

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVII  
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO  
MCMXCIV

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

## Dirección

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

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA  
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ  
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ  
JESÚS DíEZ DEL CORRAL  
LUIS FIGA FAURA  
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN  
GABRIEL GARCÍA CANTERO  
ANTONIO GORDILLO CAÑAS  
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS  
ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

JUAN JORDANO BAREA  
FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ  
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ  
SEBASTIÁN MORO LEDESMA  
FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS  
MANUEL OLIVENCIA RUIZ  
JOSÉ POVEDA MURCIA  
LUIS PUIG FERRIOL  
IGNACIO SOLÍS VILLA  
RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

## SUMARIO

	Pág.
Estudios monográficos	
BERCLAMANS VALLET DE GOYTISOLO, Juan: <i>Los principios generales en la interpretación del Derecho según el profesor Federico de Castro</i> .....	5
GORDILLO CAÑAS, Antonio: <i>La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica</i> .....	21
LETE DEL RÍO, José Manuel: <i>Pérdida de la nacionalidad</i> .....	83

CABANILLA SÁNCHEZ, Antonio: <i>La mutabilidad del régimen económico matrimonial</i> .....	115
QUESADA GONZÁLEZ, M. <sup>a</sup> Corona: <i>El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico</i> .....	237

### Nota crítica

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: <i>Protección de los consumidores y derecho de los contratos</i> .....	305
JORDANO FRAGA, Francisco: <i>¿Unas nuevas bases de la responsabilidad contractual? (Réplica cordial)</i> .....	325

### Información legislativa

A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ .....	341
---	-----

### Bibliografía

<b>LIBROS:</b> FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: <i>Estudios de Derecho civil</i> , por Ramón Durán Rivacoba.—GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos: <i>La prórroga forzosa tras el «Decreto Boyer»</i> , por Rafael Sánchez Arísti.—HAUSER, Jean et HUET-WEILLER, Danièle: <i>La Famille, Fondation et vie de la famille</i> , por G. García Cantero.—ROJO AJURIA, Luis: <i>El dolo en los Contratos</i> , por M. <sup>a</sup> Teresa Carrancho Herrero.—RUBIO GARRIDO, T.: <i>Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad</i> , por Carlos Manuel Díez Soto.—SCYBOZ et GILIÉRON: <i>Code civil suisse et Code des Obligations</i> , por Gabriel García Cantero .....	355
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b> A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	377

### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

<b>SENTENCIAS COMENTADAS</b> <i>La marginación de los viejos y el derecho de familia judicializado (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993)</i> .....	403
<b>SENTENCIAS</b> A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Francisco LLEDÓ YAGÜEZ, Alejandro MARTÍNEZ BERRIOCHOA, Virginia MURTULA LA-FUENTE, Rafael SÁNCHEZ ARÍSTI y Encarna SERNA MEROÑO .....	413

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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

**MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR  
Secretaría General Técnica  
CENTRO DE PUBLICACIONES**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

Editado por: Centro de Publicaciones  
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España: 6.400 ptas. Extranjero: 7.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: España: 2.100 ptas. Extranjero: 2.400 ptas.

## CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 547 54 22 . 28013 Madrid.

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVII  
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO  
MCMXCIV

---

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

---

I.S.B.N.: 84-7787-373-9 (Obra completa)

I.S.B.N.: 84-7787-370-4 (Tomo 2)

N.I.P.O.: 051-94-004-4

I.S.S.N.: 0210-301-X

Depósito Legal: M. 125-1958

---

Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición.  
Talisio, 9. 28027 Madrid

## LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO SEGÚN EL PROFESOR FEDERICO DE CASTRO

JUAN BERCLAMANS VALLET DE GOYTISOLO

1. El 22 de febrero de 1974, en la Academia Matritense del Notariado, Luis Figa Faura, al terminar la conferencia que allí desarrolló<sup>1</sup>, contrapuso —en palabras suyas— al «más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana, Federico de Castro» y al «más grande entre los muchos y grandes juristas catalanes, Ramón María Roca Sastre», haciendo notar que éste, «al dar los últimos toques a la obra más esperada entre nosotros, escribe unos *Comentarios al Derecho Civil Especial de Cataluña*, pinta un retablo», mientras De Castro, «al continuar la obra de su vida, escribe un tratado de Derecho Civil; edifica una catedral».

Pero De Castro, además, en esta magnífica catedral, que es su *Parte general*, esculpió un retablo primoroso en *El negocio jurídico*. En ésta creo que concreta prácticamente su método e, incluso, lo sobrepasa. Lo dije, y traté de explicarlo en la introducción de su edición póstuma<sup>2</sup>, y repito aquí, que constituye un modelo de método. Conjuga orgánicamente la jurisprudencia *dogmático-sistemática* y la jurisprudencia *empírico-casuística* (según las denomina Helmut Coing), con la mejor sistemática y un plan expositivo que armoniza perfectamente la teoría con la práctica, seguida a través del estudio de las sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, a la que agrega su perspectiva crítica, que abarca el aspecto práctico tanto o más que el doctrinal,

---

<sup>1</sup> Luis FIGA FAURA, «“Mos italicus” y los juristas catalanes», *AAMN*, XX, pp. 296 y s.

<sup>2</sup> Cfr. mi *Introducción* a la cit. op. *El negocio jurídico* de Federico De Castro, Madrid, Civitas, 1985, pp. XXIV y s.



comprendiendo así la perspectiva sociológica y, a la vez, la búsqueda de la justicia concreta.

Su método, practicado al estudiar cada uno los capítulos del negocio jurídico, resulta más nítidamente escolástico que en cualquier otro de sus estudios: Planteamiento del tema, repaso histórico del estado de la cuestión, en sus sucesivas fases; exposición de las diversas posiciones y propuestas formuladas por los autores y en el derecho comparado; crítica de cada una de ellas; posición del derecho español —legislación, principios, doctrina y jurisprudencia—, concluyendo con la expresión clara y magistral de las soluciones que va alcanzando razonadamente.

Ahora bien, el hecho de que Federico De Castro fuera «el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana»; y que, tanto en derecho civil como en derecho internacional privado, hubiera alcanzado el máximo nivel jurídico en todo el mundo, no implica que, como todo hombre, no estuviera situado en la atmósfera de su tiempo, pues en esa atmósfera histórico-cultural vivimos y, sin que nos demos cuenta, nos influye, aunque a veces actúe provocándonos reacciones de rechazo que nos impulsan a ir contra su corriente.

Cierto es, también, que el profesor De Castro sobrepasaba nuestra atmósfera tanto en el espacio, dados sus viajes de estudio, de debates jurídicos o de función judicial, por el extranjero, y por su conocimiento de múltiples lenguas que le permitía extender a ellas sus lecturas —especialmente dominaba la literatura jurídica alemana—, como también sobrepasaba en el tiempo la atmósfera en que vivía por sus lecturas de autores castellanos del siglo XVI, tanto civilistas —que conocía perfectamente— como algunos teólogos-juristas —en especial dominaba el *De legibus* de Francisco Suárez, de quien el mismo don Federico reconocía que sus ideas, entre otras cuestiones, sobre «aplicación e interpretación de la ley han sido recogidas y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro»<sup>3</sup>— es decir, del vol. I de su *Parte general*. También había logrado —según he mostrado en otro lugar<sup>4</sup>— una plenitud de perspectiva histórica y ontológica en la visión del derecho natural.

Me estoy refiriendo más concretamente al tiempo y a la atmósfera jurídica en la que De Castro y Bravo estudió, precisamente por lo que atañe a la teoría de la interpretación, que desarrolló en el volumen I de su *Parte general*.

Es de 1949 la segunda edición de ese volumen, que podemos calificar de definitiva, ya que la 3.<sup>a</sup>, de 1955, apenas añadió sino alguna puesta al día en las citas bibliográficas.

<sup>3</sup> DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte general*, vols. I, II, 4, c, p. 177.

<sup>4</sup> «El profesor Federico De Castro y el derecho natural», II, *ADC*, XXXVI-III, octubre-diciembre, 1993, pp. 1686 y ss.

Don Federico había cursado sus estudios universitarios en la década de los años veinte <sup>5</sup> y, por oposición, ganado sus cátedras entre 1930 y 1934 <sup>6</sup>.

Entonces ya había decaído bastante la sensación que años atrás había producido la obra *Fuentes y método* de François Gény. Seguía en Alemania el debate entre la jurisprudencia dogmática conceptualista y la jurisprudencia de intereses, y el de ambas con el movimiento del derecho libre. Aleteaba el neokantismo, se iniciaba a neohegelianismo y llegaban al derecho los primeros influjos de la fenomenología; después también llegarían al campo jurídico los primeros impactos del existencialismo, con Hans Welzel.

2. En cuanto al tema de la interpretación jurídica, que aquí me ocupa, era totalmente dominante la concepción que —en palabras de De Castro <sup>7</sup>— «la reduce al procedimiento para averiguar el sentido de las normas». Si bien él también conocía y mencionaba su otro sentido, «muy amplio», que atiende a «todas las cuestiones sobre la realización del derecho».

«En general —concluye— al estudiarse la interpretación, se trata sólo de la interpretación de la ley, lo que se explica porque lo que más preocupa a la doctrina es el valor que en la organización jurídica tiene la ley; y porque, en suma, por lo que se lucha en las discusiones teóricas es por la manera de asegurar o debilitar el monopolio jurídico del legislador; mas no debe olvidarse que la interpretación es necesaria respecto de toda regla jurídica y que la costumbre y los principios generales ofrecen sus propias dificultades interpretativas.»

En ese sentido restringido de la interpretación jurídica, señalaba que los problemas que plantea son, por este orden: «ante todo determinar la norma aplicable al caso; después, averiguar el contenido normativo de la regla; establecidas estas bases, se puede pasar al estudio de la función estrictamente interpretativa, la del modo mejor de determinar el sentido de la norma; estas cuestiones se han de completar con la de la aplicación de las normas, con la posición del que aplica la regla y el propio significado de la aplicación».

Conviene aún, para acabar de comprender la perspectiva interpretativa de De Castro, observar lo que, un poco antes <sup>8</sup>, dice acerca del significado de la interpretación: «Interpretar significa, como señala su etimología, mediación, modo de transmitir o hacer

---

<sup>5</sup> Fue doctor en Filosofía y Letras, sección de Historia, en 1926 y en Derecho en 1927.

<sup>6</sup> De Derecho civil de la Universidad de Laguna en 1930, de Salamanca en 1931, de Sevilla en 1933 y de Derecho Internacional Privado de Madrid en 1934.

<sup>7</sup> DE CASTRO, vol. últ. cit., IV, I, III, 3, a, pp. 509 y s.

<sup>8</sup> *Ibid.*, I, pp. 495 y s.

conocer el pensamiento entre dos seres. (Éste es sin duda el sentido intersubjetivo de la interpretación que ha predominado desde Schleiermacher, pasando por Dilthey y Husserl, hasta Betti). Jurídicamente, interpretación, en sentido estricto (*explicatio*), es: «determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma». Pero, junto a este significado propio, «se denomina interpretación, en un sentido más lato, la tarea de “averiguar lo que tiene valor normativo”. De este modo, se amplía la función interpretativa a la delimitación del ámbito de lo jurídico, comprendiendo tanto la concreción de las fuentes como la determinación de su sentido.

»En ese significado amplio, ha sido posible plantear, en torno a la interpretación, lo que se ha llamado problemática del método jurídico, que ofrece varias preguntas: Detrás de las palabras de la ley, ¿se pueda buscar algo más: una voluntad real, una abstracción dogmática, una ponderación de intereses, lo que el juez entienda, lo que el vulgo piense, un mandato de orden moral y político?; desviándose de la anterior, surge la nueva cuestión: ¿Qué medios, qué autoridades o personas han de encargarse de la función interpretativa? ¿Con qué alcances y hasta qué límites?»

A continuación<sup>9</sup>, explica y clasifica en seis grandes grupos las teorías fundamentales sobre la interpretación jurídica: *a)* teoría legislativa primitiva (*ius strictum*); *b)* teoría de la voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*); teoría de la voluntad objetiva de la ley (*voluntas legis*) —de Wach (1885), Kholer (1886) Binding (1888); *d)* teoría del derecho libre (*iudex rex*); *e)* la jurisprudencia de intereses; *f)* La teoría de la escuela normativista; y, *g)* el sincretismo metódico.

3. Pero, además de estas teorías fundamentales de la interpretación, debe advertirse que ha existido, y existe, otra perspectiva, que precisamente fue la originaria, la genuina. Etimológicamente *interpretatio* significa no sólo interpretación, sino también explicación, exposición, juicio conjetura. Significados correlativos tiene *interpretor*; y, su precedente etimológico, *interpres* o mediador, que era aplicado a quien auguraba, viendo las entrañas de las víctimas (*interpres extorum*), al que interpretaba el movimiento de los astros (*interpres coeli*), al que explicaba el derecho (*interpres iuris*). Precisamente el *ius civile* —según un conocido texto de Pomponio<sup>10</sup>— se caracterizaba porque «*sine scripto venit compositum a prudentium*», precisamente por la *interpretatio* de éstos. Por ella se determinaba lo justo en concreto. Siendo así que —según Ulpiano<sup>11</sup>— la *divinarum atque humanarum rerum no-*

<sup>9</sup> *Ibid*, 2, pp. 496-509.

<sup>10</sup> POMPONIO, *Dig.* 1, 2, 2, 5.

<sup>11</sup> ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 10, 2.

*titiae* antecedía a la *iusti atque iniusti scientia*. Y lo que esta mediación, propia de la jurisprudencia, dictamina en primer lugar —como dijo Paulo<sup>12</sup>— es «*quod semper aequum ac bonum est, cum est ius naturale*».

Es decir, la *interpretatio* era la mediación entre *rerum natura* o *natura rei* con lo *iustum et aequum*, y, en esa mediación, el *ius* era tejido con la *naturalis ratio*. Claro está que en tal mediación inmediata con los hechos, entre éstos y aquella *notitiae*, se intercalaban, de modo mediato: *mores maiorum, legibus*, edictos pretorios y los *iura* elaborados previamente —sirviendo éstos como modelos analógicos—. Por eso, diría Gayo<sup>13</sup>: «*Naturalis enim simul et civilis, ratio suadet*». De ese modo, el *ius civile* mediaba con el *naturale et gentium* para la aplicación de la equidad; pues, como indicaba Trifonino<sup>14</sup>, ésta debía decidirse atendiendo a los preceptos civiles y pretorios. Es decir —como resumiría en el siglo XV, Tomás Mieres<sup>15</sup>— «no debe atenderse a equidad puramente natural sino mixta, según la tradición del derecho positivo».

Dado el aspecto natural de la equidad, también en el Medievo, Placentino<sup>16</sup> y Azón<sup>17</sup> tradujeron su significado como «*rerum convenientia*»; y Baldo de Ubaldis diría que «*est rectitudo naturalem sequens rationi*»<sup>18</sup>. También explicó «*quod ex facto ius oritur, et quod ius est implicitum factus*»<sup>19</sup>. En el siglo XVI, en el mismo sentido, el jesuita Luis de Molina escribiría «*a rerum ipsarum naturis, ius naturale oritur*»<sup>20</sup>.

Por todo esto, dada esa mediación del derecho positivo entre naturaleza de las cosas y lo justo, aquél tenía de impregnarse de ésta en la interpretación; ya que ésta iba dirigida a la determinación, en concreto, de lo justo y de lo equitativo. Así lo observaron Santo Tomás<sup>21</sup>, Vitoria<sup>22</sup>, Soto<sup>23</sup> y Vázquez de Menchaca<sup>24</sup>, entre otros. Las leyes que son *conclusiones* del derecho natural lo recogen, pero no lo inmutan, y han de interpretarse conforme la naturaleza de las cosas —puesto que lo justo natural es lo con-

<sup>12</sup> PAULO, *Dig.* 1-1, 1.

<sup>13</sup> GAYO, *Dig.* 3, 5, 38 y [39].

<sup>14</sup> TRIFONINO, *Dig.* 16, 3, 31, p.

<sup>15</sup> MIERES, *Apparatus*, II, col. VIII, cap. II, 39, p. 162.

<sup>16</sup> PLACENTINO, *Summam Institutionum, De iustitia et iure*, lin. 137-139.

<sup>17</sup> AZÓN, *Ad summan Institutionum*, 1, 1.

<sup>18</sup> BALDO, *Super primaum par veteris, Dig.*, 1, lex. *Siplegis*, inciso *Ad legem Aquiliae*.

<sup>19</sup> *Ibid.*, lex *Si ex plegis*, inc. *Ad legem Aquiliae*, 1.

<sup>20</sup> LUIS DE MOLINA, S.I., *De iustitia et iure*, 4, 3.

<sup>21</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2.<sup>a</sup>-2.<sup>ae</sup>, 60, 5 *resp.* en rel. 57, 2 *resp.*

<sup>22</sup> FRANCISCO DE VITORIA, *Com.* 2.<sup>a</sup>-2.<sup>ae</sup>, *S. Th.*, 58, 10.

<sup>23</sup> DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure*, 1, 5, 2, donde dice: «la regla de la razón es la naturaleza de las cosas».

<sup>24</sup> FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Coantroversiarum illustrium*, m20, 31 y 32.

forme la naturaleza de la cosa (Santo Tomás de Aquino, *S.T.*, 2.<sup>a</sup>-2.<sup>ac</sup>, 57, 2, resp.). Y las leyes que son *determinaciones* del mismo, sólo deben moverse entre los márgenes indicados por él. Ambas consideraciones justifican e imponen esa equidad en su significado equivalente a la epiqueya de los griegos.

Sin embargo, filosóficamente, esta concepción vio removidas sus bases por el nominalismo. Si no hay orden en la naturaleza o éste no nos es asequible, la naturaleza no puede servir a nuestra razón para que, observándola, determinemos lo justo y lo equitativo. No puede haber, pues, otro derecho más que el positivo, emanado de las leyes, divinas o humanas. Ni éstas tienen ya por qué interpretarse conforme la naturaleza de las cosas, ni la de aquella cosa que constituye su objeto, sino tan sólo ha de comprenderse según sus palabras como signos de la voluntad que ellas significan.

Siendo así, toda la interpretación se concreta en la ley y en la comprensión de la voluntad de su autor.

La *sutilitas explicandi* del contenido jurídico real de la norma queda subsumida en la *sutilitas intelligendi* de la voluntad del legislador. Pero como ésta quedaba lejana del hecho que se enjuiciaba, el pietismo alemán —en el cual militó Christiam Thomasius— añadió una tercera *sutilitas aplicandi*.

Los hombres de la revolución francesa creyeron que toda la *sutilitas, explicandi e intelligendi*, estaba en las palabras con las que el legislador expresaba la *volonté générale*; por lo cual, no restaba a los juristas sino *aplicar* silogísticamente el texto de la ley al hecho enjuiciado. Según el artículo 4.º del *Code civil* «El juez que rehúse juzgar por pretexto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia». Todo debía extraerse de la ley, interpretándola gramatical, lógica y sistemáticamente. Cabía desde ella elevarse a sus principios generales pero, notémoslo, sólo a los inmanentes al propio ordenamiento positivo, no más allá puesto que nada le pueda trascender.

Savigny, y tras de él la *Begriffsjurisprudenz*, atribuyeron la *sutilitas intelligendi* a los juristas doctos, siendo la *sutilitas aplicandi* función de los prácticos. Aquéllos elaboraban el derecho extrayéndolo de las normas positivas y del sistema. A los segundos solo les competía *aplicar* a los hechos el producto de esa elaboración.

4. Sin embargo, en este siglo se han ido produciendo unas sugestivas aproximaciones a aquella perspectiva clásica de la interpretación, que hemos esbozado. Estas aproximaciones tanto se observan en la teoría general de la interpretación como en el campo propiamente jurídico de la concreción del derecho.

Por los años en que Federico de Castro estudiaba sus dos carreras y preparaba sus oposiciones, surgía fulgurante en la filosofía

alemana el entonces joven Martín Heidegger. Éste, en 1927, en *Sein und Zeit*<sup>25</sup>, expondría que el fenómeno de la interpretación ha de partir de «la base del comprender el mundo, es decir, del comprender impropio, pero en el modo de su genuinidad»... «El ver en torno “descubre” significa el mundo interpretado»... «Toda interpretación que haya de acarrear comprensión tiene que haber comprendido ya lo que trata de interpretar». Y al tener que moverse, «en cada caso», «dentro de lo comprendido y alimentarse de ello», debe formarse una *círculo* [advierto que más bien es un espiral] que parte de «la comprensión presupuesta dentro del conocimiento vulgar del mundo», hasta elevarse al conocimiento científico riguroso. Este círculo —dice— «no es un *círculo vicioso*», sino que «es la existencial estructura peculiar al *Dasein* o “ser ahí” mismo». Comienza por «el “ver”, y el “concebir” “previos” para desenvolver éstos partiendo de las cosas mismas, de suerte que quede asegurado el tema científico».

Este modo de interpretar requiere ese previo conocimiento de las cosas mismas, explicado en el “ser ahí”, para poder comprender los textos que se refieran a ellas.

Esto despertó en algunos autores la convicción de que, una vez escrito, el texto se desprende de su autor y adquiere cierta autonomía: acerca del significado de su contenido fáctico admitido en el horizonte de la tradición histórica que desde aquél discurre hasta el horizonte del lector, suscitando una nueva concepción que deja de lado la interpretación intersubjetiva para propugnar por la objetiva. Así especialmente lo han entendido Hans Georg Gadamer<sup>26</sup> y Paul Ricoeur<sup>27</sup>.

Cierto es que el nominalismo inicial de Heidegger dio lugar a que sustituyera la naturaleza de las cosas por el «ser ahí» existencial, y a que Gadamer prefiera hablar del *lenguaje de las cosas* y no de la naturaleza de las cosas<sup>28</sup>.

Tanto Gadamer<sup>29</sup> como Ricoeur<sup>30</sup> sostienen que la interpretación no es sólo un *comprender* sino también un *explicar* el entorno real al que se refiere el texto. Con ello, y en esto, retornan cerca de la concepción más clásica, según la cual no es preciso segregar de la *comprensión* y de la *explicación* una *aplicación* diferenciada de ellas, puesto que ya resulta cumplida en ellas.

<sup>25</sup> M. HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, 32; cfr. en castellano México-Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1967, pp. 166-178.

<sup>26</sup> M. G. GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Eds. Sígueme, 1984, 69, pp. 225-377.

<sup>27</sup> PAUL RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique*, vol. II, París, Eds. du Seuil, 1986, I, pp. 39-118.

<sup>28</sup> GADAMER, «La naturaleza de las cosas y el lenguaje de las cosas», recogido en *Verdad y método*, vol. II, Salamanca, Eds. Sígueme, 1992, 6, pp. 71-80.

<sup>29</sup> GADAMER, op. cit., vol. I, 11, pp. 415, 2, ap. 421-43.

<sup>30</sup> RICOEUR, op. y vol cit., II, pp. 142 y ss. y 197-212.

También se han producido nuevas aportaciones en el ámbito jurídico de la interpretación.

a) De una parte, sin salir del dualismo *Sein* y *Sollen*, ser y deber ser, tanto desde el neokantismo como de la fenomenología, el neohegelianismo y demás corrientes que han engrosado la *Wertungsjurisprudenz* —una vez disgregada ésta de la jurisprudencia de intereses<sup>31</sup>— se ha tendido a objetivizar los valores en la naturaleza de la cosa<sup>32</sup>. Considerando que nos ofrece «criterios de ordenación», «elementos de orden y estructura como preformas del derecho»; pero no «un orden como tal», por lo cual requiere aún una ordenación o normación valorativa y conformadora<sup>33</sup>. De ese modo, para efectuar la *concreción* del derecho, deben conjugarse normas, principios ético-jurídicos, dimanantes de la idea del derecho, pautas de valor y la naturaleza de la cosa.

Dando un paso más, Arthur Kaufmann ha considerado a ésta como un puente mediador entre ser y deber ser, hecho y derecho<sup>34</sup>.

b) De otra parte, una de las líneas del existencialismo moderado, con Welzel<sup>35</sup> y Maihoffer<sup>36</sup> ha llegado a una concepción que subsume ser y deber ser en la naturaleza de la cosa.

Así, estas nuevas concepciones han venido a aproximarse a la más genuina acepción de la *interpretatio* romana arcaica y clásica y de la concepción de los comentaristas *mos italicus*.

A ella sí había retornado ya, a principios de siglo, F. Géný, que, en su segunda gran obra, explicaría como integrantes de una sola unidad inseparable: los *données*, real, histórico, racional ideal<sup>37</sup>. Después, Michel Villey<sup>38</sup> volvió ya plena y explícitamente a ella. Creo que fui el primero en divulgar entre nosotros ese retorno traído por este profesor de la Universidad de París y durante muchos años director de los *Archives de Philosophie du Droit*. De él yo había hablado bastantes veces con don Federico.

<sup>31</sup> Cfr. KARL LARENZ, «Tendencias metodológicas en la ciencia iusprivatística actual», *RDP*, XLIII, 1959, pp. 370 y ss.

<sup>32</sup> HANS WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, IV, 4, ed. española, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 258 y ss.

<sup>33</sup> HELMUT COING, *Fundamentos de filosofía del derecho*, V-II, cfr. ed. española, Barcelona, Ariel, 1961, pp. 93 y ss. y KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, II, V, 4; cfr. ed. española, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 414-418.

<sup>34</sup> Cfr. lo que explico en mi *Metodología de las leyes*, Madrid, Edersa, 1991, 159, p. 401.

<sup>35</sup> WELZEL, *loc. cit.*, 3, pp. 258 y ss.

<sup>36</sup> WERNER MAIHOFFER, «Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit», en *Droit et nature des choses*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 193 y ss.

<sup>37</sup> François GENÝ, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, Madrid, Hnos. de Reus, Ed. 1902, 159, pp. 491 y ss.; y *Science et technique en droit privé positif*, II, parte, 166-171; cfr. 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Sirey, 1927, vol. II, pp. 369-391.

<sup>38</sup> Michel VILEY, «La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit», en *Droit et la nature des choses*, pp. 79 y ss.

Este me decía que, por otro camino, también él llegaba a la justicia del caso. El método que yo propugnaba le parecía bien tal como era empleado por mí, pero temía que utilizado de modo general pudiera descarrilar fuera de los cauces legales.

Sin duda por estas conversaciones nuestras me dio, en 1973, un ejemplar del libro *Reflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, de un joven profesor, que él conoció en La Haya, H. A. Schwars-Liebermann von Walhendorf<sup>39</sup>, rogándome que hiciera su reseña, para publicarla en *Anuario de Derecho Civil*. Confieso que, entonces, solo leí el primer capítulo del libro, referente a la noción de la naturaleza de las cosas en Grecia y Roma, incluso lo cité en varios de mis trabajos; pero, hasta hace unos meses, no lo he leído entero y trillado sus frutos. Por eso no llegué a escribirle la reseña que me había pedido nuestro maestro. El me lo recordó alguna vez, pero no me acució pues sabía lo entregado que estaba entonces a mi labor en el derecho sucesorio y, en especial, acerca de las legítimas. Él tampoco lo había leído y esperaba esa reseña mía que no llegó.

Pues bien, ahora puedo decir que se trata de un libro excelente, bien documentado y que retorna de pleno a la concepción clásica de la naturaleza de las cosas, a la que defiende de los ataques de algunos autores, como Bobbio, mostrando la incompreensión que éste tenía acerca de ella.

5. Volviendo de nuevo a España, debemos recordar que, a lo que decía el artículo 4.º del Código francés, el originario artículo 6.º Cc había añadido que, «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho»:

Desde que fue promulgado el Código civil hasta el tiempo en que De Castro escribía su *Parte general*, apenas había habido algún civilista que fuera positivista. Por ello, en los principios generales del derecho, expresados en esta norma se venían considerando incluidos los principios del derecho natural o los de la moral natural, así como los principios tradicionales de nuestro derecho histórico<sup>40</sup>. En esa línea se situó el mismo De Castro, quien añadió a estas dos clases de principios generales un tercer grupo constituido por los principios políticos<sup>41</sup>.

Por otra parte, don Federico sobrepasó el concepto estricto de interpretación circunscrito al de las normas jurídicas, elevándose a contemplar la *realización* del derecho, entendiéndola dirigida a la *realización de la justicia*.

---

<sup>39</sup> H. A. SCHWARS-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Reflexion sur la nature des choses et la logique du droit*, La Haya-Paris, 1973.

<sup>40</sup> Cfr. mi *Metodología de las leyes*, 140, pp. 350 y ss.

<sup>41</sup> F. DE CASTRO, *Parte general*, vols. I, IV, IV, 1, 2 y 3, pp. 465 y ss.



El derecho —dice<sup>42</sup>— busca «la mejor realización de la justicia. Y a esta afirmación añadía, en nota, esta cita de Schönfeld: «El derecho es la idea del derecho, y con ella, la idea de la justicia en su realización; en cuanto se sale del derecho, se sale de la justicia». De Castro explica así qué entiende él por «realización del derecho». «El derecho vulgarmente se identifica con la ley; pues bien, aun en ese estrecho sentido, como la ley material es sólo un conjunto de signos (los de imprenta, por ejemplo), nada vale mientras no se lo entienda primero...»

«En el estadio de realización —sigue diciendo— ha de considerarse la norma como instrumento y el orden jurídico como fin a conseguir. Deben, por ello, estimarse las dos caras o planos de la realización del derecho, teniendo en cuenta el significado instrumental del uno y el final del otro...» Se trata por el derecho de «conseguir el orden externo que, a su vez, se basa en el orden interno, en el respeto a la jerarquía de los valores morales, o sea, en fin de cuentas, la verdadera realización jurídica, lograr el bien común mediante la mejor realización de la justicia».

Pienso, por esto, que, aun cuando De Castro emplea una terminología concorde con la identificación «vulgarmente admitida» del derecho con la ley, considera a ésta como «instrumento» de aquél, que verdaderamente, busca la determinación del derecho», expresándola como «*realización jurídica*», en su más pleno significado.

«Método —escribe De Castro<sup>43</sup>— significa dirección dada al conocimiento respecto a un objeto...» «Es necesario saber adónde se va antes de preguntarse cómo se va mejor. Se requiere partir de la idea del ser del derecho para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir. Mantener o no el carácter trascendente del derecho, buscar o rechazar como fin jurídico primario la realización de la justicia, es lo que separa de forma irreconciliable y de idéntico modo los conceptos y los métodos exactos e inexactos del derecho.»

Por ello, él rechazó cualquier punto de partida positivista, desde «datos experimentales del derecho, leyes, intereses, sentimientos, conductas de los jueces, órdenes concretas»; y, por esto mismo, concluyó que las funciones interpretativa y sistemática «están subordinadas, como instrumentales, a los fines de la función realizadora del derecho, marcados por los principios generales del derecho».

Pero no sólo rechaza —como vemos— la «aplicación» positivista del derecho, sino también su «elaboración» al modo de la dogmática conceptualista del pandectismo alemán<sup>44</sup>. «La clara ex-

<sup>42</sup> *Ibid.* op. y vol. cit. IV, I, I, él está al final del apartado 488 y pp. 487 y s. En concreto la cita de Schönfeld está en la nota 2, p. 488.

<sup>43</sup> *Ibid.* IV, I, II, pp. 489 y ss.

<sup>44</sup> *Ibid.* 2, a, pp. 493 y s.

posición de Jhering, más que otra causa, al dejar en descubierto el escamoteo de dar valor jurídico creador a la mera ordenación sistemática, produce la moderna reacción contra el dogmatismo jurídico».

En cuanto al concepto del sistema y a su función «de estar, clasificar y definir conceptos», advierte De Castro <sup>45</sup>: «El sistema no es imprescindible para el derecho, pero es de gran utilidad por la claridad que para su conocimiento produce. En cambio, sacarlo de su función instrumental y querer basar en la perfección o en la elegancia del sistema la autoridad del derecho o pretender atribuirle una mística fuerza jurídica productora, son atentados inadmisibles contra la dignidad y la naturaleza del derecho.

»Un sistema jurídico, para ser aceptable, ha de partir de la idea verdadera de derecho y conocer, por tanto, la función creadora y directora y el puesto jerárquico primario que corresponde a los principios jurídicos. Haberlo advertido es una importante contribución de la escuela jurídica española <sup>46</sup> a la ciencia del derecho.»

6. Don Federico de Castro —basándose en que el originario artículo 6.º, entonces vigente, prevenía no sólo la falta genérica de ley sino, específicamente, el supuesto de que «no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido»— consideró que el Código civil español no incide en positivismo legalista no sólo en los casos de defecto de ley aplicable, sino tampoco en lo referente a la interpretación de la ley, gracias al carácter informador del ordenamiento jurídico positivo que el mismo Código asigna a los principios generales del derecho.

Doble función —dice <sup>47</sup>— ya reconocida por la doctrina clásica al derecho natural, que daba a la razón natural el carácter de fuente inagotable de normas. Citó como muestra textos de Gregorio López, Antonio Gómez, Burgos de Paz, el doctor Molina, el padre Sánchez. «Estas ideas nunca se abandonaron y con terminología semejante a la actual se mantienen hasta la época de la codificación, cuya obra inspiran directamente.» Y aquí cita como muestra un texto de Gómez de la Serna.

«Con la aceptación del término de principios generales del derecho —insiste <sup>48</sup>— no se ha modificado la situación jurídica anterior al Código. Ha venido sólo a confirmarse y a ponerse en primer plano, en contra de las corrientes positivistas que domina-

---

<sup>45</sup> *Ibid*, b, pp. 494 y s.

<sup>46</sup> Se refiere a ella en III, III, 1, pp. 161 y s. indicando que su arranque está en el Fuero Juzgo 1, 2, 2, el prólogo de las Partidas, Raimundo LULIO; seguido en el siglo XVI por Gregorio LÓPEZ, BURGOS DE PAZ, el doctor LUIS DE MOLINA, ANTONIO GÓMEZ, el P. SÁNCHEZ, S.I.

<sup>47</sup> DE CASTRO, op. y vol. últ. cit., III, 1, 3.ª ed., p. 462.

<sup>48</sup> *Ibid*, 2, p. 463.

ban en otros países, el valor fundamental reconocido a las normas no legisladas, en especial a las de derecho natural.»

A este respecto —y, para «evitar errores»— había advertido antes <sup>49</sup>:

«1.º Que, al sostenerse que los principios del derecho natural son principios generales del derecho positivo, se alude al derecho natural objetivo y se rechazan las pretendidas reglas de invención arbitraria de la dirección individualista <sup>50</sup>.

»2.º Que no todos los principios del derecho natural son recibidos por el derecho positivo.

»3.º Que no todos los principios generales son del derecho natural, pues existen también los tradicionales y los políticos.»

7. Lo que aquí nos interesa más concretamente es observar el modo y manera en que, según Federico de Castro, estos principios jurídicos informan las normas de derecho positivo, ya sea supliéndolas, en su defecto, o bien concretándolas justamente, en caso de la inadecuación de su texto al caso concreto planteado.

A este respecto había señalado previamente De Castro <sup>51</sup>: «Estos principios jurídicos son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Los principios informan todas las normas formuladas; las convierten, de *flatus vocis*, o de pintados signos, en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un conexo articulado. Determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas.»

En este aspecto considera <sup>52</sup> que los principios generales son las últimas bases del derecho, que muestran su eficacia tanto de modo negativo como positivo.

— En el aspecto negativo: «La desviación fundamental respecto de los principios de derecho natural, origina la condenación del ordenamiento por antijurídico; el apartamiento de los principios tradicionales producirá su repudiación por tiránico o antinacional; la contradicción con los principios políticos significará la ineficacia y la derogación tácita de los textos legales irreconocibles. Esta contradicción, sólo posible en momentos de crisis del Estado, termina con el reajustamiento jurídico, al desaparecer o superarse las causas que las produjeron.»

— En el aspecto positivo: «No son los principios generales consecuencia de las disposiciones legales; por el contrario, al in-

<sup>49</sup> *Ibid.*, II, 4, p. 454.

<sup>50</sup> De este tema me ocupé en «El profesor Federico de Castro y el derecho natural», IX, *ADC*, XXX-III, 1.983, pp. 1709-1715.

<sup>51</sup> DE CASTRO, vol. últ. cit., III, 4, p. 464.

<sup>52</sup> *Ibid.*, V, pp. 473 y ss.

formar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital. Los principios jurídicos son los únicos que pueden ofrecer criterios para resolver las cuestiones primarias del derecho. Determinan al ámbito de lo jurídico y de lo extrajurídico; cuáles son las fuentes jurídicas, su rango respectivo y los requisitos que han de tener las normas derivadas de cada una; el método de interpretación de las normas, el modo de completarlas, etc.». Esta función la realizan de dos modos:

a) Como orientadores de la labor interpretativa, «señalan el método de interpretación de las normas, propio de un ordenamiento jurídico, y, además, indican en cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir: admitir la flexibilidad o rigidez de las disposiciones, extender o restringir su alcance, definir el significado de los conceptos empleados, dar contenido a los modelos de conducta, etc.».

b) Como fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre tienen el efecto taxativamente señalado en el entonces artículo 6.º Cc: «se resuelve, por medio de los principios generales, la cuestión de las lagunas de derecho, e incluso en el caso de que el juez se inhiba, por tratarse de una cuestión no jurídica, lo hará basándose en una norma jurídica, el principio que delimita el campo de lo jurídico».

8. Lo expuesto muestra que De Castro no creía necesario acudir a la *analogía iuris* —camino seguido por De Diego— ni a la equidad —vía propugnada por Castán Tobeñas—, porque el carácter no sólo supletorio sino, además, informador de todo el ordenamiento jurídico positivo de los principios generales de derecho, cubre la función asignada por aquéllos, respectivamente, a la *analogía iuris* y a la equidad. «La equidad —dice De Castro<sup>53</sup>— no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal.»

9. Por eso, la interpretación de las normas —explica De Castro<sup>54</sup>— «no se detiene en el texto legal». La letra de la ley «ha de ser el punto de partida de la interpretación». Mediante ella «se busca el fin jurídico (sentido normativo) de la ley. Como ésta no es un fin en sí misma, sino parte del plan jurídico para la organización de la sociedad, se debe investigar el fin que tiene o le corresponde en el ordenamiento, considerando éste en su totalidad; no sólo el fin inmediato de la norma, sino también el mediato o general (servir al bien común). De este modo, mediante la in-

<sup>53</sup> *Ibid.*, IV, 4, p. 472.

<sup>54</sup> *Ibid.*, IV, I, 3, d, pp. 514 y ss.

interpretación, podrá concluirse hasta la ineficacia de la regla en lo que o en cuanto ella resulte contraria a los fundamentos de la organización jurídica.

»El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el *finalista* o teleológico; que, además, aunque pueda parecer paradójica, es el más seguro y el más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que se presume razonable y justiciero.

»La primera operación interpretativa es la obtención y valoración de los datos que permiten llegar a establecer el sentido jurídico de la norma; mediante la determinación del significado gramatical, social, técnico y lógico de expresiones y conducta, teniendo en cuenta las circunstancias y antecedentes. Con estos medios podrá llegarse hasta la *ratio legis* específica (significado individual de la regla), pero esto no puede considerarse aisladamente, sino como parte del ordenamiento jurídico. Por ello, cabe decir que la *interpretatio legis* supone o implica —expresa o tácitamente— la *interpretatio iuris*.

»Los conceptos, definiciones, clasificaciones y construcciones jurídicos deben servir para aclarar y poner de relieve el significado de las normas. A este propósito, servirán mejor que las fórmulas abstractas, hasta ahora en boga, destacar las ideas rectoras del ordenamiento jurídico, formulando los principios que las expresen (principios del derecho positivo), lo que permitirá, al distinguir sus caracteres, valor y jerarquía en el ordenamiento, entender mejor las reglas que ellos informan.»

10. Como podemos ver, por su camino, nuestro maestro sobrepasó cumplidamente:

a) El estrecho concepto de interpretación de la ley, con el suyo abierto de la *realización del derecho*.

b) El de la *voluntas legislatoris* con su atención objetiva a la *ratio legis*, determinada por la finalidad de cada ley, o sea, el elemento teleológico, objetivo de la realización de la justicia. En consecuencia, una vez determinada, combinando los demás elementos interpretativos, hace que, mediante el instrumento de la ley, esa finalidad sea lo más relevante para la realización del derecho.

c) El reflejo de los principios generales del derecho con esa finalidad de hacer justicia, debe iluminar el hecho planteado en relación a las normas de derecho, por lo cual —pienso yo— con la *comprensión* de éstas debe estar entreligada con la *explicación* de su reflejo en la realidad a través de la explicación.

d) El *texto escrito de la ley* es sobrepasado por el contenido que le infunden los principios generales del derecho que, «de un *flatus vocis* o de un signo pintado» y «de frases descosidas de un conexo articulado», hacen «un conjunto orgánico» y determinan

«el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye en las normas jurídicas».

e) El carácter abstracto de las normas, se supera al atender a la justicia del caso, que sí ha de resolverse por el instrumento de las normas pero informadas por los principios generales.

Creo que ésta fue su aportación, que permanece viva, y que el maestro incluyó en su generoso legado de reflexiones y descomunales estudio, con las superaciones por él logradas que acabo de enunciar. Pienso que logró por uno de sus caminos lo que, por el contrapuesto, se alcanzaba con la consideración clásica de la naturaleza de las cosas, observada con el *sensum naturale*, la *naturalis ratio*, y la *aequitas naturale*.

A la vez, la visión de don Federico en su concepción de los principios generales, le permitió ver la realidad iluminada en todos sus detalles.

Es decir, ambas vías —manejadas por grandes maestros— pueden llegar al mismo resultado de determinar o realizar lo justo concreto.

La clásica corresponde al método aristotélico-tomista, la de don Federico más bien al de Platón, San Agustín y Suárez, con la siguiente diferencia respecto de ésta. El Doctor Eximio concibió que existe en nuestra mente un haz infinito de leyes, aplicables en la infinita variedad de la materia objeto, en la que debe determinarse lo justo natural, mientras que lo justo positivo —mandado por el legislador— si bien no es válido de ser totalmente contrario al derecho natural, es válido en otro caso siempre que no resulte excesivamente duro; es decir, el derecho natural era condición *sine qua non* para la validez, pero no *per quas* de su interpretación. En cambio, nuestro maestro partió de que la función correspondiente a los principios generales del derecho actúa precisamente en la interpretación.

Por ello, la diferencia de su método con respecto al empleado en la concepción realista clásica de la *rerum natura* y la *natura rei*, radica —como señaló Santo Tomás de Aquino<sup>55</sup>— en lo mismo que diferencia las posiciones de Platón y Aristóteles. En la de aquél nuestra mente es como un sol cuyos rayos son ideas; y, en la segunda, nuestra mente está dotada de una luz capaz de permitirle discernir, en las cosas, desde la captación de los primeros principios de justicia hasta la determinación de lo justo y lo injusto. Nótese que decimos «cosas», en el sentido más amplio de esta palabra, que incluye, con ellas, actos, relaciones e instituciones.

---

<sup>55</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. Th. 1.<sup>a</sup>, 79, 4, resp. vers. *Et ideo Aristóteles*.



# LA PECULIARIDAD DE NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO FRENTE A LOS MODELOS LATINO Y GERMÁNICO: LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO APARIENCIA JURÍDICA \*

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** 1. LA PECULIARIDAD DE NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO: LA PUBLICIDAD INMOBILIARIO-REGISTRAL COMO APARIENCIA JURÍDICA PROTEGIDA.—2. LA CONFRONTACIÓN DE NUESTRO SISTEMA CON LOS MODELOS FRANCÉS Y ALEMÁN. A. Sistema latino: el modelo francés. B. Sistema germánico: el arquetipo alemán y su variante suiza. C. El contraste del sistema español con los modelos comparados: su peculiaridad como sistema espiritualista y causalista de publicidad con eficacia plenamente positiva.

## 1. LA PECULIARIDAD DE NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO: LA PUBLICIDAD INMOBILIARIO-REGISTRAL COMO APARIENCIA JURÍDICA PROTEGIDA

Cuando, hace algunos años, estudiamos el sugestivo tema de la protección de la apariencia jurídica <sup>1</sup>, hubimos ya de hacer al-

---

\* Este trabajo, que pretende ser el primero de una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se incluye en la investigación emprendida en el Proyecto PS 91-0105, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. El autor expresa su agradecimiento por la aprobación del Proyecto y por la financiación del mismo.

<sup>1</sup> *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.



guna referencia a la publicidad en general, y particularmente a la publicidad inmobiliaria, como supuesto productor de apariencia jurídica protegible. Volvemos sobre ese mismo asunto, pero ahora con ánimo de mayor detalle, profundidad y ambición. Estamos persuadidos de que no hay más clave de inteligencia e interpretación de nuestro sistema inmobiliario-registral que el de la doctrina de la protección de la apariencia. Una experiencia nos confirmó en lo que inicialmente pudo ser sólo una intuición: tras el estudio de la teoría de la apariencia, el Derecho hipotecario, con reputación de ciencia si no oculta sí al menos de sanedrín<sup>2</sup>, nos resultaba de lo más familiar. Es que, sin duda, entre el régimen de la publicidad y la protección de la apariencia hay una sustancial identidad de fondo que difícilmente podrá quedar oculta a quien apenas se asome a uno y otro campo. Sería interesante estudiar cuál es la exacta y precisa interacción efectivamente producida entre la instauración de la publicidad inmobiliaria y la pleamar del principio de protección de la apariencia. Aunque estamos convencidos de que la protección de la apariencia tiene manifestaciones anteriores a la publicidad registral y de que esta última ha contribuido poderosamente a la afirmación de aquélla como principio general en nuestro moderno Derecho, no vamos a entrar en este punto. Centramos el propósito en lo que ya hemos enunciado al fijar nuestro punto de partida: en contrastar y probar esa clave de inteligencia e interpretación de la Ley Hipotecaria que sería la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. ¿Cuál va a ser entonces nuestra tesis? Ha quedado ya indicada: que sólo desde la teoría de la apariencia se puede explicar coherente y unitariamente el régimen de la publicidad inmobiliaria en nuestro peculiar sistema hipotecario.

Peculiar sistema hipotecario, hemos dicho. Y en seguida tenemos que preguntarnos: ¿Existe tal peculiaridad en nuestro sistema o debe adscribirse éste, en su conjunto, a algunos de los modelos reconocidos como tales? Mal podríamos contestar si hubiéramos de atenernos en la respuesta a los puros testimonios ajenos. En la Exposición de Motivos de la Ley de 31 de diciembre de 1944, sobre reforma de la Ley Hipotecaria, se refiere nuestro legislador como meta a la «normalización de nuestro todavía confuso sistema inmobiliario». ¿Será ello lo que explique que en el extranjero, donde no tienen igual obligación de conocernos, mientras Pugliatti nos sitúa en la órbita germánica<sup>3</sup>, en el *J. von Staudingers Kom-*

<sup>2</sup> La expresión es de NUÑEZ LAGOS, *Don Jerónimo*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, 1948, II, p. 8: «Si la "hipotecaria" no llegaba a ser ciencia oculta, era desde luego ciencia de sanedrín, aparte del Derecho común».

<sup>3</sup> PUGLIATTI, S., *La trascrizione*, en Tratt. CICU-MESSINEO XIV, II, Milano, 1989, p. 135: «Ispirato al sistema germanico, oltre all'ordinamento svizzero..., è

mentar aparezcamos, junto a Francia e Italia, entre los países con sistema de publicidad negativa o preclusiva<sup>4</sup>, y que Planiol-Ripert nos citen como seguidores del sistema francés de transcripción?<sup>5</sup> La verdad es que nuestro sistema, ciertamente con peculiaridades que lo distinguen muy positivamente<sup>6</sup>, se adscribe inequívocamente al modelo llamado germánico<sup>7</sup>. Interesa dejar fijado ya de

---

quello spagnolo, basato originariamente sulla *Ley hipotecaria* dell'8 febbraio 1861, alla quale furono apportate varie modifiche fino al *Texts refundido*, dell'8 febbraio 1946.»

<sup>4</sup> J. VON STAUDINGERS Kommentar zum BGB. Buch 3, Sachenrecht. 12. Auf. 1989, STAUDINGER-ERTL Vorberm zu §§ 873-902 Zr 28: «... *Negative Publizität*: Nur das Vertrauen in das Schweigen des Grundbuchs wird geschützt. Beim Erwerb erlöschen nichteigentragene Rechte (zB Frankreich, Italien, Spanien).»

<sup>5</sup> PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français. III Les biens*, Paris 1926, p. 613: «Le système français de la transcription a été adopté en Belgique (L. 16 déc. 1851 et 10 octobre 1913), aux Pays-Bas (art. 671 Proc. civ.), en Italie (art. 1932-1947. C. civ.), en Espagne (art. 605 et 608, C.c.).»

<sup>6</sup> Aunque, e.c., para COSSIO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1956, p. 15, en España no hayamos llegado hasta el final en la adopción del patrón germánico, lo que ofrece —dice— el panorama de un ordenamiento doble de la propiedad y de los derechos reales que da lugar a serias dificultades en la práctica al entrar en colisión los principios civiles con los propiamente hipotecarios, lo que constituiría (p. 67) «el mal de origen de nuestra Ley Hipotecaria»; o para DE CASSO, l., *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Madrid, 1951, p. 65, nuestra Ley Hipotecaria sea «un híbrido anticientífico», al rechazar la inscripción constitutiva, lo cierto es que nuestra Ley Hipotecaria ha gozado de buena estimación entre nosotros. Ya OLIVER B., *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley hipotecaria*, Madrid, 1892, p. 333, la calificó como «una de las obras legislativas más notables de nuestra Nación», juicio en el que abundará posteriormente SANZ FERNÁNDEZ, *El Registro y la realidad jurídica*, AAMN, XIV, 1965, p. 480: «uno de los más grandes monumentos de nuestra historia legislativa» por su respeto a la realidad jurídica española, base —dice— que inspiró el sabio eclecticismo de 1861. Pero ha sido DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 14, quien, en nuestra opinión, mejor ha motivado su juicio favorable a nuestra legislación inmobiliario-registral: «Verdad es que nuestra técnica legal no llegó a la “sustantividad” de la inscripción, ni a su obligatoriedad, ni a ciertas sutilezas de otros sistemas. Pero es que otorgar a los asientos del Registro fuerza de cosa juzgada; dar carta de naturaleza al principio del consentimiento abstracto, desligado de todo acto jurídico causal; llegar al artificio de la hipoteca del propietario o a las complicadas situaciones engendradas por el libre tráfico del rango hipotecario; prescindir del influjo de la moral, puesta de relieve por el principio de la buena fe, y dar valor a los pronunciamientos del Registro incluso *inter partes*, son exageraciones a todas luces improcedentes, en pugna con nuestra tradición jurídica y nuestros hábitos contractuales.»

<sup>7</sup> No es cuestión de hacer aquí una completa relación de los autores que afirman la adscripción de nuestro sistema hipotecario al modelo germánico. Baste, remontrándonos a los orígenes, dejar sentado que la adopción de tal modelo respondió, en su inicio —anterior, por cierto, a la Ley Hipotecaria— a una opción lúcidamente ponderada y explícitamente confesada. En las *Concordancias, motivos y comentarios...* de GARCÍA GOYENA al Proyecto de 1851, en la parte que nos interesa, obra de LUZURIAGA, decía éste: «La Comisión general de Códigos adoptó desde luego resultantemente los dos grandes principios de *publicidad* y *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios en este

título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra ley hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *dobles principio*: sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro. Puede desde luego tenerse entendido que las principales disposiciones de estos dos títulos convienen sustancialmente con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico...» (ed. Zaragoza, 1974, p. 927). La opción por el sistema germánico, entonces entendido como el de la publicidad absoluta y la especialidad, aparece constantemente en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, y en cuanto al pensamiento de GÓMEZ DE LA SERNA en este punto nos limitaremos a señalar lo que, en pleno comentario al artículo 34, y transcribiendo en nota palabras suyas de algún trabajo anterior, deja expuesto en *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid, 1862, p. 637:

«En el proyecto de Código civil estaba adoptado el sistema hipotecario alemán, que es el que ha adoptado la nueva Ley Hipotecaria. Esto era conocido desde que se publicó en el *Derecho moderno*, revista que dirigía en 1851 el ilustrado juriconsulto don Francisco de Cárdenas, y lo fue más aún desde que el magistrado don Florencio García Goyena, uno de los autores del proyecto, publicó las Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, por la grande circulación que tuvo esta obra bajo la protección del Gobierno.

Mas el sistema que el Código se proponía, si bien sólo por la gran autoridad de los juriconsultos que en él intervinieron merecía ser examinado y discutido, debió llamar preferentemente la atención desde el momento en que el Gobierno aceptándolo como suyo, lo indicó a la Comisión de Codificación para que formulara el proyecto de ley hipotecaria. Esto era en agosto de 1855. Entonces se decía a la Comisión que el Gobierno deseaba que la nueva ley partiera del principio de publicidad, que como incompatibles con esta condición no se reconocieran para lo sucesivo hipotecas generales, que se estableciesen formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos *en la cosa*, que se meditara con detención sobre la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas generales escogitándose en el primer caso los medios de conciliar la supresión con los intereses que antes protegía el privilegio y especialmente de las mujeres casadas, de los menores y de los incapacitados. Entonces, indudablemente hubiera sido ocasión más oportuna para entrar en la discusión del sistema que al antiguo quería sustituirse: entonces podría la prensa científico-jurídica, hacer al país más oportunamente el servicio que tal vez algunos, no nosotros, hoy conceptuarán como extemporáneo

... creemos por el contrario que ha sido bien elegido el sistema: estamos en la inteligencia de que la Comisión de Codificación al desenvolverlo ha sido siempre fiel a él, tanto en la ley como en el reglamento para su ejecución...»

A su vez, don Bienvenido OLIVER, tras caracterizar la Ley Hipotecaria —op. cit. p. 372— como «informada por los principios del Derecho germánico o alemán, y especialmente del prusiano», termina la explicación de este punto —pp. 389-390— transcribiendo las palabras del Ministro don Santiago Fernández Negrete, en defensa de la Ley: «¿Cuál es el origen de esta ley? ¿Es francés? No: esto no tiene nada de francés. La Francia acepta los principios que esta Ley combate. ¿Es alemán? ¿Cuál es la ley alemana? En Alemania hay veintiuna leyes hipotecarias, si no estoy equivocado, fundadas sobre la turquesa, sobre el modelo de la Ordenanza de Federico II, de 1783. Yo reto a S.S. a que me diga: ¿qué ley alemana es la copiada? Ninguna. Naturalmente, la nuestra se ha de parecer algo a ella, pero nada más que parecerse. *Hay aquí mucho del sistema alemán: acaso con el tiempo haya más todavía.*» Claro está que no han faltado quienes, lejos ya del origen de nuestra Ley Hipotecaria y en el fragor de la polémica sobre la interpretación de sus puntos más conflictivos, traten de negar la inspiración germánica que tan claramente se reconoció en los inicios. Basten, como la más reciente muestra, las siguientes palabras de CHICO Y ORTIZ —*Estudios sobre Derecho Hipotecario I*, 2.ª ed., 1989, p. 180— concediendo

entrada, aunque todavía tenga que ser *grosso modo*, en qué consiste tal adscripción y cuáles son las peculiaridades que nos distinguen.

¿Qué se entiende por sistema germánico? Esencial resulta distinguir: ¿qué se entiende hoy, o qué se entendía cuando los grandes protagonistas de nuestra codificación concibieron y dieron forma a la Ley Hipotecaria? De la acotación de la pregunta depende en gran parte el resaltado de la peculiaridad de nuestro sistema. Para nuestros juristas del XIX la panorámica comparada en materia de Derecho inmobiliario comprendía la visión de dos grandes conjuntos o sistemas<sup>8</sup>: uno, en regresión y tributario del pasado, el francés, del que dirá Luzuriaga<sup>9</sup> que «ha sido ya juzgado en su propio país», y otro, el germánico, moderno y prometededor de toda suerte de prosperidades<sup>10</sup>. Consistía la novedad de éste en la instauración de los principios absolutos de publicidad y especialidad. La seguridad del tráfico y el crédito inmobiliario exigían la desaparición de las hipotecas clandestinas y generales; la condición de la propiedad, por tanto, debería contar con esa forma de general cognoscibilidad, de fácil acceso y suficiente garantía, que será el Registro inmobiliario: en él podrá encontrarse la información jurídica necesaria acerca de la titularidad de las fincas y de sus posibles gravámenes. El sistema francés, por el contrario, admi-

---

a TIRSO CARRETERO, «Quizá pueda ser cierto que la admisión de la fe pública registral, sin inscripción constitutiva, resulta excesiva en un sistema como el nuestro en el que la teoría del título y el modo, unido a la voluntariedad de la inscripción, se acercan más al sistema latino que al germánico».

<sup>8</sup> «La legislación hipotecaria, como sistema —se dice en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861— es hoy objeto de grandes controversias: la última palabra de la ciencia respecto de las bases sobre que debe descansar, no ha sido pronunciada todavía. Las naciones de Europa están divididas en el modo de resolver las grandes cuestiones a que da lugar tan interesante parte de la legislación civil; disputanse el terreno dos sistemas puestos frente a frente: el que introdujo el Código civil francés, imitado por otros muchos pueblos, y el que, nacido en Prusia, ha llegado a obtener en sus reglas capitales tantos partidarios y dominado en tantos países».

<sup>9</sup> Op. cit., p. 929.

<sup>10</sup> Vid. LUZURIAGA, op. cit., p. 927: «Los pueblos civilizados de ambos hemisferios, con pocas excepciones, han renovado de un siglo a esta parte la legislación hipotecaria, o promueven actualmente su reforma. Todos han reconocido que el suelo, instrumento el más vasto y seguro de producción debe recibir de la ley las condiciones necesarias para ser transmitido con toda libertad (inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable), y para poder ser obligado con igual seguridad; condiciones que sirvan de fundamento al crédito territorial, que en vano se procurará fomentar de otro modo.» O algo más adelante, p. 929: «Entre otros datos curiosos hay uno muy notable; la Baviera se rige por dos legislaciones, la parte alemana por la que le es propia, y la parte del Rin por el Código francés, importado allí con la denominación de *Imperio*; y resulta que el banco obra poderosamente en la Baviera alemana, y no puede hacer operaciones en la Baviera renana; con cuyo hecho recibe la teoría una demostración incontestable.»

tiendo a la publicidad las hipotecas voluntarias o convencionales, mantenía en la clandestinidad a las legales (sistema mixto). En estas condiciones se entiende fácilmente que la publicidad germánica, aspirando a ser el fiel y fiable reflejo de la realidad, se organizara en la forma precisa y con las garantías necesarias para el desempeño de su propósito: sólo sobre la base de un Registro llevado por fincas y de una inscripción sometida a control cualificado, puede asentarse la protección deparada al tercero que actúa confiando en lo que la publicidad le manifiesta. Frente a ella, la francesa, con pretensiones más recortadas, podrá adoptar una forma más rudimentaria de organización y prescindir del control del título publicable, que, normalmente, se limitará a transcribir literalmente. Ello basta a su limitado fin de hacer inoponible el acto no transcrito a quien se adelantó a registrarlo <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Es OLIVER, entre nuestros autores del XIX, quien con mayor detalle entra en la contraposición de los dos sistemas. Advirtiendo sobre el sentido en que puede hablarse de sistemas germánico y francés («Pero debo advertir, ante todo, para evitar extravíos, que uso de las palabras sistema *germánico* y sistema *francés* en el sentido vulgar, porque ninguna de ellas responde a conceptos científicamente formulados y desarrollados hasta sus últimas consecuencias con rigor lógico», op. cit., p. 84) y tras haber indicado los países donde se encuentra vigente cada uno de ellos —*ib.*, pp. 82-83—, sitúa su más radical diferencia (pp. 83-84):

«Separa a estos dos grupos de leyes, designados respectivamente con los nombres de sistemas germánico y francés, entre otras diferencias esenciales, la muy importante relativa a uno de los conceptos fundamentales de la legislación civil, es a saber: que mientras el primero requiere para la transmisión y gravamen de la propiedad territorial el cumplimiento de ciertas formalidades exteriores, sin las cuales ambos actos, o al menos el último, no tienen valor jurídico; el segundo —el francés— no exige formalidad exterior y declara transmitida o gravada la propiedad territorial por actos tan íntimos y, sobre todo, tan clandestinos y ocultos como el mero consentimiento del propietario, manifestado de palabra o por escrito, o la tradición o entrega de la cosa practicadas de una manera real o simbólica, pero siempre desconocida para el público, a pesar de hallarse muy interesado en saber quién es el dueño de las cosas y los gravámenes que sobre ellas pesan.

Este modo de considerar el acto importantísimo de la transmisión de la propiedad inmueble y de la constitución de los derechos reales impuestos sobre ella, viene a ser como la piedra angular en que descansan aquellos dos sistemas —*germánico* y *francés*— cuyo respectivo desarrollo, en su conjunto y en sus detalles, es consecuencia lógica y necesaria del concepto distinto y radicalmente opuesto de aquel acto.»

Más adelante se referirá a sus diferencias en lo organizativo (pp. 229-231):

«No son menos radicales las diferencias que separan los sistemas alemán y francés en punto a organización de los Registros destinados a dar publicidad a los actos y contratos sobre bienes inmuebles. Y esta diferencia se explica fácilmente, porque esas oficinas tienen que responder necesariamente al diverso concepto que uno y otro sistema tienen formado del régimen inmobiliario.

En primer lugar, los Registros, según el sistema alemán, se llevan por fincas, a cada una de las cuales se abre su correspondiente folio, como si fueran entidades jurídicas independientes en cierto modo de las personas que en el transcurso de los tiempos adquieren algún derecho sobre ellas. Ese folio empieza con la descripción física de la finca, tomada de los libros catastrales parcelarios.

Claro está que, así trazadas las líneas definitivas de cada sistema, la adscripción del nuestro al germánico resulta de todo punto evidente. Nuestro Derecho anterior a la Ley Hipotecaria dibujaba ya un sistema mixto. Contra él, y por encima del religioso respeto que los autores de la Ley profesan al Derecho nacional, se va a reaccionar innovando cuanto fuera preciso para instaurar el principio absoluto de la publicidad: «la obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito» (Exp. Mot.). Nuestra Ley Hipotecaria va a ser considerada, y en realidad lo era, como una ley innovadora<sup>12</sup>. Tanto que, de cuajo, nos va a sacar de nuestro

---

Según el sistema francés, los Registros se llevan por orden cronológico de presentación de documentos, hallándose confundidos los pertenecientes a fincas distintas; y como para facilitar la busca de los datos consignados en sus asientos se agrupan y clasifican éstos en un Repertorio o Índice alfabético por los nombres de las personas a quienes afecta cada asiento, de aquí que sean Registros meramente personales, no reales o de la Propiedad.

En segundo lugar, los asientos en los Registros organizados, según el sistema alemán, son el resultado de un verdadero acto de jurisdicción voluntaria, y hasta cierto punto reúne los elementos de una verdadera declaración judicial que causa estado. Por el contrario, los asientos hechos en los Registros, según el sistema francés, consisten en simples copias literales de los documentos (*transcription*) o de los extractos de éstos (*inscription*) hechos por los interesados.

Por eso los asientos extendidos en aquéllos gozan de verdadera y completa fe pública con entera abstracción del título o documento, cuya validez o nulidad no influye en la eficacia de aquéllos. Y por eso también los asientos practicados en los Registros del sistema francés, carecen por sí mismos de valor alguno respecto de los actos jurídicos a que se refieren, disfrutando únicamente de la fuerza o eficacia que a éstos se conceda.

Los Registros, según el alemán, están a cargo de los Tribunales de Justicia, ante los cuales se practican todas las actuaciones preliminares de la inscripción, bajo la alta inspección del Ministerio de la Justicia; y los Registros del sistema francés están a cargo de funcionarios administrativos, ajenos al orden judicial, los cuales sólo ejercen funciones pasivas o mecánicas bajo la dependencia inmediata del Ministerio de Hacienda y sin relación alguna con los Tribunales.

Por eso los primeros Registros ostentan el carácter de una verdadera institución fundamental del Derecho civil sobre la que descansa todo el régimen de la propiedad territorial, al paso que los segundos sólo alcanzan la consideración de organismos administrativos, destinados a dar publicidad o notoriedad a la celebración de un número limitado de actos jurídicos relativos a bienes-inmuebles».

<sup>12</sup> Se dice en la Exposición de Motivos:

«Mas la Comisión que, por regla general, propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, que no cree que deben las leyes cambiar las bases del derecho antiguo sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada, y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando, cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar a tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada a las exigencias de la época: se ve hoy obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de

secular sistema para introducirnos de lleno en el contrario. Quizá así se explique lo sopesado y razonado de su argumentación y defensa en la espléndida Exposición de Motivos que la precede <sup>13</sup>, la fuerte y apasionada polémica provocada en torno a su artículo 34, y las dificultades y obstáculos que encontró en su «planteamiento» (expresión tan usada por los autores de la época). Siendo ello así, si el sistema germánico no exigía —exceso sólo esporádicamente pretendido— el conceder a la inscripción el valor absoluto de la cosa juzgada, contra la realidad misma de las cosas; si ni siquiera es de su esencia el atribuir valor constitutivo a la inscripción —no se lo atribuyó, e. c., el Código de Prusia <sup>14</sup>—, ¿cuál puede ser la peculiaridad de nuestro sistema, una vez integrado consciente y consecuentemente en el germánico? Mucho va a insistirse en el esfuerzo realizado para lograr la adaptación del sistema elegido a nuestra realidad y a nuestro Derecho; indudable será también la atención prestada al modelo francés y el influjo de éste, al menos redaccional y de estilo, en materias concretas y aspectos parciales de nuestra Ley; pero nada de ello justificaría atribuirle personalidad propia. Aceptado el modelo germánico, en él se llegará hasta sus últimas consecuencias, y es que —lo había dicho Luzuriaga <sup>15</sup>— «si las transacciones en política suelen ser buenas, en el derecho civil no producen sino medios insuficientes».

Muy distintas son las cosas si la comparación de nuestro sistema con los modelos habitualmente reconocidos se establece hoy día y con las categorías jurídicas actualmente configuradoras de los distintos regímenes. No es que el modelo francés haya variado de signo con sus sucesivas reformas. Tampoco el nuestro lo ha hecho. El que sí ha resultado significativamente desfigurado ha sido el germánico, al padecer tras su vaciado en el BGB la adherencia de una serie de elementos de nuevo cuño —elaboración de la pandectística del XIX: transmisión abstracta, inscripción constitutiva, consentimiento formal, entre otros— que innecesariamente van a radicalizarlo en una línea que hoy se reconoce carente de futuro. Ahora sí que nuestro sistema, tan alejado del francés como en su origen, queda también a distancia del germánico en su actual configuración alemana. ¿Y cómo puede enunciarse su peculiaridad? Mientras Francia, defendiendo a la realidad contra la apariencia, no ha lle-

---

la Comisión, cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado.»

Glosa tal carácter innovador, OLIVER, op. cit., pp. 382-388.

<sup>13</sup> Fue ponente de la misma GÓMEZ DE LA SERNA, según testimonio de CÁRDENAS, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, Madrid, 1871, p. 147, nota 1.

<sup>14</sup> Sobre él, y críticamente en este punto, OLIVER, op. cit., pp. 116 ss.

<sup>15</sup> *Concordancias...*, cit., p. 929.

gado a hacer del Registro un instrumento creador de apariencia jurídica protegible, y mientras Alemania se excedió queriendo hacer coincidir a la apariencia con la realidad hasta subordinar ésta al instrumento que la publica, nuestro sistema ha permanecido fiel a lo que fue la inspiración originaria del modelo germánico: la de hacer del Registro una especie de duplicado de la antigua *Gewere*; un elemento normalmente manifestador de la realidad, pero que cuando no coincide con lo que la realidad es, según sus propias leyes, configura una apariencia jurídicamente protegible. Merece la pena que antes de entrar en la exposición de los modelos arquetípicos, dejemos destacada la presencia en el nacimiento y configuración de nuestro sistema hipotecario de la idea que, presente en él hoy como entonces, actualmente le confiere su propia y peculiar fisonomía: la de ser instrumento creador de apariencia jurídica legalmente protegida.

Decir hoy que el Registro configura una situación de apariencia jurídica protegible puede quedarse en una afirmación sin especial relieve, mucho más cuando no se entra en aquilatar lo que ello puede significar como peculiar clave de explicación del régimen de la publicidad<sup>16</sup>. Quizá sólo en convertirse en eco, impreciso y remoto, de toda una elaboración doctrinal, iniciada y extendida en Alemania tras la aparición del BGB (resistida, en cambio, en Italia) y allí aplicada con mucha frecuencia en la explicación de la virtualidad —no sólo de ella— de la publicidad registral<sup>17</sup>. Bastante más interés puede tener comprobar cómo a

---

<sup>16</sup> La afirmación se encuentra con gran frecuencia en nuestros autores. *Vid.*, e.c., SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario* I, Madrid, 1947, p. 292; *Id.*, *El Registro y la realidad jurídica*, cit., p. 404; COSSIO, op. cit., pp. 10-11; LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1968, pp. 65, 202, 207, después, *Elementos de Derecho Civil III bis*, pp. 16, 167...; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid, 1978, p. 246; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1979, I, p. 336; CANO TELLO, *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 278; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid 1982, p. 605; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 40; CRISTÓBAL MONTES, *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza, 1986, pág. 128. La constituye en línea central del tratamiento del régimen de la publicidad, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, quien —pp. 13-14— anuncia: «... las páginas que siguen constituyen un análisis de los principales problemas que plantean la posesión y la doctrina de la publicidad registral; pero arrancando de lo que, a nuestro juicio, puede ser considerado como hilo conductor o denominador común de las dos figuras: la protección jurídica de la apariencia».

<sup>17</sup> *Vid.* como exponente actual del planteamiento doctrinal alemán, STAUDINGER-GURSKY, ad 892 Rz 5: die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerläßliche objektive Rechtsscheinbasis. y Rz 6: die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von Westermann so genannten) reinen Rechtsscheinprinzips». Para el pensamiento italiano, cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione I*, cit., pp. 252 ss. y MENGONI: *Gli acquisti a non domino*, 3.<sup>a</sup> ed., Milán, 1975, pp. 350 ss.



la idea de lo que hoy entendemos como protección de la apariencia responde una Ley Hipotecaria concebida, fundamentada, razonada y explicada en tal sentido, cuando la teoría refleja de la apariencia no había llegado a esa etapa de su adolescencia, que BÉRGAMO<sup>18</sup> sitúa en la instauración del principio de legitimación.

¿Cómo podremos llegar a esa comprobación? Ningún camino mejor ni más fácil que partir del núcleo de la protección de la apariencia, tal como hoy se la entiende, para inmediatamente volver a nuestra originaria Ley Hipotecaria y a los textos que la argumentan. La coincidencia de fines, medios y resultados —podemos adelantarlos— va a ser absoluta.

