave, en concreto atentar contra el honor de G., A. y B., con fundamento en el artículo 54.1 y 2 c) del Estatuto de los Trabajadores, que permite resolver el contrato de trabajo en caso de incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales por el trabajador. Los demandantes impugnaron esta decisión ante el Juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona que, por una sentencia del 8 de noviembre de 2002, rechazó sus pretensiones y consideró que los despidos estaban justificados. El juez consideró que la decisión de la empresa de despedir a los demandantes estaba bien fundada sobre una causa real y seria, a saber, la publicación y exposición en el tablón situado en la empresa de un boletín que contenía un dibujo con diálogos y dos artículos ofensivos (titulados «*Testigos ... de quien? Pues de ellos*» y «*Quien alquila el culo, no caga cuando quiere*») que atentaban contra la dignidad de las personas concernidas. El juez observó en primer lugar que la causa del despido era el contenido del boletín y no la afiliación sindical de los demandantes. En su sentencia se refirió al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales y a su carácter no ilimitado. Consideró que los límites de este derecho debían ser interpretados conforme al principio de la buena fe, lo que, en el marco de las relaciones laborales, debía tener en cuenta el respeto a los intereses del empresario y a las mínimas exigencias de vida en común en el medio profesional. En cuanto al contenido del boletín, el juez consideró que el dibujo y los diálogos de la portada, así como los artícu-

los del interior, eran ofensivos y sobrepasaban los límites de la libertad de expresión y de información, atentando contra el honor y contra la dignidad del director de recursos humanos, de los repartidores A. y B. y contra la imagen de la empresa P. Los demandantes recurrieron esta sentencia. Por una sentencia dictada el 7 de mayo de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la sentencia impugnada en lo que concierne a los demandantes.

Los demandantes recurrieron en casación para unificación de doctrina. Por una resolución del 11 de marzo de 2004, el Tribunal Supremo rechazó este recurso. Los demandantes interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una resolución del 11 de enero de 2006, notificada el 13 de enero de 2006, la alta jurisdicción declaró el recurso inadmisibles por carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 13 de julio de 2006. Invocando los artículos 10 y 11 CEDH, los demandantes alegaban que habían sido despedidos en represalia a su afiliación a un sindicato y a causa de las reivindicaciones de este último, con el pretexto del contenido supuestamente injurioso del boletín informativo de dicho sindicato. Mediante sentencia de 8 de diciembre de 2009 (sentencia *Aguilera Jiménez y otros c. España*), una Sala de la Sección Tercera del TEDH concluyó, por seis votos contra uno, que no había habido vulneración del artículo 10 CEDH y que no se planteaba ninguna cuestión distinta respecto al artículo 11 CEDH. El 7 de marzo de 2010, los demandantes pidieron el reenvío del asunto ante la Gran Sala, en virtud del artículo 43 del Convenio y del artículo 73 del Reglamento, sosteniendo que había habido violación de los artículos 10 y 11 CEDH. El 10 de mayo de 2010, el colegio de cinco jueces de la Gran Sala estimó esta petición.

En la sentencia de la Gran Sala, el TEDH señala, de entrada, que vistos los hechos de la causa la cuestión de la libertad de expresión se encuentra estrechamente asociada con la libertad de asociación en el contexto sindical. Pero considerando que la pertenencia de los demandantes al sindicato no jugó un papel decisivo en el despido de los demandantes, el TEDH estima más apropiado examinar los hechos desde la perspectiva del artículo 10, el cual será interpretado no obstante, a la luz del artículo 11. El TEDH considera que los miembros de un sindicato deben poder expresar ante el empresario sus reivindicaciones tendentes a mejorar la situación de los trabajadores en el seno de su empresa. Un sindicato que no tiene la posibilidad de expresar libremente sus ideas en este marco se vería en efecto privado de un medio esencial de acción. Para asegurar el carácter real y efectivo de los derechos sindicales, las autoridades nacionales deben velar para que sanciones desproporcionadas no disuadan a los representantes sindicales de su intención de expresar y defender los intereses de sus miembros. La expresión sindical puede tener forma de boletines informativos, de folletos, de publicaciones y de otros documentos del sindicato, cuya distribución por los representantes de los trabajadores que actúan en nombre de un sindicato debe ser, por tanto, autorizada por la dirección, como lo enuncia la Conferencia general de la OIT en su Recomendación n.º 143, del 23 de junio de 1971.

En este caso, los jueces españoles han sido llamados a ponderar el derecho a la libertad de expresión de los demandantes, garantizado por el artículo 10 del Convenio, y el derecho al honor y a la dignidad de G., A. y B. en el contexto de una relación laboral. Los despidos de los demandantes no resultan de una intervención directa de las autoridades nacionales. La responsabilidad de estas últimas puede estar comprometida, sin embargo, si de los

hechos alegados resultase una omisión de su deber de garantizar a los demandantes el disfrute del derecho consagrado por el artículo 10 del Convenio. En estas condiciones, el TEDH considera que procede examinar las presentes demandas desde la perspectiva de las obligaciones positivas que incumben al Estado demandado en el ámbito del artículo 10, a la luz del artículo 11. Por tanto, analizará si, en este caso, las autoridades judiciales españolas debían estimar las demandas de anulación de los despidos litigiosos para preservar la libertad de expresión de los demandantes en el contexto de las relaciones laborales.

En cuanto a la cuestión de saber si las expresiones de los demandantes pueden considerarse atentatorias contra la reputación ajena, el TEDH no aprecia ninguna razón para cuestionar las conclusiones a las que llegan los tribunales internos, para los que el dibujo y los dos artículos litigiosos eran de carácter ofensivo y perjudicial para la reputación de otros. El Tribunal recuerda que debe hacerse una clara distinción entre la crítica y el insulto. Considera pues que las razones expuestas por los tribunales nacionales se conciliaban con el fin legítimo consistente en proteger la reputación de las personas físicas aludidas en la caricatura y en los textos en cuestión, y que la conclusión según la cual los demandantes se habían extralimitado en la crítica admisible en el marco de las relaciones laborales no debe ser considerada como infundada o carente de un fundamento fáctico razonable.

Sobre la cuestión de saber si la sanción del despido fue proporcionada en relación con la gravedad de las expresiones enjuiciadas, el TEDH señala que la caricatura y los artículos litigiosos publicados en el boletín de la sección sindical a la cual pertenecían los demandantes se inscribían en el marco de un conflicto que enfrentaba a los demandantes y a la empresa P. El debate no era puramente privado; se trataba, al menos, de una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa P. No obstante, la existencia de tal cuestión no justificaba la utilización de caricaturas y expresiones ofensivas, incluso en el marco de la relación laboral. Además, estas últimas no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en el marco de un intercambio oral rápido, sino que se trataba de expresiones escritas, publicadas con toda lucidez y expuestas públicamente en el seno de la empresa P. Los tribunales nacionales tuvieron en cuenta todos estos elementos cuando estudiaron el recurso de los demandantes. En efecto, realizaron un profundo examen de las circunstancias del caso y sopesaron los intereses contrapuestos en juego, teniendo en cuenta los límites del derecho a la libertad de expresión y los derechos y obligaciones recíprocas propias del contrato laboral y en el ámbito profesional. Desde el punto de vista del TEDH, las conclusiones que alcanzaron no pueden ser consideradas irrazonables. El Tribunal recuerda que para poder prosperar, las relaciones laborales deben basarse en la confianza entre las personas. Tal y como el Juzgado de lo social subrayó con razón, aunque la buena fe en el marco de un contrato de trabajo no implica un deber de lealtad absoluta hacia el empresario ni una obligación de reserva que entrañe la sujeción del trabajador a los intereses del empresario, ciertas manifestaciones del derecho a la libertad de expresión que podrían ser legítimas en otros contextos no lo son en el marco de la relación laboral. Además, una ofensa a la honorabilidad de las personas realizada a través de expresiones groseramente insultantes o injuriosas en el ámbito profesional, reviste, debido a sus efectos perturbadores, una gravedad particular, susceptible de justificar sanciones severas.

Por todo ello el Tribunal considera que, en las circunstancias particulares del presente caso, el despido del que los demandantes fueron objeto no fue una sanción manifiestamente desproporcionada o excesiva, cuyo carácter exija que el Estado ponga remedio anulándolo o incluso sustituyéndolo por una sanción menos grave. La Gran Sala, por doce votos contra cinco, considera que no hubo violación del artículo 10, interpretado a la luz del artículo 11 CEDH.

Se adjunta a la sentencia una opinión discrepante común de los Jueces Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović y Vučinić.

Asunto Ortuño Ortuño c. España (demanda 30350/07), sentencia de 27 de septiembre de 2011. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable).

La demandante es madre de dos niños nacidos de su matrimonio con J.A.Q. Por una sentencia del 22 de noviembre de 1996, el Juez de primera instancia núm. 6 de Orihuela (Alicante) declaró la separación matrimonial de los cónyuges y ordenó la liquidación del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes gananciales. Por falta de acuerdo entre las partes en cuanto a los bienes que integran la comunidad de bienes gananciales, el 23 de diciembre de 1998 la demandante solicitó la ejecución de la sentencia de separación con el fin de liquidar el régimen económico matrimonial. Por una sentencia del 31 de julio de 2000, el Juzgado de primera instancia núm. 6 de Orihuela aceptó parcialmente la pretensión de la demandante haciendo inventario de los bienes que integran el activo y el pasivo de la comunidad de bienes gananciales. Por otra parte, ordenó la estimación del valor de los bienes antes de proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial, así como el reparto del haber restante en partes iguales entre la demandante y su esposo.

La demandante presentó dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional quejándose de los retrasos en el procedimiento de ejecución de la sentencia de 31 de julio de 2000. Ambos recursos fueron rechazados por el Tribunal Constitucional. El 30 de enero de 2004, el Juzgado de primera instancia declaró la suspensión del procedimiento de ejecución debido a la presentación del segundo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Después de la sentencia denegatoria del amparo de 15 de enero de 2007, se reanudó el procedimiento de ejecución de la sentencia del 31 de julio de 2000. Se sucedieron diversas vicisitudes en particular con los diferentes peritos nombrados por el Juzgado de Orihuela. A título de ejemplo, 595 días después del plazo de ocho días fijado por el Juzgado a la perito M. el 24 de septiembre de 2007, esta última no había presentado aún su informe y lo presentó dos años después del plazo fijado. La demandante presentó un nuevo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue rechazado en fecha de 14 de junio de 2010.

El 29 de noviembre de 2010, la demandante presentó una denuncia ante la jurisdicción penal contra los jueces titulares sucesivos del Juzgado de primera instancia de Orihuela y contra sus secretarios judiciales y otros funcionarios que habían participado en el procedimiento en cuestión, así como contra tres jueces del Tribunal Constitucional que habían declarado inadmisibles sus recursos de amparo precedentes.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 4 de julio de 2007. Invocando el artículo 6 CEDH, la demandante se quejaba de la excesiva duración del pro-

cedimiento tramitado para la ejecución de la sentencia definitiva que ordena la liquidación del régimen matrimonial de la comunidad de gananciales.

El TEDH rechaza la excepción preliminar del Gobierno basada en el no agotamiento de los recursos internos (por no haber presentado solicitud de indemnización ante el Ministerio de Justicia por anormal funcionamiento de la Administración una vez concluido el procedimiento, al amparo de los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El TEDH recuerda que cuando se ha utilizado una vía de recurso, no es exigible el uso de otra vía cuyo fin es prácticamente el mismo. El Tribunal observa que la demandante presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo para quejarse de la duración del procedimiento en curso, que todavía está pendiente, y para pedir su aceleración, sin éxito, y señala que la pertinencia de esta vía de recurso no ha sido cuestionada.

En cuanto al fondo de la demanda, el TEDH considera que el periodo a considerar comenzó el 31 de julio de 2000, fecha de la sentencia que ordenaba la liquidación del régimen económico matrimonial de la comunidad de gananciales y que todavía no ha concluido. Así, la duración a examinar es de más de once años a día de hoy, por una sola instancia. El Tribunal admite que el asunto revestía cierta complejidad debido a la disolución de la comunidad de gananciales y de las dificultades para proceder a su valoración. Observa, sin embargo, que no se ha dado respuesta a las diferentes quejas de la demandante sobre la duración del procedimiento y para su aceleración y que no se han adoptado ningún tipo de represalias frente a la actitud obstruccionista del esposo de la demandante, que se negaba a pagar en tiempo hábil los honorarios de los peritos para que las evaluaciones de los bienes pudieran efectuarse. El Tribunal estima que las autoridades competentes deberían haber actuado con más diligencia para no causar perjuicio a las posibilidades efectivas de ejecución de la sentencia dictada en el pleito principal y para no favorecer al deudor.

En conclusión, a la vista de las circunstancias del caso que requieren una evaluación global, el Tribunal estima que, por sí mismo, un lapso de tiempo de más de once años a día de hoy para la fase de ejecución de una sentencia definitiva no puede considerarse que responde a las exigencias del «plazo razonable» garantizado por el artículo 6 § 1 del Convenio. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

En cuanto a las solicitudes de satisfacción equitativa, el TEDH concede a la demandante 21.000 euros por el daño moral sufrido.

Asunto Martínez Martínez c. España (demanda 21532/08), sentencia de 18 de octubre de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada).

En 2001, la discoteca A. abrió a menos de diez metros del domicilio del demandante. Su superficie era de 112,90 metros cuadrados, más una terraza de 1.108,72 metros cuadrados sobre la que se instaló un bar musical. La discoteca-bar musical solicitó una licencia para su funcionamiento. El 13 de mayo de 2002, el demandante denunció el ruido producido por la música nocturna de la terraza de la discoteca. Reiteró sus quejas en varias ocasiones, alegando que el local no respetaba los horarios autorizados.

El 5 de julio de 2002, el servicio de medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Murcia emitió un informe desfavorable al otorgamiento de la licencia de funcionamiento para la discoteca A, indicando que no podía emi-

tir música en la terraza. El Servicio de protección de la naturaleza del Ministerio del Interior (SEPRONA) elaboró un informe en el que se hicieron constatar los niveles de ruido en la habitación del demandante entre las 1:30 y las 4:15 de la mañana: el número de decibelios (entre 68 y 71) era claramente superior al permitido por la legislación aplicable (40 decibelios). La terraza estaba a una distancia de 3 a 4 metros del domicilio del demandante, y cerca de 200 personas se encontraban presentes en los controles efectuados en los locales de la discoteca.

El 4 de noviembre de 2002, el Ayuntamiento de Cartagena otorgó la licencia solicitada, de acuerdo con un informe favorable emitido por la concejalía de medio ambiente. El demandante impugnó dicha licencia por ser contraria a la reglamentación municipal de protección contra los ruidos y por vulnerar su derecho a la vida privada en su domicilio. En particular, el demandante alegaba que desde el inicio de los ruidos, el estado de la enfermedad de su hija menor de edad celiaca se había agravado y que se había visto obligado a proporcionarle atención psicológica.

Mediante sentencia de 18 de diciembre de 2003, el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Cartagena aceptó parcialmente las pretensiones del demandante y anuló la decisión del Ayuntamiento por motivos procesales (ausencia de autorización obligatoria de los servicios de medio ambiente, tal y como exige el Decreto regional 48/1998), sin pronunciarse sobre la gravedad de los ruidos. El Ayuntamiento recurrió en apelación. Por una sentencia de 25 de febrero de 2005, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia acogió parcialmente las pretensiones de la Administración y anuló la sentencia impugnada. La autorización litigiosa volvió a producir sus efectos en lo que se refiere a la terraza del local, para la cual no era obligatorio el acuerdo previo de los servicios de medio ambiente. Sobre la cuestión de saber si los niveles sonoros del local respetaban la legislación, el Tribunal Superior de Justicia consideró que no le correspondía pronunciarse sobre la gravedad de las molestias. Finalmente, el Tribunal declaró que el local no respetaba las exigencias legales en cuanto a la obligación de instalar una sala insonorizada en la entrada.

El demandante solicitó al Ayuntamiento que adoptara las medidas destinadas a corregir las irregularidades detectadas. El 17 de julio de 2006 la policía municipal constató que el local interior de la discoteca había sido cerrado y que solo el bar musical de la terraza continuaba funcionando. El demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, quejándose de las molestias sonoras provocadas por la música de la terraza. Por decisión notificada el 30 de octubre de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso por carecer de contenido constitucional.

Varios informes médicos y psicológicos acreditaban el estado de ansiedad, insomnio e irritabilidad de la hija del demandante, a causa de los ruidos provocados por la música nocturna de la discoteca. Otros informes hacían mención del estado de estrés y ansiedad del demandante y de su esposa.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 24 de abril de 2008. Invocando los artículos 3 y 8 CEDH, el demandante se quejaba de los ruidos nocturnos provocados por la terraza de la discoteca, que atentan contra su derecho y el derecho de su familia al respeto de la vida privada, causando un deterioro del estado de salud de su hija y esposa.

El TEDH examina el asunto desde el punto de vista del artículo 8 CEDH y recuerda que las injerencias en el derecho al respeto del domicilio no se refieren únicamente a injerencias materiales o corporales, sino que también

pueden tener su origen en ruidos, emisiones u olores (*Moreno Gómez contra España*, TEDH 2004-X). En el presente caso, no está en juego una injerencia de las autoridades públicas, sino la inactividad de tales autoridades para hacer cesar las injerencias causadas por terceros. El TEDH pone de relieve que los niveles sonoros en el interior del domicilio del demandante fueron verificados por el SEPRONA y que estos datos fueron ignorados durante todo el procedimiento. El Ayuntamiento de Cartagena no tomó ninguna medida en relación con el ruido producido por el bar musical de la terraza de la discoteca. Recurrió en apelación la decisión del Juzgado de lo contencioso-administrativo que había anulado por vicios de procedimiento la licencia otorgada a la discoteca. Es cierto que se procedió a cerrar la parte interior del local por falta de insonorización en la entrada, pero se permitió la continuidad del funcionamiento de la terraza. Además, las jurisdicciones internas no se pronunciaron sobre un aspecto esencial en este tipo de casos, la cuestión de saber si los niveles sonoros emitidos podían ser considerados nocivos para la salud del demandante y de su familia. Los demandantes han tenido que sufrir durante diez años y continúan sufriendo las molestias causadas por el bar instalado en la terraza de la discoteca. Teniendo en cuenta la intensidad de las molestias sonoras –nocturnas y sobrepasando claramente los niveles autorizados– y que estas se han reproducido durante varios años, el TEDH estima que el Estado no ha cumplido con su obligación positiva de garantizar el derecho del demandante al respeto del domicilio y de la vida privada. Por tanto, ha habido violación del artículo 8 CEDH.

El TEDH no se pronuncia sobre el derecho del demandante a una indemnización ya que su abogado anunció que iba a intentar reabrir el procedimiento judicial en España y será entonces cuando hará la reclamación correspondiente al perjuicio moral padecido. El TEDH sí condena al Estado español a pagar al demandante 15.000 euros por los gastos que le ha supuesto el procedimiento.

Asunto Almenara Alvarez c. España (demanda 16096/08), sentencia de 25 de octubre de 2011. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

En diciembre de 2002, la sociedad V. presentó una querrela contra la demandante, su compañero y su hija por un presunto delito de alzamiento de bienes. Por sentencia de 13 de diciembre de 2005, dictada tras la celebración de un juicio oral, el Juzgado de lo penal núm. 3 de Sabadell absolvió a la demandante y a los otros acusados. Basándose en varios documentos y en los testigos que comparecieron durante el juicio oral (una amiga de la demandante y su psicóloga), el juez consideró que los elementos constitutivos del delito de alzamiento de bienes no se cumplían. La acusación particular y el ministerio público recurrieron en apelación. Mediante sentencia de 30 de octubre de 2006, dictada sin la celebración de una vista pública, la Audiencia Provincial de Barcelona admitió el recurso y condenó a la demandante a una pena de dos años de prisión y al pago de una multa por un delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 257 del Código penal. La Audiencia Provincial se basó en las pruebas documentales para concluir que la demandante conocía la deuda exigible al vender el bien de manera fraudulenta, en perjuicio de la sociedad acreedora. La Audiencia consideró pues que el elemento subjetivo de intencionalidad exigido por el artículo 257 del Código penal estaba presente en la demandante y que dicha intención se deducía

directamente de los actos efectuados para organizar su insolvencia, a saber, la transmisión de bienes a miembros de su familia y amigos.

La demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. La alta jurisdicción declaró inadmisibile el amparo por carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 14 de marzo de 2008. Invocando el artículo 6.1 CEDH y el artículo 13 CEDH, la demandante se quejaba de la falta de vista pública ante la Audiencia Provincial y de la decisión de inadmisibilidad del Tribunal Constitucional.

El TEDH examina la queja relativa a la falta de motivación de la decisión del Tribunal Constitucional desde la perspectiva del artículo 6 CEDH. Recuerda que una jurisdicción superior puede rechazar un recurso limitándose a citar las disposiciones legales que la habilitan a ello cuando las cuestiones planteadas por el recurso no revisten una importancia particular o no ofrecen perspectivas suficientes de éxito. El TEDH también recuerda su jurisprudencia según la cual la eficacia de un recurso no depende de la certitud de la obtención de un resultado favorable. Por lo tanto, el TEDH considera que la decisión del Tribunal Constitucional estaba debidamente motivada y declara inadmisibile esta queja por estar manifiestamente mal fundada.

Sobre la cuestión de la falta de vista pública, el TEDH sigue el razonamiento de las sentencias *Igual Coll*, *Bazo González*, *Marcos Barrios* (ver Crónica junio 2010-octubre 2010, ADC, 2011, 1), *García Hernández* (ver Crónica noviembre 2010-mayo 2011, ADC, 2011, 3) y considera que la Audiencia Provincial no se limitó a realizar una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber la intención de la demandante en el momento de vender algunos de sus bienes inmobiliarios, modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia. En opinión del TEDH, dicho examen implica un posicionamiento sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la demandante. La condena de la demandante en apelación tras un cambio de valoración de la intención y la conducta de la demandante, sin que esta tuviera la ocasión de ser oída personalmente en una vista oral, no fue conforme con las exigencias del derecho a un proceso equitativo. El TEDH falla, por unanimidad, que se ha producido una violación del artículo 6 CEDH.

El TEDH concede a la demandante 8.000 euros por daño moral.

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil:

Asunto Bellizzi c. Malta (demanda 46575/09), sentencia de 21 de junio de 2011. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un tribunal independiente e imparcial): alegación de falta de imparcialidad del Tribunal Constitucional debido a que el asistente judicial del presidente del Tribunal había representado a una de las partes en el procedimiento civil previo.

Asunto Krušković c. Croacia (demanda 46185/08), sentencia de 21 de junio de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): imposibilidad para un padre declarado incapaz de reconocer la paternidad de su hijo.

Asunto Šneersones y Kampanella c. Italia (demanda 14737/09), sentencia de 12 de julio de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): decisión por la que se ordena el retorno de un hijo menor a Italia para vivir con su padre, sin tener en cuenta el interés superior del menor.

Asunto Shaw c. Hungría (demanda 6457/09), sentencia de 26 de julio de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Reglamento de la UE sobre la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (secuestro de menores).

Asunto Uj c. Hungría (demanda 23954), sentencia de 19 de julio de 2011. Art. 10 del CEDH (libertad de expresión): condena a un periodista por difamación por haber escrito un artículo de prensa que criticaba un vino producido por una empresa pública: ausencia de dimensión moral en la reputación comercial de una sociedad.

Asunto Schneider c. Alemania (demanda 17080/07), sentencia de 15 de septiembre de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): imposibilidad para un padre biológico de ver a su hijo sin tener suficientemente en cuenta el interés superior del menor.

Asunto Genovese c. Malta (demanda 53124/09), sentencia de 11 de octubre de 2011. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada) en combinación con el art. 14 CEDH (principio de no discriminación): denegación de la nacionalidad a un menor nacido fuera del matrimonio de padre maltés y de madre británica: impacto sobre la «identidad social» y la vida privada del individuo.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

STJUE 22 de diciembre de 2010. Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz. Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Celle (Alemania). Interpretación del Reglamento 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. Se pregunta si el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución puede oponerse a la ejecución de una resolución que ordena la restitución de un menor, certificada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, por considerar que no es cierto tal certificado en el extremo relativo al cumplimiento de la obligación de oír al menor antes de pronunciarse, en el procedimiento de divorcio, sobre la atribución del derecho de custodia. El Tribunal apela a la finalidad del Reglamento, que no es otra que la de dotar de la máxima celeridad a la ejecución de las resoluciones que ordenan la restitución de un menor. En este sentido, el órgano jurisdiccional competente del Estado de ejecución no puede sino constatar la fuerza ejecutiva de una resolución certificada conforme al art. 42 del Reglamento, de forma que un eventual procedimiento de rectificación solo puede iniciarse conforme a la normativa del Estado miembro de origen y conocerse por los Tribunales de dicho Estado. Por lo demás, el art. 42 no impone en todo caso la necesidad de dar audiencia al menor, sino que delega en el juez que haya de resolver sobre la restitución del menor la apreciación de la oportunidad de aquella audiencia.

STJUE 22 de diciembre de 2010. Barbara Mercredi v. Richard Chaffe. Petición de decisión prejudicial. Court d'Appeal (Reino Unido). Interpretación del Reglamento 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. Según el art. 8 del Reglamento, la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en materia de responsabilidad parental se determina conforme al criterio de la residencia habitual de ese menor en el momento en que se presenta el asunto ante el citado órgano jurisdiccional. Se pregunta por el concepto de «residencia habitual» en un supuesto en el que una menor lactante se traslada lícitamente con su madre a un Estado miembro distinto al de su residencia habitual anterior y se encuentra en tal Estado solo unos días antes de que se inicie el procedimiento ante el órgano

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221 y del Proyecto DER 2011-26892, ambos dirigidos por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

jurisdiccional del Estado miembro del que ha salido la citada menor. En este sentido, y más allá de la idea de estabilidad o regularidad de la residencia (que se infiere de la misma expresión de «residencia habitual»), el Tribunal destaca la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme de aquel concepto. Visto que las normas de competencia se establecen en función del interés del menor y en función del criterio de proximidad, debe estarse al lugar en el que el menor tenga cierta integración en un entorno social y familiar. Tratándose de un lactante, aquel entorno debe identificarse con el de la persona o personas con las que vive y que cuidan de él.

STJUE 9 de junio de 2011. José María Ambrósio Lavrador, Maria Candida Olival Ferreira Bonifácio v. Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial SA. Petición de decisión prejudicial. Supremo Tribunal de Justiça (Portugal). Interpretación de la Directiva 72/166, del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles («Primera Directiva»); de la Directiva 84/5, del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, y de la Directiva 90/232, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. Se pregunta si aquellas Directivas se oponen a una normativa nacional que limite o excluya el derecho a ser indemnizado por haber intervenido, de manera parcial o exclusivamente, en la producción del daño. El Tribunal distingue entre, por una parte, la obligación de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados a los terceros y, por otra, el alcance de la indemnización debida a estos últimos. Esta segunda se rige por el derecho nacional de forma que lo que imponen las tres Directivas es que la responsabilidad civil aplicable según el derecho interno esté cubierta por un seguro obligatorio. Sin embargo, no sería conforme al Derecho de la Unión que aquella normativa nacional privara a las Directivas de su efecto útil. A entender del Tribunal, eso es lo que sucedería que si negara el derecho a ser indemnizado por el simple hecho de haber participado en la producción del daño. El alcance de la indemnización de la víctima solo puede limitarse en circunstancias excepcionales y sobre la base de una apreciación individual de su intervención en el siniestro.

STJUE 9 de junio de 2011. Eleftheri tileorasi AE «ALTER CHANNEL», Konstantinos Giannikos v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, Ethniko Symvoulío Radiotileorasis. Petición de decisión prejudicial. Symvoulío tis Epikrateias (Grecia). Interpretación del art. 1, letra d, de la Directiva 89/552, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. El precepto, a propósito de la definición de «publicidad encubierta», estima que, «en particular», una presentación verbal o visual de bienes, servicios, nombre, marca o actividades realizada con fines publicitarios y de tal forma que pueda inducir al público a error, se considerará intencionada si se hiciera a cambio de una remuneración o pago similar. Pregunta-

do el Tribunal por si resulta esencial al concepto de «publicidad encubierta» el pago de aquel precio, el Tribunal estima que la forma adverbial «en particular» obliga a negarlo. Sucediendo, sin embargo, que en la versión griega de la disposición no aparece aquella locución, recuerda el Tribunal que la necesidad de una aplicación e interpretación uniformes del Derecho de la Unión excluye, en caso de duda, la interpretación aislada del texto en una de sus versiones, debiéndose interpretar y aplicar a la luz de las redactadas en las demás lenguas oficiales.

STJUE 9 de junio de 2011. Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA. Petición de decisión prejudicial. Tribunale ordinario di Vicenza (Italia). Interpretación del art. 5, número 1, letra b, primer guión, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto atribuye competencia, en materia contractual, al tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda, entendiéndose que, en caso de compraventa de mercaderías, aquel lugar se corresponde con el lugar de entrega según contrato. A propósito de esto último, estima el Tribunal que deben considerarse, a falta de designación expresa de un lugar de entrega, todos los términos y todas las cláusulas del contrato, incluidos los generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los llamados Incoterms. En este último caso, sin embargo, puede resultar necesario examinar si tales cláusulas son solo estipulaciones que fijan únicamente las condiciones relativas al reparto de los riesgos vinculados al transporte de las mercancías, o al reparto de los gastos o si designan también el lugar de entrega. Si a pesar de todo ello resultara imposible determinar el lugar de entrega, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías o el de su puesta a disposición del comprador en el destino final de la operación de compraventa.

STJUE 16 de junio de 2011. Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer, Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH. Petición de decisión prejudicial. Bundersgerichtshof y Amtsgericht Schorndorf (Alemania). Interpretación del art. 3, apartados 2 y 3, de la Directiva 1999/44, 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. El precepto establece que en caso de falta de conformidad el consumidor puede optar, en primer término, por la sustitución o la reparación sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado en comparación con la otra forma de saneamiento. Se plantea, para el caso de un producto no conforme instalado de buena fe por el propio consumidor antes de la manifestación del defecto, si su sustitución implica para el vendedor la obligación de retirar el producto instalado e instalar en su lugar el bien de sustitución. El Tribunal así concluye. A su entender, optar por lo contrario, no solo implicaría que la sustitución acarrearía gastos para el consumidor y que la garantía no se llevaría a cabo «sin mayores inconvenientes» para él, sino que, además, con ello se burlaría la finalidad primera de la Directiva, que es la de garantizar que la conformidad del producto se alcance sin otros costes que los que deberían soportarse si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa. Preguntado también por si el vendedor puede negarse a la sustitución en caso de que los costes de retirada del pro-

ducto no conforme e instalación del bien de sustitución sean desproporcionados en relación a la importancia del defecto y al valor del bien conforme al contrato, el Tribunal: primero, matiza que la desproporción debe valorarse solo en comparación con la forma alternativa de saneamiento, esto es, con la reparación; segundo, responde a la cuestión admitiendo que el vendedor pueda solo asumir, del coste total por aquellos conceptos, una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor del bien conforme al contrato. Ahora bien, en tales supuestos de reducción de los costes asumibles por el vendedor, debe reconocerse al consumidor la posibilidad de exigir, en lugar de la sustitución del bien, o bien la reducción del precio, o bien la resolución del contrato.

STJUE 6 de septiembre de 2011. Lady & Kid A/S, Direct Nyt ApS, A/S Harald Nyborg Isenkram-og Sportsforretning, KID-Holding A/S v. Skatteministeriet. Ostre Landsret (Dinamarca). Interpretación del Derecho de la Unión en materia de pago de lo indebido. Es un principio del Derecho de la Unión el que ordena la devolución de los tributos declarados incompatibles con tal ordenamiento. Sin embargo, aquella devolución podrá denegarse en aquellos supuestos en los que, de efectuarse, se generaría un enriquecimiento injusto a favor del sujeto pasivo. Concurrirían tales circunstancias en aquellos casos en los que la persona obligada al pago los repercutió efectivamente sobre otros sujetos (así, aumentando directamente el precio del producto).

STJUE 13 de octubre de 2011. Prism Investments BV v. Jaap Anne van der Meer. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del art. 45 del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. La disposición establece, a propósito del recurso contra la solicitud de ejecución, que el tribunal podrá desestimar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los artículos 34 y 35 del Reglamento sin posibilidad, en ningún caso, de proceder a una revisión en cuanto al fondo de la resolución a ejecutar. La petición trae causa del recurso interpuesto contra la resolución de ejecución de una sentencia de condena al pago de cantidad al estimar, la parte condenada, que ya la había cumplido en el Estado de origen por la vía de compensación de créditos. Dado que los arts. 34 y 35 del Reglamento no contemplan dicho motivo, se pregunta al Tribunal si sería conforme con el art. 45 la denegación de la ejecución por aquella causa. El Tribunal, tras reiterar que el procedimiento de otorgamiento de la ejecución consiste en un control puramente formal de los documentos que se aportan y tras confirmar que la ejecución de una resolución en el Estado de origen no priva a esta de carácter ejecutorio, resuelve que sería contrario al Derecho de la Unión denegar la ejecución, en un primer momento, por motivos distintos a los contemplados en los arts. 34 y 35 del Reglamento. Ahora bien, una vez que la resolución se integra en el ordenamiento del Estado requerido, las normas nacionales se aplican del mismo modo que resultarían aplicables a las resoluciones dictadas por órganos nacionales. Sería, pues, en este contexto que cabría alegar el cumplimiento de la resolución que pretende ejecutarse.

STJUE 13 de octubre de 2011. Aurora Sousa Rodríguez, Yago López Sousa, Rodrigo Manuel Puga Lueiro, Luis Ángel Rodríguez González, María del Mar Pato Barreiro, Manuel López Alonso, Yaiza Pato Rodríguez v. Air France SA. Petición de decisión prejudicial. Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra. Interpretación de los artículos 2 y 12 del Reglamento n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta si el concepto de «cancelación» previsto en el art. 2, letra l), del Reglamento incluye el supuesto de que el avión, habiendo despegado, se vea obligado a regresar al aeropuerto de origen por causa de una avería técnica del aparato. El precepto define el concepto de cancelación como «la no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza», entendiendo el Tribunal por «vuelo» la realización del itinerario programado. Desde esta perspectiva, no ha habido propiamente «vuelo» (y, en consecuencia, puede cancelarse) en aquellos supuestos en los que, tras despegar, el avión regresa al aeropuerto de salida. Por lo demás, constata el Tribunal que, a efectos de cancelarse un vuelo, el art. 2 no exige una decisión explícita de cancelación, que resulta irrelevante su motivo y el que los pasajeros sean transferidos a otros vuelos. En segundo lugar, y a propósito del art. 12, letra l) (que establece la aplicación del Reglamento sin perjuicio del derecho de los pasajeros a obtener una compensación complementaria), se pregunta si el juez nacional puede condenar al transportista a indemnizar todo tipo de perjuicio, incluido el moral, conforme a las normas nacionales. Así lo afirma el Tribunal, al tiempo que precisa, no obstante, que no pueden considerarse comprendidos dentro del concepto de «compensación complementaria» del art. 12 los gastos efectuados por los pasajeros debidos al incumplimiento, por parte del transportista aéreo, de las obligaciones de asistencia y atención que le incumben en virtud de los arts. 8 y 9 del Reglamento. En su caso, el reembolso de estos gastos deberá ampararse en las obligaciones que dichos preceptos imponen al transportista.

STJUE 18 de octubre de 2011. Realchemie Nederland BV v. Bayer CropScience AG. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del art. 1 del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se pregunta si el concepto de «materia civil y mercantil» comprende también la condena al pago de una multa en virtud de una disposición nacional. El Tribunal, más allá de reconocer que la multa controvertida en el litigio principal se impuso por infringir una prohibición judicial, siendo además el beneficiario, no un particular, sino el Estado alemán, constata sin embargo que trae causa de una prohibición impuesta a fin de proteger intereses privados, dimanantes de una relación sin duda comprendida en el concepto de «materia civil y mercantil». Sin ello así, se declara la sujeción de la resolución controvertida al ámbito de aplicación del Reglamento.

STJUE 20 de octubre de 2011. Interedil Srl v. Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti SpA. Petición de decisión prejudicial. Tribunale di Bari (Italia). Interpretación del art. 3 del Reglamento n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El

precepto atribuye la competencia para abrir el procedimiento de insolvencia a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor. En respuesta a una de las cuestiones planteadas, el Tribunal resuelve que es contrario al Derecho de la Unión el que un órgano jurisdiccional nacional esté vinculado por una norma de Derecho procesal nacional en cuya virtud se le impongan las apreciaciones realizadas por un órgano jurisdiccional superior, siendo así que dichas apreciaciones no son conformes con la interpretación hecha del Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia. A propósito de la determinación del «centro de intereses principales del deudor», el Tribunal recuerda que se trata de un concepto propio del Reglamento, que debe interpretarse de manera uniforme y con independencia de las legislaciones nacionales. Se identifica con el lugar, coincida o no con el domicilio social, donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y así puede ser averiguado y comprobable por terceros. Así, son factores objetivos y verificables por terceros, la existencia de bienes inmuebles pertenecientes al deudor en un Estado distinto al del domicilio social y la existencia, en aquel mismo Estado, de un contrato celebrado con una entidad financiera. En relación a la fecha relevante a fin de determinar la ubicación de aquel centro de intereses, el Tribunal constata que el Reglamento no contiene normas relativas al caso particular del traslado del centro de intereses y, tras ello, considera que es el último lugar donde se encuentra aquel centro el que resulta determinante de la competencia judicial. A propósito del concepto de «establecimiento» (previsto en el art. 3.2 del Reglamento, a fin de reconocer también la competencia de los tribunales del lugar en que se encuentre un establecimiento del deudor pese a no ser su centro de intereses), el Tribunal estima que se requiere de una mínima organización y de cierta estabilidad, a verificar también a partir de datos objetivos comprobables por terceros. A estos efectos, resultaría insuficiente la presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias.

STJUE 25 de octubre de 2011. eDate Advertising GmbH v. X, Olivier Martínez y Robert Martínez v. MGN Limited. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del art. 5, número 3, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del art. 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. El art. 5.3 del Reglamento n.º 44/2001 establece que, en materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro; en particular, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Se plantea, en esencia, en qué debe interpretarse por «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» en el caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante los contenidos publicados en un sitio de Internet. Entiende el Tribunal que es el tribunal del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses el que mejor puede apreciar la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre derechos de aquella naturaleza, ya coincida aquel lugar con el de su residencia habitual, o con el lugar en el que desarrolla su actividad profesional. Y frente a tal Tribunal el perjudicado podría entablar una acción por la totalidad del daño

causado. El criterio del centro de intereses obedecería al principio de una buena administración de justicia, al tiempo que permite al perjudicado determinar fácilmente el lugar ante el cual puede ejercitar la acción y al difusor prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado. Más allá de este fuero, el Tribunal interpreta el art. 5.3 del Reglamento n.º 44/2001 en el sentido que el demandado puede también: o bien reclamar la totalidad del daño causado ante los tribunales del lugar de establecimiento del emisor de aquellos contenidos, o bien ejercitar una acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sea accesible el contenido publicado en Internet mas, en este caso, solo por razón de los daños causados en este territorio. Por su parte, el art. 3, 1 y 2 de la Directiva 2000/31, dispone que todo Estado miembro debe procurar que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado. Establece, además, que los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado. Se pregunta si aquel artículo constituye una norma de conflicto de leyes en el sentido que, también en el ámbito del Derecho civil, prescribe la aplicación exclusiva del derecho en vigor en el país de origen, excluyendo las normas nacionales de conflicto de leyes o si, por el contrario, constituye un correctivo al Derecho declarado aplicable según las normas nacionales de conflicto de leyes para modificar su tenor con arreglo a las exigencias del país de origen. Responde el Tribunal que ni la obligación que para los Estados resulta del art. 3.1 presenta las características de una norma de conflicto de leyes, destinada a zanjar un conflicto específico entre varios derechos que deben ser aplicados, ni el art. 3.2 impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes.

Jurisprudencia Nacional
(mayo 2011-septiembre 2011)

MIRIAM ANDERSON *

TRIBUNAL SUPREMO

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

STS (Sala Civil) de 6 de mayo de 2011 (RJ 2011/3843). Ponente: Encarnación Roca Trias. Enriquecimiento injusto: *condictio* por inversión en la disolución de una pareja de hecho por muerte. Durante los quince años que duró la convivencia entre la demandante en primera instancia y el causante de los demandados (hermanos suyos y sus sucesores abintestato), este último había constituido distintas sociedades, en las que participaban sus hermanos pero no su pareja, pese a que ella aportó su trabajo sin percibir remuneración alguna. Por el contrario, el causante sí tenía una pequeña participación en una sociedad que constituyó la demandante. La demandante solicitó que se le reconociera una participación del 50% en el patrimonio del causante, por entender que se había formado entre ellos una comunidad de bienes o una sociedad irregular y, subsidiariamente, que se le reconociese una participación del 30% sobre esos bienes, con base en la teoría del enriquecimiento injusto. En primera instancia, se estimó esta última pretensión. En apelación, la Audiencia sustituyó esa suma por una cantidad de dinero (60.000 euros), teniendo en cuenta las aportaciones que el causante había hecho a propiedades que pertenecían en exclusiva a la demandante. El TS confirma la sentencia recurrida, por entender que, efectivamente, en este caso se da un supuesto de enriquecimiento injusto. Al tratar de la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, en su FJ 4.º, se acude al texto del DCFR: «La naturaleza del enriquecimiento sin causa ha sido y sigue siendo una de las cuestiones que ofrece mayores dudas en la jurisprudencia y en la doctrina. Hay que tener en cuenta además, que tiene diferentes significados en los ordenamientos europeos y buena prueba lo constituye la propuesta de regulación contenida en el DCFR (arts. II.-7:102). No es posible hablar como regla general de la existencia de un principio que obligue a examinar de nuevo todos los desplazamientos patrimoniales efectuados entre dos personas. Solo en casos en los que la causa de los desplazamientos patrimoniales no sea aceptada por el ordenamiento jurídico es posible efectuar esta revisión. La obligación de reparar un enriquecimiento solo puede imponerse en circunstancias muy concretas. La revisión de la cesión se producirá solamente cuando el interés del demandante se considera digno de tutela». La Sala concluye que en el supuesto enjuiciado se produjo ciertamente el enriquecimiento sin causa

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

(FJ 5.º): «Cuando una persona invierte su trabajo en beneficio de las empresas de otra persona, sin recibir la adecuada compensación, ni participar en los beneficios que ayuda a crear, se puede considerar que el enriquecimiento se ha producido en virtud de la denominada *condictio* por inversión, debiendo interpretarse en este caso la palabra inversión como trabajo efectuado sin la correspondiente compensación económica. En definitiva, se ha invertido capital humano, el trabajo, sin ningún tipo de participación en el resultado de la inversión ni ningún esfuerzo por parte del beneficiado. Esto es lo que ocurrió aquí y es por ello que la sentencia recurrida considera probada la existencia de enriquecimiento injusto». En cuanto a la discrepancia entre la compensación solicitada, consistente en una participación en el patrimonio del causante, y la concedida, el TS considera (FJ 6.º) que: «No podía por tanto pedir la participación en el patrimonio de su difunto compañero, porque ello hubiera sido tanto como pedir un derecho sucesorio al que no tiene derecho debido su cualidad de conviviente. Por tanto debe reconocerse implícita en la petición de compensación por enriquecimiento injusto el pago de una cantidad, puesto que la recurrente no podía pedir por este título la participación». Por esta misma razón, se desestima el motivo que alegaba incongruencia por no coincidir exactamente lo solicitado con lo concedido (FJ 7.º).

Principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario

STS (Sala Civil) de 20 de septiembre de 2011 (RJ 2011/350420). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. Acción encaminada a la declaración de que un contrato de explotación de estación de servicio no era un contrato de agencia sino de reventa: la existencia de cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE sobre asuntos similares no justifica la suspensión del proceso. El demandante alegaba que, dada la existencia de dos cuestiones prejudiciales planteadas respecto de la adecuación al Derecho europeo de la competencia de contratos del mismo tipo y contenido al enjuiciado, el hecho de que en instancias inferiores se hubiera denegado la suspensión del procedimiento favorecía la aplicación no uniforme del Derecho comunitario sobre la materia, con posibilidad de contradicción con lo que finalmente decidiera sobre esas cuestiones el TJUE, lo que, además, estaría mermando el derecho a un proceso con todas las garantías. Respecto a la primera cuestión, en el FJ 3.º de la STS puede leerse que: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado –así en la Sentencia de 6 de octubre de 1982 (C-283/81)– que la cuestión prejudicial constituye un útil mecanismo de cooperación para hacer posible que cumpla con la mayor eficacia su función de indicador de las pautas que han de tener en cuenta los Tribunales nacionales al interpretar y aplicar el derecho comunitario, incluso aunque no haya estricta identidad entre las cuestiones debatidas en los respectivos procesos. –Es cierto, por otro lado, que el Reglamento (CE) 1/2003 establece mecanismos de cooperación entre las autoridades responsables de la competencia y los Tribunales de los Estados miembros, como consecuencia de inspirarse en el propósito de garantizar, en un sistema de competencias paralelas, el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas comunitarias a que se refiere –considerandos 8 y 22–. Ello, sin embargo, no implica admitir que las infracciones denunciadas en el recurso –referidas no a la negativa del planteamiento de la cuestión, sino a la de suspender el trámite– se han producido. –El artículo 16 del mencionado Reglamento contempla –bajo el epígrafe «aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia»– la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales

les nacionales suspendan la tramitación de los procedimientos que ante ellos se tramiten cuando deban adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con alguna de la Comisión prevista en procedimientos que dicho órgano ya haya incoado. No se refiere, sin embargo, a la suspensión de un proceso por haberse planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial pendiente de decisión –sobre ello, nuestra sentencia 382/2011, de 13 de junio (JUR 2011\274815)–. El artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –hoy 267 del de Funcionamiento de la Unión Europea –no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la suspensión del procedimiento cuando se esté tramitando una cuestión prejudicial sobre alguna materia relacionada con la que en él sea “*res iudicanda*”. Solo contempla la posibilidad de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y el deber de hacerlo solo si las decisiones de aquellos no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, y, como precisó la antes citada sentencia de 6 de octubre de 1982 (C-283/81) “a menos que hayan comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna”. –El artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de la suspensión del curso de las actuaciones, a petición de las dos partes o de una, oída la contraria, a la espera de que finalice el proceso que tenga por objeto una cuestión prejudicial civil. Pero no se refiere a la prejudicialidad comunitaria, sometida a un régimen particular y distinto. –Finalmente, a los efectos del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva –sentencias del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo (RTC 1993/111), 180/1993, de 31 de mayo (RTC 1993/180), 201/1996, de 9 de diciembre (RTC 1996/201), y 203/1996, de 9 de diciembre (RTC 1996/203)–, no cabe desconocer que la decisión del Tribunal de apelación contraria a la suspensión, por ausencia de dudas, está motivada –en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida– y en modo alguno puede ser calificada como arbitraria. Antes bien, se muestra totalmente acertada, como lo evidencian, al fin, las respuestas dadas posteriormente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales cuyo planteamiento llevó al demandante y ahora recurrente a interesar la suspensión del trámite. –En efecto, en las sentencias de 11 de septiembre de 2.008 (TJCE 2008/203), C-279/06, y 2 de abril de 2009 (TJCE 2009/76), C-260/07, dicho Tribunal se pronunció sobre cuestiones distintas de las que integraron la “*ratio decidendi*” de la sentencia aquí recurrida, en la que lo que se planteó como cuestión determinante fue si, en el hipotético caso de que el contrato celebrado por los litigantes estuviera prohibido por el apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –lo que el Tribunal de apelación ha negado tras valorar el resultado de la prueba–, la sanción aplicable al mismo sería no la nulidad –cuya declaración no se pretende en la demanda–, sino la novación forzosa y, además, con efectos retroactivos –que fue lo reclamado por el demandante–. Parece evidente que la decisión viene facilitada por el hecho de que las cuestiones prejudiciales resueltas no concernían directamente al problema planteado por el demandante.

Principios de Derecho europeo de los contratos

STS (Sala Civil) de 2 de mayo de 2011 (RJ 2011/3725). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Interpretación de los contratos. Al analizar el sentido que las partes quisieron dar a la expresión «resolución definitiva» incluida en

el contrato que las vinculaba, la sentencia se refiere, en el FJ 5.º, a los PECL, en los siguientes términos: «Cuando las expresiones utilizadas en los contratos son plurívocas, constituyen un valioso elemento para identificar el que quiso darse las prácticas del sector –en este sentido, aunque no constituyen Derecho positivo, resultan ilustrativas las previsiones contenidas en los artículos 5:102.e) de los principios de Derecho Europeo de los contratos: “Para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: (e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizadas (...)”; 4.3.e) de los Principios UNIDROIT: “(...) deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial”, y 1279.4 del anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009: “Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta: 4. Los usos de los negocios”–, especialmente cuando se trata de contratos suscritos por profesionales, afirmando el artículo 57 del Código de Comercio para los “contratos de comercio” que se ejecutarán y cumplirán “sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas”». Sin embargo, la Sala acaba concluyendo que la interpretación que se diese a la expresión era del todo irrelevante por carecer de efectos prácticos.

STS (Sala Civil) de 7 de junio de 2011 (RJ 2011/4398). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Contrato de abanderamiento: indeterminación del precio. La recurrente funda uno de los motivos del recurso en la nulidad del contrato de abanderamiento por indeterminación del precio de compra. Sin embargo, el TS (FJ 5.º), apoyándose en los PECL, en el Proyecto de Modernización del Derecho de obligaciones preparado por la Comisión General de Codificación y también en decisiones suyas anteriores, entiende que: «[...] la doctrina admite que la relativa indeterminación de alguno de los elementos del objeto del contrato no es obstáculo para su perfección siempre que exista consentimiento sobre elementos que sean “suficientes” para que pueda ejecutarse, y no rechaza la posibilidad de su determinación por una de las partes siempre que existan ciertos límites que pongan coto a su posible arbitrariedad.–64. En este sentido, aunque no constituyen Derecho positivo, son ilustrativas las previsiones contenidas en los Principios Lando de Derecho Europeo de los contratos preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los contratos, que en el artículo 2:101 previene que “El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente” entendiéndolo suficiente a tenor del artículo 2 103 “a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse; (b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes Principios, regulándose en el artículo 6:104 la determinación del precio, en el 6:105 la determinación unilateral por una de las partes, en el 6:106 la determinación por un tercero, y en el 6:107 su fijación por referencia a un “índice de determinación inexistente”. 65. También resultan de especial interés los trabajos elaborados por la Comisión de Codificación para la Modernización del Derecho de Obligaciones, publicados por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, que en el segundo párrafo del artículo 1237 del proyectado Código Civil dispone que: “Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes”, para después prevenir en el 1277.1 que: “No

impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado"; y en el 1277.2 que: "Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que esta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios". Sentencias del TS como las de 18 de febrero (RJ 2011/2360), 31 de marzo (RJ 2011/3136) y 5 de mayo de 2011 (RJ 2011/3729) también han admitido la determinación sucesiva del precio en los contratos de abanderamiento.

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

STS (Sala Civil) de 8 de junio de 2011 (RJ 2011/4401). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Accidente de circulación: indemnización por gastos médicos, incluidos los que se produzcan en el futuro. La esposa y tutora de uno de los lesionados en un accidente de circulación que condujo, entre otras cosas, a la incapacitación del actor, solicitó que se indemnizasen los gastos médicos presentes y futuros a los que debería hacer frente. La Audiencia entendió que, por ser anteriores a la fecha del informe de sanidad forense y no discutirse su relación con el siniestro, debían presumirse debidos los gastos médicos, hospitalarios, farmacéuticos y de rehabilitación, indemnizados por el Juzgado, pero no así los gastos que por dichos conceptos que se devengarán a partir del referido informe, dado que en este quedaron fijadas las secuelas con carácter definitivo, y cualquier agravación o alteración futura habría de entenderse como algo hipotético y no como un perjuicio real y cierto. Frente a ello, el TS (FJ 4.º) se apoya en la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010/1310), que entendió que era posible, conforme a la normativa aplicable al tiempo del siniestro, que la indemnización por los gastos de asistencia médica y hospitalaria comprendiera la totalidad de los devengados, con origen causal en el siniestro, fueran anteriores o posteriores a la consolidación de las secuelas. Entiende la Sala que «[t]ambién encuentra acomodo la tesis expuesta en los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, que consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye «la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica». Todo ello, para un caso al que, como queda dicho, no le era de aplicación la reforma introducida en este punto por la Ley 21/2007, de 11 de julio, que limita la indemnización a los gastos ya devengados en el momento de la «sanación o consolidación de secuelas».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Aunque siguen siendo frecuentes las referencias en resoluciones de las Audiencias provinciales a textos tendentes a la armonización del Derecho europeo por remisión a decisiones del TS que se suelen transcribir literalmen-

te, empiezan a verse referencias directas a estos textos en decisiones recientes de la llamada jurisprudencia menor. Entre ellas, destacamos las siguientes:

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

SAP Murcia (Sección 1.^a) de 8 de julio de 2011 (JUR 2011/318920).

Ponente: María Carmen Plana Arnaldos. Compraventa de limones para su exportación: discusión sobre la determinación del precio. Con independencia de la polémica que surge en el caso enjuiciado respecto de la mala calidad de algunos limones, que pudo significar que el comprador lograra venderlos solo para la obtención de zumo (y, por tanto, por un precio más bajo), cuestión que la AP considera debería haberse reclamado conforme a la normativa sobre vicios ocultos contenida en el Código de comercio, el pleito se centra en averiguar si el precio pactado fue el que figuraba en los albaranes o bien «a resultas de la comercialización». A efectos de deslindar esta cuestión, la sentencia realiza las siguientes consideraciones (FJ 2.^o): «En resumen, la interpretación conjunta de las normas sobre determinación del precio en el contrato de compraventa contenidas en nuestro Código civil nos lleva a concluir que el criterio de determinación del precio, cuando no se ha explicitado, ha de ser un criterio objetivo, no pudiendo depender su fijación de una sola de las partes. En este caso, el criterio objetivo es el precio de comercialización de los limones rodejos en la misma fecha de la compraventa entre las partes, que era 0,390 €/ Kg. Tal precio ha quedado acreditado por las distintas operaciones de compraventa de este mismo tipo de limones en esas fechas realizadas por el comprador, que se dedica a la exportación, lo que fue considerado prueba suficiente por la sentencia recurrida, que compartimos plenamente en este extremo. Recordemos a este respecto que el precio de mercado es un criterio aceptado expresamente por el Código civil en el artículo 1448 , y que debe ser interpretado no como mercado institucionalizado ni precios oficiales, sino que es admisible el precio medio que resulte de una campaña en la zona [SSTS de 4 de julio de 2000 (RJ 2000/6678) y 13 de julio de 1984 (RJ 1984/3984)], el precio al final de la campaña agrícola (STS 11 de octubre de 1967) el precio usual de mercado de las mercancías vendidas (STS 23 de noviembre de 1976) o cualquier otra fórmula que refleje de forma objetiva el valor del objeto. Realmente tal exigencia de que la determinación esté ligada a un criterio objetivo está en la línea marcada por los textos de derecho internacional en materia de compraventa, que establecen criterios de determinación residuales que hacen referencia a la posibilidad de determinación objetiva [así, tanto el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980 (RCL 1991/229 y RCL 1996/286), como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, incluyen normas de determinación residual del precio que se remiten a criterios objetivos como el precio de mercado, el precio generalmente cobrado, o el precio «razonable». En la misma línea se pronuncian los textos jurídicos que reflejan los intentos de armonización en materia de derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Unión Europea, los Principios de Derecho Contractual Europeo –Principles of European Contract Law, PECL, con sus siglas en inglés– primero, publicados en el año 2000 y, basado en ellos, el actual Marco Común de Referencia –Common Frame of Reference o *Cfr*, con sus siglas en inglés, y más exactamente el borrador, “draft”–]. Aunque tales normas parten de un modelo distinto de contrato (open contract) y, sobre todo, están previstas para

ordenamientos en los que existen criterios de determinación residual del precio, sin embargo nuestro ordenamiento comparte la orientación en cuanto a tener en cuenta siempre un criterio objetivo».