En efecto, la teoría de la apariencia parte, en la encrucijada entre la seguridad estática o seguridad de los derechos y la seguridad dinámica o seguridad del tráfico<sup>19</sup>, de la necesidad de proteger al tercero que actúa de buena fe. ¿Qué se va a exigir para ello? La existencia de una situación objetiva de apariencia jurídica, que, por su propia objetividad y consistencia, pueda generar la confianza justificada y razonable del tercero. El temor a eventuales y remotos motivos de ineficacia, de comprobación excesivamente complicada o moralmente inalcanzable, no debe paralizar el tráfico ni minar la consistencia de los actos realizados de acuerdo con la normal diligencia. De ahí que si la apariencia objetiva y fiable no concuerda con la realidad de las cosas, el tercero que desconocía dicha discordancia deba ser protegido, manteniéndose la eficacia de su actuación: lo que en sí era sólo apariencia, valdrá para el tercero de buena fe como si fuera la realidad. No por ello, evidentemente, el perjudicado a consecuencia de esta medida protectora va a quedar desamparado por el Derecho: quedando a salvo el tercero, podrá dirigirse contra quien contrató con él<sup>20</sup>.

El ambiente estaba ya maduro para la aplicación de esta doctrina —por entonces, quizás, «expediente», mejor que doctrina— a la publicidad registral inmobiliaria cuando en 1861 aparece la Ley Hipotecaria. El Proyecto de Código civil de 1851 contenía ya un boceto de sistema registral donde la publicidad, sin alcanzar dimensión constitutiva<sup>21</sup>, jugaba como elemento configurador de una apariencia jurídica, protegida en favor del tercero de buena fe.

La situación del tráfico inmobiliario era insostenible. Dirá Luzuriaga:

<sup>18</sup> BÉRGAMO LLABRÉS, A., *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, I. C. Notarial de Valencia, 1946, p. 250.

<sup>19</sup> Es inevitable en este punto la cita de EHRENBURG, V., *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iherings Jahrb. (1904) pp. 273-338.

<sup>20</sup> Nos remitimos, para el desarrollo de la teoría de la apariencia, a nuestra obra, ya citada, *La representación aparente...*, pp., esp., 441 ss.

<sup>21</sup> Cfr. LUZURIAGA, *Concordancias...*, cit., p. 952: «La inscripción es un acto íntimamente adherido al título constitutivo del derecho inscrito; pero no por eso dejan de ser dos cosas distintas.»

«... en tal situación, lo que hay que admirar no es el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compran bienes inmuebles o prestan sobre ellos, porque temerario es dar su dinero por fincas o sobre fincas cuyo valor líquido es imposible conocer. Aunque se prescinda del peligro de que sobrevenga un comprador desconocido que se anticipó a tomar la posesión, o que por lo menos sea acreedor del todo o parte del precio, es imposible estar seguro de que no se presentará un censalista que reclame un capital más o menos grande con sus veinte y nueve anualidades de intereses. Algo dice si no lo que está sucediendo en muchas de nuestras provincias, por no decir en todas».

Se entiende, por ello, que la legislación que se proyecta deba partir de una decidida y neta toma de partido en favor de la seguridad de las adquisiciones, cuya necesidad se siente como una exigencia de interés general o de orden público:

«Ante todo es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia; si la necesidad u otra causa, sobreponiéndose al temor, dan la resolución de comprar a pesar de aquel peligro, queda siempre el de perder las mejoras; y, aunque nada de esto hubiera, el legislador debe procurar que la propiedad no esté incierta, que el fraude y la clandestinidad no vengán a frustrar los contratos, y sobre todo que el dominio del suelo sea tan seguro que sirva de base para asentar sobre él con toda confianza el crédito, de tal modo, que ofrezca a los prestamistas mayor garantía que el que se funda en la industria»<sup>22</sup>.

«No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar; no el daño aislado de una persona privada»<sup>23</sup>.

El «Registro público» será el instrumento que venga a asegurar la confianza de los adquirentes y prestamistas, y la definitiva eficacia de sus adquisiciones e hipotecas:

«inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable»<sup>24</sup>.

«si el Registro ha de servir de asiento seguro para el crédito territorial, conviene que él sea la única pauta de los prestamistas

---

<sup>22</sup> *Id., ib.*, p. 943.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 934.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 927.

para simplificar las diligencias con que han de adquirir la confianza que les mueve a entregar su dinero»<sup>25</sup>.

He aquí la imagen de un Registro configurador de una apariencia cuya protección se traduce en el mantenimiento de la eficacia de los actos realizados confiando en lo que en él se publica. No importa que el que aparece como titular inscrito, no lo sea en la realidad de las cosas:

«Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción»<sup>26</sup>.

Naturalmente, todo ello ha exigido la organización del Registro por fincas (art. 1.819), el requisito de la titulación auténtica —«por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda»<sup>27</sup>— (art. 1.821), la calificación registral (art. 1.883), el tracto sucesivo (art. 1.820), la extensión de la inscripción a todo acto de constitución, transmisión o gravamen de los derechos reales inmobiliarios (arts. 1.826, 1.831)... Todo lo necesario, en definitiva, para que la publicidad en él obtenida pudiera ser —como la calificaba Oliver— «una publicidad verdaderamente *positiva*», desencadenante de lo que hoy llamamos *legitimación y fe pública registral*<sup>28</sup>; justamente, la expresión, en un Registro sin publicidad constitutiva, de la apariencia registral y de su más enérgica virtualidad en favor del tercero que actúa poniendo en ella su confianza.

Este mismo esquema, claro está que ya bastante más desarrollado y perfilado, es el que se va a repetir en la Ley Hipotecaria de 1861. Igual indicación en su Exposición de Motivos de lo que es su situación de partida: unas condiciones de inseguridad que hacen imposible el tráfico inmobiliario; igual medio para eliminarla: la creación de un Registro en el que se haga efectivo el principio absoluto de la publicidad; mayor explicitación ahora de la peculiar fisonomía del principal favorecido por el Registro: el tercero de buena fe; mayor explicitación también de la diferencia de tratamiento de los problemas relacionados con lo que el Registro publica o en él deja de inscribirse, según se planteen *inter partes* o en relación con tercero; mayor énfasis en la distinción

<sup>25</sup> *Id.*, p. 953.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 944.

<sup>27</sup> *Id.*, loc. últ. cit.

<sup>28</sup> La expresión citada está en OLIVER, op. cit., p. 67. En esa misma página, y hasta la 70, puede verse su referencia a la legitimación y a la fe pública registral.

entre la realidad de lo que las cosas son y lo que el Registro publica sobre ellas;... y la idea, tantas veces repetida y formulada, de que para el tercero de buena fe no puede haber más realidad que lo que el Registro le dice: es preferible la protección de su legítima confianza que la de la incuria de quien, pudiendo fácilmente haber inscrito, no lo hizo: *¡Imputet sibi!* Tratemos de comprobarlo, buscando aquí y allá en la Exposición de Motivos de la Ley y en su más autorizado comentario.

Situación de partida:

«No necesita la Comisión examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario... nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre solidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner limites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados. Nada añade la Comisión por su parte; bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislación hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las condiciones que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días»<sup>29</sup>.

«... el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria: el de adquirir sin temor de perder lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca»<sup>30</sup>.

«Pero este sistema (el mixto, anterior a la Ley Hipotecaria)... tampoco es aceptable a juicio de la Comisión. Amalgama de dos sistemas que se excluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspección de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor: en los momentos mismos en que contrata, después de asegurarse por el Registro de la Propiedad de que sus garantías son buenas, después de adquirir por el registro de hipotecas la convicción de que ningún otro tiene inscrito un crédito que pueda anteponerse al suyo, se encuentra burlado, porque una hipoteca legal desconocida tal vez hasta para el deudor mismo, viene a frustrar sus cuidadosas investigaciones,

---

<sup>29</sup> Exposición de Motivos, p. 223. Citamos por su edición en *Leyes hipotecarias y registrales de España, Fuentes y evolución*, I. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1974.

<sup>30</sup> *Ib.*, p. 226.

a convertir un contrato calculado con toda previsión en un juego de azar y a privarle de su derecho. El sistema mixto, pues, si bien preferible al de hipotecas ocultas, no da la seguridad absoluta que necesitan los acreedores para que el crédito territorial sea fecundo... Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el más detenido y profundo estudio de la legislación en materia tan difícil y el examen más circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han tenido intervención, de las responsabilidades que en el orden de la familia puedan haber contraído, no alcanzan a poner al acreedor a cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos o desconocidos, y cuya existencia no puede sospechar ni la previsión más exquisita»<sup>31</sup>.

Distinción entre realidad y publicidad. La realidad es lo que cuenta *inter partes*; para el tercero es decisivo lo que el Registro publica:

«No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión. En su concepto deben ser los Registros un gran medio que ha de tener la Administración para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esa idea, si no ha de primar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual cuando menos a ellos.

No es ésta la opinión de la Comisión: sin negar que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe ser sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediabilmente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio.

La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad,

---

<sup>31</sup> *Ib.*, pp. 227-228.

fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador favorecerla, en cuanto alcance. Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por eso se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por don Carlos y doña Juana, y seguido por don Felipe II, por don Felipe V y por don Carlos III, de que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

...  
Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo»<sup>32</sup>.

A partir de ahí, la filosofía de la Ley, centrada en la protección del tercero que adquiere confiando en el Registro, aparecerá con ocasión de cualquier materia en la que pueda producirse una discordancia entre realidad y publicidad, o entre realidad y apariencia jurídica registral. Así:

A propósito del cierre del Registro a todo título anterior al inscrito:

«En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido por error a otro a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no puede inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la Ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente»<sup>33</sup>.

A propósito de la revocación de donaciones:

---

<sup>32</sup> *Ib.*, pp. 236-237.

<sup>33</sup> *Ib.*, pp. 248-249.

«... sí está la Comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta a los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, u obtiene sobre ella algún derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudicará a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido»<sup>34</sup>.

#### A propósito del retracto legal en las ventas:

«Tampoco podía admitir la Comisión que, pasada la cosa a un tercer poseedor, hubiere lugar al retracto de la venta. El retracto convencional no necesita esta declaración, porque si la venta está inscrita en el Registro, la condición resolutoria del contrato aparecerá también en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna. Si no está inscrita la condición resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la ley; pero, sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria. La dificultad, pues, sólo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros... No corresponde a la Comisión examinar en esta exposición las ventajas o inconvenientes de semejantes clases de retracto... Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone y reforma en la parte en que se opone a los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título... Pero la Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante»<sup>35</sup>.

#### A propósito del impago del todo o parte del precio de la cosa vendida si no consta de la inscripción haber sido aplazado el pago:

«El tercero que compra o que adquiere un derecho real sobre lo así vendido, si después se ve privado de ello, realmente es perjudicado por un hecho ajeno imputable al vendedor y al comprador, y sobre todo al primero, en cuyo interés está hacer que conste la falta de pago en el escritura y en el Registro. Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él, que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada»<sup>36</sup>.

#### A propósito de la *restitutio in integrum*:

---

<sup>34</sup> *Ib.*, p. 250.

<sup>35</sup> *Ib.*, pp. 251-252.

<sup>36</sup> *Ib.*, pp. 252-253.

«... La Comisión, circunscribiéndose a los límites indispensables del proyecto, y fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio»<sup>37</sup>.

#### A propósito del fraude de acreedores:

«En el proyecto de Código civil no podían menos de tomarse en cuenta los inconvenientes del Derecho antiguo respecto a la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido. Así, al tratar de la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores, se fijaron algunas reglas respecto a las cosas inmuebles, que han sido substancialmente adoptadas por la Comisión. Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación: también se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fe; y por último, las enajenaciones a título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia son rescindidas como fraudulentas a instancia de los acreedores. La Comisión ha seguido este ejemplo en la parte que cabía en el proyecto, proponiendo que la acción rescisoria por enajenación en fraude de acreedores no se dé en perjuicio de tercero que tenga inscrito el título de su derecho, a menos que la segunda enajenación sea a título gratuito, o que el tercero haya sido participante en el fraude»<sup>38</sup>.

#### A propósito de la anotación del legado de cosa inmueble:

«Cuando la cosa legada es determinada e inmueble, con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación»<sup>39</sup>.

#### A propósito de la cancelación de asientos registrales:

---

<sup>37</sup> *Ib.*, p. 255.

<sup>38</sup> *Ib.*, p. 256.

<sup>39</sup> *Ib.*, pp. 257-258.



«El principio dominante en esta materia es que las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de transferencia del dominio o del derecho real inscrito... y, por último, que la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas no extingue por su propia virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos a que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho. Estas reglas son sólo una consecuencia de los principios adoptados por la Comisión, y que dominan todo el proyecto»<sup>40</sup>.

A propósito de la rectificación de los asientos registrales:

«Pero de todos modos, las rectificaciones de concepto no pueden retrotraerse a la fecha de la inscripción rectificada; por pequeña que sea la equivocación, los interesados tienen en el proyecto medios suficientes para evitar el error, reclamando oportunamente: el que ignorante de ella acude al Registro y contrata en la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera rectificada. Éste es el único que debe sufrir las consecuencias de su conducta, como se declara en el proyecto»<sup>41</sup>.

Finalmente, a propósito de la publicidad formal:

«La publicidad puede darse, o por medio de la exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los registradores, únicos documentos con que puede acreditarse en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo deben perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes»<sup>42</sup>.

Transcritos los anteriores párrafos de la Exposición de Motivos, veamos a continuación cómo entienden la Ley sus autores principales. Pensamos en este momento en Gómez de la Serna y en Cárdenas<sup>43</sup>. Según el primero, el fin pretendido con la instauración del Registro es «la publicidad, por cuyo medio advertido

<sup>40</sup> *Ib.*, pp. 262-263.

<sup>41</sup> *Ib.*, p. 312.

<sup>42</sup> *Ib.*, p. 314.

<sup>43</sup> Cfr. NUÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 141: «Presididos por Cortina, los autores de la ley fueron un romanista —Gómez de la Serna— y un historiador —Cárdenas—. Acaso aquí reside el éxito de un sistema germánico en suelo latino: hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu nacional.»

el tercero, no puede ser inducido a error»<sup>44</sup>. Es —podría decirse— lo más contrario a cualquier atisbo de provocación y favorecimiento de apariencias disconformes con la realidad: se trata de evitar a los terceros el engaño que hasta entonces producía la existencia de gravámenes o derechos ocultos y sin posibilidad de conocimiento, incluso —muchas veces— tras la investigación más diligente; de acabar con la existencia de propiedades aparentemente libres, pero minoradas con cargas insospechadas o sujetas a la incontrolable amenaza de una reivindicación imparabile. Efectivamente, así era; pero el remedio a esta situación sólo podía consistir en la predisposición de un instrumento de cognoscibilidad —el Registro— de fácil acceso a todos: al titular de la propiedad y de los derechos sobre ella constituidos, y al posible interesado en su adquisición. La idoneidad del Registro para cumplir a la perfección esta función, y la facilidad de llevar a él cuanto afecta a la propiedad inmobiliaria, justifica sobradamente el criterio legal de estar, en cuanto a terceros, hasta sus últimas consecuencias, a los pronunciamientos registrales; tanto cuando la publicidad coincida con la realidad —en cuyo caso es la realidad la que juega por sí misma y para todos— como cuando diverge de ella: Es ahora cuando la publicidad (la *apariencia registral*) vale *como si* fuera la realidad para el tercero de buena fe. Quien descuidó inscribir no puede hacer valer lo no inscrito a quien, consultado el Registro, se acoge al mismo. He aquí cómo el instrumento tendente a dar seguridad sobre la base de la cognoscibilidad de la realidad jurídica, tiene que continuar su finalidad aseguradora protegiendo la apariencia en él generada contra la realidad misma. Este es, sin duda, el pensamiento de los autores de la Ley: «según hemos dicho muchas veces, la Ley Hipotecaria en nada altera los efectos de las obligaciones entre los contrayentes; sólo trata de evitar perjuicios al tercero que, con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente»<sup>45</sup>.

Aunque presente por doquier en la Ley, y actuando en las más distintas ocasiones, donde la protección de la confianza puesta en el Registro (*fe publica registral*) se presenta en forma más «hijiente» es en la hoy llamada adquisición a *non domino* y en los casos de error o nulidad de los asientos registrales. ¿Qué hay sobre ello en los que antes hemos llamado los autores principales de la Ley? En la exégesis del artículo 34<sup>46</sup>, «el más meditado y

<sup>44</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 670.

<sup>45</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 655.

<sup>46</sup> Decía así en su versión originaria:

«No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello,

el más discutido por la Comisión», según Cárdenas<sup>47</sup>, y el que tan aparatosa polvareda provocó en su aparición, parte Gómez de la Serna del subrayado de sus palabras iniciales: *No obstante lo declarado en el artículo anterior*<sup>48</sup>. Se va a tratar en el 34 de la eficacia en favor de tercero del acto otorgado por alguien carente de derecho. ¿Cuál puede ser su justificación? Tal acto ha sido realizado «por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello». Cumplido ya el centenario de la Ley Hipotecaria, Núñez Lagos vio en estas palabras la consagración del principio de legitimación, entonces desconocido, e inadvertido después durante mucho tiempo<sup>49</sup>. Gómez de la Serna, con el instrumental terminológico posible en su tiempo y de clara resonancia francesa, dirá que el precepto se refiere «al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un acto o contrato, transmita la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un titular anterior no inscrito, o una causa que no aparezca claramente en el Registro, y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato que no pudo conocer por sus libros. En esto —dice— sigue el espíritu de la Ley y su base capital, según la cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado»<sup>50</sup>.

---

no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya consolidado y asegurado el derecho a que se refiere dicho título.»

<sup>47</sup> CÁRDENAS, *Memoria...*, cit., p. 170.

<sup>48</sup> Op. cit., pag. 621: «1. *Lo declarado en el artículo anterior*. Debe fijarse mucho la atención en estas palabras, y tener en cuenta que el artículo 33 a que se refieren, trata de los actos o contratos que son nulos en sí mismos, y por lo tanto no pueden producir efecto alguno.»

<sup>49</sup> NÚÑEZ LAGOS, «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, p. 79: «Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861 el haber consagrado el principio de legitimación sustantiva en la pristina redacción del art. 34 al hablar de “persona que en el Registro aparezca con derecho para ello”, frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema, sobre todos los del siglo XIX. Ni don Jerónimo González, ni los autores anteriores, ni los posteriores, vieron esta legitimación sustantiva.»

<sup>50</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 622. Algo más adelante, glosando el *no se invalidarán*, añade: «injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el Registro». Y a continuación: *En cuanto a tercero*: «Consiguiente es siempre la Ley

Por más que la terminología empleada sea francesa y que su utilización pudiera sugerir la idea de una publicidad meramente negativa o preclusiva, la relación establecida entre el artículo 33 y el 34, y la hipótesis en éste contemplada de un titular según Registro que, sin serlo en la realidad, dispone en favor de tercero, demuestran a las claras que estamos de lleno en lo que hoy llamamos la *fe pública registral*. También lo ha destacado Núñez Lagos<sup>51</sup>: por un camino sin precedentes<sup>52</sup>, y con intuición maravillosa, llegaron los autores de la Ley de 1861 a esta positiva y enérgica forma de protección del tercero que actúa confiando en lo que el Registro le manifiesta. La referencia de Cárdenas al artículo 34 no deja lugar a dudas: «su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que tiene su derecho inscrito en el Registro», y su justificación, «que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía bastante contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas»<sup>53</sup>.

¿Y respecto a la nulidad de la inscripción? La Ley dedicó a ella su artículo 31, según el cual: «la nulidad de las inscripciones... no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito». Gómez de la Serna observa que la norma carece de paralelo en los demás países, que «habrán, sin duda, considerado que, salvados los derechos de un tercero por disposición general, no es necesario descender a más explicaciones»<sup>54</sup>. Es que la Ley —explica— se limita aquí a aplicar especialmente al caso de que trata la regla general que domina en ella: que el tercero no puede ser perjudicado por los actos o contratos a que la inscripción nula se refiere, por no haber tenido parte en ellos<sup>55</sup>. Ciertamente es tercero, y no tuvo parte en el contrato nulo. Pero esa inoponibilidad de las consecuencias de lo ajeno y desconocido responde en la Ley a lo que ya sabemos: que el Registro está llamado a ser la base incommovible de la confianza de quien lo consulta y a él se acoge. Lo dirá algo más adelante el mismo De la Serna en el comentario al artículo siguiente, aplicándolo al régimen de la inexactitud no sustancial:

---

al principio que la domina; el de salvar de todo perjuicio al tercero, dejando a los otorgantes dentro de las condiciones del derecho antiguo.»

<sup>51</sup> «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 240-243.

<sup>52</sup> Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., p. 640, nota b): «La legislación anterior a la Ley hipotecaria no contiene reglas que se refieran a la materia de que trata este artículo. Tampoco en las legislaciones extranjeras encontramos reglas que descendan a aplicar a los casos de que trata el artículo 34 de la Ley, las disposiciones generales que establecen. Con éstas habrán creído que bastaba a que pudieran ser uniforme la inteligencia de la Ley e igual la jurisprudencia.»

<sup>53</sup> CÁRDENAS, op. cit., pp. 170-171.

<sup>54</sup> SERNA, op. cit., p. 615, nota a).

<sup>55</sup> Op. cit., p. 615.

«El peligro remoto, el temor suspicaz de que pueda llegar el día en que aparezca que por un error no sustancial que nadie descubrió, pueda resultar un perjuicio que escape a la penetración del hombre más precavido, no son motivos bastantes para introducir una perturbación en la confianza que es conveniente que todos presten al Registro, mientras que de sus páginas no aparezca con claridad la omisión o la inexactitud que puede dar lugar a la declaración de nulidad»<sup>56</sup>.

Hemos dejado hablar directamente a la Ley y a sus autores. Era la manera de captar el espíritu de aquélla en la pureza incontaminada de su fuente. Los textos son claros. El Registro, respetando la realidad de las cosas en la relación *inter partes*, configura para los terceros una apariencia fiable y protegida. Hay, como no podía ser menos, una manifiesta bisonñez en la expresión de lo que después será la teoría de la apariencia y en la justificación de la protección deparada en ella al tercero. Éste, aunque jurídicamente sí, gramaticalmente todavía no se ha sustantivado. En expresión que hoy sigue empleando la Ley y se utiliza a veces en el vocabulario especializado, el tercero, adquirente o poseedor, es «tercer adquirente» o «tercer poseedor»<sup>57</sup>. Por otra parte, aun teniendo que recurrir para ello a justificaciones algo irreales, se atribuirá a la protección de la apariencia registral una justificación culpabilista que ni siempre le cuadra ni en todo caso le es precisa<sup>58</sup>. Por encima de todo ello destaca la genuina *ratio essendi* y el peculiar *modus operandi* de nuestro Registro de la Propiedad. Distinto a lo que después será el Registro alemán, que hace violencia en la realidad separando el valor del acto transmisivo respecto a su causa y adentrando la publicidad en el meollo constitutivo de la mutación jurídico-real, está lejos del Registro francés, que, compartiendo inspiración con nuestra premoderna regulación de la publicidad<sup>59</sup> y atado al raquitismo de su virtualidad mera-

<sup>56</sup> *Ib.*, pág. 619.

<sup>57</sup> *Vid.* e.c., LH, arts. 38, IV y V; 112; 126, I, II y III; 127 IV, VI y VII; 131 3.ª, 3.º; 7.ª; 15 III. 132, I; 134; 155. RH, arts. 143; 219, 3.ª III; 221; 222; 223; 235, 2.º, 6.º II. Hay motivos más que sobrados para sustantivar ya el término «tercero». Tercero es *in subjecta materia*, no quien va tras el segundo y por delante del cuarto, sino quien no es parte en el acto o contrato de que se trate. Sustantivo, opuesto a parte, y no adjetivo ordinal, es aquí el vocablo «tercero».

<sup>58</sup> Nos referimos a la posibilidad de control de cualquier error o inexactitud registral por quien solicita la inscripción, según se afirmaba en la Exposición de Motivos, p. 312. Sobre la posibilidad de no tener que atender a este dato en la protección de la «apariencia pura», cfr. nuestro estudio sobre *La representación aparente*, cit., pp. 221-219 y 459-465.

<sup>59</sup> Cfr. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Privilèges et hypothèques. Commentaire de la loi du 23 mars 1855 SUR LA TRANSCRIPTION en matière hypothécaire*. París, 1864, pp. 173-174: «Un placard de Charles V, du 10 février 1538, et autre de Philippe II, du 6 décembre 1586, qui étendirent les bienfaits de cette mesure à toutes les Flandres, furent motivés par l'intérêt d'empêcher les fraudes et stellionats.

mente negativa, nunca ha llegado a hacer del Registro un eficaz instrumento de tutela de la confianza <sup>60</sup>. Lo primero no era necesario, y ningún testimonio mejor, por no sospechoso, que el de don Jerónimo González <sup>61</sup>. Lo segundo, por más que quieran minimizarse las diferencias entre la eficacia protectora de los contrapuestos sistemas germánico y francés <sup>62</sup>, es insuficiente. Nuestra Ley Hipotecaria de 1861, «por un camino sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa», decía Núñez Lagos <sup>63</sup>, o «con la fórmula práctica y original de la protección del tercero», en expresión de Castro <sup>64</sup>, va a dar en la diana de lo que, pudiendo parecer eclecticismo sin imaginación y falta de iniciativa propia, va a ser la mejor y más creadora respuesta a la necesidad económica y jurídica que está en el origen del Registro de la Propiedad. Con todo derecho podemos hoy hablar de un sistema registral original y propio, que conjuga la necesidad de protección del tráfico (protección del tercero de buena fe en el lenguaje y en la realidad de nuestras leyes) con los que eran y siguen siendo los pilares básico de nuestro Derecho: el espiritualismo contractual, el sistema del título y el modo, y el consiguiente influjo de la causa o título en la constitución y traslación de los derechos reales. Espiritualismo y causalismo, como exigencia realista en la rela-

---

On ne peut avoir une preuve plus palpable du nouvel aspect de l'ensaisinement et du concours qu'il était appelé à prêter aux transactions dont la propriété était l'objet ou la gage... Évidemment, nous trouvons ici l'origine et la pratique de l'idée qui a fait édicter la loi que nous expliquons». Sobre ello, y en nuestra doctrina, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, p. 725.

<sup>60</sup> Basten como prueba las siguientes palabras de TROPLONG, *op. cit.*, p. 386: «La loi n'affirme pas aux tiers qu'il n'y a de résolutions qui leur soient opposables que celles qui sont mentionnées sur le registre des transcriptions; mais elle facilite, autant qu'elle le peut, la découverte d'un fait qui les intéresse. L'existence d'une mention fait cesser leurs doutes; l'absence de mention ne les empêchera pas de se livrer à d'autres recherches.»

<sup>61</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Evolución de los sistemas hipotecarios», en *Estudios...*, I, *cit.*, p. 138: «Ciertamente es que el Código civil alemán ha privado a los asientos inmobiliarios del valor de *cosa juzgada* que algunas legislaciones regionales (Sajonia, Hamburgo, Lubeck Mecklemburgo...) les otorgaban, abandonando el principio de la fuerza jurídica absoluta (*formale Rechtskraft*) de la inscripción (lo que nuestro técnicos denominaban *substantividad*) para desarrollar el sistema de protección jurídica al comercio y trato de buena fe (*system des l'erkehrschutzes*).

El principio de publicidad matizado de este modo es seguro baluarte para el tercer adquirente de buena fe, y medio técnico suficiente para las necesidades del tráfico y la prosperidad del crédito.»

El seguro baluarte del tercero de buena fe no exige, efectivamente, la sustantividad de la inscripción; ni siquiera necesita su dimensión constitutiva. Nuestro sistema es la mejor prueba.

<sup>62</sup> En tal sentido, TENDLER, «La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne», *La semaine Juridique*, 1991, núms. 51-52, doctrine, pp. 396-400.

<sup>63</sup> *El Registro de la Propiedad español*, *cit.*, p. 243.

<sup>64</sup> *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192.

ción *inter partes*, pero que ceden ante la buena fe cuando hace su aparición la figura del tercero.

Oliver, precursor de don Jerónimo González en su afiliación germanista, invitaba a atender a las fuentes germánicas para llegar a la genuina interpretación y desarrollo de nuestra Ley Hipotecaria<sup>65</sup>. El tiempo no le ha dado la razón. El mismo don J. González, de vuelta finalmente de su deslumbrado germanismo, aconsejaba cambiar de rumbo<sup>66</sup>. Convenimos con Sanz Fernández en que nuestro sistema encuentra en su propia fisonomía y peculiaridades su mejor fuente de estudio y conocimiento<sup>67</sup>.

## 2. LA CONFRONTACIÓN DE NUESTRO SISTEMA CON LOS MODELOS FRANCÉS Y ALEMÁN

No sería de utilidad, ni entra por ello en nuestra intención, que nos detuviéramos ahora en la clasificación y sistematización de los sistemas registrales<sup>68</sup>. Vamos a limitarnos en estas páginas a resaltar la peculiar fisonomía de nuestro sistema de publicidad inmobiliaria, tarea para la cual nada será más útil que entrar, en la medida de lo necesario, en la exposición de los dos grandes modelos: el llamado *latino*, cuyo exponente *princeps* sería el Registro francés, y el *germánico*, plasmado arquetípicamente en el Derecho alemán. Conocidos uno y otro en sus líneas básicas, estaremos en condiciones de comparar con ellos nuestro sistema y de destacar las notas que lo distinguen y caracterizan.

### A. Sistema latino: El arquetipo francés

El sistema registral francés, instaurado —con cierto apresuramiento, dice entre nosotros Lacruz<sup>69</sup>— por Ley de 23 de marzo

<sup>65</sup> *Derecho Inmobiliario...* cit., p. 390.

<sup>66</sup> Lo cuenta NUÑEZ LAGOS, *Don Jerónimo*, cit., p. 12: «Y otro día me aconsejaba paternalmente en un aparte en la Comisión de Códigos. “Tenga usted cuidado no germanice aun más nuestros estudios hipotecarios. Quizá yo me pasé de la raya. No se debe seguir por ahí. Hoy ya estoy de vuelta”».

<sup>67</sup> SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., pág 83: «... la Ley de 1861 supo articular un sistema jurídico que, no obstante la inicial inspiración germánica, se ajustaba perfectamente a la vida española, gozando de una fisonomía tan propia y característica, que en sí mismo, en sus propias peculiaridades había de tener la mejor fuente de estudio y conocimiento».

<sup>68</sup> Cuestión que, susceptible de ser enfocada desde puntos de vista diferentes, ha ocupado con frecuencia a los autores. Por todos, cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., 1979, I, pp. 27-38. Por su magnitud merece ser citada la obra colectiva: *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, Centro de Estudios Hipotecarios, 3 vols., Madrid 1974.

<sup>69</sup> LACRUZ-SANCHO, op. cit. (ed. 1984), p. 25. Acerca del sistema francés, debe

de 1855, nació marcado por una aspiración imposible: la de dar respuesta a la necesidad de certidumbre y seguridad del tráfico<sup>70</sup>, sin por ello abjurar de los principios consagrados en el Código de Napoleón. La Ley sobre la transcripción será, en tal tesitura, una ley «modesta» en su alcance, pero justificada inicialmente y defendida con tanta altivez como falta de obsequiosidad hacia su contramodelo<sup>71</sup>. Inútil alarde y triste descortesía que sólo pudo parar por algún tiempo, pero no impedir, la posterior serie de reformas —principalmente las de 1935 y 1955<sup>72</sup>— que, con olvido de que el vino nuevo no debe echarse en odres viejos, ha intentado rellenar los huecos del sistema y acercarlo, sin renegar de la fe primitiva, hacia su contrario. El respeto idolátrico al *Code*<sup>73</sup>, y los intereses de influyentes grupos de presión<sup>74</sup>, han pri-

---

destacarse en nuestra doctrina el estudio, ya citado, de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema Registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 721-795.

<sup>70</sup> *Vid.*, en la *Exposé des Motifs* del Proyecto —TROPLONG, op. cit., p. 6—: «La transcription est l'accomplissement d'une formalité destinée à procurer aux tiers, créancier ou acquéreurs, la publicité matérielle, durable et facile à chercher des mutations de la propriété immobilière et des desmembrements ou charges qui peuvent en altérer la valeur.» La aspiración a la seguridad puede verse, igualmente —op. cit., p. 60— en las siguientes palabras de BELLEYME, *rapporteur* en la discusión de la Ley: «C'est qui a fait sentir la nécessité d'une formalité qui vint donner à la traslation de propriété la publicité qui lui manque; c'est pour cela qu'on a voulu que la transcription, en restant facultative pour les parties, fût rendue obligatoire pour les tiers. Pour ceux-ci, la transcription constituera une garantie absolue; car, pour savoir l'état vrai de l'immeuble, ils n'auront qu'à se transporter au bureau des hypothèques et consulter le registre du conservateur.»

<sup>71</sup> «Cette prétendue réforme hypothécaire —dirá TROPLONG, op. cit., pp. 160-161, refiriéndose al modelo germánico— décorée du nom pompeux d'organisation du crédit foncier, aurait été certainement la ruine du crédit, l'avisement de la propriété, la spoliation des femmes et des mineurs. La discussion l'a prouvé; et, sous ce rapport, il est bon que ces vaines et chimériques utopies aient trouvé un moment de faveur, pour tomber ensuite, sous le coup de la vérité, dans le ridicule et le dédain dont elles ne se relèveront pas, tant que le sens commun gouvernera la France. Il est donc resté peu de chose de ces magnifiques tentatives de réformes; et tout ce bruit qui, pour avoir éclaté dans les assemblées, dans les livres et dans les journaux, avait paru d'abord sérieux, a abouti à la loi modeste du 23 mars 1855 que nous voulons expliquer aujourd'hui. Nous sommes heureux, quant à nous, des proportions peu ambitieuses de cette loi. Elle rétablit la transcription que nous avons toujours demandée; mais elle écarte sagement les idées radicales que nous n'avons cessé de combattre et qui ne tendaient à rien moins qu'à porter le trouble dans notre régime hypothécaire, sous prétexte de l'améliorer. Cette loi se borne à quelques modifications secondaires qui, en laissant subsister les idées meres du Code Napoléon, les degagent de quelques embarras pratiques sur lesquels on était à peu près d'accord.»

<sup>72</sup> D-L. de 30 de octubre de 1935 y D. de 4 de enero de 1955. Para una exposición sobre la legislación hipotecaria francesa posterior a la Ley de Transcripción, *vid.*, e.c., MAZEAUD (H. et L.) MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit Civil*, t. III, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1963, pp. 518-522, o MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1987, pp. 456-460. En nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., pp. 727-729.

<sup>73</sup> Aparece indisimulado en la *Exposé des Motifs* —cfr. TROPLONG, op. cit.,



vado a Francia de un buen sistema registral<sup>75</sup>. La publicidad era y sigue siendo en ella una «malquerida»<sup>76</sup>, cuyos vicios y carencias ha tocado compensar al Notariado<sup>77</sup>.

---

p. 5—: «Si, por répondre à cette imposant manifestation de l'Etat, il fallait faire le sacrifice d'une législation qui nous est chère, déjà assez ancienne pour que nous ayons vieilli avec elle, il faudrait peut-être reculer devant cette témérité et ne pas nous lancer inconsidérément dans ces graves débats que nos devanciers n'ont pu terminer. Mais il ne s'agit pas de porter sur le Code Napoléon une main sacrilège; ses dispositions resteront intactes, son économie entière». También, en el comentario de TROPLONG, op. cit., p. 161: «Elle ne détruit pas le principe excellent et vraiment philosophique, d'après lequel la propriété se transmet, entre les parties contractantes, par la seule puissance du consentement. Ce principe est une des bases du Code Napoléon; il fait un de ses principaux mérites; et c'eût été rétrograder que de l'effacer ou d'y porter atteinte.» En nuestra doctrina, advierte esta función de rémora ejercida por el *Code* sobre la Ley francesa de 1855, DE LA SERNA, op. cit., p. 196, en nota: «Más aun que las razones que pueden alegarse a favor de este sistema, nos parece que influyó al efecto la gran importancia que dan los franceses a su Código civil, importancia bien merecida, y que lo ha llevado a diferentes estados de Europa, porque es el mayor y más duradero beneficio tal vez que reportó la Francia en el primer Imperio. Tocar en puntos capitales ese gran monumento parece a algunos una profanación.» También JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Sistemas hipotecarios», *Estudios...*, I, cit., p. 68, al hablar de «la timidez con que los autores del proyecto de ley de transcripción pusieron su “mano sacrílega” sobre aquella “obra de un genio universal”».

<sup>74</sup> Como la nobleza y el Notariado hicieron naufragar el intento de Colbert —cfr. MAZEAUD, op. cit., p. 509—, en 1955 fue el Ministerio de Finanzas, y en él el cuerpo de los Conservadores de hipotecas, quien recortó el alcance de la reforma. Cfr. el mismo MAZEAUD, p. 521: «Toutefois, il n'a pas voulu faire jouer à la publicité le rôle qui lui est dévolu dans le système du livre foncier; tout le projet de réforme en ce sens se heurta à l'hostilité du ministère des Finances, dont on sait le pouvoir, parce que l'appréciation de la validité d'un acte suppose un juge, ce qui impliquerait la suppression des conservateurs des hypothèques, fonctionnaires du ministère des Finances...»

<sup>75</sup> Los autores franceses suelen hablar de la imperfección del sistema. Los nuestros no son tan templados en el empleo de la terminología. COSSIO, op. cit., p. 30 dirá que «difícilmente puede imaginarse una organización más imperfecta y descabellada», y —p. 32— calificará al sistema como «imperfecto y rudimentario». DE CASO, op. cit., p. 44: «En teoría, el sistema francés es lamentable». ROCA SASTRE —op. cit., p. 301— lo considera «simplista y parcial». SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, I, cit. p. 154: «Dentro de los sistemas hipotecarios puede afirmarse que el francés es el que responde a una organización más rudimentaria de la publicidad». Antes que todos ellos había dicho OLIVER, op. cit., pp. 163-164: «... Y le doy también el nombre de sistema, no porque se hallen inspiradas dichas leyes en unos mismos principios, desarrollados más o menos lógicamente, sino por conformarme con la generalidad de los juristas, y para distinguir dichas leyes de las que forman el otro grupo radicalmente contrario conocido bajo el nombre de *Sistema alemán...*; combinación o yuxtaposición debida al apego exagerado que el pueblo francés ha manifestado siempre, aun después de la gran revolución del siglo pasado, a su legislación tradicional, hasta el punto de ser uno de los pueblos más refractarios a toda novedad y a todo progreso en el Derecho, mientras no se trate de hacer alguna aplicación de sus máximas favoritas y puramente formales de *igualdad y libertad*, a las que vienen rindiendo, desde fines del último siglo, un culto exclusivo, ciego y apasionado.» Tampoco estas palabras parecen dictadas por la ataraxia.

<sup>76</sup> «La publicité foncière française, cette mal-aimée», es el título de un trabajo

Parte la Ley de 1855 estableciendo un sistema de publicidad, ni único ni completo. No único, porque a partir de su vigencia deberá convivir con el ya previsto en el *Code* para donaciones (arts. 939-942) y sustituciones (arts. 1.069-1.072) de bienes susceptibles de hipoteca. Era una forma de publicidad heredera de la *insinuatio* romana, tendente, más que al aseguramiento del tráfico, a la protección de los familiares y acreedores del donante, y en la que el concepto de «tercero» se alarga hasta comprender al mero acreedor quirografario<sup>78</sup>. No completo, porque *ab initio* se excluían de ella las hipotecas legales<sup>79</sup>.

Pero, además de incompleto por la causa indicada, el sistema registral dibujado en la Ley de 1855 va a resultar abiertamente insuficiente en razón del presupuesto que sirve a su diseño y de la virtualidad que atribuye a la publicidad. Trata, en efecto, de asegurar un tráfico presidido por los principios —irrenunciables— establecidos en el *Code*: el de la transmisión *solo consensu*<sup>80</sup> y el del *nemo dat quod non habet*. En virtud de ellos, la amenaza

---

de M. GOBERT, en *Étude*, J. Flour, p. 207. Tomamos la cita de TENDLER, *op. cit.*, p. 397, nota 5.

<sup>77</sup> Cfr. RIPPET-BOULANGERR, *Traité de Droit Civil*, III, Paris, 1958, p. 81: «Jamais notre système de publicité personnelle n'aurait pu fonctionner si les conservateurs des hypothèques n'avaient bénéficié de la coopération des notaires. Professionnellement responsables de la régularité et de la validité des actes qu'ils reçoivent, les notaires ont dû, pour les aliénations immobilières ou constitutions d'hypothèque, se soucier du point de savoir si celui qui vend ou hypothèque est bien propriétaire. De là, dans tous les actes notariés, une "origine de propriété"». Al respecto, en nuestra doctrina, GIMÉNEZ ARNAU, E., «La reforma del sistema inmobiliario francés», *RCDI*, 1941, p. 324.

<sup>78</sup> *Ad rem*, críticamente, MAZEAUD, *op. cit.*, p. 518.

<sup>79</sup> Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 425-426: «... la déchéance est encourue par les hypothèques conventionnelles et judiciaires, et non par les hypothèques légales. Les premières, soumises nécessairement à l'inscription, sont en faute, si elles ne se trouvent pas inscrites lors du déplacement de la propriété, mais on ne peut dire autant des hypothèques légales, qui subsistent indépendamment de toute inscription. Celles-ci conservent leur énergie, malgré toutes les mutations; elles suivent la chose en toutes les mains. C'est là la grande différence entre la loi du 23 mars 1855 et la loi du 11 brumaire an VII: la loi de brumaire assujettissait les hypothèques légales à l'inscription. De grandes ruines en résultèrent pour les femmes et les mineurs. Le Code Napoléon ayant rétabli les vrais principes à cet égard, la loi du 23 mars 1855 les a sagement maintenus, malgré les clameurs dont nous avons été témoins pendant trente ans. La cause des hypothèques légales, si souvent compromise par les sophismes et les hardiesses économiques, a été enfin gagnée; et nous espérons que ce procès ne se plaidera plus de longtemps... Le principe tutélaire du Code Napoléon a été conservé par la loi nouvelle, qui a bien fait de ne pas sacrifier les garanties des faibles à des combinaisons de crédit ruineuses pour les intérêts de la famille».

<sup>80</sup> *Vid.* a este propósito el texto de TROPLONG, *op. cit.*, p. 61, ya reproducido en la anterior nota 72. Posteriormente, sobre este principio se dirá en MAZEAUD, *op. cit.*, p. 511: «Cette conception du rôle du contrat plus satisfaisante sur le plan philosophique, est pleine de dangers pour les tiers qu'aucun signe n'avertit désormais de la modification de la situation de l'immeuble».

al tráfico se sitúa en la hipótesis de la doble venta<sup>81</sup>. Es en ella donde el que se creería adquirente efectivo de la cosa comprada tendría que verse sometido al rigor del *nemo dat quod non habet* por consecuencia de una adquisición anterior a la suya y, por operada *solo consensu*, para él perfectamente incognoscible: el Registro le pondrá salvo de tal peligro, haciéndole inoponible la venta anterior no publicada.

En torno, pues, al específico conflicto suscitado en el tráfico entre los adquirentes sucesivos de un mismo vendedor o *causam dans*, se organiza un sistema de publicidad en el que, sobre todo, y tras el acto adquisitivo, se garantiza al adquirente la conservación de su derecho con sólo proceder, él el primero, al depósito de su título en la oficina del Registro para su transcripción en el mismo<sup>82</sup>, y que, con anterioridad a la adquisición, le permitió cerciorarse de que su transmitente no había realizado con anterioridad acto alguno de enajenación que pudiera perjudicarlo. Se trata, pues, de una publicidad justamente llamada *negativa* o preclusiva: Ceñida a hacer inoponible al primero que inscribe cualquier acto de su *causam dans* no publicado, no le garantiza la titularidad del mismo<sup>83</sup>. Respecto de ella sigue en vigor el principio *nemo plus juris...*, o *nemo dat...* El adquirente que quiera asegurarse deberá intentar la comprobación de la cadena de titularidades que sustentaba la de su causante, y en todo caso —el Registro no le habrá facilitado mucho su difícil empeño— esperar a la usucapión<sup>84</sup>. He aquí, pues, un sistema de publicidad negativa,

---

<sup>81</sup> Cfr. TROP LONG, *op. cit.*, p. 208: «Mais de tout autres idées prévalent, si, au lieu des transmissions à cause de mort, on envisage les mutations entre vifs. L'acquéreur et le donataire sont parties à l'acte; rien ne les empêche de lui donner la publicité qui avertit les tiers que la chose a été transmise à un nouveau propriétaire, qu'elle est fixée sur sa tête, et que toutes autres aliénations faites par le donateur ou le vendeur sont sans valeur dans le commerce. Quel est le péril en cette matière? C'est que la chose vendue à l'un ait été vendue à un autre par un traité secret antérieur. La transcription est un preservatif contre ce danger, et comme l'acquéreur et le donataire peuvent toujours l'opérer sans inconvénient et sans retard, il est bon qu'elle leur soit imposée dans l'intérêt du crédit».

<sup>82</sup> MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 562-563: «En effectuant le dépôt, l'acquéreur se conforme à l'exigence légale: c'est par le dépôt qu'il opère la publicité, en ce sens qu'il rend son titre opposable aux tiers. Peu importe que le conservateur égare la copie déposée ou omette d'indiquer à un tiers le droit publié... Cette règle se justifie par la nécessité de donner au déposant une sécurité absolue dès qu'il a déposé son titre».

<sup>83</sup> RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, p. 134: «La publicité d'un acte ou d'un jugement n'a pas pour conséquence d'établir à l'égard des tiers l'existence du droit créé ou transmis. Celui qui traite avec un vendeur, après avoir constaté que le vendeur a lui-même transcrit son acte d'acquisition, n'a pourtant pas la certitude que ce vendeur soit propriétaire. La transcription ne couvre pas le défaut de droit. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés».

<sup>84</sup> TROP LONG, *op. cit.*, p. 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pen-

cuyo objeto serán los actos *inter vivos* relativos a la propiedad inmobiliaria y a los derechos susceptibles de hipoteca (art. 1), a los derechos de anticresis, servidumbre, uso y habitación, así como a los arrendamientos por tiempo superior a 18 años (art. 2), a privilegios e hipotecas (arts. 6 y 7), y a las sentencias judiciales de resolución, nulidad o rescisión de los actos publicados (art. 4); que se actúa mediante *transcripción* de títulos, *inscripción* de hipotecas y privilegios, y *anotación al margen* de sentencias, y cuyo resultado, cifrado en la inoponibilidad de los derechos dimanantes de actos publicables y no publicados (art. 3)<sup>85</sup>, configura un doble sistema transmisivo: al puramente consensual previsto en el *Code* y subsistente para la relación *inter partes*, se añade ahora otro, de aplicación apenas el problema se plantea en relación con los terceros, y según el cual, la mutación jurídico-real sólo se produce por virtud de la transcripción del título en el Registro<sup>86</sup>. Hasta

---

dant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi.» Al respecto, y comparando el francés con el sistema alemán, dirá hay THERY, Ph., *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, p. 386: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière —telle qu'on la connaît en France— ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

<sup>85</sup> En el *Rapport* a la Ley de transcripción se dice que el punto indiscutido sobre el que se construye la ley «consiste à soumettre les actes translatifs ou constitutifs de la propriété, de ses desmembrements et de ses charges, a la nécessité de la transcription pour leur validité a l'égard des tiers».

<sup>86</sup> Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 299-301: «L'art. 3 détermine les effets de la transcription.

D'après les principes du Code Napoléon, le consentement transfère la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers... Ceux qui, dans l'ignorance de la vente, on traité avec le vendeur comme avec le propriétaire, n'ont absolument aucun droit à opposer à l'acheteur, ils ne peuvent avoir plus de droits que n'avait leur auteur, lequel s'étant dépouillé antérieurement n'a pu leur rien transmettre.

Seulement il faut que la convention soit prouvée; et, a l'égard des tiers, un acte ne prouve l'existence de la convention qu'il constate qu'à partir du moment où sa date est certaine. Il s'ensuit qu'à l'égard des tiers, la translation de la propriété est subordonnée a la condition de l'existence d'un acte faisant preuve de son antériorité... Tel est l'état de la législation par le Code Napoléon; telle est la théorie qui a dominé jusqu'à la loi du 23 mars 1855.

Mais cette loi, mue par les nécessités du credit foncier, a dérogé a ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification... l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, a l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accomplie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la transcription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs universels; les droits par lui conférés à des tiers et dûment régularisés sont opposables a l'acheteur qui, bien qu'antérieur en date, n'a pas encore fait transcrire son titre... il l'a laissé investi de ces droits, au moins au regard des tiers, en ne prenant pas date contre lui par la transcription, et en autorisant le public à croire qu'il n'était pas dépouillé. C'est à lui seul, c'est à sa négligence qu'il doit imputer le dommage qu'il éprouve par l'opposition de ces droits rivaux.

Il suit de la que la translation de la propriété est actuellement régie par un double principe: entre les parties, elle résulte du consentement; a l'égard des tiers, elle ne date que de la transcription du titre. Entre deux personnes qui prétendent a

entonces el transmitente conserva su derecho, lo que permitirá la válida y eficaz adquisición del comprador que primero deposita su título a transcripción, a pesar de la existencia de posibles compradores anteriores y sin necesidad, en principio, de buena fe; esto es: pudiendo el que transcribe conocer tal existencia, siempre que a ello no se una un específico concierto fraudulento (*fraus omnia corrumpit*)<sup>87</sup>. Debe destacarse que, ni siquiera inicialmente, hay plena coincidencia en el sistema francés entre el ámbito de la publicidad y el de la inoponibilidad seguida de su omisión: la nulidad, rescisión o resolución del acto publicado puede perjudicar a tercero aunque la sentencia que la pronuncie no haya sido anotada<sup>88</sup>. A una concepción tan limitada de la publicidad se corresponderá, lógicamente, el tono, llamativamente rudimentario y elemental, de su organización:

Concebida con fines fiscales, se confía al Ministerio de Finanzas<sup>89</sup>.

Se organiza como publicidad *personal*, y no real: Las imperfecciones del Catastro dificultan la puesta a punto —se dice— de un sistema de publicidad real en países de solera y donde los

---

des droits réels sur le même immeuble, celle qui se sera conformée la première a la loi de publicité triomphera dans sa prétention».

<sup>87</sup> Cfr. PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, p. 631, donde, tras afirmarse la irrelevancia, en principio, de la buena o mala fe de quien primero inscribe, se añade: «Il en est toutefois autrement si le second acquéreur s'est *entendu frauduleusement* avec le vendeur pour dépouiller le premier acheteur; dans ce cas, l'art. 3 de la loi de 1855 ne peut recevoir application en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*. Le deuxième acheteur, complice de la fraude, n'est pas déchu du droit d'opposer le défaut de transcription sur le fondement de l'art. 1382, parce qu'il a commis un délit et comme sanction de ce délit, mais par la raison que la fraude rend inapplicable la règle de l'art. 3 de la loi de 1855». Sobre la casación francesa *ad rem*, Vid. MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 590-591.

<sup>88</sup> Insiste en ello TROPONG, *op. cit.*, pp. 397 ss. «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention du jugement, qui prononce la nulité, la rescision ou la résolution d'un acte transcrit.

On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, à l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont la propriété est annulée ou résolue. Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité. (p. 397)...» En nuestra doctrina se hace eco de ello GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios...», en *Estudios...*, I, cit. p. 67: «Ni aun los juicios que declaren la resolución, la nulidad o la rescisión de un acto transcrito, necesitan de la transcripción para producir sus efectos, porque la ley se ha contentado con imponer al abogado que haya obtenido el fallo la obligación de hacerlo constar por nota al margen del asiento correspondiente, bajo la multa de 100 francos.»

<sup>89</sup> RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, p. 68: «Notre système de publicité a conservé le caractère fiscal qui lui a été imprimé dès l'origine. Les formalités qu'il réglemente sont, en tant que telles, matière à la perception des droits fiscaux; d'où la compétence de fonctionnaires dépendant de l'administration des finances, les conservateurs des hypothèques, qui n'ont pas qualité pour se prononcer sur la valeur des actes soumis à publicité et ne peuvent décider que sur leur régularité formelle».

inmuebles están sometidos a numerosas transformaciones materiales<sup>90</sup>.

Se practica, en general, mediante *transcripción* o copia material e íntegra de documentos. Sólo se extractan mediante *inscripción* los relativos a hipotecas y privilegios<sup>91</sup>.

Es ajena a toda idea de *continuidad del tracto* registral<sup>92</sup>.

*No exige la titulación auténtica*: ¿Para qué, si, destinada la publicidad a darlo a conocer, nada añade —se dice— al valor del acto publicado?<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Cfr. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 468: «Mais l'organisation d'une publicité réelle suppose une identification suffisante des immeubles et si elle a été facile à réaliser dans les pays neufs, les imperfections du cadastre contrarient sa mise au point dans des pays plus morcelés et dont les immeubles ont fait l'objet d'opérations juridiques et de transformations matérielles nombreuses». Relativizan la fuerza de esta dificultad, PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, p. 613: «L'objection principale a laquelle se heurte la réalisation de cette réforme est celle-ci: la confection des livres fonciers... supposerait la *réfection entière du cadastre*... Or la réfection du cadastre est une opération colossale, qui entraînerait des frais énormes qu'aucun gouvernement, surtout à l'heure présente, ne pourrait songer à engager. Nous estimons que cette objection a perdu beaucoup de sa force, depuis la loi du 1 juin 1924 qui a maintenu dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle le système des registres fonciers, à peu près tel qu'il était pratiqué au moment du rattachement de l'Alsace-Lorraine à la France. L'étude de ce système... montre, en effet, que l'on peut établir des livres fonciers et organiser une publicité complète et efficace de la propriété immobilière et des droits réels immobiliers sans procéder à la refonte du cadastre».

<sup>91</sup> *Ad rem*, e.c., MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 496.

<sup>92</sup> Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 411-412: «Il faut remarquer que le requérant sera toujours forcé de désigner, non pas seulement un immeuble, mais encore une personne actuellement ou anciennement propriétaire; car les tables et répertoires du conservateur ne contiennent que des noms de personnes. Toute l'économie de la publicité repose sur les noms, prénoms et domiciles des parties, et nullement sur les immeubles eux-mêmes; il n'existe aucune table cadastrale contenant l'état des immeubles, et destinée à recevoir l'annotation des charges dont chaque propriété foncière est gravée.

Or, quand le conservateur connaît le dernier ou ancien propriétaire, il remontera ou descendra la chaîne des mutations selon le désir de la partie qui le consulte. Mais, s'il y a eu une transmission de l'immeuble par succession *ab intestat* ou par testament, la chaîne sera rompue à cet endroit, et il faudra que la partie intéressée comble la lacune et s'enquière des noms des personnes entre lesquelles cette mutation a eu lieu, pour que le conservateur puisse continuer les recherches sur ses registres.»

<sup>93</sup> Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 289-291: «La loi du 23 mars 1855 n'a pas voulu enlever aux parties la facilité et la rapidité des actes sous signature privée; rien, à cet égard, n'est changé aux principes du Code Napoléon.

Ce point cependant a été l'objet de vives controverses, lors de la discussion de la loi de 1855... On alléguait le danger de tromper les tiers par l'apparence d'un acte qui n'avait peut-être pas de vérité. Mais l'opinion contraire prévalut par une raison décisive. La transcription n'influe en rien sur la validité d'un titre, elle le fait simplement connaître... Le but, qui est de ne pas laisser ignorer aux tiers un acte qui les intéresse, sauf à eux en discuter la valeur, ne sera-t-il pas parfaitement atteint par la transcription d'un acte sous seing privé? La réponse à ces questions

*Ni es sometida a control por el funcionario llamado a llevarla a efecto (conservador de hipotecas). ¿Para qué, de nuevo, si son los interesados los que deberán diligentemente cerciorarse por sí mismos de la titularidad de su causante, so pena de tener que padecer las consecuencias de su defecto aun después de haber hecho transcribir su propio acto adquisitivo?* <sup>94</sup>.

Y queda, como facultativa, a la libre voluntad de los interesados <sup>95</sup>.

Las reformas de 1935 y 1955 van a «maquillar» el sistema, a retocarlo pero sin alterar su signo <sup>96</sup>:

Se extenderá el objeto de la publicidad. Con la finalidad de hacer posible a los terceros el conocimiento de la exacta situación jurídica de los inmuebles, se abre la publicidad a todos los actos que a ella puedan referirse, incluso la inicial dispensa en favor de los hipotecas legales va a quedar ya sin efecto. Con una consecuencia: que a partir de ahora en medida muy superior a como antes ocurría, el resultado de la publicidad no va a ser siempre el mismo. Junto a la que es condición de oponibilidad, deberá ponerse en lo sucesivo el gran bloque donde la publicidad juega sólo una función «informadora»: los actos declarativos y las transmisiones universales son eficaces por sí mismos y respecto a todos. El Registro en este ámbito se limita a *informar* <sup>97</sup>.

Se impondrá el requisito de la titulación auténtica <sup>98</sup>.

est facile: toutes les critiques dirigées contre les actes sous seing privé sont étrangères à la matière de la transcription et tendent à renverser la liberté précieuse, que le Code Napoléon a laissée, de constater la vente d'un immeuble par un acte authentique ou par un acte sous signature privée.»

<sup>94</sup> TROPLONG, op. cit., p. 205: «... En France... il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer à la diligence des particuliers la diligence fautive d'un tribunal environné de pièges.»

<sup>95</sup> *Ad rem*, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., p. 463: «Cette publicité était facultative et si le titulaire d'un droit réel immobilier avait intérêt à recourir pour rendre son droit opposable aux tiers, la loi ne contenait aucune disposition particulière pour l'y contraindre.»

<sup>96</sup> En general, sobre estas reformas, MAZEAUD, op. cit., pp. 519-522, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., pp. 456-460.

<sup>97</sup> Sobre ello, *vid.* MAZEAUD, op. cit., pp. 542-544, 571: «La sanction normale du défaut de publicité est l'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié. Mais, à côté de cette sanction, devenue insuffisante le jour où le législateur a soumis à publicité des actes qui sont opposables aux tiers même en l'absence de publicité, le législateur a dû organiser d'autres sanctions: amende, dommages-intérêts, irrecevabilité de certaines demandes en justice.» En detalle, pp. 580-583. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., pp. 447-451, y, para la publicidad de simple información, pp. 547-556.

<sup>98</sup> Para detalles, *cf.* MAZEAUD, op. cit., pp. 555-557 y MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., pp. 475-476.

Se confía al «conservador de hipotecas» una cierta función de control, aunque limitada a aspectos formales y nunca de fondo <sup>99</sup>.

Se crea un fichero inmobiliario que, aunque con finalidad instrumental y sin valor sustantivo, vendrá a suplir las carencias de la organización personal de la publicidad inmobiliaria <sup>100</sup>.

Bajo la denominación «efecto relativo de la publicidad», se incrusta al sistema el requisito del tracto sucesivo <sup>101</sup>.

Se impone obligatoriamente la práctica de la publicidad, que, con independencia de su valor sustantivo, se convierte en objeto de «police civil», dando lugar su omisión a específicas sanciones: multas, indemnización de daños e inadmisibilidad de demandas judiciales <sup>102</sup>.

¿Efecto de estas reformas? Es evidente que con ellas se colman huecos del sistema, pero quizás al precio de imponerle una sobrecarga superior a lo que su débil estructura podría soportar, y desproporcionada al rendimiento que de ella puede obtenerse. Ha sido Savatier quien, tras el D. de 4 de enero de 1955, ha imaginado

<sup>99</sup> MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 563-564. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 460: «3.º La réforme accroît le rôle du conservateur des hypothèques en lui confiant le contrôle de la régularité formelle des documents soumis à publicité.»

<sup>100</sup> MAZEAUD, *op. cit.*, p. 564: «Les auteurs des décrets de 1955, dans le désir de donner la vedette aux nouveautés qu'ils apportaient en matière de publicité foncière, ont créé une confusion fâcheuse. A lire les textes on s'imagine que la publicité est constituée par les fichiers nouveaux... Or les fichiers ne sont qu'un moyen de recherche, encore que ce moyen soit d'une grande importance sur le plan pratique. Après comme avant la réforme, le "registre des dépôts" et les "registres de publicité" sont les pièces maîtresses de la publicité.» MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *op. cit.*, p. 470: «Le fichier immobilier est une des innovations les plus notables du décret du 4 janvier 1955. Il fait apparaître le caractère à la fois personnel et réel de notre régime de publicité foncière.» Sobre su estructura, pp. 470-473.

<sup>101</sup> RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, pág. 86: «Aux termes du décret-loi du 4 janvier 1955 (art. 3) 'aucun acte ou décision judiciaire soumis à publicité... ne peut être publié au fichier immobilière, si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié'. C'est ce que l'on appelle l'effet relatif de la publicité.»

Cette règle désigne, en réalité, la relation nécessaire entre deux formalités de publicité parce que celles-ci se rapportent à deux droits dont l'un procède de l'autre. Le second droit ne peut pas être publié, si le premier ne l'a pas été.»

<sup>102</sup> MAZEAUD, *op. cit.*, p. 529: «Le décret du 4 janvier 1955 a augmenté à nouveau le nombre des actes soumis à publicité à tel point qu'à l'heure actuelle n'échappent à la formalité que les actes pour lesquels aucune publicité n'est réalisable parce qu'ils se produisent à l'insu de l'acquéreur, l'usucapion ou l'accession par exemple. En même temps, le décret de 1955 a réparé l'erreur du décret-loi de 1935: à côté de l'inopposabilité, il a édicté deux sanctions —amende et dommages-intérêts— à l'encontre des personnes négligeant de se soumettre aux règles de publicité désormais obligatoires; la publicité est ainsi devenue une mesure de "police civile" et aussi fiscale... L'exposé des motifs du décret du 4 janvier 1955 attire l'attention sur les progrès réalisés en cette matière: "Désormais, qu'il s'agisse de contrats, de jugements, de demande en justice, de transmissions à cause de mort, ou même de simples faits comme la construction immobilière, la règle de la publicité obligatoire sera quasi générale"». Para las personas obligadas a procurar la publicación. *Ib.*, p. 562; para las sanciones por su omisión, pp. 577-580.



el Registro francés como un viejo museo que se enriquece con todo tipo de piezas, más para pura satisfacción del afán coleccionista del «conservador» que para utilidad del usuario llamado a sufragar su coste <sup>103</sup>.

Valga, una vez visto el arquetipo y antes de salir del sistema latino, al menos como apéndice, una referencia al régimen de la publicidad en el Derecho italiano. Pugliatti ve en él, aunque con características propias, elementos de todos los sistemas conocidos <sup>104</sup>. Concebido de acuerdo con el patrón francés, y por ello centrado en una publicidad limitada a ser condición de oponibilidad <sup>105</sup>, se acerca en algún punto (art. 2.652, 6: transcripción de demanda de nulidad de actos sujetos a publicidad) al derecho germánico, al exigir los requisitos de la onerosidad del acto y de la buena fe en el tercero protegido, pero quedando muy lejos de él al exigir para dicha protección el concurso del tiempo (especie de usucapación abreviada) <sup>106</sup>. El sistema, en la parvedad de sus efectos, resulta de tanta complejidad <sup>107</sup> como falta de unidad y armonía interna.

## B. Sistema germánico: El arquetipo alemán y su variante suiza

A juzgar por las alabanzas de que ha sido objeto, se diría que el sistema alemán, más que el arquetipo germánico, es el modelo absoluto de toda forma de publicidad bien concebida y acertadamente desarrollada <sup>108</sup>. En nuestra doctrina hipotecarista, don Je-

<sup>103</sup> SAVATIER R., *Usage et avenir de la publicité foncière réformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955*, en *D.*, 1959, chr., pp. 221 ss.

<sup>104</sup> PUGLIATTI, *La trascrizione*, II cit. p. 128: «... nel nostro sistema possono considerarsi vigenti tutti i sistemi noti, sia pure con caratteristiche particolari».

<sup>105</sup> Art. 2644 del *Codice*:

«Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o scritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi.

Seguita la trascrizione non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore.»

<sup>106</sup> Sobre ello, cfr. PUGLIATTI, op. cit., pp. 472-477; FERRI, L., *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare. Com. Scialoja-Branca, Libro Sesto*, Bologna-Roma 1960, pp. 172-477.

<sup>107</sup> A la indicada parvedad de efectos se ha referido recientemente GABRIELLI, Giovanni, «La pubblicità legale nel sistema del Codice Civile», *Riv. Dir. Civ.*, 1992, I p. 455: «L'operato dei codificatori del 1939-1942 in materia di pubblicità legale ci appare oggi contrassegnato da una sfasatura fra la grandiosità delle intuizioni di fondo e la relativa modestia di ciò che fu in concreto attuato.» Testimonio sobre su complejidad, e.c., en DESCHENAUX, op. cit., p. 14: «Le système, dont la compli-cation soulève des critiques dans les milieux intéressés...»

<sup>108</sup> DE CASSO, op. cit., p. 45, lo califica como «el más importante, original y

rónimo González se declaraba maravillado por «su profunda técnica y artística complejidad»<sup>109</sup>. Hoy el diapasón de estos elogios ha perdido mucho de su anterior intensidad, mientras que gana adeptos el más templado sistema suizo<sup>110</sup>.

El sistema registral alemán, perfeccionamiento —se dice<sup>111</sup>— del sistema prusiano<sup>112</sup>, encuentra hoy el núcleo de su plasmación en el BGB: en él (§§ 873-902, 925-928) se regulan sus aspectos materiales o sustantivos. De los formales o adjetivos se ocupa la Ordenanza del Registro (GBO), de fecha, originariamente, de 24 de marzo de 1897, reformada en 5 de agosto de 1935, y completada por otra de ejecución de esta última y de prescripciones generales sobre la organización y llevanza del Registro, de 8 del mismo agosto de 1935. En sintonía con la función de la antigua *Gewere* y en paralelo a lo que la posesión significa en materia de bienes muebles<sup>113</sup>, se concibe a la publicidad registral como vehículo de manifestación de la propiedad y de los derechos reales inmobiliarios, instrumento necesario de su esencial absolutividad u oponibilidad *erga omnes*<sup>114</sup>, y, en todo caso, apariencia de la misma frente a los terceros de buena fe hasta el punto de hacer posible en favor de éstos la adquisición *a non domino*<sup>115</sup>. Éste será su fin primordial: asegurar —aunque sea con cierto sacrificio de la rapidez o agilidad y de la discreción o reserva en el ámbito de las partes— la claridad y seguridad del tráfico jurídico inmobiliario<sup>116</sup>. La hipótesis de la doble venta va a quedar ya desbor-

---

adecuado a los fines del Registro de inmuebles»; COSSÍO, op. cit., p. 34, lo considera como «el más perfecto desenvolvimiento del sistema inmobiliario».

<sup>109</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios...*, I, cit. p. 122.

<sup>110</sup> Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., p. 140, para quien la fórmula suiza de la inscripción constitutiva pero no abstracta puede considerarse en la actualidad como incuestionable y no discutida doctrinalmente. El sistema es, desde un punto de vista teórico, irrefutable.

<sup>111</sup> COSSÍO, op. cit., p. 43.

<sup>112</sup> Para una exposición de sus antecedentes históricos, Cfr., WOLFF-RAISER, «Derecho de Cosas», *Tratado de Derecho Civil*, Enneccerus-Kipp-Wolff, III 1, 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona 1971, pp. 151-156.

<sup>113</sup> STAUDINGER-SEILER, Einleitung zu 854 ff, Rz 56: «*Publizitätsmittel sind bei beweglichen Sachen der Besitz und bei Liegenschaften die Eintragung im Grundbuch*».

<sup>114</sup> STAUDINGER-ERTL, Vorberm. zu §§ 873-902 Rz 23: «Die im Immobiliarsachenrecht herrschenden Grundsätze... dienen der Absolutheit dinglicher Rechte und dem Bedürfnis des Grundstücksverkehrs nach Sicherheit und Klarheit.

a) Nach dem **Absolutheitsgrundsatz** wirkt jedes dingliche Recht als Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache (Grundstück) gegen jedermann...».

<sup>115</sup> STAUDINGER-SEILER, Einl. zu §§ 854 ff Rz 58, refiriéndose a los efectos de la publicidad: «b) Beim *redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten* gilt folgerichtig das Publizitätsprinzip gleichfalls (§§ 932, 892 f). Besitz und Bucheintragung bilden hier die für jeden Vertrauensschutz erforderliche Rechtsscheinsgrundlage.»

<sup>116</sup> STAUDINGER-SEILER, Ib. Rz 56: «Solche "Öffentlichkeit der Rechtsverhältnisse" (Mot III 9, Mugdan III 5) gerät in Konflikt mit anderen berechtigten Be-

dada en su condición de caso clínico desde el cual se concibe y articula el sistema, y el efecto positivo de la publicidad (*legitimación* o presunción de exactitud y *fe pública registral*) dejará muy atrás su mera virtualidad negativa o preclusiva. La instauración de los principios absolutos de publicidad y especialidad —la esencia de lo que de antiguo se consideraba como sistema germánico— llevaba ya tendencialmente a hacer del Registro el reflejo fiable de las situaciones jurídicas inmobiliarias y el soporte de la confianza razonable y legalmente protegible de los terceros de buena fe.

Es claro que para lograr este objetivo, no tratándose ya de penalizar a quien no inscribe sin garantizar su adquisición a quien inscribe, sino, por el contrario, de asegurar a quien adquiere confiando en lo que la publicidad le manifiesta <sup>117</sup>, el Registro debe organizarse en la forma más cuidada y rigurosa. No es necesario ni interesa ahora entrar en el detalle de su organización. Baste destacar que su llevanza se confía a los Tribunales de Justicia y no a la Administración Financiera; su objeto serán todas las relaciones jurídicas inmobiliarias, y su sistema organizativo el del folio real. La titulación auténtica, el tracto sucesivo y, aunque limitada en su materia, la calificación registral, harán del *Grundbuch* el reflejo fiable de la situación jurídica de los inmuebles <sup>118</sup>.

Mucho más interesante resultará destacar la profunda incidencia que el objetivo y medio de la publicidad ha ejercido en el régimen alemán de los derechos reales, particularmente de los inmobiliarios. Si entre nosotros es habitual hablar de principios registrales o principios hipotecarios para referirnos, dentro del capítulo especial dedicado a la publicidad, a las claves organizadoras del sistema registral, en Alemania tales principios, llevados al corazón mismo del *Sachenrecht*, se erigen en bases fundamentales del sistema inmobiliario (*Grundsätze des Immobiliarsachenrechts*). Es que la publicidad se adentra en el concepto mismo del derecho real, y, en razón de ello, incluso las más profundas raíces de la regulación de los derechos reales habrán de incorporar lo que el Registro significa como medio artificial de publicidad al servicio de la seguridad del tráfico <sup>119</sup>.