Principios de Derecho europeo de los contratos

SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 9 de mayo de 2011 (JUR 2011/259185).

Ponente: Antonio Ramón Recio Córdoba. Ruptura injustificada de tratos preliminares. En el FJ 4.º, la Sección hace suyas consideraciones previamente realizadas por el TS: «Cabe igualmente acudir en este punto a los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), dado que, como ha declarado reciente jurisprudencia (SSTS, Sala 1.ª, 10 octubre 2005, 4 abril 2006, 20 julio 2007 y 17 diciembre 2008, entre otras), el origen común de las reglas contenidas en dicho texto permite utilizarlo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil; y así es de observar que en la Sección 3 del Capítulo 2, relativa a la responsabilidad en las negociaciones, el art. 2:301 prevé lo siguiente: “(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. –(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”. Por tanto, lo que ahora procede analizar es si la ruptura de las negociaciones puede entenderse derivada de una actuación de la demandada que pueda considerarse contraria a la buena fe, lo que, si ese fuera el caso, podría conferir a la actora el derecho a reclamar los daños sufridos conforme a lo dispuesto en los arts. 7.2 y 1902 Cc.» En el caso enjuiciado, no se estima que la actuación de la demandada fuera contraria a la buena fe, por falta de prueba.

SAP Barcelona (Sección 4.ª) de 31 de mayo de 2011 (JUR 2011/311834).

Ponente: Vicente Conca Pérez. Arrendamiento con opción de compra. La arrendataria no puede ejercitar la acción antes de que llegue el momento pactado para ello, puesto que, entre otros motivos (FJ 7.º): «[...] Ni el artículo 1127 Cc ni el 7.103 PECL permiten la modificación del plazo taxativamente establecido en el contrato. Es claro que el mantenimiento del plazo tiene un claro interés económico para el propietario, que percibe una renta mientras dura el contrato de arrendamiento. Y siendo lícito ese interés, no puede alterarse unilateralmente por voluntad del arrendatario».

SAP Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de junio de 2011 (JUR 2011/291293).

Ponente: Jordi Seguí Puntas. Indemnización debida a raíz de la resolución del contrato promovida por el cesionario de un bar musical. De conformidad con el FJ 2.º de la sentencia: «Es sabido que, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis de invalidez originaria de un contrato, en que los efectos restitutorios de la anulación del negocio solo cubren el “interés negativo” del contratante no causante del vicio (STS 5 de marzo de 2010), en el caso de la resolución de un vínculo por incumplimiento de una de las partes, la contraria tiene derecho al más completo “resarcimiento de daños” (artículo 1124 II Cc), lo que comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente, puesto que en tal caso se protege el “interés positivo” de ese contratante por comparación entre su situación actual y la que tendría de haberse desarrollado el negocio según lo previsto (STS 30 de abril de 2010). En palabras de los Principios de Derecho

Contractual Europeo (PECL), publicados en el año 2000, en esta segunda hipótesis ha de resarcirse al cumplidor con “aquella suma que ponga a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido” (artículo 9.502). – Esa distinción tiene su trascendencia en el supuesto enjuiciado [...]. –A tal efecto no es ocioso reseñar que la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación en 2008 establece que, resuelto un contrato por incumplimiento, “se presume que el daño causado [a quien ejercita la acción resolutoria] es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto” (artículo 1202, tercer párrafo)». También en el FJ 3.º se alude a los PECL, a la hora de determinar las consecuencias de la resolución en un contrato de tracto sucesivo: «[...] Una segunda partida estaba integrada por la restitución de las rentas periódicas satisfechas por Voleymania entre julio de 2006 y febrero de 2007 (44.355 €), fecha de cierre del negocio. La sentencia de primera instancia descartó tal resarcimiento por entender que esa renta se correspondió con un periodo de efectiva explotación del negocio por parte de la arrendataria. Hemos de ratificar tal razonamiento, por lo demás no específicamente combatido en el recurso, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con la restitución de las cosas en los contratos de tracto único por efecto de la resolución del vínculo (artículo 1123 Cc), en los de tracto sucesivo –como es el caso– la retribución del arrendador es la justa contraprestación del disfrute por parte del cesionario del negocio objeto del contrato, situación a todas luces irreversible (los PECL antes citados expresan esa idea en su artículo 9.307 con la siguiente afirmación: “resuelto el contrato, una de las partes puede recuperar el dinero pagado por un cumplimiento que no recibió [...]”)».

SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 26 de julio de 2011 (JUR 2011/307640).

Ponente: Antonio Ramón Recio Córdoba. Compraventa de cosa ajena. La AP sostiene que la compraventa de cosa ajena no es nula por falta de objeto, sino que, tal y como tiene declarado la jurisprudencia, pueden proceder otros remedios en caso de que el vendedor, llegado el momento del cumplimiento, no esté en condiciones de transmitir la propiedad de lo vendido. Apoya este criterio en la jurisprudencia más reciente del TS en la materia, que entiende se adecúa a los PECL y, en concreto, a su art. 4:102, a tenor del cual: «Un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato».

SAP Zaragoza (Sección 5.ª) de 26 de septiembre de 2011 (JUR 2011/349132).

Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. Resolución de un contrato de compraventa de vivienda: retraso suficiente como para ser estimado esencial. Según la sentencia: «FJ 6.º: [...] preciso será recordar que el concepto de “plazo esencial” –como aquel que determina el momento inamovible del cumplimiento del contrato– ha de inferirse tanto del pacto como de la voluntad de las partes en aquél vertida (S.A.P. Zaragoza, Sección Quinta, 4 de octubre de 2010). –Los términos del pacto son suficientemente claros en el sentido de querer considerar el plazo como “esencial”, pues confieren al comprador una opción radical (renovar el plazo o resolver). En este sentido, la citada Sentencia de esta sección, de 4 de octubre de 2010. –Ahora bien, aunque no se llegara a tal conclusión, habría que decidir si los incumplimientos denunciados son bas-

tantes para configurar el concepto de “no entrega de la vivienda” del citado art. 3 [de la Ley 57/68]. –FJ 7.º: Este tribunal ha reiterado que el “mero retraso” (salvo el caso del “plazo esencial”, claro está) no significa necesariamente frustración del fin negocial y –por tanto– tampoco significa “ausencia de entrega” (S. 303/2010, de 13 de mayo). Pero, en tal caso es preciso examinar el valor del plazo pactado (S.T.S. 17 de diciembre de 2008). Y, para ello, se utiliza la técnica interpretativa del origen común de las reglas contenidas en el “Texto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos” (PECL). Allí se contempla como incumplimiento esencial aquel que prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, existiendo razones en la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. Pues, como razona nuestra sentencia 561/09, de 23 de octubre , “una cosa es que el plazo no sea esencial y otra muy diferente que la promotora pueda concluir la obra cuando le plazca o bienamente pueda”. –FJ 8.º: Y esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado. A fecha de hoy no solo no consta la licencia de primera ocupación, sino ni siquiera su petición. Tampoco consta que las plazas de aparcamiento sean viables a través del pertinente montacargas. Pero, sobre todo, no consta expediente algún de legalización de la zona bajo cubierta. Y de no obtener la legalización, había que eliminar la escalera (de por sí incómoda) y cerrar el hueco al que aquella accedía y del cual no podría disfrutar el comprador, según el perito. Tesis no desvirtuada por la demandada. Todos estos datos son claramente constitutivos de la “no entrega”, lo que habilita las consecuencias del artículo 3 estudiado, pues los documentos que lo acreditan pueden ser multiformes (A.361/10, 8 de junio)».

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil.

SAPA Coruña (Sección 3.ª) de 17 de junio de 2011 (JUR 2011\265315).

Ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García. Daños ocasionados en un inmueble por las obras realizadas en el solar colindante. En el FJ 3.º se puede leer que: «La Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que, conforme exige la aplicabilidad del artículo 1902 del Código Civil, debe explicarse siempre el “cómo” (causalidad física, hechos probados) y el “por qué” (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado. Como establece la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2006 (Roj: STS 7525/2006, recurso 4880/1999), causa es, según la tesis que parece ir predominando en la doctrina y que tiene apoyos claros en la reciente jurisprudencia, “el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido”. Debe establecerse cuál es el hecho productor del daño. Para determinarlo se acude a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Si suprimida idealmente la acción atribuida al agente, el daño se hubiese producido igual, puede descartarse la relación de causalidad física [Ts. 10 de junio de 2008 (Roj: STS 4313/2008, recurso 2897/2002)]. En el artículo 3:101 de los PETL (“Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” elaborados por el “European Group on Tort Law”) se sigue el principio de la “conditio sine qua non”, estableciéndose que: “Una actividad o conducta es causa del daño de la víctima, si de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”, aunque posteriormente matice el principio». En términos idénticos pueden verse también las SS. AP A Coruña (Sección 3.ª) de 27 de junio (JUR 2011\277701), 16 de septiembre (JUR 2011\345104) y 23 de septiembre (JUR 2011\350878), todas del mismo ponente.

Recensiones de libros sobre Derecho Privado Europeo

ANDERSON, Miriam –ARRROYO I AMAYUELAS, Esther (eds.) *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, European Estudios in Private Law, Groningen, 2011. 336 pp. ISBN 978-90-8952-087-6

El libro que da lugar a estas reflexiones contiene el texto escrito de una buena parte de las intervenciones de los ponentes de la Jornada sobre el Derecho catalán de sucesiones en Europa que con el título «La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones», se celebró en Barcelona el 30 de abril de 2010, bajo la dirección de Esther Arroyo y la coordinación de Miriam Anderson, ambas profesoras de la Universidad de Barcelona, quienes son también las encargadas de la dirección de este libro. Alguna ausencia significativa respecto de aquellas intervenciones (señaladamente la de los profesores Grimaldi y Badosa), ha sido en cierta medida compensada por la inclusión de las aportaciones de conspicuos representantes de diversos países europeos que nos muestran las líneas generales de su correspondiente Derecho sucesorio. Ello permite a esta obra dar una panorámica bastante completa del estado actual del Derecho de Sucesiones en Europa, tanto desde el punto de vista material interno (Kerridge para Inglaterra y Gales, Röthel para Alemania, Csehi por Hungría, Fusaro por Italia, Milo por Holanda, Hambro por Noruega, Clive para el Derecho escocés, Kraljic por Eslovenia y Cámara Lapuente por España, más las contribuciones de Bosch Capdevilla, Vaquer Aloy, Navas Navarro y las propias editoras de la obra, que contienen una buena síntesis del nuevo Derecho sucesorio catalán surgido de la Ley 10/2008, de 10 de julio), como desde el Derecho Internacional Privado (representado por uno de sus más destacados especialistas en Derecho sucesorio, el Prof. Andrea Bonomi, quien nos muestra los puntos principales de la Propuesta de Reglamento europeo en materia de Sucesiones, de 14 de octubre de 2009). A todo ello ha de añadirse la sugerente y brillante síntesis que, con una perspectiva comparada, hace a modo de pórtico el Prof. Walter Pintens, algunas de cuyas afirmaciones me voy a permitir traer a colación aquí en un momento posterior.

Con carácter preliminar, una lectura transversal del contenido del libro pone de manifiesto que el Derecho de Sucesiones ha dejado de ser una parte del Derecho privado que, debido su carácter eminentemente técnico y en cierta medida esotérico, solo interesaba a unos pocos iniciados; a ello se añadía además su fuerte apego a la historia de cada país y a las tradiciones nacionales, lo que parecía hacer de este sector del ordenamiento un terreno poco permeable a los reclamos de la internacionalización, y como consecuencia de ello, la unificación o al menos la aproximación de los distintos ordenamientos europeos. Tomando como *leitmotiv* la libertad de testar y sus limitaciones, cada una de las contribuciones desmiente ambos asertos, poniendo de manifiesto el interés e importancia de las sucesiones en Europa, así como la necesidad de llegar a puntos de encuentro tanto a nivel sustantivo como con-

flictual debido, entre otras cosas, al notable incremento de las sucesiones en las que existe un elemento de internacionalidad. En este sentido es interesante resaltar que además del significativo paso que va a representar la aprobación de un Reglamento europeo sobre los aspectos de DIPr relativos a la materia, se constata que aunque solo sea por la vía de los hechos se está produciendo también lo que el Prof. Pintens llama una «armonización espontánea» derivada de los cambios sociológicos producidos por los continuos flujos de personas, de problemas y de ideas que caracterizan la Europa de nuestros días.

Como manifestación de esta armonización espontánea el citado profesor menciona dos temas particulares: la porción legal del cónyuge sobreviviente y la porción necesaria de los hijos (la legítima): respecto a lo primero se observa la tendencia a pasar del usufructo a la plena propiedad y a incrementar la porción legal en detrimento de los hijos (y por supuesto de otros parientes); por lo que atañe al segundo, se aprecia que la porción forzosa a favor de los hijos existe en casi todos los sistemas, fundándose tradicionalmente en la solidaridad entre generaciones. Sin duda se trata de dos de los temas más recurrentes en los modernos estudios hereditarios, pues no en vano han sido objeto de la mayoría de las reformas legislativas operadas en el Derecho de Sucesiones de los ordenamientos que, en los últimos años, han acometido tal tarea, incluyendo por supuesto algunos de los autonómicos, como el catalán, el aragonés o el gallego y, en mucha menor medida, el propio Cc español por el carácter «errático» y «carente de una visión de conjunto» de las reformas (en palabras de Teodora Torres).

Sin embargo, una lectura atenta de las diferentes contribuciones nos obliga a incluir como objeto de reflexión en esta sede, además de los dos temas citados, otros que también parecen destinados a ocupar páginas venideras y que, como muestra de esa armonización espontánea, se repiten, al menos como problemas candentes, en varios de los textos referidos a los diferentes ordenamientos nacionales. La pregunta por la constitucionalidad de la legítima, la tutela del testador vulnerable, la importancia de los contratos como posible límite a la libertad de testar, se añaden al propio alcance de la legítima y los derechos del cónyuge viudo (y de la pareja estable, al menos registrada), como temas recurrentes de la obra comentada, razón por la que intentaré detenerme mínimamente en todos ellos. Comenzaré por el viudo, y dejaré para el último lugar todo lo referente a la legítima.

El conjunto de contribuciones presentes en el libro muestran la creciente preocupación de los ordenamientos jurídicos modernos por conseguir una adecuada tutela jurídica del cónyuge sobreviviente en la sucesión de su consorte (preocupación que por lo demás ha estado presente desde las primeras codificaciones), tutela que además tiende a extenderse al conviviente de hecho, al menos en aquellos casos en los que la convivencia ha sido formalizada e institucionalizada, normalmente a través de su inscripción registral. El reforzamiento de esa posición se realiza a través de varias vías que tienden a incrementar los derechos del viudo en detrimento de la legítima de los hijos, otorgándole una participación en la herencia que, con pocas excepciones más que las que representan los derechos civiles españoles, tiende a ser en propiedad. A mi juicio, los cambios sociológicos operados en las familias contemporáneas, las nuevas formas de titularidad de la riqueza y de composición de los patrimonios familiares, e incluso las dificultades técnicas que pueden derivar de la concurrencia de propietarios y usufructuarios en una misma sucesión, aconsejan esa solución. Sin duda con ella se evitan *ex ante* muchas

querellas familiares, especialmente en aquellos casos en los que el viudo o viuda lo es de un segundo o ulterior matrimonio del causante de la sucesión y concurre con los descendientes del matrimonio o matrimonios anteriores.

Otro de los temas que aparece en varios trabajos insertos en la obra objeto de estos comentarios hace referencia a la relación entre la libertad de testar y los derechos fundamentales, tópico que aparece sobre todo al hilo de la referencia hecha por algunos de los autores (por ejemplo, Kerridge, Bosch, Cámara) a la sentencia del ECHR de 13 de julio de 2004 (*Pla and Puncernau v. Andorra*), en la que se consideró que el Tribunal Supremo de Andorra había violado el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos al interpretar que, en un testamento elaborado en 1939, la cláusula testamentaria referida a los «hijos de legítimo y canónico matrimonio» excluía de la sucesión a los hijos adoptivos; este criterio de la Corte europea ha tenido indudable peso en la STC español de 27 de abril de 2010, en la que se consideró que un testamento hecho en 1927 donde se instituía a «los descendientes legítimos» debía incluir a los hijos adoptivos. Para la mayoría de los autores que han analizado estas sentencias desde la perspectiva del Derecho de Sucesiones y de la correcta utilización de las técnicas de interpretación testamentaria ambas sentencias son criticables, pues se estima que hacen decir al testamento lo que el testador nunca quiso decir. Algunos añaden además que la utilización del principio de no discriminación para llegar a esa conclusión no resulta un camino correcto, toda vez que libertad de testar y no discriminación son en buena medida términos antitéticos (particularmente crítico con la sentencia europea es el profesor Kerridge, quien en las páginas 140-141 del libro comentado dice literalmente «*freedom of testation is all about “discrimination”, except that is not, in the context of succession, what it is called*», añadiendo a continuación «*Freedom of testation means freedom to discriminate, the greater the freedom, the greater the possible discrimination*»). No puedo entrar en esta sede a reflexionar, como me gustaría, sobre el tema de fondo que subyace en ambas decisiones que, como acabo de señalar hace pocas líneas, consiste nada más y nada menos que en preguntarse por la relación entre la libertad de testar y los derechos fundamentales, cuestión que en alguna literatura jurídica, señaladamente la alemana, está adquiriendo una importancia más que notable. Sí quiero decir, no obstante, que, sin perjuicio de reconocer que en los dos casos citados probablemente la decisión de ambos tribunales contradice la verdadera voluntad del testador, constituye a mi juicio una simplificación excesiva señalar que libertad de testar y no discriminación son principios antitéticos o contrapuestos. Estoy convencida de que la relación entre ambos es mucho más compleja; baste traer aquí a colación, aunque sea de refilón, la reciente decisión del Consejo Constitucional francés de 5 de agosto de 2011 (*Décision n.º 2011-159 QPC, Mme Elke B. Et autres*), en la que se declaró inconstitucional el art. 2 de la ley de 14 de julio de 1819, todavía en vigor, por el que se reconocía un derecho privilegiado al ciudadano francés que concurriera en la misma sucesión con un extranjero, permitiendo únicamente al primero el derecho a reclamar sobre los bienes situados en Francia la parte sucesoria que le otorgaba la ley material francesa, aunque hubiera sido excluido de ella por la ley aplicable a esa sucesión según la norma de conflicto francesa (el profesor Bonomi se hace eco de este artículo francés en la nota 16 de su trabajo, antes de que hubiera sido declarado inconstitucional). Se trataba pues de una regla material que derogaba la ley extranjera designada por la regla de conflicto francesa y que, según el propio Consejo constitucional, no solo viola el principio de igualdad, puesto

que solo favorece al nacional francés, sino que además «*restringe de manera injustificada la libre disposición de los bienes por el difunto*, además de suponer un atentado contra la propiedad». La cursiva añadida pone de manifiesto que libertad de testar y no discriminación no solo no son siempre principios contrapuestos, sino que incluso van a veces de la mano.

Cambiando de tema con la premura a la que obliga una recensión, tengo para mí, y en ello coincidido plenamente con la afirmación hecha al respecto por la profesora Röthel en su contribución a la obra comentada, que la tutela de los testadores que por razones de edad, de enfermedad, u otras de análoga naturaleza, son especialmente vulnerables a influencias indebidas de terceros, constituye una cuestión de creciente importancia que deberá ser abordada por los juristas con mayor profundidad en un futuro inmediato. Cambios sociológicos propios de nuestros días como el envejecimiento de la población o la complicación de las relaciones familiares y afectivas, hacen muy necesario este abordaje. Es cierto que en algunos sistemas, entre los que están todos los españoles, la intervención *ex ante* del notario en los testamentos más frecuentes constituye una buena garantía de la integridad de la voluntad testamentaria de la que no gozan otros sistemas como, por ejemplo, los pertenecientes al *common law*. Sin embargo, es muy probable que no sea una garantía suficiente. Para completarla parece necesario reflexionar sobre los instrumentos que el Derecho positivo utiliza para garantizar la integridad de las últimas voluntades, a fin de determinar si son o no adecuados y, en su caso, qué propuestas de futuro pueden ayudar a salvaguardarla más y mejor. Todo ello ha de hacerse, además, procurando no incurrir en un paternalismo excesivo que termine ahogando esa libertad que pretendíamos asegurar; al respecto, conviene recordar las palabras del juez que resolvió el caso inglés *Bird v. Luckie* en 1850 cuando señalaba que el testador es libre, pero no tiene por qué ser ni prudente, ni sabio, ni bueno. A nadie se le oculta, por ejemplo, que junto o en lugar de algunos de los tradicionales casos de incapacidad relativa (inhabilidad en el CcCat) o indignidad para suceder, van apareciendo otros posibles que pueden obligar a repensar el alcance de estas instituciones. Paradigmático es el caso de la disposición a favor de las personas que cuidan o han cuidado al testador, tanto de manera privada (contratados en su casa, por ejemplo), como en centros públicos o privados; las parciales y diversas soluciones adoptadas por algunos legisladores europeos (caso del alemán a través de la aplicación conjunta del par. 134 BGB en relación al par. 14 *HeimGesezt*, el francés con la nueva redacción del art. 909 *Code* o el catalán en el art. 412-5.2 CcCat) constituyen solo un punto de partida para dar cumplida respuesta a un problema sociológico común a los países europeos que, ni mucho menos, puede darse por cerrado.

Otra de las cuestiones que aparecen reiteradamente en los trabajos incluidos en el libro que nos ocupa es la relativa a los contratos sucesorios o, más en concreto para atinar con el hilo conductor de la obra, al posible recurso al derecho de contratos como límite a la libertad de testar. También en este punto las diferentes contribuciones resultan especialmente sugerentes. De gran interés me ha parecido la exposición que hace al respecto el profesor Kerridge con relación al Derecho inglés y galés, en la que en contra de lo que resulta creencia bastante generalizada en el continente, se pone claramente de relieve como históricamente se han utilizado en Inglaterra y Gales figuras contractuales que han limitado de modo muy importante la libertad del testador (*strict settlements, marriage settlements*). Resalta además el autor citado que nunca ha existido en Derecho inglés (tampoco en el escocés, según el

profesor Clive) una regla prohibitiva de los contratos por los que se acuerda dejar la sucesión a alguien o se promete no alterar un testamento que favorecía a alguien, promesas que además, como he tenido ocasión de comprobar, son también relativamente frecuentes en el ámbito norteamericano. Aunque se trate de figuras que parecen moverse en el puro Derecho de contratos, activando remedios de este sector del ordenamiento en caso de incumplimiento, lo cierto es que en alguna medida suponen la confirmación de la tendencia, presente también en los Derechos de raíz continental, a reconocer la presencia y eficacia de los contratos con trascendencia sucesoria. Esa tendencia se pone de relieve en las reformas recientes de muchos ordenamientos, tradicionalmente prohibitivos de las figuras sucesorias pactadas (como el francés o el italiano) o restrictivos en su admisibilidad (caso del gallego o el catalán), que sin embargo han optado por introducir pactos concretos o por extender las posibilidades de los anteriormente admitidos (de esta tendencia parece apartarse, sin embargo, el legislador holandés de 2003, que según nos señala el profesor Milo, elimina las figuras contractuales sucesorias admitidas hasta entonces en el Cc holandés, que pasan a tener la consideración de donaciones). La tendencia general pro pactos sucesorios queda confirmada al comprobar la relativa importancia que parecen tener en la Propuesta de Reglamento de Sucesiones, de la que nos da cuenta el profesor Bonomi. Muchas son las voces que se han manifestado en los últimos años para que también en el caso del Cc español se camine por esa senda y se abandone la tradicional prohibición que, con matices, contiene el art. 1271. Mencionaré al respecto que, a las funciones que pueden cumplir este tipo de pactos por ejemplo, como instrumento de sucesión de la empresa familiar o como mecanismo para evitar *ex ante* controversias previsibles, particularmente en caso de sucesivos matrimonios con hijos del causante de sucesión, debe añadirse la pérdida de peso de las razones que tradicionalmente han sustentado la regla prohibitiva, además del escaso respeto por la autonomía privada que esa misma regla significa. No obstante, no basta con abrir sin más las puertas a los pactos sucesorios. Como nos recuerda la profesora Röthel en su exposición del Derecho alemán, tradicionalmente generoso con el uso de las figuras contractuales como instrumento para ordenar la sucesión, existe en este momento un debate en Alemania sobre la necesidad de la reforma de estos pactos, por ejemplo, para clarificar el efecto vinculante durante la vida del instituyente (par. 2287 BGB). Ello obedece a que con la ley vigente los herederos contractuales pueden impugnar las donaciones que el instituyente haya hecho con el intento de perjudicarles, lo que en la práctica afecta a casos en los que el causante vinculado por un contrato de institución de heredero desea dejar algo a su nuevo esposo o compañero. Según la interpretación de los tribunales actualmente, esto solo es posible cuando el testador persigue un interés propio durante su vida, por ejemplo, cuando la disposición conlleva beneficios recíprocos para el donante, como cuidados. Esta circunstancia, que puede cambiar a lo largo de la vida del causante, provoca la utilización de argumentaciones ficticias. La opinión de la autora es favorable a la existencia de instrumentos legales que permitan la vinculación en vida del causante, si bien se deben aclarar los peligros que esto conlleva para el testador y ha de tenerse más cuidado aún en lo referente a contratos sucesorios resultantes de influencia indebida o de la inexperiencia comercial.

Finalmente me detendré con cierto pormenor, como ya anticipé más arriba, en la institución de legítima, particularmente a aquella que se refiere a los descendientes. Como no puede ser de otro modo en un libro que cuyo título

apela a la libertad de testar, este es uno de los asuntos presentes en la obra de modo constante. De los muchos temas que se suscitan alrededor de la legítima comenzaré por referirme a la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de una hipotética norma que, en cualquiera de los derechos civiles españoles o más en particular en el Código civil español, optara por su supresión. La pregunta, que también hace el profesor Cámara en su extenso trabajo, tiene relevancia por la existencia en nuestro país de no pocas voces que, desde profesiones jurídicas diferentes, abogan por esa supresión. Es de sobra conocido que la respuesta a pregunta similar hecha en el seno del ordenamiento alemán ha sido ya abordada por su Tribunal Constitucional, cuyas decisiones al respecto son citadas en el libro por varios autores, especialmente, como es lógico, por la profesora Röthel y el profesor Pintens. Haciendo un compendio de la opinión del *BVerfG* se nos recuerda que mientras una decisión de 2000 pareció confirmar que la porción debida no era un derecho absoluto, otra de 19 de abril de 2005 –que ha tenido un amplio eco en España–, estimó que esa porción tenía un carácter familiar e irrevocable, independiente de la necesidad y de las circunstancias. En ella el *BVerfG* considera la parte reservada a los hijos como parte de la garantía del art. 14 GG que tiene un elemento que trasciende a las generaciones; el tribunal da gran importancia al elemento histórico y además considera que la «*Pflichtteil*» es expresión de la solidaridad familiar basada en el 6 GG, el cual garantiza que la relación entre el testador y sus hijos es como una comunidad de vida, con el derecho y la obligación de responsabilizarse unos de otros. Por todo ello el *BVerfG* declara constitucional la regulación de la legítima contenida en el BGB e inconstitucional su supresión. Volviendo de nuevo al Derecho español, y después de recordar que el Tribunal Supremo ha reconocido que la legítima no está protegida por el orden público (interno), el profesor Cámara se hace la ya anticipada pregunta por la constitucionalidad de la legítima; tras recoger las opiniones encontradas de nuestra doctrina, termina por considerar que la legítima es solo uno de los mecanismos posibles para cumplir el mandato constitucional de protección de la familia (art. 39 CE), de modo que no parece constitucionalmente exigible el reconocimiento por el legislador de una legítima con contenido material, si bien reconoce que tal vez sí se pide al menos una garantía de índole formal. Esta opinión, que ya han sustentado otros autores como Jose M.^a Miquel y yo misma, se basa sobre todo en que en el propio sistema español existen ordenamientos donde la legítima carece de contenido económico (Navarra y Fuero de Ayala) y no es lógico considerar ahora que se trata de normas inconstitucionales.

El conjunto de contribuciones de los países de *civil law* donde tradicionalmente se asienta la institución de la legítima de los descendientes, contenidos en este libro, ponen de manifiesto los nuevos perfiles en los que parecen converger los ordenamientos que han apostado por una reforma reciente de la misma. Así, se apuesta en general por el mantenimiento de la mencionada participación forzosa en la herencia por parte de los hijos y descendientes, basándose sobre todo en argumentos de solidaridad familiar intergeneracional, aunque no faltan opiniones, como la del escocés Eric Clive, que *lege ferenda* parecen más favorables a su sustitución por un instituto con fundamento alimenticio. Esa opinión mayoritaria no obstaculiza la general creencia de que no se trata de una institución de orden público, ni interno, ni internacional. Las reformas operadas hasta ahora muestran igualmente la tendencia a disminuir su cuantía en favor del esposo a quien también se le suelen conceder en muchos ordenamientos verdaderos derechos legítimarios.

Asimismo, parece consolidarse la opción de sustituir la legítima *in natura* por la legítima como derecho de crédito pagadero en dinero, toda vez que se piensa que aquella supone un obstáculo para la libre circulación de los bienes, especialmente los inmuebles. Todas las reformas recientes de los ordenamientos donde se configuraba como una participación en los bienes, entre los que debemos incluir el Derecho francés o el holandés, van en esta línea. La misma que ya seguían el Derecho catalán y el gallego desde 1995, aunque probablemente en este último haya quedado aún más claro tras la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006. La reforma profunda de la institución pendiente en Italia y en el Cc español explica que ambos ordenamientos se aparten de esa línea, aun cuando en esta última sede no son pocas las excepciones a la regla general que siguen la tendencia europea.

En la línea de flexibilizar la legítima de los descendientes se muestra también la predisposición por parte de los legisladores reformistas a proteger las donaciones del causante frente a las pretensiones de los legitimarios. Así, al reconocimiento de la posibilidad de renunciar anticipadamente a la acción de reducción que se ha introducido en la reforma francesa de 2006 (siguiendo la senda, ya señalada, de admitir determinados pactos sucesorios), se ha de sumar la inviolabilidad de las donaciones que han sido hechas más allá de un tiempo (diez años Alemania –con reducción progresiva– diez en Cataluña, dos años en Austria), lo que según el profesor Pintens resulta del todo adecuado, pues cuanto más antigua sea más difícil será de probar la donación, además de que no tiene sentido que el causante tenga que preservar su herencia durante toda su vida a favor de sus herederos. Finalmente, también se observa la tendencia común a flexibilizar el pago, incluyendo la posibilidad del pago diferido (introducido en la reforma alemana de 2009), así como a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación (lo que se ha hecho, por ejemplo, en Alemania y en Cataluña; respecto a este último destaca la aportación del profesor Vaquer Aloy sobre la introducción de una nueva causa de desheredación en el art. 451-17.2 e CcCat, consistente en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario).

En fin, como se puede derivar de lo dicho hasta aquí, el libro editado por las profesoras Anderson y Arroyo nos muestra que el Derecho de Sucesiones europeo está en plena ebullición, siendo muy importantes los cambios producidos y, por lo que parece probable, los que se van a producir en un futuro próximo. Aunque tradicionalmente se haya argumentado con la fuerte impronta nacional de este sector del ordenamiento, que formaría parte de la identidad cultural de cada país, no cabe duda de que, como pone de relieve el profesor Pintens, estos cambios están influidos por las leyes de otros países del entorno, de forma que mucha de esa identidad cultural se está diluyendo. Es particularmente relevante mencionar la contribución del citado profesor cuando señala que la identidad cultural no se pierde porque ocurran cambios culturales y legislativos, indicando además que Europa se caracteriza por su diversidad cultural, pero que la diversidad no es un valor por sí mismo; en su opinión empeñarse en la diversidad legal niega el hecho de que el Derecho, aunque está embebido en la cultura, es primariamente un instrumento que regula las relaciones humanas y no un fin en sí mismo. No se si la traducción al español de estas afirmaciones vertidas en idioma inglés suponen algo distinto. Sea como fuere, no puedo dejar de manifestar mi acuerdo con ellas.

En definitiva, creo que la alusión a los temas aquí apenas pergeñados, todos ellos de máxima actualidad e interés, así como la convicción de que

muchos otros relevantes se han quedado en el tintero, ponen de manifiesto la calidad del libro que he tenido el gusto de leer primero y comentar después. En el abigarrado panorama de obras jurídicas que constantemente aparecen en nuestro entorno, pocas resultan en verdad interesantes. *The Law of Succession: Testamentary Freedom* no solo es una de ellas; es además de las poquísimas imprescindibles para quien quiera hoy conocer el estado de la cuestión del Derecho de Sucesiones en Europa.

María Paz GARCÍA RUBIO
Universidad de Santiago de Compostela

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (coord.) *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcelona, Bosch ed., 2011, 582 pp. ISBN:978-84-9790-820-7.

1. El libro del que ahora se da cuenta es una obra colectiva coordinada por el Catedrático de Derecho Mercantil Eduardo Valpuesta Gastaminza, y en la que participan bastantes juristas del ámbito del Derecho Privado, ubicados en Navarra y Madrid fundamentalmente, y casi todos académicos aunque también escriben profesionales dedicados a la práctica forense. El reputado mercantilista Dr. José M.^a de La Cuesta Rute, además de prologar la obra, es el autor del capítulo primero que constituye el pórtico o presentación del material de trabajo empleado por los autores, que no es otro que el *Draft Common Frame of Reference*, uno de los frutos más importantes de los diversos procesos de armonización abiertos en Europa en materia de Derecho privado patrimonial. El ya mencionado coordinador de la obra, Dr. Eduardo Valpuesta Gastaminza se encarga, además, de una importante parte del libro: es el responsable de la elaboración material del capítulo segundo, «La propuesta de Derecho Privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», que sería el segundo estudio de carácter general contenido en la obra sobre la significación y alcance de este borrador académico como instrumento unificador del derecho contractual europeo. Es autor de los capítulos 3 y 4 sobre los Libros I y II del DCFR respectivamente (disposiciones generales y parte general sobre contratos). También expone el contenido de la regulación sobre contrato de servicios en el capítulo 8 de la obra (Libro IV.C del DCFR), y la regulación de las garantías reales sobre bienes muebles en el capítulo 18 (Libro IX del DCFR). El Dr. Javier Nanclares Valle, Profesor Contratado Doctor en la Universidad de Navarra, se ocupa en el capítulo 5 de esta obra, del Libro III del DCFR sobre obligaciones y derechos y también, en el capítulo 13, del concreto negocio jurídico de la donación (Libro IV.H del DCFR). El contrato de compraventa en el DCFR, Libro IV.A. y el contrato de arrendamiento de bienes muebles, Libro IV.B., son analizados por la Dra. Concepción Pablo-Romero Gil-Delgado, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Pública de Navarra. La Dra. Blanca Torrubia Chalmeta, de la Universitat Oberta de Catalunya, se ocupa del contrato de mandato regulado en el Libro IV.D y del contrato de agencia comercial, franquicia y distribución, Libro IV. E, ambos del DCFR. El Dr. José Carlos González Vázquez, Profesor Titular de la Universidad Complutense, elabora en el capítulo 11 de la obra el análisis del Libro IV.F sobre los contratos de préstamo/crédito. El estudio de las garantías personales se aborda por el Dr. Pablo Gómez-Blanes, profesor e investi-

gador de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra. La Dra. Elsa Sabater Bayle, Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra, es la autora del capítulo 14 sobre el Libro V del DCFR relativo a la gestión de negocios ajenos, y del capítulo 16 sobre el Libro VII en materia de enriquecimiento injustificado. La Dra. Verónica San Julián Puig, Profesora Titular de la Universidad de Navarra, trata la responsabilidad extracontractual, materia contenida en el Libro VI del *draft*. El Dr. Javier Fajardo Fernández, Profesor Contratado Doctor también de la Universidad de Navarra, se ocupa del Libro VIII, adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles. Termina la obra colectiva el Dr. Carlos Llorente Gómez de Segura, profesor y abogado en ejercicio, que expone el contenido del Libro X del DCFR bajo el título *Trusts*.

La mera enunciación de los autores y de los temas tratados en esta obra permite al lector hacerse una idea de la magnitud de la empresa abordada por el grupo de investigadores que la suscriben. Ciertamente es muy difícil ofrecer un estudio completo y cabal que desglose y analice el basto contenido jurídico que presenta el borrador académico, *Common Frame of Reference*, y que además lo haga en un libro mínimamente manejable y aprehensible, por su extensión y sistemática. Para empezar no puede olvidarse que el DCFR es como su propio nombre indica un *draft*, no es un documento acabado sino un instrumento académico más, de armonización del derecho contractual europeo que, a fecha de hoy, ya ha sido objeto de una significativa depuración y análisis por parte del Grupo de Expertos nombrados por la Comisión europea mediante Decisión de 26 de abril de 2010. Efectivamente, este grupo de trabajo partió de los trabajos contenidos en el DCFR con el objetivo de realizar un estudio de viabilidad sobre un instrumento futuro de Derecho contractual europeo, que abarcara las principales cuestiones planteadas, en la práctica, en las transacciones transfronterizas. El resultado ha sido, en fecha 11 de octubre de 2011, una propuesta de instrumento opcional de derecho contractual europeo, que lleva el título de «Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea» y en la que, con tan solo 183 artículos, se lleva a cabo una importante selección de las cuestiones jurídicas que se consideran prioritarias a los efectos de la armonización y unificación del Derecho patrimonial europeo.

Consciente del verdadero alcance del borrador académico, el profesor José M.^a de la Cuesta Rute incide en el Prólogo de la obra, en el juicio general que le merece: «Desde luego, el DCFR no es un documento acabado, y ha sido objeto, con razón en muchos casos, de críticas en cuanto al contenido o a las soluciones de técnica jurídica. Pero esto no obsta a que deba reconocerse la magna obra realizada, procurando ofrecer un sistema coherente que aúna tanto aspectos puramente de derecho de obligaciones cuanto de derechos reales (en concreto sobre bienes muebles). En el Derecho patrimonial privado los aspectos obligacionales y reales van siempre unidos, y por eso contemplar ambas materias en su íntima cohesión es correcto, aunque indudablemente expone el flanco del DCFR a posibles críticas por tal motivo, pues en materia de derechos reales la aproximación de los derechos europeos es menor que en materia de obligaciones» (p. 5).

2. El libro se divide en diecinueve capítulos de los que los dos primeros tienen un contenido y finalidad de carácter preliminar, de presentación del *soft law* europeo de contratos, y los diecisiete restantes se corresponden con la propia sistemática del DCFR, de manera que cada uno de los capítulos se dedica al análisis de uno de los diez Libros del citado borrador académico,

salvo el Libro IV que abarca más de un capítulo, los numerados 6 a 13, en los que se tratan separadamente las diversas modalidades contractuales contempladas en el citado libro. En este sentido, cabe elogiar la sistemática y la distribución de temas en esta obra colectiva, que facilita el análisis del libro y de sus contenidos específicos.

3. En cuanto al análisis del contenido de la obra, cabe destacar lo siguiente sobre los capítulos que la componen:

Como ya se ha mencionado, en los capítulos primero y segundo sus autores dan cuenta de los propósitos del libro y sobre todo, sitúan al lector en relación al material de trabajo empleado, el *draft Draft Common Frame of Reference*, tanto en lo que hace a su contenido como a la génesis del trabajo de los académicos europeos, vertiendo al respecto interesantes reflexiones y valoraciones críticas del DCFR, como las que se traslucen del apartado transcrito más arriba. El capítulo tercero, también a cargo del profesor Valpuesta Gastaminza, participa en cierta medida de este carácter introductorio dentro del total de la obra, puesto que al estar centrado en el Libro I del DCFR sobre Disposiciones Generales se centra especialmente en las definiciones y conceptos acuñados desde hace años en el Derecho europeo de contratos, y que han sido recogidas y heredadas por el DCFR. Así, se hace referencia a la definición de buena fe y honradez en los tratos (que el autor traduce entiendo que desafortunadamente, como «trato justo»), el gran concepto jurídico indeterminado de razonabilidad, la definición de consumidor y profesional y algunos otros términos jurídicos empleados en el borrador académico como *in writing*, *signature* o *notice*.

Los capítulos cuarto y quinto abordan la tarea de abarcar respectivamente el Libro II del DCFR, sobre contratos y otros actos jurídicos, y el Libro III, sobre obligaciones y derechos, esto es, toda la parte general de obligaciones y contratos lo cual, obviamente, no es una empresa sencilla. La exposición de las cuestiones tratadas por los académicos europeos es muy ordenada y de la misma cabe destacar, entre otras cuestiones, la tesis de Valpuesta sobre los contratos complejos o mixtos en el DCFR, respecto a la que defiende la teoría de la combinación salvo que una de las prestaciones sea más relevante que la otra, o la crítica que formula sobre el contenido del *draft* en materia de obligaciones precontractuales de información. A su juicio, el DCFR se hace eco en esta importantísima materia de lo dispuesto en diversas Directivas, cada una con sus límites y ámbitos de aplicación concretos, y «el resultado es una superposición de regímenes parcialmente coincidentes pero no coordinados» (p. 110). En cuanto a la contribución del profesor Nanclares puede destacarse su análisis del capítulo 3 del Libro III sobre consecuencias del incumplimiento. Desglosa pormenorizadamente el conjunto de remedios, poniéndolos en relación unos con otros a los efectos de lograr la satisfacción del interés del acreedor, y siguiendo las reglas que rigen la acumulación de remedios en el DCFR.

El análisis del Libro IV del DCFR se aborda en los capítulos 6 a 13 por los profesores Pablo-Romero, Torrubia, González, Gómez-Blanes, Valpuesta y Nanclares. De las diversas modalidades contractuales cabe destacar, por la aportación que implica para los legisladores nacionales, la regulación contenida en el Libro IV.C sobre el contrato de servicios, más concretamente la cuestión relativa al principio neutro de conformidad como expresión del cumplimiento contractual, aplicado a las obligaciones de hacer. Valpuesta referencia extensamente las resoluciones de nuestros tribunales para hacer notar la diferencia de planteamientos en nuestro ordenamiento y en el dere-

cho europeo. Sin embargo, es preciso señalar que la dicotomía obligaciones de medios-obligaciones de resultado no es la única forma posible de tratar la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios, las propias categorías jurídicas son objeto de discusión, sistemas jurídicos como el alemán, el holandés o el inglés no recurren a ellas. El nuevo derecho contractual europeo prefiere no otorgar tanta trascendencia al hecho de que se trate de una obligación de medios o de resultados y, en cambio, tratar de aplicar la noción unitaria y objetiva de cumplimiento a la prestación del servicio, como regla general y salvo que las partes lo dispongan de otra manera. De esta opción se derivan importantes consecuencias en el terreno de la responsabilidad civil que afectan a quienes desarrollan profesiones liberales y a todos los prestadores de servicios, y en este sentido, tanto el legislador como los tribunales españoles pueden beneficiarse de las aportaciones que ofrece la normativa de servicios en el DCFR. También merece una mención el capítulo 13 de la obra que se dedica, con una extensión de 14 páginas, al análisis del Libro IV.H. dedicado a la donación. Esta breve extensión tal vez pueda explicarse por la previsible falta de interés para el legislador europeo de una regulación de la donación común a todos los Estados miembros. Sin embargo, esto no significa que la regulación que proporciona el DCFR carezca de todo interés. Nanclares inicia su contribución haciendo referencia a la concepción contractual de la donación que es mayoritaria en derecho español y advierte que «el aspecto obligacional adquiere una fuerza de la que carece de Derecho civil español». Es verdad que la doctrina española no ha deducido todas las consecuencias que cabría de la configuración de la donación como un contrato; así, por ejemplo, las obligaciones de las partes y los remedios disponibles, como la cuestión sobre si cabe o no la resolución de la donación por el donatario. Nanclares se refiere también al rechazo de la eficacia jurídica de la promesa de donación en la jurisprudencia española, lo que parece poco coherente con esta naturaleza contractualista que se sostiene. Estos son aspectos en los que claramente el MCR puede servir de elemento interpretativo e integrador, pero no son en absoluto los únicos.

Los capítulos catorce a diecinueve tratan sobre el contenido de los Libros V a X del DCFR. Los temas son variados y complejos, destacaremos brevemente algunos aspectos, como la referencia a la singular decisión de los autores del *draft*, de tratar separadamente en el Libro VI la gestión de negocios ajenos, al margen de instituciones próximas como el enriquecimiento injustificado –Libro VIII DCFR– o del contrato de mandato –Libro IV.D DCFR–. En relación a la responsabilidad extracontractual –Libro VI DCFR–, se hace notar por la Dra. San Julián, que el *draft* se fija en la víctima, y sobre todo en el concepto de daño jurídicamente relevante, que abarca no solo el ya producido sino también el daño inminente, bajo la máxima de que es mejor la prevención del daño que su reparación. La regulación del enriquecimiento injustificado es relativamente extensa, siete capítulos que componen el Libro VII, y se configura en torno a cuatro elementos, a saber, el enriquecimiento de una parte, la desventaja de la otra, la correlación entre ambas y la ausencia de justificación del enriquecimiento experimentado por la primera. Respecto al Libro VIII glosado en el capítulo 17 de esta obra, cabe coincidir con el profesor Fajardo en cuanto al contenido ambicioso –¿desmesurado?– del mismo (bajo el título «adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles» se incluye regulación sobre propiedad, posesión, derechos reales limitados, y la defensa procesal de estos derechos patrimoniales). El carácter más reciente de esta última parte del DCFR junto con los siguientes Libros IX y X, que se

redactaron al final de los plazos previstos y sin posibilidad de ser tan debatidos en los grupos de trabajo como el resto del borrador académico, es la causa principal de la escasez de doctrina existente a fecha de hoy sobre esta específica normativa. Por ello, las contribuciones de los profesores Fajardo, Valpuesta y Llorente tienen el valor de estar entre las primeras que se formulan en nuestro país.

Paloma de BARRÓN ARNICHES
Universitat de Lleida

**MICKLITZ HANS W. – STUYCK, Jules – TERRY, Evelyne (eds.),
Cases, Materials and Text on Consumer Law, Hart Publishing, Oxford
and Portland, 2010. 597 pp. ISBN: 978-1-84113-749-0.**

El *Cases, Materials and Text on Consumer Law* es un nuevo volumen de la serie *Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*, editada por el Prof. Walter van Gerven en el seno del conocido proyecto desarrollado conjuntamente por las universidades de Leuven (Bélgica) y Maastricht (Países Bajos). Este que ahora se recensiona tiene como editores generales a Hans W. Micklitz (Instituto de Florencia), Jules Stuyck y Evelyne Terry (ambos, U. Leuven) que, además, son coautores, junto con otros diez profesores de siete universidades europeas, todos ellos eficazmente coordinados por Dimitri Droshout. Tal y como el título del volumen indica, su objeto es el análisis del Derecho contractual de consumo y, como todos los *casebooks* de la misma serie, persigue un doble objetivo: por un lado, la colaboración de profesores formados en distintos ordenamientos jurídicos europeos en la discusión de problemas y en la selección de materiales de enseñanza que los reflejen (y también sus posibles soluciones); y, por el otro, el común aprendizaje, a partir de esos mismos materiales traducidos a un único idioma, el inglés, por parte del mayor número posible de estudiantes en Europa. En parte, la tarea viene facilitada por ser el derecho de consumo uno de los ámbitos en los que la armonización del derecho ha tenido y sigue teniendo un mayor recorrido, de manera que el *casebook* sirve también para analizar los pros y contras de ese proceso, todavía inacabado, frecuentemente con defectos, pero en evolución y constante perfeccionamiento. En este sentido, el libro incorpora no solo materiales de derecho nacional, sino también, en tanta o mayor medida, legislación comunitaria, jurisprudencia del TJCE, *soft law* (mayoritariamente representado por la versión académica original del DCFR), informes, libros verdes y recomendaciones.

El *casebook* cuenta con ocho capítulos que, a su vez, presentan detalladas subdivisiones internas. El capítulo I (Jules Stuyck) es una amplia y muy sugerente introducción general al Derecho de consumo, en el que se abordan cuestiones clásicas, tales como el concepto mismo de derecho de consumo, las distintas nociones de consumidor que se barajan según el tipo de armonización (positiva, negativa), las formas (públicas y privadas) de protección o sus niveles de armonización (mínima, máxima). El capítulo II analiza con prolija extensión la publicidad y las prácticas comerciales desleales y, especialmente, a la luz de la directiva 2005/29 (Hans W. Micklitz, Geraint Howells). El derecho contractual de consumo se divide en dos capítulos, y, aunque solo el capítulo III (Sergio Cámara Lapuente, Evelyne Terry) lleva esa misma rúbrica, en realidad en él se estudian fundamentalmente temas como la formación del contrato y los deberes de información; el derecho de desistimiento y las condiciones generales, que también forman parte del

derecho contractual de consumo, son el objeto del capítulo IV (Evelyn Terry y Peter Rott) y la compraventa está analizada en el capítulo V (Christian Twigg-Flesner, Elise Poillot). Otros contratos, como los de servicios financieros (de crédito, inversión y pago), son explicados en el capítulo VI (Veerle Colaert, Tom van Dyck). En el capítulo VII, se aborda la responsabilidad por productos defectuosos (Geraint Howells, Jean-Sébastien Borghetti), no tanto porque sea el consumidor el único destinatario de la protección, cuanto por ser muchas veces los bienes de consumo los que causan daños; y, finalmente, en el capítulo VIII, se expone la materia referida a los remedios, sanciones y procedimientos individuales y colectivos para hacer efectivos los derechos de los consumidores, tanto desde el punto de vista del derecho público como del derecho privado (Hans W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyn Terry, Lubos Tichý). Cada capítulo, a parte las referencias bibliográficas al pie de página que se estiman necesarias, cuenta con una sumaria bibliografía final de referencia que permite completar el estudio al lector que quiera ir más lejos. Existen, además, completos índices de conceptos y documentos utilizados que facilitan enormemente el manejo de este volumen de casi seiscientas páginas.

El *casebook* es una oferta didáctica tanto para la enseñanza como para el estudio. Tiene la ventaja de presentar en un solo libro los materiales (jurisprudenciales, legislativos, doctrinales) necesarios para el aprendizaje de una determinada materia –en este caso, el derecho de consumo– y cuya recopilación, en otro caso, supondría un esfuerzo que no siempre es posible. Es un complemento interesante a los manuales de texto al uso, por dos razones: la primera, porque rehúsa la tradicional exposición teórica y convencional de lecciones comprensivas del régimen y naturaleza jurídica de tal o cual institución. La segunda, porque incorpora el derecho europeo (antes, «comunitario») y presenta la comparación entre distintos ordenamientos nacionales y, señaladamente, el inglés, francés y alemán, con notorias incursiones en el derecho belga, y, en menor medida, el neerlandés, español, italiano o el de los países nórdicos. Naturalmente, no todas las cuestiones son abordadas según la particular o común solución que ofrecen todos y cada uno de esos ordenamientos, ni siempre cada problema es analizado desde la triple perspectiva legislativa, doctrinal y jurisprudencial en cada uno de ellos. Más bien se trata de identificar los problemas que se plantean en la práctica y de ilustrarlos –y, en su caso, sus posibles soluciones– con los materiales que mejor convengan a su estudio, libremente escogidos por los autores de cada capítulo y, por tanto, sin perfecta simetría entre todos ellos.

Para acertar con ese planteamiento es preciso, a partes iguales, un profundo conocimiento de la materia –y en el ámbito del derecho de consumo todos los autores son reputados expertos– y mucha pedagogía a la hora de seleccionar los materiales, entresacar de ellos lo esencial (*vid.* las diferentes «*notes*» que acompañan a cada sección de capítulo) y formular los interrogantes que, a modo de recapitulación, se encuentran al final de cada una de las secciones en que se subdivide cada capítulo (*vid.* las diferentes «*questions*»). Tales cuestiones no siempre pueden responderse con la simple lectura guiada de los materiales que se ofrecen y casi nunca tienen una única respuesta. Su pretensión es otra: incentivar la discusión, sugerir nuevas interpretaciones, entender la lógica o motivos que subyacen en una determinada norma, decisión o comentario, y, en definitiva, acentuar el proceso crítico de aprendizaje. Tal y como los editores reconocen en el prefacio, se trata de introducir la reflexión y de fomentar la actitud creativa ante el derecho.

El *casebook* no es nada más (y nada menos) que una herramienta que facilita ese tipo de enseñanza. Su publicación debe ser muy bienvenida y es deseable que, en mayor o menor medida, pueda contribuir a desarrollar ese modelo en las universidades españolas, especialmente en los cursos de derecho privado europeo o derecho comparado que, en muchas de ellas, parecen haberse afianzado tras la reciente reforma de los planes de estudio.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

BUSCH, Christoph – SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.), *EU Compendium. Fundamental Rights and Private Law. A Practical Tool for Judges*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, XXV + 110 pp. ISBN: 978-3-86653-178-9.

El presente libro plantea un tema de extraordinario interés y gran relevancia en los últimos años, cual es el del creciente peso de la doctrina de los derechos fundamentales en la concepción del Derecho privado moderno, es decir, en cierto modo, la «constitucionalización» del Derecho privado, o al menos de grandes áreas del mismo, lo que ha supuesto hasta cierto punto la ruptura de un paradigma jurídico que se venía arrastrando desde el siglo XIX (*vid.* al respecto, p. ej., P. Cruz Villalón, «Derechos fundamentales y Derecho privado», en *Academia Sevillana del Notariado*. Tomo Extra, 1988, pp. 97 ss.; J. M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana)*, Madrid, 1997; C. Starck, «Derechos fundamentales y Derecho privado», en *REDC* 66 (2002), pp. 65 ss.; D. Buendía García, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociolaborales», en J. Bonet Pérez/A. Olesti Rayo, *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, 2010, pp. 225 ss.).

Con ello confluye, además, otro fenómeno que está contribuyendo al cambio en los rasgos básicos del Derecho privado tal como lo conocemos en los últimos dos siglos, como es el de su progresiva armonización a nivel mundial, pero sobre todo a escala europea (con una dimensión distinta, ligada a la constitucionalidad, que en los instrumentos armonizadores a nivel internacional no se da). Esa confluencia de elementos –no siempre bien conjuntados, lo que puede dar lugar a conflictos [*vid.* con detalle P. R. Dubinsky, «Human Rights Law meets Private Law Harmonization: The coming conflict», en *The Yale Journal of International Law* 30 (2005) 211 ss.] está produciendo, sobre todo en el espacio europeo, una transformación profunda en los esquemas del Derecho privado tradicional, sobre todo aquellos más ligados al juego de los derechos de la personalidad, especialmente en lo que afecta al sistema de fuentes del Derecho. En este ámbito, la armonización jurídica en Europa no está viniendo tanto por la vía de la acción de las instituciones de la Unión Europea, sino a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya incidencia en el seno de los distintos Derechos privados de los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos aún está pendiente de ser suficientemente calibrada; sin embargo, es previsible que esta situación cambie parcialmente, desde el momento en que, por un lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000) se ha convertido en un documento con valor jurídico equivalente al de los Tratados constitutivos de la Unión (art. 6.1 del TUE, redactado conforme al art. 1.8 del

Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), y, por otro, la Unión Europea como tal se ha convertido también en parte signataria del mencionado Convenio (art. 6.2 Tratado de la Unión Europea y Protocolo Anexo al Tratado de Lisboa), de modo que también las instituciones de la Unión se encuentran ahora vinculadas por el texto del mismo y por las decisiones de aquel Tribunal, y en particular el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que es previsible que la jurisprudencia de este último en lo sucesivo incorpore muchos más elementos ligados a la protección de los derechos fundamentales, también en aquellas áreas ligadas a la construcción europea que hasta ahora podían haber quedado hasta cierto punto inmunes a la influencia de aquellos desarrollos, como son las que se refieren a la construcción del mercado interior, por tanto, las más avanzadas en cuanto a la formación de un Derecho privado europeo unificado (o, al menos, altamente armonizado).

Este es el campo en el que se inscribe el libro que comentamos, que se presenta como el resultado de un Plan de Acción auspiciado por la Comisión Europea (Comisariado de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Dirección General de Justicia e Interior) titulado significativamente *Fundamental Rights Action Plan* (FRAP), organizado por el *European Legal Studies Institute* de la Universidad de Osnabrück (Alemania) y desarrollado entre abril y diciembre de 2009, en el marco de un programa más amplio denominado «*Fundamental Rights and Citizenship*» coordinado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea y cofinanciado por la Comisión Europea y el mencionado *European Legal Studies Institute*. El objetivo de ese programa es promover el desarrollo de la sociedad europea sobre la base del respeto a los derechos fundamentales y mejorar los contactos, intercambio de información y articulación de redes entre las autoridades judiciales y administrativas y las profesiones jurídicas. A la colaboración en la consecución de ese objetivo se dirigía precisamente el citado FRAP, cuyos resultados materiales se encuentran en el libro recensionado.

Este trata aparentemente de ser un instrumento práctico que pueda servir a los jueces de los Estados Miembros de la Unión Europea para una mejor intelección de los problemas vinculados al juego de los derechos fundamentales en ámbitos tradicionalmente entendidos como exclusivamente iusprivatísticos y, por tanto, ajenos a exigencias constitucionales de índole sustantiva, fuera del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la iniciativa privada y, por tanto, a la libertad de contratación. Se entiende que una identificación de esos ámbitos del Derecho privado en que opera una cierta «constitucionalización» y la consideración de los modos en que la jurisprudencia de los distintos Estados Miembros afronta los posibles conflictos derivados de ello para obtener buenas prácticas puede ayudar a jueces y legisladores de los Estados a crear un marco de referencia común para la protección de los derechos fundamentales en el campo del proceso civil. El objetivo más modesto del libro es simplemente dar una sucinta descripción del *statu quo* de la interrelación entre derechos fundamentales y Derecho privado y presentar una pequeña colección de casos jurisprudenciales ilustrativos que pueda servir de inspiración a jueces, investigadores y legisladores. Si juzgamos el libro por estos dos objetivos básicos, podemos decir que el primero de ellos lo cumple razonablemente bien, dado que en las páginas iniciales ofrece un adecuado panorama del estado de la cuestión actual en relación con este tema, con una bibliografía rica y actualizada y una amplia información de carácter comparatista, y en las páginas siguientes apunta correctamente a los campos del Derecho privado europeo donde puede detectarse este fenómeno de manera

más acusada, mientras que, en cambio, el segundo objetivo se encuentra a nuestro juicio mucho más lejos de haberse conseguido, ya que no acabamos de ver cómo puede servir de inspiración, sobre todo para jueces y legisladores (quizá algo más para investigadores), una selección tan pequeña de casos como la que aquí se presenta, pero además referidos cada uno de ellos a decisiones concretas de Tribunales internos de los Estados Miembros sin que se vea conexión alguna con las soluciones de los otros Estados (salvo en los casos presentados en la última parte del libro, como en seguida comentaremos), aparte de que los criterios de selección de unos y otros casos no se hallan explicitados o no acaban de quedar claros. De ahí, por tanto, que en este aspecto el libro prometa más que lo que da, y que el resultado, a nuestro juicio, sea más que una herramienta para jueces, un buen instrumento para la enseñanza y discusión en seminarios académicos. En ese sentido el libro sí puede resultar muy útil.

La realización del proyecto FRAP se articulaba en tres fases diferenciadas. La primera consistía en la elaboración de un estudio comparativo a través de diversos corresponsales en distintos Estados de la UE, con el fin de incrementar el conocimiento sobre el juego de la interacción entre el procedimiento civil y los derechos fundamentales. La red de corresponsales se extendió a un número total de 21 Estados Miembros de la UE (curiosa y sorprendentemente no estaba España entre ellos, al igual que Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Luxemburgo y Malta). La segunda fase se proponía tender puentes entre teoría y práctica y tratar así de observar el «derecho en acción», más allá de lo que el estudio de los textos ofrecía. Para eso se organizaron dos simposios (en octubre de 2009 en Cracovia y en diciembre en Osnabrück) con participación de jueces de los Estados Miembros y otros prácticos expertos implicados en el proyecto, con el fin de intercambiar experiencias e identificar problemas prácticos en la aplicación de los derechos fundamentales en los procesos civiles. Por fin, una tercera fase se centró en la búsqueda y ordenación de casos significativos de la jurisprudencia de los diferentes Estados Miembros que pudieran servir para perfilar buenas prácticas susceptibles de incorporación por los jueces nacionales en la resolución de conflictos de la misma índole.

En paralelo con esas tres fases en la realización del proyecto, el libro se estructura en tres partes (si bien estas no se corresponden perfectamente con cada una de las fases de elaboración). La primera (redactada por Christoph Busch) se corresponde con la primera fase del proyecto, y expone los resultados teóricos del estudio comparativo sobre la incidencia de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de los Estados Miembros en relación con temas de Derecho privado. En este capítulo se analizan en primer término las fuentes del Derecho utilizadas en los Estados Miembros para la determinación de los derechos fundamentales (normas de Derecho interno, fuentes de Derecho comunitario, Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos de carácter internacional). En relación con las fuentes del Derecho comunitario, es de capital importancia la jurisprudencia del TJUE, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ahora con valor jurídico equivalente al de los Tratados: el punto principal que se discute a ese respecto es el del posible efecto horizontal directo de los derechos fundamentales reconocidos por la UE (es decir, susceptibles de hacerse valer en las controversias entre particulares), ya que el TJUE no ha adoptado una posición clara a ese respecto, si bien en el estudio se indica que la opinión mayoritaria entre los expertos es que carecen de tal efecto horizontal. Otra cosa es lo que se refiere al efecto de los derechos

fundamentales reconocidos por los Estados Miembros, que constituyen de algún modo un *acquis commun* de los ordenamientos jurídicos de dichos Estados, a los cuales no se les niega cierta influencia en las relaciones «horizontales» entre particulares, y por tanto su incidencia en los procesos civiles, lo que ha suscitado la crítica de los puristas de la autonomía del Derecho privado; sin embargo, el análisis de la jurisprudencia de los Estados Miembros muestra claramente que de los catálogos de derechos contenidos en las Constituciones de los Estados Miembros se desprenden derechos subjetivos no solo dirigidos contra el Estado, y se entiende que dichos catálogos constituyen un sistema de valores objetivo que permea todo el ordenamiento, incluido, por tanto, el Derecho privado. En todo caso, ese efecto horizontal no tiene por qué ser siempre directo (mediante la invocación de los derechos en un procedimiento civil), sino que puede ser también indirecto, a través de la interpretación judicial de las normas de Derecho privado inspirada por tales derechos fundamentales. Con todo, lo que el estudio muestra es que las jurisdicciones estatales actúan en este punto con un cierto grado de pragmatismo a la hora de atribuir valor a los derechos fundamentales en la resolución de los conflictos entre particulares y buscan cierto equilibrio entre la aplicación «horizontal» de los mismos y el respeto a la autonomía privada. El estudio también se detiene en la cuestión de los procedimientos de citación de las fuentes de derechos fundamentales que emplean los tribunales, con importantes diferencias entre unos Estados y otros, mostrándose unos más abiertos a la referencia a las normas internacionales y otros, en cambio, limitándose a la aplicación de las normas nacionales de reconocimiento. Otro punto importante del estudio es el referido a las instituciones que intervienen como principales actores en el proceso de constitucionalización del Derecho privado y aplicación de los derechos fundamentales en los procedimientos civiles, observándose una gran diferencia entre aquellos Estados que disponen de Tribunales Constitucionales con capacidad de intervenir como protectores de los Derechos fundamentales (en cuyo caso existen procedimientos especiales para hacer valer tales derechos en las controversias civiles, como es el caso del recurso de amparo en España) y aquellos otros en los cuales solo la jurisdicción ordinaria está en condiciones de actuar y entonces se debe acudir a mecanismos de compensación ante la ausencia de procedimientos especiales al efecto. Significativamente se observa que en estos últimos casos el Convenio Europeo de Derechos Humanos es más utilizado como fuente normativa para producir ese efecto de constitucionalización del Derecho privado. Un último punto de especial relevancia que es analizado en esta parte del libro es el de la relación entre el juego de los derechos fundamentales y la armonización del Derecho privado europeo. Como decíamos más arriba, la aplicación de los derechos fundamentales se ha visto como un modelo relevante de armonización no-legislativa a través de la convergencia de decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, paladinamente se reconoce que «*the armonising effect of fundamental rights must not be overestimated*» (p. 24). En un último punto dentro de esta primera parte, la obra da noticia sobre la relevancia del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) del Derecho privado europeo (como prolegómeno de un futuro Marco Común de Referencia político) en este proceso de adopción del punto de vista de los derechos fundamentales en la resolución de problemas del Derecho privado, y apunta que, puesto que este DCFR reconoce la importancia de los derechos fundamentales para la interpretación y aplicación de reglas de Derecho privado en diversas ocasiones, es previsible que se abra un espacio mayor de vínculo entre derechos fundamentales y Derecho privado; sin embargo, al día de hoy, el futuro de dicho DCFR como

documento de trabajo de cara a la armonización futura del Derecho privado europeo se ha oscurecido bastante tras la aparición de nuevos documentos que rebajan considerablemente su valor (el *Feasibility Study on a European Contract Law for Consumers and Business*, elaborado por el grupo de expertos sobre Derecho contractual europeo para empresarios y prácticos jurídicos, última versión de 19 de agosto de 2011; y el Proyecto de Reglamento sobre un Derecho común europeo de Compraventa [COM (201) 635 final]). Esa afirmación del libro hay que ponerla, pues, hasta cierto punto en cuarentena.

La segunda parte del volumen (al igual que la tercera) se corresponde con la tercera fase de elaboración del proyecto FRAP, es decir, está referido a la selección de casos que pueden resultar identificativos de buenas prácticas en el campo que nos ocupa que pudieran resultar de alguna utilidad para los jueces de los Estados miembros en orden a una más precisa consideración de los derechos fundamentales en el marco de los problemas del Derecho privado, así como, al mismo tiempo, una mayor armonización de los contenidos del Derecho privado a nivel europeo. Esta segunda parte se dedica a analizar el impacto de la doctrina de los derechos fundamentales en áreas clave del Derecho privado, estableciendo una serie de «puntos calientes» o áreas de referencia en que esto se produce con mayor intensidad. Con acierto se dice en el libro que, como demuestran los estudios de Derecho comparado, el impacto, directo o indirecto, de los derechos fundamentales puede observarse en una gran cantidad de tipos de casos jurídicos, que cubren casi la totalidad de las áreas del Derecho privado. Pero en este libro la selección de casos se limita a cinco grandes esferas —que, en realidad, se identifican con los grandes capítulos de la parte especial del Derecho civil de la Pandectística: contrato, responsabilidad extracontractual, derechos reales, familia y herencia—. Cada uno de esos ámbitos es estudiado con detalle en este capítulo del libro, con una estructura similar en cada uno de ellos: se exponen los principales problemas dogmáticos, se identifican los «puntos calientes» en que puede hacer acto de presencia en la resolución de casos por los Tribunales nacionales la problemática de los derechos fundamentales, y se presentan finalmente una serie de casos escogidos de las jurisprudencias nacionales para ofrecer una panorámica suficientemente amplia del campo temático tratado. Naturalmente, entre unos campos y otros hay importantes diferencias, porque no en todos ellos se produce el mismo impacto, o con la misma intensidad, de la doctrina de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, dentro del Derecho de obligaciones, en Derecho de la responsabilidad civil es mucho más receptivo a la aplicación del efecto «horizontal» de los derechos fundamentales que el Derecho de contratos, si bien el mayor influjo se detecta, obviamente, en el marco del Derecho de familia. En muchos casos, la vía de penetración del derecho fundamental es la existencia en los ordenamientos nacionales de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. La selección de casos parece bastante adecuada y ofrece una impresión de estudio riguroso de las distintas opciones presentes en el Derecho comparado para escoger aquellos que podrían proyectar una imagen más precisa del juego de los derechos fundamentales en cada ámbito normativo. En este sentido, si bien no nos parece que dicha selección vaya a hacer grandes aportaciones a los jueces nacionales en cuanto a los modos de resolver los problemas de Derecho privado en que algún derecho fundamental se encuentre implicado, sin embargo, proporciona un excelente material ya filtrado para la docencia y la investigación futura en esta materia.

Por fin, la tercera parte del libro continúa en esta línea de exposición de los resultados de la tercera fase del proyecto, y esta vez se trata de la presentación de una serie de casos-tipo (tomados ciertamente de la jurisprudencia de los Estados Miembros de la UE, pero convenientemente generalizados) de implicación de derechos fundamentales en relación con cuestiones de Derecho privado, en ocasiones con la coexistencia de diversos derechos fundamentales confrontados, convirtiendo dichos supuestos en genuinos «casos difíciles» conforme a la teoría jurídica argumentativa hoy en boga. Los casos así preparados son cuatro, y se refieren a cuestiones relativas a las cláusulas de no-competencia de un agente en casos de contrato de agencia, contratos de tenencia y explotación de negocio con obligación de pertenencia a una asociación de comerciantes, cambio de diseño arquitectónico por imposición del contratista, y supuestos de secreto profesional médico. Todos ellos se presentan de igual manera, divididos en tres partes: 1) la decisión por parte de los tribunales nacionales (si para el Estado Miembro el caso es relevante y existe una solución jurídica al respecto); 2) la aplicación de reglas de Derecho privado exclusivamente (o si el tribunal estatal deberá hacer referencia a los derechos fundamentales en sus líneas argumentativas), y 3) la cita de derechos fundamentales (y, en su caso, a partir de qué fuentes concretas). Los resultados que arroja el estudio del Derecho comparado son, a nuestro modo de ver, bastante magros, en el sentido de que lo que viene a decirse es que la posición al respecto de las jurisprudencias de los Estados Miembros es muy variada y difícilmente pueden detectarse líneas de solución claramente coincidentes o dominantes en ninguno de ellos que puedan señalar con claridad un amplio recurso a los derechos fundamentales, y particularmente a la normativa internacional al respecto.

El libro se cierra con Anexos conteniendo el texto (en versión inglesa) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). En las primeras páginas hay prólogos de Vivianne Reding (Vicepresidenta de la Comisión Europea y titular de la Cartera de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía) –lo cual parece lógico, ya que esa institución es la que promovió el estudio– y del Profesor Andrzej Zoll (Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Cracovia y ex presidente del Tribunal Constitucional polaco) –lo que ya no es tan lógico, puesto que no se trataba más que de un miembro más de la comisión redactora y no parece que en la misma desempeñara un papel especialmente relevante, salvo quizá por el hecho de que esa Universidad albergara el primero de los simposios organizados para discutir los casos con jueces y expertos para determinar los problemas prácticos del recurso a los derechos fundamentales en los procesos civiles. A este respecto resulta aún más llamativa la inserción de este segundo prólogo, si se tiene en cuenta que en él se hacen afirmaciones que resultan dudosamente aceptables desde el punto de vista del principio de neutralidad religiosa del Estado liberal que informa también la constitución de la Unión Europea. Pero sin duda aquí tanto el profesor Zoll como los editores del volumen podrán ampararse en el derecho fundamental a la libertad ideológica y de expresión y difusión de ideas, de modo que, aunque podamos no estar de acuerdo con tales afirmaciones, no las pondremos aquí en cuestión.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

Congreso internacional: «Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva» (Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 20 y 21 de octubre de 2011)

Los pasados 20 y 21 de octubre, el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona fue la sede del Congreso Internacional «Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva», organizado por los Proyectos de investigación DER 2008-03992 y 2009 SGR 221, dirigidos por el Prof. Ferran Badosa Coll (Universidad de Barcelona). Con esta son tres las veces que dicho grupo de investigación ha propuesto un debate público e interdisciplinario sobre los derechos reales de garantía. Con todo, a diferencia de las anteriores ediciones, focalizadas en las garantías de tipo mobiliario (2005 «Garantías reales mobiliarias en Europa», 29 y 30 de septiembre, Universidad de Barcelona, y 2008 «Garantías reales mobiliarias: Modelos y perspectivas», 17 y 18 de abril, Colegio de Registradores de Barcelona), el encuentro de este año ha abarcado también las garantías inmobiliarias. Se trataba de una ampliación necesaria, dado el contexto actual de recesión del mercado hipotecario. De hecho, para abordar el problema desde la raíz –el colapso norteamericano del 2007– se encargó al Sr. Emiliano González Mota que expusiera, desde la Dirección General Adjunta de Asuntos Internacionales del Banco de España, las perspectivas de reforma del financiamiento de la vivienda impulsadas por el Fondo Monetario Internacional y los Estados Unidos de América.

Aunque la actividad del legislador europeo en materia de garantías se ha intensificado en los últimos tiempos, el objetivo general de armonización y modernización de este ámbito del Derecho comunitario solo se ha alcanzado plenamente con relación a las garantías financieras (Directivas 2002/47/CE, de 6 de junio, y 2009/44/CE, de 6 de mayo). Para comprender el verdadero significado de dicha regulación era necesario contar con especialistas avezados en las específicas prácticas de los mercados financieros. Su análisis quedó dividido en tres intervenciones: el Prof. Emilio Díaz Ruiz (Universidad Complutense de Madrid) expuso los efectos de la transposición española de la Directiva 47/2002; el Prof. Ángel Carrasco Perera (Universidad de Castilla-La Mancha) fue el encargado de delimitar el impacto en nuestro país de la Directiva 2009/44/CE, de 6 de mayo, que, entre otras previsiones, amplía los bienes inmateriales susceptibles de conformar el objeto de las garantías financieras; finalmente, el Prof. Francisco Garcimartín Alférez (Universidad Autónoma de Madrid) abordó los problemas de Derecho internacional privado que suscita la aplicación de la normativa citada. Aún en relación con el Derecho comunitario, el Congreso se hizo eco de la reciente Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011. El doble objetivo de la Propuesta –favorecer la estabilidad financiera y proteger satisfactoriamente a los «consumido-

res» de créditos hipotecarios— fue analizado escépticamente por la Prof. Elena Lauroba Lacasa (Universidad de Barcelona).

La internacionalidad del acto transluce en las intervenciones de expertos provenientes de diversos países y tradiciones jurídicas. El Prof. Ulrich Drobnig (Max-Planck-Institut, Hamburgo) fue el encargado de realizar la lección inaugural, que versó sobre el *Book IX* del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, 2009), instrumento de *soft law* que prevé un régimen general de garantías mobiliarias no posesorias para Europa. Pese a no ser Derecho aplicable, los principios rectores del *Book IX* DCFR han empezado ya a inspirar iniciativas nacionales de modernización legislativa. Sobre la belga, incluso antes de ser presentada oficialmente, informó uno de sus promotores, el Prof. Frédéric Georges (Universidad de Lieja). El *Book IX* DCFR pretende instaurar un sistema de garantías «funcional», es decir, un régimen jurídico que sirva de soporte a todos los mecanismos que tengan como finalidad la afectación de bienes muebles al cumplimiento de una obligación, con independencia de su manifestación externa o formal. El *Book IX* sigue, en este sentido, la estela del influyente régimen norteamericano de garantías *ex art. 9 Uniform Commercial Code* (UCC). Precisamente, el influjo del art. 9 UCC en los países latinoamericanos fue el tema de la ponencia del Prof. Boris Kozolchik (Universidad de Arizona), quien defendió que las diferencias entre los sistemas jurídicos de Derecho continental y el Derecho anglosajón en materia de derechos reales se desvanecen si son reconducidas a su mínimo común denominador: el concepto de *iura in re aliena* propio del Derecho romano clásico, que permite la coexistencia de derechos reales sobre un mismo bien. También desde la experiencia del Derecho italiano, los Prof. Enrico Gabrielli (Universidad de Roma «Tor Vergata») y Michele Graziadei (Universidad de Turín) reconocieron la corriente actual de prevalencia de la sustancia o función de los mecanismos jurídicos sobre su forma o *nomen*. De hecho, la exposición del propio Prof. Ferran Badosa Coll demostró cómo una especificidad del Derecho catalán, el usufructo en garantía (arts. 561-3.2.c y 561-16.1.g CcCat.), constituye una clara manifestación de dicha tendencia. Se confirmaba una idea de partida: contraponer el Derecho nacional a otros modelos contribuye a reafirmar sus aciertos, a detectar sus carencias y a racionalizar su desarrollo.

A nivel estatal, las propuestas para revisar la legislación del sector se han sucedido en los últimos meses: a las mediáticas iniciativas parlamentarias en materia de dación en pago, hay que sumar algunas decisiones judiciales polémicas (significativamente, los Autos de la AP Navarra, de 17 de diciembre de 2010 y de 28 de enero de 2011, del TC, de 19 de julio de 2011, y de la AP Gerona, de 16 de septiembre de 2011), la actividad de urgencia del Gobierno español (especialmente, mediante el *Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios...*) y las leyes aprobadas por las Cortes Generales justo antes de su última disolución (*Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal* y *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*).

El análisis de esta legislación se encomendó a especialistas de todos los ámbitos de la vida jurídica de nuestro país. El Sr. José Luis Valle Muñoz (Registrador de la propiedad y Director del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña) propuso un análisis crítico de la regulación de la «hipoteca recargable», una de la novedades introducidas por la *Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario*. El Prof. Ángel Serrano de Nicolás (notario de Barcelona) denunció los defectos de los procedimientos

extrajudiciales de ejecución hipotecaria vigentes y planteó su revisión, abogando por la admisión, dentro de ciertos límites, del pacto marciano. Por su parte, el Prof. Andrés Domínguez Luelmo (Universidad de Valladolid) alertó al auditorio de que la reforma de la LEC operada por el *Real Decreto-Ley 8/2011* comporta una revisión integral del procedimiento de ejecución, y ello aunque sobre el particular la única finalidad confesada de la norma sea la protección del deudor hipotecario incumplidor a quien ejecutan la vivienda. Las intervenciones sobre el Derecho nacional se cerraron con el estudio crítico del Prof. José Ramón García Vicente (Universidad de Salamanca) sobre las recientes modificaciones de la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, introducidas por la *Ley 38/2011, de 10 de octubre*.

Jaume TARABAL BOSCH
Universitat de Barcelona

BIBLIOGRAFÍA

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Profesora de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «La prescripción en el derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?», en *Indret*, núm. 2, 2011.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Vicente: «La competencia legislativa civil de la Generalitat», en *RCDI*, núm. 7257 2011, pp. 2505 y ss.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: «Reflexiones sobre la justicia constitucional», en *RPJ*, núm. 89, 2009, pp. 67 y ss.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Modernización del Notariado», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 337 y ss.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011», en *DPC*, núm. 25, 2011.

- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», en *InDret*, núm. 2, 2011.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «Caracteres del notariado medieval», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 407 y ss.
- PETIT, Carlos: «Derecho civil e identidad nacional», en *InDret*, núm. 3, 2011.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «El diálogo de los tribunales», en *RPJ*, núm. 909, 2011, pp. 4 y ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALEMÁN MONTERREAL, Ana: «La protección de datos de menores en el ámbito sanitario: ¿discriminación necesaria? (1)», en *AC*, núm. 19, 2011.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Prevalencia de las libertades de información y expresión (criterios jurisprudenciales)», en *La Ley*, núm. 7694, 2011.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores: Actuación de la Administración e intereses en juego», en *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 15 y ss.
- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José: «La objeción de conciencia ante la interrupción voluntaria del embarazo», en *RGLJ*, núm. 2, 2011, pp. 367 y ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Trusts y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación», en *La Ley*, núm. 7675, 2011.
- CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales: «Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona: o la autonomía personal en el Derecho privado», en *La Ley*, núm. 7675, 2011.
- CHIKOC BARREDA, Naivi: «Notas sobre el consentimiento informado en el Código Civil de Québec: referencia a la situación del menor de edad médicamente apto para consentir», en *RGLJ*, núm. 2, 2011, pp. 175 y ss.
- COTINO HUESO, Lorenzo: «Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española», en *RDNT*, núm. 26, 2011, pp. 19 y ss.
- GIL MEMBRADO, Cristina: «El anuncio publicitario como ejercicio del derecho a la libre expresión. A propósito del caso Mitsubishi», en *InDret*, núm. 2, 2011.
- GIPPINI FOURNIER, Eric: «Derechos humanos y multas impuestas por la Comisión Europea» en *GJ*, núm. 24, 2011, pp. 9 y ss.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (La reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)», en *DPC*, núm. 25, 2011.

- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Vicisitudes registrales de una cooperativa de trabajo asociado constituida como sociedad cooperativa profesional», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 145 y ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Los derechos de las personas en el nuevo Registro Civil», en *DPC*, núm. 25, 2011.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: «Fundamento y delimitación de las personas jurídicas públicas», en *RGLJ*, núm. 3, 2011, pp. 405 y ss.
- MATÍA PORTILLA, Francisco Javier: «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas», en *REDE*, núm. 39, 2011, pp. 253 y ss.
- MEDINA ALCOZ, María: «La ancianidad en el derecho Civil», en *RDP*, núms. 9-10, 2011, pp. 73 y ss.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: «Legitimidad del empleo de sistemas de captación de la imagen y el sonido y su relación con los derechos a la intimidad y a la propia imagen», en *La Ley*, núm. 7674, 2011.
- MORENO ANTÓN, María: «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», en *AFDUAM*, núm. 95, 2011, pp. 15 y ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Límites constitucionales y sistemáticos de los “baremos” para la valoración de daños a los bienes de la personalidad en los regímenes de responsabilidad civil (a partir de la doctrina del TC y del TS sobre el baremo de la LRCSCVM)», en *DPC*, núm. 25, 2011.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿el inicio del fin de la incapacitación?», en *La Ley*, núm. 7691, 2011.
- PÉREZ MILLA, José Javier: «Travesía hacia la nacionalidad española: oasis y desiertos en el Sahara», en *RGLJ*, núm. 2, 2011, pp. 417 y ss.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Bioinvestigación responsable», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 301 y ss.
- SANTOS MORÓN, María José: «Menores y derechos de la personalidad.: La autonomía del menor», en *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 63 y ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: «La responsabilidad civil del menor de edad: supuestos de moderación», en *AC*, núm. 15, 2011.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Constancia registral de la voluntad. Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo)», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 495 y ss.
- TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: «*Hosting* o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho en el honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», en *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2091 y ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», en *DPC*, núm. 25, 2011.

XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Libertad de información y de expresión: resolución de la colisión entre estos derechos mediante técnicas de ponderación», en *La Ley*, núm. 7770, 2011.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ADÁN DOMÈNECHE, Federico: «Inexistencia de uniformidad en el tratamiento procesal de los juicios verbales arrendaticios», en *AC*, núm. 12, 2011.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Sentencia de 28 de junio de 2010: Pago por tercero. Enriquecimiento injusto o sin causa. Acciones de reembolso y de enriquecimiento injusto. Objeto del proceso: la causa de pedir y la petición. Principios procesales: *iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius* y congruencia. Complemento de la sentencia. Motivación de la sentencia. Efectos de la sentencia estimatoria del recurso extraordinario por infracción procesal», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 861 y ss.

ALFONSO OLIVÉ, Jesús de: «Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales», en *RJC*, núm. 3, 2011, pp. 601 y ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Daño moral por retrasos o cancelaciones de vuelos», en *PDD*, núm. 96, 2011, pp. 54 y ss.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «La configuración de las condiciones generales en el Derecho privado europeo», en *RPJ*, núm. 89, 2009, pp. 25 y ss.

ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: «Jurisprudencia española sobre la responsabilidad civil del auditor de cuentas: casos y cuestiones», en *PDD*, núm. 96, 2011, pp. 6 y ss.

BATALLER GRAU, Juan: «La subrogación de los riesgos reasegurados: seguir la senda marcada por el legislador evita perderse en el bosque», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 125 y ss.

BELLO JANEIRO, Domingo: «Sentencia de 7 de julio de 2010: Retracto arrendaticio urbano. Conocimiento real de las circunstancias de la venta. Precio actual de la finca y gastos legítimos. Diferencia entre el precio que figura en el contrato y el real. Caducidad de la acción. Constancia de pleno y exacto conocimiento de las condiciones de la transmisión», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 997 y ss.

CAMACHO PEREIRA, Consuelo: «Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual», en *Indret*, núm. 2, 2011.

CARRASCO PERERA, Ángel, y TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7727, 2011.

CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios», en *AC*, núm. 12, 2011.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La obligación de uso de la marca española. Un análisis jurisprudencial», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 23 y ss.

CREMADES MORANT, Joan: «La prueba de los hechos negativos en los arrendamientos: (no uso, no ocupación, no actividad)», en *La Ley*, núm. 7730, 2011.

CUENA CASAS, Matilde: «*Fresh Start* y mercado crediticio», en *InDret*, núm. 3, 2011.

Análisis de las consecuencias en el mercado crediticio del denominado *fresh start* o liberación del pasivo pendiente al deudor insolvente persona física a la luz de la experiencia estadounidense, donde da lugar a una automática exoneración de deudas. Se valora el impacto de esta limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal en el coste crediticio y en la iniciativa empresarial, así como los mecanismos de obtención de información financiera del deudor.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Sentencia de 5 de marzo de 2010: Nulidad del contrato por dolo negativo e indemnización del interés contractual», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 669 y ss.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: «Sentencia de 14 de julio de 2010: Transacción judicial y extrajudicial. Falta de homologación judicial de la transacción extrajudicial antes de la sentencia», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1017 y ss.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «La rescisión de contratos sobre cosas litigiosas», en *RDP*, núms. 5-6, 2011, pp. 3 y ss.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia de 5 de noviembre de 2010: Seguro voluntario. Responsabilidad civil del automóvil. Acción de repetición de la aseguradora de la indemnización satisfecha por muerte en accidente de circulación causado hallándose el conductor en estado de embriaguez. No se estima. Cobertura de la póliza de seguro voluntario de responsabilidad civil libremente contratado que la cubre. Cláusulas de exclusión del riesgo limitativas. Limitación de los derechos del asegurado en casos de embriaguez no firmada por éste», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1251 y ss.

DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier: «La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia?», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 155 y ss.

EGIDI, Roberto: «Aspectos resarcitorios de la doble enajenación inmobiliaria en Italia», en *PDD*, núm. 97, 2011, pp. 26 y ss.

EVANGELIO LLORCA, Raquel: «¿Es abusiva la entrega de vales en la compra-venta de productos de consumo?: reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato», en *RDP*, núms. 7-8, 2011, pp. 3 y ss.

FARNÓS AMORÓS, Esther: «Sentencia TSJ Cataluña de 30 de abril de 2010: Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños

derivados de la excesiva celeridad en la declaración de acogimiento simple con finalidad preadoptiva y en la propuesta de acogimiento preadoptivo de un menor desamparado al nacer. Desconsideración de la posibilidad de evolución positiva de los progenitores. Funcionamiento anormal de los servicios públicos. Imposible retorno del menor con la familia biológica. Indemnización del daño moral derivado de la pérdida de la oportunidad de establecer un vínculo afectivo real», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 669 y ss.

FAYOS GARDÓ, Antonio: «Daños morales en las relaciones familiares, derecho de familia o de la responsabilidad civil: una perspectiva española y norteamericana», en *AC*, núm. 14, 2011.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: «La reforma del contrato: su regulación en el derecho contractual europeo», en *RDP*, núms. 7-8, 2011, pp. 67 y ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La eficacia de la prenda “de” o “sobre” créditos futuros en el concurso del pignorante: un primer examen del nuevo artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7742, 2011.

FERRANTE, Alfredo: «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio», en *InDret*, núm. 4, 2011.

FUGARDO ESTIVILL, Josep María: «El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 113 y ss.

GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: «Fiducia “cum creditore”, mandato para adquirir y leasing», en *RDP*, núms. 9-10, 2011, pp. 33 y ss.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús: «La prescripción para el ejercicio de la acción patrimonial frente a la administración sanitaria», en *La Ley*, núm. 7770, 2011.

GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «Sentencia de 23 de noviembre de 2010: Contrato de arrendamiento de buque a casco desnudo con opción de compra. Existencia de averías que afectan a la navegabilidad del buque presentes al tiempo de su entrega. Discusión sobre quién debe asumir el coste de las reparaciones del buque. Diferente interpretación de las partes de las cláusulas contractuales que figuran en el contrato y en la póliza tipo BARECON 89 adicionada a éste», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1347 y ss.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 15 de junio de 2010: Compra-venta de participaciones sociales: “dolo in contrahendo”, incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código civil: la “conexión objetiva” entre incumplimiento y daño como criterio de imputación objetiva», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 767 y ss.

- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Los contratos de distribución de vehículos», en *AC*, núm. 20, 2011.
- GIAMPETRAGLIA, Rosaria: «El nuevo derecho de desistimiento en la propuesta COM 2008-614», en *RDP*, núms. 7-8, 2011, pp. 53 y ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Ángeles: «Sentencia de 3 de septiembre de 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del comprador en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1075 y ss.
- GÓMEZ BLANES, Pablo: «El fiador “vulnerable” y su protección por el Derecho», en *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 167 y ss.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Naturaleza jurídica y tratamiento concursal del leasing», en *RDBB*, núm. 122, 2011, pp. 87 y ss.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «El derecho de retención sobre bienes muebles», en *InDret*, núm. 4, 2011.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales», en *InDret*, núm. 4, 2011.
- «Sentencia de 30 de marzo de 2010: Límites de la acción subrogatoria que ejercita la compañía aseguradora de los daños contra las aseguradoras de los responsables», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 693 y ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Sentencia de 17 de junio de 2010: Acción colectiva de cesación. Cosa juzgada en acciones colectivas. Contratos bancarios. Nulidad de contratos de depósito “atípico”. Cláusulas abusivas. Propagación de los efectos de la nulidad. Causa. Interpretación de los contratos. Efectos de la declaración de nulidad», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 785 y ss.
- HIDALGO GARCÍA, Santiago: «El contrato de alimentos: aspectos sucesorios, extinción del contrato y garantías de la obligación alimenticia», en *AC*, núm. 17, 2011.
- «La responsabilidad civil derivada de los accidentes de esquí», en *PDD*, núm. 98, 2011, pp. 6 y ss.
- IRIGOYEN TESTA, Matías: «La no asegurabilidad de los Daños Punitivos en Argentina: explicación desde el Análisis Económico del Derecho», en *InDret*, núm. 3, 2011.
- JARAMILLO, Carlos Ignacio: «La contractualización de la responsabilidad civil médica en el derecho contemporáneo», en *PDD*, núm. 98, 2011, pp. 8 y ss.
- LYCZKOWSKA, Carolina Maja: «Mil y una desgracias del pasajero de avión: retrasos, cancelaciones y pérdida de maletas», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 137 y ss.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Protección civil frente al ruido», en *PDD*, núm. 98, 2011, pp. 56 y ss.

- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Las garantías del arbitraje tras la reciente ley de reforma de la Ley arbitral», en *AC*, núm. 17, 2011.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (1)», en *La Ley*, núm. 7693, 2011.
- MARTELO DE LA MAZA, Marcial: «Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y la disposición en beneficio propio de lo recaudado a la luz del artículo 1724 del Código Civil», en *La Ley*, núm. 7692, 2011.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *RCDI*, núm. 726, 2011, pp. 2025 y ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sentencia de 1 de julio de 2010: Consumidores: nulidad de condiciones generales en pólizas de seguros», en *CCJC* núm. 86, 2011, pp. 885 y ss.
- MARTÍNEZ-ROJAS, Ángela: «El deber de diligencia de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», en *RDNT*, núm. 26, 2011, pp. 87 y ss.
- MARTOS CALBRÚS, María Angustias: «Accidentes de circulación: incorporación de vehículos a la vía», en *PDD*, núm. 95, 2011, pp. 46 y ss.
- MEDINA ALCOZ, María: «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», en *InDret*, núm. 4, 2011.
- MENESTIER MORALES, Juan Luis: «Las acciones civiles de protección frente al ruido», en *PDD*, núm. 95, 2011, pp. 6 y ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «La oferta pública de contrato: entre la solución vienesa y el criterio tradicional español», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 69 y ss.
- MORENO LISO, Lourdes: «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», en *RDBB*, núm. 122, 2011, pp. 47 y ss.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta: «El cese de la actividad de local de negocio como justa causa por motivo de la crisis económica», en *AC*, núm. 11, 2001.
- NAVAS HERRERA, María Fernanda: «La responsabilidad civil del transportador aéreo: régimen legal internacional», en *PDD*, núm. 97, 2011, pp. 54 y ss.
- NASERRE AZNAR, Sergio: «Sentencia de 28 de junio de 2010: Responsabilidad por vicios constructivos. Efectos del pago del corresponsable solidario. Acción de reembolso o regreso de la parte que a los demás condenados corresponda, sin que pueda extenderse a otros que no fueron condenados frente al acreedor original damnificado. No permite la subrogación de quien pagó en la posición del acreedor originario damnificado. Tampoco permite dirigirse contra aseguradora de responsabilidad civil no condenada en dicho proceso inicial vía art. 76 LCS. Superación del

- brocardo *in illiquidis non fit mora*», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 831 y ss.
- NAVARRO AZPÍROZ, Gabriel: «Responsabilidad patrimonial de los Ayuntamientos por inactividad administrativa ante situaciones de ruido», en *La Ley*, núm. 7709, 2011.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Sentencia de 12 de noviembre de 2010: Error común. Requisitos: esencialidad y excusabilidad. Consecuencias de la nulidad del contrato: deber de restitución», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1301 y ss.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Sentencia de 14 de septiembre de 2010: contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda: ejercicio de opción de compra durante el periodo de tácita reconducción», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1129 y ss.
- PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2010: Seguro decenal (de daños materiales o de caución): Exoneración de suscripción en el supuesto de autopromoción de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Contratación, salvo pacto en contrario, en caso de producirse la transmisión “inter vivos” de la vivienda por el plazo que reste para completar los diez años: La mera manifestación del promotor-vendedor resulta insuficiente para probar el uso propio en el momento de la enajenación de la vivienda, debiendo acreditarse tal extremo mediante prueba documental adecuada», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1275 y ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Límites constitucionales y sistemáticos de los “baremos” para la valoración de daños a los bienes de la personalidad en los regímenes de responsabilidad civil (a partir de la doctrina del TC y del TS sobre el baremo de la LRCSCVM)», en *DPC*, núm. 25, 2011.
- PUYALTO FRANCO, María José: «Análisis crítico de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito», en *RPJ*, núm. 89, 2009, pp. 265 y ss.
- REDING, Viviane: «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», en *InDret*, núm. 2, 2011.
- REINA TARTIERE, Gabriel de: «La propiedad en garantía: negocio indirecto y fiducia», en *RGLJ*, núm. 3, 2011, pp. 303 y ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?», en *InDret*, núm. 3, 2011.

En los últimos quince años, EEUU ha sido escenario de acciones de responsabilidad civil presentadas por demandantes extranjeros contra empresas estadounidenses –o extranjeras con fuerte presencia en el país–, por violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en el extranjero; en general, en países en desarrollo que acogen implantaciones de aquellas empresas. La atracción de las víctimas de abusos por el foro estadounidense se explica en las particularidades procesales y sustantivas del sistema americano. Entre ellas se encuentra el *Alien Tort Statute*

(ATS), una norma que confiere jurisdicción universal en materia de responsabilidad civil por violación de ciertas normas del Derecho Internacional.

RODRÍGUEZ DELGADO, Juan Pablo: «La mercantilidad del contrato de transporte terrestre de mercancías», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 183 y ss.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «La Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes con el cumplimiento», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 271 y ss.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Compraventas inmobiliarias y conocimiento posterior de cargas anteriores», en *La Ley*, núm. 7690, 2011.

SAN JULIÁN PUIG, Verónica: «El Contrato de Hospedaje ¿Derecho común del alojamiento?», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 119 y ss.

SÁNCHEZ LINDE, Mario: «Breve análisis sobre los requisitos de compensabilidad de las obligaciones, ex artículo 1196 del Código Civil», en *La Ley*, núm. 7690, 2011.

SÁNCHEZ POS, M.^a Victoria: «La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje», en *La Ley*, núm. 7707, 2011.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Sentencia de 25 de junio de 2010: Tanteo convencional. Consignación del precio», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 847 y ss.

SIMÓN MORENO, Héctor: «Sentencia de 18 de febrero de 2010: Contrato de renta vitalicia (artículo 1802 del Código civil). Hipoteca rentaria (en garantía de rentas o prestaciones periódicas, artículo 157 de la Ley Hipotecaria). Efectos de su ejecución: transmisión *ope legis* de la obligación garantizada al adjudicatario de la finca hipotecada. Cosa juzgada», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 813 y ss.

SIRVENT GARCÍA, Jorge: «Responsabilidad civil derivada de los daños causados por lo arrojado, caído o filtrado», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 23 y ss.

SOLER PRESAS, Ana: «Am I in Facebook?», en *InDret*, núm. 3, 2011.

Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto.

STAMPA CASAS, Gonzalo: «La reforma de la Ley de Arbitraje», en *La Ley*, núm. 7725, 2011.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: «*Hosting* o administradores de servicios de páginas web e intrusión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», en *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2091 y ss.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina, y CARRASCO PERERA, Ángel: «Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7727, 2011.

- TORRELLES TORREA, Esther: «Las consecuencias de la falta de pericia en los lanzamientos de bolas de golf: inmisiones o responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1910 CC», en *InDret*, núm. 3, 2011.
- TRABADO ÁLVAREZ, Concepción: «Responsabilidad civil por daños causados durante el contrato de hospedaje», en *La Ley*, núm. 7698, 2011.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda: una cuestión de riesgos», en *AC*, núm. 13, 2011.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Las operaciones de retroventa de joyas: la reviviscencia de una clásica institución jurídica», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 91 y ss.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Obligaciones y contratos: consecuencias del incumplimiento de normas de carácter imperativo», en *La Ley*, núm. 7770, 2011.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Incidencia en el Ordenamiento Jurídico Español de la regulación de la garantía autónoma prevista por el Proyecto de Marco Común de Referencia», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 371 y ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALONSO LAPORTA, J. L.; AZOFRA VEGAS, F., y OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1285 y ss.
- AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, José Luis: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1285 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 20 de julio de 2010: Propiedad intelectual: comunicación pública; retransmisión por cable de obras y grabaciones audiovisuales; indemnización de daños y perjuicios; límites temporales a la eficacia de la jurisprudencia», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1059 y ss.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La reparación de las terrazas de los áticos en el Régimen de Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 726 2011, pp. 1869 y ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Tipo para subastas hipotecarias, rehabilitaciones, declaraciones de obra nueva y otras regulaciones inmobiliarias en el Real Decreto Ley 8/2011», en *La Ley*, núm. 7698, 2011.
- «Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010: Registro de la Propiedad. Calificación: cláusulas financieras y de vencimiento anticipado: ámbito de la calificación. Interpretación de los arts. 12 y 130 LH: deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente; no puede entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo, sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial. Hipoteca inversa en garantía de crédito», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1159 y ss.

- CASADO ROMÁN, Javier: «Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto Ley», en *La Ley*, núm. 7697, 2011.
- CERRATO GURI, Elisabeth: «Problemas que plantea la elección de las acciones posesorias de los arts. 250.1.4 y 250.1.5 LEC», en *AC*, núm. 18, 2011.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Sentencia de 10 de septiembre de 2010: Hipoteca en garantía de deuda determinable: hipoteca en garantía de apertura de crédito e hipoteca flotante. Liquidación de la obligación asegurada, ejecución y retroacción de la quiebra», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1097 y ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El derecho de reversión expropiatoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2471 y ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Sentencia de 13 de septiembre de 2010: Instalación de ascensor en edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal. Acuerdos accesorios o complementarios. Permuta de parte de un elemento común por la de uno privativo. Distribución de los gastos y exoneración a favor de algunos propietarios. Mayoría requerida para su adopción: la misma que para el acuerdo principal», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1111 y ss.
- FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «Insolvencia punible y su incidencia en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1325 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La eficacia de la prenda “de” o “sobre” créditos futuros en el concurso del pignorante: un primer examen del nuevo artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7742, 2011.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «El derecho a alterar los elementos comunes del inmueble como facultad implícita en el destino comercial de los locales de negocio», en *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2539 y ss.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael: «La mayoría necesaria para aprobar acuerdos de mera administración en la propiedad horizontal. Los efectos de la abstención, los votos en blanco y los votos nulos en la formación de los acuerdos comunitarios», en *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1353 y ss.
- JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, Luis: «La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados», en *RCDI*, núm. 726, 2011, pp. 1961 y ss.
- LAUROBA LACASA, M.^a Elena: «La impugnació de l'assemblea general d'una Associació de propietaris, per manca de designació prèvia de president i secretari», en *InDret*, núm. 3, 2011.
- MARÍN CALERO, Carlos: «Coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad y con las escrituras públicas, y de todos ellos con la realidad (Cuarta parte)», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 95 y ss.
- MARTELO DE LA MAZA, Marcial: «Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y la disposición en beneficio propio de lo recaudado a la luz del artículo 1724 del Código Civil», en *La Ley*, núm. 7692, 2011.

- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *RCDI*, núm. 726, 2011, pp. 2025 y ss.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis: «Sobre la fe pública y la documentación», en *Indret*, núm. 3, 2011.
- MATEO Y VILLA, Iñigo: «De la anticresis: algunas cuestiones», en *RDP*, núms. 5-6, 2011, pp. 83 y ss.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Efectos del deslinde de costas en el ámbito privado: especial consideración de la inclusión de fincas en el dominio público y su problemática jurídica», en *RDP*, núms. 9-10, 2011, pp. 3 y ss.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «El registro de los documentos notariales en la Edad Media», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 247 y ss.
- OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M.; ALONSO LAPORTA, J. L. y AZOFRA VEGAS, F.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1285 y ss.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2665 y ss.
- OSUNA NAVAJAS, María Isabel, y ROMERO VELASCO, Miguel: «Identificación de finca y parcela en registro y catastro. Referentes históricos y la subsanación de discrepancias tras la Ley 2/2011 de economía sostenible», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 45 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, y ROY PÉREZ, Cristina: «Las medidas cautelares y la acción de nulidad de patentes en el proceso de propiedad industrial», en *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 85 y ss.
- PÉREZ MIRALLES, José Arturo: «Comunidades de propietarios: gastos susceptibles de individualización y cubiertas de edificio como elementos comunes por naturaleza», en *La Ley*, núm. 7749, 2011.
- PÉREZ PÉREZ, Emilio: «Consortio real y propiedad consorciada», en *RCDI*, núm. 725, 2011, pp. 1419 y ss.
- REINA TARTIERE, Gabriel de: La propiedad en garantía: negocio indirecto y fiducia», en *RGLJ*, núm. 3, 2011, pp. 303 y ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Sentencia de 5 de julio de 2010: Facultad de la Comunidad de Propietarios de la finca para prohibir obras sobre elementos comunes que alteren la configuración o la estructura general de la urbanización. No cabe la accesión invertida de la construcción de un nuevo chalet realizada por el condueño demandado en parcela –elemento común– de la Comunidad de Propietarios», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 975 y ss.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «Sentencia de 18 de febrero de 2010: Contrato de renta vitalicia (artículo 1802 del Código civil). Hipoteca rentaria (en garantía de rentas o prestaciones periódicas, artículo 157 de la Ley Hipotecaria). Efectos de su ejecución: transmisión *ope legis* de la obligación

garantizada al adjudicatario de la finca hipotecada. Cosa juzgada», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 813 y ss.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda: una cuestión de riesgos», en *AC*, núm. 13, 2011.

XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Propiedad horizontal: uso privativo de elementos comunes previsto en los estatutos», en *La Ley*, núm. 7770, 2011.

DERECHO DE FAMILIA

ALASCIO CARRASCO, Laura: «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)», en *Indret*, núm. 2, 2011.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación. Los artículos 232-3 y 4 del Código civil de Cataluña», en *Indret*, núm. 4, 2011.

BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores: Actuación de la Administración e intereses en juego», en *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 15 y ss.

CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Crisis del modelo de sociedad de gananciales: amenaza o afirmación de la igualdad de la mujer (1)», en *AC*, núm. 13, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Trusts y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación», en *La Ley*, núm. 7675, 2011.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «Unión de hecho y matrimonio», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 11 y ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «Problemas actuales de la adopción internacional», en *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 125 y ss.

FARNÓS AMORÓS, Esther: «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», en *DPC*, núm. 25, 2011.

FAYOS GARDÓ, Antonio: «Daños morales en las relaciones familiares, derecho de familia o de la responsabilidad civil: una perspectiva española y norteamericana», en *AC*, núm. 14, 2011.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El enigmático artículo 172 Cc español y sus secretos familiares», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 33 y ss.

GINÉS CASTELLET, Núria: «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos prerruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña», en *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2577 y ss.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro; MARFIL GÓMEZ, Jorge A., y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Raquel: «Sobre una solicitud de prueba de paternidad prenatal: ámbito de tales prácticas», en *RDF*, núm. 52, 2011, pp. 95 y ss.

HIDALGO GARCÍA, Santiago: «El contrato de alimentos: aspectos sucesorios, extinción del contrato y garantías de la obligación alimenticia», en *AC*, núm. 17, 2011.

- LUQUÍN BERGARECHE, Raquel: «La donación “propter nuptias” en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social», en *RJN*, núm. 50, 2010, pp. 59 y ss.
- MARFIL GÓMEZ, Jorge A.; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Raquel: «Sobre una solicitud de prueba de paternidad prenatal: ámbito de tales prácticas», en *RDF*, núm. 52, 2011, pp. 95 y ss.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Perspectivas actuales del resarcimiento de daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», en *RDF*, núm. 52, 2011, pp. 19 y ss.
- MATEO Y VILLA, Iñigo: «Estatuto del cónyuge del progenitor. Legislación europea», en *RDF*, núm. 52, 2011, pp. 81 y ss.
- ORRIOLS GARCÍA, Santiago: «La revocació del llegat per alineació: comentari a l'article 427-37 del Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 3, 2011, pp. 633 y ss.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», en *La Ley*, núm. 7675, 2011.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión “ab intestato”: ¿una educación lineal?», en *RDP*, núms. 5-6, 2011, pp. 63 y ss.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta: «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», en *AC*, núm. 15, 2011.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Sentencia de 23 de septiembre de 2010: Anulabilidad de los actos de disposición sobre bienes gananciales efectuados por el marido, que era tutor de su esposa incapacitada, sin contar con la autorización judicial. Caducidad de la acción por transcurso de más de cuatro años desde que se disolvió la sociedad de gananciales por muerte del marido», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1139 y ss.
- RODRÍGUEZ LAÍN, «Incumplimiento del régimen de visitas por progenitor no custodio y artículo 618.2 del Código Penal», en *RDF*, núm. 51, 2011, pp. 25 y ss.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Raquel; MARFIL GÓMEZ, Jorge A., y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: «Sobre una solicitud de prueba de paternidad prenatal: ámbito de tales prácticas», en *RDF*, núm. 52, 2011, pp. 95 y ss.
- RUIZ SUTIL, Carmen: «La incidencia del Derecho Internacional Privado en el tráfico jurídico entre España y Marruecos en supuestos de crisis matrimonial», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 341 y ss.
- TORRES PEREA, José Manuel de: «Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social», en *InDret*, núm. 4, 2011.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Sentencia de 15 de octubre de 2010: Custodia compartida sin acuerdo de los progenitores. Falta de valoración de los dictámenes periciales. Interés superior del menor que aconseja la continuación de la medida de guarda y custodia compartida», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1207 y ss.

XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Disolución del vínculo matrimonial: imposibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda en tanto los hijos sean menores de edad», en *La Ley*, núm. 7770, 2011.

DERECHO DE SUCESIONES

ALMAGRO NOSETE, José: «La firma del testamento ológrafo», en *La Ley*, núm. 7676, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Trusts y patrimonios fiduciarios: acerca de sus posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación», en *La Ley*, núm. 7675, 2011.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», en *La Ley*, núm. 7675, 2011.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril», en *DPC*, núm. 25, 2011.

GARCÍA HERRERA, Vanesa: «La sucesión en la empresa familiar», en *RCDI*, núm. 726, 2011, pp. 1927 y ss.

IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Sentencia de 27 de mayo de 2010: Sucesión testamentaria. Interpretación del testamento. Inaplicabilidad de la cautela *socini* ordenada por el testador. Ausencia de oposición de legitimarios gravados», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 749 y ss.

IRURZUN GOICOA, Domingo: «Concepto del modo testamentario: disposición “mortis causa” “no sucesoria”. (Curiosidades que aparecen en su entorno) », en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 223 y ss.

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos: «Consideraciones sobre el testamento mancomunado en el derecho alemán y su reflejo en los derechos civiles autonómicos: a propósito de la STS de 8 de octubre de 2010», en *RDP*, núms. 5-6, 2011, pp. 41 y ss.

MEDINA ALCOZ, María: «La sustitución ejemplar como testamento sustitutorio: la consolidación de esta doctrina jurisprudencial», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 381 y ss.

RENTERÍA AROCENA, Alfonso: «La libertad de testar en Derecho Comparado», en *RCDI*, núm. 726, 2011, pp. 2095 y ss.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «La renuncia a la herencia en perjuicio de los acreedores: problemas (gratuitamente) introducidos en el Derecho catalán», en *La Ley*, núm. 7712, 2011.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Estudio introductorio en la jurisprudencia española de la colación de las donaciones simuladas», en *AC*, núm. 11, 2011.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Sentencia de 8 de octubre de 2010: Testamento mancomunado. Orden público», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1225 y ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ALTZELAI ULIONDO, Igone: «Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario», en *RCD*, núm. 9, 2011, pp. 51 y ss.

ARROYO APARICIO, Alicia: «La actividad característica del agente: la promoción negocial continuada», en *RCD*, núm. 9, 2011, pp. 33 y ss.

ÁVILA TORRES, Alfredo: «La caducidad por tolerancia», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 47 y ss.

BAÑOS FOS, José M.: «La prescripción de las acciones por responsabilidad derivada de la infracción del Derecho de la competencia» en *GJ*, núm. 24, 2011, pp. 14 y ss.

ESCALADA LÓPEZ, María Luisa: «El dictamen de peritos en el proceso de patentes», en *RCD*, núm. 9, 2011, pp. 73 y ss.

GARCÍA HERRERA, Vanesa: «La sucesión en la empresa familiar», en *RCDI*, núm. 726, 2011, pp. 1927 y ss.

IRACULIS ARREGUI, Nerea: «Sentencia de 22 de noviembre de 2010: Aplicación de la Ley de Competencia Desleal: ámbito objetivo: acto de competencia: existencia de sus elementos estructurales: carta o comunicación publicada en diversos foros de Internet relativos al sector del mercado náutico, cuyas páginas son visitadas por potenciales clientes de la entidad arrendadora», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1325 y ss.

LANDE, Robert H.: «Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de competencia», en *RCD*, núm. 9, 2011, pp. 15 y ss.

LILLO ÁLVAREZ, Carmen: «La normativa de competencia: su aplicación a la Administración pública» en *GJ*, núm. 22, 2011, pp. 22 y ss.