---

dürfnissen des Rechtsverkehrs, zB nach Schnelligkeit und Flexibilität, auch nach Discretion, dh Beschränkung der Informationen auf die Parteien des Rechtsgeschäfts.»

<sup>117</sup> Para el contraste entre la concepción teleológica o final de los Registros francés y alemán, y su repercusión en la distinta organización de los mismos, cfr. LACRUZ-SANCHO, op. cit., (1968), pp. 196-197.

<sup>118</sup> Para una más detallada exposición de la organización registral alemana, vid. WOLFF, op. cit., pp. 156-217. Más resumidamente, e.c., COSSIO, op. cit., pp. 43-45; ROCA SASTRE, op. cit., pp. 51 ss.

<sup>119</sup> Cfr. STAUDINGER-ERTL, Vorberm. zu §§ 873-902 Rz 23: «**Grundsätze des Immobiliarsachenrechts**. Die im Immobiliarsachenrecht herrschenden Grundsätze...

Sin duda, el más llamativo influjo del régimen de la publicidad en las bases del *Derecho de Cosas* se produce en la peculiar<sup>120</sup> y compleja construcción alemana del sistema transmisivo de los derechos reales inmobiliarios. Desechado el sistema romano y de Derecho común del *título* y el *modo*, va a configurarse ahora otro que, dando nueva vida en el Registro a la antigua *Auflassung* alemana<sup>121</sup>, va a presentarse como una suma o añadido del principio romano —así se dice— del consentimiento y el principio germánico de la inscripción<sup>122</sup>. En realidad, se trata de un complicado y muy artificioso sistema en el que, debiendo superponerse el contrato obligacional de finalidad traslativa, el acuerdo transmisivo (*Einigung*) y la inscripción registral, es ésta última (*Eintragungsgrundsatz*, *Buchungsprinzip*), formando unidad con el acuerdo que —de ley ordinaria— inmediatamente la precede<sup>123</sup>,

---

dienen der Absolutheit dinglicher Rechte und dem Bedürfnis des Grundstücksverkehrs nach Sicherheit und Klarheit». Y enumera a continuación: Absolutheitsgrundsatz, Geschlossenheit dinglicher Rechte (numerus clausus-Prinzip), Einigungsgrundsatz (materielles Konsensprinzip), Eintragungsgrundsatz (Buchungsprinzip), Publizitätsgrundsatz, Ranggrundsatz, Bestimmtheitsgrundsatz, Abstraktionsgrundsatz.

<sup>120</sup> Cfr. LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3. Auflage. München 1975, p. 273, refiriéndose a la abstracción: «Sie ist eine Eigentümlichkeit des deutschen BGB, dem darin nur wenige Rechtsordnungen gefolgt sind. Historisch geht sie die gemeinrechtliche Wissenschaft des 19. Jahrhunderts, insbesondere auf die Lehre von Savigny zurück.» STAUDINGER-ERTL, *ad* 873, Rz 85: «Die Abstraktion ist ein trotz der nie verstummenden Kritik gerade im Liegenschaftsrecht bewährtes Prinzip, das zu den Eigenarten des deutschen bürgerlichen Rechts gehört.»

<sup>121</sup> PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado germánico*, trad. de Carlos Melón Infante, Barcelona, 1957, pp. 170-171: «En el siglo XIX surge de nuevo, cada vez con más fuerza, la *Auflassung* judicial alemana y sobre todo la inscripción en el Registro Inmobiliario. En este sentido fue de decisiva significación la Ley austriaca sobre el Registro Inmobiliario de 1871 y la Ley prusiana sobre la adquisición de la propiedad de 1872. Según el párrafo 1.º de esta Ley, la propiedad "sólo se adquiere mediante la inscripción de la cesión de la propiedad en el Registro Inmobiliario, practicada en base a una *Auflassung*". Sala e investidura toman vida de nuevo en el acuerdo y la inscripción; el contrato real se abstrae del negocio obligatorio de enajenación. El BGB (completado con la GBO) y el ZGB han aceptado estos principios.»

<sup>122</sup> STAUDINGER-ERTL, *ad* § 873 Rz 2: «Bei Entstehung des § 873 Abs. 1 standen mehrere Lösungsmöglichkeiten zur Wahl... Das Eintragungsprinzip weist gegenüber dem buchlosen Konsensprinzip und das Grundbuch gegenüber dem Pfandbuch und Transskriptionsregister so wesentliche Vorzüge für den Grundstücksverkehr auf, daß sich der BGB-Gesetzgeber mit Recht für das System der Buchung aller Grundstücke und dinglichen Rechte... und wie das EEG Preußens für die *Verbindung des römischrechtlichen Konsensprinzip mit dem deutschrechtlichen Eintragungsprinzip* entschieden hat.»

<sup>123</sup> BGB 873 (1): «Zur Übertragung des Eigentums an einen Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Ad rem, STAUDINGER-ERTL, § 873 Rz 5: «Die rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung

la determinante de la mutación jurídico-real<sup>124</sup>. He aquí, pues, desbordada su función de instrumento de publicidad, elevada la inscripción a elemento constitutivo de la adquisición. Pero, ¿en qué condiciones puede la inscripción, así tratada, permitir el resultado adquisitivo? ¿Lo hará por sí sola, por su propia virtud una vez operada, o deberá siempre apoyarse en la validez de sus precedentes, de tal forma que si el contrato tendente a la transmisión o el posterior acuerdo traslativo no son válidos, tampoco la inscripción pueda soportar la validez de la transmisión? Los Registros de Sajonia, Hamburgo y Mecklenburgo habían consagrado un sistema donde la consistencia de los derechos constituidos sobre inmuebles radicaba directa y exclusivamente en la inscripción, rota toda relación de causalidad con los actos jurídicos materiales que la originaban («fuerza formal» de la inscripción)<sup>125</sup>. Extremosa solución, a todas luces, que el BGB no llega a adoptar, pero cuidando mucho independizar el alcance transmisivo de la inscripción, en interés de la seguridad del tráfico, de la validez del contrato de finalidad traslativa que en el sistema heredado de Roma funcionaba como *título* de la transmisión, en tanto que causa o justificación necesaria de la misma. Entra sí en escena, con destacado protagonismo y como pieza intermedia entre tal contrato y la inscripción, el acuerdo (*Einigung*) real y abstracto. Real, puesto que su único objeto es la mutación jurídico-real, aquí consistente en la transmisión de la finca. Y abstracto, puesto que su eficacia se desvincula respecto de la del contrato obligacional (el *título*)<sup>126</sup>, que, de esta forma queda reducido a pacto preparatorio

---

tritt nicht durch Einigung allein, aber auch nicht ohne sie und nicht durch Eintragung allein, aber auch nicht ohne sie ein, sondern nur durch **zeitliches Zusammentreffen (RGZ 131, 99) und inhaltliche Übereinstimmung der wirksamen Einigung und der wirksamen Eintragung...** Dazu ist notwendig, aber auch genügend, daß Einigung und Eintragung zu irgendeinem Zeitpunkt wirksam sind und inhaltlich übereinstimmen.» Rz 6: «Die *Einigung* (= *Willenselement*) ist ein privater Rechtssetzungsakt... die *Grundbucheintragung* (= *Kundbarmachungselement*) ein gerichtlicher Hoheitsakt... Fehlt eines dieser beiden Elemente, ist es unwirksam oder verliert es vor Vollendung des Rechtserwerbs seine Wirksamkeit, so hat dies zwar auf die Einzelwirkungen des anderen Elements keinen Einfluß, aber die dingliche Rechtsänderung tritt nicht ein.»

<sup>124</sup> STAUDINGER-ERTL, ib. Rz 4: «Nach dem Grundsatz von Einigung und Eintragung sind die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über die dingliche Rechtsänderung und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch die beiden materiellen Voraussetzungen für den rechtsgeschäftlichen Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt... die Doppelspurigkeit von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen und gerichtlichem Eintragungsverfahren und die von den beiden Tatbestandselementen Einigung und Eintragung gemeinsam erzeugte privatrechtliche Wirkung der dinglichen Rechtsänderung gehören zu den *Eigenarten des deutschen Liegenschaftsrecht*, die privates und öffentliches, materielles und formelles Recht berühren.»

<sup>125</sup> Cfr. COSSIO, *Instituciones*, cit. pp. 45 46.

<sup>126</sup> STAUDINGER-ERTL, ad § 873, Rz 33: «Als *abstrakter Vertrag* ist sie ein

del que este acuerdo es acto —independizado— de cumplimiento<sup>127</sup>. Es este acuerdo el único requisito para que la inscripción, formando unidad con él, desencadene la mutación jurídico-real. El proceso podrá ser complejo, pero —se piensa— con complejidad compensada por las ventajas que aporta a la fiabilidad del Registro: ¿No evita la inscripción constitutiva el gran filón de inexactitudes registrales resultante de la posibilidad de derechos en sí existentes pero no inscritos?<sup>128</sup> ¿No logra la abstracción del sistema transmisivo conjurar la amenaza de titularidades registrales aparentes, tan duraderas en su apariencia cuanto pueda retrasarse el ejercicio de la acción tendente a su impugnación? Por otra parte, ¿no consigue la inscripción constitutiva llenar de contenido efectivo el principio de *absolutividad* de los derechos reales, impidiendo esa especie de monstruo que sería la propiedad *inter partes* o efectiva frente al vendedor pero no oponible *erga omnes*<sup>129</sup>?

Pero si el proceso adquisitivo se recarga de complejidad en interés de la seguridad del tráfico y de la fiabilidad del Registro, éste, en cambio, llevará hasta el extremo su aspiración a la simplicidad en el modo de su plasmación material. Adoptado el sistema de publicidad real o folio real, la técnica del «encasillado» adquiere aquí plena dimensión de símbolo. El folio registral se distribuye en forma de poder reflejar del modo más claro y simple la situación jurídica de los inmuebles<sup>130</sup>: su encabezamiento identificará la finca; su primera sección dirá quién es su propietario

---

Rechtsgeschäft, das zu seinem wirksamen Zustandekommen keiner Zweckvereinbarung bedarf (inhaltliche Abstraktion) und von keinem schuldrechtlichen Grundgeschäft abhängig ist (äußere Abstraktion).» Para mayor detalle sobre el principio de separación (*Trennungsprinzip*) entre el negocio obligacional y el real, y la abstracción del segundo (de contenido y externa), *vid.* BAUR, Fritz, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13. Aufl. München, 1985, pp. 41-45.

<sup>127</sup> STAUDINGER-ERTL, *ib.* Rz 30: «**(b) Das dingliche Verfügungsgeschäft** (= Leistungsgeschäft; Erfüllungsgeschäft) ist auf die dingliche Rechtsänderung gerichtet und dient in der Regel der Erfüllung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft, zB dadurch daß der Verkäufer dem Käufer das Grundstückseigentum überträgt;...» Sobre el conjunto acuerdo-inscripción como negocio jurídico real y abstracto, *cfr.* con mayor amplitud, WOLFF-REISER, *op. cit.*, pp. 224-229.

<sup>128</sup> BAUR, *op. cit.*, p. 167: «Erst Einigung und Eintragung zusammen bewirken die Rechtsänderung. Damit erreicht der Gesetzgeber —wie wir schon wiederholt sahen— daß wirkliche Rechtslage und Buchstand in aller Regel übereinstimmen». En nuestra doctrina, dicen al respecto LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (1984), p. 29: «El hecho de que cualquier cambio real por negocio *i. v.*, para perfeccionarse, haya de llegar a los libros, hace al Registro alemán notoriamente más cierto que el español.»

<sup>129</sup> STAUDINGER-ERTL, *Vorbem zu §§ 873-902*, Rz 32: «**Grundsätze des Immobiliarsachenrechts... a)** Nach dem **Absolutheitsgrundsatz** wirkt jedes dingliche Recht als Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache (Grundstück) gegen jedermann.»

<sup>130</sup> Para la distribución del folio registral en Alemania, *vid.*, *e. c.*, WOLFF-REISER, *op. cit.*, pp. 176-177; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas...», *Estudios...*, I, *cit.*, pp. 99-101.

y cuál la causa inmediata de su adquisición; la segunda dará noticia de las limitaciones del derecho inscrito y de las facultades dispositivas de su titular; la tercera dará a conocer las hipotecas, deudas inmobiliarias y deudas de renta constituidas sobre la finca inscrita. Claro está que para que todo ello se pueda producir con la nitidez apetecida será necesario someter el *Derecho de Cosas* al rigor del principio del *numerus clausus*: no más derechos reales que los legalmente previstos (*Typenzwang*), y éstos sin más contenido que el legalmente fijado (*Typenfixierung*)<sup>131</sup>. Ahora sí que es posible identificar exacta y completamente cualquier situación jurídica por la sola indicación de su *nomen juris*. Se comprende bien que si el contrato de finalidad traslativa, además de no determinar la mutación jurídico-real, tampoco puede configurar libremente el contenido del derecho transmitido, el Registro no tenga que sobrecargarse dando acogida a sus cláusulas y estipulaciones. Bastará, tratándose de la transmisión del dominio —que, por cierto, no puede ser sometida a condición ni restricción convencional de ningún tipo<sup>132</sup>— con la inscripción del mero acuerdo transmisivo abstracto, y si de lo que se trata es de constituir algún derecho distinto, será suficiente la del simple consentimiento (*Eintragungsbewilligung*) del titular perjudicado por el mismo<sup>133</sup>.

Convertida la inscripción en elemento de constitución de la adquisición negocial *inter vivos*, e independizada ésta del contrato obligacional que la fundamenta, se han sentado las bases que, unidas a la solidez de los principios formales del sistema registral<sup>134</sup>, pueden perfectamente fundamentar la presunción legal de exactitud de lo publicado<sup>135</sup>, pero que, de todos modos, no podrá asegurarla en términos absolutos. La necesidad de buena fe —desconocimiento de la inexactitud registral— como requisito necesario para la protección del tercero que adquiere de titular

---

<sup>131</sup> STAUDINGER-ERTL, loc. ant. cit., «b) Der Grundsatz der **Geschlossenheit dinglicher Rechte** (*numerus clausus-Prinzip*) zwingt die Beteiligten, sich zur Regelung dinglicher Rechtsverhältnisse im Interesse der Rechtssicherheit- und Rechtsklarheit bestimmter Arten dinglicher Rechte (*Typenzwang*) mit einem mindestens in den Umrisen zwingend festgelegten Inhalt (*Typenfixierung*) zu bedienen.»

<sup>132</sup> BGB § 925 (2): «Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.»

<sup>133</sup> Cfr. WOLFF-REISER, op. cit., p. 202: «En ciertos casos, y a fin de no sobrecargar el registro inmobiliario, la inscripción detallada puede reemplazarse por una referencia parcial al consentimiento de inscripción.»

Así, en la inscripción de un derecho real limitado cabe remitirse al consentimiento de inscripción para la más precisa descripción del contenido del derecho (§ 874 C.c.)»

<sup>134</sup> Vid. sobre ellos, COSSÍO, op. cit., pp. 43-45.

<sup>135</sup> BGB § 891: (1) «Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.»

(2) Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe.»

según Registro, y la *Widerspruch* (asiento de contradicción), como posibilidad enervadora de la fe pública registral <sup>136</sup> concedida al perjudicado por una publicidad inexacta, son las más claras manifestaciones de que la discordancia entre la realidad y el Registro es algo más que una mera posibilidad improbable o remota, incluso en Ordenamientos que, como el alemán, tan meditada y concienzudamente han excogitado su propio sistema de publicidad. A la vista de ello, y si a la manipulación del proceso adquisitivo se añade la adopción del criterio del *numerus clausus*, una pregunta nos asalta irrepresiblemente: ¿No se habrá sobredimensionado la publicidad en Alemania hasta llegar a hacer de ella, tanto o más que un medio manifestador de la realidad, un instrumento de sofocamiento y distorsión de la misma?

Pero no es éste el momento de entrar en la crítica del modelo alemán, sino el de exponer la variante suiza <sup>137</sup> del sistema germánico. Supone ésta, en el decir de COSSIO, «una elaboración original de los principios hipotecarios» <sup>138</sup>, que para nosotros resultaría de extraordinario interés <sup>139</sup>, y que vendría a ocupar un lugar equidistante entre el modelo alemán y nuestro sistema <sup>140</sup>, o entre el alemán y el francés <sup>141</sup>, y que, en todo caso, constituye un sistema «moderado», próximo al nuestro <sup>142</sup>.

---

<sup>136</sup> **BGB 892**: «(1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekkant ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekkant ist.»

<sup>137</sup> Sobre el sistema suizo, cfr., en la doctrina extranjera, la obra ya citada de DESCHENAUX H., *Le Registre Foncier*. Fribourg, Suisse, 1983. En la nuestra, principalmente, los trabajos de SERRANO SERRANO, I, *El Registro de la propiedad en el Código civil suizo*, aparecidos en los «Anales de la Universidad de Valladolid», nn. 15, 16, 17 y 18-19.

<sup>138</sup> COSSIO, *Instituciones*, cit., p. 53.

<sup>139</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. El Código civil suizo», *«Estudios...»*, I, cit., p. 149: «La promulgación del Código civil suizo reviste para nosotros, como esfuerzo legislativo moderno, excepcional importancia, y nos ofrece, sobre todo en lo relativo al sistema inmobiliario, detalles utilísimos...». Para DE CASSO, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 55, «presenta para nosotros el interés de haber armonizado los principios latinos acerca de la constitución de los derechos reales por título obligacional, unido al “modo” (tradición, inscripción), con las exigencias modernas del tráfico inmobiliario, a base de la publicidad registral.»

<sup>140</sup> Así, COSSIO, op. cit., p. 58, y DE CASSO, op. cit., p. 53.

<sup>141</sup> Así, SERRANO, op. cit., AUV, núm. 16, p. 61: «El legislador suizo, colocado entre dos tendencias opuestas: la alemana, que concede un valor absoluto a la inscripción, y la francesa, que liga al otorgamiento del contrato los efectos reales, ha escogido un camino intermedio.»

<sup>142</sup> ROCA SASTRE, op. cit., p. 62: «El sistema inmobiliario registral suizo está inspirado en el Derecho alemán, pero ofrece loables diferencias en relación con éste,



Yendo muy a su sustancia, baste indicar que el sistema suizo, contenido básicamente en el Código civil (ZGB), de 10 de diciembre de 1907, y en la Ordenanza del Registro Inmobiliario, de 22 de febrero de 1910, coincide con el alemán al atribuir valor constitutivo a la inscripción en las adquisiciones negociales *inter vivos*<sup>143</sup>, pero que se aparta de él al restablecer la dependencia de la eficacia del acuerdo transmisivo respecto de la del contrato obligacional que lo fundamenta. Inscripción, pues, constitutiva, pero sin transmisión o adquisición abstracta. Constitutiva, porque la publicidad registral va a ponerse en perfecto paralelo con la posesión<sup>144</sup>, y así como sin entrega no hay transmisión mobiliaria, tampoco sin inscripción podrá haber adquisición inmobiliaria. Sin transmisión abstracta, porque es a todas luces antinatural y artificiosa la separación entre la transmisión y el fundamento que real y materialmente la sustenta<sup>145</sup>. La inscripción, así pues, está sometida al prin-

---

y que hacen del mismo un sistema alemán moderado, que se acerca al sistema español.»

<sup>143</sup> No en las demás, donde actúa el llamado «principio relativo de inscripción». Sobre ello, cfr. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 8: «Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*». Los preceptos citados del ZGB disponen:

**Art. 656:** Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch.

Bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder richterlichem Urteil erlangt indessen der Erwerbwr schon vor der Eintragung das Eigentum, kann aber im Grundbuch erst dann über das Grundstück verfügen, wenn die Eintragung erfolgt ist.

**Art. 971:** Soweit für die Begründung eines dinglichen Rechtes die Eintragung in das Grundbuch vorgesehen ist, besteht dieses Recht als dingliches nur, wenn es aus dem Grundbuche ersichtlich ist.

Im Rahmen des Eintrages kann der Inhalt eines Rechtes durch die Belege oder auf andere Weise nachgewiesen werden.

**Art. 972:** Die dinglichen Rechte entstehen und erhalten ihren Rang und ihr Datum durch die Eintragung in das Hauptbuch.

Ihre Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen, vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Ausweise der Anmeldung beigelegt oder bei den vorläufigen Eintragungen nachträglich rechtzeitig beigebracht werden.

Wo nach kantonalem Recht die öffentliche Beurkundung durch den Grundbuchverwalter vermittelt Einschreibung in das Urkundenprotokoll erfolgt, tritt diese an die Stelle der Einschreibung in das Tagebuch.

<sup>144</sup> Cfr. *ad rem*, SERRANO SERRANO, *op. cit.*, núm. 15, pp. 3-4, y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. ult. cit.*, pp. 152-156.

<sup>145</sup> DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 8: «L'idée de la publicité n'est pas poussée au point que l'inscription dans le registre serait à elle seule opérante. L'efficacité de l'inscription est subordonnée à la validité de l'acte juridique en vertu duquel elle est faite (par exemple, une vente)... Elle n'est pas abstraite, mais causale; d'où l'expression équivalente de principe de causalité, principe qui est également consacré

cipio de legalidad no sólo formal, sino rigurosamente material <sup>146</sup>, lo que no impide que, mientras no se pruebe lo contrario, genere una presunción de exactitud <sup>147</sup>, que para el tercero adquirente de buena fe —sin distinguir entre adquisición onerosa o gratuita— se convierte en auténtica ficción por la que se le protege en su adquisición no obstante su intrínseca falta de fundamento <sup>148</sup>.

Es cierto que el restablecimiento del nexo causal entre el contrato obligacional de finalidad traslativa y el valor de la inscripción separa significativamente el sistema suizo respecto del modelo alemán. Con todo, su adscripción germánica queda fuera de toda duda, atendidas en él no sólo el carácter constitutivo atribuido a la inscripción, sino también, y muy marcadamente, la adopción del *numerus clausus* (aunque limitada en su efectividad al dar generosamente oponibilidad *erga omnes* a ciertos derechos personales con proyección en los derechos inscritos) <sup>149</sup>, la técnica del «encasillado», y la determinación del objeto material de la inscripción: no el título transmisivo que la sustenta, sino el consentimiento escrito del propietario a la transmisión <sup>150</sup>.

---

par la jurisprudence en matière mobilière.» En nuestra doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., op. cit., p. 157: «Menos radical que el Código alemán, el suizo sigue manteniendo la unión inmediata entre el acto causal (venta, permuta, etc.), y la tradición hipotecaria, sin admitir como supremo artificio del sistema la rueda loca del contrato real (*Einigung*).»

<sup>146</sup> DESCHENAUX, loc. ant. cit., donde expone el causalismo del sistema bajo el epígrafe *Principe de la légalité matérielle*, y en la nota 9 distingue entre legalidad material o exigencia de causa y legalidad en sentido formal o sometimiento del «conservador» a la ley en la llevanza del Registro y en la práctica de la inscripción.

<sup>147</sup> Art. 937: Hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke besteht eine Vermutung des Rechtes und eine Klage aus dem Besitze nur für denjenigen, der eingetragen ist.

Wer jedoch aber das Grundstück die tatsächliche Gewalt hat, kann wegen eigenmächtiger Entziehung oder Störung des Besitzes Klage erheben.

<sup>148</sup> Art. 973: Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintragung im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.

Art. 974: Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel Kennt oder kennen sollte, auf den Eintrag nicht berufen.

Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist.

Wer durch einen solchen Eintrag in einem dinglichen Recht verletzt ist, kann sich unmittelbar gegenüber dem bösgläubigen Dritten auf die Mangelhaftigkeit des Eintrages berufen.

<sup>149</sup> Vid. sobre tales anotaciones, DESCHENAUX, op. cit., pp. 523 ss. En nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, op. cit., núm. 16, pp. 15 ss.; más resumidamente, COSSÍO, op. cit., p. 59. El dato legal en el ZGB, art. 959:

Persönliche Rechte können im Grundbuche vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor- und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete.

Sie erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte.

<sup>150</sup> Dispone a este respecto, en lo que aquí interesa, el ZGB, art. 963, I y II:

Sin entrar por ahora en su crítica, dejemos observado que, con el declinar del fervor germanista, y como indica Lacruz<sup>151</sup>, la opinión general se ha ido orientando en favor del sistema suizo, que, sin dañar a la seguridad del tráfico, está más de acuerdo con los imperativos de la moral y de la justicia. Efectivamente, para Sanz Fernández<sup>152</sup> vendría a fijar el punto definitivo de llegada tras el flujo y reflujo del significado y valor atribuidos a la inscripción en el proceso adquisitivo de los derechos reales inmobiliarios. Antes, don Jerónimo González, atribuyéndole ventajas en nuestra opinión discutibles<sup>153</sup>, le había dirigido los más altos elogios: moderno, sin dejarse arrastrar por teorías utópicas, conservador y progresivo, germánico en el fondo y latino en la forma, de técnica maravillosa, y moralizador y social<sup>154</sup>. Ahora sí es llegado el momento de examinar si tales alabanzas no podrían atribuirse con mayor razón y justicia a nuestro peculiar sistema hipotecario.

### C. El contraste del sistema español con los modelos comparados: su peculiaridad como sistema espiritualista y causalista de publicidad con eficacia plenamente positiva

Hubiera sido más breve y sencillo epigrafiar este acápite calificando al modelo español como sistema mixto. No lo hemos hecho: ¿no podría la palabra *mixto* sugerir la idea de lo confusamente complejo y carente de unidad y armonía interna? Tampoco lo hemos presentado como un sistema ecléctico: ¿no hubiera dado ocasión a pensar que se trata de un sistema transaccional y dependiente, carente de inspiración y personalidad propia? Y, encerrados en el cerco de los dos grandes tipos: ¿a cuál de ellos adscribirlo: al latino, como subtipo enriquecido de publicidad intensificada, o al germánico, como variante corregida y moderada?

---

Die Eintragungen erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht.

Keiner Erklärung des Eigentümers bedarf es, wenn der Erwerbwer sich auf eine Gesetzvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag.

Sobre la relación entre tal consentimiento y la voluntad transmisiva ínsita en el contrato obligacional, cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 158-160. Sobre la existente entre el mismo consentimiento y la solicitud de inscripción, cfr. SERRANO SERRANO, *op. cit.*, núm. 15, pp. 42-45.

<sup>151</sup> LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (1968), p. 39, nota 7.

<sup>152</sup> SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit. p. 140.

<sup>153</sup> La imposición del *numerus clausus*, la adopción del «encasillado», y la restricción del ámbito de la calificación registral: Cfr. J. GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>154</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 151-152.

Latino sería, si se pone la esencia de tal sistema en la sola negación del valor constitutivo de la inscripción<sup>155</sup>; pero ¿no sería con más razón germánico, si se atiende a la intensidad del efecto positivo de la publicidad en él operada por la inscripción? He aquí por qué hemos terminado por calificar al nuestro como un sistema peculiar de publicidad registral que, sin abjurar de los principios rectores de nuestro Derecho Patrimonial: espiritualismo contractual y causalismo transmisivo (*título y modo*), logra su finalidad aseguradora del tráfico de buena fe por vías diferentes pero con efectividad igual, al menos, que la obtenida en el sistema germánico. Es lo que a continuación interesa desarrollar.

Sin abjurar de los principios rectores de nuestro Derecho Patrimonial, hemos dicho. Es aquí donde, en la disyuntiva entre los tipos, se produce la zona de mayor proximidad con el modelo francés. Pero de sólo proximidad, sin nunca llegar a la coincidencia.

Francia, según vimos, partió de la decisión de respetar el sistema transmisivo consagrado en el *Code*. La transmisión *solo consensu* se entendía ser la moderna conquista del Derecho racionalista e ilustrado, y, al propio tiempo, la más radical forma de desembarazar al tráfico de bienes y de permitirle la agilidad y sencillez que por naturaleza le sería propia. Si la entrega o *traditio*, como *modo* de adquirir añadido al *título*, va a quedar atrás, no se la va a sustituir ahora por un dato de publicidad que venga de nuevo a retardar hasta su práctica la efectividad del momento consensual que constituye, por sí solo en la relación *inter partes*, el total e indiviso momento adquisitivo. La transcripción queda, en principio, fuera de él, y sólo llegará a interferirlo actuando como elemento de solución en la hipótesis —siempre posible pero más fácil que en ningún otro en el sistema de transmisión puramente consensual— de la doble venta. Va a nacer así un Registro de publicidad negativa o preclusiva, de organización tan rudimen-

---

<sup>155</sup> Ésta parece ser la idea de FERRI, op. cit., p. 7, nota 1: «Neppure in Germania sono tutti convinti della superiorità del loro sistema su quello, diciamo, franco-italiano, tanto è vero che la commissione per la riforma del libro fondiario tedesco dovette prendere posizione contro una corrente che propugnava la mitigazione del principio fondamentale del carattere costitutivo dell'iscrizione, nel senso di fare della iscrizione, non più un requisito assoluto di efficacia (anche nei rapporti fra le parti) degli atti di disposizione, ma un semplice presupposto della loro efficacia nei confronti dei terzi: vid sut ciò E. LOCHER, *La riforma delle norme sul libro fondiario tedesco e il nuovo codice civile italiano* (*Annuario dir. comp.*, XVIII, 122).

Inutile aggiungere che se fosse stata accolta una tale proposta si sarebbe fatto un passo decisivo verso l'adozione di un sistema di pubblicità di tipo latino.»

También, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, op. cit., p. 463: «*Le livre foncier est tenu par un juge ou du moins ne reçoit d'inscription qu'après un contrôle préalable de l'autorité judiciaire qui s'exerce sur la validité de l'acte présenté. L'inscription ainsi contrôlée a une valeur particulièrement grande, elle est attributive de droit ou du moins dotée d'une valeur probatoire énergique.*»

taria como lo permite la cortedad de su función, y en el que, más que derechos, se publican títulos, con el resultado de discernir quién, de entre los sucesivos compradores, es el que llega a adquirir la propiedad de la finca por dos o más veces vendida.

Sería de interés en este momento una reflexión sobre el significado real de la publicidad inmobiliaria en Francia. Se dice que el respeto al sistema transmisivo instaurado en el *Code*, impide atribuirle valor constitutivo. ¿No lo tiene en la realidad? ¿Es posible llegar hasta el final en la fidelidad al principio de transmisión puramente consensual, una vez admitido el efecto de la publicidad preclusiva y la consiguiente ineficacia relativa del contrato no inscrito? La verdad es que tal posibilidad no existe en la realidad de las cosas. Basta para comprobarlo dejar hablar a Troplong: Según los principios del Código Napoleón, el consentimiento transfiere la propiedad, tanto entre las partes como respecto a terceros, pero las necesidades del tráfico inmobiliario han derogado este principio introduciendo una grave modificación al Código: quedando a salvo la transmisión consensual en la relación *inter partes*, «respecto de terceros, la mutación jurídico-real no llega a producirse sino por la transcripción del título adquisitivo en el Registro»<sup>156</sup>. Esta, y no otra, es la idea central de la Ley de Transcripción: la necesidad de la publicidad para la *validez* respecto a terceros del acto de constitución o translación de la propiedad y de los derechos reales inmobiliarios («pour leur validité a l'égard des tiers») <sup>157</sup>. Cualquiera ve lo que esto en la realidad significa: el intento imposible de compatibilizar la simultaneidad de dos propiedades contradictorias: la que el vendedor conserva *erga omnes* hasta el momento de la transcripción, y la que entre tanto adquirió frente a él el comprador; la reducción de esta segunda, no sólo a una mera entelequia, sino a la quimera de una propiedad relativa, tan contradictoria en sus propios términos como la cuadratura del

---

<sup>156</sup> TROPLONG, op. cit., pp. 299-300. El texto citado de TROPLONG parece más sincero y más conforme a la realidad de las cosas que el siguiente párrafo de PLANIOL-RIPERT, op. cit., p. 620: «Le système de la transcription laisse subsister le principe de la transmission de la propriété par le seul consentement: l'art. 1138 n' a pas été abrogé par la loi de 1855, et la vente est encore, en principe, translativ de propriété par elle-même; seulement l'application de cet article, au lieu d'être absolue, n'est plus que partielle: il ne régit plus toutes les personnes que la vente intéresse. Il y a certaines personnes, spécialement protégées par la loi de 1855, qui auront le droit de méconnaître la vente si elle n'a pas été rendue publique et à l'égard desquelles le vendeur n'aura pas cessé d'être propriétaire. Selon la formule de la loi de brumaire an VII (art. 26) et de la loi de 1855, art. 3, l'acte non transcrit ne leur est pas *opposable*; pour ces personnes, mais pour elles seulement, les choses doivent se passer comme si cet acte tenu secret n'avait pas été fait. En d'autres termes, le défaut de transcription entraîne une *inefficacité simplement relative* du titre non transcrit.»

<sup>157</sup> Así en el *Rapport* a la Ley de Transcripción, cfr. TROPLONG, op. cit., p. 22.

círculo <sup>158</sup>; y, finalmente, la postergación de la buena fe de los terceros, al resultar irrelevante <sup>159</sup> su conocimiento de la venta anterior, toda vez que, para ellos y después de la misma, el vendedor conserva la propiedad de lo ya vendido hasta el punto de poder transmitirla derivativamente en un nuevo contrato <sup>160</sup>: No queda bien parada la buena fe en el sistema francés: conociendo la venta anterior, puede adquirir el comprador posterior; en cambio, el adquirente de buena fe, de anterior comprador fraudulento —*nemo dat quod non habet*— queda desprovisto de toda protección <sup>161</sup>. Es que —dirá Ferri— la buena fe que constituye el fundamento ético de la transcripción, es la buena fe considerada en abstracto, no en concreto: el beneficio de la circulación impone la posibilidad de injusticias, que podrán ser reprobables moralmente, pero que no son antijurídicas <sup>162</sup>. ¡Qué claro en este punto, y qué favorable para nosotros, el contraste de nuestro sistema con el modelo francés! Pero estábamos en la comprobación del valor real y efectivo de la transcripción francesa: la que se presenta como el prototipo de inscripción no constitutiva es la que da validez, en su

<sup>158</sup> Así lo denunciaba OLIVER, op. cit., p. 226: «... según el sistema francés el dominio de los inmuebles se transmite en momentos distintos, según se trate del transmitente o de las demás personas extrañas. Respecto del primero, se transmite el dominio desde que ha manifestado su consentimiento, y respecto del público, *erga omnes*, desde que se practica el asiento correspondiente en el Registro.

De suerte que según el sistema francés un derecho absoluto, cual es el derecho sobre cosa, y el primero de ellos, el de propiedad, degenera en un derecho relativo, resultando además la contradicción de que sobre una misma finca existan a la vez dos propietarios; el adquirente que lo es solamente para el transmitente, y éste que sigue siéndolo para todos los demás...»

<sup>159</sup> PLANIOL-RIPERT, op. cit., p. 630: «La bonne foi n'est pas exigée chez le tiers qui oppose le défaut de transcription; son droit demeure le même qu'il ait ou non connaissance de l'aliénation antérieurement consentie. C'est, en effet, une règle générale que tout système de publicité est rigoureusement indépendant de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers. L'art. 1071 le dit formellement à propos des donations... Cette solution doit être généralisée, tout le monde en convient; d'ailleurs, l'art. 3 de la loi de 1855 ne fait aucune distinction entre l'acquéreur de bonne foi et l'acquéreur de mauvaise foi.» FERRI, op. cit., p. 43: «Nel sistema della trascrizione lo stato soggettivo del terzo è fatto normalmente irrilevante.»

<sup>160</sup> Baste en este punto la remisión, de nuevo, a MAZEAUD, op. cit., p. 590.

<sup>161</sup> Cfr. MAZEAUD, op. cit., pp. 590-591: «Il est certain —la Cour de cassation l'a affirmé avec force— que la connaissance chez le second acquéreur d'une aliénation première en date, mais non publiée, ne lui interdit pas de se prévaloir du défaut de publicité... L'extension de la notion de fraude est d'autant plus dangereuse que les tribunaux estiment que le sous-acquéreur de bonne foi qui tient ses droits d'un acquéreur coupable de fraude, ne peut, pas plus que son auteur, se prévaloir du défaut de publicité de l'acquisition première en date.»

<sup>162</sup> FERRI, op. cit., pp. 43: «È bene subito avvertire, a scanso di equivoci, che l'affidamento del terzo è tutelato in astratto e non in concreto»; p. 45: «Ma tali ingiustizie, che saranno pur sempre eccezionali, vengono compensate largamente dal grande beneficio che riceve la circolazione»; pág 48: «... non vediamo come possa considerarsi ingiusta la prevalenza del secondo acquirente la quale è prevista nella legge stessa. Potrà essere iniqua o immorale: ma questo è un altro discorso.»

colisión con otras, a la única adquisición posible de la propiedad: la que confiere un poder en la cosa, oponible *erga omnes*. ¿No es eso atribuir valor constitutivo a la inscripción?<sup>163</sup>

Todavía más clara la respuesta afirmativa, si se recuerda la expansión del ámbito de la transcripción por obra de las sucesivas reformas francesas. Una publicidad tan restringida como la inicialmente prevista, mal podía cumplir su propia finalidad. En palabras de nuestro Gómez de la Serna<sup>164</sup>, «para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa: de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos». He aquí por qué el Registro francés, intentando dar información completa sobre la situación jurídica de las fincas, va a abrirse a toda mutación jurídico-inmobiliaria. No interesa ahora denunciar, con Mazeaud, que lo que así se pretende para dar fiel y completo reflejo a la realidad, puede convertirse, sin calificación registral, en un vano espejismo<sup>165</sup>. Lo que sí hace a nuestro actual propósito es recordar cómo en estos invitados de última hora la inscripción va a tener un valor diferente al que inicialmente se le atribuyó<sup>166</sup>. Se insistirá en que su omisión no puede provocar la inoponibilidad a terceros de lo no publicado, sino que su finalidad y función se limita a ser meramente informativa. Y se explica: ¿cómo podría tener mayor trascendencia, cuando en ella se recoge una mutación ya operada directamente por la ley u ordenada por la misma a veces incluso sin intervención alguna del adquirente?<sup>167</sup> No se puede decir más claramente

---

<sup>163</sup> Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., p. 769: «Esta eficacia substantiva viene a aproximar el sistema francés a otros sistemas en que la inscripción tiene más fuerza. Admitida la inscripción como condición de oponibilidad a terceros parece existir la siguiente alternativa en cuanto a la explicación de que el tercero resulte protegido frente a títulos anteriores no inscritos; o se entiende que, por ejemplo, la transmisión anterior no inscrita no es perfecta, puesto que todavía los terceros pueden seguir derivando derechos del transmitente, con lo que nos acercamos en algún modo al principio de la inscripción constitutiva. O de entender que es perfecta habrá que pensar que el tercero adquiere *a non domino*, puesto que el que ha transmitido ya no es dueño de lo que vuelve a transmitir al tercero, con lo que nos acercamos, hasta cierto punto, al principio de la fe pública en un sentido negativo: en cierta medida lo que no está en el Registro no existe a efectos de tercero.»

<sup>164</sup> Op. cit., p. 195, nota b).

<sup>165</sup> MAZEAUD, op. cit., p. 530: «Faire de l'ancienne transcription un moyen général d'information est un mirage dans la mesure où l'information n'est pas contrôlée; le conservateur, après comme avant la réforme, n'étant juge ni de la validité des actes qu'il publie, ni de la capacité des parties, l'information donnée aux tiers risque d'être inexacte et de tromper les usagers.»

<sup>166</sup> RIPERT-BOULANGER, op. cit., p. 61: «Sans que les rédacteurs du décret-loi y aient pris garde, une double conception de la transcription résultait de cette loi nouvelle.»

<sup>167</sup> Ya TROPLONG, a propósito de las sentencias de nulidad, rescisión o resolución, op. cit., pp. 397-402, en concreto, p. 397: «Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a

que la transcripción, en su efecto originario y más propio, se entiende como constitutiva; no se puede reflejar con mayor claridad cómo la fijación en esa especie de inoponibilidad, que en realidad es condición de adquisición del derecho, ha impedido captar lo que sería la función natural y propia de la publicidad: hacer cognoscible a terceros lo que, por existir y poder afectarles, puede interesarles conocer. La inscripción de una mutación ya operada es en Francia un supuesto débil de inscripción, con efectos menores a los que serían propios de la más genuina publicidad registral. Extraña publicidad la francesa, que, igual siempre en sí misma, puede revestir significados tan distintos como el de convertir en propietario efectivo al comprador que inscribe o informar, simplemente, a terceros acerca de la realidad publicada.

Los autores de nuestra Ley Hipotecaria, en el lenguaje altisonante de la época, pudieron decir que el viejo sistema de las hipotecas ocultas estaba ya entonces juzgado por la historia. Quizá sin excesivo rigor pudieramos aplicar hoy la misma expresión al modelo francés: insuficiente desde el primer momento, sus posteriores reformas no le permiten escapar al juicio negativo que irremediablemente resulta de su comparación con cualquier sistema de publicidad positiva. Desmintiendo de hecho lo que sería su principal conquista, la que inicialmente celebraba Troplog<sup>168</sup> y con igual pasión sigue hoy ponderando Ferri<sup>169</sup>, esto es: la de conseguir la agilidad y rapidez del tráfico, dejando la inscripción fuera del proceso adquisitivo y situando éste en el puro consen-

---

donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité.» En la doctrina posterior lo formulará lapidariamente MAZEAUD, op. cit., p. 580, estableciendo la regla que separa la publicidad que es condición de oponibilidad, respecto de la que es meramente informativa: «la règle qu'il faut énoncer est la suivante: *l'effet du défaut de publication des actes soumis a publicité est l'inopposabilité aux tiers des transferts ou constitutions de droits qu'ils réalisent*».

<sup>168</sup> Op. cit., pp. 208-209, «On n'a pu imposer à toutes les mutations une règle uniforme de publicité que dans les pays où le système des investitures a été traditionnellement reçu en toute matière, et où cette publicité est venue naturellement se greffer après coup sur une telle base toute trouvée. Mais elle serait un embarras insupportable dans notre droit simple, rapide et marqué d'un sceau respectable de spiritualité. C'est là l'opinion que nous avons émise dès 1833, et dans laquelle nous avons toujours persisté. Nous serions heureux de penser que nous avons contribué, même indirectement et pour une faible part, au triomphe qu'elle a obtenu en 1855.»

<sup>169</sup> Op. cit., pp. 6 y 7 «Molti guardano ai sistemi di tipo germanico come ai modelli da imitare e esempi a seguire. Crediamo che fra questi molti i più non si rendano conto del fatto che tali sistemi, anche se adottati in paesi progrediti... corrispondono ad uno stadio storico più arretrato, di cui il sistema della trascrizione rappresenta un superamento... Quel massimo di libertà e semplicità nella circolazione giuridica della ricchezza immobiliare, che in Francia si è raggiunto per il poderoso impulso della rivoluzione, è ancora una mèta che in quei paesi non è stata raggiunta... Nei sistemi a tipo latino ci si è preoccupati di non turbare questa celerità e rapidità di contrattazione e di raggiungimento di effetti giuridici. La trascrizione non intralcia, non rallenta: essa si pone all'esterno ed ha l'unico fine di tutelare i terzi.»



timiento *inter partes*, tampoco provee suficientemente al fin pretendido de la seguridad del comercio: la ley no se compromete con la información registral; adquirir de quien en el Registro francés aparece como dueño no pone a salvo del riesgo de la evicción de la finca adquirida. Muy distintas son las cosas en nuestro Derecho. Sin que el orgullo nacional pudiera atarles a la gloria de un Código Civil que por entonces se nos venía resistiendo <sup>170</sup>, los autores de nuestra Ley Hipotecaria pudieron entregarse con las manos enteramente libres al examen de los modelos existentes, y, desechada la veleidad afrancesada del Proyecto de 1851 en favor del sistema de transmisión *solo consensu* <sup>71</sup>, concebir una fórmula cargada de buen sentido en la que, respetada la esencia de las cosas, la publicidad registral, sin ser más que publicidad, —esto es: sin interferir el proceso adquisitivo—, pero siéndolo jurídicamente hasta el final, fuera manifestación fiable de la realidad al alcance de todos: del interesado en publicar su derecho y del interesado en adquirirlo de quien realmente es su titular y puede transmitirlo.

Tres van a ser las bases desde las que se levante nuestro sistema: la teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma <sup>172</sup> —externa de suyo y

---

<sup>170</sup> Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., pp. 196-197, nota b): «En efecto, la ley francesa de 23 de marzo de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria, adopta el sistema mixto. Más aún que las razones que pueden alegrarse a favor de este sistema, nos parece que influyó al efecto la gran importancia que dan los franceses a su Código civil, importancia bien merecida... No podría invocarse entre nosotros una razón que tuviera analogía con esta: nuestras leyes civiles seculares están amenazadas de muerte por un nuevo Código civil. Aunque es de presumir que en él se respetarán en gran parte nuestras instituciones antiguas, nadie dudaba que en las hipotecas, y en cuanto a ellas más o menos inmediatamente se refiere, eran necesarias grandes reformas... En esta situación no cabía vacilar en que la reforma debía hacerse por completo, y que los inconvenientes que en otras partes podían parar la marcha del legislador, en España no debían ser tomados en cuenta.»

<sup>171</sup> Exposición de Motivos, de 1861, p. 237: «Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés... No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del Proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.»

<sup>172</sup> Exposición de Motivos de 1861 (p. 236): «La comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador favorecerla, en cuanto alcance. Por esto no

ajena al proceso transmisivo—, y la ponderación ético-jurídica del comportamiento de quienes dilucidan en torno a la publicidad sus intereses en pugna: la negligencia —normalmente— de quien dejó de inscribir y, sobre todo, la buena fe de quien confió en el Registro. Estos elementos bastan para superar las aporias del sistema francés y para colmar sus carencias.

Aporética es en Francia la propiedad relativa del comprador que no inscribe y su coexistencia con la del vendedor que la conserva *erga omnes* hasta poder transmitirla de nuevo derivativamente. No ocurre así en nuestro Derecho. En virtud del sistema de *título y modo*, una vez efectuada la entrega, el vendedor pierde la propiedad de la cosa, que, simultáneamente, es adquirida por el comprador, al obtener éste, con la posesión, el poder inmediato en la misma. Ahora sí puede hablarse realmente de adquisición extra-registral consumada. La transmisión, sin llegar al Registro, tampoco se mueve en el mundo platónico de las ideas ni en el psicológico de las voluntades conformes. La propiedad, adherida a la finca y consistente en el poder inmediato y directo en la misma, es una realidad tan material y tangible como la posesión que la traduce y manifiesta. El comprador al que se hizo la entrega, aunque no haya inscrito, es ya propietario real y efectivo. Y se nos dirá inmediatamente: ¡frente al vendedor, pero no *erga omnes*; al igual, por tanto, que, sin entrega, lo es en Francia! ¿No fue ésta la idea de los autores de nuestra Ley Hipotecaria? <sup>173</sup> ¿No es verdad que sólo la inscripción da oponibilidad *erga omnes* a su derecho?

Es aquí donde se impone matizar con cuidado para evitar que afirmaciones demasiado generales desfiguren las líneas de nuestro sistema. La publicidad registral, al ser manifestación o forma de lo ya existente, y, en razón de ello, al valorarse siempre relativamente desde la posición del tercero que es su concreto destinatario, ni da al derecho ya publicado, ni priva al por publicar, de una oponibilidad *erga omnes* de la que, como derecho real, goza por sí mismo. Es ésta una verdad que, evidente en nuestra legis-

---

contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes...»

<sup>173</sup> Al texto de la Exposición de Motivos recogido en la nota anterior puede añadirse el siguiente (pp. 237-38): «Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

lación hipotecaria desde el primer momento, no pudo quedar oculta a los autores de la Ley: Consiste la publicidad «en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiriera la finca gravada...»<sup>174</sup>. Es sólo frente al tercero de buena fe —frente al tercero desconocedor sin negligencia de la realidad— frente a quien la publicidad se erige en condición o presupuesto de oponibilidad del derecho ya existente y de suyo oponible. Frente al tercero que la conoce, en cambio, la inscripción, practicada u omitida, es irrelevante desde este punto de vista. Siendo ello así, una cosa es clara: que en nuestro Derecho la práctica de la inscripción no es elemento necesario de oponibilidad de los derechos reales, sino vehículo normal u ordinario de la misma. Sin ella, la natural oponibilidad del derecho real se detiene ante el tercero de buena fe; pero, también sin ella, puede oponerse el derecho al tercero que conoce su existencia.

Se nos podría objetar: ¿Pero no se dice a veces en nuestra doctrina que cuando el tercero protegido por el artículo 34 de la LH lleva a cabo la inscripción de su acto adquisitivo es, entonces, cuando por obra de la inscripción, aquí considerada cuasi-constitutiva o sanante, llega a adquirir efectivamente? ¿Y cuando lo hace el comprador preferido por el art. 1473 del CC?<sup>175</sup> No se aviene al tono general del presente planteamiento entrar en el detalle de la significación de la inscripción en estos casos, ni, mucho menos, traer ahora a colación el empeñado problema de la relación entre los artículos 32 (prolongación en la Ley Hipotecaria del art. 1.473 del Código Civil) y 34 LH. Basta a nuestro actual propósito destacar la gran diferencia que separa a nuestra inscripción en tal supuesto respecto de la transcripción francesa que es condición o presupuesto de oponibilidad *erga omnes* del derecho publicado. Mientras en Francia por esta vía se produce una adquisición derivativa, al proceder el derecho adquirido del vendedor que hasta entonces lo conservaba frente al adquirente, en nuestro Derecho se opera una adquisición *a non domino* en la que la inscripción del acto adquisitivo es sólo uno, y no el principal, de sus presupuestos.

<sup>174</sup> Exposición de Motivos, p. 228.

<sup>175</sup> Sin entrar en detalles en este punto, cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, I., «Fuentes del Derecho Hipotecario español», *Estudios...*, I, cit. p. 206, refiriéndose a nuestro Código civil: «Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en la que se le atribuye valor constitutivo, por ejemplo, en el artículo 1.473 que, en caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes haya inscrito en el Registro...»

Es que en nuestro sistema de publicidad, y volvemos con ello al contraste de sus bases configuradoras con las del modelo francés, la inscripción no cuenta tanto como aseguradora *a posteriori* de una irregular adquisición ya celebrada, sino como indicadora privilegiada de la titularidad y legitimación del *causam dans* en una adquisición proyectada. Es ello lo que permite que —a diferencia de lo que ocurre en Francia— entre nosotros no se suscite la distinción entre una publicidad con efecto jurídico-sustantivo y otra con función simplemente informadora: Sea cual sea la naturaleza del mecanismo adquisitivo y el origen de la adquisición, su constancia registral siempre cumple una idéntica función: publicar el derecho ya existente, o, en todo caso, producir en interés de la seguridad del tráfico de buena fe una apariencia del mismo jurídicamente tutelada. Ahora sí que se cumple el fin de la publicidad, sin desnaturalizar su función y sin forzar la esencia del derecho real ni las intrínsecas exigencias de su mecanismo adquisitivo.

Igualmente positivo para nosotros será el resultado de la comparación de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral con el sistema germánico. Dentro de éste, el modelo alemán ha ejercido en nuestra doctrina un ambivalente efecto fascinador cuyos testimonios se siguen produciendo aun después de la denuncia de sus excesos y de la suavización de los mismos en el Código civil suizo. Es significativo que alguien tan convencido de la peculiaridad y calidad de nuestro sistema como Sanz Fernández haya podido decir que «la más perfecta construcción técnica del Derecho inmobiliario es la recogida por el Código civil alemán»<sup>176</sup>. La fascinación, elevada a deslumbramiento, se ha traducido en momentánea ceguera. No es mejor sistema el que para la obtención de un mismo resultado acumula más piezas e introduce mayor complejidad. La valoración comparativa de nuestro sistema es aquí facilísima y su superioridad respecto al alemán resulta diáfana a poco que las cosas se examinen a su propia luz y en su verdadera dimensión. Si el sistema alemán se recomienda por la efectividad de su publicidad positiva, y no tanto, en cambio —en esto la doctrina, española y comparada, es hoy conteste— por su alambicada articulación, el nuestro lo supera al obtener igual efectividad —si no mayor y más aquilatada—, sin necesidad de recurrir para nada a la artificiosa y forzada construcción alemana. Interesa explicarlo.

Pretende el sistema germánico obtener a todo trance la seguridad del tráfico, y, dando fácil ocasión a la crítica, sacrifica a ella la sencillez y agilidad del mecanismo transmisivo<sup>177</sup>. Pretende

<sup>176</sup> SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit. p. 172.

<sup>177</sup> *Vid.* TROPLONG, op. cit., pp. 198-199: «L'avantage de ce droit, c'est la certitude. Son grand inconvénient, c'est le matérialisme. Sans doute, en contractant avec celui que les registres désignent comme propriétaire, on a la satisfaction d'avoir en main la preuve *juris et de jure* qu'on a acquis un droit à l'abri de toute contes-

que sea el Registro el artífice de tal seguridad, y adopta cuantos medios se ofrecen para aproximar realidad y Registro y para reducir a éste al máximo de claridad y brevedad posibles. Sabemos en qué se traduce una tal opción de fin y elección de medios: En el desdoblamiento entre el contrato de finalidad transmisiva y el acuerdo traslativo, y en la independización de éste respecto de aquél; en la elevación de la inscripción a elemento constitutivo de las adquisiciones negociales *inter vivos*, de tal forma que lo no inscrito no es que no sea oponible a terceros, sino que radicalmente no existe; y, finalmente, en el sometimiento de los derechos reales a un rígido *numerus clausus* que al mismo tiempo que impone la fidelidad al tipo, uniformando los derechos que entran en el tráfico inmobiliario <sup>178</sup>, facilita la sencillez instrumental del Registro.

Es ir demasiado lejos amontonando expedientes innecesarios al fin pretendido, haciendo violencia en la realidad, desfigurando la publicidad registral, y desenfocando el requisito de la buena fe en quien a ella se acoge.

Amontonar expedientes es adoptar el sistema de la transmisión abstracta y atender simultáneamente a la buena fe del adquirente. Se entiende que el buen sentido imponga la necesidad de ésta última como límite a la protección del tráfico <sup>179</sup>; pero, atendida

---

tation. Mais cette certitude, a laquelle, du reste, on peut arriver aussi dans d'autres systèmes moins absolus et plus simples, cette certitude, dis-je, est obtenue souvent aux dépens de la justice, et toujours aux dépens de la facilité et de la promptitude des affaires. Pour en faire jouir les transactions, il faut faire peser sur la propriété et sur le crédit un formalisme accablant, dont il nous serait impossible de nous accommoder en France... Et puis, quelle lenteur! quelle entrave apportée aux conventions des particuliers!...» FERRI, op. cit., p. 7: «Ci sembra che in quei paesi, il legislatore non si sia preoccupato di agevolare il commercio immobiliare, ma piuttosto di frenarlo e ciò allo scopo di cristallizzare le situazioni costituite e di proteggere i patrimoni. Tutto questo è il frutto d'una mentalità conservatrice, paternalistica, che non ci sembra possa costituire un progresso rispetto ai sistemi di tipo franco-italiano, per lo meno se si intende per progresso quello che si attua nell'adozione di forme sempre più libere. Per rendersi conto della pesantezza del sistema tedesco, basta aver presente la serie di negozi ed atti giuridici che bisogna compiere per giungere al risultato del trasferimento della proprietà...»

<sup>178</sup> BAUR, op. cit., p. 4: «Wer das Eigentum an einem Gegenstand erwirbt, wenn eine Hypothek bestellt oder abgetreten wird, wem der Nießbrauch an einem Grundstück eingeräumt wird, muß wissen, was er "erwirbt". Es würde den Rechtsverkehr, das Kreditgeschäft usw. beeinträchtigen, wenn jedesmal auf die "Quellen" des Rechts —also etwa auf den Hypothekenbestellungsvertrag— zurückgegangen werden müßte, um die Befugnisse des Erwerbers, Pfandgläubigers usw. schon in ihren Umrissen zu erkennen. Auch die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs erfordern also die *Typenbeschränkung* und den *typisierten Inhalt* der Rechte an Sachgutern.»

<sup>179</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit. p. 108: «Si las leyes hipotecarias se proponen como fin especial la seguridad y rapidez de las transacciones sobre inmuebles, no puede olvidarse que la inscripción es un medio de expropiación y un arma de dos filos que

la buena fe, el artificio de la abstracción resulta ya redundante y, en nuestra opinión, contradictorio. En efecto, adquisición abstracta y protección del adquirente de buena fe son instrumentos tendentes a un mismo fin, pero de inspiración diferente. O la seguridad del tráfico se obtiene por la abstracción, en cuyo caso el conocimiento (mala fe) de los vicios o defectos del contrato obligacional —los únicos que la abstracción puede salvar— nada cuenta<sup>180</sup>, o bien, en evitación de una protección tan ciega y repugnante a la conciencia jurídica, se matiza la protección atendiendo a la buena fe del adquirente, y en tal caso la misma invocación de la buena fe implica la existencia de un fallo o defecto en el proceso adquisitivo (¡aquel que la abstracción evitaría por sí misma!) de cuyas resultas se salva al tercero que lo desconoce sin tacha de negligencia. Dicho más brevemente: la abstracción pretende de un plumazo eliminar el defecto; la buena fe libera de sus consecuencias al tercero que no pudo detectarlo. En nuestra opinión, la simple protección de la buena fe basada en la apariencia jurídica logra por sí misma y con destacadas ventajas la finalidad aseguradora de la abstracción: lo hace más matizada y éticamente, pues destaca y pone en su justo lugar el dato fundamental de la buena fe; y lo hace más extensamente, pues al prescindir del artificioso acuerdo traslativo autónomo elimina de raíz los posibles vicios del mismo, respecto de los cuales no inmuniza al adquirente el mecanismo de la abstracción<sup>181</sup>. No es necesario insistir más en

---

sacrifica el titular actual al futuro adquirente. Esta norma, aceptable cuando el protegido ha confiado en las declaraciones del Registro, resultaría desmoralizadora y contraproducente si se aplicase a las adquisiciones de mala fe.»

<sup>180</sup> STAUDINGER-ERTL, ad § 873 Rz 86: «Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuch kann ihnen nur entgegengehalten werden, wenn sie wissen, daß die Einigung nichtig war, während die Kenntnis der Unwirksamkeit des Gundgeschäfts allein wegen des grundsätzlich geltenden Abstraktionsprinzips nicht genügt». GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., op. ant. cit., pp. 109-110: «El conocimiento de acciones personales cuyo ejercicio pueda provocar una inscripción o cancelación, o de actos otorgados por el titular que engendren obligaciones, no perjudica al adquirente, aunque unas y otras sean incompatibles con el derecho adquirido». *Id.*, «El Código civil suizo», *Estudios*, I, pp. 161-162: «Algo más rígido que el Código civil alemán, el suizo declara que no puede acogerse a los beneficios de la fe pública del Registro, quien ha dejado de hacer las investigaciones que se le pueden exigir en vista de las circunstancias. El conocimiento de los compromisos personales del constituyente no sirve para cualificar la adquisición. Se considerará de buena fe al adquirente que tenga noticias de la venta anterior, del legado que grava al inmueble enajenado por el heredero como libre de cargas, de la hipoteca constituida con anterioridad, etc. Cualesquiera que sean las diferencias de formulación, vuelve el principio director a los cauces germánicos.» LACRUZ-SANCHO, op. cit. (1984), p. 30: «Como en Alemania la inscripción en el Registro es un requisito integrante de la transmisión de la propiedad, el conocimiento de las relaciones obligacionales anteriores a dicha transmisión no supone mala fe.»

<sup>181</sup> Cfr. BAUR, op. cit., p. 43: «Wir hatten schon oben erörtert, daß auf dingliche Rechtsgeschäft grundsätzlich die Regeln des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte und Verträge Anwendung finden. Diese Anwendung kann im konkreten Fall zu

ello: la transmisión abstracta constituye en la actualidad una técnica desprestigiada y en retroceso, como lo demuestran los múltiples expedientes hoy propuestos en la doctrina alemana para reconstruir esa unidad que nunca debió romperse entre el contrato de finalidad traslativa y el acto de transmisión que le da cumplimiento <sup>182</sup>.

Por otra parte, es desnaturalizar la esencia de la publicidad elevar la inscripción a elemento constitutivo de la adquisición. No han desaprovechado los partidarios del sistema latino la ocasión para decir que la publicidad en Alemania no es institución de terceros, ya que su virtualidad no se orienta ni se limita a ellos, sino que se traduce inmediatamente en la producción de la mutación jurídico-real en la misma relación *inter partes* <sup>183</sup>. Desde

---

einer Durchbrechung des Abstraktionsgrundsatzes führen, weil *auch* das abstrakte dingliche Geschäft zu Fall kommt». Sobre la ineficacia del acuerdo real-abstracto (*Einigung*) y su influjo invalidante de la adquisición, cfr. STAUDINGER-ERTL: ad § 873 Rz 80 (b) y 82.

<sup>182</sup> Cfr. WOLFF-RAISER, *op. cit.*, p. 229: «El contrato real puede despojarse de su naturaleza abstracta si las partes elevan la validez del negocio causal a *condición (conditio in praesens collata)* del negocio real. Pero ello no es posible en aquellos contratos reales que no toleran condición alguna (por ejemplo, la transmisión de la finca, § 925 ap. 2).» Con más detalle, STAUDINGER-ERTL, *op. cit.*, ad § 873 Rz 85, donde se enumeran los límites al mecanismo de la abstracción: *a)* Gesetzliche “Fehleridentität”, *b)* Vereinbarung eines “Bedingungszusammenhanges”, y *c)* Die Konstruktion der “Geschäftseinheit” von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Acerca de esta última, Rz 97, donde se evidencian los esfuerzos por superar la abstracción y las dificultades a los mismos en el sistema legal que de ella hace gala como característica peculiaridad: «Bei Geschäftseinheit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft führt nach verbreiteter Auffassung in Rspr (BGHZ 31, 321; BAG NIW 1967, 751; OLG Celle OLGZ 1974, 170) und Schrifrtum (WESTERMANN § 4 IV 3; WOLFF-RAISER § 38 II; PALANDT-HEINRISCHS § 139 Anm 3 b) im Zweifel die Nichtigkeit des einen Geschäft zur *Gesamtnichtigkeit des ganzen als Einheit gewollten Geschäft* (§ 139). Zweifelhaft ist (auch unter der Vertretern dieser Meinung), welche Voraussetzungen für die Annahme einer Geschäftseinheit erforderlich sind Eine rechtliche Abhängigkeit des einen Geschäft vom andern soll dafür ausreichen, ein bloßer wirtschaftlicher Zusammenhang nicht (BGHZ 31, 323)... Aus Gründen der Sicherheit des Grundstückverkehrs, wegen der unlosbaren Abgrenzungsschwierigkeiten und mangels eines praktischen Bedürfnisses (Bedingungszusammenhang genügt) ist die *Rechtskonstruktion der “Geschäftseinheit” abzulehnen* (ebenso STAUDINGER-DILCHER § 139 Rz 19; SOERGEL-HEFERMEHL § 139 Rz 18; MünchKommMAYER-MALY § 139 Rz 13; LARENZ AT § 23 II a; JAUERNIG § 139 aNM 2B)». Es que —Rz 8S— «Die Abstraktion ist ein trotz der nie verstummenden Kritik gerade im Liegenschaftsrecht bewährtes Prinzip, das zu den Eigenarten des deutschen bürgerlichen Rechts gehört. También, BAUR, *op. cit.*, pags. 43-45.

<sup>183</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 7: «Nei sistemi di tipo germanico, lo scopo che il legislatore si pone nello stabilire le norme sul *Grundbuch* non è, per lo meno principalmente, rappresentato dalla tutela dei terzi.

E assurdo pensare che il legislatore voglia assicurare principalmente questa tutela, quando predispone dei mezzi che vanno molto al di là del fine stesso e cioè quando pone la registrazione come requisito di efficacia del mutamento giuridico anche tra le parti. Ci sembra che in quei paesi, il legislatore non si sia preoccupato di agevolare il commercio immobiliare, ma piuttosto di frenarlo e ciò allo scopo di

luego la publicidad debe entenderse dirigida *natura sua* a los terceros: las partes no la necesitan para conocer lo que ellas mismas han llevado a efecto. Claro está que en favor de la inscripción constitutiva se ha alegado el evidente paralelo entre publicidad y posesión, y, por tanto, la posibilidad de sustituir ésta por aquélla, desde la filosofía de la teoría del título y el modo, en la transmisión inmobiliaria<sup>184</sup>. Pero frente a esta alegación hay que distinguir, porque la posesión realiza, por sí misma y naturalmente, una duplicidad de funciones, de las cuales sólo una, exclusiva de la posesión y ajena, de suyo, a la publicidad, es la que la convierte en exigencia indispensable o constitutiva de la adquisición del derecho real. Nos referimos, obviamente, al significado de la posesión como realizadora de la intermediación del poder del titular *en la cosa*, y a su función exteriorizadora *erga omnes* de dicho poder. La posesión es intrínsecamente necesaria para la adquisición del derecho real, mobiliario o inmobiliario, porque sin ella no se da la intermediación del poder que caracteriza a tal derecho. No ocurre igual, desde este punto de vista, con la publicidad, que, sin implicar por sí misma intermediación de poder, se limita a cumplir artificialmente la función manifestadora que la posesión desempeña naturalmente. En relación con los bienes muebles, como es bien sabido, la posesión cumple, ella sola, las dos funciones indicadas: marca el inicio del derecho *en la cosa*, y, desde entonces, manifiesta *erga omnes su* existencia. En relación con los inmuebles se considera que la posesión pierde gran parte de su elocuencia manifestadora<sup>185</sup>, y, siendo aquí más hacedera la publici-

---

cristallizzare le situazioni costituite e di proteggere i patrimoni. Tutto questo è il frutto d'una mentalità conservatrice, paternalistica, che non ci sembra possa costituire un progresso rispetto ai sistemi di tipo francoitaliano, per lo meno se si intende per progresso quello che si attua nell'adozione di forme sempre più libere.»

<sup>184</sup> STAUDINGER-ERTL ad § 873 Rz 4: «Die Parallele dazu ist im Recht der beweglichen Sachen geltende Grundsatz von Einigung und Übergabe der Sache (§ 929).» Sobre el paralelo entre posesión y Registro, glosando la Exposición de Motivos del Código civil suizo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «El Código Civil suizo», *Estudios...*, I, pp. 152-156, esp. 153: «En su consecuencia, el articulado adopta la posesión como la base normal de la adquisición, transmisión, prescripción, constitución de prenda o establecimiento de usufructo sobre muebles, mientras fundamenta en el Registro (*Grundbuch*) el régimen de los derechos reales inmobiliarios; y lo mismo que a la posesión de aquéllos une presuntivamente la existencia del derecho correspondiente y los efectos de la buena fe, liga a la inscripción análogas consecuencias por lo que toca a las fincas.»

<sup>185</sup> Cfr., de nuevo en relación con el Código civil suizo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, loc. ant. cit., pp. 152-153: «Surge una distinción inevitable, nos dice la *Exposición de Motivos* del Anteproyecto, según la naturaleza misma de las cosas, entre las reglas adecuadas a los muebles y las que están destinadas a los inmuebles. En materia de transacciones mobiliarias, puede uno contentarse con admitir el poder de hecho, la potestad exterior sobre las cosas, la posesión, como la forma única de la manifestación de un derecho real. Siendo el poseedor el dueño de la cosa, está autorizado para obrar como tal respecto a cualquier tercero de buena fe, sin que



dad registral, se confía al Registro la función de hacer *artificialmente* cognoscibles por todos las situaciones jurídicas existentes. He aquí cómo en este aspecto, pero sólo en él, la publicidad suple a la posesión; pero es, justamente, el aspecto que, por sí solo, no da razón, ni aun en la posesión, de la mutación jurídico-real: ésta se produce cuando se adquiere el poder inmediato *en* la cosa, que naturalmente es secuela de la adquisición de su posesión. La posesión es elemento intrínseco de la adquisición del derecho real; desde que ella se produce la mutación se ha producido, obviamente *inter partes*, pero también frente a quienes, por ella o sin ella, tengan conocimiento de la transmisión. No puede decirse lo mismo de la publicidad registral, que, orientada a manifestar a terceros lo ya ocurrido *inter partes*, ni implica por sí sola ni produce ella misma la intermediación del poder que caracteriza al derecho real. Sin posesión no hay derecho real; sin publicidad puede haberlo. Convertir a la inscripción en constitutiva de la adquisición es, por ello y según decíamos, desnaturalizar su función.

Desnaturalización que tampoco se justifica en el intento de acercar realidad y Registro evitando la posibilidad de derechos existentes y no inscritos. Acaso podría tomarse en consideración tal conveniencia si fuera ésta la única fuente posible de inexactitudes registrales; pero, no siéndolo <sup>186</sup>, siendo éstas tan distintas y

---

este último pueda sufrir ningún daño. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los bienes inmuebles en los que la posesión no puede tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. ¿Qué significa ocupar un inmueble, habitar una casa, en comparación con la onnipotencia del poseedor de una cosa mueble? Este puede enajenarla, abandonarla, transformarla, destruirla, mientras que el poseedor del inmueble puede tan sólo gozarlo o excluir a otro o quizá modificar la superficie de la finca poseída. Así, tiene distinto valor, según se trate de inmuebles o muebles, la circunstancia de que la posesión o el goce virtual no puede ser expresado completamente por medio de una ficción, y si la idea de la manifestación exterior de los derechos reales ha de ser consagrada, esto no es realizable más que instituyendo formas especiales por las cuales los derechos reales sobre los inmuebles pueden ser percibidos por los sentidos. Dichas formas son entonces constitutivas del derecho. Quien se aprovecha de ellas puede ser considerado, por cualquier tercero de buena fe, como titular verdadero del derecho. Las formas inmobiliarias consistirán en actos emanados de una autoridad pública, en signos colocados en el inmueble mismo o en una inscripción sobre los Registros oficiales. Tendrán siempre una doble finalidad; por de pronto, la constitución del derecho real sobre el inmueble; después, su manifestación general y cierta.»

<sup>186</sup> BAUR, op. cit., p. 123: «... schon die Beschränkung des zwingenden Eintragungsgrundsatzes auf *rechtsgeschäftliche* Rechtsänderungen bringt die Gefahr eines Auseinanderklaffens zwischen wahrer Rechtslage und Grundbuchstand mit sich». Para una panorámica, no completa, de las posibles causas de inexactitud registral en el Derecho alemán, *vid.* el mismo BAUR, *ib.*, pp. 154-155. En nuestra doctrina, ROCA SASTRE, op. cit., p. 59: «En las adquisiciones por negocio jurídico, por ser la inscripción un factor indispensable para que la mutación se produzca, la

variadas, el intento de cortar por aquí forzando las cosas se manifiesta un conato inadecuado y frustrado.

Ni debe silenciarse en este momento la duplicidad introducida en la inscripción al elevar a constitutiva la de las adquisiciones negociales *inter vivos*. Como quiera que las demás se producen sin necesidad de inscripción, vendrá a ocurrir en Alemania lo que, con signo y valor diferente, ya denunciarnos en su momento al hacer la crítica del modelo francés: la atribución a un mismo dato —el de la publicidad registral— de un doble valor que no se aviene bien a la identidad de naturaleza y función que en principio y de suyo le corresponde y que no permite ser llevado a sus últimas consecuencias sin quiebra de la justicia material e intuitiva.<sup>187</sup>

Negativa nos parece también en el sistema germánico la adopción del criterio del *numerus clausus*, por injustificadamente limitadora de la libertad con la que los particulares podrían adaptar a sus necesidades e intereses las distintas figuras de los derechos reales, por violentadora de la realidad, y por innecesaria al fin de la claridad del Registro. Sin tener que recurrir al rígido sistema del encasillado alemán, ni a la toma de razón a través del acuerdo real o del consentimiento a la inscripción, desnudo de cualquier indicación o referencia causal, nuestro sistema registral logra conjugar la sencillez y claridad del Registro con el respeto a la libertad de los particulares a través de la inscripción del título adquisitivo compendiada en sus aspectos jurídico-reales. Es una opción intermedia entre la transcripción latina del íntegro documento y el excesivo esquematismo germánico, que, adaptándose a las

---

inexactitud sólo puede tener lugar excepcionalmente por nulidad del acuerdo real. Pero en las adquisiciones no derivadas de negocio jurídico es más probable la inexactitud del Registro. Esto aparte de las posibles equivocaciones del personal de los Registros».

<sup>187</sup> Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, cit. pp. 102-103: «... es preciso distinguir dos modalidades bien caracterizadas de la inscripción: la *constitutiva* y la *declarativa*. La inscripción *constitutiva* perfecciona la transferencia, constitución o modificación de un derecho, cuya causa jurídica inmediata es un acuerdo de transferente y adquirente, previa o no una obligación contractual (venta, permuta, hipoteca, etc.), mientras la *declarativa* autentica *erga omnes* un cambio jurídico que ha tenido lugar fuera del Registro (herencia, régimen económico matrimonial, subasta, etc.).

... En el segundo supuesto (inscripción declarativa) cuando el fenómeno extra-hipotecario se produce, queda roto el paralelismo del Registro con la realidad, surge la inexactitud en los libros y se caracteriza el procedimiento de inscripción como rectificatorio.

Consecuencia natural de estas premisas es que, para destruir un derecho real, se necesita una causa extintiva y la cancelación hipotecaria, mas como la extinción realizada fuera del Registro se impone a la conciencia jurídica con fuerza incontrastable, la técnica admite que todos los supuestos de cancelación son verdaderos casos de rectificación. Pagada la deuda hipotecaria, por ejemplo, se considera equivocado el Registro, y si cae en quiebra el acreedor, no formará parte de la masa el crédito hipotecario todavía no cancelado.»

necesidades impuestas por la realidad, permite hacer del Registro el exponente claro y *suficiente* de las situaciones jurídicas inmobiliarias. También aquí la comparación nos es favorable: apurar tanto en la reducción simplificadora de los asientos registrales termina por hacer saltar el valor informador de los mismos, obligando a la consulta complementaria de los llamados «documentos justificativos»<sup>188</sup>. La rigidez excesiva termina por hacer inviable el sistema.

Bastan las anteriores indicaciones para cerrar el balance de la comparación de nuestro sistema con los modelos latino y germánico. El saldo nos es netamente favorable. Nuestra Ley Hipotecaria, creando un mecanismo de publicidad en el que el Registro se concibe como generador de una apariencia jurídica protegible, supo lograr una protección del tráfico de buena fe, no inferior a la conseguida hoy en Alemania, y ello sin ralentizar ni sobrecargar el proceso adquisitivo, sin separar artificialmente la entrega o *traditio* de su causa, sin sofocar la libertad de los particulares en cuanto a las posibilidades configuradoras de los derechos reales, y, finalmente, sin dislocar el valor de la inscripción, que siempre se entiende como instrumento de publicidad de un derecho ya nacido extra-registralmente y de acuerdo con los principios rectores de su constitución natural<sup>189</sup>. Es la ventaja de haber sabido poner cada cosa en su sitio. En su sitio el derecho real como poder inmediato *en* la cosa, nacido de la entrega que da cumplimiento a un contrato que al igual que puede transmitirlo puede libremente configurarlo. Y en su sitio la publicidad registral, sólo

---

<sup>188</sup> Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit. p. 389: «Nuestro sistema no admite las referencias a documentos con la amplitud de los Códigos alemán y suizo. En ambos el encasillado de los libros exige la extensión de brevísimos asientos o esquemáticas indicaciones, cuyo desenvolvimiento ha de buscarse en los documentos archivados.» SERRANO SERRANO, op. cit. (núm. 17), p. 70: «D) Documentos justificativos (Belege). Son, dentro de la ordenación del Registro, de una grandísima importancia. Sirven a tres finalidades diferentes: como justificación a la petición de inscripción, pues ésta no se hace efectiva si no va acompañada de los documentos justificativos necesarios; sirven como justificante de la inscripción en el libro mayor, en el caso de que ésta sea atacada por una acción de rectificación, y sirven, en fin, como complemento de los datos contenidos en la inscripción, dentro de los límites marcados por ésta y en cuanto no la contradigan. Esta última finalidad se hace necesaria para despojar al libro mayor de una serie de detalles que perjudicarían su claridad.»

<sup>189</sup> Sabido es que hoy nuestra doctrina, a partir sobre todo del art. 1875 CC, considera constitutiva la inscripción de la hipoteca así como la de algún que otro derecho real. No ocurría así en la Ley Hipotecaria de 1861, ni es hoy coherente con nuestro sistema la admisión de una tal inscripción constitutiva. Hacemos remisión en este punto a nuestro trabajo: *Hipoteca voluntaria: El «iter» de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, «Academia Sevillana del Notariado», IV, Madrid 1991, pp. 319 ss., posteriormente condensado bajo el título «*Excerpta*» en *tema de constitución de hipoteca voluntaria*, en los «Estudios LACRUZ», Barcelona, 1992, pp., 427 ss.

publicidad del derecho real y siempre publicidad en condiciones de fiabilidad que justifican la protección del tercero que en ella confía. No trataba la instauración del Registro de remover los fundamentos del Derecho de Cosas; intentaba sólo asegurar jurídicamente el tráfico inmobiliario. Y podemos reconocer con legítima satisfacción que en nuestro Derecho se acertó cumplidamente en el logro de la meta propuesta. Nuestra Ley Hipotecaria, respetando, como la ley francesa de la transcripción, el causalismo transmisivo, pero sin exagerar en su espiritualización, y manteniendo el sistema del título y el modo, consiguió una eficacia aseguradora del tráfico desconocida en el Derecho francés y no inferior a la propia del sistema germánico, aunque sin por ello manipular, entorpecer ni alambicar el proceso adquisitivo, y sin reducir el derecho real en la camisa de fuerza del *numerus clausus*.

Ahora sí podemos retomar las palabras de don Jerónimo González: «nacional y moderno... sin dejarse arrastrar por teorías utópicas, conservador y progresivo, germánico en el fondo y latino en la forma, de técnica maravillosa, moralizador y social»<sup>190</sup>. ¿Quién que las leyera fuera de contexto podría pensar que tales elogios se refieren al sistema suizo? Cuadran con mayor razón y justicia a nuestro peculiar Derecho Inmobiliario Registral.

---

<sup>190</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. El Código civil suizo», *Estudios...*, I, pp. 151-152.



# PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD \*

JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO

Catedrático de Derecho civil

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA.—III. PÉRDIDA VOLUNTARIA. 1. Por adquisición voluntaria de otra nacionalidad. 2. Por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera. 3. Por renuncia. 4. Inscripción en el Registro.—IV. PÉRDIDA COMO PENA. 1. Cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales. 2. Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.—V. NULIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DECLARADA EN SENTENCIA JUDICIAL.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La nacionalidad o pertenencia de una persona a un Estado determinado no es un vínculo perpetuo e indisoluble. Existen varias causas, sobre las que suelen coincidir la mayoría de las legislaciones, por las que se pierde la nacionalidad.

La condición de nacional se puede perder de un modo voluntario (adquisición voluntaria de otra nacionalidad) o de un modo forzoso (como sanción o pena en determinados supuestos excepcionales), por lo que correlativamente a la pérdida de una nacionalidad se puede producir la adquisición de otra nueva y distinta o bien una situación de apatridia.

---

\* Este estudio forma parte de otro más amplio denominado «*Nacionalidad y emigración*», el cual ha sido aprobado y financiado por la Xunta de Galicia para el bienio 1993-94.

No obstante, conviene resaltar que esta figura de la pérdida pone de relieve el error en que incurre la teoría que considera la nacionalidad como un vínculo de naturaleza contractual, pues viene a demostrar que la voluntad del Estado y la del individuo no se encuentran en pie de igualdad en cuanto a la ruptura del vínculo. Basta fijarse, como señala Miaja<sup>1</sup>, en que «la voluntad del individuo sólo puede romper el vínculo nacional cuando se manifiesta en forma —expresa, tácita o presunta— a la que las leyes del Estado a que pertenece atribuyen el efecto de desligarle de su nacionalidad. En cambio, el Estado puede, de una manera unilateral, sin contar con la voluntad de sus nacionales, y a veces contra esta voluntad, privarlos de su nacionalidad»<sup>2</sup>. Eso sí, conviene advertir que, en el ejercicio de esta facultad, el legislador debe ser consciente de que la pérdida de la nacionalidad puede ser útil en cuanto se reducen los conflictos positivos de nacionalidades, pero también puede ser perjudicial en cuanto que se multiplican los casos de apatridia. Por ello hay que señalar, desde este momento, que en España esta posibilidad de ruptura unilateral por parte del Estado ha sido radicalmente restringida en virtud del vigente texto constitucional, limitándola a los españoles que no lo sean de origen<sup>3</sup>.

Ahora bien, considero importante la puntualización que hace Paz Agüeras<sup>4</sup> respecto a la aplicación de la pérdida de la nacionalidad como sanción o pena. Como dice este autor, «si bien no pueden existir trabas para privar de su nacionalidad a españoles naturalizados cuando por su conducta dolosa incurrieran en cualquiera de las causas que señala el artículo 24 (hoy art. 25), debería entenderse que esta pérdida sólo podría producirse en el caso de que el sujeto pasivo recuperara su nacionalidad o adquiriera otra. Si, por el contrario, el sancionado quedara en una situación de apatridia, la ejecución de la pena podría considerarse una violación de sus derechos civiles básicos, ya que *toda persona tiene derecho a una nacionalidad*, según establece el artículo 15.1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada por España». Y no cabe argumentar que, si se acepta este criterio, el Estado estaría indefenso ante determinadas conductas de sus nacionales, ya que hay otras formas de sancionar tales comportamientos.

<sup>1</sup> *Derecho Internacional privado*, t. II (parte especial), 7.ª ed., p. 66.

<sup>2</sup> Portugal ha erradicado la figura de la privación de la nacionalidad. Según el artículo 8 de la Ley de 3 de octubre de 1981, únicamente *pierden la nacionalidad portuguesa los que, siendo nacionales de otro Estado, declaren que no quieren ser portugueses* (cfr. también el artículo 21 del Decreto-ley de 12 de agosto de 1982). *Vid.*, MOURA RAMOS, *Do Direito português da nacionalidade*, Coimbra, 1984, pp. 177 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. art. 11.2, C.

<sup>4</sup> *Comentarios a la nueva Ley de nacionalidad*, Madrid, 1984, pp. 60-61.

## II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICO-LEGISLATIVA

La nacionalidad española, según la redacción primitiva del Código civil <sup>5</sup>, se perdía por cuatro tipos de causas: *a)* por adquisición voluntaria de otra nacionalidad; *b)* por la dependencia familiar: el hijo que se encontraba sometido a la patria potestad y la mujer casada, que seguían la condición de su padre o marido; *c)* por no declarar la voluntad de conservar la nacionalidad al Agente diplomático o consular español en el supuesto del antiguo artículo 26: caso del español que trasladaba su domicilio a un país extranjero donde, sin más circunstancia que la de su residencia en él, era considerado como natural, y *d)*, por otras razones, a título de pena.

La regulación del Código civil sobre pérdida de la nacionalidad, reformada por la Ley de 15 de junio de 1954, era prácticamente la misma que la de la redacción originaria de 1889, si bien esta Ley de reforma ponía de manifiesto el propósito de perfeccionar el texto primitivo, a la vez que regulaba con mayor prolijidad los motivos de pérdida, distinguiendo los que tenían por base un acto de voluntad dirigido a la adquisición de una nacionalidad extranjera, de aquellos otros en los que la pérdida era una consecuencia de determinadas situaciones jurídicas de orden civil o penal; y, aunque mantenía el principio tradicional de la unidad jurídica de la familia tanto en el régimen de la adquisición como en el de la pérdida de la nacionalidad, rectificó «el exagerado automatismo del Código civil, tan propenso a facilitar la situación de apátrida» <sup>6</sup>. Asimismo, procede señalar que esta Ley de 1954 introdujo como causa autónoma de pérdida de la nacionalidad, lo que constituía en ese momento una novedad, el supuesto de aquellos que «por sentencia firme sean condenados a la pérdida de la nacionalidad española conforme a lo establecido en las leyes penales» <sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Arts. 18, 20 y 22.

<sup>6</sup> Son palabras de la Exposición de Motivos de esta Ley de reforma.

<sup>7</sup> El más inmediato precedente de esta disposición, aunque con carácter gubernativo, se encuentra en la Ley de «delitos monetarios» de 24 de noviembre de 1938; esta ley, en su artículo 9, disponía que en los casos de notoria importancia de las infracciones, en que por rebeldía voluntaria del inculpado no pudieran hacerse efectivas las sanciones impuestas, el Gobierno podrá acordar la privación de la nacionalidad española. Posteriormente, la Ley de 13 de febrero de 1939, llamada de «responsabilidades políticas», en el artículo 9, facultaba a los Tribunales para proponer al Gobierno la pérdida de la nacionalidad española en aquellos casos excepcionales en que los hechos realizados por el inculpado revistieran una gravedad extraordinaria. Esta Ley fue derogada, al darse por cumplida su finalidad, por Decreto de 13 de abril de 1945. La Ley de Bases para el Código penal de 14 de julio de 1944 ordenaba su inclusión: «Se añadirá como pena grave la pérdida de la cualidad de español, aplicable a los naturalizados y para los delitos sancionados en el título I del libro II del Código penal». Disposición desarrollada por el Código penal en los artículos 34 y



Igual que para la adquisición y conservación, el artículo 11, párrafo 1.º, de la Constitución de 1978 dice que la nacionalidad española «se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley»<sup>8</sup>. Si esto resulta obvio, no lo es, en cambio, que el párrafo segundo de este precepto constitucional declare que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad». Y de estas dos normas se deriva una doble consecuencia: a) que para saber cuándo se pierde o por qué causas la nacionalidad española habrá que acudir, y no podía ser de otro modo, a la ley civil o penal; b) que hay dos clases de españoles: de origen y los que no lo son de origen, los primeros no pueden ser privados de su nacionalidad en virtud de una sanción penal<sup>9</sup>, que al estar expresamente prohibida por la Constitución queda limitada a los españoles que no lo sean de origen, pero sí pueden perderla voluntariamente. Es decir, conforme a nuestro texto constitucional, la posibilidad de «desnacionalización» está excuida; en cambio, la «desnaturalización» está permitida y puede ser objeto de regulación por el legislador ordinario. Por ello, era un efecto obligado la reforma de la pérdida de la nacionalidad, estableciendo sus causas y limitando la pérdida por sanción a los españoles que no lo sean de origen.

La Ley de 13 de julio de 1982 acometió, una vez más, la reforma de la nacionalidad y, por lo que se refiere a la pérdida, ofrecía tres importantes novedades con respecto a la normativa anterior:

1.ª Abandona el tradicional principio de unidad jurídica de la familia, adoptando el criterio general de que la pérdida de la nacionalidad se basa en la voluntad del interesado de adquirir otra; y, como consecuencia, desaparece la pérdida automática de la nacionalidad por razón de dependencia familiar. Según el artículo 25 (versión de esta ley), «no perderá el hijo la nacionalidad española por quedar sujeto a la patria potestad de un extranjero o porque quienes la ejercen pierdan dicha nacionalidad». Aquí se manifestaba lo que Díez-Picazo<sup>10</sup> denominó «desvanecimiento de la conexión entre nacionalidad y patria potestad». Y si bien esto era congruente con lo dispuesto en el artículo 11.2, de la Constitución, no lo era, en cambio, desde la perspectiva de los resul-

---

141, a los que se remitía el artículo 20 del Fuero de los Españoles. Estos artículos fueron reproducidos en el texto revisado de 1963. Esta sanción era solamente aplicable a los extranjeros naturalizados, y por los delitos contra la seguridad exterior del Estado.

<sup>8</sup> De esta afirmación cabe extraer la conclusión de que no hay más causas de pérdida de la nacionalidad española que las expresamente previstas en los artículos 24 y 25 del CC; y que, dado este carácter taxativo (*numerus clausus*), no es posible la interpretación extensiva, ni la aplicación de la analogía.

<sup>9</sup> Cfr. art. 23, núm. 2, del CC, derogado, procedente de la Ley de 1954.

<sup>10</sup> «El principio de unidad jurídica de la familia y la nacionalidad», *ADC*, 1983, p. 699.

tados prácticos a los que conducía; obsérvese que si una familia, formada por los padres y cuatro hijos, tres de éstos mayores de edad y el cuarto menor, se naturalizaba en otro país, solamente conservaría la nacionalidad española el hijo menor de edad, probablemente el que menos vinculación o ninguna tenía con España.

No se pronunciaba, al no ser necesario una vez proclamada la igualdad de hombre y mujer en el artículo 32 de la Constitución, sobre la antigua pérdida de la nacionalidad de la mujer casada cuando la perdiera su marido. Supuesto que ya había desaparecido con la Ley de reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975, que sustituyó el principio de unidad familiar de los cónyuges por el de no incidencia del matrimonio en la nacionalidad<sup>11</sup>; por lo que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, una española de nacimiento, casada con un extranjero, no tenía por qué ser necesariamente extranjera, aunque podría serlo si voluntariamente hubiere optado por la nacionalidad de su marido y le fuese concedida por la legislación del país de éste; o cuando un español casado, adquiría otra nacionalidad, su mujer no le seguía automáticamente en el cambio, sino que continuaba siendo española.

2.<sup>a</sup> La pérdida de la nacionalidad en virtud de una sanción penal solamente afectaba a los españoles que no lo eran de origen<sup>12</sup>; y, por lo tanto, ningún español de origen perdía la nacionalidad española, salvo que voluntariamente adquiriese otra.

3.<sup>a</sup> No se exigía, para que se produjera la pérdida de la nacionalidad, que el varón no estuviese sujeto al servicio militar español en período activo<sup>13</sup>. No obstante, el no cumplimiento del servicio militar español o la prestación social sustitutoria reaparece en la recuperación de la nacionalidad<sup>14</sup>.

Ahora bien, como el artículo 23 del Código civil, básico dentro de los que la Ley de 1982 dedicaba a la pérdida de la nacionalidad, planteaba graves dificultades prácticas, con la intención de resolverlas, además de otras cuestiones, se dicta la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1983.

---

<sup>11</sup> Cfr. art. 21 del CC, según redacción de esta Ley. *Vid.* DE ÁNGEL, *Comentarios a las reformas del Código civil* (El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975), vol. II, Madrid, 1977, pp. 838 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. art 24 del CC, según redacción de la Ley de 1982.

<sup>13</sup> Esta exigencia y la de que España no se halle en guerra, actualmente vigente, eran tradicionalmente englobadas por la doctrina dentro de la frase «ausencia de condiciones inoportunas».

<sup>14</sup> Según el artículo 26 (redacción de la Ley de 1982), para los que hayan perdido la nacionalidad siendo mayores de catorce años sin haber cumplido en España el servicio militar o la prestación social sustitutoria, se exige la habilitación previa concedida discrecionalmente por el Gobierno. Con ello se pretende evitar que aquellas personas que tienen doble nacionalidad puedan renunciar a la nacionalidad española con la finalidad de no cumplir el servicio militar y, más tarde, recuperarla.

La regulación positiva vigente es obra de la Ley de reforma de 17 de diciembre de 1990. Su Preámbulo alega, como justificación, la intención de resolver algunos (¿por qué no todos?) de los graves problemas interpretativos que suscitaba la normativa anterior, y dedica al tema de la pérdida de la nacionalidad los vigentes artículos 24 y 25 del Código civil<sup>15</sup>, cuya redacción está influida por el principio tradicional de la nacionalidad «débil», si bien mantiene el principio de nacionalidad «fuerte» para el caso de naturalización en los países particularmente vinculados con España; por otra parte, es de notar que con la normativa vigente, todavía, son posibles los supuestos no previstos de doble nacionalidad.

La diferencia más importante respecto de la Ley de 1982 es que se han ampliado los supuestos de pérdida de la nacionalidad española, ya que ahora ésta afectará: *a)* a los emancipados que renuncien expresamente a ella, si residen en el extranjero y tienen otra nacionalidad; *b)* a los emancipados que residiendo durante un tiempo en el extranjero adquieran voluntariamente otra nacionalidad, y *c)* (lo que es una novedad) a los que, residiendo habitualmente en el extranjero durante cierto tiempo, utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera. Además, desaparece la previsión de la Ley anterior (de conservación de la nacionalidad), según la cual no perdían la nacionalidad los españoles que justificaran que la adquisición de otra nacionalidad se produjo por razón de emigración<sup>16</sup>, con la consecuencia de que, si bien resulta simplificado y unificado el régimen de pérdida de la nacionalidad, a los emigrantes y a sus hijos ya no les queda otro camino que el de la recuperación y temporalmente (hasta el 7 de enero de 1996) la opción prevista en la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> 16 bis de la Ley de 1990<sup>17</sup>. Por otra parte, también procede señalar que —co-

<sup>15</sup> Sin embargo, como dice MARTÍN-GRANIZO (*Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, coordinado por ALBÁCAR, t. I, Madrid, 1991, p. 277), «los problemas de exégesis que la actual redacción puede presentar son mayores y no menos importantes que los que parece ser se pretendían obviar».

<sup>16</sup> Esta supresión es consecuencia de una enmienda que, en la tramitación parlamentaria de esta Ley, fue presentada y aprobada en el Senado. Se razonó diciendo que era «coherente con aquella otra por virtud de la cual se ha vuelto a establecer el requisito de renuncia a la anterior nacionalidad para adquirir la española»; y que, asimismo, se justificaba «en la conveniencia de evitar que nuestro Derecho de la nacionalidad resulte agresivo para los Derecho de otros países». Para terminar afirmando que, en definitiva, «supone la aplicación del criterio de que toda persona ha de tener, en línea de principio, una sola nacionalidad».

<sup>16 bis</sup> Esta disposición ha sido modificada por la Ley 15/1993, de 23 de diciembre, la cual ha prorrogado dos años más el plazo.

<sup>17</sup> En esta vía se les concede un cierto trato de favor, ya que el artículo 26.1.a), del CC consigna la posibilidad de que el Gobierno nos dispense del requisito de la residencia legal en España. Lo cual —como dice RODRÍGUEZ MORATA («La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de reforma del Código civil»,

mo dice el Preámbulo de la Ley— «no existen ya regímenes radicalmente diversos en atención a la sola circunstancia de la edad del interesado en el momento en que adquiere la nacionalidad extranjera. El plazo que se establece de tres años corre igual para unos y otros, aunque su momento inicial de cómputo haya de diferir (...)».

Antes de entrar en el estudio de las distintas causas de pérdida de la nacionalidad a tenor de la legislación actual, procede advertir que —según la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley de 1990— «la pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior, mantiene su efecto, aunque la causa de pérdida no esté prevista en la ley actual», y aunque no se haya inscrito en el Registro, a no ser que con posterioridad se hubiere recuperado la nacionalidad; es decir, el nuevo régimen legal no tiene eficacia retroactiva <sup>18</sup>. Pero, como indica Díez del Corral <sup>19</sup>, esta irretroactividad no tiene nada que ver con el hecho de que algunas de las causas de pérdida existentes al tiempo de promulgarse la Constitución desaparecieran entonces en función de la eficacia derogatoria inmediata de su artículo 11, párrafos 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> No obstante, las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la propia Ley contienen excepciones a dicho principio general de irretroactividad.

La Instrucción de 20 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se dicta con la pretensión de anticipar criterios interpretativos para resolver algunas cuestiones de interés general, y a tal efecto dedica a la pérdida de la nacionalidad el epígrafe VI y las declaraciones 8.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup> Pero, inexplicablemente, advierte que el artículo 24 del Código civil plantea muchas otras cuestiones que, de momento, no considera oportuno resolver, «como las relativas al trato que merezca la conducta de quien, habiendo adquirido involuntariamente una nacionalidad extranjera, haga uso exclusivo de ésta durante tres años, en tiempo posterior al previsto en el apartado 2.I, residiendo habitualmente en el extranjero».

---

*Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, p. 403)— «no constituye un beneficio gratuito o libérrimo concedido por el legislador de 1990 al emigrante español, sino un imperativo exigido por los artículos 42 y 11.3 de la Constitución española».

Este beneficio de la posible dispensa del requisito de la residencia legal alcanza no sólo a los hijos de emigrantes españoles que se trasladen al extranjero con sus padres, sino también a los hijos de emigrantes cuando tales hijos hayan nacido en el extranjero (cfr. Instrucción de 20 de marzo de 1991, epígrafe VII).

<sup>18</sup> Con las legislaciones derogadas, en defecto de disposiciones transitorias que expresamente se pronunciaran sobre esta cuestión, era obligado llegar a la misma conclusión en virtud del principio de irretroactividad de las leyes consignado en el artículo 2.3 del Código civil. En este sentido, cfr. resoluciones de 22 de junio y 2 de octubre de 1990, 20 de febrero de 1991 y 22 de junio de 1992.

<sup>19</sup> *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993, p. 206.

### III. PÉRDIDA VOLUNTARIA

La pérdida voluntaria de la nacionalidad constituye la regla general. Es decir, la pérdida de la nacionalidad sólo se produce si así lo desea la persona interesada.

Según el vigente artículo 24 del CC:

1. *Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación.*

2. *La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación.*

*La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.*

3. *En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.*

4. *No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.*

Este artículo pone de manifiesto que, de acuerdo con el principio de libre elección o libertad del individuo de cambiar de nacionalidad<sup>20</sup>, toda persona (sea o no español de origen) puede cambiar de nacionalidad si así lo desea, y a tal efecto se establecen tres causas de pérdida de la nacionalidad: a) adquisición voluntaria de otra nacionalidad extranjera, b) utilización de la nacionalidad extranjera que se tuviere atribuida antes de la emancipación y c) renuncia expresa.

Pero como la admisión del sistema de libertad individual no es incondicionada, sino que tiene limitaciones, para que en cada uno de estos supuestos se produzca la pérdida de la nacionalidad no basta la voluntad del interesado, sino que para la efectividad del ejercicio de este derecho han de concurrir una serie de requisitos, y si falta cualquiera de ellos la persona —según nuestro Derecho— seguirá siendo española. Por tanto, procede examinar por separado cada uno de dichos supuestos.

---

<sup>20</sup> Derecho reconocido en el artículo 15.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

## 1. Por adquisición voluntaria de otra nacionalidad

Como dice Peré Raluy<sup>21</sup>, la conveniencia de evitar la doble nacionalidad, así como la de romper el vínculo de ciudadanía con respecto a personas que adquieren una nacionalidad extraña, ha motivado que la generalidad de las legislaciones señalen como causa de pérdida de nacionalidad la adquisición de otra nueva<sup>22</sup>; sin embargo, se advierten diversas variantes, pues en tanto unas legislaciones exigen que la adquisición sea voluntaria, otras prescinden de dicho requisito, y mientras algún Estado condiciona la pérdida de nacionalidad al cumplimiento de determinados requisitos complementarios, en otros la pérdida de ciudadanía se produce de modo automático correlativamente a la adquisición de otra.

Según lo dispuesto en los números 1 y 2 del vigente artículo 24 del Código civil, la nacionalidad española se pierde *por adquisición voluntaria de otra nacionalidad*, si se cumplen los requisitos siguientes:

### a) Que se trate de un emancipado o mayor de edad

Esta exigencia, que excluye a los menores de edad, se justifica en el hecho de que la condición de emancipado implica la capacidad para regir la propia persona<sup>23</sup>; y, por consiguiente, permite presumir en el sujeto una madurez de juicio suficiente para valorar la decisión y las consecuencias que de ella se derivan<sup>24</sup>. Como señala Hualde<sup>25</sup>, «la condición de emancipado es necesaria para que la adquisición voluntaria de la nacionalidad extranjera sea idónea para producir la pérdida de la nacionalidad española, de

<sup>21</sup> *Derecho de nacionalidad*, Barcelona, 1955, p. 157.

<sup>22</sup> El Convenio del Consejo de Europa, de 6 de mayo de 1963, para la prevención de los casos de pluralidad de nacionalidades, dispone en su artículo 1.º que «los nacionales mayores de edad de las partes contratantes que adquieran como consecuencia de una manifestación expresa de voluntad, por naturalización, opción o recuperación, la nacionalidad de la otra parte, pierden su nacionalidad anterior; no pueden ser autorizados a conservarla».

<sup>23</sup> Cfr. art. 323 CC.

<sup>24</sup> CALVO ANTÓN («La próxima reforma de la nacionalidad», *RDP*, 1990, p. 492) considera que «la referencia a los emancipados resulta lógica sobre la base de la voluntariedad de la adquisición o de la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera, pero —añade— que quizá no resulte lógico, sino basado en una reminiscencia del sentido patrimonial del ciudadano, admitir la eficacia de la voluntad del mayor de catorce años para adquirir la nacionalidad española y no admitir su eficacia para perderla».

<sup>25</sup> «La pérdida voluntaria de la nacionalidad española: Breve examen del artículo 24 del Código civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, p. 347.

modo que la nacionalidad extranjera obtenida por quien no lo esté habrá de considerarse por el Derecho español como una adquisición *ex lege*.

No se plantea problema de cuestión previa; pues, al tratarse de españoles, y lo son hasta el momento de la pérdida de la nacionalidad, la emancipación se rige por la ley española (cfr. art. 9.1, CC), con independencia de que los padres del emancipado fueran extranjeros (cfr. art. 9.6, CC). Por consiguiente, hay que atenerse a las causas establecidas en el título IX del libro I del Código civil (cfr. arts. 314 y ss.), pero sin que pueda considerarse como tal, dado su carácter revocable, el supuesto de vida independiente del menor a que hace referencia el artículo 319 del CC <sup>26</sup>.

En el caso de que el emancipado hubiere sido declarado incapaz, habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, pues en ella deberá haberse establecido expresamente la posibilidad de que la persona incapacitada pueda por sí misma adquirir, aceptar o renunciar la nacionalidad española. De lo contrario, como se trata de un acto personalísimo, ningún otro podrá hacerlo en representación del incapaz.

#### b) Que se adquiriera otra nacionalidad

Es necesario que exista adquisición de una nacionalidad extranjera, pues aunque se lleve mucho tiempo, más de tres años, viviendo fuera de España, si no se produce la adquisición de otra nacionalidad extranjera no habrá pérdida de la nacionalidad española. Y debe existir adquisición de la nacionalidad extranjera con arreglo a la propia ley extranjera <sup>27</sup>, mediante el cumplimiento de

---

<sup>26</sup> Algunos autores lo consideran simplemente dudoso (cfr. Díez del Corral, *Comentario del Código civil*, cit., p. 207). En cambio, Díaz García (*La reforma de la nacionalidad*, Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, Madrid, 1991, p. 105) entiende que no cabe excluir la emancipación por vida independiente del menor para las hipótesis a que se refiere el artículo 24.1, «siempre que la revocación de la emancipación, que sólo podrá tener lugar, como máximo, durante los dos primeros de los tres años previstos en el apartado 2.1 del artículo 24 CC no se produzca». Hualde (ob. cit., p. 348), con carácter general, rechaza la exclusión del supuesto de vida independiente del menor, por entender que la cuestión se centraba en las dificultades de prueba, y —dice— que si éste no era un argumento técnicamente admisible, mucho menos lo es ahora, en que dificultades de prueba iguales o mayores acechan a otros requisitos (la residencia habitual en el extranjero y la utilización exclusiva de una nacionalidad extranjera), cuya concurrencia es precisa para que se produzca la pérdida de la nacionalidad.

<sup>27</sup> En este sentido, la resolución de 22 de febrero de 1974 dice que «la adquisición o pérdida de una nacionalidad extranjera se puede acreditar, a efectos del Registro civil, por certificación expedida por cónsul o funcionario competente del país correspondiente».

las condiciones y formalidades que la misma prevé e impone, aunque el acto en virtud del cual se produce la adquisición de la nacionalidad extranjera sea nulo conforme al Derecho español; y, a la inversa, no habrá adquisición de otra nacionalidad si el ordenamiento extranjero considera nulo el acto adquisitivo, aunque éste fuera válido para el Derecho español. Como dice Peré Raluy <sup>28</sup>, «para que se produzca la pérdida de nacionalidad debe adquirirse una verdadera nacionalidad extranjera, es decir, la condición de súbdito de un Estado soberano y no alguno de los *status* de naturaleza similar, pero de identidad inferior, como son la condición de *protegido*, la de naturalizado de honor, etc.» <sup>29</sup>. Por ejemplo, el hecho de ser reconocido como *British protected person* o como *British subject* por las autoridades del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, conforme a la *British Nationality Act* de 1981, no es suficiente. Es necesario que el interesado obtenga el estatuto de *British citizen*.

La adquisición de la nacionalidad extranjera se puede acreditar, a efectos del Registro civil, por certificación expedida por el Cónsul o funcionario del país correspondiente <sup>30</sup>.

- c) Que resida habitualmente en el extranjero durante tres años, a contar desde la adquisición de la nacionalidad extranjera

Como decía la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1954, con esta restricción se pretenden impedir «decisiones en exceso precipitadas o arbitrarias». No obstante, hay que reconocer que el término de tres años resulta excesivo, aunque también habrá que admitir que su amplitud se encuentra compensada por la posibilidad de renuncia expresa.

La expresión «residencia habitual» deberá entenderse como equivalente o semejante a «domicilio voluntario» o real (cfr. art. 40.1, CC), y es la que se establece libremente en función de la libertad de residencia. Como dice Hualde <sup>31</sup>, «considerar que la residencia habitual es el domicilio voluntario posibilita mayor rigor, al dar carácter técnico (por la aplicación de sus elementos constitutivos de voluntariedad de residencia con cierto carácter de

<sup>28</sup> *Derecho del Registro civil*, t. II, Madrid, 1962, p. 616.

<sup>29</sup> Cfr. resolución de 23 de noviembre de 1977; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBADALEJO, t. I, Madrid, 1978, p. 693; y LAGARDE, *La nationalité française*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1989, pp. 190-191.

<sup>30</sup> Cfr. resoluciones de 13 de marzo de 1973, 22 de febrero de 1974, y art. 91 RRc.

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 351.



permanencia y de establecimiento efectivo en un lugar concreto) a la respuesta a situaciones que, hasta ahora, se discernían con meros criterios de apreciación lógica (tripulantes de un barco español, miembros de unidades militares españolas situadas en el extranjero, etc.), y a nuevas situaciones interpretativas que pueden plantearse, como hemos de ver, por la supresión del régimen especial de pérdida de la nacionalidad otorgado a los emigrantes». A efectos probatorios, aunque sólo constituya una presunción, habrá de valorarse cualquier hecho o conducta que sirva para demostrar la existencia de una residencia estable.

Este requisito supone una desconexión o desarraigo real u objetivo del individuo con España, aunque en ella se tenga el domicilio legal; en cambio, por igual razón, no basta el domicilio legal fuera de España si en ella se reside de hecho <sup>32</sup>.

El cómputo de los tres años habrá de efectuarse conforme a lo dispuesto en el artículo 5.º del Código civil, es decir, de fecha a fecha, y cuando en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último del mes, sin excluir los días inhábiles. Los viajes esporádicos o incidentales a España (por negocios, vacaciones, visitas familiares, motivos de salud, etc.) no interrumpen la residencia fuera de España, y el tiempo de los mismos se computará como pasado en el extranjero.

Por consiguiente, la pérdida de la nacionalidad española no se producirá en el momento de la adquisición de la nacionalidad extranjera (con posterioridad a la emancipación o mayoría de edad), sino cuando transcurran tres años consecutivos de residencia habitual fuera de España <sup>33</sup>, con independencia de que ésta se tenga en el mismo país cuya nacionalidad se ostenta o en otro distinto <sup>34</sup>. En el improbable caso de que la nacionalidad extranjera se hubiere adquirido de modo voluntario antes de la emancipación, se perderá la nacionalidad española si se reside habitualmente fuera de España durante tres años consecutivos después de la emancipación.

Este plazo de tres años se interrumpirá en el caso de que el interesado establezca de nuevo su residencia habitual en España. Como dice Díaz García <sup>35</sup>, esta interpretación es la única posible para evitar flagrantes contradicciones de valoración, y sólo desde

---

<sup>32</sup> Cfr. resolución de 18 de febrero de 1976.

<sup>33</sup> Y ello, como dice DÍAZ GARCÍA (ob. cit., p. 102), «aunque durante esos tres años siga utilizando la nacionalidad española».

<sup>34</sup> En cambio, CALVO ANTÓN (ob. cit., p. 493) opina que esta interpretación «debe rechazarse porque en tal supuesto sólo cabe apreciar un desarraigo de España que, por no ir acompañado de un correlativo arraigo en un país extranjero, resulta insuficiente para privar de la españolidad».

<sup>35</sup> Ob. cit., pp. 101-102.

esta interpretación este plazo de tres años tiene una explicación clara y coherente.

- d) Que la adquisición de la nacionalidad extranjera se hubiere producido libre y voluntariamente

La voluntariedad de la adquisición implica que se trate de una conducta (declaración de voluntad) personal, libre y exenta de vicios conforme al Ordenamiento español; es decir, ha de tratarse de una declaración de voluntad emitida por el propio interesado y dirigida expresamente a conseguir dicha adquisición<sup>36</sup>. En consecuencia, no existirá adquisición voluntaria cuando la adquisición de la nacionalidad extranjera se haya producido sin o contra la voluntad del español, por ejemplo: por contraer matrimonio con extranjero cuando la ley nacional de éste le imponga su nacionalidad. Es significativa, en este sentido, la resolución de 20 de abril de 1990, que contempla un caso de atribución de la nacionalidad francesa *iure soli*, es decir, de adquisición automática y no voluntaria de una nacionalidad extranjera; y, por ello, declara que no se ha producido el efecto, previsto por la ley española, de pérdida de esta nacionalidad<sup>37</sup>. Como pone de manifiesto esta misma resolución, en los casos en que pueda haber duda sobre la nacionalidad del sujeto, se puede acudir al expediente para la declaración con valor de presunción de la nacionalidad (cfr. arts. 96.2.º, LRc. y 335 y 338 RRc.).

Por lo tanto, en virtud de la exigencia de que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido voluntaria, el emigrante que acredite que su adquisición de la nacionalidad extranjera, con posterioridad a la Ley de 1990, ha sido forzada u obligada en función de la emigración (es decir, *no voluntaria*) no deberá perder la nacionalidad española. Alegación que, en mi opinión, en el futuro no podrá hacer la persona que se traslade a trabajar a un país de la Comunidad Económica Europea, pues desde el momento que exista libre circulación de personas, y un derecho de residencia de los trabajadores-nacionales de los Estados miembros

---

<sup>36</sup> LAGARDE (ob. cit., p. 193) señala que, a veces, ciertos «actos positivos» del interesado pueden dar lugar a que éste adquiera como consecuencia la nacionalidad extranjera, sin que esta adquisición haya sido el «fin principal» de dichos actos; y considera que la realización de esos actos no debe producir la pérdida de la nacionalidad francesa. En apoyo de su opinión dice que la jurisprudencia ya se había pronunciado en este sentido a propósito de una adquisición que sigue a la compra de un inmueble o al ejercicio del derecho de voto. VERWILGHEN (*Le code de la nationalité belge*, Bruxelles, 1985, p. 399) dice que «el objeto directo del acto de voluntad debe ser la adquisición de la nacionalidad extranjera».

<sup>37</sup> En este sentido, con anterioridad, LETE DEL RÍO, *La nueva regulación de la nacionalidad*, 2.ª ed., Madrid, 1987, p. 128.

de la CEE, será prácticamente imposible hablar de emigración o de condición de emigrante que haya obligado a la adquisición de la nacionalidad extranjera <sup>38</sup>. Por otra parte, el emigrante también podrá acudir al expediente <sup>39</sup> para la declaración de la nacionalidad con valor de presunción, en el que se compruebe que la adquisición por el emancipado de la nacionalidad extranjera no puede calificarse de voluntaria <sup>40</sup>.

Una particular excepción ha sido declarada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, al proclamar que no implica pérdida de la nacionalidad española la adquisición voluntaria de la ciudadanía vaticana. Y ello es debido, según la resolución de 23 de noviembre de 1977, a «los caracteres singulares con que se configura la ciudadanía vaticana, cuales son: a) que el título de atribución es la residencia estable unida al ejercicio de un cargo cerca de la Santa Sede y, por consiguiente, no juegan en ella los criterios ordinarios (*ius sanguinis*, *ius soli*) de atribución originaria de nacionalidad, según la legislación de los diversos Estados; b) que, por su base fáctica, aquella ciudadanía tiene una naturaleza precaria e inestable, que contrasta con la fijeza y estabilidad del estado civil de la nacionalidad en nuestro Derecho, y c) que la ausencia de todo vínculo originario entre los ciudadanos vaticanos es connatural a la idea de que el Estado de la Ciudad del Vaticano, en armonía con el carácter universal y religioso de la Iglesia católica, carece propiamente de una comunidad nacional en sentido sociológico, de modo que sus ciudadanos sólo forman un conjunto o suma de personas unidas entre sí por un exclusivo vínculo religioso». En resumen, que la ciudadanía vaticana no es una verdadera nacionalidad.

Ahora bien, como puede observarse, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 11.3, de la Constitución, el artículo 24.2, párrafo 2.º del CC consigna una importante excepción, al establecer que «la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal <sup>41</sup>, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen». Por consiguiente, en este caso se produce un supuesto de doble nacionalidad, con independencia de lo que disponga la legislación de estos países, e incluso aunque alguno de ellos no admita la doble nacionalidad; lo que quiere decir que, en este caso, la pérdida de la nacionalidad española únicamente se producirá si el español, una vez emancipado

<sup>38</sup> Sobre este punto, cfr. RODRÍGUEZ MORATA, ob. cit., pp. 390 y 401.

<sup>39</sup> Regulado por los artículos 96.2, de la LRC. y 335, 338 y 340 del RRc.

<sup>40</sup> Cfr. Instrucción de 20 de marzo de 1991 sobre nacionalidad, apartado VI.

<sup>41</sup> Como dice el preámbulo de la Ley de reforma de 1990, esta lista de países particularmente vinculados con España «no difiere de la que ya había fijado el artículo 23 del Código civil en su anterior redacción».

y residiendo habitualmente en el extranjero, renuncia expresamente a la nacionalidad española (cfr. art. 24.3, CC).

Sin embargo, el anterior precepto, prescinde de la referencia que el derogado artículo 23 (versión de la Ley de 1982) hacía a los países «con los que se concierte un tratado de doble nacionalidad». No ofrece duda que, a pesar de la omisión, subsiste la posibilidad de la doble nacionalidad convencional, como lo demuestran la expresa mención del texto constitucional (cfr. art. 11.3) y la existencia de once Convenios suscritos por España, actualmente en vigor<sup>42</sup>. Pero, al suprimir el vigente artículo 24 del CC dicha referencia, se plantea de nuevo la cuestión de si a estos españoles se les aplicarán íntegramente y en cualquier caso las leyes españolas o, por el contrario, se les dará el mismo trato que a los que ostentan una doble nacionalidad convencional, aplicándoles la legislación del país de adquisición en tanto en él mantengan su residencia. En mi opinión, esta última es la solución correcta, pues encuentra apoyo en lo dispuesto en el artículo 9.9, del CC, a cuyo tenor «respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual». Es decir, la doble nacionalidad a que se refiere el artículo 24.2, párrafo 2.º, del Código civil es una de las «previstas en las leyes españolas» y, por lo tanto, se deberá considerar que la nacionalidad efectiva es únicamente la del país de residencia habitual. Además —como dice Díez del Corral<sup>43</sup>—, «el artículo 11.3, de la Constitución no pudo ignorar los Tratados de doble nacionalidad preexistentes, ni su doble nacionalidad limitada; su letra configura la conservación de la nacionalidad española como una simple consecuencia de lo ya pactado en tales Tratados y no es

---

<sup>42</sup> Con Chile (24 de mayo de 1958), Perú (16 de mayo de 1959), Paraguay (25 de junio de 1959), Nicaragua (25 de julio de 1961), Guatemala (28 de julio de 1961), Bolivia (12 de octubre de 1961), Ecuador (4 de marzo de 1964), Costa Rica (8 de junio de 1964), Honduras (15 de junio de 1966), República Dominicana (15 de marzo de 1968) y República Argentina (14 de abril de 1969).

El Convenio concluido con Colombia (27 de junio de 1979) es semejante a los anteriores, pero no contempla supuestos de doble nacionalidad, ya que la Constitución de este país no admite la compatibilidad de la nacionalidad colombiana y otra que se hubiera adquirido de modo voluntario. Con Venezuela existe un Canje de Notas (4 de julio de 1975) sobre otorgamiento recíproco de nacionalidades.

Casi todos los Convenios siguen el modelo suscrito con Chile, y determinan, en relación con las personas comprendidas en el ámbito de su aplicación, que el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la ley del país donde se hallen domiciliados. Por esta razón, BERCOVITZ (*Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 145) dice que «podrá hablarse de la existencia de una nacionalidad en estado latente y otra efectiva». Terminología empleada por Dufour, *La double nationalité*, Lausanne, 1933, p. 125.

<sup>43</sup> *Comentario del Código civil*, cit., p. 210.

concebible que, sin convenio y con relación a países igualmente vinculados con España, se llegue a más».

e) Que España no se halle en guerra <sup>44</sup>

Se trata de un requisito negativo, común a todos los supuestos, mediante el cual se pretende evitar fraudes. Por consiguiente, durante este período de tiempo, desde el momento de la declaración oficial de guerra hasta el cese oficial de la misma <sup>45</sup> no cabe formular renuncia <sup>46</sup> y, por lo tanto, la pérdida de la nacionalidad es imposible <sup>47</sup>. Como dice Vattier <sup>48</sup>, «al tiempo de guerra no se deben asimilar los estados de alarma, excepción o sitio, puesto que, aun cuando el último puede declararse por actos de fuerza contra la soberanía e independencia de España (cfr. art. 32.1, Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio), tales estados se refieren siempre a la adopción de medidas extraordinarias en el interior, y no deben impedir, por ello, la pérdida de la nacionalidad española».

Siempre se ha considerado que este requisito afecta a todo tipo de personas, sean hombres o mujeres <sup>49</sup>. Con mayor razón en la actualidad, pues la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, proclamada en el artículo 14 de la Constitución, obliga a estimar que este requisito afecta tanto al hombre como a la mujer.

Ahora bien, la declaración oficial de guerra impide formular la declaración de renuncia a la nacionalidad española, pero no interrumpe el plazo de tres años de residencia habitual en el extranjero, sino que se suspende y, por lo tanto, su cómputo se habrá de continuar a partir del momento del cese oficial de la guerra <sup>50</sup>.

## 2. Por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera

Se pierde la nacionalidad española, *por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera que se tuviere atribuida antes de la emancipación* (cfr. art. 24.1, CC). *La pérdida se producirá una*

---

<sup>44</sup> su origen se encuentra en el artículo 22 del CC, según redacción de la Ley de reforma de 15 de julio de 1954.

<sup>45</sup> Según el artículo 63.3 de la Constitución, «al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz».

<sup>46</sup> VATTIER (*Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinados por R. BERCOVITZ, Madrid, 1993, p. 796) entiende que es posible formular renuncia en tiempo de guerra, la cual adquirirá plena eficacia desde el cese de las hostilidades.

<sup>47</sup> Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit., p. 689.

<sup>48</sup> *Comentarios...*, cit., p. 796.

<sup>49</sup> Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios...*, cit., p. 692.

<sup>50</sup> En este sentido, VATTIER, *Comentarios...*, p. 796.

vez que transcurran tres años a contar desde la emancipación (cfr. art. 24.2, CC).

Según dice Arana de la Fuente <sup>51</sup>, «por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera puede entenderse aquella conducta inequívoca consistente en comportarse como ciudadano extranjero en todo momento, sin ejercitar los derechos y deberes derivados de su nacionalidad española sino únicamente los que se deriven de la foránea» <sup>52</sup>.

Como puede observarse, con esta modalidad de pérdida, que constituye una novedad de la Ley de reforma de 1990, se hace equivalente la utilización exclusiva de una nacionalidad extranjera que no se adquirió voluntariamente a la adquisición libre y voluntaria de ésta. En realidad se recoge la doctrina tradicional de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el denominado *asentimiento voluntario* a una nacionalidad extranjera; pues, aunque *asentimiento voluntario* y *utilización exclusiva* no son expresiones totalmente equivalentes, no ofrece duda que la utilización exclusiva de una nacionalidad extranjera constituye el caso más frecuente y evidente de asentimiento voluntario a la misma <sup>53</sup>. Pero, si se prefiere expresarlo de otro modo, puede afirmarse que quien, mediante una conducta inequívoca, utiliza exclusivamente la nacionalidad extranjera que le había sido atribuida está demostrando haber adquirido o aceptado voluntariamente dicha nacionalidad.

Respecto de este supuesto, la Instrucción de 20 de marzo de 1991 dice que «es necesario entender, por el carácter taxativo de las causas de pérdida que no pueden ser objeto de interpretación extensiva, que no se producirá pérdida cuando el interesado justifique haber utilizado, dentro del plazo de tres años que señala el artículo 24, de algún modo la nacionalidad española». Y añade, a modo de ejemplo, que «tener documentación española en vigor, haber otorgado como español algún documento público, haber comparecido con este carácter en el consulado y otras conductas semejantes, serán un índice de que el interesado no habrá podido incurrir en pérdida de la nacionalidad española» <sup>54</sup>. Esta misma

---

<sup>51</sup> «La Ley 18/1990, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad», *ADC*, 1991, p. 311.

<sup>52</sup> LASARTE (*Principios de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1992, p. 293) dice que se trata de una *renuncia tácita*. Este autor aplica el mismo calificativo al supuesto de pérdida por adquisición voluntaria de otra nacionalidad extranjera.

<sup>53</sup> En este sentido, ALVARGONZÁLEZ, *La regulación de la nacionalidad tras la Ley 18/1990* (Guía jurídico-práctica para el cónsul), Madrid, 1991, p. 46. DÍAZ GARCÍA (ob. cit., p. 104) considera que «hay una cierta resurrección de la doctrina del *asentimiento voluntario* de la nacionalidad extranjera, creada por la Dirección General de los Registros y del Notariado durante la vigencia de la reforma de 1954».

<sup>54</sup> Como dice MARTÍNEZ PIÑEIRO («Nacionalidad: Reforma del Código civil», *Bol. Inf. del Colegio Notarial de Granada*, septiembre, 1991, p. 2161), la Dirección

Instrucción, en su apartado VI, indica la posibilidad de utilizar el expediente a que se refiere el artículo 96.2, de la LRC. para justificar que la nacionalidad extranjera atribuida con anterioridad a la emancipación no es la utilizada exclusivamente por el interesado.

Los requisitos son los mismos que en el supuesto anterior, a cuyo comentario procede remitirse, si bien es necesario precisar que el *dies a quo* del plazo de tres años será el de la emancipación o, en su caso, el de llegada a la mayoría de edad. Es decir, el que tuviere atribuida otra nacionalidad perderá la española en el caso de que utilice exclusivamente la nacionalidad extranjera durante tres años consecutivos a contar desde la emancipación, si en el momento en que se cumpla este plazo tiene o establece su residencia habitual en el extranjero.

Ahora bien, como dice Díaz García <sup>55</sup>, también el emancipado que adquiere voluntariamente otra nacionalidad puede perder la española, si utiliza exclusivamente la nacionalidad extranjera durante tres años consecutivos, siempre que no resida habitualmente en España en el momento en que la nacionalidad española haya de perderse.

### 3. Por renuncia

Por *renuncia* o dejación voluntaria se pierde la nacionalidad española que se posee (cfr. art. 24.3, CC).

Según Peré Raluy <sup>56</sup>, «hay que entender por renuncia a los efectos del presente epígrafe, el acto por el cual el súbdito de un Estado rompe voluntaria y unilateralmente el lazo de ciudadanía que le uniera al mismo, mediante una declaración de voluntad emitida en tal sentido». Ahora bien, este concepto tiene que ser matizado, en el sentido de que en nuestro Derecho nunca se ha admitido como causa de pérdida de la nacionalidad la renuncia unilateral si no va acompañada de la adquisición de la nacionalidad en otro país <sup>57</sup>; en cambio, se admite la posibilidad de re-

---

General se conforma con muy poco para mantener la nacionalidad española. No obstante, tiene razón HUALDE (ob. cit., p. 360) al señalar «la absoluta inseguridad de la causa que puede llevar consigo la pérdida de la nacionalidad».

<sup>55</sup> Ob. cit., p. 103.

<sup>56</sup> *Derecho de nacionalidad*, cit., p. 154.

<sup>57</sup> El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de julio de 1860, afirmó que «una vez adquirida la cualidad de ciudadano español no puede perderse por la sola voluntad del interesado. La RO de 15 de marzo de 1900 declaró que «la renuncia pura y simple de la cualidad española, sin haber adquirido otra distinta, no es causa bastante con arreglo a nuestra legislación para producir desde luego la pérdida de dicha cualidad». La sentencia de 10 de febrero de 1926 decía que no basta «la voluntad del natural para perder la nacionalidad mientras no se llenen los requisitos necesarios para

nunciar a la persona que goza de otra nacionalidad. En la actualidad, a tenor de lo dispuesto en el vigente artículo 24.3, del CC, únicamente será eficaz la renuncia en el supuesto de que la persona, una vez emancipada, renuncie expresamente a la nacionalidad española, si tiene otra nacionalidad y reside habitualmente en el extranjero. Además, esta declaración de renuncia a la nacionalidad española puede efectuarse «en todo caso»; es decir, cualquiera que sea la otra nacionalidad que se ostente y sin necesidad de que transcurra plazo de espera.

Por consiguiente, para que se produzca la pérdida de la nacionalidad por esta causa se requiere:

a) Que se trate de un emancipado o mayor de edad

Igual que en los casos anteriores, la emancipación es la regulada por las leyes españolas (cfr. art. 9.1, CC).

b) Que ostente otra nacionalidad

Con esta exigencia se pretende evitar la situación de apatridia; pues, como dice la resolución de 5 de febrero de 1985, ni antes, ni en la legislación actual, la simple renuncia produce por sí sola la pérdida de la nacionalidad española, ya que siempre es necesario que el renunciante ostente o haya adquirido antes otra nacionalidad distinta, como consecuencia de que la expatriación para devenir a la situación de apátrida no es un derecho de la persona reconocido por la Constitución (cfr. su artículo 11) ni por la Ley que ha desarrollado ésta.

Como se ha indicado anteriormente, se pretende evitar la situación de apatridia, y a tal efecto el artículo 24.3 del CC exige que el interesado tenga (ostente) otra nacionalidad en el momento de su renuncia. Sin embargo, atendiendo a esta *ratio legis*, hay que precisar que la pérdida de la nacionalidad española se supedita al hecho de que ésta sea compensada con otra y el que renuncia no devenga apátrida, y esto ocurrirá no sólo si la nacionalidad extranjera preexiste al acto de renuncia, sino también en el caso de que la obtenga en función de esta pérdida. Por consiguiente, la persona que pretende renunciar a la nacionalidad española de-

---

ello, ni aun la renuncia». Y, como dice FERNÁNDEZ ROZAS («La reforma del Derecho español de la nacionalidad», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1983, Bilbao, 1984, pp. 203-204), es oportuno advertir que ningún texto de Derecho internacional de derechos humanos admite, ni siquiera indirectamente, la posibilidad de que un individuo renuncie a su nacionalidad para convertirse en apátrida.



berá acreditar que tiene una nacionalidad extranjera o que la adquiere o recupera en virtud de la propia declaración de renuncia.

- c) Que resida habitualmente en el extranjero, sin que se exija un plazo de residencia determinado

Este requisito constituye una novedad respecto de la Ley de Reforma de 1982, y —como dice el Preámbulo de la Ley de Reforma de 1990— «responde a la finalidad de evitar declaraciones de renuncia formuladas en España cuya eficacia admitía la legislación que ahora se deroga y que podían envolver propósitos cuasi fraudulentos». Era el caso de las renunciadas realizadas con el propósito de evitar el cumplimiento de los deberes que se derivaban de la condición de español, como por ejemplo: eludir la obligación de cumplimiento del servicio militar, y que no podían ser denegadas, pues —como se decía en las resoluciones de 20 de septiembre y 5 de diciembre de 1985 y 10 de junio de 1986— «al ejercitar el promotor un derecho que le reconoce el Ordenamiento jurídico, ese acto no puede ser tildado de fraudulento, lo cual no debe obstar para que el Encargado, al practicar la inscripción, adopte además las medidas oportunas para impedir que a partir de su renuncia el interesado pueda seguir beneficiándose de la nacionalidad española»<sup>58</sup>.

Al no exigirse plazo, mediante la renuncia puede lograrse la pérdida de la nacionalidad con tres años de anticipación.

- d) Que la renuncia sea expresa<sup>59</sup>

Esta renuncia —como antes se ha indicado— puede hacerse en cualquier momento desde la emancipación o la mayoría de edad, sin que el ejercicio de este derecho se encuentre sometido a plazo alguno de prescripción o caducidad. Pero la exigencia de que haya de ser expresa no quiere decir que deba ser documental, lo cual evidentemente dará lugar a que se puedan plantear graves problemas en la práctica, pues —como más adelante se verá—, aunque la inscripción de la pérdida de la nacionalidad es obligatoria, se produce «siempre de pleno derecho». De ahí que, para evitarlos, Díez del Corral<sup>60</sup> haya defendido la conveniencia de

<sup>58</sup> Cfr. también resolución de 26 de marzo de 1985.

<sup>59</sup> MARTÍN-GRANIZO (ob. cit., p. 279) dice que la renuncia a la nacionalidad española «implica una declaración de voluntad a la vez que expresa, abdicativa, a ser español».

<sup>60</sup> *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por AMORÓS y R. BERCOVITZ, Madrid, 1986, p. 137.

una actuación de oficio y eficaz por parte de los Cónsules de España en el extranjero.

e) Que España no se halle en guerra

Requisito común a las tres causas de pérdida voluntaria, por lo que procede remitirse a lo ya expuesto, respecto del mismo, al tratar de la pérdida por adquisición voluntaria de otra nacionalidad.

#### 4. Inscripción en el registro

Según el artículo 67 de la LRc., «la pérdida de la nacionalidad se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción. Caso de no promover ésta el propio interesado, el Encargado del Registro, previa su citación, practicará el asiento que proceda». Por consiguiente, la pérdida de la nacionalidad debe inscribirse, incluso de oficio<sup>61</sup>; pero la inscripción no es requisito constitutivo, ya que la pérdida se produce automáticamente (*ope legis*) cuando concurren los requisitos señalados en el Código civil para cada caso, y entre los cuales no se encuentra éste<sup>62</sup>; es decir, la inscripción tiene un carácter simplemente declarativo y probatorio.

«La pérdida de la nacionalidad sólo se inscribirá —dice el artículo 232 del RRc.— en virtud de documentos auténticos que la acrediten plenamente (entre los que se encuentra el acta de comparecencia levantada por el Encargado del Registro civil o el cónsul), previa citación del interesado o su representante legal y, en su caso, sus herederos. En defecto de documentos auténticos, será necesario expediente gubernativo, con la citación predicha». Por aplicación de la regla general de competencia del artículo 342 del RRc., este expediente deberá resolverlo el Juez Encargado del Registro o el Cónsul del lugar del nacimiento; pero si el interesado ha nacido fuera de España y el promotor está en ella domiciliado, resolverá el Encargado del Registro Central (cfr. art. 68 RRc.). El expediente puede ser promovido por cualquier persona con interés legítimo, y deben promoverlo el propio renunciante o el Mi-

---

<sup>61</sup> Cfr. resolución de 23 de junio de 1990.

<sup>62</sup> Así lo afirmaba la *Instrucción* de la DGRN de 16 de mayo de 1983 (apartado IV, b), ya que —al referirse a los aspectos registrales de la recuperación— decía: «aunque la inscripción de esta última (*la pérdida*) sea obligatoria, en los términos que detallan los artículos 67 de la Ley y 232 del Reglamento, ello no impide que pueda inscribirse directamente la recuperación, sin necesidad de que se extienda antes el asiento de la pérdida».

nisterio fiscal (o, en su caso, el Canciller del Consulado en funciones del Ministerio público) cuando tenga conocimiento del hecho de la pérdida (cfr. art. 54 RRc.). En el expediente deberá acreditarse la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Código civil para que se produzca la pérdida de la nacionalidad.

La inscripción ha de extenderse al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento (cfr. art. 46 LRc.).

Ahora bien, como dice Alvargonzález<sup>63</sup>, este sistema, unido a la dificultad que en muchos casos existe de comprobar de modo terminante que se dan los requisitos para la pérdida, se traduce en que de hecho pocas veces se practiquen inscripciones de pérdida.

No obstante, en el caso de que no pueda extenderse la inscripción marginal de la pérdida de la nacionalidad por falta de la titulación requerida, existe la posibilidad de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.2.º de la LRc., se practique una anotación de pérdida de la nacionalidad<sup>64</sup>. Pero, como advierte el citado precepto, esta anotación sólo puede extenderse a petición del Ministerio fiscal o de persona interesada, tiene un valor simplemente informativo del hecho a que se refiere, y en ningún caso constituirá la prueba que proporciona la inscripción.

#### IV. PÉRDIDA COMO PENA

La pérdida de la nacionalidad como pena o sanción judicial o gubernativa, también denominada *desnaturalización*, constituye la excepción; y tiene su razón de ser en la conveniencia u oportunidad de excluir (privar) de la nacionalidad española a aquellas personas que, por su conducta antijurídica no la merecen o que pueden poner en peligro los intereses nacionales.

Según el párrafo 1.º del vigente artículo 25 del CC, *los españoles que no lo sean de origen*<sup>65</sup> perderán la nacionalidad:

a) *Cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida conforme a lo establecido en las leyes penales.*

<sup>63</sup> Ob. cit., p. 39.

<sup>64</sup> Como dice LUCES GIL (*Derecho registral civil*, 4.ª ed., Barcelona, 1991, p. 206, nota 31), para su extensión basta que exista un principio de prueba de pérdida de la nacionalidad, aunque no se acredite cumplidamente.

<sup>65</sup> Como dice ALBALADEJO (*Derecho civil*, t. I, vol. 1.º, 9.ª ed., Barcelona, 1983, p. 301, nota 1), «los españoles de origen no la pierden por estas causas. Y no la pierden aunque entre la nacionalidad española que tuvieron inicialmente y la segunda nacionalidad española que ahora tienen hayan ostentado alguna extranjera, porque eso no obsta a que sigan siendo españoles de origen».

b) *Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.*

Las personas (hombres o mujeres) que incurran en cualquiera de estos supuestos no podrán recuperar la nacionalidad española sin previa habilitación del Gobierno, el cual podrá concederla discrecionalmente [cfr. art. 26.2.a) CC].

En el párrafo 2.º de este artículo se dice que *la sentencia firme, que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio fiscal, de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.* No ofrece duda que la ubicación de esta norma es incorrecta. En realidad, el supuesto a que se refiere este precepto no constituye un verdadero caso de pérdida de la nacionalidad, sino de nulidad de la adquisición, ya que no puede perderse aquello que nunca se tuvo; por ello, su examen requiere tratamiento independiente.

Veamos cada uno de estos casos en particular.

### **1. Cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida conforme a lo establecido en las leyes penales**

Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad española *cuando por sentencia firme (criminal) fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales* [cfr. art. 25.1.a), CC].

Es suficiente la sentencia firme, conforme a lo establecido en la ley penal, para que se produzca la pérdida de la nacionalidad española de los españoles que no lo sean de origen. Lo que, como señala De Castro<sup>66</sup>, quiere decir que a éstos se les concedió con la reserva de no cometer delitos de determinada clase.

El Código penal, en el artículo 27, enumera entre las penas graves que se pueden imponer la de pérdida de la nacionalidad; y en el artículo 34 determina que esta pena solamente será aplicable a los extranjeros naturalizados (además de la específicamente señalada), responsables de los delitos comprendidos en el título I del libro II, es decir, los delitos contra la seguridad exterior del Estado: delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado, delitos contra el derecho de gentes y delitos de piratería. El artículo 141 del CP prevé que «el extranjero naturalizado en España, responsable de alguno de los delitos sancionados en

<sup>66</sup> *Derecho civil de España*, t. II, parte primera, Madrid, 1952, p. 438.

este título, podrá ser condenado, además de a la pena señalada a aquél, a la pérdida de la nacionalidad española»; es decir, la imposición de esta pena no es automática, sino que queda al arbitrio del Tribunal penal.

No ofrece duda que son españoles de origen los comprendidos en los vigentes artículos 17 y, por ficción legal, en el núm. 1 del artículo 19, ambos del Código civil<sup>67</sup>; y, con relación a la normativa anterior a la Ley de reforma de 1982, era español de origen y lo seguirá siendo, «quien de nacimiento es español»<sup>68</sup>. Por consiguiente, la expresión utilizada por el Código penal de «*extranjero naturalizado*» habrá que identificarla con la de «*español que no lo sea de origen*», pues igual que el Código civil hay que adecuar el Código penal al mandato constitucional de que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad», que interpretado a *contrario sensu* está diciendo que podrá ser privado de su nacionalidad, y por tanto como pena o sanción, el español que no lo sea de origen.

Y conviene recordar lo dicho en la resolución de 22 de marzo de 1950, de que la pérdida de la nacionalidad española no extingue la responsabilidad por los actos u omisiones cometidos en relación con sus obligaciones de ciudadano español mientras lo fue, cuyas responsabilidades podrán extinguirse por los demás medios que establecen las leyes.

La inscripción en el Registro civil deberá practicarse al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento del interesado (cfr. art. 46 LRc.), y será título bastante el testimonio de la correspondiente sentencia firme, inscribible directamente como documento auténtico, sin necesidad de expediente gubernativo (cfr. arts. 67 LRc. y 232 RRc.). El Juez competente para la ejecución de la sentencia firme está obligado a promover de oficio dicha inscripción (cfr. arts. 25 LRc. y 95 RRc.).

En relación con la Ley de reforma de 1982, Fernández Rozas<sup>69</sup> calificó de desafortunada e innecesaria la referencia a las leyes penales, y daba como argumento que el Proyecto de reforma del Código penal de 1980 no incluía la privación de la nacionalidad dentro de la escala de penas. Esta misma crítica hubiera podido

---

<sup>67</sup> También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria 2.ª de la Ley de Reforma de 1990. Como dice DIEZ DEL CORRAL (*Comentarios a las reformas...*, cit., p. 147), «parece indudable que españoles de origen son aquellos que lo sean en el momento de su nacimiento, con total independencia del hecho de que sus ascendientes tengan o hayan tenido la nacionalidad española. No es lo mismo, aunque parezca un juego de palabras, ser español de origen que ser de origen español. El concepto vulgar no coincide aquí con el concepto estrictamente jurídico».

<sup>68</sup> DE CASTRO, ob. cit., p. 397. Cfr. también GONZÁLEZ CAMPOS, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por AMOROS y R. BERCOVITZ, Madrid, 1986, p. 19.

<sup>69</sup> *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid 1987, p. 224.

hacerse a la vista del también decaído Proyecto de Ley orgánica del Código penal de 23 de setiembre de 1992. También cabe reconocer que en la práctica nunca se impone esta pena. No obstante, si se parte de la realidad vigente, de que en la actualidad esta pena se encuentra incluida en el Código penal, habrá que admitir la perfecta congruencia del legislador al establecer esta causa de pérdida de la nacionalidad tanto en la Ley de reforma de 1982 como en la de 1990<sup>70</sup>; sin perjuicio de que —como dice Hualde<sup>71</sup>— en un futuro próximo, si realmente llega a aprobarse la mencionada modificación de la normativa penal, la remisión a la misma hecha por el Código civil quede vacía de contenido.

## **2. Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno**

Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad española *cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno* [cfr. art. 25.1.b), CC]. Se trata de una sanción gubernativa que corresponde aprobar al Consejo de Ministros.

La entrada al servicio de las armas o el ejercicio de cargo público en un Estado extranjero han sido estimadas como causas de pérdida de la nacionalidad por casi todas las legislaciones<sup>72</sup>, por considerar que se trata de actividades propias y exclusivas de los nacionales. No fue una excepción el Código civil español, que en su artículo 20 (redacción originaria) estableció que se perdía la condición de español «*por admitir empleo de otro Gobierno o entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera sin licencia del Rey*»<sup>73</sup>. Precepto que, respecto al servicio de armas, fue objeto de una interpretación restrictiva, estimándose que úni-

---

<sup>70</sup> Es de notar que, en la tramitación parlamentaria de esta Ley en el Congreso, la enmienda núm. 81 del Grupo IU-IC (rechazada por la Ponencia) proponía una nueva redacción del artículo 25, en la que no se contenía como causa de pérdida de la nacionalidad la sentencia firme dictada conforme a lo establecido en las leyes penales; sin embargo, en la motivación de esta enmienda no se hacía referencia a dicha exclusión (cfr. BOCG, *Congreso, IV* Legislatura, serie B, 9 de mayo de 1990, núm. 14-6, p. 42).

<sup>71</sup> Ob. cit., p. 370.

<sup>72</sup> Cfr., por ejemplo, el artículo 97 del Código francés de la nacionalidad, y el artículo 12 de la Ley italiana de 5 de febrero de 1992.