MARCOS, Francisco: «Competencias autonómicas en los procesos de concentración de empresas», en *InDret*, núm. 4, 2011.

MASSAGUER, José: «Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales», en *InDret*, núm. 2, 2011.

MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «Fusiones y adquisiciones y consejeros independientes. El papel del Comité especial para fusiones y adquisiciones», en *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 7 y ss.

- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, y ROY PÉREZ, Cristina: «Las medidas cautelares y la acción de nulidad de patentes en el proceso de propiedad industrial», en *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 85 y ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «Derecho de la competencia y función notarial», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 447 y ss.
- SALES PALLARÉS, Lorena: «Sentencia de 18 de octubre de 2010: Ámbito de aplicación territorial de la ley de competencia desleal», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1237 y ss.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa en concurso», en *ADCon*, núm. 23, 2011, pp. 45 y ss.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Marta Gisela: «Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia» en *GJ*, núm. 22, 2011, pp. 9 y ss.
- VATTERMOLI, Daniele: «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», en *ADCon*, núm. 24, 2011, pp. 19 y ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La unión temporal de empresas y el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 24, 2011, pp. 43 y ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALONSO LEDESMA, Carmen: «La modificación de los estatutos sociales: Aumento y reducción de capital», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 175 y ss.
- ALONSO UREBA, Alberto: «La constitución de las Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 69 y ss.
- AZOFRA, Fernando, y BENJUMEA, Almudena: «Filiación de proyectos inmobiliarios viables: aspectos societarios y concursales», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 15 y ss.
- BENJUMEA, Almudena y AZOFRA, Fernando: «Filiación de proyectos inmobiliarios viables: aspectos societarios y concursales», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 15 y ss.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La aplicación de la regla de la subcapitalización en el Derecho de la Unión Europea tras el informe del Consejo ECOFIN de junio de 2010» en *GJ*, núm. 232, 2011, pp. 3822 y ss.
- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: «El derecho de impugnación de los Acuerdos de las Sociedades Anónimas tras el Real Decreto Legislativo 1/2010 y las Sociedades Cooperativas», en *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2623 y ss.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Infracciones marcarias en la red: responsabilidad de las empresas gestoras de anuncios y mercados en Internet», en *La Ley*, núm. 7750, 2011.

- DÍAZ GÓMEZ, María Angustias: «El régimen de valoración de las aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, y en la vigente Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 45 y ss.
- EMPARANZA, Alberto: «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 13 y ss.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La administración de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 149 y ss.
- FÉLEZ BLASCO, Pablo: «La convalidación de acuerdos sociales impugnados», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 271 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: «Disposiciones Generales (Título I artículos 1 a 18)», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 39 y ss.
- GALLERO SÁNCHEZ, Esperanza: «Las aportaciones sociales», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 83 y ss.
- GARCÍA DE PABLOS, Jesús: «Proyecto de Ley de Incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas» en *GJ*, núm. 23, 2011, pp. 30 y ss.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «El acuerdo de reactivación en las sociedades de capital», en *RDBB*, núm. 122, 2011, pp. 7 y ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 15 de junio de 2010: Compra-venta de participaciones sociales: “dolo in contrahendo”, incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código civil: la “conexión objetiva” entre incumplimiento y daño como criterio de imputación objetiva», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 767 y ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: La Autonomía de la Voluntad en la contratación mercantil», en *La Ley*, núm. 7714, 2011.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La Transformación de Sociedades. Particularidades de esta modificación estructural», en *RJNot*, núm. 76, 2010, pp. 63 y ss.
- «El Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 205 y ss.
- GIL MEMBRADO, Cristina: «El anuncio publicitario como ejercicio del derecho a la libre expresión. A propósito del caso Mitsubishi», en *Indret*, núm. 2, 2011.
- GILI SALDAÑA, M.^a Ángeles: «Sentencia de 3 de septiembre de 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del comprador en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1075 y ss.

- GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: «Revisión del derecho de información en las sociedades de capital: derecho del socio “versus” deber social», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 213 y ss.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ VELASCO, Pablo: «Los excesos del Ejecutivo en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital», en *La Ley*, núm. 7733, 2011.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», en *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 133 y ss.
- IRACULIS ARREGUI, Nerea: «Impugnación del acuerdo de no repartir dividendos: atesoramiento abusivo de los beneficios», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 251 y ss.
- JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos: «Nuevas posibilidades de actuación y perspectivas de futuro en la práctica societaria internacional», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 269 y ss.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «La sociedad anónima europea», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 255 y ss.
- LARGO GIL, Rita: «Sociedad nueva empresa», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 239 y ss.
- LATORRE CHINER, Nuria: «Reflexiones sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo: “Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law”», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 163 y ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Vicisitudes registrales de una cooperativa de trabajo asociado constituida como sociedad cooperativa profesional», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 145 y ss.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «Las obligaciones», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 229 y ss.
- LÓPEZ CURBELO, Jorge: «Régimen jurídico de las acciones rescatables: nuevas perspectivas y problemática actual (I)», en *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 105 y ss.
- LUCENÓ OLIVA, José Luis: «La convocatoria de junta general mediante comunicación individual a los socios: a propósito de la RDGRN de 8 de julio de 2011», en *La Ley*, núm. 7734, 2011.
- «Derecho de la minoría al dividendo, una solución y muchas dudas: comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC», en *La Ley*, núm. 7709, 2011.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «Fusiones y adquisiciones y consejeros independientes. El papel del Comité especial para fusiones y adquisiciones», en *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 7 y ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «La validez de los pactos parasociales», en *La Ley*, núm. 7714, 2011.
- PÉREZ MORIONES, Aranzazu: «Observaciones en materia de convocatoria de Junta General de Sociedades de Capital tras la nueva reforma de la Ley de Sociedades de Capital», en *La Ley*, núm. 7713, 2011.

- PULGAR EZQUERRA, Juana: «La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 203 y ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Crónica del proceso de elaboración del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC)», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 25 y ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «La junta general», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 133 y ss.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «Acciones y participaciones sociales», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 101 y ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos: «La autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria de las sociedades de capital», en *La Ley*, núm. 7714, 2011.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Las problemáticas modificaciones adicionales a la transformación de sociedades mercantiles: comentario al artículo 17.2 de la Ley de modificaciones estructurales», en *La Ley*, núm. 7729, 2011.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La acción social de responsabilidad (Algunas cuestiones pendientes)», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 95 y ss.
- «Sociedades cotizadas y Ley de Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 259 y ss.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «Derecho de separación y la exclusión del socio», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 189 y ss.
- SORIA SORJÚS, José: «Consideraciones sobre el procedimiento de fusión de sociedades anónimas acordadas en junta universal», en *La Ley*, núm. 7680, 2011.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «Las “golden shares” o “acciones de oro” y la proscripción del privilegio», en *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 9 y ss.
- VEGA GARCÍA, Fernando L. de la: «Ámbito del objeto social en la Sociedad Nueva Empresa: (Estudio del art. 436 LSC)», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 281 y ss.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «Los negocios sobre las propias participaciones y acciones», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 123 y ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», en *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 19 y ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «La eliminación del plazo obligatorio para la liquidación de los Fondos de Inversión Inmobiliaria (FII) y la desprotección legal de sus partícipes», en *RDBB*, núm. 122, 2011, pp. 111 y ss.

- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «La reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros operada por el Real Decreto Ley 11/2010, de 9 de julio: Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. BOE n.º 169, 13 de julio de 2010. Corrección de errores en BOE n.º 173, 17 de julio de 2010», en *RDS*, núm. 36, 2011, pp. 555 y ss.
- ORTIZ DE JUAN, José Manuel: «La retribución de la alta dirección en entidades financieras: de los nuevos principios a las normas de obligado cumplimiento», en *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 203 y ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- BATALLER GRAU, Juan: «La subrogación de los riesgos reasegurados: seguir la senda marcada por el legislador evita perderse en el bosque», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 125 y ss.
- CORTÉS GARCÍA, Eduardo: «Los plazos de pago de las obligaciones mercantiles: panorama tras la nueva Ley anti-morosidad en las operaciones comerciales y la nueva normativa comunitaria», en *RDM*, núm. 280, 2011, pp. 111 y ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «Sentencia de 23 de noviembre de 2010: Contrato de arrendamiento de buque a casco desnudo con opción de compra. Existencia de averías que afectan a la navegabilidad del buque presentes al tiempo de su entrega. Discusión sobre quién debe asumir el coste de las reparaciones del buque. Diferente interpretación de las partes de las cláusulas contractuales que figuran en el contrato y en la póliza tipo BARECON 89 adicionada a éste», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1347 y ss.
- GÓMEZ BLANES, Pablo: «El fiador “vulnerable” y su protección por el Derecho», en *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 167 y ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Sentencia de 17 de junio de 2010: Acción colectiva de cesación. Cosa juzgada en acciones colectivas. Contratos bancarios. Nulidad de contratos de depósito “atípico”. Cláusulas abusivas. Propagación de los efectos de la nulidad. Causa. Interpretación de los contratos. Efectos de la declaración de nulidad», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 785 y ss.
- MORENO LISO, Lourdes: «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», en *RDBB*, núm. 122, 2011, pp. 47 y ss.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Juan Pablo: «La mercantilidad del contrato de transporte terrestre de mercancías», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 183 y ss.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Naturaleza jurídica y tratamiento concursal del leasing», en *RDBB*, núm. 122, 2011, pp. 87 y ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

BERMEJO PUMAR, María Mercedes: «El documento notarial de liquidación complementario del título ejecutivo», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 35 y ss.

DERECHO CONCURSAL

ARIAS VARONA, Francisco Javier: «La reforma de la Ley Concursal en materia de liquidación y procedimiento abreviado. Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», en *RDCC*, núm. 15, 2011, pp. 91 y ss.

BENJUMEA, Almudena y AZOFRA, Fernando: «Filiación de proyectos inmobiliarios viables: aspectos societarios y concursales», en *RJNot*, núm. 77, 2011, pp. 15 y ss.

BISBAL MÉNDEZ, Joaquín: «Leyes “concursoales” o Derecho concursal», en *La Ley*, núm. 7714, 2011.

CARRASCO PERERA, Ángel y TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7727, 2011.

DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «De los concursos conexos», en *RdDP*, núm. 27, 2011, pp. 107 y ss.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «El concurso del promotor y la ejecución de los avales y pólizas de seguro de los compradores», en *ADCon*, núm. 23, 2011, pp. 17 y ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La eficacia de la prenda “de” o “sobre” créditos futuros en el concurso del pignorante: un primer examen del nuevo artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7742, 2011.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis: «Los negocios de subordinación particular», en *ADCon*, núm. 23, 2011, pp. 111 y ss.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «La reforma del convenio concursal. Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», en *RDCC*, núm. 15, 2011, pp. 75 y ss.

LINARES GIL, Maximino I.: «Comunicación, reconocimiento y graduación de créditos públicos en el proyecto de ley de reforma concursal. Acuerdos de refinanciación y «*fresh money*», en *RDCC*, núm. 15, 2011, pp. 145 y ss.

PULGAR EZQUERRA, Juana: «Acuerdos de refinanciación y escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003 (1)», en *La Ley*, núm. 7831, 2011.

— «Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», en *RDCC*, núm. 15, 2011, pp. 47 y ss.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Órganos y concurso de acreedores. Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», en *RDCC*, núm. 15, 2011, pp. 59 y ss.

- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Luces y sombras de la fase de liquidación en el proyecto de ley de reforma de 2011. Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», en *RDCC*, núm. 15, 2011, pp. 113 y ss.
- SENET MARTÍNEZ, Santiago: «Concurso sin masa y protección de los consumidores. Acuerdos de refinanciación y *fresh money*», en *RDCC*, núm. 15, 2011, pp. 133 y ss.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa en concurso», en *ADCon*, núm. 24, 2011, pp. 45 y ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina, y CARRASCO PERERA, Ángel: «Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7727, 2011.
- VATTERMOLI, Daniele: «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», en *ADCon*, núm. 24, 2011, pp. 19 y ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La unión temporal de empresas y el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 23, 2011, pp. 43 y ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «El irreconocible derecho a la vivienda en la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo», en *RDU*, núm. 268, 2011, pp. 69 y ss.
- «Determinaciones y estándares en la legislación urbanística navarra», en *RJN*, núm. 50, 2010, pp. 11 y ss.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «La incidencia de la transposición de la directiva de servicios en el régimen de las licencias urbanísticas», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 85 y ss.
- BERMÚDEZ PALOMAR, Valeriano: «El proceso de subjetivización del derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado en el artículo 45 de la Constitución Española», en *RDU*, núm. 266, 2011, pp. 177 y ss.
- CASADO ECHARREN, Amaya: «La nueva regulación de la exigencia del visado colegial en el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, y su repercusión en los procedimientos de tramitación de licencias urbanísticas. Especial referencia al Ayuntamiento de Madrid», en *RDU*, núm. 268, 2011, pp. 33 y ss.
- CASADO ECHARREN, Amaya, LÓPEZ FERRANDO, Cristina, y LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta: «Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 por la que se anulan diversos preceptos de la ordenanza por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades del Ayuntamiento de Madrid», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 121 y ss.
- CORCHERO PÉREZ, Miguel, y GASPAS NIETO, Francisco Javier: «El derecho urbanístico de Extremadura. Antecedentes y situación actual. Las recientes reformas: la Ley 9/2010, de 18 de octubre, la Ley 12/2010, de 16 de noviembre y la Ley 9/2011, de 29 de marzo», en *RUE*, núm. 23, 2011, pp. 21 y ss.

- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?», en *RUE*, núm. 23, 2011, pp. 15 y ss.
- «Sobre la falta de justificación objetiva de la no suspensión de las sanciones urbanísticas», en *RUE*, núm. 23, 2011, pp. 61 y ss.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio: «El comercio de derechos de emisiones de CO₂ en la UE, ¿Esperanza para el clima o nuevo modelo de mercado?», en *RDCE*, núm. 39, 2011, pp. 369 y ss.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Urbanismo valenciano», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 37 y ss.
- «El fin del silencio positivo en las licencias», en *RDU*, núm. 268, 2011, pp. 13 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La autonomía de la voluntad en el urbanismo», en *La Ley*, núm. 7741, 2011.
- GASPAR NIETO, Francisco Javier, y CORCHERO PÉREZ, Miguel: «El derecho urbanístico de Extremadura. Antecedentes y situación actual. Las recientes reformas: la Ley 9/2010, de 18 de octubre, la Ley 12/2010, de 16 de noviembre y la Ley 9/2011, de 29 de marzo», en *RUE*, núm. 23, 2011, pp. 21 y ss.
- GEIS CARRERAS, Gemma: «La legitimación en la fase de ejecución de sentencia para el ejercicio de la acción en materia urbanística (a raíz de la STS de 23 de abril de 2010, JUR 2010/152986)», en *RDU*, núm. 269, 2011, pp. 99 y ss.
- GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta: «Aspectos generales de la contratación pública en el sector urbanístico», en *RDU*, núm. 268, 2011, pp. 123 y ss.
- GÓMEZ MEJÍAS, Manuel: «El marco jurídico del almacenamiento geológico profundo de dióxido de carbono en el contexto de la lucha contra el cambio climático. Perspectivas y reflexiones tras la transposición al derecho interno», en *RDA*, núm. 20, 2011, pp. 49 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, MICHALLIK, Florian, y D'ORSOGNA, Domenico: «Claves del nuevo urbanismo: la financiación del urbanismo y la gestión urbanística en Alemania, Italia y España», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 55 y ss.
- GUTIÉRREZ-YURRITA, Pedro Joaquín, y LÓPEZ FLORES, Miguel Ángel: «Reflexiones isuambientalistas sobre los criterios para proponer espacios naturales protegidos: hacia una nueva categoría de conservación, el Paisaje Metafísico (o Espiritual)», en *RDA*, núm. 20, 2011, pp. 29 y ss.
- JIMÉNEZ BUESO, Álvaro: «Estudio de reciente Jurisprudencia en materia de planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 269, 2011, pp. 29 y ss.
- LÓPEZ FERRANDO, Cristina, CASADO ECHARREN, Amaya, y LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta: «Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 por la que se anulan diversos preceptos de la ordenanza por la que se establece el régimen de

- gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades del Ayuntamiento de Madrid», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 121 y ss.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español», en *RDA*, núm. 20, 2011, pp. 13 y ss.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta, LÓPEZ FERRANDO, Cristina, y CASADO ECHARREN, Amaya: «Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 por la que se anulan diversos preceptos de la ordenanza por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades del Ayuntamiento de Madrid», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 121 y ss.
- LUEÑA HERNÁNDEZ, Jorge Agustín: «El alcance del principio de equidistribución de beneficios y cargas en el TRLS 08», en *RDU*, núm. 266, 2011, pp. 49 y ss.
- MARZAL RAGA, Consuelo de los Reyes: «La convalidación sobrevenida de la *causa expropriandi* en la ejecución de sentencias: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 159 y ss.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «Extinción de expropiaciones urbanísticas: desistimiento, revocación, liberación, reversión y retasación», en *RDU*, núm. 266, 2011, pp. 13 y ss.
- MOLINA NAVARRO, Francisco, y ROMERO VELASCO, Miguel: «La necesaria protección de la dehesa: régimen jurídico actual y propuestas de desarrollo», en *RDA*, núm. 20, 2011, pp. 81 y ss.
- PUCHALT RUIZ, Marc: «Hacia una ley de armonización urbanística», en *RDU*, núm. 267, 2011, pp. 15 y ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio: «La normativa catalana sobre centros de culto (I): planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 266, 2011, pp. 147 y ss.
- «La normativa catalana sobre centros de culto (II): licencias urbanísticas y otras materias urbanísticas», en *RDU*, núm. 268, 2011, pp. 157 y ss.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro: «Los centros y zonas de interés turístico nacional como antecedente histórico de la actual figura del municipio turístico. Aciertos y errores de esta figura, diferencias con el municipio turístico y conexión con el planeamiento urbanístico de los núcleos turísticos», en *RDU*, núm. 266, 2011, pp. 91 y ss.
- SÁMANO BUENO, Pablo: «Notas sobre el deber de conservación», en *RDU*, núm. 269, 2011, pp. 159 y ss.
- SAMPREDRO CAYÓN, Ángela: «Reflexiones sobre la disciplina urbanística en España y especial referencia a la Comunidad y el Ayuntamiento de Madrid», en *RUE*, núm. 23, 2011, pp. 53 y ss.
- SERRANO PAREDES, Olga: «Límites al arrastre o banking de unidades de Kioto y derechos de emisión», en *RDA*, núm. 20, 2011, pp. 99 y ss.

TOLOSA TRIBIÑO, César: «La nueva regulación de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo», en *RDU*, núm. 269, 2011, pp. 125 y ss.

TOMÁS BENÍTEZ, Amparo: «Problemática regulación en Castilla-La Mancha de las cesiones en solares con incremento de aprovechamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 269, 2011, pp. 61 y ss.

YÁÑEZ VELASCO, Igor: «El control de legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento municipal. Jurisprudencia de altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas», en *RDU*, núm. 269, 2011, pp. 13 y ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

GÓMEZ POMAR, Fernando, y GANUZA, Juan José: «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», en *InDret*, núm. 2, 2011.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier: «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas», en *REDE*, núm. 39, 2011, pp. 253 y ss.

REDING, Viviane: «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», en *InDret*, núm. 2, 2011.

DERECHO PROCESAL

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Sentencia de 28 de junio de 2010: Pago por tercero. Enriquecimiento injusto o sin causa. Acciones de reembolso y de enriquecimiento injusto. Objeto del proceso: la causa de pedir y la petición. Principios procesales: *iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius* y congruencia. Complemento de la sentencia. Motivación de la sentencia. Efectos de la sentencia estimatoria del recurso extraordinario por infracción procesal», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 861 y ss.

CERRATO GURI, Elisabeth: «Problemas que plantea la elección de las acciones posesorias de los arts. 250.1.4 y 250.1.5 LEC», en *AC*, núm. 18, 2011.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: «La expansión del incidente de nulidad de actuaciones por motivos procesales. A propósito de la STC 43/2010, de 26 de julio», en *DPC*, núm. 25, 2011.

CORTÉS, Pablo: «Negocia o atente a las consecuencias», en *InDret*, núm. 4, 2011.

— La condena en costas en los Derechos del *Common Law* y su aplicación en el proceso civil español», en *InDret*, núm. 4, 2011.

IBARRA SÁNCHEZ, Juan Luis: «El juicio verbal en única instancia: sombras sobre la tutela judicial efectiva», en *La Ley*, núm. 7688, 2011.

- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «La legislación comunitaria sobre la carga de la prueba y el acceso a la justicia en los casos de discriminación», en *RPJ*, núm. 89, 2009, pp. 1 y ss.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Algunas reflexiones sobre la legislación procesal civil en sede de pluralidad de partes, su interpretación y su aplicación por los Tribunales», en *La Ley*, núm. 7746, 2011.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «Sentencia de 15 de julio de 2010: El concepto de interés difuso. La legitimación colectiva por interés difuso. Ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos. El incidente de liquidación del artículo 519 LEC», en *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 1035 y ss.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», en *InDret*, núm. 2, 2011.
- PUJOL CAPILLA, Purificación: «La intervención de los peritos en el acto del juicio», en *AC*, núm. 19, 2011.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: «El proceso de acciones colectivas: (necesidad de su implantación en España)», en *AC*, núm. 16, 2011.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo

RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Aranzadi Civil	
InDret	www.indret.com
Diario La Ley	

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Acción reivindicatoria sobre fincas aportadas a una reparcelación e indemnización de daños y perjuicios. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011)*

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Hechos.*—II. *Itinerario procesal.*—III. *Fundamentos jurídicos relevantes.*—IV. *Cuestiones previas de Derecho Urbanístico:* 1. Premisas sobre los efectos de una reparcelación urbanística. 2. De cómo pudo cederse una finca a la Administración por quien no era su propietario. 3. Sobre la imposibilidad de que los tribunales civiles condenen a la Administración actuante a restituir una finca cedida como consecuencia de la reparcelación.—IV. *La subrogación real como efecto derivado de la Ley que estimamos aplicable a la reivindicación de fincas originarias.*—V. *Situación del debate en el ámbito de la pérdida de la cosa reivindicada.* 1. La diversidad de acciones civiles relacionadas con la pérdida de la cosa en poder del poseedor no propietario. 2. La aproximación entre la cosa y su equivalente económico y entre este último y la indemnización. 3. Posición de la sentencia objeto de comentario.—VI. *La valoración del equivalente económico o los daños sustitutos de la cosa.* 1. La obligación de entregar el equivalente de la cosa reivindicada como deuda de valor. 2. Las bases para el cálculo del valor de las fincas sometidas a una actuación urbanizadora y el error de

* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados» (DER 2008-00968/JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Dirección General de Programas y Transferencia del Conocimiento), que se ejecuta en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y cuyo investigador principal es el profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno.

la sentencia recurrida. 3. Los deberes impuestos a los propietarios de suelo afectados por una actuación urbanística, según la legislación aplicable al caso. 4. El aprovechamiento medio como instrumento fundamental de la distribución equitativa impuesta a los propietarios y como medida de su derecho. 5. Criterios utilizables para la valoración de la finca litigiosa: breve alusión a la valoración urbanística y a los criterios objetivos. 6. El aprovechamiento medio como adecuado punto de partida para calcular el valor de la finca litigiosa en el caso planteado. 7. La conversión en una determinada cantidad de dinero de la edificabilidad derivada del 90% del aprovechamiento medio. 8. La necesidad de deducir los gastos de urbanización.

I. HECHSOS

El propietario de una finca inicialmente rústica, de la cual formaba parte un camino y que estaba sometida a un proceso de urbanización, planteó demanda frente a una empresa promotora y constructora que era propietaria de la finca colindante. La acción ejercitada, que pese a la cada vez más frecuente indefinición observada en la práctica forense parece ser la reivindicatoria, se refería a un camino enclavado en la finca del demandante, solicitándose que se declarase la propiedad de este y la restitución de la superficie indebidamente ocupada por el demandado. Al parecer el terreno litigioso había sido objeto de cesión obligatoria y gratuita al Ayuntamiento actuante en virtud de un proyecto de reparcelación, aprobado en ejecución de un previo plan parcial redactado con destacada intervención de la sociedad demandada y que, siempre según las afirmaciones contenidas en la demanda, habían ido precedidos del derribo de una valla alambrada que separaba ambas propiedades y de la ocupación material del camino por la parte demandada, consiguiendo con todo ello que la superficie correspondiente al camino se considerase incluida en la finca de esta última; precisamente por ello la demanda contenía algunas peticiones adicionales relacionadas con la indemnización de los daños y perjuicios en frutales e instrumentos de riego derivados de la demolición de la valla, y, en confusa adición a esos daños, también *«de los correspondientes a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, cuya cuantía se concretará en fase de ejecución de sentencia»*, no pudiendo confundirse estos últimos con las costas procesales porque la condena a ellas era objeto de petición separada. Entre los hechos alegados y probados no se observa mención alguna a cuestiones que podrían presentar cierto interés, en especial para una ulterior demanda sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, como puedan ser las relativas a si el demandante tuvo conocimiento de la aprobación del plan y si le fue notificada la tramitación y aprobación del proyecto de reparcelación; tampoco, por consiguiente, si impugnó ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la aprobación de los citados instrumentos urbanísticos (aunque la aplicabilidad al caso del Texto Refundido de 1976 parecería apuntar hacia la existencia de ese proceso previo) ni sobre la suerte que corrió tal impugnación, de haber existido. El *petitum* de la demanda consistía en la declaración de que el demandante era propietario de finca determinada, en la cual se incluía la superficie del camino litigioso, que la demandada y dueña de una finca colindante no era propie-

taria de dicho camino, y por tanto no podía ceder legítimamente al Ayuntamiento actuante su propiedad, y que la reiterada demandada había demolido la valla de separación de ambas propiedades sin autorización del demandante; consiguientemente se pedía la condena de la demandada a abstenerse de efectuar cualquier otro acto de perturbación o despojo posesorio, a restituir al demandante la parte de terreno indebidamente ocupada (por ello estimamos que la acción ejercitada es la reivindicatoria) y a indemnizar los daños y perjuicios a que aludimos anteriormente.

II. ITINERARIO PROCESAL

El Juzgado de Primera Instancia, tras estimar por Auto la excepción de falta de litisconsorcio pasivo planteada por la sociedad demandada y provocar la ampliación de la demanda al Ayuntamiento actuante, desestimó totalmente dicha demanda, con expresa imposición de costas a la citada demandante (incluidas las causadas al Ayuntamiento, cuya presencia en el proceso se debió a la excepción que planteó la demandada). Contra la decisión del Juzgado interpuso el demandante recurso de apelación, estimado parcialmente por la Audiencia mediante sentencia en la cual se declaraba que la superficie litigiosa se encontraba, con anterioridad a la reparcelación, dentro de la finca del demandante, que la demandada no había sido nunca su propietaria y había demolido la valla que separaba su finca de la del demandante sin autorización de este último, y, siendo imposible la restitución del inmueble por haber pasado a manos de tercero (la Administración actuante), condenó a la demandada a abonar al demandante el equivalente económico de la superficie litigiosa, consistente en el valor resultante de multiplicar la superficie usurpada por el precio de mercado del metro cuadrado de suelo urbano en el lugar en que se ubica el inmueble. La sociedad demandada interpuso recurso extraordinario de revisión por infracción procesal, consistente en la incongruencia que se imputaba a la sentencia de la Audiencia, y de casación, en este caso por infracción de los artículos 1.096 y 1.101 del CCi, así como de diversos preceptos de la legislación urbanística vigente en el momento de producirse los hechos objeto del litigio y referidos, estos últimos, a los criterios de valoración del suelo sometido a una actuación urbanística y al fundamental principio de distribución equitativa, entre todos los propietarios afectados, de los beneficios y de las cargas derivados de la ejecución de los planes urbanísticos. El Tribunal Supremo admitió el recurso de casación y dictó sentencia por la que anulaba la resolución de la Audiencia en cuanto, ante la imposibilidad de restituir el inmueble litigioso, condenó a la demandada y recurrida a abonar su equivalente económico fijando determinadas bases para ello, confirmándola en sus restantes pronunciamientos.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

En realidad, más que de fundamentos en plural tendríamos que hablar de fundamento en singular, ya que la sentencia del Alto Tribunal admite el recurso por la infracción procesal consistente en vulneración del principio de congruencia de las resoluciones judiciales con la motivación desarrollada en

sus fundamentos de derecho tercero y cuarto, afirmando concretamente en el primero de los citados que *«El motivo ha de ser estimado ya que, efectivamente, sin previa petición de la parte demandante en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso de apelación, sin posibilidad por tanto para la parte demandada de hacer alegación alguna, se concede una indemnización y se fijan unas bases imprecisas (el precio de mercado de terreno urbano) sin que la parte condenada haya tenido posibilidad alguna de contradicción, de acuerdo con las cuales se habrá de determinar en ejecución de sentencia la indemnización resultante, para lo que será necesario algo más que la realización de simples operaciones aritméticas (artículo 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, en concreto, que la parte condenada tenga la posibilidad de argumentar acerca de cuál ha de ser el valor –urbano o no– a tener en cuenta respecto del terreno indebidamente ocupado»*.

IV. CUESTIONES PREVIAS DE DERECHO URBANÍSTICO

1. Premisas sobre los efectos de una reparcelación urbanística

La aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación (o, en la terminología que hoy resulta más corriente, de un proyecto de equidistribución), es un acto administrativo situado en el nivel de la ejecución de las prescripciones contenidas en los planes urbanísticos (que actualmente se denominan, también de forma más genérica, instrumentos de ordenación), cuyos efectos consisten en alterar drásticamente la estructura física y las titularidades jurídicas de las fincas incluidas en el ámbito territorial de una actuación urbanística, con el fin de adaptar la situación preexistente a las previsiones sobre usos y tipologías edificatorias contenidas en los mencionados planes. Su importancia hace que usualmente se pueda hablar de las «fincas originarias», que son las incluidas en el ámbito de actuación urbanística y que van a ser «aportadas» a la reparcelación con las características, titularidades y aprovechamientos que tuvieran al iniciarse la tramitación del proyecto, y de «fincas de resultado», entendiéndose por tales las que ya se preveían concreta y pormenorizadamente en el plan urbanístico que la reparcelación viene a ejecutar (en el caso planteado se trataba de un plan parcial), y que surgirán como consecuencia de la aprobación del proyecto de reparcelación sustituyendo a las aportadas. Algunas de esas fincas de resultado, destinadas por el planeamiento a dotaciones públicas y entre las cuales podemos citar a título de mero ejemplo los viales, centros de enseñanza o parques y jardines públicos, pasarán a manos de la Administración actuante para la implantación efectiva de los citados usos, lo cual supondrá su consideración como bienes de dominio público por destino, mientras que otras estarán destinadas por el plan a lo que usualmente se denomina usos lucrativos privados, es decir que permanecerán como objeto de propiedad privada; son estas últimas parcelas resultantes, y solamente estas, las que se distribuirán entre los propietarios de las fincas originarias en proporción a su derecho en la reparcelación, que viene definido por la superficie de las parcelas originarias y por la magnitud urbanística llamada aprovechamiento medio, a la cual luego referiremos con mayor detalle.

Lo que debe quedar claro desde el principio es que quien aporta a la reparcelación una finca originaria que el plan destina a usos dotacionales y que por tanto van a pasar a manos de la Administración actuante, como suce-

día en el caso decidido por la sentencia objeto de comentario, va a ver satisfecho su derecho en la reparcelación mediante la adjudicación de las fincas de resultado precisas para ello, aunque estarán ubicadas en un lugar distinto del polígono o ámbito territorial del plan que se ejecuta. Según se desprende de los datos contenidos en la sentencia comentada, la reparcelación que dio lugar al litigio venía regulada por el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (en lo sucesivo TRLS de 1976), cuyo artículo 100.1 apoyaba las premisas que hemos sentado con anterioridad al disponer lo siguiente:

«1. El acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación producirá los siguientes efectos:

a) Cesión de derecho al municipio en que se actúe en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio del suelo o su afectación conforme a los usos previstos en el Plan.

b) Subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas.

c) Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente.»

2. De cómo pudo cederse una finca a la Administración por quien no era su propietario

La protección de los titulares de derechos sobre las fincas afectadas por una reparcelación y la garantía del principio de audiencia de los interesados en un procedimiento que va a incidir tan rotundamente en sus derechos, se lleva a cabo mediante la publicidad que la legislación urbanística impone para su aprobación. Así, desde los albores de nuestro Derecho Urbanístico se exige la aprobación inicial del proyecto de reparcelación y la sumisión de ese proyecto inicialmente aprobado a una fase de información pública antes de su aprobación definitiva, con citación personal de *los interesados*¹ y durante la cual todos ellos pueden efectuar las alegaciones que estimen oportunas; todo ello sin olvidar que los propios planes urbanísticos previos a la reparcelación fueron objeto en su momento de similar publicidad. Una vez aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación nos encontraremos con un acto administrativo, cuyo régimen de impugnación se preveía expresamente en el apartado 2 del artículo 100 del TRLS de 1976 en los términos siguientes: *«2. El acuerdo aprobatorio de la reparcelación será impugnabile en vía administrativa. En vía contencioso-administrativa solamente podrá impugnarse dicho acuerdo por vicios de nulidad absoluta del procedimiento de su adopción o para determinar la indemnización que, en su caso, proceda.»*

Además, los titulares de derechos y cargas inscritos en el Registro de la Propiedad y relativos a fincas cuya identificación no plantee ninguna duda han de ser notificados, pues de otro modo la aplicación de los propios principios hipotecarios de legitimación registral y tracto sucesivo supondrían la imposibilidad práctica de que los reiterados proyectos pudieran ser inscritos,

¹ Artículo 100.3 *in fine* del TRLS de 1976.

con la consecuente inviabilidad de que las fincas de resultado, llamadas a continuar siendo objeto de propiedad privada y cuyas plusvalías son las que permiten sufragar los elevadísimos costes de la ejecución de los planes urbanísticos, tuvieran algún atractivo para el tráfico jurídico²; todo ello constituye un estimable refuerzo para la protección de los titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando las fincas objeto de esos derechos estén descritas de modo que sean perfectamente identificables en la realidad extrarregistral.

Pero esta barrera registral no puede plantearse, con el consiguiente incremento del riesgo para propietarios y titulares de cargas, cuando alguna finca afectada por una actuación urbanística no esté inmatriculada en el Registro de la Propiedad, o lo esté con una descripción efectuada a través de un sistema no perimetral; incluso cuando esté inscrita y su descripción se realice a través de un sistema perimetral no georreferenciado, si se alterasen los elementos topográficos utilizados en este sistema para definir los linderos³. En todos los casos planteados existe un denominador común, consistente en la imposibilidad de relacionar alguna de las fincas afectadas por la actuación urbanística con otra que conste inscrita en el Registro de la Propiedad, lo cual conllevará la posibilidad de que la Administración actuante sea la llamada a determinar, a la vista de las pruebas aportadas al expediente y a los exclusivos efectos de tramitar el procedimiento de reparcelación, quién puede ser considerado propietario de esas fincas⁴.

² Hoy esa necesidad de intervención de los titulares registrales aparece específicamente contemplada en el artículo 7.11 del RD 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, pero como decimos en el texto esa exigencia puede derivarse directamente de los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo, en relación con el de audiencia de los administrados en las actuaciones que les afecten, contemplado en el artículo 105 de la Constitución Española, pues son todas estas consideraciones las que están en la base de la ulterior regulación reglamentaria.

³ Siguiendo el trabajo de MORALES MORENO, en *Publicidad Registral y Datos de Hecho*, Madrid, 2000, pp. 32-36, consideramos descripción no perimetral la que individualiza a la finca sin linderos fijos, a través de datos como el nombre, la extensión o la descripción de sus elementos, la sitúa en una determinada zona e indica esos linderos por referencia a las fincas colindantes y sus propietarios. Por descripción perimetral no georreferenciada, entendemos la que delimita el contorno de la finca con linderos fijos a través de elementos topográficos como caminos, acequias, ríos o montañas, de modo que adolecen de falta de precisión y además, en algunos casos, esos elementos de referencia pueden variar incrementando la incertidumbre. Por último, y siempre siguiendo al citado autor, estimamos como descripción perimetral georreferenciada la que define los linderos a través de sus puntos de corte, expresando estos mediante un lenguaje gráfico o alfanumérico, refiriendo en este último caso a las coordenadas geográficas de dichos puntos.

⁴ El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 aludía frecuentemente a «los propietarios» al regular la reparcelación, pero no se contenía ningún precepto expreso destinado a definir quiénes habían de ser tenidos como tales, limitándose en su artículo 102.2 a establecer la aplicación supletoria de las normas sobre expropiación forzosa; en el mencionado texto, como es sabido, se ocupa de esta cuestión trascendental el artículo 3.2, según el cual «*Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente*». Las dudas planteadas por la expresión «*salvo prueba en contrario*» penden como una espada de Damocles sobre la mención a «*los registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente*», habiendo sido entendida por la criticable STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24-11-2000, en el sentido de que

Una vez aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación, como la situación física y jurídica de las fincas o derechos afectados por la reparcelación habría de inscribirse en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en la legislación hipotecaria y en la forma que reglamentariamente se determinase⁵, y como según ese desarrollo reglamentario cuando alguna finca resultante no se correspondiera con otra anteriormente inscrita habría de practicarse un asiento de inmatriculación, siendo titular de la finca inmatriculada la persona que hubiera acreditado de manera suficiente a juicio de la Administración actuante la propiedad de la finca originaria no inmatriculada (o inmatriculada con una descripción que no permita relacionarla con la finca originaria existente en la realidad y que ha sido objeto de reparcelación, lo cual obviamente daría lugar a una doble inmatriculación)⁶, lo extraño no es que casos como el planteado se produzcan sino más bien que no se produzcan con mayor frecuencia estadística⁷.

Porque parece obvio que si la titularidad de la finca originaria afectada por la reparcelación no goza de publicidad registral (porque la finca no está inscrita o porque lo está de manera que se hace imposible su identidad con la inscrita), la Administración actuante determinará las titularidades atendiendo a las pruebas presentadas y, a falta de más elementos en cuanto a la situación y extensión de las fincas, a la publicidad otorgada por la posesión efectiva; de este modo, y si alguno de los propietarios de fincas colindantes se ha extralimitado en esa posesión hasta producir un problema de confusión de linderos, ni siquiera nos parece criticable que la Administración aplique con efectos

la Administración actuante en un procedimiento de reparcelación puede tener como propietario al adquirente mediante contrato privado y entrega real frente al transmitente que conste como titular en el Registro, a efectos de seguir con él las actuaciones y adjudicarle las fincas de resultado.

⁵ Según el artículo 101.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, vigente al producirse los hechos litigiosos.

⁶ Según disponía también el artículo 114.d) del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por RD 3288/1978, de 25 de agosto.

⁷ Recientemente esa frecuencia parece ir aumentando porque se ha dado un problema similar, consistente en la aportación de una finca enclavada en otra por el dueño de esta última, en el caso resuelto por la STS de 23-4-2010, a la cual habremos de referirnos en otros apartados de este trabajo.

Sin embargo la regulación actual de la reparcelación no ha cambiado notablemente; tampoco creemos que pueda hacerlo, dado que no parece posible encontrar un sistema que compatibilice mejor la protección de los derechos afectados por una reparcelación y la imprescindible agilidad de un procedimiento dotado de una publicidad propia fundada en la sumisión a información pública del proyecto inicialmente aprobado por la Administración actuante. Así el artículo 310.5 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, vino a establecer que *«El título en cuya virtud se inscribe el proyecto de reparcelación o compensación será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine»*, elevando de forma un tanto dudosa el rango de la virtualidad inmatriculadora del proyecto, que antes sólo se contenía con esa claridad en el Reglamento de Gestión Urbanística y por la remisión amplia hecha por el legislador para regular la inscripción de dicho acto administrativo. La posterior Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, mantuvo la vigencia del precepto citado a través de su disposición derogatoria única que lo excluía de tal efecto, y la citada redacción ha pasado, sin modificación alguna y sin que tampoco se contemplara expresamente en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, al artículo 54.5 del Texto Refundido de 2008, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, actualmente vigente.

meramente perjudiciales y a efectos de seguir la tramitación de la reparcelación, el criterio prioritario establecido en el artículo 385 del Código Civil, según el cual a falta de títulos suficientes el deslinde ha de verificarse por lo que resulte de la posesión en que estuvieren los colindantes. Como el punto de partida es que nos encontramos ante una finca no inmatriculada o inmatriculada en modo tal que resulta imposible deducir su identidad con la finca inscrita, tampoco existirá obstáculo alguno para la inscripción registral del proyecto, al no constarle al Registrador que el procedimiento se ha seguido prescindiendo del titular registral.

3. Sobre la imposibilidad de que los tribunales civiles condenen a la Administración actuante a restituir una finca cedida como consecuencia de la reparcelación

La única medida puesta a disposición del perjudicado para impugnar la aprobación administrativa del proyecto de reparcelación o, en términos más amplios, de equidistribución, es el recurso ante los tribunales integrantes de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, quedando impedida la actuación de los tribunales civiles por la tradicional presunción de validez que la legislación aplicable ha otorgado a los actos administrativos⁸ y por la reserva jurisdiccional establecida para su impugnación⁹; incluso en caso de recurso contencioso-administrativo, y como vimos con anterioridad al reproducir el artículo 100.2 del TRLS de 1976, la resolución judicial correspondiente ha de limitarse a establecer las indemnizaciones procedentes, sin alterar la realidad parcelaria derivada de esa reparcelación, salvo en el caso de «nulidad absoluta del procedimiento». Desde nuestro punto de vista esta conclusión no se vería afectada por el hecho de que en el proyecto de reparcelación hubiera tenido una destacada intervención el acuerdo de los propietarios afectados, como sucede en los supuestos de reparcelación voluntaria contemplados también desde los albores de nuestro Derecho Urbanístico; porque esa voluntad es un mero presupuesto del acto administrativo, sin que los vicios que pudieran concurrir en aquella ni el eventual incumplimiento por alguno de los propietarios de las obligaciones que determinaron la aquiescencia de los otros puedan dar lugar a acciones civiles de anulación o incumplimiento orientadas al restablecimiento de la situación física y jurídica previa a la producción del acto administrativo¹⁰.

⁸ Artículo 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, aplicable al parecer en el momento de producirse los hechos objeto de la sentencia comentada, y artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente en la actualidad.

⁹ Artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.

¹⁰ Como afirmamos en nuestro trabajo *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Madrid, 1995, pp. 443-447, refiriéndonos a la imposibilidad de acudir a la Jurisdicción Ordinaria para recuperar la parcela destinada a usos dotacionales y cedida a la Administración como consecuencia de una transferencia de aprovechamiento urbanístico perfeccionada entre dos propietarios y en que hubiera mediado vicio del consentimiento o incumplimiento. Proponíamos allí la aplicación analógica del artículo 1.307 del Código Civil y afirmábamos textualmente, en la p. 446, que «Así, estimamos que en estos supuestos el pretendido carácter negocial de las TAUS no autoriza a considerar que como consecuencia de una acción interpuesta ante la Jurisdicción ordinaria y fundamentada en la nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión o revocación del acuerdo privado, pueda obtenerse la restitución de la parcela adscrita a la Administración. En todo caso, el ejercicio de tales acciones puede conducir a que se declare la obligación del accipiens de

No se trata, por tanto, de entender que la Administración ha de ser mantenida en la titularidad sobre las fincas que ha adquirido en virtud de la reparcelación sobre la base de la inscripción registral o del principio de fe pública (ni siquiera está claro que la Administración adquiera a título oneroso, cuando precisamente estamos hablando del cumplimiento del deber de los propietarios de ceder «obligatoria y gratuitamente» determinados terrenos y aprovechamientos, como veremos después), y tampoco parece que la irretroactividad de las cesiones quede supeditada a que la Administración inscriba el proyecto en el Registro de la Propiedad, aunque el artículo 141.1 del TRLS de 1976 permita abonar esta tesis cuando la actuación urbanística se desarrolle por el sistema de expropiación¹¹.

Tampoco estamos olvidando lo afirmado anteriormente en cuanto a que en las actuaciones de ejecución de instrumentos de ordenación urbanística en general y en la reparcelación en particular la titularidad de quienes son tenidos como parte venga impuesta por el principio de audiencia de los administrados, reconocido por la legislación de procedimiento administrativo según el mandato contenido en el artículo 105.c) de la Constitución Española; la omisión de este fundamental principio vicia efectivamente la producción del acto en concreto, pero la Jurisdicción Civil no es competente para conocer de la concurrencia de esos vicios, y tampoco se puede establecer un paralelismo entre el contrato privado y el acto administrativo para aplicar automáticamente las consecuencias restitutorias derivadas de la nulidad de un contrato, en un sistema que exige causa para las atribuciones patrimoniales, a la nulidad de un acto administrativo orientado a producir efectos similares: simplemente porque la cuestión relativa a si las atribuciones patrimoniales derivadas de los actos administrativos son causales o abstractas es un problema por resolver en nuestro Ordenamiento Jurídico. Otra cosa es que los tribunales civiles puedan aplicar, como veremos, la subrogación real derivada de la reparcelación, o conocer de las cuestiones relativas a los daños y perjuicios causados por unos propietarios a otros utilizando el acto administrativo firme como instrumento, o bien de las acciones de enriquecimiento derivadas de esos actos; pero todo eso no altera nuestra premisa fundamental sobre la intangibilidad de los terrenos cedidos a la Administración en virtud de un acto administrativo cuya validez se presume, a no ser que esa validez se desvirtúe por los tribunales integrantes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹².

restituir el valor de la parcela en cuestión el momento de ser adscrita a la Administración, con los oportunos intereses». Y decíamos eso porque, contra la doctrina mayoritaria que se empeña en hablar del aprovechamiento urbanístico como un bien inmueble objeto de tráfico jurídico-privado, siempre consideramos que las transferencias de aprovechamiento urbanístico (TAUS) no fueron nunca ni serán jamás otra cosa que actuaciones administrativas reparcelatorias, si bien en las modalidades de reparcelación voluntaria y meramente económica, que ya se contemplaban en los artículos 115 y 116 del Reglamento de Gestión Urbanística, significativamente como meros «procedimientos abreviados».

¹¹ Según el citado precepto: «Tramitado el procedimiento expropiatorio en la forma establecida en los artículos anteriores y levantada el acta o actas de ocupación, se entenderán adquiridas libres de cargas la totalidad de las fincas comprendidas en la misma por la Administración expropiante, la cual será mantenida en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdictal contra la misma, aun cuando posteriormente aparezcan terceros interesados no tenidos en cuenta en el expediente, quienes, sin embargo, conservarán y podrán ejercitar cuantas acciones personales pudieran corresponderles para percibir el justiprecio o las indemnizaciones expropiatorias y discutir su cuantía».

¹² Precisamente por ello existe un grave problema en la regulación de los recursos procedentes contra la denegación de una inscripción por el Registrador de la Propiedad, cuando

IV. LA SUBROGACIÓN REAL COMO EFECTO DERIVADO DE LA LEY QUE ESTIMAMOS APLICABLE A LA REIVINDICACIÓN DE FINCAS ORIGINARIAS

Como vimos, el artículo 100.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 establecía el tradicional principio de subrogación real de las parcelas originarias por las resultantes de la reparcelación¹³; ese efecto ha pasado por todas las leyes de suelo hasta llegar a la vigente¹⁴ y constituye la base legal para la regulación de la inscripción registral de los proyectos de equidistribución, desarrollada actualmente en los artículos 4 a 21 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las normas complementarias para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; además es un precepto absolutamente «civil» porque se refiere a la modificación de la propiedad y de los derechos reales sobre bienes inmuebles, y precisamente por ello no se declaró inconstitucional por la STC 61/97 en cuanto a su eficacia sustantiva (solo por vincularse a una fase concreta de un procedimiento cuya regulación incumbe, según dicha resolución, a las comunidades autónomas): estaba y está amparado por la competencia exclusiva del Estado sobre la Legislación Civil.

Con todos esos antecedentes la «subrogación real de las antiguas por las nuevas parcelas» sigue siendo ignorada por la mayoría de los letrados que actúan ante el Orden Jurisdiccional Civil y, tal vez como consecuencia de ello, por los jueces y tribunales integrantes de dicha jurisdicción; posiblemente se entiende que la norma forma parte de esa «legislación administrativa» rechazada en conjunto por numerosas sentencias¹⁵ en las cuales se sosla-

el título presentado está documentando un acto administrativo que afecta a la propiedad o a los derechos reales sobre bienes inmuebles: que el recurso llamado gubernativo tenga como cúspide al Juez Civil, mediante los trámites del juicio verbal, y que no se contemple un recurso propiamente judicial ante los tribunales integrantes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es la única competente para conocer de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo cuya inscripción se rechaza, constituye una crisis del sistema que en algún momento habrá de afrontarse por nuestro legislador, especialmente si los órganos administrativos también son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución Española. Sobre esta cuestión, planteada ya de modo práctico en el caso de la denegación de inscripciones de permuta de suelo por obra futura, perfeccionadas por entidades locales que estimaron innecesaria la licitación pública de acuerdo con la postura mantenida por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre el particular, puede consultarse nuestro trabajo *Legislación Urbanística e Inscripción Registral. A través de la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Navarra, 2009, principalmente pp. 228-232 y 256-257.

¹³ Según la clásica definición de ROCA SASTRE, en «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, abril de 1949, tomo 33, p. 282, la subrogación real sería «aquella figura jurídica en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a la primera cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida».

¹⁴ Artículo 167.b) del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, cuya inconstitucionalidad se declaró en la criticable STC 61/97 no por establecer el efecto de subrogación real sino por vincularla a una fase determinada del procedimiento, y actualmente (con similar «defecto»), artículo 18 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo.

¹⁵ Precisamente por ello resultan tan meritorias resoluciones como la STS de 12-1-2011, que comentamos en nuestro trabajo «Inmisiones sonoras, legislación urbanística y conceptos integrantes del daño moral indemnizable (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-1-2011)», publicado en este mismo *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fascículo II, pp. 773-798.

ya el hecho indudable de que las leyes del suelo y sus prescripciones sobre el uso de las distintas clases en que el mismo se diversifica constituyen hoy la legislación general aplicable a la propiedad territorial¹⁶. Aunque también es posible que los difusos perfiles con que se contempla la subrogación real en la legislación urbanística contribuyan a su inaplicación, porque el debate doctrinal sobre cuándo resulta aplicable la subrogación real y cuándo la reparcelación ha de constituir título de adquisición originaria en cuanto a las fincas resultantes permanece un tanto abierto¹⁷.

El recurso a tal principio ampararía el planteamiento de una acción reivindicatoria dirigida a recuperar la posesión de las fincas otorgadas en sustitución de aquella cuya propiedad acredite el actor, no existiendo necesidad de impugnar el acto administrativo en tanto la reivindicación de la finca o fincas resultantes del mismo presupone su acatamiento; incluso estimamos que los órganos judiciales podrían aplicar de oficio ese efecto legal en aplicación del principio *iura novit curia*, cuando el demandante planteara acción reivindicatoria o declarativa del dominio sobre una finca originaria tras la reparcelación y siempre que quedara acreditada en el proceso la finca o fincas de resultado que se adjudicaron por la aportada (por difícil que resulte esa constancia sin que se solicite expresamente el juego de la subrogación)¹⁸; procedería entonces, en caso de estimarse la acción, la condena al demandado y poseedor de la finca o fincas de resultado adjudicadas por la aportada a la restitución de aquellas, aunque no hubieran sido esas las reivindicadas por el demandante, liquidándose el estado posesorio y estimándose como gastos necesarios o útiles todos los deberes que incumben a los propietarios y hubieran sido cumplidos por el poseedor vencido (la duda sobre la concreta consideración de tales gastos proviene de que el cumplimiento de esos deberes mejora la finca, pero su desatención puede conllevar la expropiación de la misma). Sólo en caso de que esas fincas de resultado hubieran pasado a poder de terceros adquirentes frente a quienes no procediera la acción reivindicatoria podría plantearse el recurso a conceder el equivalente económico de esas fincas de resultado en concepto de indemnización sustitutiva de la cosa reivindicada o de enriquecimiento injustificado, calculándose ese equivalente en relación con las características que tuviera la finca de resultado en el momento de pasar a poder de ese tercero.

¹⁶ Como hemos indicado en *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 2005, p. 142.

¹⁷ Debate que gira en torno a cuándo existe perfecta correspondencia de las fincas de resultado con las originarias y si dicha correspondencia se refiere a la finca aportada que genera el derecho en la reparcelación o bien ha de tratarse de una correspondencia física entre la finca aportada y la adjudicada, de manera que la subrogación real urbanística tendría la mera función de mantener el mismo título adquisitivo de la finca originaria en la de resultado, aunque sea junto con el título de reparcelación. Sobre estas cuestiones, ver GARCÍA GARCÍA: «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», segunda parte, *Revista de Derecho Urbanístico*, marzo-abril de 1985, pp. 287 y siguientes, DEL POZO CARRASCOSA: *El sistema de Compensación Urbanística*, Madrid, 1993, pp. 136-139, o nuestro trabajo *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Madrid, 1995, pp. 140-145. Sobre los excesos del RD 1093/1997 en la aplicación de la subrogación real frente a la adquisición originaria, también puede consultarse nuestro trabajo «Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de naturaleza urbanística», publicado en este *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, tomo L, 1997, pp. 1301-1364.

¹⁸ En el caso resuelto por la STS de 23-4-2010 una de las razones en que el Juzgado de Primera Instancia fundó su sentencia absolutoria de los demandados consistió en que «La finca reivindicada no existía y no se habían reivindicado las subrogadas», entendiéndose por tanto que la subrogación real ha de ser alegada por el demandante.

El hecho de que en el caso objeto de estudio la finca originaria fuera un camino y que su cesión obligatoria y gratuita se produjera para *su afectación conforme a los usos previstos en el Plan*¹⁹, lo cual a su vez habrá de suponer su consideración como bien de dominio público y por tanto *extra commercium*, no tendría que ser necesariamente un obstáculo para la solución que estamos planteando, puesto que como dijimos con anterioridad el derecho del que aportó la finca se haría efectivo en las parcelas de resultado que el planeamiento destine a usos lucrativos privados y le fueran adjudicadas en correspondencia a la aportada.

De lo que no parece caber duda es de que las fincas originarias desaparecen o se incorporan al dominio público local como consecuencia del acto aprobatorio de la reparcelación, tanto si están destinadas a usos dotacionales como si no; en el caso planteado el efecto de la subrogación real no fue en modo alguno considerado, ni en la demanda planteada por el actor ni en las resoluciones que precedieron al recurso de casación decidido por la sentencia objeto de comentario; lógicamente tampoco se probó qué finca o fincas habían sido adjudicadas a consecuencia de la aportada, ni si se daba alguno de los supuestos que de acuerdo con el artículo 122.3 y 4 del Reglamento de Gestión Urbanística excluyen la aplicación de la subrogación real²⁰, y ninguna de esas cuestiones nuevas podría haber sido alegada en casación. La decisión de la Audiencia, concretamente, se compadece mejor con la consideración de la finca aportada y reivindicada como perdida, en el sentido dado al término por el artículo 1.122.2.^a del Código Civil; por este motivo, y por mantenernos en sintonía con la indemnización concedida por la mencionada Audiencia que fuera motivo del Recurso de Casación, dedicaremos los siguientes epígrafes al problema planteado por la pérdida de la cosa reivindicada y a las relaciones entre la acción reivindicatoria y la condena a satisfacer el equivalente económico de la cosa. No porque entendamos que es el tratamiento idóneo cuando las fincas resultantes de una reparcelación y que se corresponden con la originaria reivindicada siguen pudiendo ser «alcanzadas» por dicha acción real.