<sup>73</sup> La Constitución de 1876 establecía, en su artículo 1.º, como causa de pérdida de la nacionalidad la admisión de empleo de otro Gobierno sin Real licencia. La Constitución de 1931 decía, lógicamente, «*sin licencia del Estado español*», pero no indicaba el órgano encargado de otorgarla.

camente se refería al prestado de modo voluntario y no al forzoso <sup>74</sup>.

Ahora bien, como el Fuero de los Españoles (cfr. art. 20) prescindió del requisito de la licencia o permiso y condicionaba la pérdida de la nacionalidad a la existencia de un acto obstativo (prohibición expresa del Jefe del Estado), los autores de la reforma de 15 de julio de 1954 se vieron obligados a llevar a cabo la necesaria armonización de ambos textos legales y, por tanto, a exigir en el artículo 23.1, del CC, *la prohibición expresa* del Jefe del Estado para que el servicio de las armas o el ejercicio del cargo público traigan consigo la pérdida de la nacionalidad.

Más tarde, por Decreto de 28 de diciembre de 1967, se establece la prohibición de prestar servicio de armas en país extranjero con carácter general, a la vez que, para aclarar las dudas que hasta entonces se habían suscitado, se señala que dicha prestación ha de ser *voluntaria*, y que implica pérdida de la nacionalidad tanto la prestación del servicio como su continuación <sup>75</sup>. En este sentido se pronuncian las resoluciones de 6 de junio y 24 de julio de 1968 y 29 de julio de 1971, al declarar que la pérdida de la nacionalidad únicamente debe tener aplicación cuando la *prestación o continuación* en el servicio de armas en país extranjero *viene determinada por una opción voluntaria*, pero no cuando el español se limita a sufrir la exigencia coactiva del servicio <sup>76</sup>. Por otra parte, la resolución de 29 de abril de 1976 declara que el cumplir determinadas exigencias burocráticas en orden al servicio militar (brasileño), dentro del territorio español, no supone tampoco entrar al servicio de las armas en un Estado extranjero, ni consiguientemente pérdida de la nacionalidad española <sup>77</sup>.

La Ley de reforma de 1982 ofrecía, en este punto, dos novedades (cfr. art. 24 del CC): 1.<sup>a</sup> Mención explícita del dato de la voluntariedad en la prestación del servicio de armas o en el ejercicio del cargo público. 2.<sup>a</sup> El acto obstativo (prohibición expresa),

<sup>74</sup> Cfr. resolución de 27 de setiembre de 1929.

<sup>75</sup> El artículo 23.1, de este Decreto decía: «queda prohibido a los españoles prestar voluntariamente servicio de armas en un país extranjero»; cuando esto suceda, «las autoridades que tengan noticia de haberse infringido la prohibición lo pondrán en conocimiento del Ministerio fiscal para que promueva la inscripción de la pérdida de la nacionalidad española». La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1968 daba instrucciones a los funcionarios del Ministerio fiscal para promover las inscripciones de pérdida de la nacionalidad española por esta causa.

<sup>76</sup> Es de advertir que España suscribió Convenios con Francia (de 9 de abril de 1969) e Italia (de 10 de junio de 1974) sobre prestación del servicio militar por parte de los dobles nacionales. En ambos Convenios se establece que el doble nacional (español, francés e italiano) quedará sujeto al servicio militar del Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual, a menos que declare su deseo de cumplirlo en el otro Estado. *Vid.* Resolución de 16 de setiembre de 1976.

<sup>77</sup> En este sentido. resolución de 2 de octubre de 1981.

al que se condiciona la pérdida de la nacionalidad, no ha de emanar del Jefe del Estado sino del Gobierno.

En cambio, la frase «ejercicio de un cargo público en un Estado extranjero» no fue objeto de aclaración o interpretación por parte de la Ley de reforma de 1982. Y, como la expresión legal *cargo público* significa dignidad, empleo u oficio que lleva aparejado el ejercicio de funciones públicas, cabía preguntarse ¿qué funciones públicas eran aquellas cuyo ejercicio lleva consigo la pérdida de la nacionalidad? Como tales solían considerarse por la doctrina aquellas que atribuyen una participación activa y directa en los poderes del Estado; por lo que la expresión *cargo público en un Estado extranjero* había que entenderla referida, igual que lo hacía la Constitución de 1931 (cfr. art. 24.1.º) a aquel «que lleve anejo ejercicio de autoridad o jurisdicción»; en este sentido, De Castro<sup>78</sup> la refería sólo a cargos políticos y de la alta Administración del Estado (excluyendo los empleos en ferrocarriles y monopolios estatales, el ser jurado, juez de paz, los cargos honoríficos, etc.), por supuesto con independencia de que la función se lleve a cabo en el poder legislativo, en el ejecutivo o en el judicial.

La Ley de Reforma de 1990 ha seguido este criterio interpretativo, y ha sustituido la expresión «cargo público» por la de «cargo político»<sup>79</sup>. Ahora bien, en cualquier caso la interpretación de esta cuestión deberá ser siempre restrictiva, debido al carácter de sanción que tiene en este supuesto la pérdida de la nacionalidad española; y, por otra parte, procede advertir que el posible «conflicto de calificaciones», que pueda plantearse entre las normas del Derecho español y las del Derecho extranjero respecto de la noción de «cargo político», deberá resolverse con arreglo al Derecho extranjero, es decir, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 12.1, del CC<sup>80</sup>.

Los requisitos actuales, para que se produzca esta causa de pérdida de la nacionalidad, son los siguientes:

a) *Prohibición expresa* (acto obstativo) *del Gobierno*, la cual adoptará la forma de Acuerdo aprobado en Consejo de Ministros<sup>81</sup>, y se inscribirá de oficio al margen del asiento de naci-

<sup>78</sup> Ob. cit., p. 437.

<sup>79</sup> LUCES GIL («El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil», AC, 1991, p. 130) considera que la nueva expresión «cargo político» tiene un significado más preciso y reducido. En cambio, CALVO ANTÓN (ob. cit., p. 495) juzga inadecuada la nueva calificación; en su opinión una fórmula más amplia («cuando entren voluntariamente al servicio de un país extranjero») hubiera sido más conveniente, y así recoger la idea de que lo importante es que el Gobierno español pueda provocar los efectos del precepto cuando lo considere oportuno por entender que la defensa de los intereses extranjeros perjudica en alguna medida los de España.

<sup>80</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, ob. cit., p. 225.

<sup>81</sup> Arg. ex art. 223, párrafo 1.º, R.Rc. En este sentido, Díez del Corral, *Comentario del Código civil*, cit., p. 213.



miento del interesado (cfr. art. 46 LRc.), previa su citación (cfr. art. 67 LRc.).

Dicha prohibición puede ser individual o referida a un grupo o colectivo de personas<sup>82</sup>, y adoptarse tanto *a priori* como *a posteriori*. Como dice Díez del Corral<sup>83</sup>, aunque lo más normal es que la prohibición se produzca *a posteriori*, nada impide que tal reacción se produzca anticipadamente, por ejemplo: como advertencia frente a la actitud del español naturalizado que se presenta como candidato a un cargo político importante en un Estado extranjero.

En mi opinión, el Decreto de 28 de diciembre de 1967, que con carácter general prohibía a todos los españoles prestar servicio de armas en países extranjeros, hay que considerarlo derogado<sup>84</sup> por dos tipos de razones: 1.<sup>a</sup> su carácter especial y coyuntural<sup>85</sup>, que respondía a una determinada configuración de la nacionalidad, distinta de la actualmente vigente; 2.<sup>a</sup>, que hoy, a tenor de la legislación vigente, el ejercicio de esta facultad es competencia del Gobierno y no, como antes, del Jefe del Estado<sup>86</sup>.

b) *Entrar voluntariamente al servicio de las armas o en el ejercicio de cargo político en un Estado extranjero contraviniendo la prohibición expresa*. Lo que puede suceder de dos maneras: *entrando* en el servicio de las armas o en el ejercicio del cargo político, o *continuando* en el servicio o en el ejercicio del cargo después de la prohibición.

La pérdida se produce *ipso iure*, desde el momento en que se comienza el servicio de las armas o el ejercicio del cargo político, o desde el momento en que se continúa en dicha situación contra la prohibición expresa<sup>87</sup>. Por ello, Seisdedos

---

<sup>82</sup> VILA COSTA («Comentario a la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 a 26 del Código civil en materia de nacionalidad», en colaboración con SANTOS ARNAU, *RJC*, 1983, p. 879), con respecto al derogado artículo 24, consideraba que dicho precepto debía ser interpretado concreta y puntualmente, «a través de una acepción directa y funcional del carácter expreso de la prohibición..., como parte que es de un conjunto de disposiciones de obligada interpretación restrictiva». PAZ AGÜERAS (ob. cit., p. 60) decía que «la prohibición de ejercer cargos públicos deberá determinarse por acuerdo del Gobierno, adoptado para cada caso concreto».

<sup>83</sup> *Comentario del Código civil*, cit., p. 213.

<sup>84</sup> PAZ AGÜERAS (ob. cit., p. 60) opina que sigue vigente en cuanto a los españoles que no lo sean de origen.

<sup>85</sup> Según Díez del Corral (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., p. 149, nota 7), fue «dictado como consecuencia de las reclamaciones diplomáticas motivadas por un contingente de mercenarios españoles que apoyaron a Tshombe en la secesión de Katanga».

<sup>86</sup> En este sentido, Díez del Corral (*Comentario del Código civil*, cit., p. 214), Fernández Rozas (ob. cit., p. 226), Calvo Antón (ob. cit., p. 495, nota 48). También es de esta opinión Espinar Vicente (*Derecho internacional privado. La nacionalidad*, 2.<sup>a</sup> ed., Granada, 1988, p. 129), y por ello considera que la prohibición deberá ser individualizada.

<sup>87</sup> Se echa de menos que no se haya previsto la concesión de un plazo al intere-

Muñoz<sup>88</sup> opina que «no resulta plenamente acertado hablar en estos casos de pérdida de la nacionalidad por *sanción gubernativa*», pues considera que «se trata más bien de una *sanción legal* vinculada automáticamente a la infracción de una *prohibición gubernativa*».

Por último, hay que precisar el sentido y alcance de la expresión legal «*en un Estado extranjero*»; es decir, si en ella se pueden considerar comprendidos los entes u organizaciones de carácter supranacional o internacional. Peré Raluy<sup>89</sup>, respecto de la Ley de reforma de 1954, a pesar de considerar la cuestión poco clara, entendía que debería resolverla en cada caso la disposición de la Jefatura del Estado en la que se estableciera la norma prohibitiva. Sin embargo, en mi opinión, si se parte de la premisa de que en materia de pérdida de la nacionalidad no cabe la interpretación extensiva ni el uso de la analogía, la frase legal únicamente puede entenderse referida a cualquier Estado extranjero al que España reconoce, e incluso a aquel Gobierno al que no reconoce, pero no es posible estimar comprendidas las entidades u organizaciones de carácter supranacional o internacional, con independencia de que España participe o no en ellas<sup>90</sup>.

En cuanto a la inscripción de la pérdida en el Registro civil, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley del Registro civil.

## V. NULIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DECLARADA EN SENTENCIA JUDICIAL

Después de enumerar los dos supuestos, ya examinados, de pérdida de la nacionalidad española como pena o sanción, el párrafo 2.º del artículo 25 del Código civil dice: *la sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella*

---

sado para que cese en el servicio de las armas o en el ejercicio del cargo político en el extranjero. Cfr., en este sentido, el artículo 97 del Código francés de la nacionalidad. En el trámite parlamentario de la Ley de 1990, la enmienda núm. 81 del grupo parlamentario IU-IC propugnaba esta garantía (*vid.* BOCG, Congreso, IV Legislatura, serie B, 9 de mayo de 1990, n.º 14-6, p. 42).

<sup>88</sup> «Pérdida de la nacionalidad: comentario al artículo 25 del Código civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, 1991, p. 374.

<sup>89</sup> *Derecho de nacionalidad*, cit., pp. 183-184.

<sup>90</sup> Las legislaciones de otros países han cuidado de extender expresamente la prohibición a las organizaciones internacionales de las que no forman parte. Cfr., por ejemplo, el artículo 97 del Código francés de la nacionalidad de 9 de enero de 1973. y el artículo 12 de la Ley italiana de 5 de febrero de 1992.

*efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.*

En primer lugar, hay que reiterar que ya no se trata de un supuesto de pérdida de la nacionalidad española<sup>91</sup>, sino de un caso de nulidad de la adquisición de la nacionalidad. Razón por la cual es evidente la incorrección técnica en que ha incurrido el legislador de 1990 al incluir este precepto en el artículo 25, a continuación de los supuestos de pérdida de la nacionalidad como pena o sanción. Como advierte García Rubio<sup>92</sup>, «debería ser un precepto autónomo que, además, estaría mejor situado después del dedicado a la recuperación; situación ésta que, por un lado, evitaría los problemas interpretativos que suscita el actual artículo 26.2.a), en relación con el propio artículo 25.2; y, por otro, no suscitaría duda alguna sobre su aplicación en las hipótesis de falsedad, ocultación o fraude en la recuperación de la nacionalidad».

Esta afirmación permite asegurar que el ámbito de aplicación del precepto legal no se circunscribe a los españoles que no lo sean de origen, sino que también alcanza a todos aquellos casos en que la nacionalidad española «de origen» se haya adquirido con posterioridad al nacimiento, concretamente a los supuestos contemplados en los artículos 17.2 y 19 del Código civil<sup>93</sup>.

Por consiguiente, la falsedad, ocultación o fraude se refiere necesariamente a alguna de las exigencias o presupuestos legales exigidos para adquirir la nacionalidad española no originaria en virtud de opción (en los casos previstos en el vigente artículo 20 del CC y disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley de Reforma de 1990), por carta de naturaleza o por residencia, o bien de la nacionalidad española de origen que se haya adquirido con posterioridad al nacimiento.

La falta de buena fe en el adquirente impide la consolidación de la nacionalidad a que se refiere el vigente artículo 18 del CC<sup>94</sup>.

La sentencia firme produce la nulidad de la adquisición con efectos retroactivos, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. Terceros, a este efecto, son todos los interesados en un acto o relación que presuponga, para su validez o plena eficacia, la condición de español en el sujeto cuya adquisición se anula<sup>95</sup>. Como dice García Rubio<sup>96</sup>, el artículo

<sup>91</sup> La Ley de Reforma de 1982 lo incluyó como un nuevo supuesto de sanción judicial. FERNÁNDEZ ROZAS (ob. cit., p. 224) decía que era «un instrumento de defensa del Estado en los casos en los que la nacionalidad se haya adquirido efectivamente en contra de la reglamentación vigente».

<sup>92</sup> «Consolidación de la nacionalidad española», *ADC*, 1992, p. 943, nota 45.

<sup>93</sup> En este sentido, SEISDEDOS MUIÑO, ob. cit., p. 378.

<sup>94</sup> Sobre esta cuestión, vid. GARCÍA RUBIO, ob. cit., pp. 942 y ss.

<sup>95</sup> Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, ob. cit., pp. 379-380.

<sup>96</sup> Ob. cit., p. 944.

25.2 del CC es una norma de protección de la apariencia en materia de nacionalidad; y la apariencia se trata como si fuera la realidad misma y la persona ajena a su formación (tercero de buena fe) obtiene una protección inmediata y definitiva <sup>97</sup>.

La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio fiscal de oficio o en virtud de denuncia; por consiguiente, un particular no puede ejercitar la acción, sino únicamente denunciar el caso al Ministerio fiscal, el cual, si lo estima pertinente, interpondrá la acción <sup>98</sup>.

El plazo de ejercicio de la acción se fija en quince años (cfr. art. 25.2, CC). Por tratarse de una acción relativa al estado civil, habrá que estimar que este plazo es de caducidad <sup>99</sup>, cuyo *dies a quo* es el de la fecha de inscripción en el Registro civil de la pretendida adquisición <sup>100</sup>. Como puede observarse, aunque en la adquisición haya existido mala fe, el simple transcurso de los quince años dará lugar a la *consolidación* de la nacionalidad española <sup>101</sup>.

Al no decirse nada sobre la vía judicial, la declaración de falsedad, ocultación o fraude (en realidad declaración de nulidad de la adquisición), deberá obtenerse en la vía judicial civil o de lo contrario no tendría sentido la referencia al Ministerio fiscal, siendo el juicio de menor cuantía el cauce apropiado para ello, si bien hay que reconocer que la adquisición por carta de naturaleza o por residencia también podrá ser impugnada en la vía contencioso-administrativa <sup>102</sup>.

El Juez competente para la ejecución de la sentencia deberá promover su inscripción en el Registro; y, a tal efecto, remitirá

---

<sup>97</sup> Cfr. GORDILLO, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 453-454.

<sup>98</sup> En este sentido, O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. I (parte general), 2.ª ed., Madrid, p. 337. MARTÍN GRANIZO (ob. cit., p. 294) califica esta acción de «pública».

<sup>99</sup> DIEZ DEL CORRAL (*Comentario del Código civil*, cit., p. 213) considera que se trata de un plazo de prescripción.

<sup>100</sup> En este sentido DÍAZ GARCÍA, ob. cit., p. 109. En opinión de GARCÍA RUBIO (ob. cit., p. 945) «hubiera sido mucho más correcto establecer un plazo de caducidad de la acción de nulidad por falsedad, ocultación o fraude mucho más corto; a la vez, establecerlo con una fecha de inicio del cómputo de naturaleza subjetiva: la del conocimiento preciso de la falsedad, ocultación o fraude por parte del Ministerio fiscal». Considera «que tal fórmula garantizaría mucho mejor que la actual la sanción al interesado de mala fe, por cuanto obligaría al Ministerio fiscal a ejercitar la acción una vez conocidos la ocultación, la falsedad o el fraude, y ello con independencia del tiempo transcurrido entre aquella adquisición fraudulenta y el ejercicio efectivo de la acción».

<sup>101</sup> Como advierte GARCÍA RUBIO (ob. cit., p. 946, nota 56), «sería precisa la inscripción en el Registro civil, imprescindible para que haya adquisición de la nacionalidad en sentido técnico, aunque dicha adquisición sea fraudulenta».

<sup>102</sup> Cfr. art. 22.5, CC; *vid.* LETE DEL RÍO, *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinados por R. BERCOVITZ, Madrid, 1993, pp. 782-783.

testimonio bastante al Encargado del Registro civil (cfr. arts. 25 LRc. y 82 RRc.).

Por otra parte, hay que reiterar que el artículo 25.2, del CC no comprende todos los supuestos de nulidad de la adquisición de la nacionalidad española, sino únicamente aquellos en que el interesado haya incurrido en falsedad, ocultación o fraude. Como dice la resolución de 6 de marzo de 1989, este precepto (art. 24.1, según redacción de la Ley de Reforma de 1982 y homólogo del vigente art. 25.2) se refiere a los casos en los que, a través de esas maquinaciones, se haya obtenido una concesión de la nacionalidad española sin que concurran en la realidad los presupuestos legales exigidos, pero no puede alcanzar a hipótesis de inexistencia de la concesión y, consiguientemente, de la adquisición, afectada por ello de nulidad radical o de pleno derecho. En esta resolución se planteaba la cuestión de si, por inexistencia de la concesión de la nacionalidad, es viable la cancelación por expediente. La respuesta es afirmativa. Se considera aplicable la excepción prevista en el artículo 94.1 de la LRc., el cual permite rectificar por expediente gubernativo, con dictamen favorable del Ministerio fiscal, «aquellos errores cuya evidencia resulte de la confrontación con los documentos en cuya sola virtud se ha practicado la inscripción»; y se justifica del siguiente modo: «no obstante el carácter excepcional de las rectificaciones por expediente, juega en este caso un argumento de *maior ad minus*. Porque si la Orden ministerial de concesión existiera y de su confrontación con el asiento resultara éste erróneo, sería sin duda posible su rectificación e, incluso, su cancelación, si por ejemplo, esa compulsa demostrara que era una persona distinta de la inscrita la que había obtenido la nacionalidad española. Con igual o mayor motivo ha de ser posible la cancelación por expediente cuando aquella confrontación acredita que no ha existido siquiera la concesión de la nacionalidad»<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Cfr. Díez del Corral, *Comentarios del Código civil*, cit., pp. 212-213; Lledó Yagüe, *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinados por R. Bercof, Madrid, 1993, pp. 817-818.

# LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL \*

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alicante

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INMUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SUS CONSECUENCIAS.—III. EL FUNDAMENTO DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.—IV. LOS SISTEMAS DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 1. Mutabilidad del régimen económico matrimonial basada en la previa autorización judicial. 2. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin necesidad de previa autorización judicial. 3. Mutabilidad del régimen económico matrimonial con limitación temporal. 4. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin limitación temporal. 5. Mutabilidad del régimen económico matrimonial circunscrita a los regímenes previstos en la ley. 6. Mutabilidad del régimen económico matrimonial no circunscrita a los regímenes previstos en la ley.—V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. 1. La innecesariedad de previa autorización judicial. 2. La publicidad de la modificación del régimen económico matrimonial. 3. La protección de los acreedores. 4. La protección de los terceros otorgantes. 5. La libertad de los cónyuges para adoptar un régimen económico matrimonial no previsto legalmente. 6. La inexistencia de un plazo de inalterabilidad del régimen económico matrimonial.—VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL.

---

\* Este estudio monográfico constituye la culminación de una serie de trabajos sobre los problemas que plantea el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial por voluntad de los cónyuges, plasmada en capitulaciones matrimoniales, que tienen su origen en la ponencia de defendí en el año 1977 en el Seminario de Derecho civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, que dirigiera don FEDERICO DE CASTRO.

## I. INTRODUCCIÓN

Si se tiene en cuenta el elevado número de estudios publicados en los últimos años, el tema que se examina en este estudio es uno de los que más interés ha suscitado en torno a la reforma del Derecho de familia, que arranca de la Ley de 2 de mayo de 1975 y concluye, en lo relativo al régimen económico matrimonial, con la Ley de 13 de mayo de 1981.

En este estudio tratamos de precisar las repercusiones que la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha tenido en nuestro Derecho común, es decir, en el marco del Código Civil (en adelante CC). A tal efecto, ha sido imprescindible como tarea previa, reflejar la situación anterior a la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975, exponiendo el significado y las consecuencias de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Realizada esta labor, analizamos el fundamento de la mutabilidad del régimen económico matrimonial y los sistemas a través de los que puede organizarse, ya que en la actualidad el problema que interesa no es tanto el de la fundamentación de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, que es admitida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como el de la manera en que se ha de estructurar jurídicamente dicha mutabilidad, pues puede ser organizada de formas diversas, como prueba el Derecho comparado, buscando la salvaguardia de intereses de muy variada naturaleza, como el de la familia, el de los cónyuges y el de los terceros, especialmente los acreedores de los cónyuges. El análisis comparativo apuntado sirve, sin duda, para conocer mejor el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial que rige en nuestro Derecho y para enjuiciarlo con el debido rigor. Desde esta perspectiva examinamos las diversas críticas que en relación con el mismo se han formulado por la doctrina, lo cual es necesario para apreciar adecuadamente su efectividad. Ello nos obliga a analizar con particular atención el trascendental problema de la protección de los acreedores cuando tiene lugar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. En la práctica ésta es la cuestión que más interesa, como evidencia el elevado número de sentencias del Tribunal Supremo (en lo sucesivo TS) que la solucionan con criterios no totalmente coincidentes. El examen crítico de la importante doctrina jurisprudencial existente constituye una tarea inexcusable, que afrontamos con detenimiento en este estudio. Por último, tras conocer el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial acogido en nuestro CC, procede exponer las diversas consecuencias que derivan de la posibilidad que tienen los cónyuges, a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, de cambiar o modificar durante el matrimonio el régimen económico conyugal.

El título del estudio pone de relieve implícitamente la conexión existente entre las capitulaciones matrimoniales y la mutabilidad del régimen económico matrimonial. Ciertamente, el régimen económico matrimonial puede ser modificado en nuestro Derecho por obra directa de la ley en determinados casos, o a través de una decisión judicial, pero cuando se habla de mutabilidad del régimen económico matrimonial se está aludiendo a la posibilidad que tienen los cónyuges de llegar a un acuerdo para modificar o sustituir el régimen económico matrimonial, lo cual han de hacerlo a través de un negocio de Derecho de familia denominado capitulaciones matrimoniales (artículos 1.315, 1.325 y 1.326 CC) <sup>1</sup>.

De los artículos 1.325 y 1.326 se desprende que la facultad que el CC confiere a los cónyuges para determinar por sí mismos el régimen económico matrimonial puede ejercitarse antes o después de celebrado el matrimonio. Por tanto, la libertad de estipulación se extiende, no sólo a la determinación del régimen, sino también a su modificación posterior, bien que rija entre ellos un régimen convencional o legal, al haber incorporado las reformas de 1975 y 1981, al principio de libertad de pacto, el de mutabilidad.

Cuando se menciona la mutabilidad del régimen económico matrimonial se está aludiendo al cambio o a la modificación del régimen económico matrimonial que se produce durante el matrimonio en virtud de un acuerdo de los cónyuges plasmado en capitulaciones matrimoniales. La posibilidad de modificar o sustituir el régimen económico matrimonial adoptado antes de la celebración del matrimonio, en virtud de nuevas capitulaciones, nunca ha planteado problemas de licitud en nuestro Derecho. Se admitió en la redacción originaria del artículo 1.319 CC, y después de la reforma de 13 de mayo de 1981, la eficacia de las capitulaciones prenupciales, contempladas en el artículo 1.326, está sometida a lo dispuesto en el artículo 1.334.

El análisis de las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial va a circunscribirse al Derecho común,

---

<sup>1</sup> Por ello, la facultad de solicitar a la autoridad judicial la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación, que los artículos 1.393 y 1.415 CC otorgan a cada cónyuge, no tiene nada que ver con el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial al que hacemos referencia. En los casos contemplados en el artículo 1.393, la autoridad judicial decreta la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación porque uno de los cónyuges se lo ha pedido, basándose necesariamente en alguna de las causas establecidas taxativamente en dicho precepto. Además, debemos remarcar que la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación por concurrir alguna de las causas previstas en el artículo 1.393, es totalmente ajena al sistema de mutabilidad judicialmente controlada, que rige en algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, el belga o el suizo, ya que en los mismos la modificación o el cambio del régimen económico matrimonial se apoya en el acuerdo de los cónyuges (*le contrat de mariage*) sobre el que se proyecta la autorización judicial, como tendremos ocasión de mostrar más adelante.



teniendo en cuenta la normativa de nuestro CC. Ello no implica, desde luego, que desconozcamos la extraordinaria importancia del tema en el ámbito de los Derechos especiales o forales, sino todo lo contrario. Precisamente, el gran interés que ofrece el tema en algunos de éstos, donde tradicionalmente se ha permitido el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales constante matrimonio (Aragón, Baleares, Cataluña y Navarra), ha aconsejado, en aras de no hacer este estudio excesivamente largo o puramente superficial, limitarlo en su posible contenido.

Muy importante es la trascendencia sociológica de la mutabilidad del régimen económico matrimonial. El nuevo principio es causa determinante del espectacular incremento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común, seguramente, porque es durante el matrimonio cuando el interés de la familia suele aconsejar el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

Con anterioridad a la reforma de 2 de mayo de 1975, las capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común se otorgaron escamamente, debido a que no podían ser postnupciales. Es un fenómeno sociológico que se observa en todos los países que las convenciones sobre el régimen económico matrimonial no suelen establecerse antes de la celebración del matrimonio, sino durante el mismo. En Francia, donde se ha analizado con rigor el fenómeno, diversas encuestas realizadas por el Instituto de la Opinión Pública (INOP) han evidenciado las principales razones que lo explican. De los resultados de las mismas se extrae la conclusión de que la mayor parte de los que contraen matrimonio no están informados, al menos suficientemente, antes de casarse del contrato de matrimonio (las capitulaciones matrimoniales), del régimen legal y de los regímenes convencionales. Por ello, se ha dicho que la libertad de las convenciones matrimoniales que establece el CC es una libertad «ignorada» para la inmensa mayoría de los que contraen matrimonio. Además, se observa que la adopción del régimen legal parece, de hecho, más el resultado de una actitud pasiva respecto a las convenciones matrimoniales que el objeto de una reflexiva elección por parte de los interesados<sup>2</sup>. En nuestra doctrina<sup>3</sup> se ha puesto de relieve este problema en relación con la sociedad de gananciales, destacándose que los contrayentes celebran el matrimonio bajo un régimen económico que ni siquie-

---

<sup>2</sup> RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», en *Le statut matrimonial du français*, II, 75 Congrès des Notaires de France. La Baule 7 au 10 mai, 1978, p. 797. Un completo análisis estadístico sobre los contratos de matrimonio (capitulaciones matrimoniales) en Francia por A. RIEG, F. LOTZ y P. REIG, *Tecnik des régimes matrimoniaux*, París, 1993, pp. 167 y ss.

<sup>3</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *ADC*, 1969, p. 30.

ra conocen o del que sólo tienen una vaga referencia. No puede considerarse como una capitulación tácita. He aquí las razones que explican el escaso número de las capitulaciones matrimoniales en los territorios de Derecho común cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y porque se capitulaba en mucha mayor medida en los de Derecho foral.

Lo afirmado viene avalado por las estadísticas de los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde se da noticia del número de instrumentos autorizados en los distintos Colegios Notariales de España. Estos datos estadísticos muestran que, a partir de 1975, cada vez con mayor intensidad ha aumentado el número de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en los territorios de Derecho común, que sobrepasa con creces al de las otorgadas en aquellos territorios de Derecho foral donde ha sido posible tradicionalmente otorgar capitulaciones constante matrimonio.

En el año 1991 las capitulaciones matrimoniales otorgadas en las regiones de Derecho común fueron las siguientes:

Colegio Notarial de Albacete .....	1.470
Colegio Notarial de Burgos .....	730
Colegio Notarial de Cáceres .....	480
Colegio Notarial de Granada .....	2.066
Colegio Notarial de Las Palmas .....	1.414
Colegio Notarial de Madrid .....	5.474
Colegio Notarial de Oviedo .....	744
Colegio Notarial de Sevilla .....	2.117
Colegio Notarial de Valencia .....	5.271
Colegio Notarial de Valladolid .....	840

---

Total .....

20.606

En las regiones de Derecho foral se otorgaron en el año 1991 las siguientes:

Colegio Notarial de Baleares ...	192
Colegio Notarial de Barcelona ..	359
Colegio Notarial de Bilbao .....	1.130
Colegio Notarial de La Coruña .	1.506
Colegio Notarial de Pamplona ..	784
Colegio Notarial de Zaragoza ...	1.059

---

Total .....

5.030

La razón del extraordinario aumento de las capitulaciones matrimoniales se encuentra en la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de

mayo de 1975. Lo más frecuente es la estipulación del régimen de separación de bienes, siendo otorgadas las capitulaciones matrimoniales en la mayor parte de los casos por cónyuges que están separados de hecho, aunque tampoco es infrecuente que los cónyuges traten de esta manera de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos es comerciante o está dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico.

El hecho de que en Cataluña el régimen legal supletorio sea el de separación de bienes, explica, de acuerdo con lo apuntado, el escaso número de capitulaciones matrimoniales que en el año 1991 se otorgaron en esta región, en comparación con regiones como las de Madrid o Valencia, donde el régimen legal supletorio es el de la sociedad de gananciales.

Aunque ha podido cuestionarse si la Ley de 7 de julio de 1981, al introducir la posibilidad del divorcio y dar solución a las separaciones de hecho, determinaría una disminución también espectacular del número de capitulaciones postnupciales<sup>4</sup>, no parece, sin embargo, que haya decrecido o que vaya a decrecer por tal causa el número de las capitulaciones matrimoniales, porque la separación de hecho no ha de avocar necesariamente en el divorcio o la separación judicial, y si tiene lugar uno u otra, es lógico que en el período precedente, que puede ser bastante largo, a la demanda de separación o divorcio, los cónyuges traten de solucionar amistosamente determinados problemas a través de capitulaciones matrimoniales, que como ha señalado Fosar<sup>5</sup> pueden incluso contener pactos que contemplen una determinada manera de liquidar sus consecuencias patrimoniales, incidiendo de esta manera en la futura configuración del contenido del convenio regulador previsto en el artículo 90 CC<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> ROCA TRIAS, «Constitució i família», *RJC*, 1984, p. 302.

<sup>5</sup> FOSAR, «La separación y el divorcio en el Derecho español vigente», en *Estudios de Derecho de familia*, II-1.º, Barcelona, 1982, pp. 322-324.

<sup>6</sup> MARTÍN GANCEDO («Algunos problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales como fórmula notarial de encauzar jurídicamente la separación de hecho a la vista de la nueva reforma del CC de 13 de mayo de 1981», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, p. 82) considera perfectamente posible que los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, que regulan la separación de hecho, establezcan el convenio regulador, que sólo será necesario presentar a la aprobación judicial cuando decidan pasar de esta separación «amistosa» a una separación judicial o al divorcio y entre tanto les obligará como un pacto más de las capitulaciones matrimoniales.

DE LA CÁMARA («La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *BICNG*, 1986, pp. 27-28) pone de relieve que el contenido de los pactos privados de separación suele coincidir con el que ha de tener el convenio regulador según el artículo 90 CC. Es decir, se tocan casi siempre los mismos extremos que en aquel precepto se indican. Mi experiencia profesional me ha enseñado que no es del todo infrecuente que, existiendo mera separación de hecho,

La posibilidad de otorgar capitulaciones postnupciales, además de su incidencia en lo relativo a las cuestiones referentes al régimen económico matrimonial, también repercute en el ámbito sucesorio, habiendo cobrado en este punto las capitulaciones matrimoniales desde el año 1975 una importancia práctica que antes poseían en grado muy escaso, ya que los pactos sucesorios admitidos excepcionalmente en el CC (artículos 826, 827 y 831) pueden establecerse ahora en capitulaciones otorgadas durante el matrimonio <sup>7</sup>.

## II. LA INMUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SUS CONSECUENCIAS

De conformidad con el Derecho consuetudinario francés <sup>8</sup>, la jurisprudencia del Parlamento de París <sup>9</sup> y la doctrina de Pothier <sup>10</sup>,

---

el pacto se prevea como un posible convenio regulador para el supuesto de que, en el futuro, los cónyuges decidan separarse legalmente.

En análogo sentido GARRIDO DE PALMA (*Derecho de la familia*, Madrid, 1993, pp. 37 y ss.), que examina las cuestiones fundamentales sobre las capitulaciones con convenio regulador de la separación o del divorcio. Además refleja un modelo de capitulaciones con convenio regulador, con estipulaciones sobre los hijos, la vivienda y ajuar familiares, las cargas del matrimonio y alimentos, el régimen económico del matrimonio y la pensión.

<sup>7</sup> Sobre esta problemática, VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», en *Estudios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, Madrid, 1980, pp. 269 y ss.

<sup>8</sup> En contra la tesis de KUNTZ («Origine de l'article 1.395 du Code Civil», en *Revue Générale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*, 1883, pp. 493-494), que trató de demostrar el origen germánico del principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, todo parece indicar que el mismo surge en el Derecho consuetudinario francés. En numerosas costumbres se proclama la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, una vez que haya tenido lugar el matrimonio (DELALANDE, *L'inmutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, París, 1948, pp. 12 y ss; VILLERS, «Note sur l'inmutabilité des conventions matrimoniales dans l'ancien Droit français», en *Droit privé et institutions régionales. Études historiques offertes à Jean Ivier*, París, 1976, pp. 682 y ss).

<sup>9</sup> En la famosa sentencia del Parlamento de París de 19 de mayo de 1589, denominada sentencia «Coigneaux», se proclama con suma claridad la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, por ser necesaria «pour vivre en patience, sans perturbation dans les ménages» (CHENU, *Règlements notables, question 63*, París, 1611, p. 259). Durante el siglo XVII, cada vez con mayor rotundidad, el Parlamento de París (Sentencias de 5 de abril de 1605, 16 de agosto de 1605, 7 de diciembre de 1625, 27 de julio de 1634 y otras) va a rechazar la validez de las modificaciones de todo tipo realizadas durante el matrimonio por acuerdo de los cónyuges (LOUET, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, aumentado por BRODEAU, *Lettre M. Sommaire 4*, París, 1663). Esta jurisprudencia influirá decisivamente en la doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII, defendiéndose de forma unánime la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales constante matrimonio.

<sup>10</sup> POTHIER, «Introduction au traité de la communauté», en *Oeuvres*, VIII, nueva edición por SIFFREIN, París, 1822, pp. 7-9. Explica con claridad el significado de

el CC francés de 1804 (artículo 1.394)<sup>11</sup> y los CC que siguieron su orientación, entre los que se encontraba el español (artículo 1.320)<sup>12</sup>, establecieron de forma rigurosa el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial constante matrimonio. De este principio la doctrina y la jurisprudencia extrajeron numerosas consecuencias jurídicas. Como sucede frecuentemente, no existió una total concordia entre los autores y Tribunales a la hora de establecerlas, ya que algunos afirmaron la más completa imposibilidad de modificar en algún sentido a través del acuerdo de los cónyuges el régimen económico matrimonial, y otros, en cambio, no defendieron una tesis tan radical. En realidad, como señaló

---

la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, señalando que después de la celebración del matrimonio no cabe su modificación por acuerdo de los cónyuges.

<sup>11</sup> En los trabajos preparatorios del CC francés apenas suscitó controversias la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, justificándola sin paliativos BERLIER y SIMEON (FINET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, reimpresión de la edición de París de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 667 y 810).

<sup>12</sup> Con anterioridad, la regla de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales aparece formulada en los artículos 1.238 y 1.242 del Proyecto de 1851, cuyo criterio es justificado por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pp. 666 y ss), argumentando de manera similar a la de los primeros comentaristas del CC francés (*vid.* DURANTON, *Cours de Droit civil français*, XIV, París, 1832, pp. 30-39; TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, París, 1850, p. 240).

En el Derecho castellano existieron capitulaciones matrimoniales que no eran meras cartas dotes o manifestaciones de los bienes aportados al matrimonio, tal como ha demostrado PEÑA [«Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales, renuncia a la sociedad de gananciales)», *RDN*, 1976, p. 165 y *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pp. 191-192], basándose en las Partidas (P. 4, 11, 24) y en la doctrina de nuestros clásicos (AZEVEDO, MATIENZO, JUAN GUTIÉRREZ, RODRIGO SUÁREZ, entre otros). La verdad es que según los autores clásicos castellanos la organización económica del régimen conyugal había de regirse, en primer lugar, por los convenios de los contrayentes, siempre que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (AZEVEDO, *Comm.*, 5, 9, 9, núm. 7.º, 3.º), y una de las hipótesis posibles —y frecuentes cuando se casaba hombre rico con mujer pobre— era el pacto, *anterior al matrimonio*, en el que la mujer renunciaba a los gananciales, estipulando los contrayentes que no había de regir entre ellos la sociedad de gananciales, con lo que se daba paso así al sistema de separación. Esta tesis es confirmada, a nuestro juicio, por el análisis de los documentos de la época que se encuentran en el Archivo Histórico Nacional y en el Archivo Histórico de Protocolos (en esta difícil labor me fue de gran utilidad la ayuda de María Luz Alonso, investigador del CSIC), pudiendo citarse, a título de ejemplo, unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en Córdoba el día 16 de febrero de 1776 (Archivo Histórico Nacional. Sección Consejos, leg. 2100, núm. 5) por don Francisco Martínez de Vallejo y doña María Pérez de Guzmán el Bueno. Todo indica que no se podía modificar el régimen económico conyugal constante matrimonio (PEÑA, como hemos visto, se refiere precisamente al pacto anterior al matrimonio) por el mero acuerdo de los cónyuges, si bien es cierto que la Ley 60 de Toro permitía excepcionalmente que la mujer pudiese renunciar a los gananciales durante el matrimonio (*vid.* Antonio GÓMEZ, *Ad leges Thauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1794, pp. 633 y ss).

Thebaud<sup>13</sup>, la solución adoptada dependía de la postura favorable o contraria al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

La cuestión era extraordinariamente importante, porque la generalidad de los autores<sup>14</sup> estimó que la vulneración del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determinaba la nulidad absoluta de cualquier acto que estuviera en contra del mismo. En nuestro Derecho, esta tesis se apoyaba en los textos de los artículos 1.319, 1.320 y 1.393 CC, en su redacción originaria<sup>15</sup>.

La doctrina francesa<sup>16</sup> destacó incluso que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial obedecía a una razón de orden público.

Ciertamente, la vulneración del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determinaba la nulidad absoluta de las capitulaciones postnupciales y de los actos contrarios al mismo, por el carácter marcadamente imperativo de los artículos 1.319, 1.320 y 1.393 CC. Sin embargo, Díez-Picazo<sup>17</sup> señaló con

<sup>13</sup> THEBAUD, *Les rapports de l'inmutabilité des conventions matrimoniales et du emploi dans les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1960, p. 10.

<sup>14</sup> MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, 6.ª edición revisada y puesta al día por MORENO MOCHOLI, Madrid, 1969, pp. 181-182; DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT», VI, *De los regímenes matrimoniales*, Madrid, 1955, p. 84; NAGORE, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en el Derecho común y foral», en *Estudios en honor del prof. Castán Tobeñas*, IV, Pamplona, 1969, p. 546; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, IV-1.º, *Familia y sucesiones*, Pamplona, 1966, p. 167; PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho civil*, IV-1.º, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, 1967, p. 418.

Igual criterio fue adoptado por la doctrina francesa en atención al texto de los artículos 1.394 y 1.395 CC francés, e incluso con anterioridad: PREVOT DE LA JANES, *Principes de la jurisprudence française suivant l'ordre des divers especes d'actions qui se poursuivent en Justice*, II, Paris, 1780, núm. 321; ROGRON, *Codes français expliqués*, Paris, 1843, p. 262; TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, Paris, 1857, p. 243; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, Paris, 1885, p. 200; GUERIN, *Étude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1906, pp. 134 y ss.; ESMEIN en AUBRY y EAU, *Droit civil français*, VII, Paris, 1948, pp. 415 y ss.; DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, X-1.º del *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, 1949, p. 230; COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, 10 edición por JULIOT DE LA MORANDIERE, Paris, 1950, pp. 90 y ss.; BOULANGER, «Régimes matrimoniaux», en *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, VIII, Paris, 1957, p. 114.

También la doctrina italiana: BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, Napoli-Torino, 1924, pp. 77-78; PACIFICI-MAZONI, *Istituzioni di diritto civiles*, 5.ª edición por VENZI, V-1.ª parte, Firenze, 1921, pp. 83-84.

<sup>15</sup> MANRESA (Comentarios al Código Civil español, IX, cit., pp. 641-642) aplicó el criterio que informaba al artículo 1.393 a cualquier régimen matrimonial.

<sup>16</sup> Véase la referencia doctrinal que aparece en la nota 14.

<sup>17</sup> Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1976, p. 78.

toda razón que no podía decirse seriamente que la regla de la inmodificabilidad del artículo 1.320 CC fuese una norma de orden público, porque ello equivaldría a admitir la existencia de un orden público castellano distinto del orden público catalán o del orden público aragonés.

Las consecuencias jurídicas que se conectaron al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial fueron las siguientes:

1.<sup>a</sup> *Los cónyuges no podían cambiar o modificar durante el matrimonio su régimen económico, legal o convencional.* Esta importante consecuencia se deducía de los artículos 1.319 y 1.320 CC. Además, a igual criterio respondían los artículos 1.393 y 1.417, relativos al comienzo y la terminación de la sociedad de gananciales, 1.338, 1.369, 1.370 y 1.371, referentes al régimen dotal, y 1.432, sobre el régimen de separación.

La mayor parte de los autores y el propio TS dieron un alcance extraordinariamente amplio al principio de inmutabilidad<sup>18</sup>. Se afirmaba que no sólo las capitulaciones matrimoniales eran irreformables después de celebrado el matrimonio, sino que cualquiera que fuese el régimen económico matrimonial no se admitían más alteraciones que las resultantes de la ley o de la providencia judicial (artículos 1.433 y ss. CC).

Con claridad dirá Sánchez Román<sup>19</sup> que el artículo 1.320 es tan terminante que ni siquiera autoriza el Código para abandonar las estipulaciones hechas con tal motivo (la celebración del ma-

<sup>18</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, *Derecho de familia*, Madrid, 1912, p. 566; MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, IX, cit., pp. 185-186; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXI, revisado por REYES MONTERREAL, Madrid, 1967, pp. 216 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V, *Derecho de familia*, 1.º, *Relaciones conyugales*, 8.ª edición revisada y ampliada con el concurso de CALVILLO, Madrid, 1960, p. 199; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Madrid, 1960, p. 199; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-1.º, cit., p. 383; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Notas al Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, IV-1.º, *Derecho de familia. El matrimonio*, Barcelona, 1953, p. 300; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, IV-1.º, cit., pp. 170-171.

En Francia: TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, cit., pp. 246 y ss.; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, cit, pp. 208 y ss.; LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXI, Bruxelles-Paris, 1878, pp. 90 y ss.; JACQUET, *Effets et sanctions de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1902, pp. 90 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, I, Paris, 1906, pp. 126 y ss.; BOULANGER, «Régimes matrimoniaux», cit., pp. 114 y ss.

En Italia: BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pp. 77 y ss.; PACIFICI-MAZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V-1.ª parte, cit., pp. 84 y ss.; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, II-2.º, traducción de la 4.ª edición italiana por SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJJEIRO, Madrid, s.f., p. 127; TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, traducción por SENTÍS y AYERRA, 1954, p. 71.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit., p. 566.

trimonio) y sustituirlas por el régimen legal presunto de gananciales, que el artículo 1.315 establece en defecto de capitulaciones matrimoniales, porque, aunque dicho régimen legal de gananciales sea un régimen arraigado en el Derecho de Castilla y de carácter normal, es al fin un sistema de índole supletoria, sólo presumido por la ley en defecto de dichas capitulaciones, cuya inalterabilidad sanciona en términos absolutos el expresado artículo 1.320, sin hacer excepción alguna.

Frente a una concepción tan absoluta del principio de la inmutabilidad, que cercenaba cualquier posibilidad de alteración, directa e indirecta, del régimen de bienes durante el matrimonio, y que incluso para algunos autores se extendía más allá de las convenciones referentes al régimen económico matrimonial, un sector de la doctrina acogió una concepción menos rígida, tratando de dar solución de esta manera a las anómalas situaciones que surgen cuando los cónyuges están separados de hecho y, en general, a los problemas que siempre surgen cuando el régimen económico matrimonial adoptado no se adecua bien a las nuevas necesidades de la familia.

De igual manera que aconteció en Francia<sup>20</sup> o en Italia<sup>21</sup>, algunos autores propugnaron en nuestro Derecho una concepción flexible del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, con atinadas observaciones.

De la Cámara<sup>22</sup> justificó con amplitud este punto de vista: El CC no contiene ningún precepto que de forma terminante y general prohíba todas las posibles modificaciones o alteraciones del régimen de bienes vigente en el matrimonio. Se limita concretamente a prohibir la modificación postnupcial de lo pactado en capitulaciones y a prohibir, asimismo, que éstas se otorguen por quienes ya están casados (artículos 1.315 y 1.319 CC). De estos preceptos se desprende, sin duda, un criterio hostil a la modificación, posterior al matrimonio, del régimen de bienes vigente en el mismo, pero de aquí no se sigue necesariamente que cualquier

---

<sup>20</sup> SAVATIER, «De la portée et de la valeur du principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales», *RTDC*, 1921, pp. 93 y ss.; THEBAUD, *Les rapports de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., p. 60.

La jurisprudencia francesa considera que sólo son nulos por estar en contra de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, los actos que avocan a un resultado contrario al fin general perseguido por los cónyuges al adoptar el régimen: El acto celebrado por los cónyuges durante el matrimonio no modifica el pacto matrimonial, sino que asegura solamente su ejecución, cuando, conforme a las previsiones del contrato, conduce a unos resultados equivalentes a los que han querido los cónyuges (H. L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV-1.º, *Régimes matrimoniaux*, París, 982, pp. 80-81).

<sup>21</sup> FERRARA, *Diritto della persona e di famiglia*, Napoli, 1941, pp. 306 y ss.

<sup>22</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 39 y ss.



cambio o modificación respecto de la situación jurídica de los bienes de los cónyuges esté prohibido y sea ilícito. Es menester preguntarse dentro de qué límites debe moverse la aplicación de los preceptos citados y la prohibición que en ellos se contiene. Para resolver este problema han de tenerse en cuenta dos consideraciones: en primer término, el muy débil fundamento que tiene la obligación de inmutabilidad del régimen económico conyugal. En segundo lugar, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas prohibitivas, impuesta por el respeto a la libertad civil de la persona, principio básico de nuestro Derecho privado, que también se aplica (dentro de los límites de los artículos 1.316 y 1.317) a la organización económica de la sociedad conyugal según resulta del artículo 1.315. En rigor, pues, las prohibiciones que formulan los artículos 1.315 y 1.319 en cuanto a la imposibilidad de otorgar capitulaciones, o modificar las ya otorgadas, después de celebrarse el matrimonio, constituye una excepción o limitación a aquel principio, que no tiene parangón en otra clase de contratos y que tampoco en éste, pese a su especial naturaleza, está suficientemente justificada. De estas consideraciones se sigue una consecuencia contraria a la que antes quedó apuntada, es decir, las normas que no pueden ser extensivamente interpretadas son precisamente las que limitan y prohíben la modificación del sistema económico conyugal. Por consiguiente, la alteración del régimen matrimonial de bienes sólo debe considerarse ilícita: 1.º Cuando se trate de alterar, después del matrimonio, lo pactado en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de celebrarse aquél. 2.º Cuando las modificaciones pretendidas sean de tal naturaleza que su articulación sólo sea posible a través de capitulaciones matrimoniales, lo que sucede si se pretende sustituir el régimen vigente por otro distinto, o se quiere introducir en aquél una alteración general en su estructura o funcionamiento. Por el contrario, la simple adaptación del sistema a las circunstancias de hecho por las que atraiesen los esposos no debe reputarse prohibida, especialmente si existen normas que, mediante la aplicación analógica, consienten llegar a la solución permisiva <sup>23</sup>.

La argumentación expuesta no dejó de influir en nuestra doctrina <sup>24</sup>, como prueba el hecho de que un autor de la autoridad de Lacruz <sup>25</sup> afirmase la validez de principio de la tesis de De la Cámara, y señalase que una cosa es la regla de la inalterabilidad

---

<sup>23</sup> Más adelante insiste en esta idea DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 99-100.

<sup>24</sup> LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (*Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho com, RDP, 1977, p. 174, nota 2*) señalan que el trabajo de DE LA CÁMARA ha de considerarse como una aportación especialmente decisiva.

<sup>25</sup> LACRUZ, *Derecho de familia*, I, Barcelona, 1974, pp. 177-178.

de los capítulos enunciada expresamente por el CC, y otra la supuesta regla de la absoluta inmutabilidad del régimen económico del matrimonio, no enunciada en texto alguno, y que apenas podría motivarse, como la prohibición de alterar los capítulos, en la imaginada necesidad de evitar el fraude a los terceros (la práctica en los territorios forales demuestra lo infrecuente de tal fraude).

La vigencia del principio de inmutabilidad planteaba problemas especialmente en dos casos: En primer lugar, cuando los cónyuges estaban separados de hecho y estaba vigente el régimen de la sociedad de gananciales o un régimen de comunidad. En segundo lugar, cuando alguno de los esposos era comerciante y asumía importantes riesgos financieros.

### **A) La separación de hecho de los cónyuges y la sociedad de gananciales**

De la Cámara <sup>26</sup> destacó que la sociedad de gananciales era un régimen totalmente inadecuado cuando los esposos estaban separados, puesto que en tal caso desaparecía la comunidad de vida, faltaban los presupuestos sobre los que se asienta y fundamenta la sociedad de gananciales. De aquí que la ley considere su disolución (artículos 73 y 74 CC), como efecto característico de la separación personal de los cónyuges (judicialmente declarada).

La separación de hecho, sin embargo, no bastaba para operar la disolución de la sociedad de gananciales. Ni siquiera era posible que los cónyuges, aunque se pusieran de acuerdo sobre este extremo, la disolvieran (artículos 1.320 y 1.417 CC). Se producía, pues, un fenómeno anómalo. Persistía la sociedad de gananciales a pesar de que las circunstancias en que se encontraban los esposos habían cambiado radicalmente, de tal modo que aquella institución resultaba ya completamente inapropiada para regir sus relaciones económicas.

La separación de hecho, aunque sin fuerza bastante para provocar la disolución de la sociedad de gananciales, tenía empero virtualidad suficiente para justificar la modificación en algún aspecto de sus efectos y consecuencias.

Para De la Cámara, una serie de pactos de los cónyuges durante el matrimonio (pactos de separación) no eran necesariamente obstaculizados por el citado principio de inmutabilidad, el orden público, las buenas costumbres, ni su causa era ilícita, como dijeron nuestro TS en algunas sentencias, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en varias resoluciones y

---

<sup>26</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 10-12.

un sector doctrinal <sup>27</sup>. Se refirió a los siguientes pactos: a) La concesión de la licencia marital concebida en términos generales e incluso con carácter irrevocable <sup>28</sup>; b) La recuperación de los parafernales entregados <sup>29</sup>; c) La asignación de una pensión periódica con cargo a determinados bienes gananciales, que son administrados por la propia mujer en virtud de un poder irrevocable otorgado por el marido <sup>30</sup>; d) El otorgamiento del consentimiento uxorio del artículo 1.413 CC en términos generales, pero no en forma irrevocable porque el especial fundamento de este precepto, proteger a la mujer, adquiere aún mayor significación en la situación de separación <sup>31</sup>.

## B) El ejercicio del comercio por persona casada

Debido a la vigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial era prácticamente imposible dar satisfacción al deseo de los esposos de desarrollar una empresa ya existente, o crear una nueva, y poner, a través de la modificación constante matrimonio del régimen económico conyugal, a uno de ellos al margen de los riesgos financieros que esta actividad podía entrañar: proteger, en definitiva, al cónyuge y los hijos del comerciante de los recursos de terceros.

Algunos autores <sup>32</sup> se refirieron a este problema, al contemplar la hipótesis en que alguno de los esposos proyectase acometer o se viera inmerso en empresas de singular riesgo, cosa que en la actual coyuntura económica no deja de ser frecuente. En tal caso, la transformación del régimen de la sociedad de gananciales, o de cualquier régimen comunitario, en el de separación de bienes <sup>33</sup>,

---

<sup>27</sup> Completa información doctrinal y jurisprudencial por DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 13 y ss.; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación de hecho matrimonial*, Madrid, 1982, pp. 36 y ss.; VALPUESTA, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, pp. 73 y ss.

<sup>28</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 33 y ss. y 79 y ss.

<sup>29</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 34 y ss.

<sup>30</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 96 y ss.

<sup>31</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 124 y ss.

<sup>32</sup> CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», *RJC*, 1977, p. 274. En la doctrina francesa, RUIJ, «Le statut matrimonial et l'interêt de la famille», cit., p. 835.

<sup>33</sup> SERRANO MONFORTE (*Ejercicio del comercio por mujer casada*, Madrid, 1974, p. 421) apuntó que el régimen de separación era el que mejor se conciliaba con las exigencias del comercio.

sería un medio conveniente para limitar la responsabilidad patrimonial del otro cónyuge. Sin embargo, tal posibilidad era vedada por el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

2.<sup>a</sup> *Se señaló que ninguno de los esposos podía durante el matrimonio renunciar a la sociedad de gananciales y, en general, a las ventajas que derivasen del régimen económico matrimonial.* El artículo 1.394 CC, en su redacción originaria, se puso en conexión, de un lado, con la prohibición de las donaciones entre cónyuges, y, de otro lado, con el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial <sup>34</sup>.

Según Lacruz <sup>35</sup>, no cabía renunciar al régimen de la sociedad de gananciales constante matrimonio, porque para autorizar tal derogación de la regla de la inmutabilidad habría de exigirse expresión más clara en el artículo 1.364 o en el 1.394. Además, nada induce a pensar que las causas de disolución de la sociedad de gananciales no sean, sola y exclusivamente, las expresadas en el artículo 1.417.

Con claridad Mucius Scaevola <sup>36</sup> señaló que el fundamento del artículo 1.394 acaso se encontrara en el rigor de la prohibición de las donaciones entre cónyuges; acaso también la consideración de las influencias que el marido pueda ejercer sobre la mujer, y viceversa; influencias, por supuesto, dolosas e ilícitas, para la apropiación del total de los beneficios obtenidos durante el matrimonio. Pero seguramente, más que estas razones, pesó sobre los autores del Código el carácter permanente que se ha querido dar en toda esta materia al régimen de bienes establecido por los cónyuges con anterioridad al matrimonio.

Otros autores <sup>37</sup>, sin embargo, con acertado criterio, no conectaron el problema de la renuncia contemplada en los preceptos mencionados con el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, ya que históricamente no fue ésta la problemática que surgió en torno a la Ley 60 de Toro, precedente básico

---

<sup>34</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit, p. 836; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V.1.º, cit, p. 262; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., p. 645; DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT*, VI, cit., p. 82; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pp. 579 y ss.

<sup>35</sup> LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 581.

<sup>36</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXII, revisado por REYES MONTERREAL, Madrid, 1967, p. 222.

<sup>37</sup> PEÑA, *Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)*, cit., p. 205; DE LA CÁMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., p. 100; SANZ FERNÁNDEZ, «La situación de la mujer casada en el Derecho civil (observaciones sobre la reforma del Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975)», en *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 985.

de aquéllos. La cuestión que preocupó a nuestros clásicos y al propio TS fue si la renuncia a los gananciales por la mujer constante matrimonio con el objeto de no quedar obligada por las deudas contraídas por el marido constituía o no una donación prohibida.

3.<sup>a</sup> *Numerosos autores y el Tribunal Supremo entendieron que el principio de inmutabilidad se proyectaba sobre las liberalidades contenidas en capitulaciones matrimoniales.* Esta consecuencia fue expuesta por los comentaristas de las costumbres francesas y aceptada por Pothier<sup>38</sup> sin que hubiese motivos para suponer que el legislador quisiera romper con una tradición que determina el carácter inmutable de las liberalidades contenidas en el contrato de matrimonio (las capitulaciones matrimoniales)<sup>39</sup>.

La jurisprudencia francesa declaró nula, ya en la sentencia del Tribunal de Casación de 22 de enero de 1894<sup>40</sup>, la renuncia de un cónyuge durante el matrimonio a una liberalidad que se le hizo en las convenciones matrimoniales.

Nuestra doctrina también justificó esta tesis. Manresa<sup>41</sup> precisó que si bien se está ante convenciones que no son propias de las capitulaciones matrimoniales, pues pueden existir con separación y no se realizan entre esposos, sino con un tercero, están íntimamente vinculadas con dichas capitulaciones, quedaron irrevocablemente unidas a la existencia de las mismas, y por ello la renuncia del esposo donatario envuelve una alteración no consentida por la ley, puesto que sufre un cambio una parte de las condiciones bajo las que fue fundada la sociedad conyugal.

En la sentencia del TS de 30 de octubre de 1949 se afirma que cuando la donación de bienes que hacen los padres a sus hijos en razón del matrimonio de éstos es la base sobre la cual ha de estipularse el régimen económico conyugal de los futuros esposos, por constituir los tales bienes todo o parte del acervo matrimonial de los mismos, es notorio que no puede alterarse la aludida aportación, sin que esta alteración, que puede en algún caso ser ocasión de fraude en perjuicio de algún otorgante, repercuta en el convenio patrimonial establecido, y como tal cambio o modificación del

<sup>38</sup> POTHIER, *Introduction au traité de la communauté*, cit., p. 8.

<sup>39</sup> GUILLOUARD, *Traité de contrat de mariage*, I, cit., p. 213; LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., p. 93; JACQUET, *Effets et sanctions de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 26 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage*, I, cit., pp. 149 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 90 y 96; DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 230.

En Italia siguieron también este criterio: BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pp. 82-83; TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, cit., pp. 71 y ss.

En estas obras aparece, además, una amplia referencia jurisprudencial.

<sup>40</sup> *Recueil Sirey*, 1894, I, p. 173; *Recueil Dalloz*, 1894, I, p. 394.

<sup>41</sup> MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., pp. 186-187.

contenido de los capítulos matrimoniales no puede realizarse, a tenor del artículo 1.320 CC, habrá de reconocerse que no es tampoco lícita la alteración de la donación en razón del matrimonio en tal forma establecida.

No faltaron, sin embargo, autores que, con mejor criterio, se opusieron a semejante conclusión. En nuestra doctrina, Lacruz<sup>42</sup> afirmará que el concepto de inmutabilidad debe relegarse al ámbito que le es propio: la reforma del estatuto económico del matrimonio después de la boda, prohibida por el artículo 1.320. En cuanto a las liberalidades capitulares, lo que hay es una suerte de interdependencia entre cada una, las restantes y las determinaciones estatutarias. Según esto, ningún donante podrá evitar que se alteren las otras donaciones hechas a los esposos en capítulo, pero sí, alegando la interdependencia que tan claramente deriva del artículo 1.319 CC, revocar las suyas cuando por voluntad de los cónyuges haya variado sustancialmente el *status* patrimonial que, configurado en los capítulos, sirvió de base a la liberalidad.

4.<sup>a</sup> *Un importante sector de la doctrina entendió que, bajo la vigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, no tenían cabida la condición y el término*<sup>43</sup>. Los futuros contrayentes no podían someter el régimen económico matrimonial que acordasen ni a una condición suspensiva, en cuyo caso y al cumplirse dejaría de regularse el matrimonio por el régimen que se tiene para pasar al régimen previsto, ni tampoco a una condición resolutoria, porque también su cumplimiento implicaría la desaparición del régimen vigente y su sustitución por el legal o el convenio para tal evento. Todo ello llevaba consigo una mutación en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

Frente al argumento del carácter retroactivo de la condición, se señaló que si bien la letra de la ley es respetada, se viola, en

---

<sup>42</sup> LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 300. También NAGORE, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en el Derecho común y foral», cit., p. 542.

<sup>43</sup> MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., p. 642; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, cit., p. 348; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., pp. 235 y 261; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Notas al Derecho de familia de KIPP y WOLFF*, V-1.º, Barcelona, 1953, pp. 302-303; NART, *El régimen matrimonial de separación de bienes*, RDP, 1951, p. 35; NAGORE, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en el Derecho común y foral», cit., p. 547; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, p. 158.

En el Derecho francés: LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., pp. 35-36; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 74-76; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, III, Paris, 1932, pp. 32-33; BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 125-128; DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 220-222.

cambio, su espíritu en lo concerniente a las convenciones matrimoniales, ya que existe una diferencia esencial entre el contrato ordinario hecho bajo condición y las convenciones matrimoniales condicionales. Cuando una venta ha sido realizada bajo condición suspensiva los efectos del contrato están en suspenso y cuando la condición se cumpla, habrá retroactividad sin mayores problemas. No es éste el caso del régimen económico matrimonial estipulado bajo condición, ya que desde la celebración del matrimonio ha de regir necesariamente un régimen económico matrimonial y si éste es condicional nadie deseará contratar con los esposos, que, sin embargo, tienen necesidad de hacerlo. Quienes traten, a pesar de la incertidumbre, con ellos, se encontrarán sorprendidos por el cumplimiento de la condición. Si de derecho no hay más que un régimen por obra de la retroactividad de la condición, de hecho habrá dos<sup>44</sup>. La ficción de la retroactividad no puede borrar los hechos. Si se admitiese la condición no habría un solo régimen, sino más bien dos regímenes distintos, sucediendo uno a otro el día de la realización de la condición. Además, las necesidades del crédito no se acomodan al empleo de las nociones jurídicas de forma abstracta<sup>45</sup>. El principio de unidad del régimen económico matrimonial proscribió que dos regímenes distintos puedan sucederse durante el matrimonio<sup>46</sup>.

Algo semejante se sostuvo en relación con la aposición de un término. El inicial de vigencia obligaba a que el matrimonio se rigiera, en defecto de otro régimen, por el ganancial, y una vez llegado el término, por el acordado. Igualmente, el término final provocaba la pérdida de eficacia del régimen que regulaba el matrimonio y su sustitución por otro. Estas consecuencias estaban en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

En contra del argumento consistente en que Pothier y los comentaristas de las costumbres francesas habían admitido la validez de las convenciones matrimoniales sometidas a término o condición, se señaló que la autoridad de la tradición es un argumento débil en una materia innovada por el CC. En este cuerpo legal la regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales adquirió una importancia y una generalidad que no había tenido anteriormente<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., pp. 246-247.

<sup>45</sup> BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 128.

<sup>46</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 74-76.

<sup>47</sup> DE PAGE y DEKKERS, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 221-222; BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 127-128.

Los argumentos expuestos no fueron, sin embargo, aceptados por todos los autores. Ya los primeros comentaristas del CC francés, como Rogron<sup>48</sup>, Mourlon<sup>49</sup> y Guerin<sup>50</sup>, consideraron que el artículo 1.399 CC francés (similar al artículo 1.393 de nuestro CC en su redacción originaria) impedía la validez de un término, o el artículo 1.395 dejaba sin valor una condición puramente potestativa, pero no derivaba de los mismos necesariamente la prohibición de la estipulación de una condición suspensiva, debido a su carácter retroactivo, o resolutoria. No hay que olvidar, dice Guerin<sup>51</sup>, que el artículo 1.387 proclama la libertad de las convenciones matrimoniales; los esposos pueden hacer las convenciones que no están prohibidas por la ley. Además, el antiguo Derecho que autorizaba la inserción de un término o de una condición en las convenciones matrimoniales no ha sido seguido por el legislador de 1804 en lo concerniente al término, porque ha prohibido claramente su aposición en el régimen de comunidad; si el legislador hubiese pretendido prohibir la inserción de una condición casual, no habría dejado de expresar su voluntad de una manera tan formal como para el término. Se trata de rebatir esta tesis diciendo que la condición implica la vigencia de dos regímenes sucesivos; pero los que sostienen esto cometen el error de olvidar que la condición produce efectos retroactivos.

Colin y Capitant<sup>52</sup> señalaron que en lo concerniente a la comunidad el empleo de un término suspensivo estaba prohibido por el artículo 1.399, que establece que la comunidad comienza el día del matrimonio, y añaden que no se puede estipular que comience en otra época. Queda la cuestión para los restantes regímenes matrimoniales e incluso para la comunidad, si se trata de un término extintivo que tuviese por efecto reemplazar la comunidad por otro régimen. Algunos autores estiman que esta estipulación es contraria al principio de inmutabilidad, pero no es un argumento decisivo. Se puede rebatir diciendo que los esposos son libres para regular como deseen sus convenciones matrimoniales y que el principio de inmutabilidad sólo prohíbe los cambios que se producen durante el matrimonio por voluntad de los cónyuges. Puede invocarse también la opinión de Pothier, que declaraba que las partes tienen derecho a establecer un término o una condición al adoptar la comunidad.

---

<sup>48</sup> ROGRON, *Codes français expliqués*, cit., p. 264.

<sup>49</sup> MOURLON, *Répétitions écrites sur la troisième examen du Code Napoleon*, III, París, 1856, pp. 10-11.

<sup>50</sup> GUERIN, *Etude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>51</sup> GUERIN, *Etude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 55-57.

<sup>52</sup> COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 92-93.



No se ven los argumentos que pueden oponerse a la validez de la estipulación de una condición. Si la condición se realiza, sólo habrá un régimen económico matrimonial por el efecto retroactivo de la misma. Pero Colin y Capitant<sup>53</sup> destacan que la incertidumbre que crea la condición es perjudicial para el crédito de los cónyuges, por lo que tal estipulación es poco utilizada.

En todo caso, la condición deberá ser casual. Toda condición cuya realización dependa de la voluntad de los esposos viola, evidentemente, la regla de la inmutabilidad. En este sentido la sentencia del Tribunal de Colmar de 8 de marzo de 1864.

En parecido sentido Esmein<sup>54</sup> precisó que los cónyuges pueden subordinar sus convenciones matrimoniales, y especialmente el establecimiento de una comunidad, a una condición suspensiva o resolutoria, porque la condición no supone un hecho cuyo cumplimiento dependa de su voluntad o de la de un tercero.

Un argumento esencial para admitir el libre juego de la condición, e incluso del término, a pesar del texto del artículo 1.399 CC francés<sup>55</sup>, en las convenciones matrimoniales, fue la doctrina de Pothier.

Según Pothier<sup>56</sup>, se puede convenir que habrá comunidad entre cónyuges y que comenzará al cabo de un año de la celebración del matrimonio. Paralelamente se puede convenir que sólo habrá comunidad entre los cónyuges si tiene hijos en su matrimonio.

Nada impide que las partes puedan establecer un término o una condición, aunque la convención de comunidad en los contratos de matrimonio es ordinariamente pura<sup>57</sup>.

En la doctrina italiana, Tedeschi<sup>58</sup>, de acuerdo con Gangi, afirmó con notable claridad que el principio de inmutabilidad no impedía la estipulación de convenciones matrimoniales a término o bajo condición, pues el término o la condición puestos a una con-

<sup>53</sup> COLIN y CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 92-93.

<sup>54</sup> ESMEIN en AUBRY y RAU, *Droit civil français*, VII, cit., pp. 440-441.

<sup>55</sup> Según RODIERE y PONT (*Traité du contrat de mariage*, I, París, 1869, núm. 92, p. 77), los inconvenientes para la aposición de un término al régimen escogido por los esposos son nulos; en efecto, ni los esposos ni los terceros sufrirán, puesto que en todo momento la situación actual y los derechos de los esposos pueden ser conocidos de manera cierta y están claramente determinados. Comentando críticamente la opinión de estos autores, LAURENT (*Principes de droit civil*, XXI, cit., p. 246) la rechaza contundentemente, diciendo que es inútil discutir cuestiones que están resueltas por el texto y por el espíritu de la ley, sobre todo cuando se trata de cuestiones teóricas que sólo se plantean en la escuela y que la vida real siempre ignora.

<sup>56</sup> POTHIER, *Traité de la communauté*, cit., núm. 278, p. 180.

<sup>57</sup> Esta doctrina es la dominante en el antiguo Derecho francés: LEBRUN, *Traité de la communauté*, lib. I, cap. III, núm. 10; RENUSSON, *Communauté*, 1.ª parte, cap. IV, núm. 8; DENISART, *Communauté*, núm. 27 (cfr. GUERIN, *Étude sur le principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., p. 54, nota 3).

<sup>58</sup> TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, cit., pp. 70-71.

vención se contienen en ella, y, por tanto, si vence el término o se verifica la condición no se puede decir que haya cambiado la convención.

Refiriéndonos a nuestra doctrina, si la opinión de Pothier fue tenida en cuenta por la doctrina francesa, la de García Goyena debe considerarse también muy importante en la línea permisiva del término y de la condición en capitulaciones matrimoniales. En el comentario al artículo 1.310 del Proyecto de 1851, señaló que este texto no quita que pueda estipularse la sociedad bajo una condición suspensiva que no deba realizarse sino después de la celebración, porque, si llega a existir, surtirá su efecto retroactivo, según el artículo 1.037<sup>59</sup>.