V. SITUACIÓN DEL DEBATE EN EL ÁMBITO DE LA PÉRDIDA DE LA COSA REIVINDICADA

1. La diversidad de acciones civiles relacionadas con la pérdida de la cosa en poder del poseedor no propietario

En abstracto, y realizando una apresurada selección entre la diversidad de remedios que, como sedimento de diversas influencias y etapas históricas, se aglutinan de forma un tanto anárquica en nuestro Código civil, podríamos

¹⁹ Artículo 100.1.a) del Texto Refundido de 1976.

²⁰ Dicen así los referidos preceptos, situados en el centro del debate sobre la subrogación real urbanística y excluyendo el juego normal de esta que se proclama en los apartados anteriores: «122...3. Cuando no haya una exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas, el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquellas, libre de toda carga que no se derive del propio acuerdo. 4. Esta misma regla se aplicará en los casos de adjudicación pro indiviso, o con modificaciones sustanciales de las condiciones de la primitiva titularidad».

afirmar que las acciones puestas a disposición del propietario de una cosa que se hubiera perdido estando en posesión de otro, entendiéndose la pérdida en cualquiera de los sentidos que atribuye al citado término el artículo 1.122.2.^a del Código civil y limitándonos al estudio de la partida relacionada con el valor de la cosa o su equivalente económico, podrían ser las siguientes:

1. La acción de indemnización de daños y perjuicios. Si la cosa no estuviera en poder del tercero en virtud de un contrato perfeccionado con el propietario, como parece suceder en el caso objeto de este comentario, la responsabilidad generadora de esa indemnización sería sin duda alguna extracontractual, estando sometida a los requisitos impuestos por el Código Civil para su generación y, muy especialmente en el caso que nos preocupa, a la prescripción corta contemplada en el artículo 1.968.2.^o del citado texto legal y a la exigencia de que concurra culpa o negligencia por parte del tercero en cuyo poder se perdió la cosa. Se trataría de una deuda de valor, que habría de referirse al momento en que hubiera de ejecutarse la sentencia.

2. La acción restitutoria derivada de los artículos 1.303 y 1.307 del Código civil, cuando la cosa estuviera en poder del tercero en virtud de un contrato perfeccionado con el propietario que hubiera sido declarado nulo o que hubiera sido efectivamente anulado, cosa que no parece concurrir en el caso analizado. De acuerdo con lo previsto por el citado precepto para el caso de pérdida de la cosa, el obligado habría de restituir el valor que la misma tenía cuando se perdió.

3. La acción de enriquecimiento sin causa o injustificado, de carácter subsidiario y orientada a obtener la medida en que el tercero se hubiera enriquecido con la cosa que era propiedad de otro o con su pérdida. Al parecer su plazo de prescripción es el general de 15 años²¹.

4. La acción reivindicatoria, cuando las circunstancias en que se produjo la pérdida de la cosa permitan que su ejercicio pueda conllevar la condena a abonar el equivalente económico de aquella.

En esta exposición tan panorámica se encierran problemas absolutamente determinantes y de imposible resolución, si por tal entendemos la aplicación de una medida o remedio concreta para cada singular conflicto jurídico; entre esos problemas, y por la relación que pudieran tener con el caso que nos ocupa, podemos destacar los siguientes:

1.^o La estimación de una acción reivindicatoria supone la aplicación de las normas sobre liquidación del estado posesorio entre el vencedor y el vencido en la posesión; tratándose de la pérdida de la cosa reivindicada, el criterio de imputación contemplado por el artículo 457 del Código civil para que el poseedor «responda» o «no responda» por la pérdida de la cosa consiste en su buena o mala fe²², lo cual no sintoniza demasiado bien con el criterio de imputación subjetiva del daño, establecido en el artículo 1.902 del Código civil para la generación de responsabilidad aquiliana (que, pese a las modulaciones llevadas a cabo por la Jurisprudencia, parte de la culpa o negligencia

²¹ Según la STS de 5-5-1964.

²² Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, cit., p. 143, entienden que esa responsabilidad se concreta en la indemnización de los daños y perjuicios con arreglo a los principios generales de los artículos 1.101 y 1.106 del Código civil. Estamos de acuerdo en cuanto a la extensión de la responsabilidad prevista en el último de los preceptos citados, pero no tanto en cuanto a la aplicación de los criterios de imputación contenidos en el primero de ellos cuando el poseedor fuera de buena fe, por los motivos que indicaremos a continuación.

del causante del daño). La diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad se pone rotundamente de manifiesto cuando se pretende exigir la del deudor de buena fe, quien de acuerdo con la curiosa redacción del Código civil no responderá de la pérdida a no ser que se justifique que ha procedido con dolo; podría afirmarse que dicha redacción permite afirmar la total independencia entre los conceptos de culpa o dolo y el relativo a la buena fe del poseedor, pero incluso en tal caso habría de convenirse en que el legislador ha eximido de responsabilidad a quien no cuida con la diligencia del buen padre de familia la cosa que, sobre la base de un error invencible utilizando esa misma diligencia, considera propia²³. Podríamos afirmar por tanto que cuando la cosa se pierda en poder del poseedor de buena fe, la responsabilidad de este habría de regirse por lo dispuesto en el artículo 457 del Código Civil, pero nos parece que existen serias dudas sobre la posibilidad de que el dueño de la cosa pueda optar entre dicha acción y la derivada del artículo 1.902 del propio Código; sin embargo, no parece ser esta la conclusión que se deriva de una Jurisprudencia proclive a admitir la aplicación de la responsabilidad aquiliana también cuando se trata de liquidar una situación posesoria en que existe buena fe, con una salvedad importante: la de tratarse fundamentalmente de resoluciones recaídas en materia de accesión invertida²⁴, referidas a las indemnizaciones debidas por quien construyó parcialmente en suelo ajeno de buena fe, cuando se declara su derecho a adquirir la porción invadida como consecuencia de la regla jurisprudencial de la accesión invertida²⁵.

2.º El carácter generalmente subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa, desarrollada por la Jurisprudencia, contempla una excepción: la acción de responsabilidad extracontractual, regulada por el artículo 1.902 del Código civil. En consecuencia, y siempre que concurra el supuesto de hecho de ambas acciones, el dañado podría optar por una u otra²⁶. Cuando se trata de la pérdida de la cosa en poder del poseedor de buena fe vencido en la

²³ Ver, por todos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, cit., p. 142, que critican la tesis de MANRESA y relacionan la redacción del precepto con la destrucción intencionada de la cosa que, de buena fe, consideran propia.

²⁴ Tanto CARRASCO PERERA, en *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, 1986, pp. 145-146, como DÍAZ ROMERO: en *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997, pp. 10-12, se muestran partidarios de entender la construcción en suelo ajeno incluida en el concepto más amplio de mejora, lo cual justifica la compatibilidad general del régimen aplicable a la accesión y a la liquidación del estado posesorio.

²⁵ Esa Jurisprudencia, recaída principalmente en materia de accesión, fusiona ambas figuras cuando asume que la indemnización a satisfacer al dueño del suelo, en caso de accesión invertida y como consecuencia de la reducción del valor de su finca tras la segregación de la porción invadida por el edificante, halla su fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil (STS de 29-7-1994 y las que cita); podríamos decir que dicha Jurisprudencia puede ser coherente con la amplitud de criterio mantenido para considerar de buena fe al edificante que se extralimitó pese al requerimiento que le hiciera el propietario de la finca colindante para evitarlo (STS de 14-3-2001), pero la SAP de Orense, de 21-10-1999, ha llegado a declarar simultáneamente el derecho de los demandados a ser indemnizados por una bodega realizada en suelo ajeno (lo cual presupone su buena fe), y el deber de abonar a la actora los frutos dejados de percibir y la paralización de un activo inmobiliario cual era la finca poseída por los demandados, con todo lo cual la confusión o compatibilidad entre las acciones indemnizatorias ex artículo 1902 y las reparaciones debidas como consecuencia de la liquidación del estado posesorio parece, en sede de accesión al menos, plenamente asumida por la Jurisprudencia.

²⁶ Como destacan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 2001, p. 528, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 12-4-1955, 10-3-1958, 22-12-1962, 5-5-1964 y 5-10-1985.

posesión, ya manifestamos nuestras dudas sobre la compatibilidad entre la responsabilidad aquiliana y la prevista en el régimen de liquidación del estado posesorio, pero la mejor doctrina parece admitir la compatibilidad entre este último régimen de responsabilidad y la acción de enriquecimiento injustificado²⁷.

3.º En cuanto a la acción restitutoria derivada de lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.307 del Código civil, ha de destacarse que el supuesto de hecho concurrente en la misma es la nulidad o anulación de un contrato cuya ejecución dio lugar a la transmisión de la cosa a restituir, o de su valor si esta se hubiera perdido. No se daba esa situación en el caso objeto de este comentario, pero bastaría con que quien aportó la finca a la reparcelación la hubiera adquirido del demandante y en virtud de un contrato nulo o anulado para que la citada acción restitutoria pudiera entrar en liza, y ello justifica que le dediquemos una brevísima atención; especialmente porque en dicha acción vuelve a aparecer expresamente la equiparación entre la cosa y su valor y porque el ejercicio de dicha acción se considera compatible con la reivindicatoria por un importante sector doctrinal²⁸, volviendo a aparecer la eventual colisión entre la mencionada acción restitutoria y la ausencia de responsabilidad del poseedor de buena fe, en caso de pérdida de la cosa que no se probara derivada de un comportamiento doloso. Personalmente creemos que esta acción restitutoria tiene como finalidad primordial extinguir los efectos producidos en la realidad por un contrato sinalagmático perfeccionado entre el *tradens* y el *accipiens*, de modo que la restitución del valor de la cosa perdida y los frutos viene condicionada a restitución de la contraprestación por la contraparte; desde este punto de vista la mencionada acción puede plantearse aún cuando el poseedor vencido fuera de buena fe y para obtener el valor de la cosa que se perdió, siempre que se den los presupuestos exigidos por su supuesto de hecho y aunque las normas sobre liquidación del estado posesorio derivadas del ejercicio de la acción reivindicatoria no permitieran conseguir ese objetivo²⁹. Lo que parece claro es que la reiterada acción restitutoria se apoya en la necesidad de causa en los contratos y en los desplazamientos patrimoniales que de ellos se derivan, privándose de fundamento a la figura de las *condictiones* del Derecho Romano que a su vez constituyeron la base para la regulación general del enriquecimiento sin causa o injustificado por el Código civil alemán: con ello queremos decir que la acción restitutoria deri-

²⁷ Cuestión de especial interés en el caso que nos ocupa, donde el poseedor que cedió la finca ajena a la Administración actuante obtuvo el aprovechamiento medio correspondiente a su superficie, y que admiten Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, cit., p. 142. En nuestro caso, partimos de la consideración de que el aprovechamiento urbanístico no es un fruto de la finca aportada, que habría de atribuirse al poseedor de buena fe, sino que sustituye a la propia finca por la subrogación real expresamente declarada por la legislación urbanística.

²⁸ Así, DELGADO ECHEVERRÍA, en «La anulabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1976, p. 1034. También JEREZ DELGADO, en *La anulación del contrato*, Pamplona, 2011, pp. 284-286.

²⁹ Precisamente por ello RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO y otros autores, *Elementos de Derecho Civil II*, vol 1.º, *Parte General, Teoría General del Contrato*, 3.ª edición, Barcelona, 1994, p. 589, parece mostrar una opinión matizada frente a la compatibilidad entre la acción reivindicatoria y la restitutoria derivada de la nulidad o anulación del contrato, estimando que el Código ha establecido un cauce específico manteniendo la reciprocidad en la restitución «cuando en atención al contrato inválido se han cumplido prestaciones correspectivas».

vada de la nulidad o anulación de un contrato no debería ser compatible con una acción de enriquecimiento injustificado³⁰.

2. La aproximación entre la cosa y su equivalente económico y entre este último y la indemnización

En el epígrafe anterior nos hemos referido a la existencia de toda una panorámica de acciones civiles puestas a disposición del que fuera propietario de una cosa perdida para obtener su equivalente económico, destacando las dificultades que plantea la definición de los linderos existentes entre los supuestos de hecho de las normas sustantivas que constituyen el fundamento de esas acciones y dejando que el lector deduzca el problema existente para decidir, cuando pueda estimarse que concurre el supuesto de hecho de varias de esas acciones, si se tratará de pretensiones distintas (con posibilidad de opción para el demandante o sin ella), o si podremos hablar de una única pretensión dirigida a obtener el equivalente económico de la cosa perdida que se rige por un concurso de normas, entre las cuales puede optar el interesado con independencia de que el juzgador pueda alterar esa opción en aplicación del principio *iura novit curia* y sin infringir el principio de congruencia de las resoluciones judiciales. Podría decirse, en suma, que aquí también se reproduce el debate sobre los linderos existentes entre la responsabilidad contractual y extracontractual, pero con más difusos perfiles y más acciones en liza. Pero a la problemática tan apresuradamente expuesta todavía hemos de añadir las consideraciones derivadas de la existencia de cierto grado de asimilación o aproximación entre la cosa misma y su valor económico, entendido este último como partida integrante de una deuda indemnizatoria por daños y perjuicios; a este aspecto pretendemos dedicar los párrafos siguientes.

Como es sabido la consideración del equivalente económico de una cosa ha sido prioritariamente analizada en los supuestos de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor para realizar una prestación consistente en dar una

³⁰ Ese distinto origen histórico es la explicación de que, como destaca JEREZ DELGADO, en *La anulación del contrato*, Navarra, 2011, p. 280, con cita de VON THUR, se acuda en Alemania al enriquecimiento sin causa para buscar apoyo a esta peculiar restitución en especie o por equivalente. Siguiendo la excelente panorámica desarrollada por DíEZ-PICAZO y GULLÓN, en su *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 9.ª edición, Madrid, 2001, pp. 521-523, podemos afirmar que la solución citada por la autora resulta plenamente coherente con las elaboraciones de los pandectistas, que desarrollaron las tesis de SAVIGNY y cristalizaron en el establecimiento de la cláusula general sobre el enriquecimiento injustificado contenida en el parágrafo 812 del BGB; también que esa solución resulta plenamente consecuente con un ordenamiento como el alemán, regido por el principio de abstracción en las transmisiones patrimoniales. Sin embargo, en un ordenamiento causal como es el nuestro, que sigue en este punto la tradición francesa procedente de DOMAT y POTHIER, la restitución se deriva directamente de la nulidad, sin tener que acudir a la figura del enriquecimiento, que, como destacan los autores citados, solo puede dirigirse a la reclamación de aquello con lo que se haya enriquecido el demandado, y no por tanto el valor económico de la cosa, sin que tampoco pueda confundirse esa acción de enriquecimiento con una acción indemnizatoria. Y queda claro que ambas cuantías pueden ser muy diferentes sin más que acudir al artículo 1.304 del Código Civil, que alude claramente a la restitución de aquello en que se enriqueció el incapaz, no del valor de la cosa, cuando la anulación derivase de ese motivo, sin que personalmente nos atrevamos a decir si en este caso la acción sigue teniendo tratamiento especial por derivar de nulidad relativa o bien es una acción de enriquecimiento, aunque nos inclinamos por la primera alternativa.

cosa determinada; se ha llegado a dudar acerca de si, en tales supuestos, ha predominado en nuestro Código Civil la *perpetuatio obligationis*, tan característica en el Derecho Romano y que sustituía la prestación devenida imponible por su equivalente económico, o la doctrina del Derecho Común, reflejada por Pothier y según la cual en caso de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor el derecho del acreedor consiste en la indemnización de los daños y perjuicios, incluyéndose entre ellos y como una partida más el valor económico de la prestación incumplida³¹.

Pero también hemos observado que el artículo 1.307 del Código Civil, al contemplar los efectos derivados de la nulidad del contrato, alude expresamente al valor de la cosa perdida o *aestimatio rei*, relacionando ese valor directamente con la cosa para imponer la restitución del primero cuando la segunda no pueda ser devuelta por haberse perdido (o por haber pasado a ser propiedad de un tercero); incluso se ha podido llegar a entender que en esos supuestos la restitución por equivalente puede ser apreciada por el Juez, aun cuando no haya sido solicitada en la demanda y sin afectar al principio de congruencia de las resoluciones judiciales, cosa que enlaza indirectamente con el caso decidido por la resolución objeto de este comentario³².

Situados en el marco de la acción reivindicatoria sabemos que la necesidad de que el demandado sea poseedor y de que su resultado consista en la restitución *in natura* de la cosa reivindicada han tenido y tienen algunas excepciones; en este sentido somos concededores de que en la época clásica del Derecho Romano el procedimiento formulario imponía que la condena al demandado consistiera siempre en la entrega de una cantidad de dinero, aunque la fórmula en la reivindicatoria incluyera normalmente una cláusula arbitraria mediante la cual el juez daba opción al demandado entre restituir la cosa o cumplir la condena pecuniaria³³; también que en las épocas Postclásica y Justiniana la acción reivindicatoria podía ejercitarse mediante el procedimiento cognitorio contra personas que se hicieron pasar dolosamente por poseedores, sin serlo realmente, o frente a quienes dejaron dolosamente de poseer, enajenando o destruyendo la cosa para evitar el litigio³⁴, todo ello aunque parezca claro que en estos últimos casos la condena no podría concretarse en la restitución *in natura* de la cosa. Precisamente estos dos últimos casos han mantenido su vigencia en nuestros días, aunque la doctrina que defiende su aplicación se limite a postular una condena indemnizatoria sin

³¹ Seguimos aquí la autorizada exposición de Díez-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II: *Las relaciones obligatorias*: 1996, pp. 680-681, inclinándose el prestigioso autor por la inclusión del equivalente económico de la prestación incumplida entre los daños y perjuicios, de forma plenamente coherente con la línea de objetivación de la responsabilidad que desarrolla minuciosamente en las páginas 573 a 618 de la citada obra; a través de ellas se pone el acento en la relación de causalidad entre el comportamiento del deudor y la imposibilidad, así como en la aplicación de criterios de imputación objetiva que maten el enfoque seguido, destacándose la elevada cantidad de supuestos que no pueden considerarse como casos fortuitos ni ser considerados actos dolosos o negligentes del deudor que desencadenaran su responsabilidad de acuerdo con las tesis subjetivistas de la responsabilidad contractual; así, una vez descartada la necesidad de cualquier relación entre la obligación indemnizatoria y un comportamiento doloso o culposo del deudor, tampoco existirían razones de peso para dar un tratamiento independiente a la *aestimatio rei*.

³² Así lo afirma JEREZ DELGADO, en *La anulación del contrato*, Navarra, 2011, p. 281, con cita de la STSJ de Navarra de 16-12-1996.

³³ En este sentido FUENTESECA, en *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pp. 66 y 129, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2008, p. 249.

³⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en *ob. cit.*, pp. 248-249, con cita de D. 6.1.25 y D. 6.1.27.3.

profundizar en el fundamento jurídico de ese resarcimiento y en la posibilidad de que el tribunal pueda decretarlo de oficio cuando el demandante se hubiera limitado a solicitar la devolución de la cosa; porque siendo cierto que se trata de casos en los cuales concurre una actuación dolosa por parte del demandado, y por tanto supuestos que no plantean problemas relacionados con la responsabilidad del poseedor de buena fe, las diferencias de régimen jurídico entre una acción real, como es la reivindicatoria, una acción personal regida por los artículos 1.101 y 1.106 del Código civil, o una acción de responsabilidad aquiliana, quizá mereciera algún pronunciamiento adicional más allá de su genérica calificación como acción de indemnización de daños³⁵.

A las anteriores consideraciones acerca de la un tanto confusa aproximación entre la cosa misma y su *aestimatio* en el marco de la acción reivindicatoria, así como entre la propia acción reivindicatoria y las acciones indemnizatorias complementarias o sustitutivas de la restitución *in natura* de la propia cosa, se pueden añadir las ventajas que ese paulatino desenfoco presenta si lo analizamos desde las perspectivas de la economía procesal y del aligeramiento del rigor formalista que caracteriza a los actuales mecanismos de aplicación del Derecho; este aligeramiento formal también está relacionado con el proceso de hipertrofia de los derechos fundamentales en general y del derecho a la tutela judicial efectiva en particular, que tiene a la destrucción de cualquier rigor sospechoso de formalismo aunque sea con grave riesgo para la seguridad jurídica y, paradójicamente, para el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte. Pero el caso es que, desde los puntos de vista citados, la asimilación de la cosa con una indemnización de confusos perfiles permitiría proteger al demandante de su propia e incorrecta estrategia procesal, cuando hubiera situado su

³⁵ En este sentido: LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ BERDEJO y otros autores, *Elementos de Derecho Civil III*, vol 1.º, *Posesión y Propiedad*, 3.ª edición, Barcelona, 1991, p. 363. El citado autor destaca, sin embargo, que al recurrir a la ejecución por equivalente «*no estamos ya, entonces, en el campo de la acción reivindicatoria, sino en el de la de resarcimiento, pues quien dejando de poseer dolosamente (en opinión general, tras la demanda) impide que la sentencia se pueda ejecutar en especie, ocasiona un daño al propietario, y está obligado a resarcirle no sólo los gastos del juicio, sino también las consecuencias de un hecho dañoso*», pero lo cierto es que no profundiza en las diferencias existentes entre la responsabilidad aquiliana y las acciones reales (incluidos los distintos plazos de prescripción), ni la problemática relación entre la congruencia exigida a las resoluciones judiciales y la conversión de una acción tan dogmáticamente definida como la reivindicatoria en una acción de indemnización de daños. Por otro lado, obsérvese que el citado autor también parece considerar el equivalente económico de la cosa como una partida integrante de la indemnización de daños y perjuicios. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.ª edición, Madrid, 2001, p. 209, también se muestran partidarios de entender que, cuando la acción se ejercita contra persona que posea en el momento de iniciarse el proceso, pero que después deja de poseer, «*en trance de ejecución de sentencia, será imposible la restitución de la cosa y la condena será sustituida por una indemnización de daños y perjuicios*»; estos últimos autores no hacen la más mínima alusión al equivalente económico de la cosa, en plena coherencia con la tesis mantenida por los mismos autores en *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 9.ª edición, Madrid, 2001, p. 192, en la cual consideran que «*la perpetuación de la obligación en caso de imposibilidad sobrevenida se refiere al deber de responder por incumplimiento de la obligación de entrega o de la no ejecución de la obligación de hacer o no hacer*». También es coherente con la opinión de DÍEZ-PICAZO desarrollada en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II: *Las relaciones obligatorias*, pp. 680-681, y expuesta en una nota a pie de página anterior, sobre la consideración del equivalente económico como un concepto integrante de la indemnización de daños y perjuicios.

acción en el marco de la acción reivindicatoria sin plantear de manera subsidiaria alguna acción indemnizatoria, concreta y definida en sus perfiles, para el caso de que la restitución *in natura* no resultara posible o no fuera estimada posible por el órgano judicial; en este escenario la asimilación de la cosa con su equivalente económico indemnizatorio evitaría la desestimación de la reivindicatoria, con el consiguiente reenvío del demandante a Primera Instancia en ejercicio de una acción distinta que, para mayor desdicha, podría haber prescrito mientras se sustanció la reivindicatoria; además permitiría que el tribunal se mantuviera en la fina línea que permite aplicar el principio *iura novit curia*, sin vulnerar la congruencia exigible a las resoluciones judiciales³⁶.

3. Posición de la sentencia objeto de comentario

La sentencia objeto de comentario parece inclinarse por la incongruencia de las resoluciones judiciales que *«sin previa petición de la parte demandante en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso de apelación, sin posibilidad por tanto para la parte demandada de hacer alegación alguna»*, concedan una indemnización que sustituya a la cosa reivindicada; sin embargo, su alcance aún permite albergar alguna duda, porque el defecto apreciado se pone inmediatamente en relación con el hecho de que la propia sentencia recurrida hiciera corresponder el equivalente económico de la superficie litigiosa, nada más y nada menos, que con *el valor resultante de multiplicar la superficie usurpada por el precio de mercado del metro cuadrado de suelo urbano en el lugar en que se ubica el inmueble*. Nuestra duda no se basa solamente en una sospecha vinculada al hecho de que esa referencia a la valoración como suelo urbano de toda la superficie litigiosa constituye una «pequeña enormidad», que a modo de desafortunado desliz desmereció la corrección general de la sentencia dictada por la Audiencia, sino en la concluyente declaración hecha por el Tribunal Supremo cuando reprocha a la resolución recurrida que en ella *«se concede una indemnización y se fijan unas bases imprecisas (el precio de mercado de terreno urbano) sin que la parte condenada haya tenido posibilidad alguna de contradicción, de acuerdo con las cuales se habrá de determinar en ejecución de sentencia la indemnización resultante»*, para añadir en el fundamento de derecho cuarto que *«la incongruencia de la sentencia deriva de la concesión de una indemnización a la parte actora que no sólo no fue solicitada en la demanda, sino que además puede resultar discutible en su cuantía en atención a si comporta o no una adecuada equivalencia»* (el subrayado es nuestro). A la vista de estos argumentos podemos preguntarnos fundadamente si se habría casado la sentencia de la Audiencia en el caso de que se hubiera limitado a condenar al demandado a indemnizar al demandante por el valor de la finca reivindicada que se fijara en ejecución de sentencia, sin más precisiones y mucho menos aún relacionando ese valor con el de una finca urbana de igual superficie que la litigiosa³⁷; esa posible relación entre la base para la

³⁶ Y, por supuesto, si llegamos a este punto, la asimilación entre la cosa y su valor económico no habría de restringirse a las acciones reivindicatorias derivadas de la nulidad de un título dirigido a transmitir la propiedad de la cosa reivindicada, sino que podría operar en cualquier supuesto que permitiera el ejercicio de dicha acción.

³⁷ La cuestión es hartamente dudosa. En la STS de 23-4-2010 el demandante era propietario de una finca enclavada en otra aportada a la reparcelación y que fue considerada como parte integrante de esta última. Se planteó acción solicitando la restitución de la finca aportada, subsidiariamente el porcentaje de participación en el polígono objeto de

valoración de la finca que estableció la Audiencia y la estimación del recurso de casación hace aconsejable, desde nuestro punto de vista, que profundicemos algo más en tal cuestión.

VI. LA VALORACIÓN DEL EQUIVALENTE ECONÓMICO O LOS DAÑOS SUSTITUTIVOS DE LA COSA

1. La obligación de entregar el equivalente de la cosa reivindicada como deuda de valor

Siguiendo la autorizada opinión de DÍEZ-PICAZO, y siempre que admitamos que la obligación de entregar la cosa derivada del ejercicio de la acción reivindicatoria puede sustituirse por su equivalente económico cuando dicha restitución *in natura* resultara imposible, convirtiéndose de ese modo en una deuda restitutoria, parece que nos encontraríamos ante una modalidad de las conocidas como deudas de valor³⁸.

Puestas así las cosas todavía habríamos de determinar si ese valor ha de calcularse en el momento en que la cosa reivindicada se perdió, como se deri-

reparcelación, y con subsidiariedad de segundo grado la indemnización de daños y perjuicios correspondientes al valor de la finca al tiempo de la sentencia firme o en el momento de la aportación de la finca, revalorizado según el IPC u otra base justa. La Audiencia admitió el recurso de apelación planteado frente a la sentencia desestimatoria del Juzgado, condenando a los demandados recurridos a indemnizar el valor económico de los derechos urbanísticos que hubiera percibido de haber sido la finca aportada por el demandante y recurrente, valor este que se actualizaría según el IPC y generaría el interés legal del dinero desde la demanda. La sentencia del Tribunal Supremo, que admitió el recurso por que los demandados aportantes eran terceros protegidos por la fe pública registral, rechazó el recurso por infracción procesal y fundado en la incongruencia de la resolución de la Audiencia que concedió una indemnización distinta de la pedida, por entender que *«es congruente la sentencia que, como la presente objeto de este recurso, da lugar al pedimento de la demanda, concretamente la indemnización y establece una determinación no exactamente igual a la que aparece en el texto literal del suplico, pero sí responde al interés de la parte demandante, que no es otro que se le compense por la pérdida que ha sufrido de su finca que quedó dentro de una parcela urbanística que fue inscrita en el Registro de la Propiedad y adquirió un tercero. No es incongruente si se le ha concedido algo que no coincide con exactitud con el texto literal del suplico pero que se halla dentro de su contenido económico y jurídico»* (fundamento de derecho segundo *in fine* de la citada sentencia). Ciertamente que en este caso se había pedido expresamente la indemnización, mientras que en el que fuera objeto de la sentencia ahora comentada sólo se aludía confusamente a la indemnización de los daños *«correspondientes a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, cuya cuantía se concretará en fase de ejecución de sentencia»*, y además de una manera que parecía referir a daños adicionales a la condena en especie y no sustitutivos de la misma; pero también es cierto que en el caso resuelto por la meritada sentencia de 23-4-2010 la concreción de los daños se remitía a ejecución de sentencia, sin establecer base alguna que permitiera su cálculo y sin que el mismo pudiera, en modo alguno, llevarse a cabo mediante una simple operación aritmética, como parece exigirse en la sentencia objeto de este comentario.

³⁸ En *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 5.ª edición, Madrid, 1996, pp. 259-260: concretamente el citado autor incluye entre las deudas de valor las de restitución, *«cuando las cosas que debían entregarse se han perdido o no existen»*, incluyendo entre ellas las derivadas de la aplicación del artículo 1.307 del Código Civil y situándolas junto a las de resarcimiento de daños y perjuicios, las de responsabilidad por gastos derivada de la liquidación de una situación posesoria y, en general, las de restitución de un enriquecimiento injustificado.

varía de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.307 del Código Civil, o cuando se liquidara su importe en ejecución de sentencia, según se dijo en la STS de 20-5-1977 para un supuesto de indemnización por daños y perjuicios y como parecía deducirse de la sentencia de la Audiencia en el caso que nos ocupa; sin olvidar que, en caso de haberse acudido a la acción de enriquecimiento injustificado y resultar esta procedente, el valor reclamado habría de ser el importe en que se hubiera enriquecido el demandado, volviendo a manifestarse aquí la falta de sintonía entre el sistema de remedios aplicable a supuestos como el que nos ocupa y criticado ya con anterioridad.

También parece necesario diferenciar entre el momento en que ha de calcularse el valor de la cosa y el momento determinante para determinar las cualidades que tuviera en cuanto puedan afectar a ese valor: en relación con este aspecto del problema la fecha de referencia ha de ser obviamente aquella en que la cosa se perdiera, con independencia de eventuales indemnizaciones complementarias entre las partes por las mejoras que introdujera el poseedor en cuyo poder se perdió, o por los daños que este causara de modo imputable; no obstante, estos aspectos quedaron al margen del debate fundamental en la sentencia objeto de comentario, porque no fueron alegados por las partes y porque las bases establecidas por la Audiencia para el cálculo del valor de la cosa resultaron tan poco afortunadas que situaron en un plano muy secundario el tema relacionado con el momento de su aplicación.

2. Las bases para el cálculo del valor de las fincas sometidas a una actuación urbanizadora y el error de la sentencia recurrida

Como hemos venido exponiendo, la resolución recurrida admitió parcialmente el recurso planteado por la parte demandante contra la resolución de Primera Instancia que había absuelto al demandado, condenando a la demandada recurrida a abonar al demandante el equivalente económico de la superficie litigiosa y haciendo consistir ese equivalente con el valor resultante de multiplicar la superficie usurpada por el precio de mercado del metro cuadrado de suelo urbano en el lugar en que se ubica el inmueble. El error cometido, como se denunciaba en el motivo que resultó relevante en casación, consistía en la automática conversión de cada metro cuadrado de suelo de la finca aportada a la reparcelación en un metro cuadrado del suelo urbano en que se incardinó la misma, una vez transformada totalmente la estructura de los terrenos para equiparlos con las correspondientes dotaciones y obras de urbanización; tal modo de actuar supuso el consiguiente olvido de las mermas, desembolsos y trámites que conlleva el cumplimiento de los tradicionales deberes impuestos por la legislación urbanística a los dueños de terrenos sometidos a un proceso de transformación urbanística, que serían así puestos a cargo del patrimonio de la recurrente con injustificado beneficio del recurrido. En relación directa con lo anterior también se pasaba por alto el hecho de que el suelo urbano no tiene un valor determinado por su extensión superficial como el inicialmente rústico, sino por la edificabilidad que le atribuye pormenorizadamente el planeamiento, de manera que cada metro cuadrado de suelo urbano puede otorgar a su propietario 10 metros cuadrados de edificabilidad si, por poner un ejemplo sencillo, se permitiera la construcción de 10 plantas y la ocupación total del solar por la edificación. Pero profundicemos algo más en el desarrollo de los deberes impuestos a los propietarios por la legislación de suelo y cuya consideración se omitió en la sentencia recurrida.

3. Los deberes impuestos a los propietarios de suelo afectados por una actuación urbanística, según la legislación aplicable al caso

El TRLS de 1976 regulaba la situación de los propietarios de suelo sometido a una actuación urbanística cuando se hubiera aprobado el plan o programa que lo incluyera en sectores para su conversión en urbanos; esos terrenos se clasificaban por la legislación citada como integrantes del suelo urbanizable programado, consistiendo los deberes impuestos a sus propietarios en los ya tradicionales de ceder, urbanizar, y distribuirse entre sí y equitativamente los beneficios y cargas derivados de la actuación: ceder *obligatoria y gratuitamente* a favor del órgano urbanístico actuante todos los terrenos destinados por el planeamiento a dotaciones públicas, y además el 10% del aprovechamiento medio del sector en que estuviera incluida la finca a efectos de ejecución de ese planeamiento; costear todas las obras de urbanización destinadas a instalar los elementos que usualmente se conocen como servicios urbanísticos y entre los que se incluyen el acceso rodado, la acometida y evacuación de aguas y las redes de energía eléctrica y comunicaciones; y, por último, distribuirse equitativamente tanto los beneficios (es decir, el aprovechamiento urbanístico de las parcelas destinadas por el planeamiento a albergar usos privados), como las cargas derivadas de esa actuación³⁹.

La consideración de que la finca litigiosa estaba clasificada como suelo urbanizable programado cuando se produjo su cesión a la Administración actuante viene apoyada por el hecho probado de que tal transmisión se produjo en virtud de una reparcelación urbanística; como la legislación aplicable prohibía las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, exigiendo la previa aprobación del plan parcial del sector correspondiente para las que pudieran realizarse en suelo urbanizable, y como la aprobación de dichos planes parciales solo procede en suelo urbanizable programado (ya lo haya sido directamente desde el planeamiento general o mediante la aprobación de un programa de actuación urbanística tramitado junto con el plan parcial)⁴⁰, la única deducción lógica posible es que tal había de ser la condición jurídica de la finca originaria cuando desapareció del panorama jurídico⁴¹ y fue sustituida por la finca o fincas de resultado⁴².

³⁹ Artículo 84.3 del TRLS de 1976.

⁴⁰ Artículos 13, 79 y 96 del TRLS de 1976. Hemos de apuntar que las previsiones establecidas para las llamadas «parcelaciones urbanísticas» son también aplicables a la reparcelación contemplada en el artículo 97 del TRLS de 1976; tal conclusión se deriva de la interpretación sistemática del TRLS de 1976, cuyo capítulo III del Título II lleva por título el de «parcelaciones y reparcelaciones», y de forma perfectamente coherente con esa interpretación sistemática del propio apartado 4 del artículo 96, según el cual: «*En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede*».

⁴¹ El hecho de que la finca originaria se corresponda físicamente con la cedida a la Administración actuante, por tratarse de un camino que el plan parcial convierte en vial de la estructura urbana proyectada, no altera la solución jurídica del caso, como ya dijimos en un epígrafe anterior; solamente puede contribuir a confundir algo más al lector poco introducido en el análisis del Derecho Urbanístico. Sobre las diferencias de acepción existentes en torno al concepto de «correspondencia» puede consultarse el trabajo de DEL POZO CARRASCOSA: *El sistema de compensación urbanística*, Madrid, 1993, p. 137.

⁴² Además, la clasificación de la finca originaria no va a cambiar ya por mucho que se realicen obras de urbanización en la finca o fincas de resultado adjudicadas como consecuencia de la misma y que esas obras sean recibidas por la Administración actuante; el cumplimiento de todos esos trámites posibilitará e implicará que las parcelas de resultado se

4. El aprovechamiento medio como instrumento fundamental de la distribución equitativa impuesta a los propietarios y como medida de su derecho

El aprovechamiento medio constituye la medida del derecho de cada uno de los integrantes de esa especial comunidad formada por los dueños de terrenos incluidos en el ámbito territorial de una concreta actuación urbanística (el sector); la propia Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1975, que diera lugar al TRLS de 1976, afirmaba lo siguiente:

«Los planes sólo atribuyen en suelo programado el derecho a un aprovechamiento medio (deducido del previsto en el propio Plan, el que corresponda a la Administración). Ningún propietario adquiere derecho a un aprovechamiento superior al medio del Plan. Todos tienen a él, en el punto de partida, el mismo derecho. El principio de distribución equitativa de las cargas y beneficios del planeamiento que en la vigente Ley sólo opera a nivel de sector, sin corregir las desigualdades entre éstos por muy grandes que fueran, se lleva así, para todo el suelo de nueva urbanización, a sus últimas consecuencias.»

Como consecuencia de ello, y como se ha puesto de manifiesto por autorizada doctrina, el contenido del derecho dominical de cada propietario en el suelo de nueva urbanización no es ya, como lo era en la Ley de 1956, el producto resultante de la aplicación a la superficie concreta de cada propiedad de las determinaciones de calificación urbanística, sino el derecho a obtener dentro del sector en que se sitúa dicha propiedad el aprovechamiento real equivalente a la aplicación del aprovechamiento medio (el 90% del mismo) a la superficie de la parcela concreta originaria⁴³. En el esquema del TRLS de 1976 ese aprovechamiento medio se obtenía sumando la totalidad del volumen edificable previsto por el plan para las fincas resultantes que no fueran a destinarse a la instalación de dotaciones locales o sistemas generales (viales, parques y jardines públicos y demás servicios y dotaciones de interés general caracterizados por la nota negativa de no ser susceptibles de tráfico jurídico), y dividiendo ese resultado entre la superficie total afectada por la actuación (el sector). Obviamente el volumen edificable no tiene igual valor si está situado cerca o lejos de las vías principales, o si su uso es residencial, terciario o industrial, con lo cual el propio planeamiento que establecía el aprovechamiento medio había de fijar los coeficientes de ponderación destinados a relacionar el valor de unos usos con otros; pero el cociente obtenido con la media aritmética ponderada a

conviertan en solares integrantes del suelo urbano e inmediatamente edificables, pero o bien se sigue la tesis de la subrogación real y se mantiene que no hay pérdida de las fincas originarias (cosa que defendimos como solución más conforme con la legislación vigente desde el principio de este comentario), o bien se para de la extinción de las fincas originarias sin aplicar la subrogación real, lo cual supone la coherente congelación de las cualidades de la cosa en el momento que se estima perdida; pero desde este último punto de vista, la consideración del equivalente económico como deuda indemnizatoria impone la liquidación de su valor según las cualidades que tuviera la finca originaria aportada al aprobarse la reparcelación.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, en *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, 1979, pp. 434-435.

que hacemos referencia indicaba los metros cuadrados de edificabilidad referidos al uso más frecuente en el sector y que correspondían a cada metro cuadrado de superficie de las fincas iniciales que eran objeto de la actuación y aportadas a la reparcelación, cumpliendo una función similar, aunque salvadas las lógicas distancias, a la cuota de participación en elementos comunes de los propietarios de pisos en el régimen de propiedad horizontal⁴⁴.

Esa cuota o aprovechamiento medio coexistirá con la propiedad de la finca originaria como un derecho determinado *ob rem* desde que se aprueba el programa de actuación y se define el sector en que se va a desarrollar; además la mencionada coexistencia perdurará mientras se aprueba el planeamiento de desarrollo (plan parcial correspondiente), y a lo largo de la tramitación del proyecto de reparcelación; la aprobación definitiva de este último, con los efectos que ya vimos al examinar el artículo 100.1 del TRLS de 1976, va a producir la desaparición de las fincas originarias; las destinadas por el planeamiento a usos dotacionales públicos pasan a poder de la Administración actuante, cumpliéndose así el deber impuesto a los propietarios de ceder obligatoria y gratuitamente todos los terrenos destinados por el planeamiento a dotaciones públicas, contemplado en el artículo 84.3 del TRLS de 1976 y al que anteriormente hicimos referencia⁴⁵. En cuanto a las fincas resultantes de la actuación y destinadas a albergar edificaciones privadas por el planeamiento, dichas fincas habrán de ser adjudicadas en parte a los que fueron propietarios de las parcelas iniciales y en parte a la Administración, en proporción a la medida de sus respectivos derechos cuantificados siempre por referencia al aprovechamiento medio definido con anterioridad; de esta manera, a los propietarios les correspondería una parcela resultante, varias de esas parcelas o un proindiviso sobre alguna de ellas en cuantía tal que la edificabilidad real permitida en ellas por el planeamiento sea igual a la cifra obtenida al multiplicar el 90% del reiterado aprovechamiento medio por la superficie de sus respectivas parcelas iniciales⁴⁶, mientras que a la Administración actuante le corresponderán las fincas de resultado correspondientes al 10%

⁴⁴ 12.2.2.b) del TRLS de 1976 y 30.b) y 31.4 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por RD 2159/1978, de 23 de junio.

⁴⁵ Quizá por eso, y con cierto olvido de que la parcela originaria y la propiedad sobre la misma sigue subsistiendo generalmente hasta su sustitución por la de resultado, ha llegado a referirse la doctrina a un proceso temporal de desmaterialización jurídica del inmueble durante el proceso de urbanización, convirtiéndose durante esa fase el derecho de propiedad en un derecho abstracto o genérico no sobre una parcela determinada, sino sobre la que se atribuya en un sector —después de una operación compensatoria o reparcelatoria— en la que se pueda verificar la ecuación fundamental: a saber, que el contenido del derecho de propiedad es igual al resultado de aplicar sobre la superficie originaria de su finca la cifra del aprovechamiento medio del sector; en este sentido: SANZ BOIXAREU en «La distribución de los beneficios y cargas del planeamiento y el aprovechamiento medio», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 54, julio-septiembre de 1977, pp. 13 y ss.

⁴⁶ Nótese, además, que lo que se atribuye a los propietarios de fincas originarias por cada metro cuadrado de superficie aportada a la reparcelación es una determinada cantidad de metros cuadrados de edificabilidad, cuantificada por el aprovechamiento medio: cada metro cuadrado de superficie aportada puede atribuir 0,5 metros cuadrados de aprovechamiento (si tal fuera la cuantía del aprovechamiento medio del sector), pero si la finca adjudicada estuviera destinada al uso residencial intensivo predominante en el sector y tuviera una edificabilidad real de 5 metros cuadrados de techo por cada metro cuadrado de suelo, la atribución de esos 0,5 metros cuadrados de aprovechamiento se satisfaría con sólo 0,1 metro cuadrado de la finca de resultado (en realidad sólo del 90% de esa cantidad porque el otro 10% correspondería a la Administración actuante), destacando aún más el error cometido en la sentencia objeto de casación que establecía la valoración de cada metro cuadrado de la finca aportada como un metro cuadrado de los solares resultantes de la actuación y situados en sus inmediaciones.

del resultado de aplicar ese aprovechamiento medio por la superficie total del sector (la suma de las superficies correspondientes a todas las fincas aportadas), cumpliéndose así con el deber impuesto a los propietarios de ceder obligatoria y gratuitamente a esa Administración el 10% del aprovechamiento medio del sector. Además las parcelas adjudicadas a los propietarios, que sustituirían a las aportadas por aplicación del principio de subrogación real, quedaban afectadas con carga real al cumplimiento de las obligaciones y pago de los gastos ocasionados por la realización de las obras de urbanización que los propietarios todavía habían de costear o incluso ejecutar materialmente (según el sistema seguido para la ejecución de dichas obras), todo ello para cumplir con el deber de urbanizar, impuesto también por el reiterado artículo 84.3 del TRLS de 1976.

Como resumen podríamos decir que para conseguir 1 metro cuadrado de solar urbano neto edificable, que puede equivaler a una edificabilidad o aprovechamiento materializable en el solar muy superior (depende del uso y del número de plantas permitido en la zona urbanística en cuestión), el propietario de una finca aportada al proceso ha tenido que ceder mucha parte de la superficie originaria y costear mucha obra de urbanización, y que todo eso es lo que pasó por alto la Audiencia al dictar su sentencia.

5. Criterios utilizables para la valoración de la finca litigiosa: breve alusión a la valoración urbanística y a los criterios objetivos

Uno de los motivos del recurso de casación, que no llegó a analizarse por el Alto Tribunal por resultar innecesario al haberse admitido el recurso por infracción procesal, consistía en que las bases para la valoración de la finca litigiosa contempladas en la resolución recurrida infringían lo dispuesto en el artículo 105 del TRLS de 1976; dicho precepto establecía los siguientes criterios de valoración del suelo:

«105. 1. El valor urbanístico se determinará en función del aprovechamiento que corresponda a los terrenos según su situación, conforme al rendimiento que a dicho aprovechamiento se atribuya a efectos fiscales al iniciarse el expediente de valoración.

2. El aprovechamiento que, en todo caso, servirá de base para la determinación del valor urbanístico, una vez deducidos los terrenos de cesión obligatoria que afecten a aquél, será el siguiente:

– En el suelo urbanizable no programado, el que resulte de su uso e intensidad de ocupación determinado en el Plan General.

– En el programado, el aprovechamiento medio del sector.

– En el urbano, el permitido por el Plan o, en su caso, el aprovechamiento medio fijado a los polígonos o unidades de actuación sujetos a reparcelación y, en defecto de Plan, tres metros cúbicos por metro cuadrado, referidos a cualquier uso.

3. El valor urbanístico que se determine en función de estos criterios podrá aumentarse o disminuirse en un 15% como máximo en consideración del grado de urbanización y de las particularidades específicas de los terrenos de que se trate.

Dicha corrección se aplicará con independencia de las que, por conceptos análogos, procedieren con arreglo a la legislación tributaria.»

La sentencia comentada no hubo de adentrarse en esta cuestión, por haber admitido previamente el recurso planteado por infracción procesal, como hemos dicho; pero de haberlo hecho muy probablemente habría desestimado el motivo, ya que se trata de criterios establecidos por el legislador para el caso de procederse a la expropiación forzosa de los terrenos en cuestión; el hecho de que esos criterios puedan aplicarse entre los propietarios afectados para traducir a metálico el 10% de aprovechamiento que ha de cederse a la Administración actuante, o bien como criterio para determinar las compensaciones entre ellos por diferencias de adjudicación, quizá podría matizar esa consecuencia inmediatamente desestimatoria, pero para ello el recurrente debería haber afilado más su argumento, con la afirmación de que el citado artículo 105 se alegaba en relación con el 125, ambos del TRLS de 1976. Aun así, no sería fácil vencer la normal desafección con que la Sala de lo Civil toma la alegación de preceptos que considera como integrantes de «normas administrativas».

Pero una cosa es que los criterios legales que se contengan en el meritado artículo 105 del TRLS de 1976 o en las normas urbanísticas que han venido a sustituirlo no resulten imperativos y directamente aplicables para regular las indemnizaciones o restituciones exigibles ante los tribunales civiles, y otra que las bases sentadas en esos preceptos no puedan ser tenidas en cuenta, en atención a su mayor o menor racionalidad y apertura hacia criterios de mercado, para ser utilizados en la valoración que los tribunales civiles han de llevar a cabo sobre la materia probatoria en general y sobre los informes periciales aportados por las partes en particular.

En este último sentido hay que considerar que la legislación urbanística suele partir de la diferencia entre el valor inicial, relacionado con el rendimiento agrícola, ganadero, pecuario o cinegético de los terrenos, y el valor urbanístico, aplicado a los terrenos urbanos o en proceso de convertirse en tales; por lo general se trata de impedir que las valoraciones incorporen componentes considerados rechazables por especulativos y relacionados con expectativas sobre el uso urbanístico de terrenos que eran rústicos y simplemente se han incluido por el planeamiento en sectores con vistas a incorporarlos al proceso de urbanización; terrenos en relación con los cuales quedan aún pendientes de cumplimentar numerosos trámites y costosos deberes, cuya correcta estimación por las partes resulta muy difícil en el momento de perfeccionar las transacciones que permitan estimar su valor de mercado. En este sentido, cuando la legislación urbanística acude a criterios de valoración que frecuentemente se califican como objetivos, lo que está haciendo es contraponer ese concepto al de los criterios que remiten al mercado⁴⁷; la precisión es importante porque la propia definición del valor de mercado es algo discutido y porque la objetividad también se predica de la inmensa mayoría de los criterios orientados a precisar el valor de mercado, cuando no del propio valor de mercado.

⁴⁷ En este sentido, LÓPEZ PELLICER en «Sobre el nuevo régimen de valoraciones de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 177, abril de 2000, destaca cómo la incidencia de la normativa urbanística en la legislación expropiatoria (hasta la Ley 6/98 y nuevamente después de ella) «en todo momento se ha caracterizado por el intento de establecer unas reglas que permitieran establecer unos valores objetivos del suelo, por su conexión con las posibilidades que del uso y aprovechamiento del mismo otorga la ordenación urbanística, incluido el planeamiento, con la pretensión –nunca lograda de hecho– de llegar a la fijación de unos valores ajenos al juego en el mercado del binomio oferta-demanda».

Recordemos en este sentido que la usual consideración como valor de mercado del «*Importe neto que podría recibir un vendedor por la venta de una propiedad, mediante la adecuada comercialización, y suponiendo que existe al menos un comprador potencial correctamente informado de las características del inmueble, y que ambos, comprador y vendedor, actúan libremente y sin un interés particular en la operación*»⁴⁸, ha sido oportunamente criticada debido a que siempre resulta posible la hipótesis de un comprador dispuesto a aceptar un precio excesivo y situado fuera de la zona de la curva de precios que encierra el máximo de posibles compradores; sin olvidar que ese precio de mercado sería muy difícil de demostrar, al poder tener ese hipotético comprador un carácter meramente *potencial* y resultar imposible la acreditación de que actuaba libremente y sin ulteriores intereses en la operación. Por tanto, el propio valor real o de mercado ha de buscarse de acuerdo con criterios orientados a objetivar su cuantificación, aunque ese criterio sea el del precio que la mayor parte de los demandantes están dispuestos a pagar por un determinado bien, de manera que la diferencia entre los valores objetivos y los de mercado, tan frecuentemente utilizada en la literatura administrativista, ha de entenderse planteada más bien entre el mayor o menor grado de aproximación de unos y otros criterios a los usualmente asumidos por los denominados «operadores económicos» en las transacciones sobre fincas análogas a aquella de cuya tasación se trata.

6. El aprovechamiento medio como adecuado punto de partida para calcular el valor de la finca litigiosa en el caso planteado

No parece irracional la utilización del aprovechamiento medio al que nos referimos en el epígrafe VI.4. de este comentario como base o punto de partida para la determinación del valor de la finca litigiosa; sabemos que expresa el número de metros cúbicos o edificabilidad que habrán de ser adjudicados a los propietarios por cada metro cuadrado de superficie aportada a la actuación mediante la atribución de la parcela o parcelas de resultado en las cuales el planeamiento permita materializar esa edificabilidad, y los terrenos en fase de transformación son objeto de tráfico jurídico precisamente para adquirir ese aprovechamiento o esas parcelas futuras. También sabemos que en la definición de este aprovechamiento medio ya se ha tomado en consideración la carga consistente en ceder todos los terrenos destinados a dotaciones públicas (cuya edificabilidad computable a efectos del cálculo que nos ocupa es cero), ya que es el cociente entre la edificabilidad total privada, que se concentrará exclusivamente en las fincas de resultado destinadas a esos usos, y la superficie total afectada, que sí incluye los terrenos de cesión obligatoria y destinados todos ellos a ser cedidos obligatoria y gratuitamente a esa Administración para la implantación de usos públicos. Por tanto ese aprovechamiento medio constituye un buen punto de partida con la salvedad de que, según expusimos también en el mencionado epígrafe VI.4 y como consecuencia del deber de ceder el 10% de ese aprovechamiento medio a la administración actuante, habrá que tomar como base de la valoración solamente el 90% del aprovechamiento medio, de acuerdo con lo que también parecía indicar el criterio del artículo 105.2, párrafo primero, del TRLS de 1976 a

⁴⁸ Relatada por MEDINA DÁVILA-PONCE DE LEÓN, cuya exposición en *Valoración inmobiliaria. Estudio y cálculo del valor de mercado de los bienes inmuebles*, Madrid, 1998, nos sirve como guía en la redacción de estas líneas.

efectos de valoración expropiatoria, cuando imponía la reducción del aprovechamiento tomado como base de «*los terrenos de cesión obligatoria que afecten a aquél*».

7. La conversión en una determinada cantidad de dinero de la edificabilidad derivada del 90% del aprovechamiento medio

Al multiplicar el 90% del aprovechamiento medio del sector por la superficie de la finca aportada solo obtendremos una cifra de metros cúbicos de edificabilidad referida al uso y tipología edificatorios predominante en el ámbito de la actuación (o, como suele decirse, de metros cuadrados de suelo edificado); aún tenemos que transformar esa magnitud en una cantidad pecuniaria, y para dar este paso resulta interesante considerar que la existencia de un elevado número de transacciones y la completa información de que dispongan quienes intervienen en las mismas son factores fundamentales para que los valores de mercado que calculemos se aproximen al valor real de los bienes en cuestión. Acudir al precio de mercado de fincas análogas, es decir, parcelas de suelo urbanizable programado con ese mismo uso y tipología edificatoria y con similares características de situación, supone tomar como referencia un mercado con pocas transacciones y en el cual la información sobre los costes y trámites pendientes hasta que el suelo disponga ya de todas las obras de urbanización necesarias para su consideración como urbano suele ser defectuosa por basarse en previsiones más o menos acertadas.

Parece mejor criterio el consistente en acudir a las transacciones relativas al producto final, esto es a las edificaciones ya terminadas y de similares características a las que se podrán realizar en las parcelas resultantes de la actuación urbanística prevista en los terrenos a valorar; porque esas transacciones son mucho más numerosas que las de terrenos, permitiendo una más precisa aproximación estadística de los valores de mercado, y porque todos los costes y trámites que supone la materialización de esas construcciones se han desembolsado ya, estando por tanto perfectamente calculados y no habiendo de basarse en meras estimaciones; a partir de ese valor de cada metro cuadrado de edificación terminada, se trata de calcular la repercusión que tiene el elemento suelo en dicho valor, mediante la aplicación del método llamado residual precisamente porque se trata del valor obtenido tras restar del precio de la edificación terminada los costes de construcción, los gastos de permisos y licencias, y el beneficio bruto esperado con la venta de dicha edificación⁴⁹.

8. La necesidad de deducir los gastos de urbanización

Como la materialización de la edificabilidad asignada por el planeamiento supone la previa conversión del suelo urbanizable en urbano y de las fincas de resultado en solares inmediatamente edificables, y como esa transformación exige la previa o simultánea realización de las obras de urbanización, cuya materialización o financiación constituye un deber de los propietarios de suelo urbanizable (según vimos con anterioridad), todavía habrá que

⁴⁹ Seguimos las líneas fundamentales de la exposición desarrollada por MEDINA DÁVILA-PONCE DE LEÓN, en ob cit., pp. 32-36.

deducir de la cantidad líquida obtenida por el método residual delineado en el epígrafe anterior el importe de esas obras. En este sentido el criterio utilizado por el artículo 105.3 del TRLS de 1976 nos proporcionaba un buen ejemplo de lo que entiende la doctrina administrativista como valoración objetiva, ya que en lugar de relacionar el importe de dichos gastos con su valor de mercado, aunque dicho valor se obtuviera a través de criterios objetivados, impone un mero incremento o disminución del valor obtenido para el terreno a considerar en un «15% como máximo en consideración del grado de urbanización y las peculiaridades específicas de los terrenos de que se trate». Obviamente se trata de una previsión que no consideramos aplicable para aproximar el valor del equivalente económico de un terreno a efectos civiles, pareciendo más correcto que a la cantidad líquida resultante de aplicar el método residual a la finca litigiosa le restemos el importe de las obras de urbanización pendientes debidamente peritado⁵⁰; o el importe de esas obras que se concretara en la cuenta de liquidación a cuyo saldo están afectas las fincas de suelo urbanizable programado y que, provisionalmente calculados, forman parte del proyecto de reparcelación; en el caso planteado, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la aprobación de ese proyecto y el planteamiento del pleito en vía civil, existirá ya una liquidación definitiva de esos gastos que constará además inscrita en el Registro de la Propiedad.

El alejamiento entre el valor que resultaría de aplicar las bases delineadas en los párrafos anteriores y el derivado del criterio establecido por la sentencia recurrida, sin posibilidad de contradicción alguna por parte de la parte recurrente como destacó el Alto Tribunal, justifica plenamente y a nuestro juicio la casación decretada. Pero quizá más porque la Audiencia fijó unas bases muy alejadas del verdadero valor de mercado de la finca reivindicada, que por el hecho de haber concedido una indemnización cuya solicitud, de modo al menos subsidiario, había sido omitida de manera un tanto negligente por la dirección letrada de la parte recurrida.

⁵⁰ Como hizo después la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, citada por ser la que más intensamente ha tratado de aproximar las valoraciones expropiatorias a criterios de mercado y que imponía, en su artículo 30, la deducción del valor del terreno obtenido mediante el método residual del coste de las obras de urbanización que no se hubieran ejecutado. En la Exposición de Motivos de la mencionada norma legal se destacaba también que, como el valor residual o de repercusión del suelo se corresponde con el de terrenos ya urbanos y en condiciones de ser edificados, había de procederse a «deducir la totalidad de los costes de urbanización pendientes, así como los costes financieros, de gestión y cualesquiera otros que fueran imprescindibles para dotar al terreno de la condición de solar, tal como se viene haciendo habitual y pacíficamente en las tasaciones que se realizan a diario en el ámbito inmobiliario y en el financiero». En este mismo sentido destaca LÓPEZ PELLICER, en su artículo «Sobre el nuevo régimen de valoraciones de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 177, abril 2000, la relación entre la prescripción legislativa a que nos estamos refiriendo y el hecho de referirse el valor de repercusión a un suelo ya totalmente urbanizado.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: M.^a Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Laura ZUMAQUERO GIL.

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad extracontractual. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina sobre el retraso desleal. Requisitos y aplicación por la jurisprudencia.—La situación de retraso desleal, relacionada con el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7 CC), se caracteriza por tres elementos: el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar un derecho, la omisión del ejercicio y la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercerá; ninguno de estos concurre en el caso que se juzga en esta sentencia, pues en ningún caso se genera una confianza en los demandados, ni hay inactividad por parte del demandante. En todo caso, admite el Tribunal Supremo que las sentencias que han tenido ocasión de pronunciarse sobre temas relacionados con esta figura han preferido remitirse a la doctrina de los actos propios (v. gr., SSTS de 16 de febrero de 2005 y 8 de marzo y 12 de abril de 2006) o a la del abuso de derecho (v. gr., SSTS de 17 de junio de 1988 y 21 de diciembre de 2000).

Reclamación de los intereses de demora acumulados en el tiempo y abuso de derecho.—Niega el Tribunal Supremo el carácter abusivo de la

reclamación de unos intereses moratorios generados durante largo tiempo, cuando, por un lado, el interés pactado entraba dentro de lo normal en la época en que se concedió el crédito; por otro lado, la acumulación de intereses no se debe a una conducta desleal del acreedor, sino a la falta de pago de los deudores, que dejaron sin hacer efectiva la deuda largo tiempo; y, finalmente, los deudores no han permanecido tampoco inactivos frente a las pretensiones del acreedor. (STS de 3 de diciembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el año 1992, una entidad mercantil concertó una póliza de crédito en cuenta corriente con un banco. En la mencionada póliza se pactó un interés nominal del 14 % y unos intereses moratorios del 29 %; ambas cantidades resultaban habituales en dicha época. Llegado el vencimiento sin haberse hecho efectivo el pago del principal, el banco procedió al cierre de la cuenta y a su liquidación, resultando un saldo deudor de más de veinte millones de pesetas. El banco reclamó el saldo en un procedimiento ejecutivo en junio de 1993, pero el juicio se declaró nulo, por no poder estimarse líquida la cantidad exigible. En paralelo, la entidad mercantil solicitó la suspensión de pagos, compareciendo el banco en la lista de acreedores. Sin embargo, el procedimiento se sobreseyó en 1994, por no concurrir el quórum exigido para la celebración de la junta en que había de aprobarse el convenio.

El banco intentó entonces un procedimiento de ejecución hipotecaria, que fue declarado nulo. Recaída esta sentencia, la entidad mercantil y los fiadores promovieron demanda en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados del proceso hipotecario nulo; la demanda fue estimada en el año 2000 y el banco fue condenado a una indemnización de más de cuatro millones de euros. Esta sentencia, sin embargo, no se ejecutó hasta cinco años después, cuando la entidad mercantil y los fiadores demandantes en el pleito solicitaron la ejecución de la sentencia para evitar la caducidad de la acción ejecutiva. Ante esta entrada de fondos al patrimonio de la entidad mercantil y los fiadores deudores, en ese mismo año 2005, apenas cuatro meses después, el banco interpuso demanda contra esta y contra los que figuraban como fiadores de la póliza, reclamando el abono de la suma correspondiente al principal del préstamo otorgado en 1993 así como los intereses de demora calculados entre 1994 y 2005. Los demandados se opusieron, alegando falta de buena fe y concurrencia de abuso de derecho en la actuación del banco por retraso desleal, así como la prescripción de los intereses moratorios.

La demanda fue estimada en parte, al considerar el Juzgado de Primera Instancia que no existía mala fe ni abuso de derecho, pero sí prescripción de los intereses remuneratorios y contrariedad a la buena fe en la reclamación tardía de los intereses moratorios. Interpuesto recurso de apelación por el banco demandante, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, al entender que se había producido un reconocimiento de deuda por parte de los demandados, pero rechazó la procedencia de los intereses moratorios, por abusivos y desproporcionados, dado el tiempo transcurrido para su reclamación. Frente a esa sentencia interpuso el banco recurso de casación, planteando la doble cuestión de si, por un lado, quien reclama

el pago de un crédito años después de haberse contraído, pero dentro del plazo de prescripción, está actuando de forma leal o está incurriendo en abuso de derecho cuando la deuda está generando intereses; y si, por otro lado, los intereses moratorios acumulados resultan abusivos.

NOTA.—Véase en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia el uso interpretativo que se hace del *Draft Common Frame of Reference*, en relación a los límites al ejercicio de los derechos subjetivos derivados de la buena fe (art. I-1103 DCFR). (A. M. M.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad: emplazamiento de cámaras de seguridad que controlan el acceso al domicilio familiar.—El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. El emplazamiento de cualquier aparato de filmación para grabar o reproducir la vida íntima de las personas se considerará intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, siempre y cuando no exista consentimiento del titular del derecho y la medida no resulte proporcional con el fin constitucionalmente legítimo que se pretende.

Indemnización por daño moral.—Se entiende por daño moral aquel que no puede ser evaluado patrimonialmente por consistir en un menoscabo perteneciente al ámbito moral o psicofísico de la persona, y que puede ser traducido en padecimientos, sufrimientos o menoscabos experimentados que no tienen directamente una traducción económica. Estos daños afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, entendidos como bienes básicos de la personalidad. (STS de 10 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre infracción del derecho a la intimidad frente a su vecino por la grabación de imágenes suyas y de su familia entrando y saliendo del domicilio familiar por las diferentes puertas de acceso a la vivienda. El demandado se opone a la demanda alegando que las cámaras están colocadas en dicho lugar por motivos de seguridad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que estas grabaciones no afectan a la vida privada del actor, que no desarrolla en el callejón ninguna actividad relacionada con el ámbito de su vida personal o familiar. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en la instancia al considerar que existe una clara violación del derecho a la intimidad del actor, debiendo el demandado retirar las cámaras de grabación e indemnizar al actor en la cuantía de trescientos euros en concepto de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Constitucional es clara en casos de posible intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por emplazamiento de aparatos de filmación que capten imá-

genes de las personas sin su consentimiento. Para el Tribunal Constitucional en estos casos habrá que ponderar los intereses en conflicto aplicando el principio de proporcionalidad, ya que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte resulte necesario para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcional la medida adoptada (STC 2000/186, de 10 de julio). En este sentido, para comprobar si el emplazamiento de aparatos de filmación, en principio medida restrictiva de derechos fundamentales, obedece a un interés superior protegible, en cuyo caso no existirá intromisión ilegítima alguna, es necesario que concurren tres presupuestos: que tal medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto, que la medida sea necesaria y no exista otra más moderada que se pueda adoptar para conseguir el fin propuesto, que la medida sea ponderada por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa ha llevado al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación interpuesto por la demandada en la instancia, al considerar que el fin perseguido por el demandado no posee la suficiente fuerza o justificación de interés general como para restringir y vulnerar el derecho a la intimidad de la parte actora, lo cual acontece con la captación de sus imágenes y las de su familia entrando y saliendo del domicilio familiar. Pero lo cierto es que las imágenes no son captadas en el domicilio familiar, sino en un callejón que separa las dos viviendas. Si tenemos en cuenta que el derecho a la intimidad tiene por objeto la existencia de un ámbito propio y reservado de la persona frente a la acción de los demás, no parece que sea un callejón, zona de paso para el demandante y su familia, el lugar más apropiado para el ejercicio de este derecho, ni tan siquiera un lugar en el que el propio demandante pueda ejercer este derecho.

El artículo 7.1 de la Ley de Protección del Derecho al honor, a la intimidad y a la imagen se refiere, como supuesto configurador de una vulneración del derecho al honor, intimidad o imagen, al emplazamiento de cualquier aparato de filmación apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. Ello no acontece en el caso que nos ocupa, en el que en ningún momento puede hablarse de reproducción de la vida íntima del demandante y su familia. No se comprende cómo el Tribunal Supremo puede considerar que la medida utilizada de filmación para garantizar la seguridad de su vivienda e incluso la de su vecino, es desproporcionada respecto al fin perseguido y la supuesta infracción de derechos acontecida. Por otra parte, tampoco se comprende cómo se puede alegar una vulneración del derecho a la intimidad, cuando lo que verdaderamente debe discutirse es la posible intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del demandante y su familia, siendo así que tanto la ley como la jurisprudencia consideran infracción ilegítima del derecho a la imagen la mera obtención o captación de imágenes de la persona sin su consentimiento (SSTC 81/2001, de 26 de marzo; 114/2003, de 28 de enero; 127/2003, de 30 de junio), que es lo que verdaderamente aquí acontece. (*L. Z. G.*)

3. Inexistente intromisión ilegítima del derecho al honor de personaje público.—«*La crítica de las posibles irregularidades habidas en la adjudicación del concurso resulta amparada en alto grado por el derecho a la libertad de expresión, el cual, a juicio de esta Sala, resultaría restringido en términos incompatibles, con el núcleo del derecho fundamental, si se antepusiera el derecho al honor del recurrido como obstáculo para el ejercicio del derecho a la crítica, pues la carga de asumir la crítica severa, dura e incluso inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se ven involucrados en actividades económicas que fueron objeto de una investigación a través de un comisión sobre su posible carácter perjudicial para los intereses de la sociedad y del conjunto de los ciudadanos» (STS de 25 de enero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]*

HECHOS.—La parte actora formula demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor por lesión de su prestigio profesional, contra la empresa editora de un periódico local, contra su director y contra los redactores de la noticia, por la información publicada en varios ejemplares del mes de julio, agosto y septiembre de 2002, relativa a la supuesta obtención de una adjudicación en concurso público como consecuencia de la relación de amistad que existía entre el actor y la Presidenta del Consejo Insular.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que la información transmitida es veraz y de interés general. La Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda al entender que existía falsedad en la noticia relacionada con la adjudicación de un concurso público a dedo, a favor del demandante por mera amistad, regalándole dinero a cambio de su apoyo mediático, excediendo todo ello de una mera exposición crítica de los hechos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por la sociedad demandada en la instancia.

NOTA.—En caso de colisión entre el derecho a la libertad de información o expresión y el derecho al honor, la doctrina jurisprudencial es clara al respecto, exigiendo para la prevalencia de aquellos derechos respecto de estos el cumplimiento de determinados presupuestos. Estos requisitos están relacionados con la veracidad de la noticia, el interés general que presenta o la inexistencia de vejaciones o insultos hacia la persona afectada por las manifestaciones vertidas, de tal modo que atente contra su fama o estimación.

El Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos considera que no existe intromisión ilegítima en el derecho al honor profesional del demandante, en el sentido de haber existido infamias que pongan en duda o menosprecien la ética en el desempeño de su actividad, y ello por el carácter de personaje público del actor, político de profesión, lo que le da cierto interés general a los hechos narrados, así como por la veracidad de la noticia relatada. El interés general de la noticia reside en el hecho de que se difundan por partidos políticos de la oposición las irregularidades reales producidas en la adjudicación de determinado concurso y que dio lugar a la constitución de una comisión de investigación, lo que viene a ser considerado por el Tribunal Supremo una cuestión de gran relevancia política, social y económica, al tener el deber, los partidos polí-

ticos y cualquier empresa que participa en una licitación pública, de respetar los pliegos de condiciones y de la adecuación de la contratación administrativa a los principios de buen gobierno. En este caso, considera el Supremo que la crítica política, aun resultando dura en determinados momentos, pudiendo incluso resultar ofensivas algunas expresiones vistas de manera aislada, no solo resulta lícita, y, por tanto, amparada en la libertad de expresión, sino que es necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan los asuntos públicos. (L. Z. G.)

4. Colisión entre los derechos a la libertad de información y expresión y los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen.—«*La limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso [...]. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella*» (STS de 30 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen frente a determinada cadena de televisión, por la emisión de cierta información gráfica sobre su persona en momentos de su vida privada, así como por los comentarios vertidos en un programa de la cadena relacionados todos ellos con su vida sentimental, y que a juicio del actor resultan deshonrosos hacia su persona. Estos comentarios estaban relacionados con la vida amorosa del actor, periodista de profesión, a sus infidelidades, paternidades no conocidas, acoso sexual en el trabajo y amenazas de despido con la emisión de imágenes del demandante en distintos escenarios de su vida privada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que la conducta de la entidad demandada constituía intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen del actor, condenando a la cadena al pago de una indemnización por daño moral cuya cuantía asciende a 270.000 euros. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de la instancia, argumentando que hay intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen porque se divulgan hechos de la vida personal del demandante, que no tienen encaje en la teoría del reportaje neutral y porque las imágenes del actor se captan en momentos relacionados con su vida íntima, existiendo una intención de desacreditar al actor con dichos comentarios. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia sobre un nuevo caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de determinado personaje público.

En esta ocasión se trata de un caso de emisión, en un programa de televisión, de un amplio reportaje gráfico de la persona del actor en momentos de su vida privada, lo que sirvió como punto de partida para, posteriormente, verter todo tipo de comentarios relacionados con la vida íntima del actor, comentarios que el demandante consideraba de todo punto deshonrosos hacia su persona.

El Tribunal Supremo resuelve el caso planteado en aplicación de la doctrina constitucional, que exige en estos casos la ponderación de los derechos en conflicto, pues tan derecho fundamental es el derecho a la información o el derecho a la libertad de expresión como los derechos al honor, a la intimidad o a la imagen, todo ello sin perder de vista que es doctrina jurisprudencial reiterada que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información ostentan una posición prevalente frente a aquellos derechos por ser garantes para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. No obstante, para que exista esa prevalencia es necesario que se cumplan determinados requisitos. Por lo que respecta al derecho al honor, la información vertida nunca deberá atentar contra la dignidad de la persona, contra su honra o estimación; y si se tratan de opiniones o críticas, estas en ningún caso deberán resultar ofensivas o injuriosas.

Para que esta información no vulnere el derecho a la intimidad, deberá ser veraz, entendida la veracidad como el resultado de una información contrastada, así como de interés general o no tratar aspectos de la vida privada de las personas que únicamente satisfagan la curiosidad humana. En el caso de personajes públicos, su ámbito de privacidad se verá reducido. No obstante, ello no significa que no sean titulares del derecho a la intimidad, sino que simplemente verán limitado su derecho en aras del interés general, teniendo en cuenta que igualmente se vulnerará su derecho a la intimidad si la información o las imágenes que se publican están relacionadas con su vida íntima y no con el ejercicio de su profesión, teniendo como finalidad satisfacer la curiosidad humana. Distinta será la cuestión si dicha información aparece justificada por los usos sociales, en el sentido de que el personaje público se comporte o actúe en relación a su vida íntima de tal forma que la despoje de su carácter privado. Si se trata de un «reportaje neutral», caracterizado por una mera narración de una noticia publicada por otra persona, no existirá vulneración al derecho al honor o a la intimidad.

El derecho a la imagen, entendido como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana, será vulnerado siempre y cuando se capten o difundan imágenes de una persona, sin su consentimiento, sea cual sea la finalidad de su captación o reproducción. En el caso de personajes públicos, no existirá intromisión ilegítima en este derecho, según dispone el artículo 8.2 a), cuando las imágenes hayan sido captadas en lugares abiertos al público o durante un acto público.

En esta ocasión, y a pesar de tratarse de un personaje de proyección pública, el Tribunal Supremo, con buen criterio, condena a la cadena televisiva por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, en atención al contenido de la información vertida, claramente atentatoria contra el derecho a la

intimidad, por tratarse de hechos relacionados con su vida sentimental, y del derecho al honor, al pretender desacreditar al personaje. El acompañamiento de información gráfica del demandante en momentos de su vida íntima, cuya captación y reproducción no ha sido en ningún caso consentida, suponen una vulneración del derecho a la imagen del personaje. (L. Z. G.)

5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad de la demandante y sus padres.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que en caso de colisión entre el derecho a la libertad de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, aquellos deberán prevalecer frente a estos, siempre y cuando la información que se publique tenga relevancia pública o sea de interés general, resulte veraz, esté justificada por los usos sociales o exista base suficiente para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación a su vida privada, que permitan entender, que con sus propios actos, la ha despojado del carácter íntimo que poseen; y, en caso de meras manifestaciones, que éstas resulten ser simples críticas u opiniones que carezcan de carácter vejatorio o injurioso.

Fijación del *quantum* indemnizatorio por daño moral.—«Para la determinación del importe de la indemnización se tiene en cuenta la importancia objetiva de la difusión de la noticia, deducida, entre otras posibles circunstancias, de «la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» (STS de 31 de enero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La parte actora formula demanda contra la productora de un programa televisivo, la cadena de televisión en la que se emitió dicho programa, y contra la persona entrevistada, por intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad de la demandante y sus padres ya fallecidos, como consecuencia de las manifestaciones vertidas por la demandada en el citado programa de televisión. La demandada relató que el padre de la demandante había mantenido una relación sentimental con una conocida artista, siendo esta la causa de la ruptura del matrimonio de los padres.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los demandados, de forma solidaria, al pago de una indemnización por intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad de la actora y de sus padres fallecidos. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial, aunque en esta ocasión se procede a rebajar la cuantía indemnizatoria al considerarla excesiva. Interpuesto recurso de casación por la productora y la cadena de televisión, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia que tenemos el placer de anotar se pronuncia sobre un nuevo caso de colisión entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. En esta ocasión, el hecho noticiable versa sobre la vida sentimental de los padres de la demandante, personajes que carecen de proyección pública alguna, aunque, teniendo en cuenta que, según se relata, el padre de la demandante había mantenido una relación extramatrimonial con una conocida *vedette*, la noticia parece despertar la curiosidad humana.

Con buen criterio, el Tribunal Supremo procede a valorar los derechos en conflicto siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia de esta misma Sala, sin perder de vista que, en principio, se debe otorgar prevalencia al derecho a la información, por su carácter de derecho fundamental tan importante en un Estado plural y democrático de Derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como del Tribunal Constitucional, hace hincapié en la importancia de valorar el carácter o no de personaje público de la persona ofendida, puesto que tal carácter limita en cierta medida el derecho a la intimidad del personaje.

En esta ocasión, ni los demandados son personajes de proyección pública, ni el hecho noticable es de interés general al afectar a la esfera privada de las personas. A ello se une la falta de prueba por parte de la demandada de la veracidad de los hechos en caso de conflicto, circunstancia que no permite otorgar protección al derecho a la información, constituyendo, por tanto, un supuesto claro de intromisión en el derecho al honor y a la intimidad (STC 2003/160, de 15 de septiembre; SSTs de 11 de febrero de 2004 [RJ 2004/1125], 13 de febrero de 2004 [RJ 2004/1131], 25 de febrero de 2009 [RJ 2009/1515]).

El Tribunal Supremo, en aplicación de doctrina jurisprudencial señalada, considera que en este caso existe intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen de la demandante y su familia puesto que la información vertida afecta a su reputación y buen nombre, perteneciendo a su esfera privada, y no existiendo consentimiento para su divulgación. Para el Tribunal Supremo, la mera curiosidad ajena no es digna de protección en ningún caso. (*L. Z. G.*)

6. Sucesión de títulos nobiliarios. Requisitos de la distribución.—El artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 establece que «[e]l poseedor de dos o más grandezas de España o Títulos del Reino podrá distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con la aprobación de Su Majestad».

La razón por la cual se exige la aprobación de Su Majestad radica en que el acto de distribución conlleva una alteración del orden sucesorio del título nobiliario. De esto se sigue que no estamos ante un acto de libre disposición realizado por el titular, sino ante un acto delegado, el cual precisa para su validez la aprobación de Su Majestad, por comportar una alteración del estatuto fundador. Esta autorización, sin embargo, se produce a posteriori.

Perjuicio del primogénito.—En el caso de cesión el perjuicio de quien tiene derecho a suceder con preferencia solo queda eliminado si presta su aprobación expresa (artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912), mientras que, en el caso de distribución, el primogénito no resulta perjudicado, según la doctrina más autorizada, si se le asigna el título principal. (**STS de 25 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.^a Fernanda formuló demanda contra D. Federico, Duque, en reclamación del mejor y preferente de derecho genealógico a poseer el título nobiliario de vizconde. La demanda se fundaba en la eficacia de la distribución de sus títulos nobilia-

rios efectuada por D. Octavio, Duque, mediante testamento de 18 de noviembre de 1920, la cual determinaba que, en cuanto al título en litigio, hubiera de partirse de D.^a Gabriela como nueva cabeza de línea para determinar el mejor derecho a suceder. La oposición de la parte demandada se fundó en que lo realmente sucedido es que el referido título fue concedido a D.^a Gabriela por vía de cesión, y no de distribución, sin abrir, en consecuencia, nueva línea de sucesión.

El Juzgado desestimó la demanda, por entender que, al haber existido una cesión del título, mediante ella no se había creado nueva línea ni alterado la sucesión. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y estimó la demanda por considerar que había existido una distribución de los títulos y no una mera cesión. El TS considera que la sucesión de hechos impide reconocer, como afirma la sentencia recurrida, un valor independiente a la cesión del título, aislándola del conjunto de la distribución realizada con arreglo a la inequívoca voluntad del causante. Como consecuencia de ello, debe entenderse que la operación de distribución en su conjunto goza del requisito de la aprobación real, pues la aprobación de la cesión del título se integra en aquella y no altera su significado ni la voluntad del distribuidor sobre la que debe recaer a posteriori aquella aprobación. (M. C. L. J.)

7. Títulos nobiliarios. *Dies a quo* de la usucapión en caso de vencimiento en juicio del rehabilitador del título.—En los casos de rehabilitación del título, la jurisprudencia computa el plazo de los cuarenta años desde la fecha de la rehabilitación, porque hasta entonces no hay posibilidad de posesión material del título al hallarse «caducado», que no extinguido. La posesión civilísima no puede, por sí sola, desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título cuestionado, hasta que aquella (la posesión civilísima y su consecuente «mejor derecho») sea declarada por resolución judicial firme. (STS de 3 de noviembre de 2009) (STS de 15 de diciembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El título en disputa, que es el de Marqués, fue pasando de generación en generación hasta llegar a D. Ignacio, VIII Marqués. Fallecido D. Ignacio sin descendencia y sin que nadie solicitara la sucesión, la merced caducó hasta que, con fecha 31 de marzo de 1930, fue rehabilitada por D.^a Adela, IX Marquesa.

En 1961, D. Bartolomé, padre del demandado, promovió juicio declarativo de menor cuantía contra D.^a Adela reclamando su mejor derecho genealógico a usar y poseer el título, y el 13 de abril de 1962 se dictó sentencia estimando su demanda por ser descendiente directo del primer Marqués y, al propio tiempo, pariente colateral en quinto grado del último poseedor legítimo, D. Ignacio, en tanto la demandada tenía con el primer Marqués un parentesco de grado 23 y con el último de grado 29.

Los recursos de apelación y de casación interpuestos fueron desestimados.

Interesada la ejecución de la sentencia por el demandante, el 28 de diciembre de 1967 se dictó Decreto, por el que se había rehabilitado el título a favor de D.^a Adela y acordando la expedición de carta de rehabilitación en el título a favor de D. Bartolomé para sí, sus hijos y sucesores legítimos. El 17 de diciembre de 1968 se expidió por el Jefe del Estado la referida carta o despacho de rehabilitación a favor de D. Bartolomé, por tanto X Marqués. El 7 de noviembre de 1989 D. Diego, demandado en el presente litigio, sucedió en el título a su padre, por cesión de éste, pasando a poseerlo como XI Marqués.

El 12 de julio de 2005 D.^a Beatriz interpuso demanda contra D. Diego reclamando su mejor derecho a poseer el título de Marqués por descender del segundo hijo de D. Sergio, habiendo muerto el primero sin descendencia, en tanto el demandado descendía de su cuarto hijo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda tanto por considerar prescrita la acción, aplicando para ello el plazo de quince años del artículo 1964 CC, como por entender que el demandado había adquirido el título por usucapión mediante su posesión quieta, pacífica e ininterrumpida durante más de cuarenta años, situando el día inicial del cómputo en la fecha de la sentencia del juicio precedente. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia confirmó el fallo de la sentencia apelada por compartir sus fundamentos sobre la adquisición del título por usucapión, aunque no los relativos a la prescripción de la acción.

El Tribunal Supremo estima el recurso y casa la sentencia recurrida, dejándola sin efecto, y en su lugar revoca la sentencia de primera instancia para estimar la demanda. Además, declara como doctrina jurisprudencial que en los casos de vencimiento en juicio del rehabilitador de un título nobiliario el tiempo para la usucapión del título por el vencedor en juicio no comenzará a correr desde la sentencia firme del litigio sino desde que dicho vencedor obtenga el Real despacho correspondiente a que se refiere el artículo 37 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922.

NOTA.—La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación por interés casacional es la del término inicial del plazo para adquirir un título nobiliario por usucapión, no en caso de cesión ni de distribución, sino en el de vencimiento en juicio del rehabilitador del título por el causante del poseedor que alega haberlo adquirido por usucapión.

En la sentencia anotada no se discuten los hechos ni el mejor derecho genealógico de la demandante sobre el demandado ni tampoco el plazo de cuarenta años aplicable para la adquisición del título por usucapión. La controversia se centra, única y exclusivamente, en si el plazo para la usucapión comenzaba a correr en la fecha de la sentencia firme del juicio precedente o en la fecha bastante posterior de la obtención por su causante del Real despacho previsto en las disposiciones 33 a 37 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922 dictada en desarrollo del Real Decreto de 8 de julio del mismo año relativo a la rehabilitación de Grandezas de España y Títulos del Reino.

La jurisprudencia distingue los casos de cesión y sucesión de los de rehabilitación, y resulta que el caso examinado, según el artículo 12 de Real Decreto de 1922, es de rehabilitación, pues el litigante vencedor del rehabilitador tiene a su vez que «solicitar de la Corona la efectividad de la sentencia ejecutoria dictada obteniendo la rehabilitación en su favor», por lo que para el Tribunal Supremo en la sentencia anotada el día inicial del plazo para la usucapión será la fecha de la rehabilitación, es decir, la de la obtención del Real despacho por el litigante vencedor, dándose así entre la fecha de firmeza de la sentencia y la fecha de este Real despacho una situación interina sin ningún poseedor real y efectivo del título. (*M. C. L. J.*)

8. Asociación. Libertad de autoorganización.—En materia de organización interna a excepción de los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, colegios profesionales y organizaciones profesionales la Constitución no establece ningún requerimiento en lo que atañe a la organización interna de las asociaciones. El Tribunal Constitucional en esta materia ha declarado en sentencia 218/1998 de 22 de noviembre, que «la libertad de autoorganización forma parte del contenido propio del artículo 22 de la Constitución, de manera que las intromisiones indebidas de los poderes públicos en la vida interna de las asociaciones constituye una violación del derecho de asociación».

«Nada impide que los estatutos establezcan que un socio puede perder la calidad de tal en virtud de un acuerdo de los órganos competentes de la asociación basado en que a juicio de estos órganos, el socio ha tenido una determinada conducta que vaya en contra del buen nombre de la asociación o que sea contraria a los fines que ésta persigue». (**STS de 20 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Varios socios y compromisarios de socios activos de una central lechera promueven demanda contra esta entidad, sobre tutela judicial civil de derechos fundamentales de impugnación de los acuerdos sociales de expulsión adoptados por la Asamblea General de 3 de junio de 2005.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la pretensión deducida y declara que la actuación desarrollada por los demandados expulsados tiene el carácter de retención coactiva a los miembros de la directiva y por tanto se trata de una conducta sancionable por los estatutos sociales. Tampoco supone una vulneración del derecho a la libertad sindical, pues la entidad no tiene naturaleza sindical sino asociativa, siendo la nulidad pretendida derivada de su condición de socios y no en ejercicio de un acto o acción sindical. Por lo que no procede declarar la nulidad del acuerdo de expulsión, ni tampoco de la norma contenida en los estatutos sociales.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera que los límites propios del derecho de reunión y manifestación, como todo derecho fundamental no es ilimitado y no son otros que la necesidad de celebrar pacíficamente la reunión y el respeto al orden público que se altera cuando se pongan en peligro los bienes o las personas.

El Tribunal Supremo entiende que el acuerdo de expulsión cuya nulidad se postula no se sustenta en el ejercicio por los actores del derecho de reunión y manifestación, sino en que la Junta en la Asamblea celebrada consideró que la expulsión procedía por haber impedido los expulsados de forma coactiva la salida de la empresa al Sr. Presidente de la misma, así como del resto de miembros de la Junta Rectora. Asimismo, el Tribunal Supremo consideró en esta sentencia que la reunión convocada no tenía naturaleza sindical, ya que se trataba de un grupo de empresarios autónomos, no sindicados, que se reunieron para manifestar su posición disidente. (*M. C. L. J.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

9. Vulneración del artículo 24 CE. Valoración prueba de testigo. Fiducia *cum amico*. Acción declarativa de propiedad. Nulidad parcial de donación.—Se prescinde por la Audiencia del contenido de la declaración testifical del abogado que durante mucho tiempo había venido prestando sus servicios a ambas partes litigantes, de manera imparcial y en beneficio de ambas, y que además intervino reiteradamente ante ellos para intentar lograr un acuerdo sobre el problema litigioso. La falta de valoración del testimonio del letrado, de especial importancia por su inmediatez respecto de la cuestión litigiosa, y la patente veracidad de lo afirmado posibilita, a juicio del Tribunal Supremo, la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la anulación de la sentencia impugnada al entenderse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

Fiducia *cum amico*.—Aunque la propiedad litigiosa correspondiera formalmente en todo momento al demandado, la acreditación de que el terreno litigioso fue adquirido para ambos hermanos por partes iguales permite al Tribunal Supremo estimar la existencia de una titularidad fiduciaria en cuanto al 50 % perteneciente al demandante. Fiducia *cum amico* admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario no ostenta la titularidad real, pues no es un auténtico dueño, tiene solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio pertenece al fiduciante en cuyo interés se configura la fiducia. Reconocida la existencia de la fiducia, el fiduciario está obligado a restablecer la situación real mediante la atribución de la titularidad correspondiente al fiduciante y han de estimarse nulos los negocios jurídicos celebrados con terceros faltando al compromiso que supone la fiducia, siempre que dichos terceros no hayan adquirido de buena fe y a título oneroso (**STS de 1 de diciembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El demandante y el demandado son dos hermanos que adquirieron, para ambos y por mitad, diversos bienes mientras tenían en común una industria de taller mecánico, cuyo precio abonaban con los rendimientos económicos del citado negocio, aun cuando siempre figurara como único adquirente el demandado D. N. a cuyo favor se otorgaban las escrituras apareciendo también como único titular registral. El terreno litigioso, donde se había realizado una construcción a costa del patrimonio del demandado, fue donado a los hijos de este a través de una escritura pública que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Ante estos hechos el demandante solicita: a) Que se declare su copropiedad al cincuenta por ciento respecto del solar litigioso y se realicen cuantas acciones sean precisas y necesarias para la constancia pública de dicha realidad y su inscripción en los registros correspondientes, y se condene a los demandados a proceder a dicha transmisión a los actores, siendo suplido su consentimiento, en su caso, por el Juzgado. b) Que se declare, en cuanto al cincuenta por ciento del demandante, la nulidad parcial de la donación de dicho inmueble efectuada por los demandados a favor de sus hijos, así como de la correspondiente inscripción registral. c) Que se declare la copropiedad de los actores sobre el 50 % de lo construido sobre el referido terreno, previo pago a los demandados de la mitad del valor de las obras efectuadas, actualizado mediante la aplicación del IPC, siendo al cincuenta por ciento entre ambas partes la totalidad de los gastos efectuados y por efectuar en relación con dichas obras.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos interpuestos y estima íntegramente la demanda. (*M. I. M. P.*)

10. Contratos. Interpretación: función de instancia.—La interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario.

Contratos. Interpretación: preferencia por la interpretación literal.—Las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC conforman un conjunto complementario y subordinado, entre las cuales tiene rango preferencial la contenida en el primer párrafo del artículo 1281 CC, de tal manera que el punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, debiendo estarse, por consiguiente, al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes. Las demás reglas, incluyendo la del artículo 1285 CC (interpretación sistemática del contrato o del canon hermenéutico de la totalidad) entran en juego únicamente cuando, por falta de claridad de los términos del contrato, no es posible aclarar, a través de ellos, cuál sea la verdadera intención de los contratantes. (**STS de 11 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad M. E. S.L., interpuso contra A, S. L., acción demanda en reclamación de responsabilidad contractual y solicitud de declaración de resolución de contrato de franquicia y abono de las cantidades por incumplimientos contractuales. El Juzgado de Primera Instancia número Seis de Alicante estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación por ambas partes, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante desestimó los recursos y confirmó la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

11. Asunción de deuda. Interpretación del documento.—No se infringen las normas de la interpretación de los contratos cuando examinado el contenido del documento la sentencia recurrida llega a la conclusión de que se está en presencia de una asunción cumulativa de deuda de tal forma que el primitivo deudor no queda liberado sino que a este se le une uno nuevo, pues ello es conforme con la finalidad pretendida por el acreedor que aspira al cobro de lo que se le debe y no busca disminuir la solvencia sino aumentarla añadiendo un nuevo deudor.

Novación.—No se infringen las normas de la novación cuando se llega a la conclusión de que lo que las partes pactaron no fue una delegación de deuda propiamente dicha sino una delegación de pago, que supone que entre acreedor y deudor se acuerda el pago por el tercero, sin que ello libere al deudor.

Interpretación del contrato.—La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que debe estarse a la interpretación del contrato formulada en la instancia salvo que esta resulte ser arbitraria o ilógica (STS de 13 de octubre de 2010). (STS de 21 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 2 de septiembre de 2005, A acumula un crédito de 175.637,08 euros contra B derivado del impago de varias facturas relativas a unos suministros realizados por la primera a la segunda. El 13 de septiembre de ese mismo año, B firma un documento con C. En dicho documento se podía leer: «En relación a las facturas pendientes de pago (...) les comunicamos que dichas facturas (...), serán abonadas mediante los siguientes pagarés emitidos a su favor por nuestro cliente C (...). Mediante la entrega de estos pagarés, C se compromete a la cancelación de la deuda que B mantiene con Uds».

Los tres primeros pagarés que A presentó al cobro resultaron impagados, por lo que A presentó una demanda exigiendo que se condenara a B a hacer efectiva la cantidad de 175.637,08 euros. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y desestimó la pretensión de la demandada que se basaba en que se había producido una novación extintiva por lo que ella había dejado de ser deudora, de manera que la única deudora era C. En la sentencia se afirma que no consta la voluntad de liberar al primitivo deudor por lo que el documento en cuestión no es más que el compromiso de C de pagar la deuda de B y carece de carácter liberatorio para esta última. B presenta un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que desestima el recurso de apelación que ella misma

había presentado. El recurso de casación se centra en la interpretación del documento de 13 de septiembre y en la naturaleza de la operación realizada entre los intervinientes en el mismo, según el recurrente se está en presencia de una asunción liberatoria de la deuda original y no de una asunción cumulativa como sostiene la sentencia recurrida. (*L. P. S. M. P.*)

12. Modalidades de arras. Interpretación del artículo 1454 CC por la jurisprudencia.—La doctrina distingue las siguientes modalidades de arras:

a) confirmatorias, que son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución; b) penales, cuya finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento; y c) penitenciales, que constituyen un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada.

El artículo 1454 CC reconoce la tercera de las modalidades indicadas. La jurisprudencia, al interpretar el precepto, ha declarado que su contenido no es imperativo y para que tenga aplicación es precisa la voluntad de las partes claramente constatada, expresando la intención de los contratantes de otorgar la posibilidad de desligarse de la convención. El empleo de la palabra «señal» no expresa necesariamente la facultad de separarse del contrato y puede ser entendida como anticipo del precio; es posible que las partes consideren que las mismas arras que sirven para confirmar el contrato, puedan considerarse como penales ante la previsión del incumplimiento, pues las arras siempre tienen el carácter de pago en caso de cumplimiento del contrato. (**STS de 11 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las entidades en litigio celebraron un contrato que denominaron de «señal o arras» de la compraventa de unos terrenos que en su día debían formalizar. Se fijó el objeto de la compraventa, el precio y su forma de pago, se estableció el término para el otorgamiento de escritura, se reguló el pago de gastos y la resolución por incumplimiento del comprador.

Sobre la señal o arras: a) se fijó el precio, parte del cual fue pagado a la firma del contrato y otra parte debía pagarse antes del 13 de noviembre de 2004; b) se acordó que se entregaba en garantía del cumplimiento del compromiso de compraventa, y c) se establecieron las siguientes consecuencias del incumplimiento del contrato: en caso de ser la vendedora la incumplidora, debería indemnizar al comprador con el doble de lo recibido por señal o arras; si la parte incumplidora fuera el comprador, la vendedora retendría el precio de lo pagado en concepto de señal o arras, quedando tanto en un caso como en otro el contrato resuelto a todos los efectos. En el último inciso de la cláusula se hacía referencia al artículo 1454 CC.

El 12 de noviembre de 2004 la compradora intentó el pago del segundo plazo de las arras en las dependencias de la vendedora, pago que le fue rechazado. Ese mismo día la compradora consignó en la notaría el importe del segundo plazo de las arras, mediante cheque nominativo, para ofrecimiento a la vendedora. El notario efectuó el ofrecimiento quedando el cheque a disposición de la vendedora en la notaría.

El 16 de noviembre de 2004, compareció en la notaría la vendedora y manifestó que no aceptaba el pago del segundo plazo de las arras porque antes del ofrecimiento del depósito envió burofax a la compradora, el 11 de noviembre de 2004, notificándole su voluntad de desistir de la compraventa por las discrepancias surgidas entre las partes y depositó en la notaría a disposición de la compradora un cheque por el importe doblado de lo que había recibido como primer plazo de las arras. Dicho burofax no se recibió por la compradora hasta el 15 de noviembre de 2004.

La compradora, tras retirar de la notaría ambos cheques, interpuso demanda contra la entidad vendedora reclamando la cantidad que faltaba hasta completar el doble del importe total de las arras pactadas en el contrato.

En la contestación a la demanda se alegó, en lo que aquí interesa, el carácter penitencial de las arras, lo que permitía a cualquiera de las partes desistir del contrato.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda; la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la actora y declaró que las arras pactadas tenían el carácter de arras penales. El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada en apelación. (*B. G. F.*)

13. Arrendamientos urbanos. Sucesión en el contrato de arrendamiento por el cónyuge superviviente.—«El contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento» (STS de 3 de abril de 2009). Para llegar a esta conclusión el Tribunal Supremo tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

1.º El contrato de arrendamiento se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos.

2.º Puede producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, en aplicación de la normativa específica que regula el contrato de arrendamiento. Para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.ª LAU, B.

3.º La subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes del matrimonio. Las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales. (**STS de 22 de noviembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Francisco, fallecido en la actualidad, arrendó el 1 de octubre de 1954 a D. Eduardo una vivienda. En el momento del contrato, el Sr. Eduardo ya se hallaba casado con D.ª Angustias. El arrendatario, D. Eduardo, falleció el 10 de octubre de 2003.

La viuda de D. Francisco, la Sra. Mercedes, tuvo conocimiento del referido fallecimiento por carta remitida por burofax el día 4 de febrero de 2004 por D.^a Angustias al administrador de la finca. En dicha carta se comunicaba tanto el fallecimiento como la intención de la esposa de subrogarse en el arrendamiento en el lugar de su marido fallecido.

La sentencia de primera instancia entendió que no existía cotitularidad del arrendamiento, por lo que, para subrogarse en el contrato de arrendamiento, la esposa viuda debía dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la LAU. No obstante, consideraba probado que la comunicación del fallecimiento se había producido en el mes de noviembre, por lo que no se había superado el plazo legalmente establecido.

La Audiencia Provincial entendió que no procedía considerarse suficientemente probada la existencia de la comunicación al arrendador del fallecimiento del arrendatario dentro del plazo establecido en la ley. Por otra parte, sin embargo, la Audiencia entendía que aunque la titularidad formal del contrato de arrendamiento correspondiese al marido, por la fecha de la celebración del contrato, y siendo el matrimonio anterior al arrendamiento, la relación arrendaticia se entendía constituida a favor de ambos cónyuges y para el matrimonio, de modo que ambos consortes eran titulares –cotitulares– del contrato de arrendamiento. Dicha titularidad se mantenía al fallecimiento de uno de ellos. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto al considerar que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

NOTA.—La cuestión que ha accedido a casación en la sentencia anotada es determinar si, en los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al amparo de la LAU 1964, cuando el marido figure como único arrendatario pese a haberse celebrado constante el matrimonio en régimen económico de gananciales y siempre que la vivienda sea destinada a vivienda familiar, al fallecimiento del marido, la esposa continúa en el arrendamiento por considerársela también parte arrendataria o, por el contrario, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 LAU en relación con la DT 2.^a, es preciso que, para que continúe en el contrato, la esposa comunique en el plazo de tres meses después del fallecimiento su intención de subrogarse en la posición del fallecido.

La jurisprudencia ha sido fluctuante en este sentido. Las Audiencias Provinciales mantenían dos posturas enfrentadas:

A) Audiencias que consideraban que debía reputarse que la esposa no firmante en realidad era arrendataria. En este caso, al fallecer el marido, no se producía ninguna modificación en la relación locativa. La esposa permanecía en el arrendamiento en los mismos términos pactados.

B) Audiencias que consideraban necesaria la comunicación del fallecimiento del esposo arrendatario al arrendador, así como la intención de permanecer en el arrendamiento por subrogación del fallecido, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 LAU.

Sin embargo la contradicción jurisprudencial de las Audiencias Provinciales es actualmente inexistente. En esta sentencia el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial ya sentada en la STS de 3 de abril de 2009 (RJ 2009, 2806) de que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento». (M. C. L. J.)

14. Responsabilidad decenal. Vicios de la construcción.—El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de obra da derecho a quien lo concierda a pedir la reparación *in natura*. Pero el derecho a pedir el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. El principio indemnizatorio está presente en el artículo 1591 CC, de modo que ha lugar a la indemnización cuando el perjudicado ha pretendido infructuosamente la reparación de los defectos constatados, se ha efectuado la reparación de modo incorrecto o bien el obligado no ha llevado a cabo la reparación, habiéndose requerido el cumplimiento de la obligación. Tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación el planteamiento es idéntico, pues de acuerdo con este texto legal, y con la única matización de su artículo 17.1, que concreta la responsabilidad de los agentes a los daños materiales ocasionados al propio edificio, no se ha alterado la posibilidad de optar por la reparación *in natura* o por la indemnización para que efectúe la reparación el propio perjudicado. (STS de 22 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La demandante compra una casa a una promotora. Al cabo del tiempo aparecen una serie de vicios de la construcción, que resultan acreditados. Dicha promotora, además, se apropia de una parte de la parcela. La propietaria demanda a la promotora, al arquitecto y al arquitecto técnico de la obra y, en concreto, ejercita dos acciones: una por el incumplimiento del contrato, pidiendo que se condene a los demandados, en forma solidaria, a reparar los vicios ruinógenos, de modo que si las obras no se inician en un plazo de 15 días y se concluyen en 3 meses, las obras se ejecuten a costa de los demandados. Además solicita la condena a indemnizar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del desalojo obligado de la vivienda durante las obras. En la segunda acción ejercitada pide que se declare su derecho de propiedad sobre el trozo de parcela del que se había apropiado la promotora. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda; condena a la promotora a reparar los vicios de la construcción, pero la absuelve del resto de las peticiones, y absuelve a los otros codemandados. Recurren esta sentencia la propietaria de la vivienda y la promotora. La sentencia de la Audiencia Provincial estima en lo esencial la reclamación frente a la promotora y también en parte la demanda frente al arquitecto, en cambio la desestima frente al aparejador. La promotora demandada interpone recurso de casación alegando la incorrecta aplicación del artículo 1591 CC. Afirma que habiendo sido condenada por la sentencia recurrida a

ejecutar las obras de reparación, no debería haber procedido igualmente a condenarla al pago de una cantidad de dinero de forma subsidiaria. (*Alma R. G.*)

15. Responsabilidad decenal por ruina.—En caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de obra, el derecho a pedir por el perjudicado el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Esta conclusión puede obtenerse del tenor literal tanto del artículo 1591 CC («responder de los daños y perjuicios») como del artículo 17 LOE (que señala que los responsables del daño «responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes»). Ni uno ni otro precepto dan lugar a que se plantee una duda doctrinal o jurisprudencial sobre si se está ante una obligación de hacer, o simplemente indemnizatoria cuyo importe se adecue al coste de las reparaciones que hayan de llevarse a cabo para remediar los vicios constructivos. Caben en dichos artículos ambas posibilidades, y esta conclusión se ve reforzada por lo dispuesto de forma expresa en el artículo 19.6 LOE, cuando permite optar al asegurador por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños, o por la reparación de los mismos. (**STS de 21 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de determinado edificio sito en Castellón formula demanda contra una entidad inmobiliaria, el arquitecto y el aparejador, por responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, a quienes reclama de manera solidaria el pago de una cierta cantidad de dinero por los daños ocasionados en el inmueble como consecuencia de las obras de construcción del edificio. La inmobiliaria demandada contesta a la demanda, alegando la intervención provocada de terceros que habían participado en la construcción y que no habían sido demandados. Y para el caso de que no se aceptara la solicitud de intervención provocada alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario entendiendo que debían ser llamados los citados ausentes. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena solidariamente a los demandados al pago a la actora de una determinada cantidad pecuniaria. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados y les condena al pago de los vicios realmente probados, manteniendo la responsabilidad solidaria de todos ellos. La constructora demandada interpone recurso de casación; en cuanto alega que, en virtud del artículo 1591 CC, no puede solicitarse una mera condena al pago de cantidad, ya que ello implica una transformación de la acción de cumplimiento recogida en el precepto en una pura y simple reclamación de cantidad. (*Alma R. G.*)

16. Posible impugnación de la valoración de la prueba pericial en supuestos de responsabilidad por vicios constructivos.—«*La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la impugnación de la valoración del dictamen de peritos, cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica. Quedan fuera las situaciones de duda, inseguridad, vacilación o equivoicidad [...]. La casuística jurisprudencial ha permitido plantear objeciones a la valoración de la pericia efectuada en la sentencia impugnada cuando: a) se ha*

incurrido en un error patente, ostensible o notorio; b) se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica o se adopten criterios desorbitados o irracionales; c) se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y d) se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia». (STS de 11 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Determinada comunidad de propietarios, de la que forma parte la persona del promotor al no haber vendido la totalidad de las viviendas y locales, interpone demanda frente a la constructora, los arquitectos y el aparejador que intervinieron en la obra de consolidación de la estructura del edificio y reparación de determinados desperfectos, así como frente a las respectivas entidades aseguradoras, por los defectos acaecidos con motivo de las obras realizadas. Estas obras se ejecutaron siguiendo el contenido de un informe pericial encargado al efecto.

En la demanda interpuesta con anterioridad a la conclusión de las obras de consolidación se solicitaba la reparación por equivalencia de los defectos de construcción del edificio, puesto que las mismas habían sido abonadas previamente por la promotora. La cantidad reclamada incluía los siguientes conceptos: 1. Coste de la reparación por los defectos de construcción más la cantidad que hipotéticamente pudiera resultar por aquellos incrementos que pudieran existir por el transcurso del tiempo, o, subsidiariamente, al pago de la cantidad que el juzgado establezca como coste de la reparación; 2. Indemnización por depreciación del valor comercial; 3. Indemnización por daño moral; 4. Intereses. A modo de prueba, la demandante presenta un informe pericial junto a la demanda, en el que se hace constar tanto los defectos estructurales como de los materiales empleados en el edificio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los agentes al abono de la reparación de los defectos de construcción, cuyo origen se encuentra en problemas de proyecto, de elección de los materiales y de ejecución de la obra, al no poder determinar la participación de cada uno de los agentes en el hecho dañoso; al importe de honorarios profesionales pertinentes para la reparación, al importe de las tasas y permisos para la reparación y al importe de daños y perjuicios, incluida la depreciación del edificio y viviendas y las molestias a la comunidad. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación formulados por los demandados y condenándolos al pago de las reparaciones que deban realizarse. Sin embargo, rebaja la cuantía de la indemnización al desestimar el pago de indemnización correspondiente a honorarios profesionales, reparaciones ya efectuadas por la comunidad o depreciación del edificio, extremo este que se consideró no acreditado por la Audiencia. Contra este pronunciamiento la parte actora en la instancia interpone recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia sobre un problema de valoración de prueba pericial en un caso de vicios de la

construcción y la posibilidad de que esta resulte anulada por el Tribunal Supremo. Aunque la regla general consiste en la imposibilidad de revisar la valoración de la pericial realizada por el Juez en la instancia, sin embargo, se ha admitido por el Tribunal Supremo la posibilidad de impugnar dicha valoración siempre y cuando resulte ilegal, absurda, arbitraria, irracional e ilógica. En este sentido, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto al considerar que no concurren ninguna de las causas mencionadas para poder impugnar dicha prueba.

A la vista del caso planteado, nos resulta llamativo que las partes no utilicen el recurso ante el Tribunal Supremo para plantear otras cuestiones que pueden resultar de mayor interés y que realmente conforman el objeto del litigio. Nos referimos, por ejemplo, a la posición de la promotora en el proceso, puesto que aparece como sujeto legitimado activo, en lugar de pasivo, lo que podría traer ciertos problemas procesales de gran interés, como puede ser la falta de litisconsorcio pasivo necesario debido a su posición de garante o el tema de su posible legitimación activa al ser propietaria de parte de las viviendas y locales; el problema del cumplimiento por equivalencia y las dificultades jurídicas que plantea solicitar esta forma de cumplimiento en primer lugar; o la cuestión relativa a la posibilidad de ser indemnizado por la depreciación del valor del edificio; cuestiones que a nuestro juicio debían haber sido planteadas mediante recurso de casación. En este sentido, la Sentencia que anotamos no entra realmente a resolver el fondo del asunto por una mera cuestión de cauce procesal utilizado por el recurrente, lo que le impide entrar a valorar cuestiones relacionadas con el objeto real del litigio. (*L. Z. G.*)

17. Póliza de crédito. Anulación por error.—El Tribunal Supremo recuerda que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Recogiendo lo establecido en muchas otras sentencias, afirma que para que el error pueda invalidar el consentimiento y provocar la anulación del contrato, es preciso que no sea imputable al interesado y que sea excusable. En el caso en cuestión, el Tribunal Supremo afirma que el error sufrido no solo fue sustancial sino que también fue excusable, puesto que la contratación de la póliza de crédito fue inducida por el valor atribuido a los concretos valores, que no se ajustaba a la realidad además, el propio Banco que concedió el crédito no fue ajeno a ello pues aceptó como garantía la pignoración de dichos valores.

Efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad del contrato de préstamo.—La declaración de nulidad de un contrato por la concurrencia de un vicio de la voluntad produce la consecuencia de la restitución de lo que cada parte haya recibido de la otra por razón de las obligaciones creadas. Lo que deben restituirse las partes es lo que los contratos han proporcionado a los contratantes o su equivalente pecuniario, sin que opere en ningún caso la subrogación real. No es posible realizar una dación en pago sin la aceptación del acreedor. (**STS de 12 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En mayo de 2002, don P. firmó con el Banco de Valencia una póliza de crédito, posteriormente heredó de su padre una cartera de valores extranjeros que traspasó a su cuenta del Banco de Valencia, que empleaba como subcustodio de los valores al banco francés BNP. El Banco de Valencia comunicó a don Pedro que el valor de su cartera de valores era, aproximadamente, de 4 millones de euros, según información proporcionada por BNP. Basándose en esas afirmaciones, el Banco de Valencia concedió a don P. en mayo de 2003 una ampliación del crédito que se garantizó con una pignoración de los valores y don P. aprovechó para realizar una serie de disposiciones a crédito. Cuando BNP intentó vender parte de los valores se dio cuenta de que se había producido un error en la valoración de la cartera de acciones, siendo su valor real mucho menor del anunciado inicialmente (de 4 millones de euros a 4.000 euros).

D. P. y su esposa demandaron al Banco de Valencia y a BNP pidiendo que se declarase la nulidad de la póliza de crédito de mayo de 2003 y que se les indemnizara por los daños y perjuicios ocasionados por el suministro de información incorrecta (valorados en 230.114,43 euros). El Banco de Valencia contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarara la validez de la póliza de crédito y se condenara a los demandantes/reconvenidos a devolver el préstamo con sus intereses. BNP se opuso a la demanda alegando que los demandantes conocían o podían haber conocido el valor real de la cartera al firmar la correspondiente liquidación de la herencia.

El Juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción. La sentencia declaró la nulidad de la póliza de crédito de mayo de 2003 por existencia de un error imputable a las entidades financieras, además, declaró que el reconvincente tenía derecho a percibir lo que se le adeudara en virtud de la póliza de crédito de mayo de 2002 que no se veía afectada por la nulidad. Finalmente, condenó a los demandantes al pago de 51.507,94 euros (cantidad resultante de reducir a la cantidad que debían restituir los demandantes, el importe de los daños y perjuicios que se les había ocasionado). El Banco de Valencia presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimaba los recursos de apelación presentados por ambas partes y confirmaba la sentencia dictada en primera instancia. (*L. P. S. M. P.*)

18. Doctrina del enriquecimiento sin causa: requisitos.—La jurisprudencia exige varios requisitos para la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. En primer lugar, se exige la adquisición de una ventaja en la esfera patrimonial del demandado, con el correlativo empobrecimiento del actor. En segundo lugar, resulta exigible la existencia de una conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Por último, no ha de concurrir una causa que justifique el enriquecimiento.