De Buen<sup>60</sup> acogió una solución semejante a la defendida por Colin y Capitant. Si los artículos 1.393 y 1.417 CC impedían hacer depender la vigencia de la sociedad de gananciales de un término fijado por los cónyuges, la cuestión quedaba en pie para los restantes regímenes. Una razón de analogía pudiera aconsejar aplicarles el mismo precepto que al de gananciales; pero también hay importantes razones para llegar a otra solución. De un lado, el principio de libertad de las capitulaciones matrimoniales, sancionado por el artículo 1.315 CC —según el cual las capitulaciones no están sometidas a otras limitaciones que las establecidas en el Código mismo—, inclina a consentir el establecimiento de un plazo —extintivo o resolutorio— cuando se trate de regímenes distintos del de gananciales. De otro lado, no se opone a ello el principio de inmutabilidad de las capitulaciones, ya que, a pesar del establecimiento del plazo, el régimen matrimonial no queda al arbitrio de los contrayentes, y, si se modifica, no es por voluntad de éstos posterior al matrimonio, sino por voluntad anterior.

Si el régimen matrimonial se sujeta a una condición, no puede decirse que, cumplida la condición, hayan existido dos regímenes en el matrimonio; aplicando el principio de la retroactividad de las condiciones, una vez cumplida ésta, será como si sólo hubiera existido el régimen producido por su cumplimiento.

En ningún caso la condición podrá ser potestativa. Si se admitiera una condición de esta clase, la modificación de las capitulaciones podría quedar al arbitrio de uno o de los dos cónyuges, lo cual es contrario a lo dispuesto en la ley.

Después de referirse a la posición de De Buen, Lacruz<sup>61</sup> puso de relieve que la invocación del principio de inmutabilidad del artículo 1.320 CC no era un argumento excelente; ni el término

---

<sup>59</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., p. 705.

<sup>60</sup> DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT», VI, cit., pp. 83-84.

<sup>61</sup> LACRUZ, *Derecho de familia*, I, cit., pp. 182-183.

ni la condición quedan afectados por el principio de inmutabilidad de los capítulos, precisamente porque, al hallarse contenidos en ellos, no puede decirse que dichos capítulos se muden si se produce el hecho determinante del cambio. Y en otro aspecto, el cambio de régimen puede ser útil y conveniente.

En lo que se refiere al término suspensivo hay en el Código una disposición prohibitiva expresa, siquiera no contemple más que el régimen legal: el artículo 1.393. Pero, a juicio de Lacruz, no cabe deducir de él una regla prohibitiva general de cualquier clase de término, el cual parece admisible en casos distintos de los contemplados por aquel precepto <sup>62</sup>.

5.<sup>a</sup> *Se entendió por un sector de la doctrina que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial constituía un obstáculo para la validez de la contratación onerosa entre cónyuges.* Se justificó esta tesis en el tan citado principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, en la teoría de la *unitas carnis* de los esposos, en la necesidad de preservar la autoridad marital y en que había de extraerse una regla general prohibitiva de los artículos 1.458, 1.541 y 1.667 CC <sup>63</sup>.

Frente al criterio hostil hacia la contratación onerosa entre cónyuges, y muy especialmente, frente a las sociedades constituidas por marido y mujer <sup>64</sup>, reaccionó un amplio sector doctrinal apoyándose en sólidos argumentos: 1.º Ningún precepto del CC prohíbe con carácter general la contratación onerosa entre cónyuges y ha de estarse a la norma general según la cual toda persona es capaz de contratar mientras que no sea declarada incapaz por la ley. Lo que el CC pretende con sus prohibiciones no es mantener la vieja teoría de la *unitas carnis*, sino salvaguardar la independencia de los cónyuges, la prohibición de las donaciones entre éstos y la de alterar el régimen económico matrimonial, con reglas prohibitivas concretas, insusceptibles de aplicación analógica. 2.º Las razones alegadas contra la posibilidad de que los cónyuges celebren contratos entre sí, o al menos contra las sociedades, sólo serán convincentes cuando se demuestre que la sociedad constituida ha logrado modificar el régimen económico del matrimonio, y que la posición patrimonial de ambos cónyuges en la sociedad

<sup>62</sup> Precisamente CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 235) señala que, sobre todo, habrá que reputar como nulo el plazo inicial o final tratándose del régimen de gananciales, toda vez que están taxativamente señalados por la ley el momento en que ha de comenzar sus efectos (cfr., artículo 1.393) y las causas que pueden producir su extinción.

<sup>63</sup> Véase CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», *ADC*, 1985, pp. 507 y ss.

<sup>64</sup> No surgía ningún tipo de cuestión en nuestro Derecho respecto a los contratos a título gratuito, pues el artículo 1.334 CC los prohibía expresamente, de conformidad con una tradición que proviene del Derecho romano (CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 507 y ss.).

sea de tal naturaleza que llegue a subvertir el principio de la autoridad del marido. En otro caso, si la ley no lo prohíbe expresamente, no cabe impedir a los cónyuges que se asocien en una empresa común de carácter patrimonial, si bien ello tampoco les permite modificar las reglas de la sociedad de gananciales y conseguir que los bienes tengan un destino distinto del establecido por el Código. 3.º Es conveniente que los cónyuges pudiesen contratar *de lege ferenda*, porque existirán frecuentemente relaciones de intereses entre los esposos que deben ser reguladas, ya porque hay contratos que, reposando sobre la confianza mutua entre las partes, están especialmente indicados entre los cónyuges. Con razón destacó Gullon que la exclusión de toda sociedad entre cónyuges les privaría arbitrariamente de múltiples posibilidades, sin el menor fraude, de desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales. 4.º Los precedentes históricos no son favorables a una prohibición indiscriminada de los contratos onerosos entre cónyuges<sup>65</sup>.

6.ª *Por exigencia del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, parte importante de la doctrina y la jurisprudencia no admitieron el régimen de la anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y, en especial, su posible confirmación durante el matrimonio.* La jurisprudencia francesa<sup>66</sup>, a partir de la sentencia del Tribunal de Casación de 5 de mayo de 1855<sup>67</sup>, admitió esta consecuencia, partiendo de la solemnidad e inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, que no interesan sólo a los esposos y las familias que se unen y los hijos que nacerán, sino también a los terceros que se relacionan con los esposos y sus causahabientes.

Un criterio semejante fue defendido por diversos autores<sup>68</sup>, que señalaron que las convenciones matrimoniales no eran susceptibles de confirmación. Para confirmar un acto nulo es preciso cumplir las condiciones exigidas para otorgarlo, y tras la celebración del matrimonio no pueden acordarse contratos de matrimonio (capitulaciones matrimoniales). En el momento en que triunfase la acción de anulabilidad, un nuevo régimen, el legal, sustituiría

---

<sup>65</sup> Véase CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 507 y ss.

<sup>66</sup> Amplia referencia jurisprudencial por GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, cit., pp. 290 y ss, y BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, I, cit., pp. 291 y ss.

<sup>67</sup> *Recueil Sirey*, 1855, I, pp. 348-351.

<sup>68</sup> GUILLOUARD, *Traité de contrat de mariage*, I, cit., p. 303; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, III, cit., pp. 37-41; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, I, cit., p. 221.

al pactado, lo cual era contrario al principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

En nuestro Derecho esta tesis contó con bastantes partidarios <sup>69</sup> y con el propio TS.

Manresa <sup>70</sup> invocó el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial para justificarla. Un cónyuge podría durante el matrimonio, por halagos o violencia, admitir la confirmación, no siendo, por esto, libre su consentimiento, y ésta es una de las razones de la prohibición de alterar las capitulaciones en esta época.

Nuestro TS, en la importante sentencia de 1 de julio de 1955 <sup>71</sup>, estableció que, de conformidad con el artículo 1.318 CC, la falta de concurso de las personas que habían de completar la capacidad del menor en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales motivaba la nulidad absoluta de éstas, con lo cual el TS se mostró contrario a la anulabilidad de las capitulaciones, en un caso en que esta forma de ineficacia negocial parece claramente aplicable (artículo 1.300 CC).

Con acierto, numerosos autores <sup>72</sup> admitieron la posible anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y la confirmación de las mismas durante el matrimonio, porque no estaban en contradicción con el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. De forma convincente, Peña <sup>73</sup>, al comentar críticamente la sentencia referida, rebatió todos los argumentos esgrimidos en contra de la posible anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Del propio CC se desprende que el concurso exigido por el artículo 1.318 no es un requisito formal, sino un auténtico requisito de capacidad y cumple la función de un complemento de capacidad; las expresiones del artículo 1.318 «única-

<sup>69</sup> MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., pp. 169 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXI, cit., p. 212; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit., p. 564; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 183.

<sup>70</sup> MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, cit., p. 183.

<sup>71</sup> Esta sentencia ha sido comentada ampliamente por PEÑA, *El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318 en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero (Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955)*, ADC, 1856, pp. 299 y ss., y DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1976, pp. 71 y ss.

<sup>72</sup> DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPIANT», VI, cit., p. 100; PEÑA, «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318...», cit., pp. 305 y ss.; GULLÓN, *Lecciones de Derecho civil (Familia)*, Granada, 1971, p. 117; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 309-310; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 501; DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., p. 75.

<sup>73</sup> PEÑA, «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318...», cit., pp. 299 y ss.

mente serán válidas», «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas», pueden perfectamente entenderse en el sentido de proclamar que, en tal supuesto, las capitulaciones están afectadas de un tipo de ineficacia, sin que aquellas expresiones delimiten su régimen sino que en su simplicidad remiten a los preceptos que estructuran los tipos de ineficacia de los contratos, ya que el CC emplea sin rigor las expresiones «invalidez», «nulidad» y, en su contexto, se descubre que muchas veces se refiere con ellas a la anulabilidad; la tesis de la nulidad absoluta presenta importantes inconvenientes prácticos, siendo la de la anulabilidad más conveniente al interés social y al interés de los terceros que la inexistencia o nulidad absoluta; y el principio de inmutabilidad no representa un obstáculo insalvable, pues no ha de exagerarse la influencia del mismo en la reglamentación de los tipos de ineficacia de las capitulaciones.

Para Peña<sup>74</sup> es evidente que la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales impide los efectos que ordinariamente tiene el mutuo disenso de las partes, impide también los de remisión o renuncia unilateral, pero no vale para quitar a un contrayente aquellos medios de ataque contra la convención concluida que la ley, por un vicio intrínseco de ella o por otros motivos, les concede. Ni esta prohibición ni las demás establecidas entre cónyuges pueden determinar que la ineficacia de los contratos prohibidos, verificados en tiempo hábil, haya de calificarse siempre como absoluta, *ipso iure* e insubsanable, aunque el vicio sólo dé lugar ordinariamente a la anulabilidad. Las prohibiciones —y una de ellas es la de otorgar o alterar capitulaciones durante el matrimonio— deben interpretarse en sentido restrictivo. Cuando el CC establece la prohibición de otorgar o alterar las capitulaciones se está refiriendo a la imposibilidad de que una o ambas partes, por su sola voluntad, puedan volverse atrás o modificarlas (voluntad negocial capitular). Pero no impide que cada parte use de las facultades derivadas de la eficacia peculiar, ordinaria o extraordinaria, que a las mismas asigna el legislador.

Comentando también la sentencia de 1 de julio de 1955, Díez-Picazo<sup>75</sup> llegará a una conclusión semejante, porque la comparecencia de la menor por sí sola al otorgamiento de los capítulos constituye una irregularidad o un vicio del negocio, y que la concesión de autorización por el padre adoptivo no fue un complemento suficiente. Parece claro que todo ello debe llevar a la conclusión de que el negocio adolece de un defecto de capacidad de uno de los otorgantes, por insuficiente complemento de la limitada

---

<sup>74</sup> PEÑA, «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318...», cit., p. 314.

<sup>75</sup> Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., p. 75.

capacidad del mismo. De esta manera no nos encontramos frente a un contrato en el que haya faltado totalmente el consentimiento, sino frente a un contrato que posee todos sus requisitos y todos sus presupuestos, pero en el cual uno de sus presupuestos —la capacidad— es defectuoso. El contrato no es entonces inexistente o radical y esencialmente nulo, sino simplemente anulable, conforme al artículo 1.300 CC, como lo son los contratos celebrados por menores y por incapacitados.

De forma clara y convincente Lacruz <sup>76</sup> evidenció que no hay dificultad para admitir la confirmación durante el matrimonio de las capitulaciones anulables, como eran las de la sentencia citada. La confirmación no es la reiteración de un acto nulo, sino la manifestación de voluntad que elimina del acto preexistente el defecto que podría hacerlo claudicar mediante la renuncia a la acción de impugnación, con lo cual el acto queda definitivo: por tanto, no equivaliendo al otorgamiento de nuevos capítulos, no hay por qué invocar un presupuesto como la anterioridad al matrimonio, que ha sido establecido exclusivamente para evitar los cambios de régimen matrimonial ulteriores a las nupcias.

7.<sup>a</sup> *Se afirmó que el principio de inmutabilidad determinaba que el régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges o el legal persistiese aunque éstos cambiasen de vecindad. Se hablaba así de la inmutabilidad en el espacio del régimen económico matrimonial.* En la sentencia del TS de 18 de noviembre de 1964 <sup>77</sup> se planteó el problema de determinar si, después de contraído el matrimonio, los cónyuges que hubiesen adquirido la vecindad catalana podían o no, acogiéndose al Derecho foral catalán, otorgar válidamente capitulaciones, pactando el régimen de separación de bienes y dejando sin efecto la sociedad de gananciales a la que había quedado el matrimonio sujeto desde su celebración. El TS afirmó que afectando la situación de los cónyuges en cuanto al régimen de bienes a una norma de Derecho de familia de carácter prohibitivo, que había de proyectarse durante la vigencia del matrimonio, salvo los casos especialmente prevenidos por la legislación vigente en el momento de celebrarlo, que originó un derecho adquirido, que si es reconocido por la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, respecto a los conflictos de leyes intertemporales, con mayor razón ha de entenderse aplicable a los interregionales, por lo que debe entenderse que esta prohibición no puede ser desconocida sin incurrir en fraude legal, por virtud de acto alguno que tienda a liberar a los cónyuges de la mentada restricción legal,

<sup>76</sup> LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 309.

<sup>77</sup> Esta sentencia ha sido ampliamente comentada por PUIG FERRIOL, «Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la Sentencia de 18 de noviembre de 1964)», *ADC*, 1966, pp. 240 y ss., y DíEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., pp. 76 y ss.

cual el que aquí se pretende, por variar su ley personal, sin que para esta declaración sea óbice el hecho de haber participado ambos litigantes, en concepto de otorgantes, en la impugnada escritura, pues ello iría contra la limitación que establece el artículo 1.255 CC, como contraria al orden público.

Nuestra doctrina más autorizada<sup>78</sup> criticó tanto la solución como los argumentos en que se fundó esta sentencia. Díez-Picazo<sup>79</sup> señaló que la solución preconizada por esta sentencia no posee un fundamento muy claro, ni sus argumentos parecen decisivos. En primer lugar, el TS entiende que la norma de Derecho familiar y de carácter prohibitivo de que hablamos «originó un derecho adquirido», el cual, «si es reconocido por la disposición transitoria 1.ª respecto a los conflictos intertemporales», con mayor razón «ha de entenderse aplicable a los interregionales». El argumento carece de verdadera consistencia. En primer término, es dudoso que pueda decirse que la norma prohibitiva del artículo 1.320 origine un *derecho*. En segundo término, no parece que exista auténtico paralelismo entre los conflictos intertemporales o de Derecho transitorio y los conflictos interregionales, por lo cual la alusión a la disposición transitoria 1.ª del CC, carece de sentido. Por último, cabe también pensar que en un conflicto intertemporal genuino la idea que se aplicaría será precisamente la contraria. Piénsese que se derogara el artículo 1.320 CC, y que se sustituyera por una norma que admitiera ampliamente los pactos modificativos del régimen económico matrimonial. Con razón pensó Díez-Picazo que no cabría duda de que el nuevo régimen legal sería también aplicable a los matrimonios contraídos con anterioridad. Ello demuestra la inconsistencia del argumento.

Inconsistente era también el argumento de que la escritura en que se pactaba la separación de bienes iba en contra de las limitaciones impuestas por el artículo 1.255 a la autonomía privada, por ser un negocio contrario al orden público. No cabía duda de que cualquiera que sea su delimitación o posible justificación, bajo la idea de orden público solamente caben aquellas cuestiones o aquellas materias que son básicas en cuanto a la organización jurídica de la nación. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta que la modificación de los capítulos matrimoniales y del régimen económico matrimonial está admitida por algunos de los Derechos forales, no podía decirse seriamente que la regla de la inmodificabilidad del artículo 1.320 CC fuese una norma de orden público, porque ello equivaldría a admitir que existe un orden

---

<sup>78</sup> PUIG FERRIOL, «Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la Sentencia de 18 de noviembre de 1964)», cit., pp. 242 y ss.; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., pp. 78-79; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, Madrid, 1976, p. 1080.

<sup>79</sup> Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit., pp. 78-79.



público castellano distinto del orden público catalán o del orden público aragonés.

La única idea que apuntaba a la médula del problema, era la del fraude, legal, que en la sentencia asoma, aunque sea sólo levemente. Únicamente si se prueba que la adquisición de una nueva vecindad civil ha tenido por objeto violar la prohibición del artículo 1.320, la escritura de modificación del régimen matrimonial debe caer. Ello significa que, por regla general, debe admitirse, con la única excepción de que constituya fraude de ley.

Tampoco consideró que existía fraude de ley Puig Ferriol<sup>80</sup>, ya que se está ante un supuesto de conflicto o concurrencia de leyes; los cónyuges realizaron un acto permitido por el legislador español, cambiar de vecindad civil, y una vez obtenida la nueva regionalidad, pactaron un nuevo sistema económico conyugal al amparo de las disposiciones de su nueva ley personal. Esta concurrencia de leyes, prohibitiva una y permisiva la otra, debía de haber llevado a declarar la prevalencia de la ley personal actual de los cónyuges, o sea, la que autoriza los capítulos postnupciales.

### III. EL FUNDAMENTO DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La inmutabilidad del régimen económico matrimonial determinaba que, comenzado el matrimonio con un determinado régimen, éste no podía ser modificado en virtud de acuerdo de los cónyuges, plasmado en capitulaciones matrimoniales. Este criterio tan restrictivo se fundamenta en argumentos de diversa índole, la mayoría de los cuales aparecen expuestos por los comentaristas de las costumbres francesas, por Pothier y en los trabajos preparatorios del CC francés<sup>81</sup>: a) La consideración de las capitulaciones matrimoniales (*le contrat de mariage*) como un pacto entre dos familias, cuya modificación durante el matrimonio implicaría un fraude a las legítimas aspiraciones de los padres; b) La conexión existente entre la indisolubilidad del matrimonio y la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales; c) La necesidad de que el consentimiento que presten los cónyuges sea enteramente libre, lo cual no puede garantizarse después de la celebración del

<sup>80</sup> PUIG FERRIOL, «Sobre la inmutabilidad del régimen económico conyugal (en torno a la Sentencia de 18 de noviembre de 1964)», cit., pp. 253-254.

<sup>81</sup> BOUHIER, *Les coutumes du Duché de Bourgogne*, I, cap. XXI, Dijon, 1742, pp. 405 y ss.; PREVOT DE LA JANNES, «Les principes de jurisprudence française suivant l'ordre des divers especes d'actions qui se poursuivent en justice», II, cit., p. 26; LAMOIGNON, *Arrêtes*, 4.<sup>a</sup> parte, tit. 32: «De la communauté», Paris, 1797, pp. 405 y ss.; BERLIER y SIMEON en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, cit., pp. 667 y 810; POTHIER, «Introduction au traité de la communauté», cit. p. 9.

matrimonio; d) Impedir la existencia de donaciones ocultas entre cónyuges; e) La necesaria estabilidad del matrimonio; f) La protección de los terceros <sup>82</sup>.

Rigiendo el principio de inmutabilidad, las razones esgrimidas para justificarlo no convencían a numerosos autores <sup>83</sup>, ya que —dice— existen medios en los ordenamientos jurídicos para impugnar los pactos en que existe un vicio del consentimiento negocial, y la protección de los terceros puede conseguirse a través de una adecuada publicidad del régimen económico del matrimonio y mediante la tutela, en todo caso, de los derechos adquiridos por terceros con anterioridad al cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. Además se señala que las capitulaciones matrimoniales no son otorgadas, en rigor, por los padres de los contrayentes, sino por éstos, y serán nulas las donaciones ocultas (en el Derecho español, antiguo artículo 1.334 CC). Con notable claridad la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre situación de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 30 de octubre de 1974, para fundamentar la mutabilidad afirma: «La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe

---

<sup>82</sup> Estas razones son señaladas por numerosos autores: TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs del époux*, I, cit., p. 205; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, cit., pp. 227-228; LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, cit., pp. 102-103; JACQUET, *Effects et sanctions de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 54 y ss.; SAVATIER, *De la portée et de la valeur du principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 118 y ss.; DELALANDE, *L'inmutabilité des conventions matrimoniales*, cit., pp. 153 y ss.; BOULANGER, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 112-113; PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, III, cit., pp. 25-26; BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., p. 76; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VII, Torino, 1881, pp. 6-7; LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, VI, Napoli, 1895, p. 11; GARCÍA GOYENA, *Condorcancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., pp. 666 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, IX, Madrid, 1904, p. 156; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, cit., pp. 575-576; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXI, Madrid, 1904, p. 201; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, Madrid, 1959, p. 490.

<sup>83</sup> COLIN y CAPITANT, «Cours élémentaire de droit civil», III, cit., pp. 30 y ss.; DE PAGE y DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, X-1.º, Bruxelles, 1949, pp. 210 y ss.; DE BUEN, «Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT», VI, cit., p. 81; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, cit., p. 158; DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 26 y ss.; PUIG PEÑA, «Compendio de Derecho civil español», V, cit., p. 176; ESTEPA MOYANO, «Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común», *RCDI*, 1973, p. 126.

señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad de los contratos... La modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico han de constar necesariamente en escritura pública. El régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que se han fortalecido preceptos que ya se encuentran en la Ley de 8 de junio de 1957. La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida. La segunda medida de salvaguardia o de garantía es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros»<sup>84</sup>.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se insiste en algunas ideas expuestas en la Exposición de Motivos del anterior Proyecto de Ley: «La Ley de 2 de mayo de 1975 rectificó, atendiendo a demandas urgentes de nuestra sociedad, una orientación legislativa ya ampliamente superada en la jurisprudencia de los países desarrollados, al liberar a la mujer casada de las trabas personales y patrimoniales que le imponían, en obsequio al marido y por razón de un cierto modo de entender la unidad de los cónyuges y la familia, diversos preceptos de nuestro Código, inspirados, a su vez, en el de Napoleón. Éstas (las causas de disolución de la sociedad de gananciales), junto con la

---

<sup>84</sup> *Boletín Oficial de las Cortes* de 30 de octubre de 1974, núm. 1384, pp. 33730-33731.

libertad de otorgar capítulos después de la boda, han de obviar muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio... cabe, además, señalar, como aspectos sociales y económicos de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad; la consideración prioritaria de la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, que se hace patente frente al cambio o modificación del régimen matrimonial...»<sup>85</sup>.

Además de las razones alegadas, el interés de la familia, que según nuestro CC ha de guiar la actuación de los cónyuges y, en su caso, de la autoridad judicial (artículos 67, 70, 82.4.<sup>a</sup>, 103.2.<sup>a</sup>, 1.318, 1.377 y 1.389), puede aconsejar en numerosos casos el cambio o la modificación del régimen económico conyugal durante el matrimonio<sup>86</sup>. Según destaca Vallet de Goytisoló<sup>87</sup>, varias son las razones que pueden impulsar para otorgar durante el matrimonio capitulaciones matrimoniales a fin de modificar el régimen económico matrimonial, ya sea el legal subsidiario o el pactado en anteriores capitulaciones:

a) *Alteración de tipología en la familia*, que pasa de ser troncal a inestable o que, viceversa, se asienta en una casa solariega<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, I Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-I, pp. 314-316.

<sup>86</sup> La doctrina francesa ha llevado a cabo un análisis riguroso de los diversos motivos que, de acuerdo con el interés de la familia, pueden aconsejar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta las sentencias de los Tribunales franceses (POISSON, «Le changement du régime matrimonial», *RTDC*, 1969, pp. 469 y ss.; RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», cit., pp. 829 y ss.)

En nuestro Derecho exponen numerosas razones: CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», cit., pp. 271 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 273 y ss., y «Las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna», *Ilustre Colegio de Abogados de Valencia*, 1985, pp. 6-7; GARRIDO DE PALMA, «El matrimonio y sus regímenes económicos», *RDP*, 1979, pp. 416 y ss., y *Derecho de la familia*, cit., pp. 113-114; REBOLLEDO, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, pp. 55-58; MONTÉS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1920-1921.

<sup>87</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *loc cit. ant.*

<sup>88</sup> El tipo troncal de familia se muestra transtemporalmente, en un encadenamiento de generaciones en la casa campesina. Encadenamiento generacional que también puede darse, como históricamente se ha dado, en casas comerciales y artesanas.

El tipo de familia inestable, que antes se daba en los pueblos cazadores, se da hoy especialmente en las grandes urbes. En ella la casa no continúa y el patrimonio si llega a formarse se liquida en cada generación. Incluso el matrimonio varía de

Por ejemplo, en el primer caso, si una familia labradora, como tan frecuentemente está ocurriendo estos años, abandona el manso, el caserío o la casa y marcha a la ciudad para emplearse en ella. O viceversa, el segundogénito que desempeña en la ciudad una profesión o un oficio y que, a la muerte sin descendencia de su hermano titular de la casa solariega o destinado por los padres a serlo, retorna a la tierra para cumplir la función de continuar en ella la familia.

b) *Modificación de la residencia familiar*, trasladada a un lugar donde rija un régimen económico matrimonial diferente del suyo inicial, unida al deseo de adecuarse al régimen común de esa nueva residencia, para integrarse mejor a su nuevo medio social.

c) *Variación de circunstancias profesionales o de actividades de uno u otro cónyuge* —sea el marido o la mujer—, por las que deje su propia profesión para dedicarse al cuidado de la casa o a la explotación de la industria o establecimiento familiar, que hasta entonces llevaba el otro cónyuge o los padres de éste, o viceversa; o bien que deje esa dedicación exclusiva para reintegrarse al ejercicio de una profesión o para ejercer personalmente una industria o comercio a la que su consorte es ajeno.

d) *Previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de los cónyuges*, con el deseo de deslindar las responsabilidades y riesgos económicos con el otro, separando sus respectivos patrimonio y liquidando, en su caso, la sociedad conyugal.

Las capitulaciones, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna, resultan actuales en todos los tiempos de crisis económica o de incertidumbre política. Los cónyuges desean que uno de ellos no comparta los riesgos ni los sufra. Por lo cual, si se hallan en un régimen económico matrimonial de comunidad, como es el de la sociedad de gananciales —normal en los regímenes jurídicos regidos por el CC—, se desea cambiarlo por el de separación de bienes, liquidando y dividiendo los integrantes de la sociedad conyugal que hasta el momento hubiese existido, adjudicándose al cónyuge que no asume tales riesgos el domicilio conyugal y, en general, bienes ajenos a la actividad que comporta el mayor riesgo que se prevé.

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha determinado una variación trascendental en la situación legal de la mujer en sociedad de gananciales, en cuanto se refiere a las pérdidas padecidas en ésta

---

hogar según las circunstancias, entre ellas el ciclo observado por algunos sociólogos que comienza con el pequeño hogar de la pareja de recién casados, que cambia a otro más amplio cuando por el nacimiento de los hijos aumenta la familia y que vuelve a refugirse en otro más reducido al quedar solos el marido y la mujer una vez independizados todos los hijos.

y a los riesgos consecuentes, en especial en lo referente a la devolución del montante de sus bienes privativos que estén confundidos en el caudal común.

La mujer, en el originario régimen de la sociedad de gananciales, tenía una situación meramente pasiva; pero, en cambio, tenía salvaguardada al máximo su responsabilidad patrimonial. Al extinguirse el matrimonio, la mujer recibía sus bienes antes de que se liquidara la sociedad de gananciales y de que los acreedores cobraran sus créditos, y el marido sólo retiraba los suyos después de pagados éstos. Además, la mujer tenía garantizada su devolución mediante hipoteca general y tácita sobre todos y cada uno de los bienes del marido, incluidos los gananciales.

La Ley Hipotecaria de 1861 sustituyó esta hipoteca general y tácita por la especial que la mujer podía exigir que, a su favor, constituyera el marido.

Tras la reforma del Derecho de familia de 13 de mayo de 1981, la nueva regulación de la sociedad de gananciales sitúa en igual posición a marido y mujer. Consecuentemente, esta igualdad posicional del marido y de la mujer motiva que tengan idéntica responsabilidad y los mismos derechos en la liquidación de la sociedad.

En la regulación de la sociedad de gananciales anterior a la reforma de 1981, la mujer tenía preferencia para ser reintegrada con prelación a los demás acreedores de la sociedad conyugal. Hoy no, ni siquiera respecto de los que fueren por razón de las cargas y obligaciones consignadas en el artículo 1.362, números 3 y 4.

El antiguo privilegio de la mujer casada de ser reintegrada antes que los acreedores de la sociedad conyugal ha desaparecido; y ni siquiera tiene preferencia respecto del marido a ser reintegrada antes que él. Si, después de pagados los acreedores extraños, el haber remanente resulta insuficiente para satisfacer los reintegros debidos a uno y otro cónyuge, deberá ser distribuido a prorrata del importe acreditado por uno y otro.

Existe, pues, una poderosa razón para que, ante la amenaza de circunstancias adversas y la previsión de nuevos riesgos extraordinarios en los negocios, ambos cónyuges estimen conveniente cambiar su régimen de gananciales por el de separación de bienes y liquidar el haber —hasta el momento saneado— de su sociedad conyugal, en el que pueden hallarse confundidos haberes privativos de uno u otro.

e) *Discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar*, o de tipo semejante que aconsejen la separación de bienes.

f) *Disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común, e incluso del que viniera rigiendo el suyo privativo*, que hagan conveniente el relevo en su gerencia; o que un cónyuge se haga cargo de la gestión de los bienes del

otro; o que aconsejen la imposición de limitaciones en la disposición del patrimonio o incluso el relevo en la administración de la empresa de la que vive la familia.

g) *La separación de hecho de los cónyuges*, pues subsistiendo la sociedad de gananciales, como puso de relieve De la Cámara <sup>89</sup>, la posible transformación de la misma en régimen de separación de bienes facilitaría extraordinariamente la solución extrajudicial de la problemática surgida cuando la vida matrimonial ha fracasado y los esposos deciden separarse sin acudir a los Tribunales.

En el Derecho español, a partir de la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975, desaparece en los territorios de Derecho común el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, lo cual, por las razones expuestas, se ha considerado acertado por la mayor parte de los autores <sup>90</sup>. Siguiendo el criterio dominante en el Derecho comparado y en nuestros Derechos civiles especiales o forales, el artículo 1.326 CC dispone que «las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio».

#### IV. LOS SISTEMAS DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

En la actualidad el problema que preocupa a la doctrina no es tanto el de la fundamentación de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, que es admitida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como el de la manera en que se ha de estructurar jurídicamente dicha mutabilidad, ya que puede ser organizada de formas diversas, como prueba el examen del Derecho comparado, buscando la salvaguardia de intereses de muy variada naturaleza, como el de la familia, el de los cónyuges y el de los terceros, especialmente los acreedores de los cónyuges.

---

<sup>89</sup> DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», cit., pp. 14 y ss.

<sup>90</sup> LACRUZ, «El nuevo Derecho civil de la mujer casada», Madrid, 1975, p. 92; GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, Madrid, 1976, p. 1068, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales», *RGLJ*, 1977, pp. 83 y ss.; LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «Notas sobre "mutabilidad" del régimen económico matrimonial en el Derecho común», cit., pp. 163 y ss.; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1080-1081; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1515-1516; CABANILLAS, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 603 y «Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial», *RDR*, 1986, pp. 47-48; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 273 y ss., y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit., pp. 6 y ss.

En el panorama del Derecho comparado aparecen sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial que presentan rasgos comunes, como la necesidad del acuerdo de los cónyuges plasmado en documento público, con determinados límites a la libertad de estipulación, la protección de los derechos adquiridos por terceros y el establecimiento de un determinado mecanismo de publicidad<sup>91</sup>. Existen, sin embargo, diferencias esenciales en los diversos ordenamientos jurídicos, que conviene destacar y examinar con cierto detenimiento. Hay sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial que se caracterizan fundamentalmente porque debe intervenir de forma necesaria la autoridad judicial, mientras que en otros no se establece la intervención de la misma. Con razón se distingue, teniendo en cuenta esta circunstancia, entre los sistemas de mutabilidad con necesaria autorización judicial y sin necesidad de ella. Además, determinados ordenamientos jurídicos no admiten una ilimitada mutabilidad del régimen económico matrimonial en el aspecto temporal, en tanto que en otros se permite el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial sin que existan plazos de inmutabilidad. Por último, hay ordenamientos jurídicos que sólo permiten a los cónyuges adoptar alguno de los regímenes tipificados en la ley o modificarlos sin alterar su naturaleza, y existen otros ordenamientos jurídicos que no limitan de esta manera la libertad de los cónyuges a la hora de cambiar o modificar el régimen económico matrimonial<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Cada una de estas condiciones presenta, a su vez, peculiaridades en los diversos ordenamientos jurídicos, como es lógico:

<sup>92</sup> Sobre los regímenes económicos del matrimonio en el Derecho comparado existen importantes obras, aunque algunas de ellas no recojan las últimas reformas que se han producido en diversos países. Entre las más importantes cabe citar las siguientes: Travaux de la 2.<sup>a</sup> Journée d'Etudes Juridiques Jean Dabin: *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, 1966; FERNÁNDEZ CABALEIRO, *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Madrid, 1969; Institut de Droit Comparé: *Le régime matrimonial legal dans les législations contemporaines*, bajo la dirección de PATARIN y ZAJTAY, 2.<sup>a</sup> edición, Paris, 1974; Union Interantionale du Notariat Latin. Commission des Affaires Européennes: *Régimes matrimoniaux. Successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé*, 2 vols., Neuchâtel, 1979; 75 Congrès des Notaires de France: *Le statut matrimonial du français*, II, cit., pp. 1132 y ss.; SIMÓ SANTONJA, «Los regímenes económicos matrimoniales en el mundo de hoy», Pamplona, 1981; Institut de Droit Comparé de la Université Jean Moulin: *Mariage et famille en question*, bajo la dirección de NERSON y SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, 6 vols., CNRS, Lyon, 1980; Juris-Classeur de Droit comparé, bajo la dirección de GOLDMAN, 2 vols., Paris, 1985.



## 1. Mutabilidad del régimen económico matrimonial basada en la previa autorización judicial

Este sistema ha sido acogido en numerosos ordenamientos jurídicos, como el francés (artículo 1.397 CC), el de Quebec (artículos 1.265 y 1.266 CC), el suizo (artículo 181 CC), el belga (artículo 1.395 CC) o el holandés (artículos 118 y 119 CC).

En todos estos ordenamientos jurídicos el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial durante el matrimonio no depende exclusivamente de la voluntad de los cónyuges, sino que, además, es precisa la previa autorización del Juez. Este control judicial se justifica en algunos de los motivos que se han alegado tradicionalmente para fundamentar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Se entiende que con la intervención del Juez se evitan en buena medida los abusos de influencia de un cónyuge sobre el otro y se salvaguarda el interés de la familia y el de los terceros. Se señala que al instituir la mutabilidad la ley ha establecido una red de precauciones destinadas a proteger los intereses que implica el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. La mutabilidad no ha de excluir la realidad y la prudencia del control <sup>93</sup>. La misión fundamental del Juez, señalan la doctrina francesa y la doctrina belga <sup>94</sup>, es controlar la conformidad del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial al interés de la familia, afirmando la importante sentencia del Tribunal de Casación francés de 6 de enero de 1976 <sup>95</sup> que el interés de la familia invocado por los cónyuges ha de constituir objeto de una apreciación de conjunto. La función del Juez no se limitará sólo a un control de la motivación de los cónyuges, sino que deberá comprobar si el cambio o la modificación que se ha solicitado es conforme al interés de la familia. La protección de los terceros está garantizada por el control judicial, ya que con el mismo se pueden evitar posibles fraudes a terceros derivados del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial <sup>96</sup>.

<sup>93</sup> CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, París, 1981, p. 216.

<sup>94</sup> PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, tomo VIII del *Droit civil français* de AUBRY y RAU, París, 1973, pp. 219 y ss.; RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, París, 1978, p. 138; RIEG y LOTZ, *Técnicas des régimes matrimoniaux*, II, París, 1978, pp. 98-99; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 217, 229 y 230; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, París, 1982, pp. 149 y ss.; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, IV, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª edición por JUGLARD, París, 1982, pp. 77 y ss.; RAUCENT, «Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux (Loi du 14 juillet 1976 et formules d'application)», Bruxelles, 1978, pp. 104-105; A. RIEG, LOTZ y P. RIEG, *Técnicas des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 355 y ss.

<sup>95</sup> *Recueil Dalloz*, 1976, 253, con nota de PONSARD; *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1976, 537, con nota de NERSON.

<sup>96</sup> POISSON, *Le changement de régime matrimonial*, cit., pp. 497 y ss.; FENAUX,

Conviene mostrar, aunque sea en sus líneas básicas, el procedimiento de homologación judicial configurado por el CC francés, en la medida en que ha sido tenido en cuenta como modelo por diversos ordenamientos jurídicos. A tenor de lo dispuesto por el artículo 1.397 CC francés, después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, los esposos podrán convenir en interés de la familia modificarlo, o incluso cambiarlo totalmente, por escritura notarial que será sometida a la homologación del Tribunal de su domicilio. Todas las personas que han sido partes en el contrato modificado deben ser citadas a la instancia de homologación; pero no sus herederos, si aquéllas han fallecido. El cambio homologado produce efectos entre las partes a partir del juicio y frente a terceros tres meses después de que se haya practicado su mención en el margen de uno y otro ejemplar del acta de matrimonio. Sin embargo, a pesar de faltar esta mención, el cambio es oponible a los terceros si, en los actos celebrados con ellos, los esposos han declarado la modificación de su régimen matrimonial. Se tomará mención del juicio de homologación en la minuta del contrato de matrimonio modificado. Además, la demanda y la decisión de homologación deben ser publicadas en las condiciones y bajo las sanciones previstas en el Código de Procedimiento Civil; si uno de los esposos es comerciante, la decisión se publicará en las condiciones y bajo las sanciones previstas por las normas relativas al Registro de Comercio.

El legislador francés ha querido proteger a los terceros, fundamentalmente los acreedores de los cónyuges, concediéndoles una acción para oponerse a la homologación del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial. Según el último párrafo del artículo 1.397 CC francés, los acreedores, si ha existido fraude de sus derechos, podrán ejercitar una *tercería (tierce-opposition)* contra el juicio de homologación de conformidad con las condiciones del Código de Procedimiento Civil.

Si en el Derecho francés la decisión del Juez se ha de apoyar básicamente en el interés de la familia, en los restantes ordenamientos jurídicos que adoptan este sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial la situación es muy semejante. El CC holandés establece que el Juez rehusará la autorización cuando no existan motivos legítimos o si los intereses de los acreedores pueden ser lesionados (artículo 118). El CC de Quebec dispone que el cambio durante el matrimonio del régimen económico matrimonial sólo será autorizado si no lesiona los intereses de la familia o los derechos de los acreedores (artículo 1.265).

---

«Le changement de régime matrimonial et les droits de tiers», *RTDC*, 1967, pp. 574 y ss.; CHEVALLIER-DUMAS, «La fraude dans les régimes matrimoniaux», *RTDC*, 1979, pp. 64-65.

Según el CC belga, el Juez sólo autorizará el cambio si no perjudica el interés de la familia, de los hijos y de los terceros (artículo 1.394). El CC suizo, finalmente, afirma que la autoridad tutelar sólo autorizará el cambio cuando no exista abuso de influencia de un cónyuge sobre el otro o perjuicio a terceros (artículos 179 y 188).

## 2. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin necesidad de la previa autorización judicial

En contraste con los ordenamientos jurídicos que exigen la previa autorización judicial para que pueda tener lugar durante el matrimonio el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, en otros muchos no se requiere dicha autorización judicial. Destacan en este sentido el Derecho alemán (parágrafo 1.408 CC), el Derecho austriaco (artículo 1.217 CC), el Derecho luxemburgués (artículo 1.387 CC), el Derecho italiano (artículo 162 CC), el Derecho español (artículo 1.326 CC y artículos 26 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, 7.º de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, 3.º y 66 de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares y ley 78 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra; en Vizcaya y Alava, el artículo 1.º de la Ley de 18 de marzo de 1988, del Parlamento Vasco, de modificación parcial del Derecho civil foral, ha puesto fin a la inmutabilidad del régimen de bienes del matrimonio) y en numerosos Derechos iberoamericanos, como los de Chile (artículo 1.723 CC), El Salvador (artículo 185 CC), Costa Rica (artículos 37 y 38 del Código de Familia), Guatemala (artículo 125 CC), Honduras (artículo 170 CC), Nicaragua (artículo 154 CC) y Panamá (artículo 1.162 CC).

Los numerosos problemas e inconvenientes que plantea el procedimiento judicial de homologación del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial, unido a que se considera suficiente el cumplimiento de determinados requisitos de forma y de publicidad para evitar los peligros apuntados, ha determinado que en todos estos ordenamientos jurídicos no se requiera la intervención del Juez. Así lo ha puesto de relieve la doctrina italiana, a fin de fundamentar el criterio acogido por la Ley de 10 de abril de 1981, que abandona el sistema de modificación del régimen económico matrimonial con necesaria autorización judicial <sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo Diritto di famiglia*, Milano, 1983, pp. 202 y ss.; CORSI, «Il regime patrimoniale della famiglia», vol. 2.º, «Le convenzioni matrimoniali. Familia e impresa», en *Trattato di Diritto civile e commercio* de CICU y MESSINEO, VI-II, sec. 2, Milano, 1984, pp. 28 y ss.

El sistema configurado por el Derecho alemán constituye, sin duda, el mejor argumento para cuestionar la fuerza convincente de las razones alegadas para justificar la necesidad de la autorización judicial del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial. El CC alemán, sin necesidad de semejante autorización judicial, ha configurado un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial que salvaguarda, a través de determinados cauces, el interés de la familia y de los terceros, sin necesidad de poner barreras que dificultan extraordinariamente el deseo de los cónyuges de cambiar o modificar su régimen económico matrimonial. La norma fundamental aparece contenida en el párrafo 1.408 CC, que establece, como apunta Kanzleiter<sup>98</sup>, el principio de la libertad contractual en el ámbito del régimen económico matrimonial, al disponer que los cónyuges pueden regular su régimen económico matrimonial por contrato (*Ehevertrag*); también pueden suprimir o modificar el régimen después de la celebración del matrimonio. Para facilitar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial se disciplina en el CC, además del régimen legal de participación (*Zugewinnngemeinschaft*), los regímenes convencionales más importantes, el de separación de bienes (*Gütertrennung*), que tiene también vigencia supletoria cuando los cónyuges se limitan a excluir el régimen legal (párrafo 1.414), y el de comunidad (*Gütergemeinschaft*) (párrafos 1.415 y siguientes).

La protección de uno de los cónyuges frente al abuso de influencia del otro está garantizada en la normativa del CC sobre los vicios del consentimiento negocial. Además, el párrafo 1.411 exige una determinada capacidad de obrar de los cónyuges para celebrar el contrato de matrimonio. Se imponen igualmente importantes limitaciones a la libertad de pacto (párrafos 134, 137, 138, 1.414, 1.437 y 1.409).

Para evitar los cambios o las modificaciones poco meditadas del régimen económico matrimonial, el párrafo 1.410 dispone que el contrato de matrimonio debe ser concluido con el consentimiento de los cónyuges ante Notario. Como dice Kanzleiter<sup>99</sup>, la obligación de documentación garantiza especialmente que los cónyuges, en el momento de la celebración del matrimonio, están informados por un experto (el Notario) y aconsejados sobre las consecuencias del mismo (función de protección).

La protección de los terceros es garantizada en el Derecho alemán mediante las acciones generales que se conceden a los perjudicados por actos fraudulentos, y a través de la implantación

---

<sup>98</sup> KANZLEITER, «Familienrecht», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, München, 1989, p. 521.

<sup>99</sup> KANZLEITER, *Familienrecht*, cit., p. 533.

de un específico régimen de publicidad de los regímenes económicos del matrimonio. No existe en el Derecho alemán el grave problema que surge en otros ordenamientos jurídicos, como el francés, cuyo régimen de publicidad es considerado extraordinariamente complejo y de escasa eficacia, propugnándose su reforma, teniéndose en cuenta el régimen de publicidad que rige en el Derecho alemán <sup>100</sup>. En el mismo existe un Registro especial del régimen económico del matrimonio (*Güterrechtsregister*), del que se encarga un Juez especial (*Amtsgericht*). A través de este Registro se consigue un objetivo fundamental: que los terceros puedan conocer con facilidad el régimen económico matrimonial de los cónyuges, ya que toda persona está legitimada para consultarlo y solicitar copias de las inscripciones (artículo 1.563) <sup>101</sup>. Como apunta la doctrina alemana <sup>102</sup>, este Registro cumple dos funciones esenciales: la protección y la facilitación del tráfico jurídico. Ello se consigue, afirma Kanzleiter <sup>103</sup>, mediante el Registro y la protección establecida en el parágrafo 1.412, que es la norma fundamental al establecer la eficacia del mismo frente a terceros, como proclama su título (*Wirkung gegenüber Dritten*). Ciertamente, apunta Schwab <sup>104</sup>, la inscripción en el Registro no tiene eficacia constitutiva. La reglamentación establecida en el contrato de matrimonio es eficaz, aunque no haya sido inscrito. No existe, desde luego, una obligación de inscripción de los cónyuges <sup>105</sup>. Según la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia <sup>106</sup> han dado al parágrafo 1.412, la protección del tercero presupone dos condiciones esenciales: 1.<sup>a</sup> Que los derechos del tercero deriven de un negocio jurídico celebrado con uno de los cónyuges o de una sentencia pronunciada contra el cónyuge. 2.<sup>a</sup> Que el tercero sea de buena fe (*gutgläubige Dritte*), es decir, que no conociese la existencia del régimen económico del matrimonio realmente existente; pero la buena fe ha de existir en el momento de la celebración del negocio jurídico o del inicio del litigio, si bien se presume su existencia, debiendo el cónyuge demandante demostrar que el tercero tenía conocimiento del contrato de matrimonio que modificaba el régimen económico matrimonial.

<sup>100</sup> Una aguda crítica del régimen francés de publicidad ha sido realizada por RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux: une institution à reformer*, JCP, 1973, 1, pp. 1249-1267.

<sup>101</sup> HENRICH, *Familienrecht*, Berlín-New York, 1980, p. 90.

<sup>102</sup> GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München, 1980, pp. 448-450; SCHWAB, *Familienrecht*, München, 1986, pp. 96-97; KANZLEITER, *Familienrecht*, cit., p. 536.

<sup>103</sup> KANZLEITER, «Familienrecht», cit., p. 536.

<sup>104</sup> SCHWAB, «Familienrecht», cit., p. 96.

<sup>105</sup> HENRICH, «Familienrecht», cit., p. 90.

<sup>106</sup> GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., pp. 453 y ss.; KANZLEITER, «Familienrecht», cit., pp. 536 y ss.

Si estas condiciones se cumplen, el tercero gozará de la tutela jurídica de sus derechos; sin embargo, esta tutela jurídica no es completa, porque el Registro no le protege de la posible nulidad del contrato de matrimonio que está inscrito, sin que rija la solución impuesta por el parágrafo 892 para el Registro inmobiliario. Como señala Henrich<sup>107</sup>, se puede confiar en el silencio del Registro. Para los terceros, apunta Schwab<sup>108</sup>, que han celebrado un negocio jurídico con uno de los cónyuges o entablado un litigio, el Registro despliega una mera publicidad negativa (*eine bloß negative Publizität*).

### 3. Mutabilidad del régimen económico matrimonial con limitación temporal

En algunos ordenamientos jurídicos, que han admitido el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, se ha establecido, sin embargo, un plazo de inmutabilidad a partir de la adopción del régimen económico matrimonial, legal o convencional. Es particularmente significativo en este sentido el CC francés, cuyo artículo 1.397, como hemos visto, establece que sólo después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, los esposos podrán convenir en interés de la familia modificarlo, o incluso cambiarlo enteramente, por escritura notarial que será sometida a la homologación del Tribunal de su domicilio.

En análogo sentido el artículo 1.387 CC luxemburgués establece un plazo de inmutabilidad del régimen económico matrimonial de dos años, mientras que el CC holandés limita la modificación del régimen económico matrimonial en el sentido de que podrá hacerse cuando haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio con aprobación del Juez (artículos 118 y 119).

La doctrina francesa<sup>109</sup> ha tratado de fundamentar el plazo de inmutabilidad con diversas razones. Cornu<sup>110</sup> señala, de acuerdo con la opinión generalizada, que el artículo 1.397 CC francés está destinado a evitar la excesiva precipitación en el cambio. La mutabilidad no debe degenerar en inestabilidad.

---

<sup>107</sup> HENRICH, *Familienrecht*, cit., p. 90.

<sup>108</sup> SCHWAB, «*Familienrecht*», cit., p. 96.

<sup>109</sup> PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, cit., pp. 213-214; POISSON, *Le changement de régime matrimonial*, cit., p. 506; RIEG y LOTZ, *Téchniques des régimes matrimoniaux*, cit., p. 131; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, II, cit., p. 220; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 149; A. RIEG, LOTZ y P. RIEG, *Téchnique des régimes matrimoniaux*, cit., p. 355.

<sup>110</sup> CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 220.

#### **4. Mutabilidad del régimen económico matrimonial sin limitación temporal**

Las condiciones de fondo, forma y publicidad que se establecen en los distintos ordenamientos jurídicos para cambiar o modificar, en virtud de convención matrimonial, el régimen económico del matrimonio, determinan que no se requiera en la mayor parte de los CC (los de Alemania, Austria, Bélgica, Suiza, Italia y España, así como las diversas Compilaciones de Derecho civil especial o foral) un período de inmutabilidad a partir de la vigencia del régimen económico matrimonial, legal o convencional.

#### **5. Mutabilidad del régimen económico matrimonial circunscrita a los regímenes previstos en la ley**

A pesar de que el parágrafo 1.408 CC alemán establece el principio de libertad de estipulación sobre el régimen económico matrimonial, un sector de la doctrina alemana señala que los cónyuges están vinculados a los regímenes económicos del matrimonio contemplados expresamente en la ley, de tal manera que no pueden acordar eficazmente uno enteramente nuevo o atípico. Frente a este punto de vista se señala que la pretendida limitación carece de fundamento en los textos legales (parágrafos 1.408 y 1.409 CC) y apenas ha tenido influencia en la jurisprudencia <sup>111</sup>.

En el Derecho suizo, en cambio, aparece claramente formulada la restricción apuntada en el CC. El artículo 179 dispone que las partes están obligadas a adoptar en su contrato uno de los regímenes previstos en la presente ley.

En el Derecho chileno, los cónyuges sólo pueden, durante el matrimonio, en virtud de capitulaciones matrimoniales, sustituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total (artículo 1.723 CC chileno).

#### **6. Mutabilidad del régimen económico matrimonial no circunscrita a los regímenes previstos en la ley**

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no aparece formulada una limitación de la libertad de los cónyuges para configurar el contenido del cambio o de la modificación del régimen

---

<sup>111</sup> Sobre la cuestión, con amplia referencia doctrinal, KANZLEITER, *Familienrecht*, cit., pp. 522 y ss.; SCHWAB, *Familienrecht*, cit., pp. 94-95; también «Gestaltungsfreiheit und Formbindung im Ehevermögensrecht und die Eherechtreform», en *75 Jahre Deutsche Notar Zeitschrift*, editado por la *Bundesnotarkammer* con ocasión del *20 Deutscher Notartag*, 1977, Stuttgart, pp. 51 y ss.

económico matrimonial que les obligue a circunscribirse a los regímenes tipificados en la ley. Ciertamente en los diversos CC que disciplinan el cambio o la modificación del régimen económico del matrimonio aparecen previstos determinados regímenes que pueden adoptarse antes o después de la celebración del matrimonio, pero no con el objeto de que los cónyuges deban atenerse a alguno de ellos, sino para facilitar el cambio o la modificación que se desea realizar. Los cónyuges pueden establecer cualquier tipo de cláusula relativa al régimen económico de su matrimonio, con tal de que respeten unos determinados límites legales a la libertad de estipulación que aparecen en los distintos CC (parágrafos 134, 137, 138, 1.409, 1.414 y 1.437 CC alemán; artículos 160, 161 bis, 210 y 211 CC italiano; artículos 1.387 y ss. CC francés; artículos 1.387 y 1.388 CC belga; artículo 121 CC holandés; artículo 1.387 CC luxemburgués; artículo 1.328 CC español).

## V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA DE MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Numerosas son las críticas que se han formulado contra el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial establecido en nuestro CC por la Ley de 2 de mayo de 1975, que ha mantenido, en sus líneas esenciales, la Ley de 13 de mayo de 1981. Conviene por ello examinar con el necesario rigor todas las críticas, más o menos fundadas, que se han expuesto contra el mismo, teniendo en cuenta la experiencia del Derecho comparado y valorando los diversos intereses, dignos de protección, que están en juego.

### 1. La innecesariedad de previa autorización judicial

Un sector de nuestra doctrina <sup>112</sup> considera que debería haberse adoptado un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial basado en el previo control judicial. Hubiese sido una

---

<sup>112</sup> LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico del matrimonio en el Derecho común*, cit., pp. 166 y 176; MARGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, pp. 159 y 160 y 218, nota 135; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), XVIII-1.º, Madrid, 1982, pp. 200 y ss.; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1987, p. 322; GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, RDN, 1976, p. 31.



medida acertada para impedir los fraudes a terceros, el abuso de influencia de un cónyuge sobre el otro, las modificaciones poco reflexivas del régimen económico matrimonial y para apreciar el verdadero interés de la familia en la hipótesis —no infrecuente— de que los intereses de los cónyuges fueran opuestos a los de los hijos. Se evitarían, en definitiva, muchos de los problemas que surgen en la práctica. Frente a esta argumentación no faltan autores, sin embargo, que se muestran contrarios a la intervención del Juez, y la mayoría, ni siquiera se plantean el problema. Rojas Montes<sup>113</sup> afirma que ha estado acertada la Ley de 13 de mayo de 1981. La introducción del requisito de la homologación judicial hubiera sido un trámite innecesario que hubiese complicado inútilmente la modificación de las capitulaciones y hubiera entorpecido el libre juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. La función notarial, como ha dicho Rodríguez Adrados, no puede estar limitada a proporcionar la forma perfecta que, como cáscara vacía, pueda albergar cualquier contenido. Dado el carácter notarial de las capitulaciones y el asesoramiento que presta el Notario como profesional del Derecho, la exigencia de la homologación es improcedente *de iure condendo*. Las capitulaciones deben ser «el negocio perfecto en el documento perfecto», que es la fórmula que D'Orazi Flavoni da para la función notarial. Si el Notario interviene profesionalmente en la etapa de predocumentación de la modificación de las capitulaciones, su intervención es bastante, porque su función está por encima de la de un documentador puro.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, Torres Escámez<sup>114</sup> se manifestó en contra de la homologación judicial: si es meramente formularia y el Juez se limita a citar a las partes y preguntarles si están de acuerdo con lo realizado en capitulaciones, tal intervención carece de sentido, porque las partes ya han prestado su consentimiento fehacientemente en escritura; si es más profunda y el Juez examina minuciosamente el contenido de los capítulos modificativos, ello añadiría un trámite más (que es de suponer largo y costoso), lo cual sería mirado con gran prevención por los interesados, llevándolos de nuevo a los convenios privados y secretos de separación, que es precisamente lo que la reforma trata de evitar.

La intervención judicial debe preservarse para lo que es su más importante función: la tutela de los derechos violados y de los intereses injustamente perjudicados, debiendo evitarse una actuación innecesaria en materias que no vendrían sino a abarrotar la ya de por sí sobrecargada actividad jurisdiccional.

---

<sup>113</sup> ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, *AAMN*, 1985, XXVI, pp. 329-330.

<sup>114</sup> TORRES ESCÁMEZ, «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales», *RCDI*, 1978, p. 968.

A nuestro juicio, la solución acogida en nuestro CC, en consonancia con la vigente en las Compilaciones de Derecho civil especial o foral y en numerosos ordenamientos jurídicos, como hemos visto, es acertada, porque la intervención del Juez complica extraordinariamente el deseo de los cónyuges de modificar o sustituir su régimen económico matrimonial, bastando para evidenciarlo el análisis del procedimiento de homologación judicial del cambio o de la modificación del régimen económico matrimonial regulado por el CC francés, donde caben los recursos <sup>115</sup>, al que nos hemos referido anteriormente. Tampoco se ha demostrado que la intervención judicial haya evitado los abusos de influencia de un cónyuge sobre el otro, seguramente porque el Juez desconocerá tal circunstancia, y los posibles fraudes a terceros, estando ambos cónyuges de acuerdo. Tal vez por ello se está abandonando este sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial en los países que lo acogieron, siguiendo el ejemplo francés, y en los que lo mantienen, como Bélgica, la doctrina destaca la complejidad y la rigidez de las formalidades exigidas <sup>116</sup>. La experiencia italiana nos parece sumamente significativa. En el año 1975 el legislador italiano adoptó un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial basado en el previo control judicial. El artículo 162, párrafo 3.º, del CC disponía que las convenciones pueden ser estipuladas en todo tiempo, quedando firme la disposición del artículo 194. Después de la celebración del matrimonio pueden ser modificadas mediante previa autorización del Juez. Se omitía, pues, en esta norma toda indicación de los criterios que el Juez debía seguir para autorizar o denegar el cambio o la modificación de las convenciones matrimoniales. Aquí residían las dudas y controversias, como prueba el examen de la doctrina italiana, donde existían múltiples tesis en torno a los criterios que había de tener en cuenta el Juez en esta delicada tarea. Según De Paola y Macri <sup>117</sup> el Juez tenía que tener cuenta el interés de la familia. De Rubertis <sup>118</sup> se refería al interés de la familia y a que la modificación no implicase un daño injustificado al cónyuge más débil. Finocchiaro (Alfio) y Finocchiaro (Mario) <sup>119</sup> aludían al interés de la familia y de los cónyuges. Bellantoni y Pontorie-

---

<sup>115</sup> RIEG y LOTZ, *Técnicas des régimes matrimoniaux*, II, cit., p. 97; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 222; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., pp. 153-154; A. RIEG, F. LOTZ y P. RIEG, *Tecniqne des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 360-361.

<sup>116</sup> RAUCENT, *Droit patrimonial de la famille*, cit., p. 102.

<sup>117</sup> DE PAOLA y MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, p. 58.

<sup>118</sup> DE RUBERTIS, «Le convenzioni matrimoniali nel nuovo Diritto di famiglia», en *Il Diritto di famiglia e della persona*, 1976, pp. 1317-1318.

<sup>119</sup> FINOCCHIARO (Alfio) y FINOCCHIARO (Mario), *Riforma del Diritto di famiglia. Commentario teorico-pratico alla Legge 19 maggio 1975*, Milano, 1975, p. 464.

ri <sup>120</sup>, finalmente, declararon que la autorización del Juez debía ser concedida en todos los casos en que la modificación no estuviese en contra de la ley. Con la reforma de 10 de abril de 1981 se ha querido, dice Russo <sup>121</sup>, dirimir la controversia y eliminar los inconvenientes prácticos derivados de la intervención del Juez.

La doctrina francesa, que en general no critica la solución acogida por el legislador francés al exigir la homologación judicial, no deja de destacar el espinoso problema que consiste en precisar el significado del interés de la familia, criterio que ha de guiar al Juez para autorizar el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial (artículo 1.397 CC francés) <sup>122</sup>. Se trata de una «noción cuadro» intencionalmente vaga (es una laguna *intra legem*, dice Cornu) que la ley —evolutiva y flexible— ha dejado a la apreciación del Juez de fondo <sup>123</sup>.

El problema reside en determinar si los mecanismos jurídicos arbitrados en nuestro Derecho son suficientes para garantizar una adecuada protección del interés de la familia y de los terceros. Desde luego existen medios para proteger adecuadamente al cónyuge que tenga viciado el consentimiento en el acto del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, ya que podrá solicitar la anulación de éstas de conformidad con lo prescrito en el artículo 1.335 CC, que en relación con las capitulaciones matrimoniales se remite a las normativa del CC sobre la ineficacia del contrato y por ello a las normas relativas a los vicios del consentimiento.

No puede olvidarse que nuestro CC y las Compilaciones de Derecho civil especial o foral, así como la jurisprudencia (Sentencia del TS de 10 de junio de 1912), establecen con carácter constitutivo que las capitulaciones matrimoniales han de constar en escritura pública (artículos 1.327 y 1.280.3.º CC y artículos 25 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y 9.º de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña y ley 79 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra), disipando cualquier tipo de duda en torno a la forma *ad solemnitatem* de las capitulaciones matrimoniales que pudiera albergarse <sup>124</sup>. La inter-

---

<sup>120</sup> BELLANTONI y PONTORIERI, *La riforma del Diritto di famiglia*, Napoli, 1976, p. 103.

<sup>121</sup> RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 202.

<sup>122</sup> RIEG y LOTZ, *Téchniques des régimes matrimoniaux*, II, cit., pp. 93 y 94; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 217; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 150; A. RIEG, F. LOTZ y P. RIEG, *Tecniqne des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 355-358.

<sup>123</sup> CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 217.

<sup>124</sup> Incluso cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en nuestro CC, la doctrina justificó la necesidad de que las capitulaciones matrimoniales constasen en escritura pública, con la única excepción de la forma prevista en el artículo 1.324 CC. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos*

vención del Notario, derivada de la necesaria constancia de las capitulaciones en escritura pública, es imprescindible en un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial como el acogido en nuestro Derecho, pues este profesional, en línea con lo afirmado por Rojas Montes, podrá asesorar a los cónyuges sobre los aspectos jurídicos que entraña el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, evitando que puedan surgir antinomias, ambigüedades y otros problemas derivados de la redacción de las cláusulas capitulares. Además, el Notario comprobará (debe hacerlo) si se cumplen todas las condiciones establecidas por la ley para proceder al cambio o a la modificación del régimen económico matrimonial, e incluso poner en guardia a los cónyuges sobre la existencia de cláusulas capitulares de dudosa licitud.

Tal vez el punto más problemático del sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial adoptado en nuestro Derecho es el relativo a la publicidad, de extraordinaria importancia en la materia, pues de ella depende en buena medida la adecuada protección de los terceros. Pero este problema no constituye un argumento sólido en favor de la necesaria intervención judicial, pues de lo que se trata es de que el sistema de publicidad del régimen económico matrimonial sea eficaz, cuestión que se plantea con independencia de que exista o no intervención del Juez en el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, siendo significativo que en el Derecho francés, donde existe un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial judicialmente controlada, se destaquen las deficiencias de los mecanismos de publicidad arbitrados <sup>125</sup>.

## 2. La publicidad de la modificación del régimen económico matrimonial

Un importante sector de nuestra doctrina <sup>126</sup> ha formulado serias críticas y expuesto graves objeciones al sistema de publicidad

---

y comentarios del Código Civil español, cit., p. 669) señaló que se trata de evitar los fraudes y alteraciones en perjuicio de terceros y de los mismos esposos, cosa que podría fácilmente hacerse en un instrumento privado.

La exigencia de escritura pública era de gran importancia cuando únicamente existía la posibilidad de otorgar capitulaciones con anterioridad a la celebración del matrimonio, pues de tal modo se dejaba constancia fehaciente de la fecha de las mismas, y se evitaba el fraude a terceros mediante capitulaciones *a posteriori* con fecha falsa.

<sup>125</sup> RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux. Une institution à réformer*, cit., pp. 1249 y ss.

<sup>126</sup> SOTO BISQUERT, *La publicidad del régimen matrimonial de bienes*, RDP, 1967, p. 536; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II,

del régimen económico matrimonial configurado por el CC y normativa complementaria (artículos 1.333 CC, 77 de la Ley del Registro Civil, 266 del Reglamento del Registro Civil y 75 del Reglamento Hipotecario). De manera expresiva y rigurosa, Peña<sup>127</sup> destaca que el sistema español sobre la publicidad del régimen económico matrimonial no proporciona la conveniente seguridad, porque no proporciona con facilidad información suficiente sobre cuál sea el régimen económico por el que se rige determinado matrimonio. Para saber si ha habido o no capitulaciones se necesita saber en qué Registro Civil, sea Municipal sea Consular (o Central), consta inscrito el matrimonio. Si, como es lo más frecuente, no hay capitulaciones, no por eso se sabe ya el régimen aplicable, pues la determinación del régimen depende de la vecindad civil de los contrayentes y de las normas de colisión. Con frecuencia habrá enormes dudas, de hecho (sobre todo para terceros) (tiempos de residencia) y de Derecho (vecindad civil de la mujer casada, reglas de colisión que confieren preferencia al marido). Muchas veces no ya los terceros, sino los mismos cónyuges, ignoran si están sometidos, en cuanto al régimen económico, al Derecho común o a algún Derecho foral (o a un Derecho extranjero).

*De lege ferenda* se han propuesto diversas medidas para mejorar la eficacia de los mecanismos de publicidad arbitrados en nuestro Derecho y garantizar así una más adecuada protección de los terceros e incluso de los propios cónyuges, a quienes conviene también que se dispense una eficaz publicidad de su régimen económico matrimonial, pues permite a los adquirentes y prestamistas eventuales tratar con confianza con los cónyuges, de quienes conocen, por su régimen económico, los poderes de disposición y de obligación.

Se destaca con razón que la publicidad del Registro Civil es una publicidad insuficiente. El asiento de mención o indicación no da noticia al tercero del contenido del régimen económico matrimonial, sino del documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento<sup>128</sup>.

---

cit., pp. 1107 y ss., y *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1561-1562; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 174 y ss.; CUTILLAS, «Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones que afecten a bienes inmuebles», en *La Ley*, 1985-4, pp. 1068-1069; GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 31; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., pp. 328 y ss.; ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 329; PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 181; BLASCO, *Derecho de familia*, cit., p. 193; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de familia*, Madrid, 1988, p. 181.

<sup>127</sup> PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 181.

<sup>128</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit.,

El carácter puramente voluntario de la mención o indicación en el Registro Civil, que reconoce expresamente el artículo 266, párrafo 2.º del Reglamento del Registro Civil, cuya redacción proviene del Real Decreto de 29 de agosto de 1986, acogiendo la doctrina de la resolución de la DGRN de 6 de mayo de 1977 y zanjando la polémica doctrina que suscitó el texto del artículo 1.333 CC («en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención») <sup>129</sup>, se traduce en que una parte importante de las capitulaciones matrimoniales no acceden al mismo. Incluso en ordenamientos como el alemán, que se toma como modelo, la doctrina <sup>130</sup> destaca que el carácter voluntario de la inscripción del contrato de matrimonio (*Ehevertrag*) en el Registro del régimen económico matrimonial determina que sólo una parte escasa de

---

p. 1112, y *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1561-1562; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 165; ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 319; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1992, pp. 169-170.

<sup>129</sup> En atención a la forma en que está redactado el artículo 1.333 CC, se ha sostenido que la mención de las capitulaciones matrimoniales, así como los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio, tiene carácter obligatorio (LASARTE, «La publicidad del régimen económico del matrimonio», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, p. 149; GULLÓN, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 99). Frente al argumento gramatical alegado, se esgrime que el aspecto global de la expresión legal («en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención») queda en buena medida atenuado por el inciso limitativo que dentro de ella se contiene («en su caso»). El citado precepto da a entender, desde el punto de vista gramatical, que sólo en caso de que los otorgantes de las capitulaciones soliciten la mención, el Encargado del Registro Civil debe practicarla en la inscripción de matrimonio. De esta manera se coordina perfectamente el carácter imperativo del artículo 1.333 y el inciso «en su caso». Igualmente imperativos son los términos con que la ley se refiere a la consignación de las modificaciones en el Registro de la Propiedad («se tomará razón»: artículo 1.333 CC) o a los hechos inscribibles en este Registro («se inscribirán»: artículo 2 de la Ley Hipotecaria) y no por eso ha de concluirse que la inscripción en el Registro de la Propiedad sea obligatoria. Lo que se quiere señalar con aquellos términos imperativos es que sólo con la práctica de esos asientos se consigue, para las modificaciones, la plenitud de efectos: los que para los asientos señalan los respectivos sistemas registrales. No está en juego el interés público como en la inscripción de los hechos que afectan al estado civil (y que, por tanto, debe ser promovida incluso por el Ministerio Fiscal o de oficio por el Juez) (PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 182, nota 56; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1107-1108; GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», *RCDI*, 1978, p. 498; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 241-242; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 163-164; CABANILLAS, *Los sistemas de mutabilidad del régimen económico matrimonial*, cit., p. 58.

<sup>130</sup> HEPTIG, «L'évolution contemporaine du Droit allemand», en *Mariage et famille en question*, cit., p. 115.

los contratos de matrimonio accedan al mismo. Se propone por ello la conveniencia de la obligatoriedad de la inscripción. En nuestra doctrina, Amorós <sup>131</sup> precisa con razón que hubiera sido quizá más útil la obligatoriedad de la constancia registral del régimen, de la misma manera que lo es la inscripción del matrimonio, imponiendo a los contrayentes el deber de manifestar el régimen económico vigente en el momento de contraer matrimonio, o de solicitar la inscripción de la modificación sobrevenida. Para lograr mayor efectividad el Notario que intervenga en el otorgamiento de las capitulaciones y su ulterior modificación debería estar obligado a comunicar tal hecho al Encargado del Registro Civil o del Registro Central (caso de crearse), igual que ocurre con el Registro General de Actos de Última Voluntad <sup>132</sup>; lo cual no acontece en la actualidad, pues del artículo 1.322 CC ni de ningún otro precepto cabe deducir la obligación del Notario de comunicar al Encargado del Registro Civil la modificación del régimen económico matrimonial operada en virtud del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (Resolución de la DGRN de 6 de mayo de 1977) <sup>133</sup>.