Aplicación del artículo 1281 CC.—Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 22 de febrero de 1988 y 4 de febrero de 2004), este precepto se refiere a contratos que constan por escrito, dado que en los contratos verbales no hay términos ni sentido literal que pueda ser

objeto de interpretación. (STS de 15 de noviembre de 2010; no ha lugar.)
[Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Demandante y demandado acordaron, de forma verbal, que el primero gestionara el inicio y desarrollo de un procedimiento judicial contra un tercero. Para ello, debía promover en representación del demandado todas las actuaciones necesarias hasta obtener una sentencia que declarase la compensación de créditos entre el demandado y el tercero, en concepto de pago del precio de la compraventa de una parcela adquirida por el demandado al tercero. Asimismo, el demandante debía conseguir que se condenase al tercero a otorgar escritura pública de compraventa de la parcela libre de cargas o gravámenes a favor del demandado. Se pactó igualmente la retribución y que el demandante soportaría los gastos del procedimiento judicial. Posteriormente, el demandado otorgó poder de representación a favor del demandante.

El demandante promovió en representación del demandado el procedimiento judicial frente al tercero. Este proceso concluyó por sentencia que declaró la compensación de créditos entre el demandado y el tercero y que condenaba a este último al otorgamiento de escritura pública de venta de la parcela adquirida por el demandado, libre de cargas y gravámenes. Sin embargo, antes del otorgamiento de la escritura pública de venta de la parcela a favor del demandado, se anotó en el Registro de la Propiedad el embargo de la parcela practicado a favor del Estado. Como el mandante no adquirió la finca libre de cargas —pues se hallaba vigente el embargo trabado por el Estado—, el demandado no pagó la retribución pactada por el encargo, ni los gastos del proceso judicial seguido contra el tercero. Por ello, el mandante interpuso demanda reclamando las cantidades anteriores, basada en el enriquecimiento injusto del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por el demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

19. Culpa extracontractual: Lesiones en accidente laboral: Vuelco de carretilla al hacer maniobra de giro: Falta de formación del trabajador: Prescripción: Ejercicio de acciones penales: Interrupción.—Esta Sala ha mantenido la doctrina derivada de la regla establecida en el artículo 114 LECRIM conforme, entre otras, a SSTS de 25 de marzo de 1996, 16 de junio de 2003 y 11 de octubre de 2007, que cuenta con el importante apoyo de las SSTC núms. 196/88, 220/93, 89/99 y 298/00, en el sentido de que la omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal, y en su caso la de la notificación del auto de archivo, no pueden ir en detrimento de los perjudicados al considerarse prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la terminación de las actuaciones penales. Esta doctrina puede resumirse en dos argumentos esenciales: 1.º) que el conocimiento de la fecha en que han terminado las actuaciones penales, constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; 2.º) que en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al

mantenimiento de las acciones penales y civiles; 3.º que el desconocimiento de la terminación del proceso penal, en cuanto obstáculo para el ejercicio separado de la acción civil por el perjudicado, no cabe atribuirlo a ningún tipo de falta de diligencia de este respecto de una hipotética carga, a él imputable, de enterarse de la terminación de dicho proceso (STC 12/2005); y 4.º, que la tramitación de la causa penal paraliza el ejercicio de la acción civil, incluso en el caso de reserva de esta, de tal modo que declarada la extinción de la acción por delito en una sentencia penal absolutoria, el cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil no se inicia hasta la firmeza de la misma (o su notificación en su caso), sin que quepa detenerse a examinar situaciones que se pueden haber producido con anterioridad a la incoación del proceso penal, toda vez que lo único que aquí se plantea es una posible subsunción del plazo civil en el plazo penal, que contradice la propia naturaleza de la paralización del transcurso del plazo, la cual repugna a la idea de un posible decurso simultáneo (STS de 6 de marzo de 2008) (**STS de 15 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

20. Culpa extracontractual: Daños por inmisiones: Reconstrucción del *factum*.—Procede, en primer lugar, suplir el silencio de la sentencia recurrida sobre las condiciones urbanísticas de la zona conflictiva, de modo que hay que admitir que muchos de los miembros de la asociación actora no contaban con vivienda en el paraje conflictivo, y que las industrias de las empresas demandadas y sus ampliaciones preexistían a la construcción de las viviendas. De otro lado, la sentencia recurrida declara que todas las viviendas de miembros de la asociación actora se encuentran en su suelo no urbanizable-común rústico y una de ellas, incluso, en suelo urbano-industrial, mientras que las naves industriales de las demandadas-recurrentes se encuentran en suelo urbano-industrial, y allí desarrollan su actividad desde 1964, 1978 y 1985.

Así las cosas, lo que el presente motivo viene a plantear es si las demandadas-recurrentes deben o no indemnizar a la asociación demandante por los ruidos que algunos de sus miembros soportan en viviendas de su propiedad, construidas todas ellas en zona no residencial, por la actividad industrial autorizada que las demandadas-recurrentes desarrollan en zona urbana-industrial desde antes de construirse estas viviendas.

La ocupación previa del terreno por la empresa, no elimina por sí sola la obligación de indemnizar.—Según la jurisprudencia de esta Sala (incluso en SSTs. anteriores al CC como la de 9 de abril de 1886, o posteriores que por razones temporales no pudieron aun aplicarlo al caso, como la de 12 de mayo de 1891, y otras mucho más recientes, como la de 2 de febrero de 2001), la circunstancia de ejercerse por el demandado la actividad industrial molesta antes de que el demandante se instalara en sus proximidades no elimina por sí sola la obligación de indemnizar.

La autorización administrativa de una actividad industrial no excluye la obligación de indemnizar: Relaciones de vecindad.—Es doctrina mantenida recientemente (así SSTs de 29 de abril de 2003, 14 de marzo de 2005 y 31 de mayo de 2007, entre otras). Y también que la propiedad no puede ir más allá de lo que el respeto al vecino determina, por lo que en la lucha entre relaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima y familiar del vecino no se inquieta (SSTs de 17 de febrero de 1968 y 12 de diciembre de 1980), puntualizando esta última que *si bien el Cc no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión per-*

judicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el art. 1902 y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908. Por otro lado, a partir de la STS de 29 de abril de 2003, la jurisprudencia de esta Sala incorpora la doctrina del TEDH en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y, por tanto, que para reaccionar frente a las mismas una de las posibles vías es la de la tutela de aquellos (STS de 31 de mayo de 2007).

Buena fe en relaciones de vecindad: Relación de causalidad.—Ahora bien, una cosa es que la preexistencia de la actividad industrial y su autorización administrativa no excluyan la obligación de evitar o reparar el daño que tal actividad cause y otra muy distinta que ambas circunstancias sean irrelevantes a la hora de decidir si procede la evitación o reparación del perjuicio, pues la decisión que se tome nunca podrá prescindir de principios generales como el de la buena fe en las relaciones de vecindad, o el de la necesaria relación de causalidad ente la actividad del demandado y el daño que sufra el demandante.

Inexistencia de inmisiones indemnizables.—El presente motivo debe ser estimado en cuanto impugna la condena de las empresas recurrentes a indemnizar a la asociación actora por la pérdida de valor de las viviendas de sus miembros, pues si absolutamente todas estas viviendas se construyeron años después de que las demandadas-recurrentes ejercieran y practicaran su actividad industrial en la zona, claro está que ninguna depreciación pudieron sufrir por el ejercicio de tal actividad, por más que el tribunal sentenciador la dé por sentada pero sin razonamiento alguno sobre la relación de causalidad, elemento este revisable en casación según la jurisprudencia.

Daño moral.—No está justificado, pues mientras las instalaciones industriales de las demandadas se encuentran en la zona urbana industrial del municipio, los miembros de la asociación actora, en cambio, adquirieron o construyeron sus viviendas en suelo no urbanizable-común rústico, e, incluso, uno de ellos en plena zona industrial, siendo conscientes de su proximidad a las instalaciones industriales de las demandadas-recurrentes y por tanto conociendo o debiendo conocer los ruidos, vibraciones y otras molestias que iban a sufrir en virtud de esa situación preexistente. Esto determina que, aun cuando efectivamente la actividad industrial genera ruidos que se transmiten a dichas viviendas, y que, desde este punto de vista, cause un daño a quienes las habitan, este daño no sea indemnizable por no ser antijurídico, ya que la decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio obliga a quien la adopta a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial. Se trata, en suma, de conjugar los intereses en conflicto de la forma más equilibrada posible, y a falta en el Derecho civil común de una regulación similar a la del art. 546.14 del CcCat, esta Sala considera que tampoco la indemnización por daño moral puede encontrar su fundamento en los arts. 590, 1902 o 7 Cc. (**STS de 12 de enero de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada por una Asociación de Vecinos de Elda, contra tres empresas que trabajan el mármol, con base en las inmisiones que

sufren sus miembros en las viviendas próximas a las instalaciones de aquellas, reclamando aprox. 125 millones de pts. La AP estima parcialmente el recurso de apelación reduciendo la cuantía aprox. a 12 millones. El TS estima el recurso de casación, con base en una interesante y matizada argumentación que puede introducir cierta clarificación temporal o cronológica en la creciente litigiosidad sobre el tema, con la consecuencia de absolver plenamente a las empresas demandadas. La Sala 1.^a actúa con nueve Magistrados, aunque no se dice expresamente que la sentencia se dicte *en pleno*. (G. G. C.)

21. Relaciones de vecindad. Teoría de las inmisiones. Responsabilidad extracontractual.—El artículo 590 CC constituye el núcleo de la teoría de las inmisiones, pues establece, de manera genérica, debiendo completarse con lo dispuesto en los arts. 1902 y 1908 CC, la prohibición de lesión medioambiental a las propiedades vecinas. Este artículo 590 CC contiene el supuesto de hecho consistente en la construcción, instalación y montaje de toda una serie de obras, artefactos y fábricas, junto a la cercanía de una pared. El TS entiende que la interpretación que debe darse al concepto de pared no ha de ser restrictiva, luego no es preciso que la pared sea ajena o medianera o que linde con la finca afectada, sino que se aplica a cualquier zona colindante o próxima y dicha proximidad se determina en función de la influencia que ejerce una finca sobre otra. (STS de 26 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los demandantes son los propietarios de tierras y casas próximas a la fábrica de cemento de la mercantil demandada, de la que piden la condena a implantar en el futuro las medidas correctivas que eviten la producción de daños en las fincas colindantes derivados de las emisiones sonoras y de partículas de la citada fábrica, así como a la indemnización de los daños materiales y morales hasta entonces producidos.

En primera instancia se estimó la demanda, tras constatar que las emisiones superaban los límites reglamentarios, que los daños y perjuicios alegados en la demanda son reales y que traen causa de la actividad de la mercantil demandada, existiendo, por tanto, relación de causalidad entre el daño causado y la conducta de la demandada.

Contra dicha sentencia, la compañía demandada interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial.

Seguidamente, el Tribunal Supremo desestima asimismo el recurso de casación interpuesto por la demandada, confirmando, por tanto, la sentencia recurrida. (G. M. A.)

22. Imputación de responsabilidad a empresas suministradoras de gas por explosiones. Relación de causalidad como elemento decisivo.—Afirma el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 11 de febrero de 1998, 3 de junio de 2000, 19 de octubre de 2007 y 19 de febrero de 2009) que, para la imputación de responsabilidad a las empresas suministradoras de gas por las explosiones producidas en los productos de las mismas, es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la

conducta del agente y la producción del daño, nexo que ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación del riesgo, por la objetivación de la responsabilidad o por la inversión de la carga de la prueba (SSTS de 21 de marzo de 2006, 30 de mayo de 2008 y 19 de febrero de 2009). Así, por ejemplo, se ha condenado a la suministradora cuando hay un defecto en la bombona (STS de 15 de noviembre de 2007), se ha llevado a cabo el suministro sin comprobar las instalaciones ni efectuar las oportunas revisiones (SSTS de 18 de mayo de 2005) o la explosión se ha debido al mal funcionamiento de la bombona (STS de 29 de marzo de 2006). No existe causalidad, sin embargo, cuando, en circunstancias como las de este caso, resultaba muy difícil detectar el defecto en la instalación, salvo que la inspección se hubiera producido en un momento cercano o inmediatamente posterior al cambio de las gomas. En todo caso, la prueba de este nexo causal corresponde al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que surge la obligación de reparación del daño causado (entre otras, SSTS de 14 de febrero de 1994 y 3 de junio de 2000). (STS de 25 de noviembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En un restaurante se produjo una explosión seguida de incendio que causó graves lesiones a una de las clientas presentes en el mismo, quien falleció un mes después. La explosión se debió a la colocación incorrecta de una de las gomas que conectaba las dos bombonas de gas butano existentes en la cocina del restaurante, ya que no estaba situada la brida que servía para fijar y apretar todos los elementos en el lugar adecuado.

Los familiares cercanos de la fallecida interpusieron demanda en reclamación de indemnización por daños contra la empresa suministradora del gas y contra el propietario del restaurante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al propietario del restaurante a parte de la indemnización solicitada. La empresa suministradora del gas quedó absuelta, al estimarse en la sentencia que no había tenido ninguna intervención en la incorrecta manipulación de las bombonas que explotaron. Esta sentencia fue recurrida tanto por los familiares de la víctima como por el propietario del restaurante. La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos, admitiendo la responsabilidad solidaria de la empresa suministradora del gas, pues estaba obligada a un seguimiento de las instalaciones a las que sirve sus productos. La empresa suministradora interpuso entonces recurso de casación contra la citada sentencia. (A. M. M.)

23. Responsabilidad de los Auditores de cuentas por negligencia: Ámbito subjetivo: Relación de causalidad.—Los Auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables —según el art. 11, ap. 1, de la Ley 19/1988, vigente cuando la demanda fue interpuesta—, de los perjuicios que hayan causado por negligencia, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de su prestación, sino también frente a los terceros que entren en relación con la sociedad auditada, y, entre ellos, los socios integrados en la misma.

Precisamente para hacer compatible esa regla general de responsabilidad con un correcto funcionamiento del mercado de capitales, con una capacidad de auditoría que resulte sostenible y con un mercado competitivo de servicios de esa clase, en el derecho europeo se proponen medios diversos de limitación de responsabilidad de los auditores, salvo que hayan infringido sus deberes dolosamente. Las propuestas van desde la limitación por pacto o por ley, a la fijación de un conjunto de principios en virtud de los cuales el auditor legal o una sociedad de auditoría únicamente serán responsables dentro de los límites de su contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante y, por tanto, no serán conjunta y solidariamente responsables con otros causantes del perjuicio. Dada la ausencia de previsión legal específica en nuestro derecho, la posibilidad de acciones de repetición contra otros responsables posibilita hoy una cierta aproximación de nuestro sistema de responsabilidad *in solidum* a este criterio de distribución final de la deuda indemnizatoria, tradicional en nuestro ordenamiento.

La relación de causalidad entre la conducta y el daño, según STS de 9 octubre 2008, se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla *conditio sine qua non*, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; así como la *equivalencia de condiciones*, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimida imaginariamente, la consecuencia desaparece también.

Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto. Se trata de construir la causalidad jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuridicidad al comportamiento fuente de responsabilidad (planteamiento seguido por SSTS de 29 de marzo y 6 de septiembre de 2005, 17 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008).

El Tribunal de apelación no modificó los hechos declarados probados en la primera instancia, y admitió la adecuación potencial del informe de auditoría, realizado deficientemente, para provocar la causación de daños y perjuicios a los socios de la sociedad auditada, puesto que las deficiencias de los trabajos de auditoría estaban relacionados con la gestión social que determinaron la situación de desbalance patrimonial y la insolvencia de la cooperativa. Sin embargo, negó finalmente la necesaria relación de causalidad entre la negligencia de los auditores y el daño sufrido por los demandantes, desde una visión jurídica asentada sobre concretos juicios de probabilidad. En la sentencia se destaca la cercanía de las fechas de conocimiento por los socios de los deficientes informes de auditoría y de solicitud por los gestores de la declaración de suspensión de pagos. Pero también debería haber puesto de relieve la gran trascendencia que actuar en ese tiempo, inmediatamente anterior a la iniciación de los procedimientos concursales, tiene para impedir que el deudor disponga de sus bienes u oculte la realidad para hacerla presentable a los acreedores en el procedimiento futuro. En todo caso, el periodo referido era suficiente para haber actuado los remedios que el estado de derecho pone a disposición de los perjudicados, que no eran solo los señalados en la sentencia recurrida y que podían tener por sujeto pasivo no solo a la propia cooperativa, sino también a sus administradores o a los terceros que,

según declara la resolución, percibieron injustificadamente fondos de la sociedad auditada.

Teniendo en cuenta el amplio abanico de instrumentos que el ordenamiento pone a disposición de quien sufre un perjuicio, siguiendo lo que para un caso igual declaró la STS de 14 octubre 2008, declaramos que un razonable juicio de probabilidad hubiera sido más eficaz que la que los actores emprendieron más tarde, al tener que aceptar, como única solución, un aumento de costes de la adjudicación de las viviendas, con novación de lo pactado y, al fin, con una forzada actitud de tolerancia ante el desconocimiento por PSV s.c. de la regla *pacta sunt servanda*. (STS de 15 de diciembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.] (G. G. C.)

24. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Valoración de perjuicios estéticos: Irretroactividad de la modificación introducida por Ley 34/2003.—La STS de 23 de abril de 2009 sienta la doctrina aplicable al presente supuesto en atención a la cual y resolviendo la polémica existente, establece que el límite de 100 puntos que rige en la redacción original del Anexo de la LRCSVM 1995 introducido por la Ley 30/1995 para el cálculo de las secuelas fisiológicas concurrentes, no es aplicable a los perjuicios de carácter estético, a los que se ordena no aplicar la fórmula reductora, la cual no afecta a la puntuación fijada para ellos, sin que el nuevo criterio de valoración introducido por la Ley de 2003 —que se funda en la distinción entre daño fisiológico y el perjuicio estético de la persona como susceptibles de valoración separada con un máximo total de 100 y 50 puntos respectivamente, ambos computables independientemente, de tal suerte que la indemnización final no resulta de la suma de puntos, sino de la suma de las dos cantidades que se obtienen aplicando de manera independiente a uno y otro concepto el valor del punto que respectivamente sea procedente— resulte de aplicación retroactiva a accidentes, como el de autos, ocurridos antes de su entrada en vigor.

Determinación de la indemnización conforme a las cuantías actualizadas a fecha de producirse el alta.—Esta Sala, en STS del Pleno de 17 de abril de 2007, fija la doctrina que necesariamente ha de servir para resolver el actual recurso y que luego se ha plasmado en SSTs de 9, 10 y 23 de julio, 18 de septiembre y 30 de octubre de 2008, que no ha aplicado la sentencia recurrida y que obliga a diferenciar entre régimen legal aplicable a un accidente, que viene determinado por la fecha del siniestro, y que será el que determine las consecuencias del accidente, incluyendo el número de puntos, y la cuantificación económica de dicho daño, que deberá llevarse a cabo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes, no en el momento de la liquidación o determinación judicial, sino en el que se produjo la estabilización de sus lesiones (alta médica). En este caso la curación del lesionado aconteció el 5 de diciembre de 2002, lo que lleva a calcular su indemnización con arreglo a las cuantías publicadas para ese año por la DGS en Resolución de 21 de enero de 2002 (BOE de 26 de enero), operación que se llevará a cabo en ejecución de sentencia.

Indemnización de gastos médicos futuros ocasionados por el accidente de tráfico: Cuantía: Moderación.—La sentencia recurrida descarta la posibilidad de indemnizar los gastos futuros por entender que, como venía siendo tradicional en la doctrina menor, fuera de los supuestos de acreditación de culpa relevante del conductor, en relación a los conceptos incluidos en el apartado B) de la

Tabla V del Anexo (afectada por la declaración de inconstitucionalidad), no cabe indemnizar la totalidad del daño acreditado. Esta concepción ha de entenderse superada a raíz de la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en s. de 25 de marzo de 2010, seguida por la sentencia de 29 de marzo de 2010, de la misma, para la cual, aun cuando el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, sí puede ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores correctores por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad de limitarlo a la culpa relevante del conductor, doctrina que parte de que el Sistema legal de valoración del daño corporal está integrado por normas que deben interpretarse con arreglo a los principios del ordenamiento, entre ellos la total indemnidad del perjuicio sufrido. Este marco normativo ampara la posibilidad de indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos sanitarios que traigan causa del accidente, entendidos en sentido amplio, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido. La controversia queda así constreñida a la valoración económica del daño objeto de resarcimiento, aspecto en el que discrepan los dictámenes aportados por los litigantes. Forzosamente debe tenerse presente que el cálculo de estos desembolsos futuros descansa en datos que no son ciertos, sino que se ofrecen al profesional con criterios meramente probabilísticos. Precisamente, el dato principal sobre el que pivota toda la operación, la esperanza de vida del perjudicado, es un dato aleatorio sujeto a avatares diversos, los cuales no resultan ajenos a los problemas inherentes a su propio estado de salud deficitario. Y cuando se trata de gastos de reposición del material o bienes que precisa la víctima para el disfrute de un mínimo de calidad de vida, también se maneja un dato incierto, obtenido por estimación, consistente en el tiempo medio de vida útil de cada uno de los bienes, dato respecto del cual el actuario de la parte actora ha optado por unos índices muy superiores a los que para igual clase de bienes establece el Ministerio de Hacienda (un 56 % inferiores), lo que obliga en aras a la equidad, a moderar la suma indemnizatoria, que se fija en el 60 % de la cantidad reclamada.

Intereses de demora: Consignación en garantía y para pago: Consignación correcta de la Aseguradora.—En relación con la consignación especial de la DA 8.^a de la Ley 30/95, en redacción anterior a la modificación de la Ley 21/2007, constituye doctrina jurisprudencial que la exención del recargo depende de que la compañía de seguros pague o consigne judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la producción del siniestro, pues de no ser así no cabrá aplicar los efectos impeditivos de la producción de mora (por todas, STS de 29 de junio de 2009), exigiéndose además, para el caso de que no pueda conocerse en dicho plazo el exacto alcance de los perjuicios a indemnizar, que se pida al juez una declaración sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada, previo informe del forense si fuera pertinente, y con arreglo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder con arreglo al Sistema legal de valoración.

Esta doctrina se ha completado por la fijada por la STS de 26 de marzo de 2009, que despeja dudas al respecto de la verdadera naturaleza de la referida consignación, concluyendo que solo a partir de la entrada en vigor de la

Ley 21/2007, puede afirmarse que la consignación liberatoria es la que se hace para pago, de modo que la realizada en este caso, y regida por el derecho anterior, no era para pago sino con finalidad estrictamente de garantía.

Resulta acertada la decisión de no imponer a la aseguradora los intereses del art. 20 LCS, por acomodarse su conducta con exactitud a la normativa que resulta de aplicación en esta materia. A esta conclusión se llega valorando que, ante un accidente de circulación de que se derivaron daños personales para la víctima con duración estimada de la curación superior a tres meses, la entidad A. consignó unos 180.000 euros, antes de expirar el plazo legal, solicitando pronunciamiento judicial sobre su suficiencia, atendiendo luego todos los requerimientos judiciales para elevar dicha suma en función del daño conocido. (**STS de 22 de diciembre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

25. Culpa extracontractual: Indemnización por accidente de circulación: Jubilación anticipada por incapacidad anterior al siniestro: Compatibilidad de factores correctores de la Tabla IV.—Esta Tabla del Anexo LRCSVM, que, según doctrina consolidada, ha de aplicarse en la redacción que estuviera vigente el día de producción del accidente, por ser determinante del régimen legal aplicable, y sin que afecten al perjudicado los cambios normativos posteriores, contempla como factor de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima. Cuando se trata del factor corrector por incapacidad permanente total, la norma condiciona su aplicación a la realidad de unas secuelas de carácter permanente y a que estas incidan en la capacidad de la víctima de manera tal que la priven totalmente de la realización de las tareas propias de su ocupación o actividad habitual.

En el presente caso, haciendo abstracción de que se cita como infringida la norma contenida en el Texto articulado de 2004, no aplicable por ser posterior a los hechos, ha de tenerse en cuenta que se descarta toda relación causal entre el accidente y la invalidez que determinó la jubilación anticipada de la actora, quedando excluida toda compatibilidad de factores correctores. Por ello resulta contradictorio que la recurrente esgrima a favor de su tesis la autonomía, independencia e incompatibilidad de dichos factores correctores, que es algo que reconoce el Sistema, y al mismo tiempo pretenda controvertir la decisión de la AP sobre la improcedencia del factor ligado a la invalidez por falta de prueba. (**STS de 29 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

26. Responsabilidad por daños en la circulación de vehículos a motor. Incidencia de la concurrencia de culpas.—Declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (*v. gr.*, STS de 12 de diciembre de 2008 y 25 de marzo de 2010) que la moderación de la responsabilidad del conductor en caso de concurrencia de culpas obedece a una ausencia total o parcial de relación de causalidad entre la conducta del demandado como causante del daño y el resultado producido, lo que impide que se le impute a aquel la totalidad del daño causado. Esta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solo aparece considerada en las tablas II, IV y V del Anexo LRC-SVM, como factor de corrección de las indemnizaciones básicas, sino que también se refleja en el artículo 1 y en el Anexo primero.2 de la misma

norma, como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas.

Revisión en casación de la fijación del grado de participación de los agentes en la producción del resultado dañoso.—Corresponde al tribunal de instancia fijar el grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso, a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas. Por ello, la revisión de esta cuestión en casación queda limitada a los supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal (SSTS de 20 de mayo de 2008 y 25 de marzo de 2010). (STS de 11 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rfos.]

HECHOS.—En el año 1988, don E. resultó gravemente herido al ser atropellado por un camión dentro del casco urbano. Queda acreditado que don E. circulaba con una bicicleta en compañía de varias personas y que, al llegar a un punto del recorrido en que el tráfico estaba detenido por un semáforo en rojo, trató de adelantar al mencionado camión por el lado derecho, en el hueco entre la calzada y la acera. Varios de los ciclistas del grupo se subieron para ello a la acera y sobrepasaron sin mayores incidencias al camión que estaba parado; sin embargo, al intentar esa maniobra don E. sufrió una caída, puesto que la bicicleta resbaló en el bordillo. Ello le situó en la trayectoria del camión, que en ese momento se puso en marcha al ponerse en verde el semáforo. Se considera probado que la caída se produjo justamente en la zona derecha de la cabina del camión, situada a cierta altura respecto del suelo, y que el conductor puso en marcha el vehículo tras mirar a la izquierda y al frente, pero no a la derecha, al no existir carril en tal lado. Como resultado del atropello, don E. sufrió graves lesiones que le han dejado secuelas que afectan a su desplazamiento.

Por estos hechos se siguió juicio de faltas contra el conductor del camión, que terminó en sentencia absolutoria. Don E. ejercitó entonces la acción directa contra la compañía aseguradora del vehículo, en reclamación de indemnización por el daño sufrido. La demanda fue desestimada en primera instancia, que declaró la culpa exclusiva de la víctima en la producción del accidente generador del daño. Interpuesto recurso de apelación por don E. este fue estimado en parte y se declaró la concurrencia de culpas entre la conducta de la víctima y del conductor del camión. A juicio de la Audiencia Provincial, la mayor peligrosidad del vehículo causante del atropello obligaba a extremar todas las precauciones en la conducción; la omisión de alguna de estas lleva a valorar en un tercio del total la contribución del conductor a la causación del accidente. La compañía aseguradora interpuso recurso de casación contra esta sentencia, no encontrando el Tribunal Supremo base en los hechos para modificar la valoración de los mismos por parte de la sentencia de instancia. (A. M. M.)

27. Responsabilidad por productos defectuosos: Prótesis mamarias: Acumulación de cuantías.—De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación de la Lec. 1881, cuando en el proceso exista plu-

ralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas en aquellos casos en los cuales exista identidad de título o de causa de pedir. Esta doctrina no ha sufrido alteración con el art. 252. 2.ª Lec. 2000, interpretado en relación con el art. 72, de suerte que para la acumulación de cuantías en este caso es suficiente que sea el mismo negocio jurídico (título), o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir). A este último supuesto deben asimilarse aquellos casos, en los cuales, aun cuando puedan registrarse diferencias en los hechos que conciernen a los distintos reclamantes cuyas pretensiones aparecen acumuladas, esta diferencia se refiere a aspectos accesorios (intensidad y circunstancias de los daños sufridos) y no altera la uniformidad en los hechos en los que se fundamentan las distintas pretensiones. En el presente caso los hechos son susceptibles de una consideración jurídica unitaria por constituir el objeto de reclamaciones acumuladas en materia de consumo, dirigidas contra productores o fabricantes por razón de un producto de serie al que se imputa en conjunto una calificación como defectuoso que afecta de idéntico modo a todos sus ejemplares. La individualización del carácter defectuoso de los concretos ejemplares de una serie de productos solo tiene lugar cuando no ofrecen el mismo grado de seguridad que los restantes ejemplares de la serie (art. 137.2 LGDCU).

Actos propios: Transacción no perfeccionada: Relatividad de la transacción.—Las tentativas o negociaciones encaminadas a lograr una transacción, cuando esta no llega a perfeccionarse, no pueden determinar el nacimiento de obligaciones en virtud del principio de los actos propios, pues por definición responden a una situación en la que se trata de lograr el fin de un conflicto mediante recíprocas concesiones que pueden comportar renuncia de derechos y solo pueden ser consideradas eficaces cuando el contrato se perfecciona en su conjunto y de acuerdo con su contenido definitivo. Quienes no participan en la perfección de la transacción quedan fuera del ámbito subjetivo de la eficacia relativa de dicho contrato, que para ellos es *res inter alios acta*. De esto se sigue que los acuerdos transaccionales no definen situación jurídica alguna respecto de quienes no intervienen en ellos.

Concepto legal de producto defectuoso: Excepción de los riesgos del progreso.—Del artículo 3 de la Ley de 1994 se desprende que el carácter defectuoso del producto, al que se liga el nacimiento de la responsabilidad, responde a circunstancias de carácter objetivo consistentes en que el producto no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, en función, entre otras circunstancias, del uso razonablemente previsible del mismo y del momento de su puesta en circulación. El artículo 5 solo requiere la prueba del daño y la relación de causalidad, sin que se precise demostrar negligencia por parte del fabricante o importador responsable. En el artículo 6 se recoge la llamada excepción de los riesgos del progreso, al establecer que de aquellos no serán responsables si prueban que el estado de conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

El concepto de seguridad que cabe legítimamente esperar protege frente a las consecuencias dañosas que son producto de la toxicidad o peligrosidad del producto. De esto se sigue que no responden a la seguridad aquellos productos que pueden ofrecer riesgos derivados de la falta de comprobación en el momento de la puesta en circulación de la falta de toxicidad o peligrosidad, cuando esta aparece razonablemente posible. En estos casos sólo pueden quedar eximidos el fabricante o el importador que prueben la denomina-

da excepción de los riesgos del progreso. Hay defecto de seguridad en la ausencia de comprobaciones necesarias para excluir dichos riesgos, pues esta ausencia constituye, por sí misma, un riesgo.

En el caso examinado, la extracción de la prótesis mamaria que se aconsejó a las portadoras, obedecía a que la agencia británica competente para la distribución de los productos sanitarios había recibido comunicados sobre complicaciones locales y a que la empresa fabricante a la que se plantearon cuestiones relativas a la seguridad a largo plazo del dispositivo y, especialmente, datos toxicológicos sobre los productos de degradación procedentes del aceite de soja, que era el material de relleno, no estaba en condiciones de responder a los interrogantes planteados por falta de los estudios necesarios, y optó por paralizar la comercialización y producción de la prótesis en Europa. Las autoridades médicas españolas optaron por la misma solución, aconsejando la extracción de las prótesis implantadas.

Carácter defectuoso del producto implantado.—Debe concluirse sobre el carácter defectuoso de las prótesis mamarias por los siguientes argumentos: a) La inexistencia de estudios en la empresa fabricante sobre la comprobación de los posibles efectos tóxicos del relleno de aquellas, revela un defecto del producto determinante de responsabilidad; b) El daño consiste en los perjuicios originados por la extracción prematura de unas prótesis implantadas con la expectativa de ser funcionales durante un periodo de tiempo prolongado; c) La parte demandada no probó la llamada excepción de los riesgos del progreso; d) La estabilidad de la prótesis constituye una cualidad directamente relacionada con la seguridad que cabe exigir del producto cuando este requiere un proceso quirúrgico, complejo y no inocuo, de implantación y extracción; e) El hecho de que las autoridades administrativas actuaran por razones de precaución no es obstáculo a la responsabilidad por el carácter defectuoso del producto. La ausencia de comprobaciones previas de la inocuidad es determinante de un defecto de seguridad en el producto, cifrado en el riesgo que comporta portar una prótesis respecto de la cual se desconoce su carácter tóxico o peligroso y se carece de una razonable garantía sobre la ausencia de estas circunstancias; f) El daño moral ocasionado por las prevenciones adoptadas por las Administraciones públicas es objetivamente imputable a los fabricantes e importadores; g) El hecho de que no se demostrase de manera definitiva la toxicidad del producto no obsta a su carácter defectuoso.

Falta de legitimación pasiva: Distribuidor en España de un producto representado en la UE por otra empresa.—Debe estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva por parte de un distribuidor en España de un producto representado en la UE por otra empresa.

Prueba de los requisitos establecidos para la responsabilidad por productos defectuosos: Daño moral: Cuantía de la indemnización según grado de afectación probado.—Debe considerarse suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la necesidad de extracción anticipada de las prótesis por su carácter defectuoso y los daños morales sufridos por las afectadas, los cuales se fijan en su cuantía ponderando los distintos grados de afectación que se ponen de manifiesto en los informes periciales.

Intereses.—Las indemnizaciones concedidas devengarán los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, con arreglo al art. 1108 Cc, según la más reciente doctrina jurisprudencial que ha superado el principio *in illiquidis non fit mora*, pues el devengo de intereses por las sumas concedidas opera como compensación del valor del dinero y debe considerarse justificado cuando no existe una diferencia sustancial entre la cantidad solicitada y la conce-

dida. También se devengarán los intereses procesales desde la fecha de esta sentencia, conforme al artículo 576 LEC. (STS de 9 de diciembre de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.-1. Seis mujeres de nacionalidad española reclaman a una empresa británica comercializadora, y a la distribuidora en España, una indemnización de daños y perjuicios por los efectos físicos, psicológicos y morales que padecieron o siguen padeciendo a causa de haberse sometido a sendas operaciones de implantes de prótesis mamarias que posteriormente les fueron extraídas siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo.

2. El producto inició su empleo en España en 1994, pasados los necesarios controles, y, por su conformidad con la Directiva 93/42/CEE, de 14 junio, obtuvo el *marcado CE*, y se admitió su distribución en todos los países de la UE. Las prótesis se ajustaron al RD 414/96 sobre productos sanitarios, por el que se operó la transposición al Derecho español de aquella Directiva.

3. La *Medical Services Agency* británica, competente en la distribución de productos sanitarios, recibió comunicados sobre complicaciones locales producidas en 74 mujeres portadoras de implantes de la misma marca, entre un colectivo de unas 5.000 implantadas, y, en 1999, de conformidad con el principio de precaución, planteó a la empresa fabricante una serie de cuestiones relativas a la seguridad a largo plazo del dispositivo y, especialmente, datos toxicológicos sobre los productos de degradación procedentes del aceite de soja, que era el material de relleno. La empresa fabricante no estaba en condiciones de responder a los interrogantes planteados, por falta de los estudios necesarios, y optó por paralizar la producción y comercialización de prótesis en Europa. La *Medical Services Agency* recomendó entonces a las portadoras de las prótesis que se sometieran a la medida quirúrgica de *explantation* (extracción).

4. En España, la DG de Farmacia y Productos Sanitarios del M. de Sanidad y Consumo dictó la Res. de 27 julio 2000, por la que ordenaba que fueran localizadas las portadoras de estas prótesis y aconsejaba que se sometieran a la extracción siguiendo el protocolo anexo, y la sustitución de las prótesis por otras que eligieran las pacientes, sin coste alguno para ellas, pues corría con los gastos la empresa británica comercializadora. Se trataba de una medida de prudencia con base en el art. 26 LGS, *aunque hasta el momento de resolver en segunda instancia no se tenía conocimiento de que se hubiesen comunicado efectos genotóxicos en pacientes portadoras ni en su descendencia.*

5. Las demandantes siguieron la recomendación de la autoridad sanitaria española y se les hizo la extracción, todo lo cual les originó una serie de perjuicios de orden físico, psíquico y moral, por los que reclaman una indemnización. Una de ellas aceptó el ofrecimiento económico de la empresa comercializadora durante el proceso, y quedó fuera del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda considerando que las actoras no habían probado que las prótesis eran defectuosas; que el riesgo de cambio de prótesis es inherente a la

implantación; y que el trauma psicológico originado por la alarma derivaba de la comunicación con carácter preventivo del Ministerio. La Audiencia Provincial confirmó el fallo argumentando que el producto no era defectuoso pues tenía el marcado de conformidad CE, y que las alarmas de la Administración sanitaria tenían carácter preventivo, estaban fundadas en el principio de precaución y se basaban en riesgos de carácter aquí extractada potencial, algunos de los cuales eran claramente infundados. El TS. con amplia y minuciosa argumentación, estima el recurso, aunque absuelve al distribuidor español por carecer de la representación de la empresa fabricante en el territorio de la UE.

NOTA: Sobre el régimen vigente de la responsabilidad, en general, conforme al Texto Refundido de la LGDCU, véase el amplio comentario de Azparren Lucas, en VVAA, *Comentarios* (dir. Cámara Lapuente), Madrid 2011, pp. 1153 y ss. En materia de responsabilidad por los productos, aprueba, en el caso, la absolución del distribuidor español, M.^a Ángeles Parra Lucán, *La protección del consumidor frente a los daños (Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios)*, Madrid 2011, p. 153, afirmando que la STS aquí extractada ha actuado correctamente por haberse demandado a un distribuidor del producto en España que está representado por otra empresa en la UE; a su juicio se trata de no poner trabas innecesarias a la libre circulación, mientras que las perjudicadas disponen de mecanismos accesibles para reclamar. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

28. Actio communi dividendo y los posibles acreedores.—El derecho que reconoce el artículo 403 CC a los acreedores de los copropietarios que ejercitan tal acción es triple: la concurrencia, la oposición y la impugnación.

La primera, conocida como «facultad de inspección», no va más allá de la concurrencia a la división para comprobar que se hace de una manera correcta, sin que se produzca fraude. Es una intervención potestativa.

La oposición se da en un momento anterior a la división, para garantizar los derechos de los acreedores (y cesionarios).

La impugnación de la división de la cosa común puede darse en un momento posterior, por razón de fraude de los acreedores, como acción personal en la que el acreedor actúa *iure proprio* y por razón de haberse realizado una oposición de manera formal para impedirla; impugnación que, en todo caso, deja a salvo los derechos del copropietario para mantener la validez de la misma.

El beneficio de inventario y su relación con la división de la cosa común.—La Ley pone a disposición del llamado a la herencia el beneficio de inventario para que pueda adquirirla separada de su propio patrimonio, hasta que se haya pagado a todos los acreedores (y legatarios). Su función esencial es limitar la responsabilidad del heredero al valor del activo hereditario. Por ello, el efecto básico es la no confusión de los patrimonios de heredero y causante (art. 1023.3.º CC), lo que conlleva la limitación de la responsabilidad de dicho heredero (art. 1023. 1.º CC) quedando la herencia en administración hasta que resulten pagados los acreedores (y legatarios) (art. 1026 CC).

De aquí que se pierda el beneficio de inventario si realiza algún acto doloso o culposo de enajenación de bienes hereditarios, conforme al art. 1024.2.º CC: se trata de una enajenación válida pero que entraña una irregularidad que se sanciona con la pérdida del beneficio de inventario.

La acción de división de la cosa común no puede considerarse incluida entre dichos actos. La división la ampara el artículo 400 CC, precepto de derecho imperativo; el beneficio de inventario está contemplado y admitido en los artículos 1100 y ss. CC. Este no empece a aquel: dividida la cosa quedará concretada la parte que corresponde a las demandadas y esta parte formará parte de su herencia, sin más. (STS de 28 de enero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El problema que se plantea en la presente sentencia es la posibilidad de ejercicio de la acción de división de cosa común, cuando una porción de la misma corresponde a una (en este caso, a dos) persona por su aceptación de la herencia (de la que esta porción forma parte) a beneficio de inventario.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda.

El Alto Tribunal, que confirma los pronunciamientos de las instancias inferiores, afirma literalmente lo siguiente: «Se ha dado una acción de división de cosa común, ejercida, por tanto, judicialmente, en el que una tercera parte forma parte de una herencia cuyas demandadas, actuales recurrentes, la han aceptado a beneficio de inventario. La relación entre una cosa y otra no plantea conflicto alguno y apenas se concibe sentido alguno a este proceso y mucho menos, que haya llegado a casación [...]». (B. G. F.)

29. Bienes de dominio público versus bienes de propiedad privada. Usucapión. Posesión en concepto de dueño.—Tal y como establece el art. 339 CC, son bienes de dominio público los destinados al uso o al servicio público, lo cual requiere tanto una afectación formal como una adscripción efectiva con carácter inalienable e imprescriptible por razón del interés general. De modo que no existiendo tal afectación material del terreno litigioso, los bienes han de ser considerados como patrimoniales o de propiedad privada perteneciente al Estado, pero pudiendo un tercero acceder a la propiedad de los mismos mediante la figura de la prescripción adquisitiva o usucapión. La jurisprudencia viene reiterando que el requisito de la posesión en concepto de dueño no es un concepto puramente subjetivo o intencional (SSTS de 20 de noviembre de 1964, 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 6 y 18 de octubre de 1994, entre otras), por lo que no basta la pura motivación volitiva representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo consistente en la existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, mediante los cuales la persona se presenta para con el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa (SSTS de 3 de octubre de 1962, 16 de mayo de 1983, 3 de junio de 1993 y 30 de diciembre de 1994). La apreciación de la existencia de estos actos es una cuestión de hecho, por lo que corresponde al juzgador de instancia. (STS de 2 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en la demanda de acción declarativa de dominio interpuesta por los actores contra el Ministerio de Defensa, la Autoridad Portuaria municipal y el Ayuntamiento de la ciudad en la que se ubica el terreno sobre el que pretenden se declare, en virtud de prescripción adquisitiva consumada, la titularidad dominical de los actores. En dicha finca se encuentra un negocio de restauración que venía siendo poseído desde el año 1918 por la familia de dichos actores.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando que la finca en cuestión era de la propiedad y dominio de los actores. Contra dicha sentencia el Abogado del Estado interpuso recurso de apelación.

La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto. Abundando en la valoración probatoria llevada a cabo por el Juzgado, la Audiencia considera acreditado que la finca sobre la que los actores ejercen la acción declarativa de propiedad fue poseída por la familia de estos, en todo momento, en concepto de dueño, conclusión que infiere de una serie de datos de hecho, como el contrato celebrado por el padre de los actores con el Ayuntamiento demandado para la exacción del impuesto de consumos de lujo.

Contra esta sentencia el Abogado del Estado interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas. (*G. M. A.*)

30. Tradición instrumental.—El otorgamiento de escritura pública no equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato —concurriendo así la salvedad final contemplada en el artículo 1462.2 CC—, cuando la eficacia de la compraventa y su efecto traslativo quede supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad. En tal caso, la inscripción registral del contrato resultará equiparable a la tradición o modo necesario para la transmisión de la propiedad.

Ilicitud de la causa.—Para apreciar la ilicitud de la causa, jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTs de 11 de diciembre de 1986, 29 de julio de 1993, 14 de junio de 1997 y 11 de febrero de 2001) ha exigido tradicionalmente que la finalidad inmoral o ilegal sea común a todas las partes contractuales. (**STS de 5 de noviembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una promotora inmobiliaria ejercita contra otra promotora una acción declarativa de dominio sobre la mitad indivisa de una finca que había pasado a un tercero de buena fe amparado por el artículo 34 LH, resultando desestimada la demanda. Tras este litigio, la demandante interpone acción contra la misma inmobiliaria —que había vendido la totalidad de la finca a un tercero— para solicitar el resarcimiento por la pérdida de la mitad indivisa de la citada finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión resarcitoria por la pérdida del inmueble, en una cantidad equivalente a la mitad del valor de tasación de la totalidad de la finca. Esta sentencia se funda en la de primera instancia del litigio precedente que, pese a no haber estimado la acción declarativa de dominio por haberse enajenado la finca

a un tercero, reconoce expresamente que la demandante gozaba de la propiedad de la mitad indivisa de la finca objeto del litigio. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo acoge en parte, pues rebaja el importe de la indemnización concedida en Primera Instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*M. C. C. M.*)

31. Subsanación de la escritura pública de declaración de obra nueva y división horizontal. Exigencias para la adquisición del derecho de propiedad. Teoría del título y del modo.—Según reiterada doctrina del TS, el párrafo 2.º del art. 5 LPH establece que el título constitutivo de la propiedad horizontal y su modificación deben ser otorgados por el propietario único o los propietarios del edificio, aunque el promotor haya vendido con anterioridad los pisos o locales en contratos privados (SSTS de 30 de marzo de 1999, 23 y 25 de marzo de 2004 y de 22 de septiembre de 2005, entre otras). A contrario se entiende que no puede ser sujeto de este negocio jurídico quien no ha adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local (STS de 30 de marzo de 1999). En base a la teoría del título y el modo, prevista en los arts. 609 y 1095.2 CC, la propiedad no se obtiene por quien ha obtenido el título —contrato de compraventa— pero aún no el modo —tradición real o simbólica—. La formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental, luego no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida (SSTS, entre otras, de 21 de marzo y 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002). Por tanto, al ser el promotor el único propietario goza de la cobertura del ordenamiento jurídico para la modificación de la escritura de obra nueva y división horizontal originaria. (**STS de 2 de diciembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La promotora de un conjunto residencial otorgó escritura pública de obra nueva y división horizontal, en la que se preveía inicialmente que un determinado terreno estaría destinado a ser zona común. En los contratos privados de compraventa por los que la promotora transmitió los componentes de la urbanización se contenía una autorización a la citada promotora para modificar la declaración de obra nueva. Posteriormente, dicha promotora otorga nueva escritura pública, de subsanación de la primera, por la que se otorga al propietario de uno de los locales el uso privativo y exclusivo de ese terreno. No consta que se hubiera producido entonces una entrega traslativa del dominio.

La comunidad de propietarios demanda tanto a la promotora como a los copropietarios a los que se les hicieron varias atribuciones en la escritura de subsanación. En dicha demanda se reclama la nulidad de parte de esta escritura.

En primera instancia se desestima la demanda por falta de legitimación activa, dado que el presidente que comparece en representación de la comunidad de propietarios actora no tiene la condición de propietario.

La sentencia de segunda instancia revoca la primera sentencia y estima la demanda. La Audiencia Provincial entiende que la promotora se extralimitó en sus funciones al otorgar la escritura de

subsanción, dado que entendió que esta se llevó a cabo después de la venta de algunos inmuebles en contrato privado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia de segunda instancia y revoca la dictada en primera instancia. Asimismo, desestima la demanda, absolviendo a los codemandados. (G. M. A.)

32. Modificación de elementos comunes por los titulares de los locales comerciales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.—En principio, el artículo 12 LPI, en relación con la regla primera del artículo 17 LPH, exige la unanimidad de la junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, al constituir una alteración del título constitutivo. No obstante, esto ha sido matizado por el propio TS, que considera que las exigencias normativas en materia de mayorías deben ser interpretadas de modo flexible, cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Es muy frecuente que, en el momento de construirse los edificios, sus locales se configuren con una pared de ladrillo para que el adquirente adecue la fachada de acuerdo con las necesidades estéticas inherentes al negocio que se va a desarrollar. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada. Aunque esta es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales (SSTS de 11 de noviembre de 2009 y de 30 de septiembre de 2010).

Se trata, en definitiva, de evitar que la aplicación rigurosa de la LPH impida a los titulares y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa. Al amparo de la falta de unanimidad en estos casos, se pretendía impedir la aplicación de la norma que autorizaba la realización de determinadas obras recogida en el Título constitutivo o en los Estatutos, por considerar que la existencia del consentimiento unánime es una norma de derecho necesario que no puede ser modificada por la voluntad de los particulares. La jurisprudencia ha fijado como únicos límites a dicha autonomía de la voluntad los recogidos en el artículo 7.1 LPH: que las obras en los locales genéricamente autorizadas en el Título no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración exterior o perjudique los derechos de otro propietario. (STS de 15 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—B. presenta demanda contra C., señalando que la obra realizada por el demandado, propietario de los dos locales de la planta baja del edificio, era ilegal, por ausencia del consentimiento unánime de los propietarios. Las obras consistían en la apertura de un hueco en la fachada o muro de cerramiento del inmueble en la parte trasera del edificio, que tenía como finalidad la unión de los locales con una construcción que se estaba elevando en el solar trasero del edificio, propiedad del demandado, y que no

formaba parte de la misma comunidad de propietarios. Se solicita que se reponga al estado primitivo dicho elemento común.

Cabe señalar varias cosas. Primera, que el promotor del edificio recogió en los estatutos comunitarios, así como en la escritura de obra nueva, el contrato concertado con la madre del demandado, en el cual se autorizaba la apertura de huecos de comunicación entre las lonjas y la construcción que estaba previsto edificar en la parte trasera del edificio. Segunda, el único acceso posible a los locales que se construyeran en la parte trasera del edificio era a través de una casa, pues el terreno sobre el que se iba a construir quedaba totalmente enclavado entre propiedades ajenas. Tercero, con ocasión del contrato por el cual el demandado cedía a la comunidad de propietarios tres metros cuadrados de la finca sita en la zaguera de la casa para la construcción de un ascensor, se reiteró la posibilidad de que el demandado efectuase una construcción sobre el citado terreno. Se argumentaba que tal posibilidad necesariamente tenía que llevar implícito el derecho a comunicar los locales a edificar, pues en otro caso se estaría previniendo construir unos locales carentes de acceso.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda por considerar que ni los Estatutos ni el título constitutivo pueden contener previsiones que contradigan las normas imperativas contenidas en la LPH. Faltando el consentimiento unánime de los propietarios, debe ser condenado el demandado a reponer los elementos comunes a su estado primitivo.

En apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso, al entender ratificada por la comunidad la autorización de adosar a la fachada una construcción nueva en la parte zaguera del edificio. La Audiencia consideró que la comunicación de las lonjas con la edificación que se construyese en la parte trasera, autorizada por los estatutos y ratificada en el acuerdo de cesión, no podía realizarse de otra manera que abriendo hueco en la fachada. Además, la apertura del hueco no perjudicaba la estabilidad o seguridad del edificio. Por otra parte, la comunicación de la nueva construcción con el exterior únicamente podría realizarse a través de las lonjas, por cuanto en la parte trasera únicamente había un callejón de un tercero sobre el cual no había derecho de servidumbre de paso. En relación a la modificación del suelo de la lonja, la Audiencia entendía que no suponía una alteración del elemento común, pues la rebaja del solado fue el resultado de la retirada del suelo flotante y del elemento aislante colocado por quien explotaba el local con anterioridad.

El actor interpone recurso de casación, alegando: 1) que el artículo 7.1 LPH es aplicable a los locales comerciales, cuyo fin es facilitar servicios a los propietarios; 2) la ley prohíbe llevar a cabo cualquier obra, alteración o modificación de elementos comunes; 3) cualquier alteración de un elemento común requiere el acuerdo unánime de los propietarios; 4) la norma estatutaria alegada por el demandado no ha sido ratificada en la junta de propietarios por acuerdo expreso de manera unánime. El Tribunal Supremo desestima el recurso con la misma argumentación que la Audiencia Provincial (*S. L. M.*)

33. Modificación de elementos comunes por los titulares de los locales comerciales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.—Según el artículo 7 LPH, la modificación de cualquier elemento común produce de hecho una alteración del título constitutivo, que necesariamente debe ser cambiado por acuerdo unánime de los copropietarios. Sin embargo, tratándose de locales comerciales, la posibilidad de realizar obras debe ser más flexible, pues la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter y a la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia y de publicitar y hacer atractiva su actividad para los clientes. Dicha modificación debe considerarse implícita en la finalidad comercial de los locales, salvo prohibición o limitación estatutaria establecida expresamente. Además, por las singulares características de los locales comerciales, en la práctica el título constitutivo suele reconocer la posibilidad de que los titulares de los mismos efectúen obras que afectan a algunos elementos comunes.

Así, no cabe hacer una interpretación del artículo 7 LPH idéntica para los locales de negocios y los pisos. Aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto. En las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores.

La facultad que permite la posibilidad de realizar obras de segregación y subdivisión deben estar orientadas a facilitar el aprovechamiento independiente de los locales que se formen. De no ser así, no tendría sentido que se permitiese la división de locales, puesto que, en la práctica, no podrían ser explotados económicamente como unidades independientes.

La doctrina del abuso de derecho.—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Se exige, para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los correspondientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho. Su apreciación exige una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

En materia de propiedad horizontal, se entiende que el abuso de derecho referido en el artículo 18.1.c) LPH consiste en la utilización de la norma por la comunidad con mala fe civil en perjuicio de un propietario. **(STS de 15 de noviembre de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores son dueños de un local comercial. De dicho local se segregó la primera planta, por así autorizarlo la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal de la comunidad a la que pertenece dicho local comercial. El local originario tenía entrada directa e independiente a

la vía pública. Al efectuar la segregación, la planta primera del local quedó incomunicada con el exterior. Los dueños del local solicitaron a la comunidad de propietarios: el reconocimiento de la segregación; su consideración de nuevos comuneros; la distribución de la cuota de participación del local para la contribución de los gastos de comunidad entre las dos fincas; y la autorización de la apertura de una puerta de acceso de la nueva finca al rellano de la escalera, así como el uso del ascensor en la planta primera. La Junta de propietarios celebrada al efecto denegó la solicitud de apertura de la puerta y el uso del ascensor. Los propietarios del local presentaron demanda de impugnación de los acuerdos adoptados en la Junta.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, al entender que la comunidad actuó de forma contraria a la ley y los estatutos, y por incurrir en abuso de derecho. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia, al entender que la comunidad de propietarios no había incurrido en infracción legal alguna ni en abuso de derecho, puesto que la apertura de la puerta y autorización de uso de los elementos comunes, como el ascensor, no estaba autorizaba por el título constitutivo, el cual excluía de la contribución a los gastos comunes al local comercial.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por los actores, que es estimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que la interpretación de la Audiencia Provincial de la cláusula citada contraviene el artículo 1258 CC por tres razones: 1) no es posible conjugar la autorización de segregación de una parte del local, que implica separación e independencia física, con la prohibición de facilitar el uso de la parte segregada con la lógica apertura de un acceso directa e independiente del local matriz; 2) la singular estructura del local hace que necesariamente la salida que se construya debe afectar a elementos comunes, al no existir otra puerta que la dé salida al exterior por la planta baja; 3) el edificio en cuestión está ocupado en la primera planta íntegramente por el nivel superior del local comercial, por lo que, dada la concreta configuración del edificio, conocida por quienes otorgaron la escritura de declaración de obra nueva, es lógico concluir que es consecuencia natural de la segregación dar salida al nivel superior del local al rellano de la escalera del primer piso. Finalmente, señala el Tribunal Supremo que no ha quedado acreditado el perjuicio que la apertura de la puerta al rellano de la escalera puede ocasionar a la comunidad de propietarios demandada. Sí se ha acreditado, en cambio, el daño que la falta de apertura de la puerta ocasiona a los demandantes, que no pueden usar el local segregado de forma independiente del local matriz, desvirtuando la finalidad de la segregación facultada en el título. Por tanto, el acuerdo adoptado por la Junta es nulo por contravenir el título constitutivo y por ampararse en la norma que exige unanimidad para denegar las obras solicitadas, en claro abuso de derecho. (*S. L. M.*)

34. Modificación de elementos comunes por los titulares de los locales comerciales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.—En principio, el artículo 12 LPH, en relación con la regla primera del artículo 17 LPH,

exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por constituir una alteración del título constitutivo. A ello hay que añadir que, en principio, el título constitutivo o los estatutos de la comunidad, no pueden resultar contrarios a las normas de derecho imperativo.

Sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que las exigencias normativas en materia de mayorías hay que interpretarlas de un modo más flexible cuando se trata de locales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Es muy frecuente que, en el momento de construirse los edificios, sus locales se configuren con una pared de ladrillo para que el adquirente adecue la fachada de acuerdo con las necesidades estéticas inherentes al negocio que se va a desarrollar. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada. Aunque esta es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad que se va a desarrollar en los locales. No obstante, las obras no pueden menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general o perjudicar los derechos de otro propietario. **(STS de 22 de diciembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor es titular de un local comercial situado en la planta baja de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Ha abierto tres huecos en la fachada, amparado en la autorización que le ofrecía la comunidad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda que solicitaba la declaración de nulidad de un acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios en virtud del cual se exigía al actor que procediera al cierre de los tres huecos abiertos, al haber ejecutado las obras sin el consentimiento unánime de la comunidad. Consideró que los estatutos de la comunidad permitían a los propietarios de los locales comerciales abrir huecos en la fachada del edificio.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formalizado por la comunidad de propietarios. Entendió que los estatutos permitían a los propietarios de los locales abrir huecos en su fachada, pero no en la fachada del edificio. Por tanto, a juicio de la Audiencia, el acuerdo de la comunidad exigiendo el cierre de los huecos es plenamente válido, ya que la LPH exige el consentimiento unánime de todos los propietarios para la alteración de un elemento común.

El actor plantea recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la aplicación indebida del artículo 7 LPH, entre otros motivos. El Alto Tribunal no acoge la distinción que realiza la Audiencia entre la fachada del edificio y la fachada del local. La pared o muro que delimita el local y le separa del exterior o de la zona común constituye fachada del edificio y, como tal, constituye uno de los elementos comunes sobre el que recae un derecho de copropiedad con los demás dueños de los pisos o locales del inmueble —así se desprende del artículo 396 CC y de la descripción en los estatutos de la comunidad—. La fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie. Así, cuando los estatutos de la

comunidad permiten a los propietarios de los locales comerciales modificar la fachada, sin duda se refieren a la fachada considerada como elemento común. Además, no se ha acreditado que los huecos abiertos provoquen un menoscabo o alteración de la seguridad del edificio o de su estructura general, ni que con tal apertura se hayan perjudicado los derechos de otro propietario. Por tanto, el TS acaba estimando el recurso planteado por el actor. (S. L. M.)

35. Propiedad Horizontal. Obras realizadas en local comercial. Alteración de elementos comunes. Posible autorización estatutaria.—La Ley de Propiedad Horizontal establece que sólo por unanimidad de los copropietarios reunidos en Junta pueden adoptarse válidamente acuerdos que impliquen una modificación de elementos comunes, y que resulta imposible que el título constitutivo de la Comunidad pueda contener normas que contraríen preceptos de naturaleza imperativa recogidos en dicha ley. La más reciente Jurisprudencia, al analizar situaciones relativas a locales comerciales que se encuentran ubicados en Comunidades de Propietarios, ha venido flexibilizando las exigencias normativas en materia de las mayorías necesarias para la aprobación de acuerdos con el objeto de posibilitar la actividad de los locales comerciales, que no es otra que servir de sede de diferentes negocios económicos. Si resultara imprescindible la instalación de ciertos elementos, aunque pudieran afectar a elementos comunes, su instalación no puede dejarse al arbitrio de que una minoría de copropietarios, sin razón legal que lo justifique, impidan su realización. En las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores.

Aunque la Jurisprudencia ha declarado que los estatutos de las Comunidades de Propietarios no pueden vulnerar normas imperativas, y ha llegado a declarar la nulidad de aquellos estatutos que permiten, *ex ante*, la realización de obras que afectan a elementos comunes, esta doctrina se atempera cuando esta autorización previa y afectación de elementos comunes se lleva a cabo por titulares de locales comerciales. En estos casos, las obras realizadas por el titular de locales comerciales que afecten a elementos comunes y que estén autorizadas por el Título o los Estatutos no se consideran contrarias a derecho, siempre que no afecten a la seguridad o estabilidad del edificio ni perjudiquen el derecho de otro propietario. (STS de 9 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Se solicita que el propietario y arrendataria de local comercial de un edificio procedan a restituir al estado que tenía el local con anterioridad a la realización de unas obras consistentes en la apertura de dos huecos en el forjado o placa de separación del bajo y del piso primero para la instalación de un pequeño montacargas y la realización de un hueco para la instalación de una escalera interior de unión de las dos plantas. Resulta acreditado que dichas obras, en modo alguno menoscaban o alteran la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudica los derechos de otro propietario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo desestima igualmente. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. I. M. P.*)

36. Vulneración del artículo 24 CE. Propiedad horizontal. Constitución en elementos privativos de una servidumbre de uso para instalación de ascensor a favor de la comunidad de propietarios. Indemnización de daños y perjuicios.—El Tribunal Supremo estima la infracción del art. 24 CE, al haberse valorado de forma incorrecta el informe pericial aportado a las actuaciones, con evidente indefensión para la parte. El informe del perito, aunque contemplaba otras posibilidades para ubicar la instalación del ascensor en el inmueble de la Comunidad que afectarían a otros elementos privativos, entendía que la posibilidad más razonable era la que afectaba al local de los recurrentes. La sentencia de la Audiencia entendió que el término «más razonable» no expresaba la imprescindibilidad de la servidumbre solicitada. A juicio del Tribunal Supremo tal modo de razonar de la Audiencia supone mantener un criterio valorativo desorbitado e irracional de la consideración que confiere al término «razonable», en base al cual llega a una conclusión contraria a las reglas de la sana crítica.

Constitución en elementos privativos de una servidumbre de uso para instalación de ascensor a favor de la comunidad de propietarios.—Los elementos privativos están sujetos, en beneficio de los demás y de la comunidad, a determinadas limitaciones, lo que supone que la Comunidad puede exigir de uno o de varios copropietarios la constitución de servidumbres permanentes sobre los elementos de uso privativo para la creación de servicios comunes si estos son imprescindibles para la ejecución de los acuerdos aprobados con las mayorías necesarias y responden a un interés general de todos los comuneros.

El Tribunal Supremo reconoce que la necesidad de ascensor que pueden tener los propietarios de viviendas no es un derecho de la Comunidad sin limitaciones, y que sin más requisitos que la obtención del «quórum» necesario se pueda obligar a un copropietario a ceder su parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor. Resulta necesario ponderar los dos bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la Comunidad a instalar un ascensor. También resulta preciso que el alcance de la afección sobre el elemento privativo no impida o merme sustancialmente su aprovechamiento, más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. (**STS de 15 de diciembre de 2010**; han lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se solicita por la Comunidad de Propietarios que se declare su derecho a ocupar una superficie del local para constituir una servidumbre de uso necesaria e imprescindible para la instalación de un ascensor. La instalación del ascensor no inutilizaría funcional ni económicamente el local ya que no se afecta la parte abierta al público y resta sin ocupar una zona importante de trastienda y servicios instalados en la misma (baño) que no se ven afectados en modo alguno por la ubicación del hueco del ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando el derecho de la Comunidad de Propietarios a ocupar la superficie del local de planta baja constituyendo sobre dicha superficie una servidumbre imprescindible para la instalación del ascensor, debiendo permitir la demandada la entrada en su local para la realización de las obras necesarias para la instalación del ascensor, con la obligación por parte de la comunidad de propietarios de indemnizar al propietario afectado por los siguientes conceptos: a) una indemnización a precio de mercado, según locales de iguales características y ubicados en la misma zona e idéntica localidad, correspondiente a la superficie en m² invadida, incluida la superficie de vuelo que se va a ocupar y calculada conforme al tiempo en que se proceda a la ejecución de las obras; b) una cantidad a tanto alzado por el demérito experimentado por el local como consecuencia de su menor superficie en la zona de trastienda precisando que, a falta de acuerdo sobre dicha cantidad y siendo necesario acudir en ejecución de sentencia a la designación de un perito judicial, los gastos de todo tipo que se generen correrán a cargo de la comunidad de propietarios actora; c) una indemnización dineraria por todas las consecuencias que la instalación del ascensor pueda producir a las demandadas en la relación arrendaticia existente en el local, debidamente acreditadas, incluidas posibles reducciones de la renta a percibir por la parte demandada durante la ejecución de las obras precisas para la instalación del ascensor u otras vicisitudes que, como consecuencia de las mismas, afecten a la relación arrendaticia y, d) una indemnización dineraria para el supuesto de que, como consecuencia de la ejecución de las obras precisas, se causen daños al local previa acreditación fehaciente de los mismos.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo estima, revocando la resolución apelada y absolviendo a los demandados de la acción en su contra ejercitada. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y al de casación interpuestos, casando la sentencia recurrida y manteniendo en su integridad la sentencia dicta por el Juzgado de 1.ª Instancia. (*M. I. M. P.*)

37. Propiedad horizontal. Instalación de ascensores. Constitución de servidumbres en elementos privativos.—La instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre para tal fin, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo. Pero la ocupación de un espacio privativo no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo. (**STS de 22 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado desestimó una demanda mediante la que el propietario de un local de negocio integrado en una comunidad sometida al régimen de propiedad horizontal, impugnaba un acuerdo comunitario, por el que se acordaba la instalación de un

ascensor en el edificio y la constitución de una servidumbre para tal fin, en el local propiedad del actor. Igualmente estimaba la acción reconvencional ejercitada por la comunidad, por la que se declaraba la obligación del actor de soportar la servidumbre constituida en su local para la instalación de un ascensor y se fijaba una indemnización a su favor a cargo de la comunidad.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formalizado por la parte actora y declaró la nulidad del acuerdo de la comunidad de propietarios. (B. G. F.)

DERECHO DE FAMILIA

38. Divorcio: Pensión compensatoria: Inexistencia de interés casacional: Desestimación por causa de inadmisión.—Según ha señalado de manera constante esta Sala, el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso, en contradicción con la doctrina de esta Sala. Dicho conflicto, que ha de existir y ser acreditado por la parte, ha de venir referido al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, y de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, siendo improcedente todo intento de recurso en el que el interés casacional invocado se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha. En esta modalidad de recurso, la doctrina invocada no ha de ir referida a un supuesto de hecho idéntico o semejante a aquel sobre el que versa el litigio en el que se invoca, pero sí ha de ir referido a la misma cuestión jurídica, ya que ello es imprescindible para que el recurso cumpla la función nomofiláctica y unificadora a la que está ordenado; no cabe confundirlo con la invocación de determinado criterio de esta Sala sobre una cuestión más o menos relacionada con el litigio, en apoyo de los argumentos de la parte recurrente, pues en estos supuestos lo importante no es la infracción legal cometida, sino que concurra alguno de los casos que taxativamente prevé el art. 477.3 LEC 2000, ya que solo entonces será legalmente interesante que el Tribunal Supremo examine una específica vulneración de norma sustantiva en un concreto pleito. El art. 485.2 LEC 2000 permite a la parte recurrida, en trámite de oposición al recurso, alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido rechazadas por el tribunal; entre ellas, el ordinal 3 incluye la inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial. Esta Sala ha declarado que la apreciación de una causa de no admisión del recurso comporta la desestimación del mismo.

En el presente caso nos hallamos ante un supuesto de interposición defectuosa del recurso por inexistencia de interés casacional, con cita de norma infringida meramente instrumental, que trae consigo un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente. La sentencia recurrida razona sobre la procedencia o no de la pensión solicitada por la recurrente a partir de las circunstancias contempladas en el artículo 97 Cc, que la ley le obligaba a valorar, sin que la circunstancia de que la demandada no comparta sus conclusiones, constituya motivo suficiente para apreciar la vulneración normativa y jurisprudencial que se denuncia, en la medida que la AP respeta los parámetros fijados por la ley y doctrina aplicable, alcanzando una conclusión

que no puede tacharse de ilógica e irracional (STS de 4 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La solicitud por la esposa de una pensión de 6.000 euros en proceso de divorcio, se redujo a 1.200 euros por el Juzgado de Primera Instancia, siendo rechazada íntegramente por la Audiencia Provincial. Sentencia *pedagógica* de la Sala 1.^a estableciendo doctrina que no resulta —a mi juicio— inoportuno reiterar, porque la comprensión de la finalidad y funcionamiento de este motivo de casación no parece haber calado todavía, de modo suficiente, en los ámbitos de nuestra praxis procesal. Adviértase, no obstante, que el Ministerio Fiscal se había adherido al recurso y solicitado su estimación.

En todo caso, la reforma de 2005 ha sido algo más que puramente terminológica (*compensación, por pensión compensatoria*). Como dice Martínez de Aguirre, en VVAA, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3.^a ed. (Madrid 2011), p. 185, los problemas que suscita la compensación acordada como pensión son peculiares y diferentes de los que presenta a tanto alzado: mientras la pensión se prolonga en el tiempo, lo que introduce mayores incertidumbres sobre su eficacia, y exige prever mecanismos de actualización, garantía y extinción, la compensación a tanto alzado desaparece cuando es pagada, y no se proyecta hacia el futuro. Quizá ello —sugiere razonablemente—, y no la mera inercia explique por qué los arts. 97.2 a 101 Cc, que resuelven algunas de esas cuestiones, se refieren únicamente a la pensión, y no a la compensación de que habla el art. 97.1. (*G. G. C.*)

39. Desahucio por precario: Distinción entre precario y comodato: Doctrina jurisprudencial: Atribución del uso de la vivienda en procedimiento de familia: Oponibilidad frente a terceros.—La STS de 26 diciembre 2005, seguida por otras posteriores (30 junio y 22 octubre 2009, y 14 julio 2010) fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En caso afirmativo, los conflictos en torno al uso deben resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio jurídico. Pero de no resultar acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es un precario.

B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecida en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la Sentencia del Pleno de esta Sala de 18 enero 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los pará-

metros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios.

C) Como ha señalado también la Sentencia del Pleno de esta Sala de 14 enero 2010, el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del Derecho de familia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, tal derecho no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto; autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como *actos de disposición de la vivienda*. Dicha limitación es oponible a terceros, y por ello es inscribible en el Registro (RDGRN de 10 octubre 2008).

Diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión meramente tolerada por la condescendencia del propietario; en este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC, *no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges*.

D) La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la actora, y frente a su reclamación, la parte demandada funda exclusivamente su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia de separación entre ella y su esposo, hijo de la actora, le atribuyó el uso de la vivienda, cuando aún ambos eran propietarios de la misma. Lo cierto es que la pérdida del derecho de propiedad tanto de la demandada como de quien fue su esposo, tiene su origen en un procedimiento de ejecución consecuencia de la falta de cumplimiento de una obligación de pago de ambos cónyuges. Tal y como ya valoró la STS de 8 octubre 2010, en supuestos en los que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, se corrobora que la atribución del uso del inmueble a uno de los cónyuges no puede afectar al derecho de propiedad del adquirente.

En consecuencia, adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación. Desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario (**STS de 22 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Para Lacruz, *Elementos*, IV (a cargo de Rams Albesa), Madrid 2005, p. 102, es de difícil calificación jurídica el derecho que sobre la vivienda familiar y el ajuar doméstico, puede corresponder al cónyuge no titular de los mismos. Por lo que a la vivienda se refiere, podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no

vitalicio constituido con arreglo a la ley por decisión judicial. La presente S. de evidente carácter *pedagógico*, intenta sistematizar la variedad de hipótesis tratando de encajar el supuesto-límite del caso. Véase también Martínez de Aguirre en VVAA, *Curso*, IV, *Derecho de Familia*, 3.ª ed. (Madrid 2011) pp. 182 y ss. (G. G. C.)

40. Reconocimiento de complacencia: Impugnación: Jurisprudencia no uniforme.—El menor Balbino nacido el 15 junio 1991 y reconocido por su madre Celsa, lo fue también por complacencia el 4 septiembre 1998 por el actor y recurrente Juan Miguel. Dos años más tarde Celsa y Juan Miguel contrajeron matrimonio. El 22 marzo 2005 la esposa presentó demanda de separación, dictándose medidas provisionales. Sucesivamente, el 29 marzo 2005, el marido impugnó la paternidad de Balbino y ejercitó la nulidad del reconocimiento. En la contestación se alegó la excepción de caducidad además de la oposición al fondo de la demanda. La demanda del marido fue rechazada en ambas instancias.

La falta de una línea constante en la resolución de los problemas suscitados por los llamados reconocimientos de complacencia o de conveniencia, en la jurisprudencia de esta Sala, puede ser la causante del planteamiento de varios litigios en los que es posible citar como apoyo sentencias distintas de aquella, y también debido al hecho de que la regulación legal de los efectos de tales reconocimientos no se contemplan ni en la regulación del CC ni tampoco en la Ley 25/2010, del Libro II del Código civil catalán.

Después de las SSTs de 29 octubre y 5 diciembre 2008, cabe extraer las conclusiones siguientes: 1.ª La filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento puede impugnarse a través del art. 141 Cc si se demuestra que en dicho reconocimiento concurrió un vicio de la voluntad; 2.ª El art. 140 CC permite también la impugnación de este tipo de filiación; y 3.ª En cualquier caso, deben respetarse las condiciones de legitimación y plazos para el ejercicio de la acción establecidos en el art. 141 CC.

La jurisprudencia ha deducido de todo ello que hay dos vías para impugnar este tipo de filiación, según si se recurre a los vicios de consentimiento o a la propia filiación determinada por el reconocimiento. La impugnación basada en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el art. 140 CC, que, por otra parte, no excluye la posibilidad de impugnar por vicio del consentimiento, como han dicho las SS. de 2008 citadas. (**STS de 29 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Es laudable que la propia Sala 1.ª reconozca, cuando se da en puntos concretos, la existencia de jurisprudencia contradictoria y que, para el futuro, trate de unificarla. En la doctrina también hay lógica discusión al respecto; por mi parte, sigo manteniendo la posibilidad de impugnar el reconocimiento de complacencia por falta de veracidad biológica (que expresé en la actualización a Castán, V-2, 10.ª ed., Madrid 1995, pp. 213 y s.), opinión a la que se adhiere Martínez de Aguirre, *op. cit.* III, p. 319, recogiendo opiniones de García Vicente y Rivero Hernández. En el presente caso ¿podrá el reconocedor plantear de nuevo la cuestión, con base en la doctrina aquí sentada, ejercitando la nulidad por no responder la filiación (tanto se la considere, en el supuesto, matrimonial, como no matrimonial) a la realidad biológica?

Las SS. de instancia para rechazar la demanda se apoyan exclusivamente en la caducidad de la acción por vicios del reconocimiento de complacencia (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

41. Sucesión testada mediante testamento ológrafo: Interpretación: Legado de usufructo en forma sucesiva.—La complejidad de las disposiciones testamentarias relativas al legado de usufructo establecidas en el testamento ológrafo del causante redactado en 1889 y modificado en 1891, presenta, en primer lugar, un problema de interpretación. Se trata de determinar si la cláusula testamentaria contenía o no un llamamiento a las personas que se disputan en este pleito la titularidad del legado, de modo que no interesan las vicisitudes por las que el legado ha ido pasando; para ello se debe examinar la literalidad de la disposición, pues solo si esta no resulta clara, se deben utilizar otros medios para fijar su sentido.

Hay que determinar si los nietos de D. Luis María, entre los que se encuentra el actual demandante recurrido, estaban o no llamados a la sucesión en el legado en cuestión. En este punto el testador dijo: *Si D. Carlos María y sus hijos no tienen sucesión legítima, la parte de los bienes que le hubiere correspondido pasará en usufructo a D. Luis María y sus hijos legítimos, y la plena propiedad a los hijos legítimos de estos, o sean los nietos de D. Luis María.* Es decir, estos cerraban las sucesivas transmisiones y consolidaban el usufructo y la nuda propiedad, y se efectuaba un llamamiento expreso a dichos nietos, de modo que en este aspecto pocas dificultades de interpretación ofrece la citada cláusula. De todo ello puede deducirse que la sentencia recurrida resulta correcta en cuanto reconoce el derecho del demandante al legado, puesto que, siendo nieto de D. Luis María, estaba directamente llamado en el testamento, independientemente de que su padre hubiese o no premuerto. En definitiva, el llamamiento fue efectuado a los nietos de D. Luis María, entre ellos al recurrido, quien adquirió por derecho propio la parte correspondiente de los bienes legados.

Parece conveniente, no obstante, proseguir en su estudio, analizando cuestiones conexas.

Usufructos sucesivos sin atribución de propiedad.—En este caso existe la disposición efectuada en forma de usufructos sucesivos, sin atribuir a nadie la nuda propiedad hasta el momento de la consolidación en cabeza de los nietos de D. Luis María. En nuestro CC la institución de usufructos sucesivos aparece expresamente admitida en el artículo 787 CC, que se remite a lo dispuesto en el artículo 781 y que se asemeja a las históricas instituciones en usufructo, que han dado lugar desde antiguo a distintas interpretaciones, para evitar que no existiera un heredero en la sucesión y hubiera que abrir la sucesión intestada, en aquellos sistemas en los que rige el principio de incompatibilidad entre sucesión testada e intestada. No puede acusarse a la sentencia recurrida de efectuar una distinción entre los llamados en usufructo y los llamados como propietarios, porque ni esto es imposible, ni resulta contrario a la voluntad del testador. Otra cosa son los remedios que la legislación establece en estos casos, pero no puede dudarse que la institución en usufructos sucesivos es posible, está prevista en el artículo 787 CC, que se remite a lo dispuesto para las

sustituciones fideicomisarias y nunca se ha planteado en este litigio la problemática técnica relativa a las soluciones que deban darse a la nuda propiedad.

Llamamientos condicionales.—El testador efectuó una serie de llamamientos, algunos ciertamente condicionales, y otros directos. Pueden aquí barajarse las teorías de las instituciones condicionales *si sine liberis decesse-rit* y de los hijos puestos en condición. Pero hay que reconocer que llega un momento en que el testador fija el final de los llamamientos sucesivos, que acabarán en los nietos de D. Luis María o D. Carlos María. Los nietos no están llamados condicionalmente, sino previstos directamente por el testador; los anteriormente llamados lo están para conservar los bienes a fin de que lleguen a este punto y por esto, en relación a dichos nietos, no puede hablarse de condiciones de ningún tipo, puesto que se efectúa un llamamiento directo y, además, libre. Esta Sala está de acuerdo en que para dichos llamados, nietos de D. Luis María, habría el testador establecido una sustitución pura y no condicionada, resultando inaplicable el artículo 759 CC.

Interpretación de la expresión «grado» en la sustitución fideicomisaria.—La jurisprudencia, especialmente a partir de la STS de 23 junio 1940, ha interpretado la expresión *grado* en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir, transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial. En este caso se han efectuado dos transmisiones, teniendo en cuenta que hubo sustitutos vulgares que no consumen grado por encontrarse en el mismo lugar de su premuerto.

Infracción del artículo 38.2 LH: Doctrina jurisprudencial.—Según STS de 14 marzo 2000, ya en SSTS de 3 abril 1956 y 22 abril 1970, declaró esta Sala que, de no haber terceros interesados, es decir, si el juicio se ventilaba únicamente entre quienes figuraban en el asiento registral, la omisión en la demanda de la petición expresa de nulidad o cancelación de la inscripción registral no impedía su admisión ni su estimación, porque era posible pedir la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia. Esta doctrina se ha consolidado, y desde 1989 es constante la jurisprudencia que flexibiliza racionalmente el requisito del pár. 2.º del artículo 38 LH interpretándolo en el sentido de entender implícita la petición de nulidad o cancelación del asiento registral cuando en la demanda se ejercite una acción contradictoria de dominio inscrito. Doctrina aplicable al presente caso en que se debate un conflicto exclusivamente entre familiares (**STS de 22 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La interpretación de la limitación al *segundo grado* de las sustituciones fideicomisarias es una *vexata quaestio* ya desde el momento de elaborar el Cc. Una descripción de la evolución que se ha seguido en la interpretación del mismo puede verse en Lacruz, *Elementos*, V, *Sucesiones*, Madrid 2007 (ed. a cargo de Rams Albesa), pp. 263 y ss. La sentencia extractada se acoge a la más amplia, reiterada ya desde mediados del siglo pasado. (G. G. C.)

42. Testamento: Interpretación fideicomiso de residuo: Disposición testamentaria en favor del fideicomisario: No hay efecto extintivo.—La conclusión obtenida por la Audiencia no puede ser compartida en cuanto se opone a la evidente voluntad de la heredera fiduciaria de su esposo, la cual disponía de las más amplias facultades de disposición sobre los bienes heredados, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, de modo que incluso los que eran

objeto de fideicomiso podían ser transmitidos a personas distintas de los fideicomisarios, extinguiendo así el fideicomiso; pero no puede entenderse que producía tales efectos extintivos del fideicomiso la disposición efectuada en testamento precisamente a favor del fideicomisario y sobre los bienes objeto del fideicomiso, pues ha de entenderse que, en tal caso, la fiduciaria no hacía otra cosa que ratificar los términos del fideicomiso y poner de manifiesto su voluntad de no hacer disposición sobre tales bienes al amparo de la facultad que le había sido concedida.

Se entienden infringidos los artículos 675 y 784 Cc, en cuanto el primero dispone que la intención del testador es el elemento interpretativo que en todo caso ha de prevalecer, incluso frente a la propia literalidad del testamento, y en el presente caso la voluntad de la testadora, heredera fiduciaria de su esposo, era, sin duda, favorable al mantenimiento del fideicomiso en la parte que expresamente atribuyó al sobrino, que le premurió, por lo cual los hoy demandantes, herederos de aquel, ostentan el derecho que al mismo asistía sobre el objeto del fideicomiso, de conformidad con el segundo de los preceptos infringidos, en cuanto dispone que *el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquel pasará a sus herederos.*

Prohibición testamentaria de acudir a la vía judicial: Interpretación.–

Hay que destacar que son los recurrentes los que han acudido a la vía judicial en defensa de su derecho, y, por otra parte, la recta interpretación de dichas prohibiciones lleva a entender que lo querido por el testador es impedir que cualesquiera personas beneficiadas por su disposición testamentaria reclamen la intervención judicial para obtener mayores derechos que los que les han sido reconocidos por el propio testador, pero en absoluto impiden que, ante la disconformidad de los interesados con la interpretación que cada uno de ellos sostenga sobre la voluntad del testador en cuanto a la atribución de bienes o derechos a cada uno de ellos, sean los tribunales los que decidan sobre ello previa solicitud de aquel que se considere perjudicado por la posición adoptada por la mayor parte de los interesados (**STS de 2 de noviembre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

43. Sucesión testamentaria: Interpretación de testamento: Legado del único bien de la herencia y pago de legítimas: Partición del testador.–El recurrente señala como infringido el artículo 675 CC, relacionándolo con las normas sobre institución de heredero en cosa cierta (art. 768), legítimas (arts. 821, 829, 845 y 846) y partición (arts. 1056 y 1057). La situación que deriva del testamento de la causante D.^a Leonor, es la que sigue: Tres de los hijos legitimarios resultan favorecidos con el legado de la única finca existente en la herencia, al parecer, el único bien de la testadora, y son obligados a pagar a los demás legitimarios su legítima estricta en dinero. La problemática litigiosa se plantea en torno a la corrección o incorrección de la partición efectuada por el contador-partidor, dadas las expectativas de valor que afectan a la finca objeto del legado.

La cláusula contenida en el testamento de D.^a Leonor podía dar lugar a dos posibles soluciones: 1.^a La aplicación de los artículos 841 y ss. CC, porque se ha producido la adjudicación del único bien de la herencia y se obligó a los legatarios-adjudicatarios a pagar la legítima de los demás en dinero. Solución, en principio, correcta, que tropieza con la dificultad del artículo 844 CC, que no parece deba ser aplicable a aquellos casos en que el testa-

dor imponga a sus herederos o legatarios la carga de pagar legítimas en dinero, puesto que entonces el legatario no está autorizado para actuar de una forma distinta, ni en consecuencia, es titular de ninguna facultad de optar, ya que al pagar las legítimas en dinero está cumpliendo la voluntad testamentaria que no puede infringir. 2.^a Aplicar el artículo 1056, único vigente en el momento en que la causante otorgó su testamento. Solución que tropieza con distintas dificultades, tales como que la norma que rige la sucesión de D.^a Leonor es la vigente en el momento del fallecimiento del causante, no la del otorgamiento del testamento, y la testadora falleció estando vigentes los artículos 841 y ss. CC, los cuales no pudieron ser tenidos en cuenta en el momento de redactar el testamento, debido a que se introdujeron en 1981.

La interpretación de la voluntad testamentaria nos lleva a concluir que la testadora actuó teniendo en cuenta el artículo 1056 CC, que le permitía: a) conservar indivisa su explotación agrícola; b) adjudicarla a quienes consideraba más aptos para gestionarla; c) usar la facultad del propio texto legal mandando que se pagaran las legítimas de los demás en metálico. Esta interpretación razonable de la voluntad testamentaria ha sido desnaturalizada por las expectativas urbanísticas de la única finca de la herencia, pero la exclusión de dicha finca de la comunidad hereditaria, hizo que de acuerdo con el artículo 822.2 CC, deba ser el legatario quien sufra su pérdida o deterioro, así como que también se aproveche de sus aumentos y mejoras. Otra cosa sería consagrar la inseguridad jurídica, puesto que en cualquier momento los legítimos tendrían derecho a pedir la revisión de las valoraciones y de la correspondiente partición (**STS de 9 de diciembre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

44. Publicidad. Prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas: interpretación.—No puede aceptarse que la prohibición de publicidad del alcohol deba ser objeto de una interpretación de carácter restrictivo fundada en que implica una limitación de derechos económicos, como el de la libre empresa. El TJUE, fundándose en la extraordinaria relevancia que tiene la protección del derecho a la salud desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona, ha declarado con reiteración que una normativa que limita las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo, responde a las preocupaciones por la salud pública y no vulnera las libertades económicas, porque se trata de límites basados en un interés público legítimo. De igual manera, en el plano nacional, cuando se produce un conflicto entre valores y bienes constitucionales, la ponderación que debe realizarse debe atender, entre otros elementos, a la importancia que la CE atribuye a cada uno de aquellos en el conjunto del sistema de derechos constitucionales. La promoción de la salud es contemplada por la CE como un principio rector de la política social y económica, pero esto no significa que la salud solo tenga relieve constitucional desde este punto de vista, pues el daño a la salud afecta a derechos fundamentales de primer orden, como son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

Publicidad. Prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas: excepciones.—El hecho de que se establezcan excepciones en la *Ley de la Comuni-*

dad de Madrid de 5/2002, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos (para las terrazas, veladores, o en días de fiesta o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal) no invalida la regla general de la prohibición, ni comporta que esta quede sin efecto en el ámbito no comprendido por las excepciones.

Publicidad. Prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas: alcance y efectos según lugar de realización.—El alcance y las consecuencias de la actividad publicitaria son muy distintas si la publicidad se realiza con carácter general en la vía pública, en cualesquiera lugares por los que inevitablemente transitan todo tipo de personas, incluidas las que padecen adicción al alcohol, y en cualquier circunstancia, que la publicidad limitada a lugares acotados en la vía pública, cuyo efecto tiene carácter limitado y puede ser evitado por quienes lo deseen no concurriendo a los expresados lugares. (STS de 3 de enero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La Asociación de Usuarios de la Comunicación interpuso demanda contra B. E., S. A. como consecuencia de la colocación de vallas publicitarias de bebidas alcohólicas en la vía pública. El Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Madrid desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

45. Títulos-valores. Abandono del sistema causalista.—La Ley Cambiaria y del Cheque de 1985 se aparta del clásico sistema causalista y deja de entender la letra de cambio como un instrumento de ejecución de un contrato subyacente, y suprime todas las referencias a la provisión de fondos salvo la referida a su cesión contenida en el artículo 69 de la propia Ley; y en el artículo 67 dispone que «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él». Frente al ejercicio de la acción cambiaria, según establece el artículo 67, regula un régimen único de excepciones, oponibles tanto en el juicio ejecutivo como en el ordinario cuyo enunciado se hace genéricamente y no en la forma detallada y rígida en que lo recogía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Títulos valores. Excepciones derivadas de la relación causal.—La alegación de hechos pertenecientes a la relación causal subyacente es admisible de forma completa y total cuando se superponen en el litigio las condiciones de acreedor y obligado cambiarios por un lado, y acreedor y deudor extracambiarios por otro, o, dicho de otra forma, *inter partes* las excepciones extracambiarias son oponibles sin limitación alguna, quebrando en tales supuestos la exorbitancia del derecho cambiario, suprimiendo el *inutilis circumstitus* que resultaría de condenar primero al pago a quien no debe pagar, que, para reembolsarse frente a quien cobró indebidamente se vería abocado a acudir a un segundo proceso para obtener en él la declaración de la inutilidad de todo lo actuado en el primero.

Títulos-valores. Letra de cambio y pagaré: títulos naturalmente a la orden.—En nuestro sistema, la letra de cambio y el pagaré son títulos «naturalmente» a la orden, pero no «esencialmente» a la orden, de tal forma que, dentro de ciertos límites y con los efectos que indica, autoriza al endosante a limitar los efectos del endoso mediante la «prohibición de un nuevo endoso»

(artículo 18), o la inclusión de la mención «valor al cobro» (art. 21), o la expresión «valor en garantía» (art. 22); y al librador que configure el título como no transmisible por vía de endoso mediante la inclusión de la cláusula facultativa típica «no a la orden», admisible a tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 2 de la propia Ley Cambiaria tratándose de letras de cambio, y 95 tratándose de pagarés.

Títulos-valores. Letra de cambio y pagaré: cláusula no a la orden.—La inclusión de las palabras *no a la orden* o expresión equivalente no son determinantes de que la letra de cambio o el pagaré pierdan su naturaleza de títulos cambiarios, ya que el único efecto que la norma anuda a la utilización de tal cláusula facultativa es que el título no será transmisible, sino en la firma y con unos efectos de una cesión ordinaria, por lo que, desde la perspectiva dogmática, podrá cuestionarse si tales títulos reúnen los requisitos que la doctrina exige para clasificar el documento entre los títulos valores, pero no su idoneidad para servir de título a efectos del juicio cambiario. (**STS de 18 de enero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La entidad mercantil C.C., S.L., interpuso demanda contra S. C., S.L. solicitando la ejecución de un pagaré firmado por la demandada. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Las Palmas de Gran Canaria estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la demandada, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

46. Contrato de agencia: presupuestos.—El contrato de agencia requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: actividad de promoción y, en su caso, conclusión de actos y operaciones de comercio; actuación por cuenta ajena; independencia; estabilidad de la relación; retribución.

Contrato de agencia: necesidad de estabilidad.—No puede confundirse la estabilidad de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar lo pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dotada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único.

El contrato de mediación o corretaje: concepto y caracteres.—El contrato de mediación o corretaje identificado como aquel por el que una persona se obliga a pagar una remuneración a otra para que esta realice una actividad encaminada a ponerla en relación con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna, integrado al igual que el contrato de agencia en los contratos de gestión, y caracterizado por tratarse, de un contrato: atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil, se diferencia del contrato de agencia, en lo que aquí interesa, en la falta de estabilidad de la relación. (**STS de 10 de enero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La entidad mercantil M. C., S.L. interpuso demanda contra la compañía mercantil C. S., SL solicitando, entre otros pedimentos, se declare resueltos los contratos de agencia que unían a las partes, así como el pago de determinadas indemnizaciones. El Juzgado de Primera Instancia número Seis de Marbella estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga desestimó los recursos de sendos litigantes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

47. Contrato de agencia: beneficios para el agente después de extinguido.—La promoción de compras por cuenta del empresario, como prestación del agente, a la que se refiere expresamente el apartado dos del artículo 1 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, puede continuar generando a aquel ventajas sustanciales después de la extinción de la relación contractual que a ambos unía. Esa posibilidad es particularmente evidente cuando la agencia se ha desarrollado en un mercado extranjero y ha proporcionado al otro contratante una información necesaria para un juicio exacto sobre el estado y los caracteres del orden concurrencial del país de que se trate, que pueden ser difíciles de conocer.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela: requisitos.—El derecho a la indemnización por clientela que el artículo 28 de la Ley 12/1992 reconoce al agente presupone, además de la extinción de la relación contractual que le une al empresario, que con su actividad profesional aquel hubiera aportado nuevos clientes a este o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente; que se considere razonablemente posible que la actividad desarrollada por él continúe produciendo en el futuro sustanciales ventajas al empresario; y que sea equitativo el abono de la indemnización a la vista de las circunstancias.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela: procedencia después de extinguido.—Sin embargo, para aplicar en sentido positivo el artículo 28 de la Ley 12/1992 no basta con que la prestación del agente continúe generando ventajas para el empresario, una vez extinguida la relación contractual con él. Antes bien, es necesario que las mismas resulten, precisamente, de un aumento de la clientela, o de un incremento sensible de las operaciones con la preexistente. Esto es, que deriven de la generación de un círculo de personas que satisfagan necesidades específicas sirviéndose de las prestaciones del empresario, con la estabilidad o asiduidad que permitan hablar de clientes, y no del agente, sino del empresario. (**STS de 15 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La entidad B, AS interpuso demanda contra E. C. I., SA e H. SA por incumplimiento de las normas del contrato de agencia que las ligaba. El Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y seis de Madrid estimó la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de la parte demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

48. Enriquecimiento injusto. Necesidad de correlativo empobrecimiento.—El enriquecimiento ha de ser correlativo a un empobrecimiento o perjuicio de la actora.

Contrato de adhesión: inexistencia.—No hay contrato de adhesión cuando la parte que se dice perjudicada ha tenido la posibilidad de modular las cláusulas, haciendo contraofertas o modificaciones, o simplemente aceptándolas o no.

Contrato de concesión. Improcedencia del carácter imperativo del art. 29 del Contrato de agencia.—La aplicación analógica no tanto directamente del artículo 29 de la Ley sobre Contrato de Agencia cuanto de su artículo 3.1, que establece el carácter imperativo de sus normas, para así, indirectamente, acabar justificando la aplicación de dicho artículo 29, pero semejante posibilidad de aplicación imperativa a los contratos de concesión viene siendo rechazada por la jurisprudencia de un modo tan constante y reiterado.

Contrato de concesión. Aplicación analógica de la Ley sobre Contrato de Agencia: no automatismo.—La aplicación analógica a los contratos de distribución no tanto del artículo 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia cuanto de su idea inspiradora, no puede obedecer a criterios miméticos o de automatismo sino que, por el contrario, el concesionario habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente en su sentido propio.

Contrato de concesión. Pactos excluyentes de indemnización por denuncia unilateral.—La jurisprudencia ha declarado la licitud de los pactos excluyentes de indemnización en los contratos de concesión de duración indefinida para el caso de extinción del contrato por denuncia unilateral de cualquiera de las partes. Esto es, el pacto de renuncia a toda indemnización para el caso de rescisión unilateral por cualquiera de los contratantes forma parte del ámbito de autorregulación de intereses de los intervinientes.

Contrato de concesión. Pactos excluyentes de indemnización: extensión a clientela.—Los rotundos términos del pacto excluyente de indemnización, disponiendo que el ejercicio de la facultad de rescisión, sin necesidad de motivación alguna, no daba derecho a ninguna indemnización, permiten considerar comprendida también en la exclusión la indemnización o compensación por clientela. (STS de 3 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La entidad mercantil V., S.L. interpuso demanda contra las compañías mercantiles R.E.C., S.A. y R. F., S.A. reclamando, entre otros pedimentos, las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de concesión de automóviles que le ligaba a las partes. El Juzgado de Primera Instancia número Diez de Madrid estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de la parte actora y estimó parcialmente el planteado por los codemandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

49. Contrato de corretaje. Revocación: admisión y requisitos.—La revocación, entendida como declaración unilateral y recepticia de la voluntad dirigida a dar por válidamente extinguido entre las partes el vínculo contrac-

tual, es aplicable como causa de extinción al contrato de corretaje, siempre que concurra una verdadera voluntad revocatoria y de que la misma responda a una justa causa.

Contrato de corretaje. Revocación: justa causa.—En orden a la apreciación de una justa causa en la decisión revocatoria, ha de tenerse en cuenta que la razón de ser de la revocabilidad se encuentra en que los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos producen una relación jurídica basada en la confianza mutua de las partes. De ahí que su pérdida o disminución abra la posibilidad de extinguirla a instancia de cualquiera de ellas, y, en particular, en el caso del mandante o comitente, por medio de la revocación. No se puede continuar en el mantenimiento del mandato después de una falta de confianza como la que, en buena lógica, cabe anudar a una actuación desleal o contraria a la buena fe por parte del mandatario. En suma, esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza.

Contrato de corretaje. Revocación: indemnización.—La revocación no es un hecho que por sí mismo, genere en la contraparte el derecho a ser indemnizada a menos que se pruebe que la revocación fue arbitraria. Es doctrina constante que la revocación, a la luz del artículo 279 CCom, no conlleva más derechos que los devengados por los negocios en los que se haya mediado con anterioridad a que se pusiera en conocimiento del mediador dicha voluntad revocatoria, estando la indemnización reservada a casos en que la denuncia unilateral se torna en abusiva o contraria a la buena fe. No siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica. Solo en los casos en que la resolución unilateral del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado, se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, cabe admitir la procedencia del derecho a la indemnización; pero en tales casos su fundamento se ha de buscar, bien en el incumplimiento de lo acordado en punto al modo en que debía de realizarse la denuncia unilateral, bien en la omisión de la buena fe que modula el contenido de la relación negocial, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 CCom y en el artículo 1.258 CC (en uno y otro caso se advierte, en definitiva, la existencia de un incumplimiento contractual), bien, en fin, en el ejercicio abusivo o malicioso de un derecho que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 y 2 CC. Doctrina que no obsta a que, llegado el caso, el desistimiento se acompañe de una compensación para evitar un eventual enriquecimiento injusto del comitente. (STS de 15 de noviembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad mercantil S.I.I., S.L. interpuso demanda contra H.P., S.A., solicitando se declare resuelto el contrato que las ligaba denominado «exclusiva de ventas» y se condene a la demandada al abono de ciertas cantidades por indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella estimó parcialmente la demanda declarando resuelto el contrato. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga desestimó sendos recursos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

50. Contrato de distribución. Pacto de extinción voluntaria: validez.—La posibilidad de que la relación contractual se extinga por voluntad de una de las partes de la misma, exteriorizada y eficaz conforme a las reglas de las declaraciones recepticias, está admitida en nuestro ordenamiento en determinados casos, en unos libremente y en otros con el cumplimiento de ciertos requisitos. En concreto, en los contratos de distribución, se reconoce la validez del pacto por el que se atribuye a cualquiera de los contratantes la facultad de extinguir unilateralmente una relación contractual del tipo y con la indeterminada duración de la que vinculaba a las sociedades litigantes, sin necesidad de un incumplimiento previo de las obligaciones convenidas y siempre que su ejercicio no resulte extralimitado a la luz del estándar de comportamiento que sanciona el artículo 7 del CC.

Contrato de distribución. Pacto de extinción voluntaria: ejercicio.—El ejercicio de esta facultad de provocar la extinción, que asiste a ambas partes, no requiere la invocación ni menos la prueba de una justa causa, por más que haya de ajustarse, por imperativo de lo dispuesto en preceptos como los artículos 7, apartado 1, y 1.258 del CC, a la buena fe en sentido objetivo, que, consistente en el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes, integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos y que solo una resolución o un desistimiento que implique un ejercicio abusivo o constituya una conducta desleal puede ser tenido en cuenta para, en tales casos, fundar una indemnización por los daños que este comportamiento pueda haber generado.

Contrato de distribución. Pacto de extinción voluntaria: validez del pacto de exclusión del derecho a indemnización.—La jurisprudencia ha destacado que es válido y vinculante el pacto de exclusión del derecho a la indemnización de daños y perjuicios causados por el ejercicio de dicha facultad de denuncia, siempre que no consten superados los límites señalados a la potencialidad normativa creadora del interesado. Puesto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, cuya normativa imperativa (art. 3.º 1 de la Ley 12/1991, de 27 de mayo) veda la renuncia anticipada de la denominada indemnización por clientela (art. 28), en el contrato de concesión o distribución nada obsta al pacto por el cual las partes excluyen toda indemnización para el supuesto de resolución unilateral mediante el preaviso. **(STS de 30 diciembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Las entidades L., SL y C. Y G. SL interpusieron demanda contra N.M.E. SA al entender que la denuncia de los contratos que les ligaba carecía de justificación y, consiguientemente, solicitaron la condena de la misma a indemnizarles de los daños y perjuicios que les había causado, incluida una compensación por clientela. El Juzgado de Primera Instancia número Setenta y tres de Madrid estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de la parte demandada y desestimó el de la parte actora revocando la sentencia de instancia y absolviendo a la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

51. Cooperativas. Capacidad autoorganizativa: principio de interferencia mínima.—El respeto a la capacidad autoorganizativa de las cooperativas atribuye a estas el derecho a autorregular el procedimiento de exclusión de socios, limitándose el control judicial al examen de la razonabilidad de las decisiones adoptadas por los órganos internos con los que los propios socios cooperativistas se han dotado para la resolución de los conflictos internos, pero sin suplantarlos, siendo aplicable, bien que de forma matizada, el principio de interferencia mínima. El control judicial se despliega con toda su intensidad en aquellos extremos en los que la norma impone de forma imperativa ciertos límites a la voluntad de los particulares, en cuyo caso debe examinarse si las decisiones de los órganos internos se ajustan a la previsión legal, sin sumisión al principio de intervención mínima que cede frente a la norma cogente, máxime cuando se trata de la expulsión o exclusión de socios, materia en la que las normas específicas.

Cooperativas: notificación de sanciones.—Las resoluciones adoptadas en los expedientes disciplinarios no solo sean adoptadas sino también notificadas dentro del plazo de los cuatro meses siguientes al de su incoación, con arreglo al artículo 18.2 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, siendo procedente la declaración de nulidad de aquellas que fueron comunicadas transcurrido dicho periodo de tiempo, ya sea porque la decisión se adoptó después de agotado el plazo, ya sea porque habiéndose adoptado temporáneamente su notificación resulta extemporánea. (STS de 25 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Don P., don R. y doña V. interpusieron demanda contra las resoluciones del Consejo Rector de la entidad C.R.C., S.C.C. que acordó la expulsión de los demandantes y las del Comité de Recursos que confirmaron aquellas solicitando su nulidad por entender prescritas las infracciones. El Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Las Palmas de Gran Canaria desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

52. Ineficacia establecida en el artículo 878.2 CCO.—La ineficacia establecida en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado, ni tampoco a aquellos actos que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicios a estos.

Retroacción de la quiebra.—El período de retroacción previsto en el artículo 1024 del Código de Comercio de 1829, vigente hasta la Ley Concurusal, trataba de evitar fraudes y perjuicios injustificados a los acreedores, consiguiendo que el patrimonio del quebrado en su garantía de los acreedores se correspondiera con el del momento real de su quiebra, luego declarada judicialmente. Se pretendía asegurar la *par condicio creditorum* y preservar la integridad del patrimonio del quebrado. (STS de 14 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre el alcance de la retroacción de la quiebra *ex* artículo 878.2 CCO de 1885. Concretamente se refiere a un supuesto de rescisión de un contrato de arrendamiento

financiero, en la modalidad de *leasing* inmobiliario, sobre una finca con una nave incorporada, que se produjo dentro del período de retroacción de la quiebra de la entidad arrendataria, y que se acordó en un proceso declarativo en virtud de demanda de la entidad arrendadora, en el cual estuvo rebelde la entidad deudora, entonces en estado de suspensión de pagos, y no intervinieron los interventores judiciales de la suspensión que conocían la existencia del litigio. Se pretende mediante la acción ejercitada la reintegración a la masa activa de los bienes objeto del arrendamiento financiero para ejercitar la opción de compra, previas las nulidades correspondientes de la rescisión y la sentencia que la declaró.

La comisión liquidadora de la entidad X interpuso demanda contra el Banco Z, en cuya posición procesal se produjo sucesión por la entidad S. Se solicita que se declare: 1) la nulidad absoluta de la rescisión del contrato de *leasing*; 2) la pertenencia del inmueble objeto del litigio a la masa de la quiebra de X, con el fin de satisfacer los créditos de los acreedores y cumplir el convenio alcanzado en los autos de quiebra; 3) se condene a la entrega del inmueble. Subsidiariamente, de no ser acogida esta pretensión, se solicita: a) que se declare que el Banco Z se ha enriquecido injustamente a costa del empobrecimiento de X; b) que se declare que el Banco Z debe la diferencia entre la deuda de *leasing* del inmueble y su valor actual; c) que se condene al demandado al pago de dicha cantidad más los intereses legales correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Los argumentos fundamentales de la sentencia son: a) no procede la reintegración a la masa de la quiebra de la nave y terreno objeto del contrato de *leasing* porque la entidad demandante, al no haberse ejercitado la opción pactada, no era propietaria, por lo que no puede ejercitar ahora dicha acción de reintegración; b) la sentencia dictada en el pleito anterior en la que se declaró resuelto el contrato de arrendamiento financiero produce el efecto positivo o preclusivo de la cosa juzgada *ex* artículo 222.4 LEC, por lo que ninguna consideración puede hacerse respecto del contenido de las cláusulas contractuales y su posible nulidad por vulnerar el principio de autonomía contractual e imposición de sus cláusulas a una de las partes; c) no cabe aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa porque hay un vínculo contractual y tener, además, carácter excepcional; d) no es apreciable abuso del derecho al haber actuado el Banco Z, en el ejercicio de la acción de resolución, dentro de los parámetros permitidos por el contrato y la legalidad vigente.

La AP desestima igualmente el recurso de apelación planteado por la Comisión Liquidadora de la entidad X, en base a los siguientes argumentos: 1) la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* es la de un contrato complejo y atípico en el que la propiedad se conserva por el arrendador hasta que se ejercite la opción de compra; 2) cuando se trataba de un contrato bilateral pendiente de ejecución, la declaración de suspensión de pagos o quiebra en el régimen anterior a la Ley Concursal de 2003, no determinaba la pérdida de la facultad de la resolución del contrato (art. 61 LC), pero tampoco la pérdida de la facultad de resolución del contratante cumplidor frente al incumplidor (art. 62 LC); 3) tanto para la quiebra como

para la suspensión de pagos se regulaban los derechos de los mal llamados «acreedores de dominio» y la reintegración a los mismos de los bienes ocupados por el deudor (arts. 908 y ss. CCO y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos); 4) la declaración de nulidad del artículo 878.2 CCO de 1885 se refiere a los actos propios del ejecutado con libertad de actuación pero no alcanza a la prestación debida por sentencia condenatoria ni a la realización forzosa de los bienes del quebrado por el Juez; 5) el bien cedido en arrendamiento financiero era propiedad de la demandada al tiempo de la suspensión de pagos y de la quiebra; 6) el incumplimiento de las obligaciones de pago por cesionario facultaba al cedente para interesar la resolución del contrato y podía optar entre reclamar el pago de las cuotas devengadas o anticipar el vencimiento de los aplazados; 7) la intervención de la suspensión de pagos conoció la pretensión de restitución y permaneció pasiva, no interviniendo en el proceso de rescisión; 8) la pretensión de rehabilitar la vigencia del contrato para poder ejercitar la opción supone un sacrificio injustificado para el arrendador financiero y supone una conducta abusiva de la recurrente; 9) no es aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto porque no se da el desplazamiento patrimonial del arrendatario al arrendador; 10) no se ha demostrado convivencia alguna del recurrido con el cesionario en el proceso declarativo de resolución del contrato financiero (en el que el deudor en suspensión de pagos permaneció en situación procesal de rebeldía).

La entidad actora interpone recurso de casación. En primer lugar, alega la infracción del artículo 878 CCO, que establece un supuesto de nulidad radical para los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Señala el TS que resulta ineludible para que pueda prosperar la invalidez pretendida que la impugnación se refiera a un acto de dominio o administración del deudor, y que el acto haya supuesto una minoración injustificada para el patrimonio de los acreedores. En este caso, ni se dice cuál es el acto del deudor, ni hay soporte fáctico para entender que la extinción del contrato de arrendamiento financiero supuso entonces un perjuicio para el patrimonio del deudor. Incluso aunque cupiera hablar de la existencia de un acto del deudor, es preciso que constase la existencia del perjuicio. Por otro lado, según el TS, se deben tener en cuenta dos aspectos más. Uno se refiere a que en el contrato de arrendamiento financiero se preveían las causas de resolución relativas a la quiebra y la suspensión de pagos, y el contrato es de fecha anterior al período de retroacción de la quiebra. Y el segundo tiene que ver con que el proceso de rescisión se produjo durante el procedimiento de suspensión de pagos y fue conocido por los interventores de la suspensión, que por la razón que fuere no intervinieron en el mismo. Por todo lo anterior, el TS acaba desestimando el recurso de casación planteado por la actora. (*S. L. M.*)

53. Derecho concursal. Clasificación de créditos concursales.—Los créditos por retenciones por IRPF contra el deudor correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, con inde-

pendencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso, constituyen créditos concursales. De la normativa tributaria se deduce que el momento de nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por retenciones por el IRPF, que es la fecha del abono de las rentas o salarios, es el elemento que determina que el crédito tenga carácter concursal si el abono se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, aunque el plazo establecido por las normas tributarias para la liquidación o el ingreso haya concluido con posterioridad. La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. En aplicación de la disposición adicional 8.^a de la Ley General Tributaria, este principio no puede verse alterado en función de principios del Derecho tributario, sino que estos deben ceder para hacer posibles los principios del Derecho concursal. Paralelamente, el TS afirma que el art. 96.3 LC obliga a que la disconformidad con la clasificación de los créditos hecha por la administración concursal se haga patente mediante la oportuna impugnación de la lista de acreedores en los diez días siguientes a la notificación efectuada al acreedor interesado, de forma que la falta de impugnación en plazo determina la pérdida del derecho a plantear pretensiones de modificación del contenido de estos derechos. **(STS de 31 de enero de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El litigio se inicia con la presentación por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de la Administración Concursal de una demanda de incidente concursal con el fin de que se reconociera que uno de los créditos a su favor existente en relación con un proceso concursal ya iniciado tenía la consideración de crédito contra la masa, y no de crédito concursal, clasificación que figuraba en el informe definitivo de la administración concursal. Subsidiariamente solicitaba que se le reconociera con el privilegio general del art. 91.2 LC.

El Juzgado rechazó ambas pretensiones.

Contra dicha sentencia recurrió en apelación la actora. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso en cuanto atribuye la condición de crédito contra la masa al nacido de las retenciones practicadas en un determinado periodo, correspondiente con el salario de una mensualidad vencida con posterioridad a la declaración de concurso. En relación con la petición subsidiaria, la Audiencia Provincial ratifica la decisión de primera instancia.

La parte actora formula recurso de casación contra dicha sentencia. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte a este recurso, casado y anulando en parte la referida sentencia de apelación. En su lugar, se estima parcialmente el recurso de apelación y la demanda, accediendo a la pretensión subsidiaria y reconociendo como créditos con el privilegio general del artículo 91.2 de la Ley Concursal las retenciones por IRPF de los salarios correspondientes a varias mensualidades anteriores a la declaración de concurso. *(G. M. A.)*