También debemos destacar que siempre no va a ser sencillo al tercero conocer la oficina del Registro Civil donde se mencionan las capitulaciones y demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial, pues nuestro Registro Civil carece de la dinamicidad que tiene, por ejemplo, el Registro del régimen económico matrimonial del Derecho alemán, cuya competencia territorial viene determinada por el domicilio actual de los cónyuges, con el correspondiente traslado de inscripciones cuando éstos cambian su residencia (artículos 1.558 y 1.559 CC alemán).

Parece conveniente que el asiento registral correspondiente al acto de capitulaciones matrimoniales sea una inscripción con plenitud de efectos, y no una mera indicación <sup>134</sup>, cuya eficacia se limita actualmente a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe. En ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación (artículo 77 de la Ley del Registro Civil).

---

<sup>131</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1112. También MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 164, nota 19.

<sup>132</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 329.

<sup>133</sup> ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 321.

<sup>134</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562.

La reforma operada en el Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986 ha tratado de superar algunos de los inconvenientes señalados por la doctrina. No cabe duda de que la *voluntas legislatoris*, al reformar el Reglamento del Registro Civil, ha sido mejorar el sistema de publicidad. Coadyuvan a tal fin las «notas de servicio» impuestas por el párrafo 6.º del nuevo artículo 266, de tal modo que las inscripciones que se practiquen en otros Registros (el de la Propiedad y el Mercantil) ha de hacerse constar el Registro Civil, con indicación de tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho; y paralelamente en las capitulaciones se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado (párrafo 7.º), ampliándose así el contenido de los artículos 1.332 y 1.333 CC; se facilita la expedición de copias de las capitulaciones y demás estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges (párrafo 8.º). Sin embargo, como destaca García Cantero<sup>135</sup>, todo ello resulta insuficiente a la vista de las críticas doctrinales que hemos recogido.

Más efectiva se ha mostrado la publicidad que deriva del Registro de la Propiedad, a pesar de no ser éste un Registro dirigido a la publicidad del régimen económico matrimonial. Dentro de su limitado ámbito, es el que ofrece mayor seguridad tanto por su organización como por la costumbre bastante arraigada de consultarlo cuando se pretende la adquisición de algún derecho sobre bienes inmuebles. Del análisis conjunto de los artículos 1.333 CC y 75 del Reglamento Hipotecario se desprende que el contenido de las capitulaciones matrimoniales no ha de ser publicado, sino que sólo se tomará razón de las capitulaciones en cuanto constituyen el «título» que determina el cambio en la titularidad de derechos concretos sobre inmuebles. Su eficacia se limita al tercero hipotecario (artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), pero no ampara al tercero que se relaciona obligacionalmente con los cónyuges.

El sistema de publicidad del régimen económico matrimonial se completa con la publicidad del Registro Mercantil, ya que el régimen económico matrimonial que resulte de capitulaciones matrimoniales otorgadas e inscritas en el Registro Civil puede tener acceso al mismo cuando alguno de los cónyuges es comerciante o empresario individual (artículos 12 y 21.9 del Código de Comercio y 92.3.<sup>a</sup> del Reglamento del Registro Mercantil). Si el régimen económico matrimonial que resulte de capitulaciones ma-

---

<sup>135</sup> GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 330.



trimoniales otorgadas e inscritas en el Registro Civil, no accede al Registro Mercantil, se aplicará la regla general de la inoponibilidad del acto sujeto a inscripción frente al tercero de buena fe (artículos 26 del Código de Comercio y 9.º del Reglamento del Registro Mercantil).

Hay que observar que en la práctica no se suelen inscribir las capitulaciones matrimoniales en el Registro Mercantil <sup>136</sup>, que previamente habrán debido acceder al Registro Civil, como previene el artículo 92.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil.

Aunque la publicidad del Registro de la Propiedad remedia en alguna medida el grave problema que representa en nuestro Derecho la escasa efectividad del Registro Civil como mecanismo específico de publicidad del régimen económico matrimonial, es indudable que la situación es insatisfactoria para conseguir la necesaria seguridad del tráfico jurídico.

Ante la complejidad que supone el mecanismo de publicidad vigente en nuestro Derecho, basado en la concurrencia de una pluralidad de Registros, diferentes en su organización y alcance, no es extraño que se haya considerado por numerosos autores <sup>137</sup>, e incluso lo propusieron procuradores cuando se discutió en las Cortes el Proyecto de Ley de 1974, que se convertiría en la Ley de 2 de mayo de 1975 <sup>138</sup>, la implantación en nuestro país de un Registro central unificado de regímenes económicos del matrimonio semejante al vigente en Alemania, Suiza y Holanda. Esta es una propuesta que se hace incluso en Francia, donde existe un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial con control judicial <sup>139</sup>. Sin embargo, Lasarte <sup>140</sup> sostiene que en un país de clara orientación latina como el nuestro no se debe defender la existencia de un Registro especial, el Registro *ad hoc*, aunque en el Derecho comparado existan sobradas muestras de dicha téc-

---

<sup>136</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1561.

<sup>137</sup> ESTEPA MOYANO, *Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común español*, cit., p. 160; AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1112, y *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 165; ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 329; GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 31.

<sup>138</sup> Así lo propusieron los señores PERALTA ESPAÑA y FERNÁNDEZ LÓPEZ DE URALDE en las enmiendas 71 y 99, pero no se consideró justificada la creación de un nuevo servicio público central como el que se proponía.

<sup>139</sup> RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux. Une institution à reformer*, cit., pp. 1260-1261.

<sup>140</sup> LASARTE, «La publicidad del régimen económico del matrimonio», cit., p. 141.

nica publicitaria. Es mucho mejor la remisión a otros instrumentos y Registros y basta con que los grupos de profesionales del Derecho (Magistratura y Notarios, fundamentalmente) homogenicen su actividad al respecto, poniéndose de acuerdo.

También se afirma en la doctrina francesa <sup>141</sup> que el Registro es pesado y complejo, contrario al secreto (al derecho de intimidad personal y familiar) de las estipulaciones relativas al régimen económico matrimonial y oneroso para los cónyuges.

Frente a las principales objeciones que se señalan en contra de la implantación de un Registro especial relativo al régimen económico matrimonial, cabe decir que seguramente la sociedad española lo asimilaría sin ningún tipo de problemas, de igual manera que ha asimilado otros tipos de Registros, siempre que su funcionamiento fuese adecuado, que tal vez sea el problema fundamental que habría que plantear. Frente a la pretendida pesadez y complejidad del Registro especial, no hay que olvidar que este Registro vendría a sustituir a la publicidad que actualmente despliega, con escasa efectividad, el Registro Civil. No se trataría, pues, de añadir nuevas formalidades a las existentes, sino de reemplazar alguna de ellas. Frente a la objeción de la indiscreción del Registro especial, hay que decir que en el vigente sistema de publicidad es indudable que la discreción no es absoluta, sin que tampoco parezca un ataque injustificado a la intimidad de los cónyuges la publicidad del régimen económico matrimonial. Aparte de esto, la publicidad del régimen económico matrimonial en un Registro especial presentaría indudables ventajas, porque constituiría, a diferencia del Registro Civil, un mecanismo de publicidad especialmente concebido para cumplir una específica función, generando una mayor seguridad en el tráfico jurídico. Esta ventaja es muy importante cuando se observa el gran desarrollo del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en nuestro país <sup>142</sup>. Es lógico que numerosos autores señalen el interés de un Registro especial en una legislación que admite la mutabilidad del régimen económico matrimonial de forma tan amplia. En el fondo de la cuestión hay que tener en cuenta que la publicidad del Registro

---

<sup>141</sup> Referencia en RIEG y LOTZ, *La publicité en matière de régimes matrimoniaux. Une institution à reformer*, cit., pp. 1260-1261.

<sup>142</sup> La razón más importante que en el año 1975 se esgrimió para rechazar las enmiendas encaminadas a la creación de un Registro especial fue que el mismo no era necesario mientras no se generalizase el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. También LACRUZ («Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registrab», *RCDI.*, 1963, p. 591) había apuntado que el Registro *ad hoc* vigente en Alemania y Suiza era más necesario en estos países que en España por la mutabilidad del régimen económico matrimonial. Tras las Leyes de 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981 parece igualmente conveniente en España su implantación, debido fundamentalmente al incremento del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en los territorios sujetos al régimen común del CC.

especial representaría una mayor eficacia. Los terceros no sólo conocerían la existencia del régimen económico matrimonial, sino también su contenido, sin tener que recurrir a instancias extrarregistrales. Una sencilla inscripción en el mismo del régimen adoptado en las capitulaciones sería el cauce fundamental de oponibilidad de lo inscrito frente a terceros. Desde luego la organización del Registro especial con métodos informáticos, como apunta Amorós<sup>143</sup>, haría que su consulta fuese rápida y fácil.

### 3. La protección de los acreedores

El problema más grave que, sin duda, plantea la mutabilidad del régimen económico matrimonial es el de la protección de los acreedores. Así lo evidencian las numerosas sentencias del TS que lo contemplan, hasta el punto de que se trata del problema que, en el ámbito de la normativa sobre el régimen económico matrimonial, ha generado el mayor número de sentencias del TS en los últimos años. La cuestión concreta que normalmente se suscita ante el TS es la siguiente: los cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales que motivan la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes más valiosos y de más sencilla identificación al cónyuge que no intervino en el negocio que dio lugar al surgimiento de la deuda. Estos bienes, si son inmuebles (como es habitual), se inscriben a nombre del cónyuge no deudor con el carácter de propios en el Registro de la Propiedad. De esta manera los acreedores se encuentran con un importante obstáculo para cobrar todo lo debido, ya que, como hemos señalado, los bienes más valiosos y de más fácil identificación del matrimonio han dejado de pertenecer al cónyuge que contrajo la deuda. Con tan sencillo procedimiento los cónyuges tratan de conseguir que dichos bienes queden al margen de toda responsabilidad frente a los acreedores del cónyuge deudor. Al inscribirse los bienes inmuebles a nombre del cónyuge del deudor con carácter de propios, el Registrador de la Propiedad denegará la anotación preventiva de embargo, teniendo en cuenta los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Hipotecario.

El problema se suscita porque las capitulaciones se otorgan con posterioridad a la celebración del negocio que provocó la deuda. Evidentemente, es perfectamente legítimo el deseo de los cónyuges de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos está dedicado a una acti-

---

<sup>143</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1562.

vidad arriesgada desde el punto de vista económico. Si la situación es de peligro potencial, cara al futuro, puede ser incluso aconsejable la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, tratando de preservar la economía familiar, sin que ello implique fraude o perjuicio para terceros, al no ser afectados derechos ya adquiridos por ellos. Precisamente en Francia el deseo de evitar o limitar los riesgos empresariales constituye uno de los motivos más frecuentes que aparece en las demandas de homologación judicial dirigidas a la sustitución del régimen de comunidad por el de separación<sup>144</sup>. Incluso la jurisprudencia francesa más reciente ha permitido el cambio del régimen económico matrimonial (sistema de mutabilidad judicialmente controlada) cuando la situación financiera de los cónyuges está comprometida, siempre que existan garantías que protejan suficientemente a los acreedores<sup>145</sup>.

Es cierto que existe el peligro de que el otorgamiento de capitulaciones constante matrimonio sea un instrumento utilizado por los cónyuges para defraudar a sus acreedores, y este peligro, como hemos apuntado anteriormente, fue uno de los argumentos principales que históricamente se invocaron para justificar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que ha perdurado en nuestro CC hasta la Ley de 2 de mayo de 1975. En el momento presente dicho peligro se esgrime para criticar el texto del artículo 1.326 CC, que establece que las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio. Magariños<sup>146</sup> afirma que la admisión del cambio de régimen por mutuo acuerdo sin más límites ni control que el registral y notarial, merece una consideración crítica negativa. En cuanto a seguridades y garantías para terceros, la regulación es prácticamente la misma que cuando la alteración del régimen sólo era posible antes del matrimonio. Las normas protectoras de los derechos de los acreedores frente a las confabulaciones de los cónyuges resultan en nuestro CC débiles e insuficientes, tanto por la facilidad y escaso control que se dispensa a los cambios del régimen económico matrimonial, como a la tímida eficacia de las específicas durante el régimen de separación de bienes.

Vázquez Iruzubieta<sup>147</sup> señala que existe una desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones. Lo reprocha-

---

<sup>144</sup> RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», cit., p. 835; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 231.

<sup>145</sup> RUIN, «Le statut matrimonial et l'intérêt de la famille», cit., pp. 837-838; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 231.

<sup>146</sup> MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 159 y 218.

<sup>147</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, «La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», en *La Ley*, 1981-4, pp. 950 y ss.

ble es que, luego de haber acopiado bienes durante la vigencia de su matrimonio y fruto del esfuerzo común, bien o mal repartido —generalmente bien—, pretendan separar patrimonios, por ejemplo, y que tal decisión sea practicada con total desprecio del interés de sus acreedores. Y peor aún es que puedan repetir la operación cuantas veces deseen, creando una total inseguridad en el tráfico normal del comercio. Con respecto a la tan conocida defensa del sistema de publicidad apropiado, ha acontecido lo de siempre: se ha adoptado el régimen matrimonial pero no se ha previsto crear tales sistemas de seguridad. En nuestro país seguimos atados a un régimen de publicidad insuficiente, como es la anotación en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad, si se tratare de un inmueble. Queremos significar con esto que ni siquiera se han puesto en funcionamiento los mecanismos de seguridad a favor de los terceros que, aunque no dan una solución acabada del problema, al menos remedian medianamente la cuestión.

Frente a la apuntada desprotección de los acreedores, estimamos que existen adecuados mecanismos legales en nuestro Derecho para protegerlos, aun reconociendo que no es satisfactorio el actual sistema de publicidad del régimen económico matrimonial, sin imposibilitar a los cónyuges que, en interés de la familia, puedan otorgar capitulaciones y modificar su régimen económico matrimonial, o tener que instaurar un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial judicialmente controlada, con un plazo de inalterabilidad, como el que establece el CC francés en el artículo 1.397.

La cuestión que se suscita radica en precisar cuáles son esos mecanismos de protección de los acreedores. Para resolverla adecuadamente es preciso distinguir, en el marco de la sociedad de gananciales, según el carácter del débito, que puede ser consorcial (deuda de la sociedad de gananciales) o privativo.

Nuestra doctrina<sup>148</sup> ha examinado con especial detenimiento el sentido de la distinción entre ambos tipos de deudas. Las denominadas deudas consorciales son las que dan lugar a la responsabilidad directa con los bienes gananciales, siendo enumeradas en los artículos 1.365 a 1.368 CC, ambos inclusive. Las deudas propias o privativas son aquellas que han sido contraídas por un sólo cónyuge, de las que no responde directamente con el patrimonio ganancial. Nuestro CC emplea el vocablo «propia», al re-

---

<sup>148</sup> RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pp. 30 y ss.; PEÑA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 687 y ss., y *Derecho de familia*, cit., pp. 247 y ss.; RAMS, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, pp. 325 y ss.; FERNÁNDEZ VILLA, «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al artículo 1.369 CC», *ADC*, 1993, pp. 646 y ss.

ferirse a la deuda contraída por un cónyuge, únicamente en los artículos 1.373 y 1.393 *in fine*. Una deuda propia o privativa se diferencia de una deuda consorcial, en cuanto a los efectos, en que la primera debe satisfacerse con el patrimonio privativo del deudor y subsidiariamente con el patrimonio ganancial en los términos del artículo 1.373, mientras que si se trata de una deuda consorcial, el acreedor podrá dirigirse directamente contra los bienes privativos del cónyuge deudor y contra todos los bienes gananciales (artículo 1.369) e incluso subsidiariamente contra los bienes privativos del cónyuge no deudor cuando la deuda consorcial haya sido calificada como doméstica (artículo 1.319). El cónyuge que paga podrá repercutir el entero contra el patrimonio ganancial si el pago es de cargo de la sociedad (artículos 1.362 y 1.364).

El concepto de deuda propia es residual: cuando el débito contraído por un solo cónyuge no se encuentre en una de las circunstancias tasadas por el CC (artículos 1.365 a 1.368), debe ser calificado como propio, siendo de aplicación el régimen de responsabilidad dibujado en el artículo 1.373 CC.

Las deudas consorciales contraídas por un solo cónyuge serán las siguientes:

a) Los débitos contraídos en el ejercicio de la potestad doméstica (inciso primero del artículo 1.365.1.º CC).

b) Los débitos contraídos en la gestión o disposición de bienes gananciales, que por ley o por capítulos corresponde al cónyuge actuante (inciso segundo del artículo 1.365.1.º CC).

c) Los débitos contraídos en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (inciso primero del artículo 1.365.2.º CC).

d) Los débitos contraídos en la administración ordinaria de los bienes privativos del cónyuge actuante (inciso segundo del artículo 1.365.2.º CC).

e) Las obligaciones extracontractuales que son consecuencia de la actuación de un cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, salvo que fuesen debidas a dolo o culpa grave (artículo 1.366 CC).

Serán deudas propias las que contraiga un solo cónyuge:

a) Con anterioridad al matrimonio.

b) Las deudas de juego (artículo 1.372 CC).

c) Las deudas alimenticias, pensiones e indemnizaciones.

d) Las deudas derivadas de la adquisición de bienes a título gratuito.

e) Las obligaciones extracontractuales dimanantes de actuaciones llevadas a cabo en exclusivo interés o beneficio del deudor.

f) Las obligaciones extracontractuales ocasionadas por dolo o culpa grave del deudor actuante.

g) Las deudas que tengan origen en actos que exceden del ámbito de la potestad doméstica.

h) Las deudas que se generen por actos que sobrepasen la gestión o disposición de bienes gananciales que por Ley o por capítulos correspondan al cónyuge actuante.

i) Los débitos que nazcan a consecuencia de actuaciones llevadas a cabo por un cónyuge, en actos de administración extraordinaria de sus bienes privativos.

j) Las deudas que deriven del ejercicio extraordinario de la profesión, arte u oficio.

k) Las obligaciones cuya carácter consorcial no se haya probado <sup>149</sup>.

#### A) *La protección de los acreedores cuando la deuda es consorcial*

El problema ha sido abordado por numerosas sentencias del TS, que lo han resuelto por vías diversas, por lo que no existe la deseable uniformidad de criterio jurisprudencial. Con toda razón Guilarte Gutiérrez <sup>150</sup> señala que en la actualidad brilla por su ausencia dicha unidad, lo que propicia la conflictividad, derivada de la falta de una doctrina jurisprudencial caracterizada por la coherencia y la uniformidad. El propio Guilarte Gutiérrez <sup>151</sup> muestra el posible dato exculpatorio de la falta de uniformidad apuntada: a veces, ante planteamientos procesales defectuosos, puede resultar difícil optar por la solución adecuada, de tal forma que, por ejemplo, frente a una demanda que contiene exclusivamente la referencia a la acción revocatoria, puede resultar incongruente sancionar de oficio la solución adecuada.

La simple comparación de las sentencias más recientes del TS, como son las de 7 de noviembre de 1992 <sup>152</sup>, 15 de junio de 1992

---

<sup>149</sup> Enumeraciones de deudas consorciales y propias por numerosos autores: PEÑA, *Derecho de familia*, cit., pp. 255 y ss.; RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit., pp. 37-38; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, Barcelona, 1989, pp. 450 y ss.; MONTÉS, *Derecho de familia*, Valencia, 1991, pp. 250 y ss.; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1686 y ss.; LÓPEZ PÉREZ, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges», *ADC*, 1993, pp. 755 y ss.

Un exhaustivo análisis de las diversas deudas consorciales y privativas por RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit., pp. 53-121.

<sup>150</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pp. 576-577; «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», en *Jurisprudencia práctica*, 1991, n.º 20, pp. 9-10; «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991», *CCJC*, 1991, n.º 27, p. 903.

<sup>151</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», cit., p. 24.

<sup>152</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1993, n.º 30, pp. 1025 y ss.

y 18 de julio de 1991<sup>153</sup>, basta para evidenciar las vacilaciones de la jurisprudencia, que deben terminar lo antes posible, en favor de la doctrina de la sentencia de 7 de noviembre de 1992, que al aplicar el artículo 1.317 CC señala la solución que mejor se acomoda a nuestro Derecho cuando la deuda es consorcial y que, además, protege de una manera más sencilla y eficaz a los acreedores.

Según esta sentencia, uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (artículo 1.291-3.º CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1.294 del mismo Cuerpo Legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no se da en este caso, pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico del matrimonio y se adoptó el de separación absoluta de bienes (artículo 1.392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1.317 CC), si el artículo 1.401 de este texto legal dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan su derecho contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1.402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (artículo 1.084), en el presente caso, no puede afirmarse que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; de otra parte, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiera inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencias de

---

<sup>153</sup> Comentada por GUILARTE GUTIÉRREZ en *CCJC*, 1991, n.º 27, pp. 889 y ss.



15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989.

En otro sentido, las sentencias del TS de 18 de julio de 1991 y 15 de junio de 1992 consideran, de forma poco acertada, pertinente el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, siguiendo el camino marcado por las Sentencias de 30 de enero de 1986 <sup>154</sup>, 8 de julio de 1988, 9 de febrero de 1990, 30 de abril de 1990 y 9 de julio de 1990.

La sentencia de 18 de julio de 1991 afirma que debe acogerse la acción de rescisión ejercitada por la entidad inicialmente demandante y ahora recurrente, en relación con las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los precitados cónyuges, con base en haber sido otorgadas en fraude de acreedores, de modo que por su causa la referida entidad demandante no puede de otro modo cobrar lo que le es debido.

Según la sentencia de 15 de junio de 1992, pese a la referencia contenida en el artículo 1.335 CC, en cuanto que remite la invalidez de las capitulaciones a la normativa sobre reglas generales de los contratos, ello no significa que tenga que rechazarse la vía específica impugnatoria ejercitada por los actores en base al ejercicio de la acción rescisoria del artículo 1.111, pues, como es sabido, éste puede ser uno de los cauces a través de los cuales se verifique la adecuada tutela de los terceros acreedores cuando, a resultas de un cambio capitular, se altere la solvencia de uno o de ambos cónyuges cuando se transite del régimen ganancial preexistente a un régimen de separación de bienes.

La oportunidad de la acción rescisoria puede, en principio, encontrar su justificación en el texto del artículo 1.335 CC, ya que la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos, y es evidente que dentro del término invalidez hay que incluir los diversos tipos de ineficacia contractual: la nulidad absoluta, la anulabilidad y la rescisión. Sin embargo, esta solución presenta el grave inconveniente que deriva del carácter subsidiario de la acción rescisoria, pues el artículo 1.294 CC establece que la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para la reparación del perjuicio.

Este inconveniente no lo supera satisfactoriamente la sentencia de 18 de julio de 1991, afirmando simplemente que no existe constancia alguna de que la referida entidad acreedora puede obtener del tan mencionado deudor la efectividad del crédito, ni tampoco la precedente sentencia de 9 de julio de 1990, que de manera más detallada considera que la doctrina jurisprudencial mayoritaria (la que estima aplicable el artículo 1.317 CC), correc-

---

<sup>154</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 10, pp. 3395 y ss.

tamente entendida, no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso, la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción de su crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuvieron, después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída (artículos 1.401 y 1.402 CC), pero dicho recurso legal previo ya ha sido intentado, sin éxito, en el presente supuesto litigioso, en el que la entidad actora promovió sendos juicios ejecutivos, no pudiendo obtener el cobro de sus créditos.

En la misma línea, la mencionada sentencia de 15 de junio de 1992 considera que se ha acreditado, en debida forma, la subsidiariedad y, por tanto, la viabilidad de la acción rescisoria, ya que, por la Sala que juzga, y lo cual es una *quaestio facti* no revisada, se ha manifestado la inexistencia de otros bienes por parte de los deudores en los que pudiera encontrar satisfacción el actor, por lo que estos apartados han de rechazarse.

Guilarte Gutiérrez<sup>155</sup> tiene razón al destacar que es más adecuado valorar la subsidiariedad como un presupuesto jurídico y no tanto de hecho. La presencia de mecanismos legales específicamente dirigidos a proteger a los acreedores resulta suficiente para desvirtuar en todo caso la genérica viabilidad de la acción rescisoria, esencialmente subsidiaria. Conclusión que debe mantenerse al margen de que en el caso concreto se acredite o no una real imposibilidad de cobro.

Se trata de que el acreedor no disponga de otro medio jurídico para obtener lo que pretende con la revocatoria (acción de nulidad, de simulación, de indemnización, real hipotecaria, reivindicatoria, etcétera). Se pretende con ello una economía de medios jurídicos al alcance del acreedor, impidiendo que la rescisión o revocación actúe a modo de «red de seguridad» de un defectuoso manejo de los mismos<sup>156</sup>.

La subsidiariedad ha de ser entendida básicamente como ausencia de otras acciones o remedios legales. Expresamente el ar-

---

<sup>155</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los gananciales*, cit., p. 583; «Impugnación de las capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», cit., p. 19; «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991», cit., p. 906.

<sup>156</sup> PASQUAU, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1988», *CCJC*, 1988, núm. 18, pp. 1028-1029.

título 1.294 CC habla de carencia de «todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

La cuestión radica en precisar si existe en nuestro ordenamiento jurídico un recurso legal, diverso de la acción rescisoria, que permita a los acreedores evitar el perjuicio. En los comentarios a las sentencias del TS de 30 de enero de 1986<sup>157</sup>, 13 de junio de 1986<sup>158</sup>, 17 de noviembre de 1987<sup>159</sup> y 25 de enero de 1989<sup>160</sup> señalamos que dicho recurso legal se encuentra en los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 CC.

Según el artículo 1.317, la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Solución que resulta confirmada y detallada en los artículos 1.401 y 1.402.

Artículo 1.401: Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro.

Artículo 1.402: Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias.

De acuerdo con esta remisión, resultan de aplicación analógica los artículos 1.082, 1.083 y 1.084, según los cuales resulta:

1.º Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la división entre los cónyuges de los bienes gananciales hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

2.º Los acreedores de cualquiera de los cónyuges podrán intervenir a su costa en la liquidación de la sociedad conyugal para evitar que ésta se haga en fraude y perjuicio de sus derechos.

3.º Efectuada la liquidación y consiguiente división, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges; sin perjuicio de que el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar al otro cónyuge, a menos que la deuda fuese personal suya.

El engarce de estos preceptos aparece perfectamente reflejado en la sentencia del TS de 7 de noviembre de 1992, cuya doctrina

<sup>157</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 10, pp. 3395 y ss.

<sup>158</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 11, pp. 3759 y ss.

<sup>159</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 15, pp. 5161 y ss.

<sup>160</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 21, pp. 121 y ss.

transcribimos anteriormente, así como en la sentencia de 17 de noviembre de 1987 <sup>161</sup>, que relacionan con gran acierto los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 CC y 144.2 del Reglamento Hipotecario.

En esta dirección se pronuncian las sentencias del TS de 15 de febrero de 1986, 17 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 17 de noviembre de 1987 <sup>162</sup>, 25 de enero de 1989 <sup>163</sup>, 20 de marzo de 1989, 27 de octubre de 1989, 9 de junio de 1990 y 19 de febrero de 1992.

En varias sentencias el TS se limita a aplicar el artículo 1.317 CC. En este sentido las sentencias de 4 de mayo de 1987, 21 de julio de 1987, 10 de septiembre de 1987, 20 de marzo de 1989, 22 de diciembre de 1989, 19 de febrero de 1992 y 21 de mayo de 1992.

La sentencia del TS de 20 de febrero de 1987 <sup>164</sup> aplica el artículo 1.438 CC en la redacción que le confirió la Ley de 2 de mayo de 1975, que responde a la misma *ratio* que el actual artículo 1.317 CC, y la sentencia del TS de 14 de mayo de 1984 tiene en cuenta el artículo 1.322 CC, tal como fue redactado por la Ley de 2 de mayo de 1975, que coincide sustancialmente con el vigente artículo 1.317 CC.

Con suma claridad, la repetidamente citada sentencia del TS de 7 de noviembre de 1992 proclama que no se da en este caso el requisito del carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama el artículo 1.294 CC, pues la correcta aplicación del citado artículo 1.317 no puede llevar nunca a la solución rescisoria a que llega la Sala *a quo*.

A nuestro juicio, si el acreedor demuestra que el cambio o la modificación del régimen económico del matrimonio en virtud de capitulaciones matrimoniales perjudica un derecho adquirido con anterioridad por él <sup>165</sup>, le bastará la invocación del artículo 1.317 CC para evitar dicho perjuicio, debido al carácter irretroactivo de las capitulaciones matrimoniales que en tal caso han de tener, como afirma claramente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada

---

<sup>161</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 15, pp. 5161 y ss.

<sup>162</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1987, n.º 15, pp. 5161 y ss.

<sup>163</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1989, n.º 21, pp. 121 y ss.

<sup>164</sup> Comentada por RAGEL en *CCJC*, 1987, n.º 13, pp. 4389 y ss.

<sup>165</sup> La adquisición del derecho ha de producirse o consumarse antes de la modificación del régimen económico del matrimonio. ¿Cuál es ese momento? Como afirma BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», *ADC*, 1993, p. 612), el momento a partir del cual las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones son oponibles a terceros no es aquel en que se otorgan o modifican, sino el de su inscripción en el Registro Civil, en el Registro de la Propiedad (si afectan a inmuebles) y/o en el Registro Mercantil, si es el caso (Resolución de la DGRN de 25 de marzo de 1988).

y los derechos y deberes de los cónyuges, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 30 de octubre de 1974: «La segunda medida de salvaguardia o de garantía es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros». Se sanciona el principio de irretroactividad: no han de quedar afectadas por el acto de novación las situaciones jurídicas ya creadas en favor de terceros. Se trata de una manifestación del principio que impide realizar actos de cualquier clase en perjuicio de terceros. Con notable exactitud, la sentencia del TS de 17 de febrero de 1986 precisa la función del artículo 1.317: significa que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior, ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban.

Esta solución es aplicable siendo comerciante el cónyuge deudor, ya que, como afirma la sentencia del TS de 10 de septiembre de 1987, la aplicación del artículo 1.317 CC motiva que la responsabilidad del patrimonio ganancial existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integraban dicho patrimonio puedan hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando.

Los derechos adquiridos por terceros quedan protegido por la inoponibilidad de la modificación, por cuanto si, como se indica en el artículo 1.317, no perjudicará en ningún caso esos derechos adquiridos, es como si esa modificación del régimen económico a estos efectos no se hubiera producido.

Con agudeza, Lacruz<sup>166</sup> ha puesto de relieve el carácter necesario de la norma contenida en el artículo 1.317, porque sin ella el acreedor sólo podría defenderse demostrando el fraude perpetrado por los esposos. De acuerdo con el artículo 1.317, en caso de perjuicio, lo único que tiene que probar el acreedor o titular del derecho es la anterioridad de éste a la modificación, sin que haya cuestión de fraude cometido por el cónyuge frente a él, que no se requiera para la salvaguardia del derecho adquirido.

El artículo 1.317 facilita extraordinariamente la protección jurídica del acreedor, porque, a diferencia del régimen de la rescisión, no tendrá que probar la conducta fraudulenta de los cónyuges y, en su caso, de los terceros adquirentes.

---

<sup>166</sup> LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 355.

En esta misma línea, Blasco <sup>167</sup> puntualiza que el artículo 1.317 establece, en definitiva, una vía más sencilla que la de la rescisión y refuerza la protección de los acreedores, ya que éstos sólo deberán probar que su derecho (la adquisición del mismo) es anterior a la modificación del régimen y que tal modificación les perjudica. No deberán probar, como en la rescisión, el fraude o la conducta fraudulenta de los cónyuges y/o terceros adquirentes ni el agotamiento de cualquier otra vía para satisfacer su interés jurídico. Así, se objetiviza la protección de los terceros al otorgarles la posibilidad (facultad) de desconocer la modificación del régimen económico cuando tal perjudica a derechos ya adquiridos por ellos. El perjuicio se centra esencialmente en la sustracción de determinados bienes al poder de agresión patrimonial de los acreedores para la satisfacción de su interés crediticio, es decir, en la reducción del soporte objetivo de la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor.

La virtualidad de la norma del artículo 1.317 consiste en evitar a los acreedores la vía de la rescisión por fraude y ofrecerles una protección más sencilla, más fuerte y objetiva.

La inoponibilidad implica que el acreedor no ha de sufrir ningún tipo de perjuicio. La inoponibilidad permite que el acreedor pueda dirigirse directamente contra todos los bienes que anteriormente tenían el carácter de gananciales, aunque ahora pertenezcan al cónyuge no deudor. Como señala Ragel <sup>168</sup>, para que la situación permanezca inalterada frente al acreedor es necesario que se produzca una identidad en cuanto a los bienes que sirven de garantía y en cuanto al nivel en que tales bienes pueden ser embargados. El cónyuge del deudor no puede exigir que se realice la previa excusión sobre los bienes de su consorte.

La inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales que determinan la disolución de la sociedad de gananciales es totalmente diferente de la nulidad de éstas. La aplicación del artículo 1.317 no requiere para su efectividad la declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna de las capitulaciones modificativas para la protección de los derechos adquiridos por terceros <sup>169</sup>. Por ello Blasco <sup>170</sup> señala con acierto que el artículo 1.317 no contempla una cuestión de validez o invalidez de las capitulaciones matri-

---

<sup>167</sup> BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 617-618).

<sup>168</sup> RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, p. 1675.

<sup>169</sup> HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 577; CÁRCABA, *Las capitulaciones matrimoniales*, Oviedo, 1992, pp. 18 y 47; BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 604-605).

<sup>170</sup> BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 604-605).

moniales y de su modificación; esta cuestión la resuelve el artículo 1.335 CC mediante una remisión a las reglas generales de los contratos. Si la modificación del régimen económico matrimonial perjudica a un tercero cuyo derecho lo adquirió antes de la mutación capitular, tal modificación no es ineficaz ni adolece de invalidez, salvo que sea nula, anulable o rescindible por fraude, sino inoponible a dicho tercero determinado y sólo a él, el cual ejercerá su derecho ya adquirido de acuerdo con el régimen económico matrimonial vigente en el momento de su adquisición y, por tanto, de acuerdo con el concreto régimen de responsabilidad patrimonial de los cónyuges en tal momento. Se trata, pues, de mantener la incolumidad de los derechos de terceros en los cambios de régimen mediante el principio en cuya virtud *tempus regit actum*. Frente al tercero que adquirió el derecho, la posterior modificación del régimen económico matrimonial debe considerarse un acto desleal en tanto en cuanto le perjudica. En estas coordenadas, la modificación no le afecta: la nueva modificación le es, en el sentido ya señalado, inoponible.

Con carácter general, De Castro<sup>171</sup> se pregunta si conviene considerar la inoponibilidad como uno de los tipos de ineficacia del negocio o si más bien debería estimarse como una figura de carácter más general. No ofrece el carácter propio de un mecanismo de ineficacia, pues no se deriva de una intrínseca impotencia del negocio. Es preferible considerar la inoponibilidad más como una figura de carácter general que como una de las figuras de ineficacia negocial; será mejor estudiarla como una manifestación del fenómeno general del valor relativo de los negocios jurídicos.

La circunstancia de que las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico matrimonial no sean oponibles a los acreedores, en la medida que afecten a derechos que han adquirido con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones modificativas, se explica por su relatividad e irretroactividad, como destaca la mencionada Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1974, y no porque éstas sean nulas, como parecen propugnar las sentencias del TS de 8 de julio de 1988 y 22 de diciembre de 1989. Ni siquiera compartimos la opinión de Guilarte Gutiérrez<sup>172</sup>, en el sentido de que la articulación adjetiva de tal efecto tenga que hacerse por la vía de la nulidad. Es decir, a través del ejercicio de la acción de nulidad contra dichas capitulaciones por suponer las mismas una vulneración, prohibida por el artículo 6.º-3 CC, de precepto imperativo, como lo es el contenido en el artículo 1.317.

---

<sup>171</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 531.

<sup>172</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991», cit., pp. 908 y ss.

En ningún aspecto existe, a nuestro juicio, nulidad de las capitulaciones matrimoniales, sino inoponibilidad de éstas frente a los acreedores perjudicados por la modificación a través del otorgamiento de capitulaciones del régimen económico matrimonial.

La sentencia de 7 de noviembre de 1992, de acuerdo con las sentencias de 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987, señala con acierto que es innecesario al fin de hacerse efectivas sobre los bienes las deudas anteriores y de las que debían responder, pedir la nulidad de la escritura (capitulaciones) en que se estipuló el régimen de separación de bienes o adjudicaciones, ya que el artículo 1.317 CC para nada incide en la validez de las adjudicaciones y, en consecuencia, no requiere para su efectividad la declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna.

Con anterioridad la sentencia de 19 de febrero de 1992 declara que la vulneración del artículo 1.317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.º-4 CC, hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros; formulación general que ulteriormente concretan otros preceptos, esencialmente el artículo 1.401, cuando en su párrafo 1.º perpetúa el crédito de los terceros aun disuelta la sociedad de gananciales y, por consiguiente, el que los bienes con los que se respondía antes de la liquidación sigan sujetos a las mismas responsabilidades; es la inoponibilidad del cambio que exige una declaración judicial que la haga valer.

También la sentencia de 13 de junio de 1986<sup>173</sup> da a entender que no se produce la nulidad de las capitulaciones y de la división y adjudicación de los bienes, sino las consecuencias previstas en los artículos 1.401 y 1.402. En este sentido, el TS afirma en la sentencia que la consecuencia de la nulidad absoluta por disparidad entre el acto ejecutado y el precepto imperativo o de *ius cogens* no se origina cuando la norma vulnerada tenga previstos efectos distintos para el supuesto de que tal contradicción se produzca y como queda dicho los artículos 1.401 y 1.402 disponen que la falta de previo pago del pasivo no acarrea la ineficacia de las adjudicaciones, sino la subsistencia de los derechos de los acreedores en los términos regulados por tales preceptos.

Tampoco parece oportuno en el caso examinado invocar la simulación, ya que la acción de simulación se dirige a poner de relieve que no existe adecuación entre apariencia negocial y realidad, lo cual resulta inimaginable frente a una disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pues, efectivamente, se quieren adjudicar a uno u otro cónyuge los bienes anteriormente co-

---

<sup>173</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1986, n.º 11, pp. 3759 y ss.



munes con el fin de sustraerlos del régimen de responsabilidad al que estaban afectos.

En el supuesto debatido el negocio y efecto deseado por los cónyuges es el que expresan las capitulaciones: alterar la titularidad de los bienes anteriormente consorciales y pasar a regirse por un régimen de separación.

Por todas las razones expuestas, no podemos admitir la compatibilidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores y de la inoponibilidad de la modificación capitular del régimen económico matrimonial que deriva del artículo 1.317 CC, porque la aplicación de este precepto imposibilita el ejercicio de la acción rescisoria. Por ello no consideramos acertado que se invoquen conjuntamente ambos remedios, ya que son incompatibles, como hace la sentencia del TS de 24 de abril de 1992.

Una vez liquidada la sociedad de gananciales, el acreedor podrá embargar los bienes adjudicados al cónyuge no deudor y anotar preventivamente ese embargo en el Registro de la Propiedad si en el mandamiento judicial que lo acuerda consta que la deuda es consorcial y la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges.

Según la jurisprudencia del TS, de la que es fiel reflejo la citada sentencia de 7 de noviembre de 1992, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989.

El problema de la relación entre el artículo 1.317 CC y el artículo 144 del Reglamento Hipotecario es agudamente analizado por Blasco<sup>174</sup>, precisando que las cuestiones son dos: cómo actúa el artículo 1.317 CC en relación con el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, y si es realmente necesario que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges, como preceptúa el último artículo citado.

Respecto de la primera cuestión, la solución debe hallarse en la relación entre los artículos 1.317 y 1.401 CC. Por tanto, los bienes adjudicados al cónyuge no deudor siguen respondiendo de las deudas de la sociedad (y si no se ha formulado inventario, responderá con todos sus bienes). Así debe entenderse, en este

---

<sup>174</sup> BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 633 y ss.

caso, la norma del artículo 1.317 CC: los bienes siguen sujetos al mismo juego de responsabilidad a que estaban sujetos en el momento en que se contrajo la deuda.

Si el acreedor pretende tratar de embargo bienes adjudicados al cónyuge no deudor, deberá demandar a ambos cónyuges (y no sólo al cónyuge deudor) porque precisamente lo que permite el artículo 1.317 CC (y el artículo 1.401 CC) es embargar determinados bienes (antes gananciales) adjudicados al cónyuge no deudor (lo cual no podría hacer sin normas similares a las citadas), pero no quebrar el principio de tracto sucesivo.

Ragel<sup>175</sup> señala también que, siendo la deuda consorcial, la demanda ha de ir dirigida contra ambos cónyuges, al primero como deudor y al segundo como actual propietario del bien que se pretende embargar. Si la inoponibilidad supone actuar como si la disolución de la sociedad de gananciales no se hubiera producido, tendría razón Blanquer («La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, 1982, XXV, p. 122, n. 112) cuando estima que el acreedor debe cumplir los requisitos exigidos para embargar bienes gananciales durante la vigencia del régimen, con lo que bastaría con demandar al cónyuge deudor y notificar el embargo al otro cónyuge, según la interpretación del párrafo primero del artículo 144-1 del Reglamento Hipotecario efectuada por la DGRN (Resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1983, 27 de mayo, 24 y 28 de noviembre de 1986). Sin embargo, parecen de preferente aplicación los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, de los que parece inferirse la necesidad de demandar en todo caso al cónyuge que aparece como propietario en el Registro.

## B) *La protección de los acreedores cuando la deuda es privativa*

El planteamiento y la solución del problema examinado se alteran notablemente cuando el débito tiene carácter privativo, siendo importante subrayar que la deuda debe reputarse privativa, en tanto no haya probado el acreedor su carácter consorcial<sup>176</sup>, ya que, en tal caso, los acreedores no podrán alegar en su favor la

---

<sup>175</sup> RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», cit., pp. 1682-1683.

<sup>176</sup> La DGRN parte de la base de que a los efectos del Registro de la Propiedad ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste debidamente en el mandamiento de embargo que ha recaído en actuaciones que tienen por objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad (Resolución de 24 de septiembre de 1987).

protección dispensada por el artículo 1.401 CC, precepto únicamente aplicable al supuesto de deuda consorcial («deudas de la sociedad»).

Se plantea la cuestión de determinar si el acreedor privativo de un cónyuge puede invocar la inoponibilidad de la disolución de la sociedad de gananciales por obra de la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, en base al artículo 1.317 CC, y de esta manera embargar los bienes que se han adjudicado al cónyuge del deudor.

La respuesta debe ser negativa. El acreedor privativo de un cónyuge no puede alegar la inoponibilidad de la disolución del régimen de gananciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.317 CC<sup>177</sup>. Esta solución está respaldada por la doctrina constante de la DGRN, que, en resoluciones de 16 de febrero, 29 de

No existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad (Resolución de 28 de octubre de 1987).

No se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad; ha de estimarse, a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto que no conste que la deuda es, además, de la sociedad de gananciales (Resolución de 6 de noviembre de 1987).

Es sin duda exacta la afirmación de la DGRN de que no existe en nuestro Derecho una presunción de que la deuda contraída por el cónyuge es consorcial. Ciertamente, no existe una presunción de ganancialidad pasiva, ya que no tiene apoyo en ningún precepto legal (al contrario de lo que acontece con la ganancialidad activa: artículo 1.361 CC) y por eso no puede admitirse una presunción que ninguna norma establece (DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, 1986, p. 492; RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit., pp. 32 y ss.; PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 255; MONTÉS, *Derecho de familia*, cit., p. 254; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1687); OLAVARRÍA, «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales», en *Academia sevillana del notariado*, 1989, pp. 375 y ss.

<sup>177</sup> Al comentar la sentencia del TS de 6 de diciembre de 1989 (comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1989, n.º 22, pp. 91 y ss), BLASCO («Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC», cit., pp. 628-630) destaca que el *quid* de la cuestión se encuentra en que el artículo 1.317 no era irrevocable, porque la modificación del régimen económico no perjudicó el derecho adquirido por el acreedor, ya que la deuda no era ganancial, mejor, no era una deuda de la que respondían los bienes gananciales, sino una deuda propia del marido, y, por tanto, de la que respondía él con su patrimonio personal. Estamos ante la hipótesis del artículo 1.373 CC.

¿Qué vía queda, entonces, a los acreedores del cónyuge deudor de deuda propia? Ciertamente, no la vía del artículo 1.317 CC sino la de la rescisión de las concretas adjudicaciones que se han realizado fraudulentamente (v. gr., notable desequilibrio en las atribuciones patrimoniales entre los cónyuges).

En definitiva, lo importante de la sentencia de 6 de diciembre de 1989 es el triunfo de la tercería de dominio interpuesta por la esposa (cónyuge no deudor) con base en el argumento de que, aun producida la modificación del régimen económico del matrimonio y aun considerándose ya adquirido el derecho del tercero, no hubo perjuicio de tal derecho porque la deuda era propia de uno de los cónyuges o, lo que es lo mismo, la deuda no era a cargo de la sociedad de gananciales (ex artículos

mayo, 18 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987, 5 de enero de 1988 y 29 de mayo de 1989, afirma que si el artículo 1.373 prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1.317 CC), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, ya que del mismo artículo 1.373 CC se desprende que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor, y que, de existir la disolución de la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales<sup>178</sup>.

Esta doctrina no significa que el acreedor privativo de un cónyuge quede desprotegido. Hay que reconocer el derecho que tiene a impugnar la adjudicación incorrectamente realizada, cuando la parte adjudicada al deudor resulte de valor inferior a la mitad del remanente líquido, acudiendo al remedio subsidiario de la acción rescisoria, y no pudiera satisfacer íntegramente su crédito con los bienes adjudicados al deudor. Esta solución es adoptada por la resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987, al declarar que si del Registro resulta que la sociedad de gananciales no sólo está disuelta, sino que el patrimonio común está liquidado y partido, los acreedores primitivos de un cónyuge pueden embargar los bienes que integran el lote o porción material que a ese cónyuge haya correspondido en la partición (a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día, podrá provocar la anotación preventiva de demanda).

---

1.317, 1.362 y ss. y 1.373 CC). Así no son invocables el artículo 1.317 ni los artículos 1.401 y 1.402 del mismo cuerpo legal.

La determinación del perjuicio (que es insolvencia o privación de garantías, normalmente) se debe realizar concretando primero la naturaleza de la deuda, consorcial o propia del cónyuge, y si la modificación capitular implica una alteración del sustrato patrimonial de la responsabilidad del deudor. Por ello, normalmente, el precepto del artículo 1.317 CC desarrollará su virtualidad en el supuesto de modificación capitular con adjudicación al cónyuge no deudor, como privativos, de bienes gananciales valiosos, siendo la deuda a cargo de la sociedad de gananciales. En cambio, no será invocable normalmente si la deuda es propia de uno de los cónyuges, pues sus acreedores no tienen sobre el patrimonio ganancial un derecho ya adquirido.

<sup>178</sup> Sobre la resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987, que básicamente inicia esta doctrina, RAGEL, *CCJC*, 1987, n.º 14, pp. 4533 y ss.

También contará el acreedor con la posibilidad de actuar en vía subrogatoria, cuando el cónyuge del deudor tenga derechos de crédito contra otras personas, entre las que puede hallarse su consorte.

Cuando la deuda de un cónyuge tiene carácter privativo y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad la adjudicación de bienes en favor del otro cónyuge, no podrá anotarse el embargo sobre tales bienes, por impedirlo los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria que, en este caso, no están contrarrestados por la aplicación del artículo 1.401 CC. Esta es la doctrina constante de la DGRN, a partir de la mencionada resolución de 16 de febrero de 1987<sup>179</sup>.

#### 4. La protección de los terceros otorgantes

La protección de los terceros aparece claramente establecida en nuestro CC en relación con los que han concedido derechos a los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, que posteriormente éstos quieren modificar.

El contenido de las capitulaciones matrimoniales puede ser más amplio que el simple establecimiento de un régimen económico matrimonial. En las capitulaciones aparecen a menudo atribuciones hechas por terceros a favor de los cónyuges<sup>180</sup>. Estas atribuciones están en conexión causal con estipulaciones capitulares y por ello el artículo 1.331 CC exige que «para que sea válida la modificación de las capitulaciones deberá realizarse con asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas». Se establece ciertamente una importante limitación a la autonomía de los cónyuges, que deben solicitar la asistencia y el concurso de estas personas cuando proyectan la modificación de lo estipulado en capitulaciones matrimoniales, siempre que se cumplan las condiciones de ese precepto.

Los otorgantes protegidos no son, lógicamente, los cónyuges, sino los que intervinieron en las capitulaciones para donar o hacer alguna liberalidad en favor de los cónyuges. Esto explica que su

---

<sup>179</sup> RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», cit., p. 1683.

<sup>180</sup> Los derechos concedidos a favor de los cónyuges son, fundamentalmente, atribuciones patrimoniales: padres o parientes muy próximos que realizan liberalidades, sea en mera ayuda del matrimonio, sea en correspondencia a alguna prestación que prometen u obligación que asumen dichos contrayentes, como sería, por ejemplo, la de vivir juntos con el donante, o con él y su cónyuge, formando una sola familia; o trabajar en las fincas o en la fábrica del atribuyente o ayudarle en su gestión; o cuidar del donante en la vejez, o pagarle una pensión (LACRUZ, *Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 357).

condición jurídica sea totalmente diferente a la de los cónyuges, ya que son éstos y no aquéllos quienes establecen las estipulaciones estatutarias sobre el régimen económico matrimonial, que constituyen el contenido típico de las capitulaciones.

Estas personas, que denominamos «terceros otorgantes»<sup>181</sup>, han de vivir en el momento de la modificación de las capitulaciones matrimoniales. Su derecho de asistencia y concurso no se transmite a sus herederos. Esto no quiere indicar que si fallece alguno de los terceros otorgantes ya no sea posible la modificación de las capitulaciones matrimoniales, que afectan a derechos concedidos por aquéllos, sino que se podrán otorgar libremente por los cónyuges. La intransmisibilidad del derecho a los herederos es una medida acertada, que evita que subsista indefinidamente la traba que aparece en el citado artículo al cambio o la modificación del régimen económico matrimonial por los cónyuges.

La asistencia y el concurso consisten simplemente en el asentimiento a la modificación de las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges. No tienen los terceros otorgantes que fundamentar la negativa, pues, en rigor, el artículo 1.331 les otorga una auténtica facultad. Tampoco existen dificultades para admitir que presten su asentimiento con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones, pues la causa de esta asistencia y concurso no es la protección de los cónyuges (complemento de su capacidad de obrar: artículos 1.329 y 1.330 CC), sino la protección del propio interés del otorgante que no es cónyuge. No hay dificultades igualmente para que concurra a la modificación de las capitulaciones un representante voluntario o un representante legal, si aquél es incapaz.

Un problema debatido es el de precisar cuándo los derechos concedidos quedan afectados por la modificación de las capitulaciones matrimoniales. Frente al intento de limitar el alcance del precepto, basta para que pueda aplicarse que el ejercicio de cualquiera de las facultades que se integran en el derecho (de uso, disfrute o disposición) sea alterada en alguna manera por las capitulaciones modificativas. Evidentemente, se aplica el artículo 1.331 cuando se produce la modificación del destino del bien donado si la donación se hizo con una finalidad concreta, o se alteran las condiciones, limitaciones o cargas que la afectan. Desde luego, si el derecho ha sido constituido en favor de los cónyuges, porque éstos han adoptado un determinado régimen económico matrimonial, existiendo una vinculación entre éste y el derecho constituido, la modificación del régimen económico matrimonial, total o parcialmente, afecta necesariamente al derecho,

---

<sup>181</sup> El Código los conceptúa como otorgantes de las capitulaciones matrimoniales (artículo 1.331). Preferimos denominarlos terceros otorgantes para distinguirlos de los auténticos otorgantes de las capitulaciones matrimoniales: los cónyuges.

porque el mismo se constituyó bajo la condición de la inalterabilidad de aquél.

Una interpretación literal del artículo 1.331 hace pensar que si los terceros no concurren al acto de modificación de las capitulaciones matrimoniales, prestando su asentimiento, la modificación operada va a ser totalmente ineficaz<sup>182</sup>. Sin embargo, la finalidad de este precepto reside en que la subsistencia del derecho concedido a los cónyuges se encuentra subordinada al mantenimiento del régimen pactado en capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con la vinculación existente entre el derecho concedido y el régimen pactado. Como señala Lacruz<sup>183</sup>, no hay que exagerar el alcance de la vinculación entre las disposiciones de bienes por terceros en favor de los cónyuges y las determinaciones de éstos sobre el régimen patrimonial de su matrimonio. Esta vinculación no ha de impedir de modo absoluto a los cónyuges mudar el régimen en cuestión, sujetándoles al arbitrio del donante y acarreado como consecuencia necesaria de su negativa la nulidad de las convenciones modificativas exclusivamente conyugales, pues sólo los esposos estaban legitimados para contratar sobre esta materia. De otro modo, con el fin de evitar un fraude se coarta la libertad de tales esposos, impidiéndoles darse para sus futuras relaciones económicas el reglamento que mejor les cuadre.

La solución más adecuada consiste en la nulidad parcial de la modificación<sup>184</sup>. Así, la ausencia de consentimiento de los donantes determinará la nulidad de las nuevas capitulaciones sólo en cuanto se refieren a la donación, ya que respecto al cambio de régimen económico el donante no tiene por qué intervenir; y éste podrá revocar la donación si la misma se otorgó en atención a la situación jurídica del régimen inicialmente pactado.

## 5. La libertad de los cónyuges para adoptar un régimen económico matrimonial no previsto legalmente

Nuestro CC y las Compilaciones de Derecho civil especial o foral no limitan la libertad de los cónyuges a la adopción de alguno de los regímenes tipificados en la ley. Esta solución legal, sin embargo, no convence a todos los autores. García Cantero<sup>185</sup>

<sup>182</sup> ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, cit., p. 315.

<sup>183</sup> LACRUZ, *Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 361.

<sup>184</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1558-1559; BLASCO, *Derecho de familia* (coord. MONTÉS, Valencia, 1991, p. 199; LETE DEL RÍO, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *ADC*, 1983, p. 418; CÁRCABA, *Las capitulaciones matrimoniales*, cit., pp. 44 y ss.

<sup>185</sup> GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 331.

considera bastante racional y, sobre todo, práctica la limitación que existe en algunos Códigos extranjeros, permitiendo a las partes únicamente elegir dentro del marco de los sistemas regulados por la ley, la cual no existe en el Derecho español.

No creemos que sea conveniente una limitación a la libertad de los cónyuges más allá de la señalada en el artículo 1.328 CC <sup>186</sup>, en un momento en el que, como han apuntado Díez-Picazo y Gullón <sup>187</sup>, la uniformidad de los modelos familiares y de comportamiento dentro de la familia no resulta fácil, por lo que hay que preconizar el pluralismo y la libertad individual. Se puede decir que así como las llamadas relaciones personales entre los cónyuges y el conjunto de obligaciones y derechos atinentes a esa esfera presenta un marcado cariz de orden público, el régimen económico conyugal, preservando la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, es un asunto que concierne casi en exclusiva a los interesados. Tal vez por ello, a nuestro juicio, en casi todos los ordenamientos jurídicos no se limita la libertad de los cónyuges a la adopción de alguno de los regímenes regulados en la ley, y en aquellos ordenamientos, como el alemán, en que se ha afirmado esto, no faltan autores, como vimos, que se oponen a semejante limitación, de difícil justificación, no sólo apoyándose en la normativa del CC, sino también en la escasa conveniencia práctica de la solución.

Un juicio muy favorable merece que nuestro CC regule, al lado del régimen legal de la sociedad de gananciales, otros regímenes, como el de separación de bienes y el de participación. Incluso hubiese sido conveniente que se hubieran establecido algunos otros más, como ocurre en la regulación general de los contratos.

## 6. La inexistencia de un plazo de inalterabilidad del régimen económico matrimonial

En nuestra doctrina <sup>188</sup>, de acuerdo con el criterio que se ha adoptado en el CC francés y en otros CC, a los que nos hemos

---

<sup>186</sup> No hay que olvidar que los límites que establece el artículo 1.328 CC son sumamente amplios, rechazándose la validez de cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (CABANILLAS, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 605-607).

<sup>187</sup> Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., pp. 146-147.

<sup>188</sup> LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho común*, cit., pp. 166 y 176; MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 176; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 317.



referido anteriormente, se ha señalado que la esencial mutabilidad de los capítulos está en contradicción con la vocación de perpetuidad del régimen económico matrimonial. Hubiese sido conveniente, para evitar modificaciones apresuradas, con cambios constantes que restan claridad y seguridad al tráfico, que nuestro legislador hubiese fijado un plazo de inalterabilidad (al menos, de dos años)<sup>189</sup>. La reforma española de las Leyes de 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981 ha sido más radical o, acaso, menos previsora que la holandesa y la francesa, en cuanto a la exigencia de un cierto tiempo de prueba para el cambio de régimen<sup>190</sup>.

Un razonamiento semejante fue expuesto por el procurador, señor Mazón Berdejo, en enmienda presentada al Proyecto de Ley de 1974, que se convertiría en la Ley de 2 de mayo de 1975, en la que se proponía que los cónyuges sólo pudiesen modificar el régimen económico, convencional o legal, una vez transcurridos tres años desde su adopción o última modificación. Esta enmienda se fundamentó en la necesidad de garantizar la seriedad de propósitos de los otorgantes, la propia seguridad del tráfico jurídico, que se vería afectada por unas constantes variaciones en los regímenes económicos conyugales y, por otra parte, prevenir posibles fraudes a terceros, pese a las preocupaciones que el propio proyecto adopta para su evitación. Se esgrimen, en definitiva, razones semejantes a las expuestas por autores franceses para fundamentar el plazo de inmutabilidad establecido por el artículo 1.397 CC francés.

A nuestro juicio, no es criticable que nuestro legislador no haya establecido un plazo de inalterabilidad del régimen económico matrimonial, ya que el mismo presenta más inconvenientes que ventajas. Téngase en cuenta que se impide a los cónyuges durante un largo plazo, de dos o tres años, la posibilidad de cambiar o modificar el régimen económico matrimonial, siendo así que durante este período de tiempo pueden producirse acontecimientos que aconsejen cierta rapidez en el cambio o la modificación, que, sin embargo, no será posible. Además, hay que tener presente que las capitulaciones matrimoniales han de constar necesariamente en escritura pública (artículos 1.327 CC, 25-2 de la Compilación aragonesa y 7.º de la Compilación catalana y ley 79

---

<sup>189</sup> La protección de los terceros hubiera sido *a priori* más segura con un corto período de tiempo para poner en conocimiento de todos los posibles afectados el cambio de régimen a fin de que los terceros pudieran ejercitar sus derechos (como ha regulado el Código francés) (GARRIDO DE PALMA, *Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 31).

<sup>190</sup> DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., p. 196, después de referirse a la solución acogida en el CC francés precisa que la regulación no puede ser más flexible y permisiva, aunque no sabemos todavía si esto en la práctica no acarreará nuevos problemas.

de la Compilación navarra), operando la apuntada función cautelar del Notario, lo cual no deja de ser un freno importante a los cambios o las modificaciones de carácter apresurado, y en nuestro CC existen las medidas jurídicas suficientes (aunque sería conveniente que se mejorase el sistema de publicidad del régimen económico matrimonial, tal como dijimos) para proteger a los terceros frente a los posibles fraudes que a través de los cambios o las modificaciones del régimen económico matrimonial pueden producirse<sup>191</sup>. La realidad demuestra, prácticamente en todos los países, lo infrecuente que es que los mismos cónyuges otorguen capitulaciones matrimoniales con reiteración a lo largo de la vida matrimonial.

## VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

A la hora de precisar las consecuencias jurídicas que derivan de la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en nuestro Derecho, el intérprete se encontró con importantes dificultades cuando fue promulgada la Ley de 2 de mayo de 1975. Se implantó el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial (artículo 1.320 CC), pero no fueron reformados diversos artículos que estaban influidos por el suprimido principio de inmutabilidad, al dejarse intacta la normativa sobre la sociedad de gananciales y, en general, sobre el régimen económico matrimonial, con la única excepción de la relativa a las capitulaciones matrimoniales. Por este motivo, la única manera que existía para solucionar este problema era interpretar estos artículos de acuerdo con el nuevo principio legal de la mutabilidad del régimen económico matrimonial. Afortunadamente, el problema apuntado ha sido solucionado por la Ley de 13 de mayo de 1981. Al configurarse la nueva normativa de la sociedad de gananciales se tiene en cuenta siempre la posibilidad de que los cónyuges de común acuerdo, en virtud de capitulaciones matrimoniales, puedan modificar o sustituir durante el matrimonio el

---

<sup>191</sup> Tras señalar que el principio de mutabilidad del régimen económico es uno de los principios inspiradores existentes en nuestro Derecho, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 148) señalan que la seguridad jurídica debe protegerse a todo trance, exigiendo una solemnidad fehaciente para el negocio capitular postnupcial y declarando inatacables los derechos de los terceros. Así lo sigue haciendo la reforma de 1981, siendo las capitulaciones matrimoniales el único instrumento en que cabe modificar convencionalmente el régimen económico del matrimonio.

régimen económico conyugal. Igual criterio se observa respecto al régimen de separación de bienes y al régimen de participación.

También es importante precisar que los cónyuges, en virtud de capitulaciones postnupciales, pueden establecer estipulaciones por razón del matrimonio, según se infiere del artículo 1.325 CC.

De la mutabilidad del régimen económico matrimonial derivan una serie de importantes consecuencias jurídicas que vamos a analizar seguidamente.

1.<sup>a</sup> *Los cónyuges pueden modificar o sustituir durante el matrimonio el régimen económico, legal o convencional, en virtud de capitulaciones matrimoniales.* Esta consecuencia es reconocida expresamente en múltiples artículos del CC: 1.317, 1.326, 1.329, 1.345, 1.392-4.º, 1.415, 1.435-3.º y 1.444. De estos preceptos se deduce con claridad que cabe constante matrimonio tanto la modificación del régimen económico matrimonial, que implica que los cónyuges sólo alteran el régimen en aspectos parciales, conservando éste su naturaleza, como la sustitución, es decir, la adopción en capitulaciones de un régimen de naturaleza diversa <sup>192</sup>.

Con el objeto de sustituir o modificar el régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán adoptar cualquier estipulación capitular, siempre que no vulnere alguno de los límites establecidos en el artículo 1.328 CC. En el Derecho español, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos <sup>193</sup>, no se establece en ningún precepto que los cónyuges tengan que adoptar alguno de los regímenes económicos del matrimonio tipificados en el CC. A esta orientación responde el texto de los mencionados artículos 1.325 y 1.328. Por consiguiente, es perfectamente posible que el régimen económico matrimonial que sustituye al anterior sea alguno de los tipificados en la ley o uno absolutamente atípico (puede tratarse de un régimen económico disciplinado en una Compilación de Derecho civil especial o foral o incluso por una ley extranjera), respetándose en tal caso lo dispuesto en el artículo 1.328. Así se infiere con notable claridad del artículo 1.435-3.º: «Existirá entre los cónyuges separación de bienes cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el ré-

<sup>192</sup> En el artículo 1.320, en su redacción por Ley de 2 de mayo de 1975, aparecía la expresión «modificar el régimen económico matrimonial», no teniendo la doctrina más remedio que interpretar esta expresión de forma amplia, para incluir en su ámbito de aplicación tanto la estricta modificación del régimen económico matrimonial como la sustitución del mismo [TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1098; GULLÓN, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, cit., p. 90; GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», cit., pp. 502-503].

<sup>193</sup> Así, por ejemplo, en el derecho suizo (artículo 179-2 CC) y en el Derecho chileno (artículo 1.723 CC).

gimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto». En este sentido no parece que existan dificultades para que los cónyuges puedan adoptar el régimen de comunidad universal, máxime cuando ya ha sido suprimida la prohibición de las donaciones entre cónyuges y éstos pueden constituir una sociedad universal (artículos 1.323 y 1.677)<sup>194</sup>. Si existirán dificultades, en cambio, para adoptar el régimen dotal. La razón de ello no se debe a que haya sido suprimida del CC la normativa sobre la dote por la Ley de 13 de mayo de 1981, sino debido a que, desde la perspectiva del artículo 1.328, Álvarez-Sala<sup>195</sup> tiene razón cuando precisa que la constitución de un régimen dotal en su totalidad o en parte considerable del patrimonio de la mujer quedaría afectada por la sanción de nulidad del artículo 1.328, al tratarse de una cláusula capitular estatutaria. Sería limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge. Parece, sin embargo, admisible una liberalidad individualizada que haya sido conferida en capitulaciones con carácter dotal.

Aunque se trate de un supuesto puramente académico, no prohíbe el CC que los esposos puedan decidir la conclusión de su sociedad de gananciales, procediendo a la oportuna liquidación, y, seguidamente, comenzar otra nueva sociedad<sup>196</sup>.

Cabe pensar en la posibilidad de que los cónyuges se limiten a declarar no vigente el régimen económico matrimonial que gobierna sus relaciones patrimoniales, sin establecer las reglas por las que hayan de regirse los bienes del matrimonio. En la Ley de 2 de mayo de 1975 había que distinguir si el régimen económico no querido era el de la sociedad de gananciales u otro diferente. Si era el de la sociedad de gananciales, se aplicaba el régimen dotal, de acuerdo con el artículo 1.364 CC<sup>197</sup>. Si no era la sociedad de gananciales, el problema no estaba solucionado de forma específica en el CC. De conformidad con el párrafo 2.º del artículo 1.315 y la base 22 del CC, lo lógico era pensar en la aplicación de la sociedad de gananciales por ser el régimen legal supletorio.

---

<sup>194</sup> CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 505 y ss.

<sup>195</sup> ALVAREZ-SALA, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de la estipulación capitular», *RDN*, 1981, p. 16. En análogo sentido PÉREZ SANZ, «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», *AAMN*, 1985, XXVI, p. 21; HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 573; BLASCO, *Derecho de familia*, cit., p. 196.

<sup>196</sup> GARCÍA URBANO, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 760-761.

<sup>197</sup> Sobre el antiguo artículo 1.364 CC y el régimen dotal tiene un extraordinario interés el estudio de PEÑA, «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)», citado anteriormente.

El problema es solucionado de forma distinta por la Ley de 13 de mayo de 1981. Según el artículo 1.435-2.º CC, «existirá entre los cónyuges separación de bienes cuando los cónyuges hubiesen pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes». Igualmente existirá entre los cónyuges separación de bienes, a tenor del artículo 1.435-3.º, «cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto». Por consiguiente, si los cónyuges se han limitado a excluir el régimen de la sociedad de gananciales o el de participación, sin determinar las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio, ha de aplicarse el régimen de separación de bienes<sup>198</sup>, que tiene el carácter de régimen legal supletorio de segundo grado<sup>199</sup>. La Ley de 13 de mayo de 1981 no contempla, sin embargo, el caso de que el excluido, sin establecerse las reglas sobre los bienes del matrimonio, sea el régimen de separación de bienes o uno atípico. Parece lógico entender que en este caso se aplicara el régimen de la sociedad de gananciales, que tiene el carácter de régimen legal supletorio de primer grado (artículo 1.316 y base 22 del CC).

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha introducido una reforma fundamentalmente en el CC, que facilita extraordinariamente el cambio o la modificación del régimen económico matrimonial. Nuestro CC, con anterioridad a la promulgación de esta Ley, sólo disciplinaba de forma adecuada la sociedad de gananciales y el

---

<sup>198</sup> ALBALADEJO, «(Curso de Derecho Civil, IV, *Derecho de familia*, Barcelona, 1987, p. 197) considera, no obstante, que si se extingue por acuerdo de los cónyuges el régimen de participación, sin establecer otro régimen económico matrimonial, se trata de un exceso literal del artículo 1.435, número 3.º, considerar aplicable el régimen de separación, ya que, a tenor del verdadero espíritu de nuestra ley, en defecto de pacto el régimen que corresponde es el de gananciales, y no al de separación. Esta solución viene abonada, además, porque parece más lógico no someter el matrimonio al de separación, ya que los cónyuges quisieron quitar el de participación, que es realmente también una separación. Amén de que con toda probabilidad, si sólo hubiesen deseado eliminar la participación en las ganancias y no también la separación (que es verdad el régimen de participación, antes de extinguirse), lo habrían dicho.

<sup>199</sup> Cuando los cónyuges excluyen el régimen de la sociedad de gananciales, el de separación de bienes cumple el mismo papel que, respecto al Derecho derogado, cumplía el sistema dotal, conforme a la proposición primera del antiguo artículo 1.364 CC. Como puntualiza DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVIII-3.º, Madrid, 1985, pp. 331-332), existe una proporción sistemática entre uno y otro. Efectivamente, antes, en la época de la codificación, de acuerdo con el principio de «unidad de familia» que daba preferencia al marido, según las ideas entonces dominantes, era lógico que el régimen supletorio de segundo grado fuera el del sistema dotal; ahora, de acuerdo con el principio de igualdad de los cónyuges, no cabe otro que el régimen de separación de bienes.

régimen dotal. Al no disciplinar legalmente los regímenes que en mayor medida los cónyuges podían adoptar en capitulaciones (el de separación de bienes y el de participación), existían no pocas dificultades para configurar su contenido<sup>200</sup>. Para evitar estas dificultades, la Ley de 13 de mayo de 1981 disciplina los tipos más importantes de regímenes económicos del matrimonio, porque además de la sociedad de gananciales (artículos 1.344 a 1.410), el régimen legal supletorio de primer grado (artículo 1.316), se regulan el de participación (artículos 1.411 a 1.434) y el de separación de bienes (artículos 1.435 a 1.444). También se establecen, en las disposiciones generales sobre el régimen económico matrimonial (artículos 1.315 a 1.324), una serie de normas esenciales, que determinan en su conjunto una regulación básica de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges<sup>201</sup>, con lo que el problema apuntado está en buena medida solucionado en el CC.

De acuerdo con todo lo expuesto, es lógico que cualquier régimen económico matrimonial pueda comenzar a regir con posterioridad al día de la celebración del matrimonio. En relación con la sociedad de gananciales, la Ley de 2 de mayo de 1975 dejó intacto el texto del artículo 1.393 CC, cuya dicción respondía

---

<sup>200</sup> Basta referirse al régimen de separación de bienes para evidenciarlo. Para configurar su contenido se propusieron las siguientes tesis: a) Aplicar supletoriamente la normativa del CC sobre los parafernales, pero suprimiendo del artículo 1.385 la afirmación de que los frutos forman parte del haber ganancial; b) Aplicar analógicamente el artículo 50; c) Pueden concurrir, según el tipo de bienes, las reglas del sistema dotal y de los parafernales; d) Las normas aplicables tienen que ser extraídas de diversos preceptos del CC (artículo 50, parafernales, regulación de la sociedad de gananciales). Sobre las diversas tesis expuestas, con abundante bibliografía, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 351, nota 1.

<sup>201</sup> LACRUZ, (*Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 308) y otros muchos autores (amplia referencia por GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., pp. 342 y ss.) engloban estas normas dentro del denominado *régimen matrimonial primario*, en el que se insertan todas aquellas normas que, refiriéndose a la económica del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los matrimonios celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, (*Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 148), sin embargo, puntualizan que la idea de régimen matrimonial primario es equívoca. En puridad no existe un régimen económico que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos. Los artículos 1.315 y siguientes van encabezados por una rúbrica que los considera como «disposiciones generales», y esto es lo que son, aunque su pretendida generalidad puede ser cuestionada y, sobre todo, su utilidad.

También LÓPEZ y LÓPEZ (*Derecho de familia*, coord. MONTÉS, Valencia, 1991, pp. 177-178) critica la noción de régimen matrimonial primario. Las disposiciones generales sobre el régimen económico matrimonial (artículos 1.315 a 1.324) no constituyen un verdadero y articulado régimen que de forma primaria se superponga, o complete o limite lo estipulado por los cónyuges o lo impuesto por la ley para cada matrimonio concreto. Sin embargo, en la medida en que se regulan cuestiones muy elementales de toda convivencia conyugal, sí cabe hablar de un carácter primario de estas normas; pero nunca hasta el extremo de constituir un verdadero y articulado régimen económico matrimonial.

al principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Concretamente este artículo disponía lo siguiente: «La sociedad de gananciales empezará precisamente el día de la celebración del matrimonio. Cualquier estipulación en sentido contrario se tendrá por nula». Sin embargo, se entendió por la mayor parte de los autores<sup>202</sup>, con buen criterio, que esta norma había sido profundamente afectada por la Ley de 2 de mayo de 1975 al suprimir el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que constituía el fundamento de aquélla. Admitida la posibilidad de la modificación postnupcial del régimen económico matrimonial, no había inconvenientes para que la sociedad de gananciales comenzase a regir con posterioridad a la celebración del matrimonio en virtud del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

La Ley de 13 de mayo de 1981 soluciona de forma expresa y adecuada el problema señalado. El texto del artículo 1.393 ha sido reformado y el vigente artículo 1.345 CC dispone que «la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones». Estamos en presencia de una evidente consecuencia de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, consagrada de manera general por el artículo 1.326 CC.

El artículo 1.374 CC contempla también el comienzo de la sociedad de gananciales con posterioridad a la celebración del matrimonio, en el supuesto en que se produce la disolución de la sociedad de gananciales por embargo de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge (artículos 1.373 y 1.393 *in fine* CC). Disuelta la sociedad de gananciales, el artículo 1.374 dispone que «se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales».

Este precepto supone una clara excepción a la regla general comprendida en el artículo 1.345 CC, concediendo al cónyuge del deudor un derecho excepcional y único: la posibilidad de cambiar el régimen económico de separación por el de gananciales, en virtud de su sola manifestación de voluntad<sup>203</sup>.

Estamos en presencia de un supuesto claramente diverso del cambio de régimen económico matrimonial en virtud de capitulaciones postnupciales, porque la regla contenida en el artículo 1.374 representa un derecho de opción en favor del cónyuge del

---

<sup>202</sup> LACRUZ, «El nuevo Derecho civil de la mujer casada», cit., p. 99; Díez-PICAZO y GULLÓN, (*Sistema de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, Madrid, 1978, p. 190.

<sup>203</sup> RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 235.

deudor, que es libre de ejercitar o no <sup>204</sup>. De manera que si éste, libremente, no opta porque comience una nueva sociedad de gananciales, el matrimonio seguirá sometido al régimen de separación de bienes. Naturalmente queda siempre a salvo la posibilidad de que los cónyuges estipulen en capitulaciones el régimen económico que estimen conveniente (artículos 1.325 y 1.326 CC) <sup>205</sup>.

Es lógico que la mencionada opción del cónyuge del deudor no tenga que constar en capitulaciones matrimoniales, pues éstas requieren el consentimiento de ambos cónyuges, lo cual no exige el artículo 1.374.

Decimos que se produce un cambio de régimen económico matrimonial, porque a tenor del artículo 1.374 la vigencia del régimen de separación de bienes es inmediata. El ejercicio de la opción por el cónyuge del deudor determina que surja una «nueva» sociedad de gananciales, que, como puntualiza Lacruz <sup>206</sup>, comenzará a partir de cero: en los patrimonios privativos de los cónyuges entrará cuanto les hubiese sido adjudicado del antiguo acervo común en liquidación, con la carga de pagar la correspondiente de las viejas deudas, que tampoco gravan al nuevo consorcio <sup>207</sup>.

Tal vez porque estamos en presencia de un cambio de régimen económico matrimonial, el artículo 1.374 exige que la opción conste en documento público, siendo significativo que el artículo 1.327 exija para otorgar capitulaciones matrimoniales la escritura pública.

En todo caso, parece evidente que en un ordenamiento jurídico donde rigiese el estricto principio de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, difícilmente imperaría una norma seme-

---

<sup>204</sup> El artículo 1.374 está pensando para beneficiar al cónyuge del deudor, en el caso de que los ingresos del matrimonio provengan única o principalmente del lado del cónyuge deudor. Por ello el fundamento de la facultad de opción se encuentra en que el régimen de separación puede ser perjudicial para tal cónyuge (RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 236; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1757.

<sup>205</sup> Si el cónyuge del deudor desea iniciar un régimen económico distinto al legal de gananciales (incluso si quiere regirse por un régimen de gananciales con diverso contenido al regulado en los artículos 1.344 a 1.410 CC), sólo podrá hacerlo contando con el acuerdo de su consorte, conforme a los artículos 1.325 y siguientes del CC (RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 235; TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., p. 1758.

<sup>206</sup> LACRUZ (*Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 476. En el mismo sentido TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., p. 1759.

<sup>207</sup> En la nueva sociedad de gananciales la parte de cada cónyuge en el patrimonio ganancial en liquidación entra dentro de los bienes privativos porque entra dentro de los bienes o derechos que le pertenecen al comenzar la nueva sociedad (artículo 1.346-1.º CC) (PEÑA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 708; *Derecho de familia*, cit., p. 254).



jante a la contenida en el artículo 1.374. En cambio, la misma es coherente con nuestro actual sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial. Por ello, dados los efectos de la opción —no hay continuación, sino disolución de la sociedad de gananciales anterior e inicio de una nueva sociedad— procederá la constancia en los Registros Civil, de la Propiedad y Mercantil, de conformidad con sus respectivas reglas en relación con la publicidad de los cambios en el régimen económico matrimonial (artículo 1.333 CC).

Además de la sociedad de gananciales, se infiere del CC que el régimen de separación de bienes o el de participación pueden comenzar a regir con posterioridad a la celebración del matrimonio, al tiempo de pactarse en capitulaciones. Muy claro es en este sentido el artículo 1.435 CC.

El régimen económico matrimonial que gobierna la relación de los cónyuges puede concluir durante el matrimonio si así lo acuerdan éstos en capitulaciones matrimoniales. Tras la reforma de 13 de mayo de 1981 ha dejado de plantearse el problema que surgió al promulgarse la Ley de 2 de mayo de 1975, ya que han sido reformados los artículos 1.417 y 1.433 CC que, al establecer las causas de disolución de la sociedad de gananciales, no contemplaban dicha causa, aunque con buen criterio la mayor parte de los autores<sup>208</sup> y la DGRN, en resolución de 29 de septiembre de 1978, admitieron la disolución de la sociedad de gananciales si así lo acordaban los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, pues los citados artículos estaban informados por el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que desaparece con la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975.

El nuevo artículo 1.392-4.º CC, que tiene su origen en la Ley de 13 de mayo de 1981, dispone que «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código». Esta norma es una consecuencia del principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial. El artículo 1.392-4.º con-

---

<sup>208</sup> GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», cit., pp. 512 y ss.; TORRES ESCÁMEZ, «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales», cit., pp. 969 y ss.; GARRIDO DE PALMA, «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», cit., p. 44; CHICO ORTIZ, «El Derecho de familia y el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1978, p. 364; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 279 y ss., y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit., p. 14; Díez-PICAZO y GULLÓN *Sistema de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., p. 219; GULLÓN, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., pp. 91 y ss.; CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», cit., pp. 278 y ss.

cuenda con lo dispuesto en los artículos 1.325 y siguientes, de tal manera que deberán observarse los requisitos necesarios para otorgar capitulaciones matrimoniales a la hora de convenir el régimen distinto.

El artículo 1.392-4.º es aplicable al régimen de participación, pues el artículo 1.415 dispone que «el régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395».

A pesar de que en la normativa del CC sobre el régimen de separación de bienes no figura norma alguna que precise las causas de extinción del mismo, es obvio que concluirá cuando así lo acuerden los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, porque pueden sustituir el régimen económico de su matrimonio según dispone el artículo 1.325 y nada indica que deba adoptarse una solución diferente de la establecida en nuestro CC respecto a la sociedad de gananciales y al régimen de participación.

La adopción de un nuevo régimen económico matrimonial en capitulaciones determina la disolución automática del de gananciales, ya que el artículo 1.392-4.º CC dispone que «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código»<sup>209</sup>. La expresión «de pleno derecho» aboga, sin duda, por la idea de la disolución automática o *ipso iure*<sup>210</sup>, de tal manera que los efectos de la disolución será preciso referirlos a la fecha del otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales<sup>211</sup>. Igual criterio rige respecto a la disolución del régimen de participación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.415 CC.

---

<sup>209</sup> Incluso con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981 había que afirmarlo. Por un imperativo de claridad y justicia GULLÓN («Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., p. 92) entendió que, aunque los cónyuges no lo digan, debía mantenerse la disolución de la sociedad de gananciales, aparte de que lo contrario hubiera sido objeto de declaración por el legislador por su trascendencia y que también nos encontraríamos con la inutilidad del párrafo último del artículo 1.322. Son inimaginables los problemas que originaría el funcionamiento de dos regímenes simultáneamente, uno para los bienes anteriores a la modificación y otro para los posteriores.

<sup>210</sup> Este automatismo viene dado por la no necesidad de pronunciamiento judicial *ad hoc* y por la no exigencia de más requisito que la concurrencia de la causa de disolución. *Ipsò iure* dejan de ser gananciales los frutos y rendimientos de los cónyuges, y se pone en marcha todo el mecanismo liquidatorio.

<sup>211</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 330) considera que, sólo después de la liquidación, la disolución de la sociedad de gananciales se operará de pleno derecho. Sin embargo, esta tesis, a nuestro juicio, difícilmente se acomoda al texto y al espíritu del artículo 1.392-4.º CC.

Aunque no diga nada expresamente la normativa del CC sobre el régimen de separación de bienes, por evidente analogía hay que entender que la disolución será también automática.

No encontramos obstáculos legales que impidan a los cónyuges el acordar en capitulaciones matrimoniales la no liquidación del patrimonio ganancial resultante a pesar de haber tenido lugar la disolución de la sociedad de gananciales. Desde luego no lo impide el artículo 1.328 CC, ni precepto alguno de la normativa del CC sobre la sociedad de gananciales<sup>212</sup>. Mientras que el artículo 1.392-4.º dispone que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho, el artículo 1.396 no dice que la sociedad de gananciales se liquidará de pleno derecho, sin que los términos «se procederá a su liquidación» tengan un similar significado, como pretenden algunos autores<sup>213</sup>. Nuestro legislador está pensando

---

<sup>212</sup> Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, GULLÓN («Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., p. 93) ya decía que nada obsta para que por pacto los cónyuges se obliguen a no liquidar la sociedad de gananciales. Tendríamos así una sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada, cosa que el propio Código admite en el artículo 1.431, donde se dan normas para la liquidación simultánea de dos o más sociedades de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona, lo que indica que contempla la hipótesis de dos o más sociedades disueltas pero no liquidadas.

En análogo sentido, LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ («Notas sobre “mutabilidad” del régimen económico matrimonial en el Derecho común», cit., p. 189) afirman que el pacto de un régimen de separación no obliga a la liquidación efectiva de los gananciales, las partes pueden liquidarlos o no, según lo estimen conveniente.

En el Derecho francés se observa que la separación de bienes tiene a menudo por fin el obtener determinados beneficios accesorios del régimen más que el deseo de vivir los cónyuges separados de bienes, no teniendo lugar la liquidación del régimen de comunidad, de tal modo que el cambio de régimen va acompañado de una indivisión prolongada (PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, cit., p. 228). Además no existe un plazo que imponga a los cónyuges tener que proceder a la liquidación (COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 154).

<sup>213</sup> Según MARTÍN GANCEDO («Algunos problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales...», cit., pp. 83-84), no solamente puede liquidarse la sociedad de gananciales, sino que debe liquidarse. Y esto por razones tanto teóricas como prácticas. Teóricas, porque lo impone el nuevo artículo 1.396 que dice que «disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación...», lo que supone un imperativo legal. Prácticas, porque debe ser inviable desde el punto de vista económico un matrimonio donde convivan dos regímenes económicos matrimoniales distintos. Uno el anterior a las capitulaciones matrimoniales y otro el posterior. Ambos con una regulación distinta, con unos derechos y deberes distintos y con unos bienes y deudas distintos que por la propia inercia de su administración se entrecruzan e incluso se opondrán creando situaciones jurídicas muy confusas.

DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 194 y ss., y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVIII-2.º, Madrid, 1984, pp. 78 y 79 y nota 56 y pp. 455-456) destaca que toda disolución de la sociedad de gananciales, por cualquier causa que fuere, entraña la necesidad de la liquidación, lo que se funda en el derecho de cada cónyuge a la mitad del haber líquido que pudiera corresponderle, como define el artículo 1.344.

en el supuesto normal, a la disolución de la sociedad de gananciales subsigue su inmediata liquidación, pero no parece que lo imponga de manera imperativa.

Cuando los cónyuges acuerden no liquidar el patrimonio ganancial y, en general, durante el período en que no practiquen la liquidación<sup>214</sup>, el patrimonio ganancial será simplemente un patrimonio colectivo, cuya naturaleza se transforma. Debido a la remisión que el artículo 1.410 CC hace a la participación y liquidación de la herencia, todo indica que estamos ante una comunidad especial de naturaleza semejante a la comunidad hereditaria antes de la partición. No estaremos en presencia de una coexistencia de regímenes económicos diversos, que en todo caso no parece posible<sup>215</sup>, puesto que, como hemos apuntado, la adopción del nuevo régimen ha determinado la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales.

Si bien no es obligatorio proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales extinguida, nadie pone en duda la conveniencia práctica de ello, para evitar las confusiones que podrían derivarse de la falta de liquidación. Pero una cosa es que ello sea aconsejable, como destaca Vallet de Goytisoló<sup>216</sup>, y otra que sea obligatorio.

También es importante destacar la posibilidad de la rescisión por lesión de la participación de la sociedad de gananciales, que es disuelta en virtud de la adopción en capitulaciones postnupciales del régimen de separación absoluta de bienes. Esta hipótesis, como destaca Delgado<sup>217</sup>, no pudo ser tenida en cuenta por el legislador de 1888, pues los capítulos postnupciales sólo desde 1975 son posibles en la regulación del Código.

La sentencia del TS de 11 de junio de 1983<sup>218</sup>, en un caso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por cón-

---

Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, CHICO ORTIZ («El Derecho de familia y el Registro de la Propiedad», cit., pp. 363-364) consideró que sólo partiendo de la liquidación de la sociedad de gananciales puede hablarse de auténtica «modificación». La intención del legislador fue la de transformar o poder transformar el régimen económico vigente en otro distinto y eso lleva inevitablemente consigo una liquidación que determine titularidades para el futuro.

<sup>214</sup> En la práctica, sucede frecuentemente, sobre todo en los supuestos de muerte o de mutación del régimen constante matrimonio, que los cónyuges, o el superviviente y los herederos del otro, no obstante la disolución *ope legis* de la sociedad, continúen durante un período de tiempo sin practicar la liquidación (MONTÉS, *Derecho de familia*, Valencia, 1991, p. 268).

<sup>215</sup> ROJAS MONTES, «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», cit., pp. 327-328.

<sup>216</sup> VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., p. 281, y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit., p. 15.

<sup>217</sup> DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, 2.º, *Teoría general del contrato*, Barcelona, 1987, p. 404.

<sup>218</sup> La comenta ampliamente DELGADO en *CCJC*, 1983, n.º 3, pp. 757-764.

yuges separados de hecho en virtud de capitulaciones matrimoniales, afirma que el artículo 1.074 CC, que permite la rescisión de la participación por causa de lesión en más de la cuarta parte, es aplicable a las particiones hereditarias y, por ende, a las de la sociedad conyugal por mandato del artículo 1.291 CC.

Hemos apuntado que durante el matrimonio se puede cambiar o modificar el régimen económico del matrimonio. Resulta evidente que, una vez disuelto el matrimonio, tal cosa ya no es posible. Lo mismo hay que afirmar cuando ha tenido lugar la nulidad del matrimonio. Mayores problemas se plantean cuando existe separación judicial, pues subsiste el matrimonio y el artículo 1.326 CC no lo prohíbe expresamente.

Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, algunos autores<sup>219</sup> consideraron viable la modificación del régimen de separación judicialmente decretada (antiguos artículos 73 y 1.433 CC) mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. La amplitud con que se expresaba el comienzo del artículo 1.320 CC (... en todo momento), en la redacción que le dio la Ley de 2 de mayo de 1975, sin ninguna cortapisa ni limitación temporal, fundamentaba esta opinión. Además se señaló que la sentencia de separación parece que tiene en el espíritu de la Ley de 2 de mayo de 1975 un valor supletorio —al menos en el orden económico— de la voluntad de los cónyuges para la determinación del régimen económico del matrimonio. En virtud de lo dispuesto en el vigente artículo 1.326, que procede de la tan citada Ley de 13 de mayo de 1981, puede pensarse que sigue siendo defendible esta solución, aunque no se dice que en cualquier tiempo se podrán otorgar capitulaciones matrimoniales, sino que éstas pueden ser otorgadas antes o después de la celebración del matrimonio. Hay que tener en cuenta ahora que, según la Ley de 7 de julio de 1981, en los supuestos de nulidad, separación y divorcio la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (artículo 95 CC), siendo la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial y, en general, toda cuestión de orden patrimonial, materia de convenio regulador (artículo 90 CC), cuyo régimen jurídico es sustancialmente diverso al de las capitulaciones matrimoniales, requiriéndose la aprobación judicial<sup>220</sup>. Por este motivo difícilmente

---

<sup>219</sup> GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1976, p. 306; LETE DEL RÍO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «Notas sobre "mutabilidad" del régimen económico matrimonial en el Derecho común», cit., pp. 173-174.

<sup>220</sup> Desde luego, el convenio regulador aprobado judicialmente no puede ser modificado por unas capitulaciones posteriores. El convenio es un documento homologado judicialmente, que por esta razón tiene una característica de firmeza. Por ello, el artículo 90 CC establece que las medidas acordadas sólo pueden ser modificadas «judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las

puede admitirse la posible modificación, en virtud de capitulaciones matrimoniales, de lo establecido sobre aspectos patrimoniales en la sentencia firme que determina la separación de los cónyuges. Como puntualiza Roca Trías<sup>221</sup>, ya sea el convenio, ya sea la sentencia, serán judiciales (ya que el convenio ha de ser homologado por el Juez y forma parte de la sentencia, en virtud de lo que dispone la Disposición Adicional sexta de la Ley de 7 de julio de 1981). Por lo que quizá cabría decir que razones técnicas abogan por la imposibilidad de que existan capitulaciones otorgadas en situación de separación cuando los cónyuges ya han pactado las soluciones a través del correspondiente convenio.

La conclusión expuesta no está en contra de lo dispuesto en los artículos 1.443 y 1.444 CC, a cuyo tenor «la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado. No obstante..., los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes». Es indudable, a nuestro juicio, que la reconciliación de los cónyuges o la desaparición de la causa que hubiese motivado la separación es lo que, en rigor, justifica la posibilidad de que los cónyuges puedan otorgar capitulaciones matrimoniales en los términos señalados en el artículo 1.444, lo cual pone de relieve el carácter excepcional que tiene el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales cuando existe separación judicialmente decretada.

La posibilidad que tienen los cónyuges de otorgar capitulaciones constante matrimonio y sustituir o modificar de esta manera el régimen económico matrimonial adquiere particular importancia práctica en dos supuestos: cuando los cónyuges están separados de hecho y cuando alguno de ellos es comerciante, rigiendo en ambos casos la sociedad de gananciales.

---

circunstancias» (ROCA TRÍAS, «Comentario a la sentencia del TS de 4 de diciembre de 1985» en *CCJC*, 1985, n.º 10, p. 3261). Este nuevo convenio exige aprobación judicial a pesar de que no hay en este precepto, como tampoco en el artículo 99, una referencia expresa a la necesidad de tal aprobación (cfr., artículos 90-VII y 91 CC y disp. ad. 6.ª-8 de la Ley de 7 de julio de 1981) (PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 130, nota 88).

<sup>221</sup> ROCA TRÍAS, «Comentario a la sentencia del TS de 4 de diciembre de 1985», cit., p. 3261.

A) *Sustitución o modificación del régimen económico matrimonial para dotar de una adecuada reglamentación económica al matrimonio que está separado de hecho*

La publicación de la Ley de 2 de mayo de 1975 ha tenido una extraordinaria trascendencia para los cónyuges separados de hecho, ya que a través de capitulaciones otorgadas durante el matrimonio pueden establecer el régimen económico matrimonial más adecuado a su situación. En la Exposición de Motivos que acompañó al Proyecto de Ley que se publicó en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 30 de octubre de 1974 se justificó la conveniencia de los pactos postnupciales en el hecho de que en grandes zonas de nuestro país (en casi todos los territorios con Derecho foral) han servido de cauce para resolver pacíficamente graves problemas, aludiéndose, sin duda, a los conectados a la situación de separación de hecho de los cónyuges.

En relación con la adecuada organización patrimonial de la situación de separación de hecho de los cónyuges, no dejaron, sin embargo, de plantearse problemas en la práctica, porque la Ley de 2 de mayo de 1975 había dejado intacta la normativa del CC sobre la sociedad de gananciales, como hemos apuntado anteriormente, apareciendo algunos de sus preceptos influenciados por el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (en especial, los relativos al comienzo y a la disolución de la sociedad de gananciales).

El panorama ha variado sustancialmente con la promulgación de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, pues no puede decirse ahora que la separación de hecho sea una situación desconocida para el CC. Por el contrario, la reconoce expresamente en su articulado para conferirle unos determinados efectos jurídicos, y no la tacha en ningún momento de ilícita<sup>222</sup>. Es muy significativo que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, de 14 de septiembre de 1979, se afirme que la circunstancia de ser la sociedad de gananciales el régimen de los matrimonios que conviven en armonía ha conducido a articular un flexible elenco de causas de disolución de la sociedad de gananciales. Éstas, junto con la libertad de otorgar capítulos después de la boda, han de obviar

---

<sup>222</sup> Como puntualiza VALPUESTA «(Los pactos conyugales de separación: historia y presente», cit., pp. 229 y ss.) la separación de hecho sufre una profunda remodelación en orden a su trascendencia jurídica, a causa de las dos leyes recientemente publicadas en materia de Derecho de familia, cuyos puntos de incidencia lo constituyen, de un lado, las reiteradas alusiones legales a la mencionada separación de hecho y, de otro, la concepción de la familia y del matrimonio que se perfila en la nueva legislación.

muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio.

En el ámbito de las relaciones patrimoniales de los esposos, los problemas que derivan de la situación de separación de hecho se solucionan de la mejor manera posible a través de las capitulaciones matrimoniales, adoptando el régimen de separación de bienes y estableciendo, en definitiva, la más absoluta separación de los patrimonios de uno y otro cónyuge, salvo que las circunstancias del caso aconsejen otra solución. Esto es perfectamente válido en virtud de lo que disponen los artículos 1.325 y 1.326 CC. La adopción del régimen de separación de bienes, que además se encuentra en la actualidad ampliamente regulado en el CC (artículos 1.435 a 1.444), va a determinar la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales o del régimen de participación (artículos 1.392 y 1.415). Se podrá proceder de inmediato a la liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación, si bien, como ya dijimos, el artículo 1.396 no establece que haya de procederse a su liquidación imperativamente. En tanto que no se proceda a la misma, se estará ante un patrimonio consorcial no liquidado, conjugado con el régimen de separación de bienes.

En la escritura de capitulaciones matrimoniales pueden figurar, y de hecho figuran casi siempre, pactos referentes a los alimentos, al domicilio, al cuidado de los hijos y otros aspectos referentes a la separación personal de los cónyuges. El artículo 1.325 dispone que «en las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualesquiera disposiciones por razón del mismo». Según Martín Gancedo<sup>223</sup>, el inciso final de este precepto justifica ciertamente que dichos pactos o convenios figuren dentro de las capitulaciones matrimoniales<sup>224</sup>. Sin embargo, Amorós<sup>225</sup> considera que, si bien cabe razonablemente entender que cuando el artículo 1.325 habla de «estipulación por razón del mismo» se está refiriendo a aquellos pactos que se establecen por razón del matrimonio y no sólo vinculados a la disciplina del régimen económico matrimonial<sup>226</sup>, tales estipulaciones han de ser de índole econó-

---

<sup>223</sup> MARTÍN GANCEDO («Algunas consideraciones que plantean las capitulaciones matrimoniales...»), cit., p. 79.

<sup>224</sup> Al lado de las convenciones económico-matrimoniales propiamente dichas, dice GARCÍA CANTERO (en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 331), pueden integrar el contenido de los capítulos declaraciones relacionadas con el matrimonio y con la familia, pero pertenecientes a esferas jurídicas ajenas al régimen económico conyugal.

<sup>225</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., pp. 1522-1523.

<sup>226</sup> La interpretación gramatical, la interpretación sistemática y la interpretación basada en la génesis de la norma justifican esta tesis. En el Proyecto de Ley de



mica, no estrictamente personal. Porque el fin de las capitulaciones es la regulación de los intereses patrimoniales, no personales, de los cónyuges. Y porque su regulación está contenida dentro del Título III, que se refiere al régimen económico matrimonial <sup>227</sup>.

A nuestro juicio, el problema se puede zanjar satisfactoriamente acudiendo a la distinción, señalada por Lacruz <sup>228</sup>, entre *negotium* e *instrumentum*, es decir, la escritura de capitulaciones es un instrumento público que como tal puede tener un contenido muy diverso; además de los pactos, estipulaciones y declaraciones directamente relativos al régimen patrimonial, todos aquellos que puedan constar en escritura pública. Por consiguiente, no cabe duda de que podrán figurar de esta manera los pactos de carácter personal que hemos mencionado.

Teniendo en cuenta una ponencia de la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Barcelona (formada por Beaus, Masoliver, Vallet Mas y Pérez Maynar), Vallet de Goytisoló <sup>229</sup> considera que si bien pueden constar en capitulaciones matrimoniales los pactos que regulen la separación personal de los cónyuges y el cuidado de los hijos, aunque no sean materia propiamente dicha de las capitulaciones, no parece conveniente mezclar en un solo documento los pactos sobre la separación domiciliar de los cónyuges y el cuidado de los hijos con los pactos típicamente capitulares. Varias razones lo justifican: a) inadecuación de la materia; b) delicadeza, para no exhibir la situación de crisis matrimonial; c) prudencia, por si prevaleciera el criterio de la total invalidez del documento de separación, para preservar de toda duda las capitulaciones y para no dejar involucradas en un mismo documento convenciones válidas y otras que no lo son <sup>230</sup>.

---

1979, antecedente inmediato de la Ley de 13 de mayo de 1981, el artículo 1.325 estaba redactado en estos términos: «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros o modificar éstas o el régimen legal». Y añadía a continuación: «Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón de matrimonio».

<sup>227</sup> Tampoco PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 195, nota 8) cree que deba referirse la expresión «disposiciones» a materias ajenas a la economía del matrimonio (cfr., la rúbrica del título en el que el artículo se encuentra) y menos para ver en la expresión una inflexión de la prohibición de pactar sobre materias fuera del comercio (patria potestad, condiciones del matrimonio o del divorcio, etc.).

<sup>228</sup> LACRUZ, *Elementos del Derecho Civil*, IV, cit., p. 347.

<sup>229</sup> VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., p. 277.

<sup>230</sup> Tras las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, ofrece pocas dudas la validez de los pactos sobre separación de domicilios, alimentos (pago de una pensión) y cuidado de los hijos. En este sentido VALPUESTA («Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente», cit. ant.; RUEDA, «Efectos patrimoniales de la separación matrimonial de hecho», *RDN*, 1984, pp. 268 y ss.; Díez-PICAZO, «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, p. 11; VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modi-

La validez de los tan controvertidos pactos de separación de hecho es plenamente reconocida por nuestra jurisprudencia en la actualidad, con independencia de que figuren o no en capitulaciones matrimoniales. Según la importante sentencia del TS de 31 de enero de 1985<sup>231</sup>, no ataca a la moral ni a las buenas costumbres que la esposa, que después formuló demanda de separación perpetua ante el Tribunal Eclesiástico contra su marido, con anterioridad convenga con él una separación extrajudicial y resuelvan provisionalmente sobre la custodia y cuidado de los hijos sin afectar, como su propia conducta revela, a los fines y esencia del vínculo conyugal, y asimismo es perfectamente válida y admisible la escritura de capitulaciones para variar el régimen económico de bienes del matrimonio y tratando de liquidar el extinguido, sin afectar a cuestiones de competencia del Tribunal correspondiente acerca de la separación definitiva o sobre el vínculo.

Hay que observar que, en el caso de la sentencia, los cónyuges litigantes otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales cuyo objeto principal fue sustituir el régimen de gananciales que existía entre ellos por otro de separación de bienes, y en documento privado, con el fin de evitar litigios entre ellos, los mismos cónyuges acuerdan separarse de hecho, y también sobre la situación de los hijos y vivienda familiar en la que había de continuar la esposa con sus tres hijos menores de edad.

Como apuntamos anteriormente, si las capitulaciones matrimoniales son la antesala de la separación o del divorcio no hay obstáculo que oponer a que el texto del convenio regulador (que habitualmente se formaliza en documento separado) se incorpore a la escritura capitular.

De la Cámara<sup>232</sup> afirma que un pacto capitular cuyo objeto sea prever y regular algún efecto consiguiente a la separación o al divorcio tiene, en principio, valor meramente preventivo y sólo estará llamado a surtir efecto si los cónyuges se separan o se divorcian. Mas, si se da esta circunstancia, no hay razón para que el acuerdo carezca de fuerza vinculante; la tendrá en la medida en que la tienen todos los convenios a que alude el artículo 90 y deberá pasar por el tamiz de la homologación judicial, que no puede ser denegada discrecionalmente.

La Ley de 2 de mayo de 1975 se había limitado a ofrecer una vía idónea para que los cónyuges solucionasen amistosamente algunos de los numerosos problemas que surgen cuando el matrimonio está separado de hecho. Si uno de los cónyuges se negaba

---

ficación», cit., pp. 277 y ss.; DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 21 y ss.

<sup>231</sup> Comentada por RUBIO TORRANO, en *CCJC*, 1985, n.º 7, pp. 2357 y ss.

<sup>232</sup> DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 48-49.

a otorgar capitulaciones matrimoniales, no era posible la disolución de la sociedad de gananciales y la adopción del régimen de separación de bienes, salvo que se acudiese a la vía judicial (artículo 73 CC), por ser preciso el acuerdo de los cónyuges para otorgar capitulaciones matrimoniales (artículo 1.320 CC), y tampoco, al faltar la voluntad de uno de los cónyuges, podían solucionarse convencionalmente los restantes problemas que planteaba la situación de separación de hecho.

Como señalamos anteriormente, el panorama ha variado sustancialmente con la promulgación de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, que ofrecen cauces para remediar en buena medida los problemas planteados. Ya no puede decirse que la separación de hecho sea una situación desconocida para el CC. Por el contrario, la reconoce expresamente en su articulado para darle unos determinados efectos jurídicos, y no la tacha en ningún momento de situación ilícita y antijurídica en sí misma <sup>233</sup>.

En el terreno patrimonial, si los cónyuges separados de hecho no se ponen de acuerdo para disolver la sociedad de gananciales o el régimen de participación mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, es posible que uno de los cónyuges pida a la autoridad judicial la extinción de la sociedad de gananciales o del régimen de participación demostrando simplemente que dura la separación de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar (artículo 1.393-3.º CC). Si la autoridad judicial decreta la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación, regirá el régimen de separación de bienes (artículo 1.435-3.º CC) y se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación (artículo 1.396 CC).

De la manera descrita nuestro legislador de 1981 ha abierto un amplio cauce a la posibilidad de la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación a instancia de uno de los cónyuges, existiendo separación de hecho, y cumpliéndose las condiciones del mencionado artículo 1.393-3.º; lo cual parece algo perfectamente justificado, puesto que una distribución igualitaria de los lucros matrimoniales sólo tiene sentido cuando la ganancia es obra de una colaboración entre cónyuges, es decir, cuando hay entre ellos comunidad de vida. Esta norma está cla-

---

<sup>233</sup> Como dice VALPUESTA («Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente», cit., pp. 229 y ss.), la separación de hecho sufre una profunda remodelación en orden a su trascendencia jurídica, a causa de las dos leyes recientemente publicadas en materia de Derecho de familia, cuyos puntos de incidencia lo constituyen, de un lado, las reiteradas alusiones legales a la mencionada separación de hecho y, de otro, la concepción de la familia y el matrimonio que se perfila en la nueva legislación.

ramente relacionada con la propuesta que hiciera Díez-Picazo<sup>234</sup>, que solicitaba una flexibilización de las causas de disolución y que insistía en la idea de que la comunidad de ganancia tiene sentido ligada a la comunidad de vida. Fuera de esta causa, el CC no prevé expresamente otra de disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación por separación de hecho de los cónyuges. Sin embargo, no deja de ser chocante que, por esta vía, un cónyuge que lleva separado largo tiempo del otro, al amparo de la subsistencia (formal) de la sociedad de gananciales, pueda tener derecho a los bienes ganados por su consorte en ese período de separación, en el que no ha existido la comunidad de vida en que se justifica este régimen. Y lo mismo vale para el régimen de participación. Y más chocante aún, si esa separación de hecho no es simplemente un inciso o paréntesis (más o menos dilatado) en la vida de un matrimonio, que concluye con una reconciliación, sino una situación irreversible que perdura hasta la disolución del matrimonio o, al menos, hasta la del régimen. Ante este problema, Morales<sup>235</sup>, después de exponer las raíces históricas en que se funda la base de la comunicación de ganancias propia de ciertos regímenes como el ganancial o el de participación (la vida en común de los cónyuges), pone acertadamente de relieve que la justificación para suspender la comunicación de ventajas durante la separación de hecho podría encontrarse, para el régimen de gananciales, en la quiebra de los presupuestos o razones en que el mismo se basa; razones que presentes en nuestros textos históricos fueron tomadas en cuenta por nuestros autores en el momento inicial del matrimonio, y que, en relación con los momentos posteriores del mismo, no deben encontrar hoy, tras la reforma, los obstáculos que en otro tiempo pudieran existir. Para el régimen de participación valen esas mismas razones, y quizá aún puedan verse reforzadas si tomamos en consideración la propia causa de la estipulación capitular que lo ha establecido.

En todo caso de separación de hecho —y sobre todo en los casos de abandono o en los de separación de hecho consentida— puede ir contra la buena fe o constituir abuso de derecho ejercer el derecho a la comunicación de ganancias: artículo 7.º CC y doctrina de las sentencias del TS de 13 de junio de 1986 (dada en relación con la reclamación de viudedad aragonesa), 17 de

---

<sup>234</sup> Díez-PICAZO, «Capacidad de la mujer casada y economía conyugal (Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio)», *ADC*, 1975, pp. 859 y ss.; *Estudios de Derecho civil*, I, Madrid, 1980, pp. 56 y ss.; *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1785.

<sup>235</sup> MORALES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, pp. 1825-1827, y *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pp. 817-818.

junio de 1988 y 23 de diciembre de 1992 (en relación con la sociedad de gananciales)<sup>236</sup>. Concretamente afirma el TS en la sentencia citada en segundo lugar que, como ya declaró la sentencia de esta Sala de 13 de junio de 1986, cuya doctrina procede reiterar, la libre separación de hecho (aquí mantenida de 1942 a 1977) excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo como propone la recurrente significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.º-1 CC). Debe razonarse con la citada sentencia —con la que concuerda la de 26 noviembre de 1987— que, rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer, reiterado luego al consentir la adopción, no puede ahora reclamar sus derechos pasados más de treinta años, en que se mantuvo en esa situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio convivente), teleológicos y sociales (esto es, la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.º-2 CC.

Según García Urbano<sup>237</sup>, tal vez, *lege ferenda*, convendría incluir la separación prolongada entre las causas de extinción automática del consorcio ganancial.

Se observa que sólo cuando ha transcurrido un año desde que comenzó la separación de hecho puede solicitarse al Juez la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación. Esto determina que, al menos durante este plazo, a pesar de existir separación de hecho tenga que regir necesariamente uno u otro régimen, a no ser que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges acuerden otro régimen (normalmente, el de separación de bienes, que parece el más adecuado en las situaciones de crisis matrimonial). No obstante, el hecho de que la Ley de 13 de mayo de 1981 haya establecido un sistema de administración conjunta de la sociedad de gananciales (artículos 1.375 y ss.), comprendiendo dentro de él las facultades de administración en sentido estricto y de disposición, evita en buena medida el grave problema que existiendo separación de hecho planteaba el anterior sistema, pues la respectiva posición de marido y mujer en la administración

---

<sup>236</sup> En este sentido, PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 139, y MONTÉS, *Derecho de familia*, cit., p. 225.

<sup>237</sup> GARCÍA URBANO, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II, cit., p. 763.

y disposición de los gananciales se encontraba desequilibrada en favor del marido (los antiguos artículos 1.412 y 1.413). La reforma, se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio de 14 de septiembre de 1979, al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la necesidad de agilizar los negocios y operaciones de cada uno de ellos; de impedir el bloqueo de los del uno por el otro, y de salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual. Las formas de legitimación indistinta o individual, a que se alude en esta Exposición de Motivos, para los actos de administración y disposición, contempladas en la normativa del CC (artículos 1.375 a 1.391), son fundamentales para crear una situación patrimonial de cierta flexibilidad, que facilita las actuaciones de los cónyuges separados. Además, cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se negare injustificadamente a ello (lo cual es factible cuando existe separación de hecho), podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición (artículo 1.376). Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente, acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes (artículo 1.377). En relación con las obligaciones contraídas para atender las cargas conyugales, rige la regla del artículo 1.368, según el cual responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales. El artículo 1.388 también contempla expresamente la separación de hecho afirmando que los Tribunales podrán conferir la administración (de los gananciales) a uno solo de los cónyuges cuando hubiere abandono de la familia o existiere separación de hecho.

El deseo de prevenirse del riesgo de los actos dispositivos o gestión patrimonial que entrañen daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad de gananciales, muy a tener en cuenta cuando existe separación de hecho, ha sido acogido en la Ley de 13 de mayo de 1981. Según los artículos 1.390 y 1.391, si como consecuencia de un acto de administración o disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiese éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un

daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto, y cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior, y además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible. Estos artículos se completan con el 1.393-2.º, por cuya virtud se puede pedir al Juez la disolución de la sociedad de gananciales (o del régimen de participación) por venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

El establecimiento de un deber de los cónyuges de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya (artículo 1.383) es una medida prudente de legislador. Ciertamente la separación de hecho implica una grave crisis matrimonial, que puede motivar que uno de los cónyuges lleve a cabo actividades económicas sin dar noticia de ellas al otro. El artículo 1.393-4.º, en clara conexión con el artículo 1.383, dispone que concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales (también el régimen de participación), a petición de uno de los cónyuges, «por incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas».

*B) Modificación en virtud de capitulaciones postnupciales de lo dispuesto en el Código de Comercio sobre la responsabilidad de los bienes del matrimonio por las obligaciones contraídas por el cónyuge comerciante*

Alterando profundamente la situación jurídica de la mujer casada, la Ley de 2 de mayo de 1975 configuró un específico régimen jurídico sobre las facultades de disposición del cónyuge comerciante y la responsabilidad de los bienes conyugales por las obligaciones contraídas por éste a consecuencia del ejercicio del comercio. Este régimen aparece en los artículos 6.º a 12 del Código de Comercio, que no han sido reformados por la Ley de 13 de mayo de 1981. La remisión que hace el artículo 1.365 CC, en su último párrafo, a lo dispuesto en el Código de Comercio parece evidenciar que no han sido derogados los citados preceptos<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> Ello no impide la necesidad de interpretar las normas subsistentes del Código de Comercio ajustadamente a los principios actualmente vigentes en la regulación de la sociedad de gananciales (BLANQUER, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», cit., p. 71, nota 42).

No está claro que los artículos 6.º a 12 del Código mercantil tengan idéntico

La regulación del Código de Comercio puede resumirse de la siguiente manera: Quedan obligados, en primer lugar, los bienes propios del cónyuge comerciante, así como los adquiridos con las resultas del comercio (artículo 6.º). Los demás bienes comunes quedarán obligados cuando exista el consentimiento del otro cónyuge, pudiendo ser este consentimiento expreso o presunto (artículos 6.º, 7.º y 8.º). Los bienes propios del cónyuge del comer-

---

significado al que tenían antes de 1981 (RAGEL, «Ejecución de bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., pp. 124-125).

No es lógico ni conveniente someter a dos disciplinas distintas, desde el punto de vista que proporciona el régimen económico matrimonial, el ejercicio de la profesión propia de uno de los cónyuges (la comercial y todas las demás); sin embargo, ello es obligado a la vista del Derecho positivo, por lo que hay que estudiar separadamente la gestión profesional y la gestión comercial (RAMS, *La sociedad de gananciales*, cit., p. 249). La reforma de la sociedad incide de forma directa sobre la interpretación de los artículos 6.º a 11 del Código de Comercio que requiere una heterointegración a pesar de la incondicionada remisión efectuada por el párrafo final del artículo 1.365... Sería conveniente revisar los artículos 6.º a 11 del Código de Comercio para adaptarlos a las nuevas orientaciones (RAMS, *La sociedad de gananciales*, cit., pp. 348 y 350).

El resultado de la reforma operada no ha sido satisfactorio, en especial si se piensa que los preceptos del Código de Comercio (en particular los artículos 6.º a 12) han de combinarse con los del CC, que ha sufrido posteriormente una profunda modificación en lo relativo al régimen económico matrimonial (SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1992, p. 57).

El propio inciso final del número 2 del artículo 1.365 CC es problemático. Dicho inciso se refiere a la responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones que un cónyuge haya contraído en el ejercicio del comercio. En este punto hay, pues, una remisión clara. Pero no puede echarse en olvido que los artículos 6.º y siguientes del Código de Comercio (en particular el artículo 6.º) abordan dos temas distintos: el concerniente a la responsabilidad de los bienes comunes (además de los privativos) por razón de las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio y, en segundo lugar, el que se refiere a las facultades dispositivas de los cónyuges sobre los bienes adquiridos con las resultas de la explotación mercantil.

Ahora bien, al constituir el objeto del artículo 1.365 (y por consiguiente, el de su inciso final) especial y únicamente el tema de la responsabilidad queda en la penumbra si en lo demás debe aplicarse no ya el artículo 6.º y siguientes del Código de Comercio sin la disciplina civil sobre la administración y disposiciones de los bienes comunes, lo que significaría, por consiguiente, que la Ley de 13 de mayo de 1981 ha derogado el artículo 6.º en cuanto el mismo faculta al cónyuge comerciante para disponer de los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio (DE LA CÁMARA, «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, p. 145).

La poca atención que mereció al legislador de 1981 el supuesto tan frecuente de que uno de los cónyuges, casado bajo el régimen de gananciales, ejerza el comercio y la escueta remisión a las disposiciones del Código de Comercio que luce al final del artículo 1.365 plantea toda una serie de problemas muy serios que hay que considerar con atención, aunque su solución no siempre resulte fácil (un riguroso análisis de estos problemas por DE LA CÁMARA, «Actos de disposición sobre bienes gananciales», cit., pp. 146 y ss., y «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», en *Academia sevillana del notariado*, Madrid, 1989, pp. 289 y ss.



ciente sólo quedarán obligados si el mismo lo consiente de manera expresa en cada caso (artículo 9.º). Es posible revocar libremente el consentimiento anteriormente otorgado (artículo 10) u oponerse para evitar que se produzca el consentimiento presunto, pero la revocación o la oposición, al igual que el consentimiento expreso, tendrán que constar, a efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad (artículo 11). Por último, el artículo 12 establece que lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

Estas reglas, con independencia de otros inconvenientes, parten del presupuesto de la distinción entre bienes propios y bienes comunes, y dentro de éstos, a su vez, entre los adquiridos dentro y fuera de la actividad mercantil, lo que en la práctica resulta muy difícil de probar<sup>239</sup>.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 se explica la *ratio* del artículo 12 del Código de Comercio. Tras declarar que ha de reputarse como norma básica la del artículo 12, pues el pacto es el modo más directo de organizar los propios intereses y la inscripción en el Registro Mercantil la única forma segura de una publicidad general, se dice en aquélla lo siguiente: «No obstante, al llevarse a cabo la reforma ha resultado indispensable contemplar también la hipótesis de que por falta de previsión o de acuerdo no se llegue a una solución convencional hecha pública por el Registro, y como régimen legal supletorio se ha establecido el que reflejan los artículos 4.º a 11, guiados todos del propósito de facilitar el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges, eliminando también aquí el rigor de la vieja regla de la autoridad marital».

Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse durante el matrimonio, con lo cual la libertad de pacto contemplada en el artículo 12 puede hacerse efectiva en virtud de capitulaciones postnupciales. Normalmente será durante el matrimonio cuando se aprecie la conveniencia de alterar, mediante el otorgamiento de capitulaciones, el régimen previsto en los referidos preceptos del Código de Comercio. Existen razones que pueden aconsejarlo: las capitulaciones matrimoniales en que se estipula que todos los bienes comunes quedan sujetos a las resultas de la actividad comercial de un cónyuge pueden ser muy beneficiosas para el desarrollo de la misma, al aumentar las posibilidades de obtención de créditos y ofrecer una mejor garantía a los futuros acreedores del cónyuge comerciante, evitando el delicado problema que sus-

---

<sup>239</sup> SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 58.

cita la prueba de la determinación de los bienes obtenidos de la actividad empresarial por el cónyuge comerciante <sup>240</sup>.

A pesar de la amplitud con que está redactado el artículo 12 del Código de Comercio y de lo afirmado en la mencionada Exposición de Motivos, es preciso cuestionar si el sistema de responsabilidad establecido por el artículo 6.º del Código de Comercio puede ser modificado a través de capitulaciones matrimoniales. Para solucionar este problema es necesario examinar autónomamente una serie de supuestos, en base al posible objeto de las capitulaciones: 1.º Que la responsabilidad por razón de las obligaciones contraídas por el cónyuge comerciante pueda hacerse efectiva sobre todo el patrimonio común; 2.º Que de las obligaciones mercantiles responderán no sólo los bienes comunes, sino también los privativos de los cónyuges; 3.º Que quede excluida la responsabilidad de los bienes comunes (entre los que hay que incluir los adquiridos con el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges), de modo que la responsabilidad por las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio sólo alcance a los bienes privativos de uno o de ambos cónyuges; 4.º Que sólo queden obligados los bienes adquiridos con las resultas del comercio.

A nuestro juicio, ningún obstáculo cabe oponer a la licitud de la primera hipótesis. Según el artículo 6.º del Código de Comercio, «para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». Este consentimiento puede plasmarse en capitulaciones matrimoniales, consintiendo ambos cónyuges. De esta manera los cónyuges no hacen otra cosa que adoptar la solución que, con carácter general, se establece en nuestro CC sobre la responsabilidad de los gananciales por las deudas derivadas del ejercicio ordinario de las pro-

---

<sup>240</sup> Se trata de los beneficios dimanantes de la explotación empresarial, juntamente con los bienes en que tales beneficios se han materializado (PÉREZ-JOFRE, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», *AAMN*, 1987, XXVIII, pp. 210 y ss., que expone las diversas teorías, incliniéndose por la mayoritariamente defendida (DE LA CÁMARA, OLIVENCIA, LACRUZ, GARRIGUES, BROSETA y GARCÍA VILLAVERDE).

Se divide, así, la masa de bienes gananciales, en los ganados con el comercio, gravados con la responsabilidad del mismo, y en los obtenidos de otro modo, libres de tal responsabilidad, considerando ILLESCAS («El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, 1978, pp. 309 y ss.) a los de la primera clase como un «verdadero patrimonio separado», a los que se oponen con toda razón LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 458) y DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-2.º, cit., p. 288). Según SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 57) conviene partir de la idea de que el empresario individual, casado o soltero, no crea un patrimonio mercantil separado que responda exclusivamente de las deudas resultantes del ejercicio de su actividad. A nuestro juicio, no solamente falta la normativa autónoma que le fuera aplicable, sino también los criterios objetivos y subjetivos para una separación fáctica.

fesiones en general (artículo 1.365-2.º CC). Precisamente, lo que hace el artículo 1.365, en su último párrafo, es exceptuar la aplicación del número 2.º del mismo cuando el marido o la mujer fuesen comerciantes, caso en que se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio. No han faltado autores <sup>241</sup> que, con buen criterio, destacan lo difícil que resulta comprender las razones por las que se siguen unos criterios para el ejercicio ordinario de las profesiones en general (artículo 1.365-2.º) y otro para la profesión mercantil <sup>242</sup>. Ante los acreedores mercantiles del cónyuge comerciante sólo responden directamente *ex lege* los bienes gananciales que éste haya adquirido con la explotación de su actividad empresarial (artículo 6.º del Código de Comercio), mientras que si el cónyuge ejerce profesión, arte u oficio, del cumplimiento de las deudas por esta actividad contraídas, responden todos los bienes gananciales del matrimonio (artículo 1.365-2.º CC). Con lo cual, resultan más protegidos y de mejor posición los acreedores civiles del cónyuge que ejerce estas últimas actividades, que los acreedores del que ejerce una actividad empresarial. Y ello porque estos últimos, para contar con la responsabilidad de todos los bienes gananciales, necesitan el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 6.º del Código de Comercio), mientras que aquéllos lo poseen por mandato de la ley (artículo 1.365-2.º CC). Según Díez-Picazo y Gullón <sup>243</sup>, no existe fundamento para mantener un régimen distinto o privilegiado para el comerciante, y aquella remisión (la del artículo 1.365-2.º) parece que se hace pensando en la futura reforma del Código de Comercio.

---

<sup>241</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., pp. 194-195; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1990, p. 81; VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, 1991, p. 114; BLANQUER, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, p. 69; PÉREZ-JOFRE, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», cit., pp. 231-232; GUILARTE GUTIÉRREZ, «Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales», cit., p. 473.

<sup>242</sup> Para ABELLO («Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *RDP*, 1982, p. 808), la razón de esta diferencia de trato se encuentra en que el ejercicio del comercio lleva inherente un riesgo de pérdidas mayor que el ejercicio profesional, ya que en éste la aportación es, principalmente, de trabajo y sólo accesoriamente de capital.

Algunos autores destacan, sin embargo, que el problema es más aparente que real, pues sostienen que la responsabilidad por deudas mercantiles coincide sustancialmente con la derivada del ejercicio de cualquier profesión. El consentimiento tácito del cónyuge no comerciante está formulado en términos tan amplios (ausencia de oposición expresa) que en la práctica también los restantes gananciales estarán obligados a las resultas del ejercicio del comercio (RUEDA y RUEDA, «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *RDP*, 1982, pp. 577-578).

<sup>243</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 195.

En relación con la segunda hipótesis, De la Cámara <sup>244</sup> señala que parece un poco fuerte que el cónyuge del comerciante obligue su patrimonio privativo, sin posibilidad de revocación, a las resultas de la actividad mercantil del otro. No obstante, si se tiene en cuenta que cuando un cónyuge afianza obligaciones del otro, la fianza es irrevocable frente al acreedor o acreedores, el escrúpulo apuntado no tiene carácter decisivo.

A nuestro juicio, ninguna de las limitaciones establecidas en el artículo 1.328 CC se opone a la licitud de este pacto capitular. No puede decirse que el mismo sea limitativo de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge, ni está en contra de la ley o las buenas costumbres, ya que el poder de administración de sus bienes privativos lo sigue teniendo el cónyuge del comerciante y la actividad comercial desarrollada por el otro normalmente será beneficiosa para la familia.

Mayores dudas presenta la licitud de las hipótesis tercera y cuarta. La mayor parte de los autores <sup>245</sup> señala que la seguridad del tráfico y los intereses de terceros exigen que cualesquiera que sean los pactos incluidos en las capitulaciones matrimoniales existan unos bienes que como mínimo queden sujetos en todo caso a las resultas del ejercicio del comercio por el cónyuge comerciante. Y esa es evidentemente la finalidad del artículo 6.º del Código de Comercio: los terceros pueden confiar en que, cualquiera que sea el contenido de las capitulaciones matrimoniales, el cónyuge comerciante responderá de las obligaciones contraídas en su actividad comercial, por lo menos con sus bienes propios y con los que hubiera obtenido por medio de esa actividad. Ciertamente, las normas que establecen la responsabilidad civil de las personas son siempre de derecho necesario por afectar a los terceros, lo cual justifica el carácter imperativo del artículo 6.º, frase primera.

Frente a esta argumentación, sin embargo, podría argüirse la amplia dicción del artículo 12 del Código de Comercio y lo afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de

---

<sup>244</sup> DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1977, pp. 94-95.

<sup>245</sup> TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., p. 1691; OLIVENCIA, «Significado de la reforma del Código de Comercio, en «Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos Civil y de Comercio por la Ley 14/1975 de 2 de mayo», Madrid, 1978, p. 171; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 456; GARRIGUES y BERCOVITZ, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1976, pp. 279 y ss.; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, I, cit., p. 95; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 80-81; GARCÍA VILLAVARDE, «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM*, 1982, p. 524; RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 130; LÓPEZ SÁNCHEZ, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», *RJC*, 1983, p. 599.

1975. Pérez Sanz<sup>246</sup> ha propuesto una solución conciliadora: Cree que Bercovitz está en lo cierto cuando afirma que la seguridad del tráfico y los intereses de terceros, así como la propia mecánica del comercio, exigen que queden, como mínimo, conectados con la actividad mercantil del cónyuge comerciante los bienes adquiridos por medio de esta actividad. Hay que reconocer que el tráfico mercantil actúa más sobre situaciones de hecho que en conexión con el Registro Mercantil. Pero considera que, para no violentar la interpretación de los artículos 6.º y 12 del Código de Comercio, el pacto capitular que nos ocupa es válido *inter partes*, pero no puede oponerse a terceros como contrario a la seguridad y a las singularidades del tráfico mercantil.

Estimamos que es preciso tener en cuenta, ante todo, que el contenido de la Exposición de Motivos, en la que se dice que como régimen legal supletorio se ha establecido el que reflejan los artículos 6.º a 11, no tiene valor vinculante. Por ello no parece excesivamente convincente la argumentación puramente literalista. El artículo 12 no es modelo de formulación de un texto legal: ¿Lo dispuesto en los artículos comprende también el 1.º, que habla de quiénes son comerciantes, o el 4.º, número 2? Todo indica que es preciso examinar cada uno de los artículos anteriores al 12 del Código de Comercio, para apreciar su naturaleza, dispositiva o imperativa, y determinar de esta manera si pueden o no ser modificados en virtud de pacto capitular. Por todo ello, el mínimo de responsabilidad determinado en el artículo 6.º del Código de Comercio, no puede de manera alguna ser excluido o limitado por el carácter marcadamente imperativo que tiene este precepto. La seguridad del tráfico y los intereses de terceros exigen que queden, como mínimo, sujetos a la responsabilidad derivada de la actividad del cónyuge comerciante, los bienes adquiridos por medio de la misma. Por constituir el artículo 6.º una norma que configura la responsabilidad del cónyuge comerciante, el pacto capitular que suprime o disminuye tal responsabilidad estaría en contra de una norma imperativa (de orden público) y sería nulo (artículo 1.328 CC), tanto *inter partes* como frente a terceros, pues la sanción de la nulidad absoluta no autoriza mantener la validez del pacto entre los cónyuges.

En conexión con lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Comercio, no se pone en duda que, además de poderse modificar en puntos concretos, dentro de la sociedad de gananciales, lo establecido en los artículos 6.º a 11<sup>247</sup>, en la medida en que ello

---

<sup>246</sup> PÉREZ SANZ, «La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges», *RDN*, 1976, pp. 243-244.

<sup>247</sup> Al hablar de bienes comunes, el Código de Comercio parte sin duda del supuesto más frecuente de matrimonio sometido al régimen de la sociedad de gananciales (URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1992, p. 159).

sea posible, los cónyuges están facultados para sustituir el régimen de gananciales en virtud de capitulaciones otorgadas constante matrimonio. Lo más frecuente será la adopción del régimen de separación de bienes, que reemplazará al de gananciales, no aplicándose lo previsto en los artículos 6.º a 11 del Código de Comercio <sup>248</sup>, con lo cual, frente a los acreedores futuros del cónyuge comerciante, sólo responderán los bienes propios de éste, quedando a salvo los del otro. Como destaca Montés <sup>249</sup>, uno de los principios en que se apoya el régimen de separación de bienes es el de separación de responsabilidad, totalmente coherente con la naturaleza del régimen de separación <sup>250</sup>.

A nuestro entender, puede ser conveniente que los cónyuges adopten el régimen de separación de bienes cuando el cónyuge comerciante proyecte llevar a cabo actividades mercantiles especialmente arriesgadas. Precisamente, Vallet de Goytisoló <sup>251</sup> señala, como hemos apuntado antes, que una de las causas principales que determina que los cónyuges modifiquen su régimen económico matrimonial es la relativa a la previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales en la actividad de uno de los cónyuges, con el deseo de deslindar responsabilidades y riesgos económicos con el otro, separando sus respectivos patrimonios y liquidando, en su caso, la sociedad conyugal.

También Magariños <sup>252</sup> se refiere al supuesto de que los cónyuges disuelvan la sociedad de gananciales y adopten el régimen de separación de bienes en virtud de capitulaciones matrimoniales para poner a cubierto una parte importante de los bienes del matrimonio cuando uno de ellos es comerciante o está dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico.

Los acreedores futuros del cónyuge comerciante habrán de tener en cuenta el régimen de separación de bienes, si es el que se ha adoptado en capitulaciones matrimoniales, y la aplicación del artículo 1.440 CC (las obligaciones contraídas por cada cónyuge

---

<sup>248</sup> En el régimen de separación de bienes no se produce ninguna peculiaridad por el hecho de que uno de los cónyuges, o ambos, ejerzan el comercio: corresponde a cada uno de los cónyuges la administración, goce y libre disposición de sus bienes (artículo 1.437 CC).

<sup>249</sup> MONTÉS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1946.

<sup>250</sup> Este es el principio que recoge el artículo 1.440 CC, al disponer que las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. No obstante, en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código.

<sup>251</sup> VALLET DE GOYTISOLO, «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», cit., pp. 274-275, y «Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio, en previsión de reveses de fortuna», cit. ant.

<sup>252</sup> MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 47-48.

serán de su exclusiva responsabilidad), en la medida en que éstas le sean oponibles por haberse inscrito en el Registro Mercantil (artículos 12 y 21-9 del Código de Comercio y 92-3.<sup>a</sup> del Reglamento del Registro Mercantil), o por haber tenido conocimiento de su existencia al contratar con el cónyuge comerciante. Nótese que los derechos de crédito habrán sido adquiridos con posterioridad a la adopción del régimen de separación de bienes.

2.<sup>a</sup> *Los cónyuges pueden hacer depender la vigencia del régimen económico matrimonial del cumplimiento de una condición o de la llegada de un término.* Hemos visto que, cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, la mayor parte de la doctrina estimó que la condición y el término no tenían cabida. Tras la reforma de 2 de mayo de 1975, algún autor puso trabas al posible juego de la condición y del término en relación con la vigencia de la sociedad de gananciales. Según García Cantero <sup>253</sup>, al haberse aceptado el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial en el artículo 1.320, no parece haber inconveniente para admitir el término inicial o final, aunque para el primero haya de tenerse en cuenta el artículo 1.393 respecto al régimen legal. No faltaron autores <sup>254</sup>, sin embargo, que se inclinaron resueltamente por el libre juego del término y de la condición, incluso con relación a la sociedad de gananciales, debido a la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de mayo de 1975 y al hecho de que los artículos 1.393 y 1.417 CC debían interpretarse teniendo en cuenta dicha supresión.

Gullón <sup>255</sup> puso de relieve que el libre juego de la condición y del término servirá para evitar una de las quiebras tradicionales de la sociedad de gananciales. Cuando no haya hijos, es justo el temor de un cónyuge de que la mitad de los bienes vayan a la familia política al disolverse el matrimonio por muerte del otro <sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1976, cit., p. 317.

<sup>254</sup> GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, Madrid, 1976, p. 1069, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., p. 84; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., p. 190; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., p. 330; GARRIDO DE PALMA, «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», cit., p. 43; GÓMEZ-FERRER, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», cit., pp. 496-497.

<sup>255</sup> GULLÓN, *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1069, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, cit., pp. 84-85.

<sup>256</sup> Díez-PICAZO («Capacidad de la mujer casada y economía conyugal», cit., pp. 56 y ss.) destaca las estrechas conexiones que el sistema económico conyugal tiene con el mismo sucesorio. Cuando uno de los cónyuges fallece, la mitad de los

Parece que la adición del régimen de la sociedad de gananciales sometido a condición resolutoria (si en X años no hay hijos) o a un término final, es instrumento útil pactando el régimen que ha de sustituir a aquél. Ciertamente, como dicen Gullón<sup>257</sup> y Lacruz<sup>258</sup>, el mismo resultado se logra por la vía de unas capitulaciones matrimoniales. Pero a eso se puede responder observando que acaso no sea ya posible lograr el consentimiento del otro cónyuge, requisito imprescindible, y sí en el inicio de la unión matrimonial, para una condición o un término.

Después de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 se mantiene el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial, permitiéndose plenamente las capitulaciones postnupciales y la modificación o sustitución del régimen legal o convencional. Como hemos evidenciado con amplitud, han sido reformados los artículos 1.393 y 1.417 CC y se contempla en los nuevos artículos 1.345 y 1.392-4.º CC la disolución de la sociedad de gananciales durante el matrimonio si así lo han acordado los cónyuges en capitulaciones y que pueda comenzar a regir durante el matrimonio, al tiempo de pactarse en capitulaciones. Aunque el artículo 1.345 no se refiere expresamente a los supuestos de comienzo de la sociedad de gananciales por el cumplimiento de una condición o la llegada de un término, es indudable que este texto legal abarca a las hipótesis en que los cónyuges hubieran pactado el régimen ganancial sujeto a condición o término suspensivo, que se dan durante el matrimonio. Si entonces por pacto cabe la posibilidad de sustituir el sistema vigente por la sociedad de gananciales, no hay duda de que será válido un pacto por el que se condicione su entrada en juego a una época posterior, al llegar el término o cumplirse la condición<sup>259</sup>.

---

gananciales es de los herederos del otro cónyuge. No se distingue si el matrimonio termina con hijos o si termina sin hijos, cosa que, en cambio, tiene en cuenta previsoramente el Derecho civil de Vizcaya para determinar el tipo de comunidad que se debe considerar existente.

Ha sido llamativo el caso de haber tenido que entregar el viudo a los herederos de la mujer (por ejemplo, los hermanos de ésta) la mitad de lo que se había ganado a lo largo del matrimonio. Y cuando la ganancia se había obtenido poniéndose delante de los cuernos de los toros, como parece que le ocurrió a Lagartijo y a Domingo Ortega, la cosa no es para los interesados muy comprensible.

<sup>257</sup> GULLÓN, *loc cit.*, en nota 255.

<sup>258</sup> LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, 1.ª edición, cit., pp. 330-331, nota 4.

<sup>259</sup> ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, IV, cit., p. 142) apoya, además, esta interpretación en el siguiente argumento: como, por un lado, no hay precepto que lo prohíba, y, por otro, el artículo 1.335 al establecer que la invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas de los contratos, permite afirmar, por analogía, que tales reglas sirven, en principio (y a falta de precepto específico suyo y de inadecuación de la regla de los contratos), para las capitulaciones también en materia de eficacia o ineficacia de éstas, por lo que la entrada en vigor de las capitulaciones puede someterse a condición o término, lo mismo que la cesación de tal vigor.



A una conclusión semejante hay que llegar lógicamente en relación con el artículo 1.392 CC.

El término y la condición caben en relación con cualquier régimen convencional, pues se dan las mismas razones que lo justifican respecto a la sociedad de gananciales.

Ahora bien, a partir de las conclusiones a que hemos llegado, surgen una serie de problemas que es preciso examinar con relación a los diversos tipos de condiciones y términos.

1.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a condición suspensiva.* Hay que cuestionar si el cumplimiento de la condición opera o no con carácter retroactivo. Ya hemos visto cómo esta cuestión fue examinada por la doctrina cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, no existiendo una solución unánimemente aceptada. A nuestro juicio, el artículo 1.120 CC está pensando en las obligaciones de dar, hacer o no hacer. La solución del mismo es lógica (efecto retroactivo de la condición), porque hasta el cumplimiento de la condición hay una mera situación de pendencia. En cambio, las cosas son totalmente diferentes cuando estamos en presencia del caso de capitulaciones matrimoniales en las que se hace depender un régimen económico matrimonial del cumplimiento de una condición. Durante la fase de pendencia existe necesariamente un régimen económico matrimonial que está produciendo efectos. En tanto no se sepa si la condición va a cumplirse o no, el régimen económico matrimonial será el pactado para ese lapso de tiempo, o en defecto de pacto el que la ley señale. No parece, pues, claro que pueda afirmarse el carácter retroactivo de la condición en base al artículo 1.120 CC. Es indudable que esta aplicación sólo podría deberse a la analogía y no es claro que exista identidad de razón (artículo 4.º-1 CC). Tampoco existe analogía respecto a la institución de heredero bajo condición suspensiva, que se regula supletoriamente por las normas establecidas para las obligaciones condicionales (artículo 791 CC). Incluso se señala que para admitir la validez de capitulaciones condiciones puede representar un obstáculo la posible retroactividad de la condición, pero, como observa Lacruz, tanto la capitulación condicional, como la a término, debe suponer un orden sucesivo de regímenes basado en la irretroactividad <sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit. pp. 331.

CÁRCABA (*Las capitulaciones matrimoniales*, cit., p. 38) entiende que debe excluirse el posible efecto retroactivo de las capitulaciones matrimoniales, al modo de las obligaciones condicionales contempladas en el artículo 1.120 CC, pues debido a la naturaleza de las estipulaciones capitulares no se producirá la retroactividad, sino la sucesión de un régimen por otro.

Según PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 197) y MONTÉS (*Derecho de familia*, cit., p. 224), sin norma especial que lo autorice, no cabe que todo el régimen de

Es importante también destacar para justificar aún más, si cabe, nuestra tesis que el CC atiende siempre a las características de la obligación que deriva del negocio celebrado para determinar el alcance de la retroacción de la condición. El principio de retroactividad presenta atenuaciones cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, y, sobre todo, cuando la obligación es de hacer y no hacer, en cuyo caso los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida (artículo 1.120 CC). Este dato normativo explica que sea erróneo afirmar, sin más, que el cumplimiento de la condición opera automáticamente con efectos retroactivos en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales. El CC exige atender al tipo de negocio para precisar si procede la retroactividad cuando se cumple la condición y, en su caso, en qué sentido procede.

Es admisible, sin duda, la estipulación de los esposos en capitulaciones matrimoniales del carácter retroactivo de la condición, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros (artículo 1.317 CC). Si no han dicho nada en las mismas, parece evidente que dado el carácter excepcional de la retroactividad en tal caso, ésta no se producirá. Precisamente, la Compilación de Derecho Civil de Aragón (artículo 26) permite a los cónyuges dar efecto retroactivo al régimen pactado en capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros<sup>261</sup>, y no existen razones que hagan pensar que los cónyuges a quienes se aplique el CC no puedan acordar algo semejante en capitulaciones matrimoniales<sup>262</sup>.

La verificación o no del evento condicional sólo será oponible frente a terceros de buena fe si se ha dado la correspondiente y oportuna publicidad registral (artículo 1.333 CC)<sup>263</sup>.

---

un patrimonio dependa retroactivamente de una condición. Para los terceros el cumplimiento de la condición significará sólo la terminación de un régimen matrimonial y el comienzo de otro distinto (como si en el momento en que se cumple la condición hubiese acuerdo de los cónyuges para el cambio de régimen).

<sup>261</sup> LACRUZ, «Posibilidad de pactar en Aragón la separación de bienes con efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio», *RCDI*, 1961, p. 1037.

LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 428) destaca que el artículo 1.345 CC, a pesar de su acento restrictivo, que no cuadra bien con el talante liberal del conjunto, no excluye la posibilidad de dar efecto retroactivo al régimen pactado en capítulos posmatrimoniales, como se permite en Aragón (artículo 26 de la Compilación).

<sup>262</sup> En este sentido RAMS (*La sociedad de gananciales*, cit., p. 38) considera que puede predicarse, como hipótesis de trabajo, un pacto equivalente en sus efectos al previsto en el artículo 26 de la Compilación de Aragón. A su juicio, la libertad y la mutabilidad de los capítulos matrimoniales hacen posible ese efecto.

<sup>263</sup> AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, cit., pp. 1531-1532; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit., p. 165; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 353; PEÑA, *Derecho de familia*, cit., p. 197; BLASCO, *Derecho de familia*, cit., p. 194; CÁRCABA, *Las capitulaciones matrimoniales*, cit., pp. 37-38.

2.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a condición resolutoria.* Hay que partir de la base de que ha existido un régimen económico matrimonial que ha producido una serie de efectos jurídicos, los cuales han de considerarse consolidados. El artículo 1.123 CC se refiere a las obligaciones de dar, hacer o no hacer, lo que no tiene mucho que ver con el problema que examinamos. El cumplimiento de la condición resolutoria determinará la extinción del régimen económico matrimonial vigente y su sustitución por el convenido por los cónyuges o por el régimen de separación de bienes si no se ha convenido ninguno y regía la sociedad de gananciales o el régimen de participación (artículo 1.435-3.º CC); si el régimen es atípico o es el de separación de bienes, regirá en tal caso el de la sociedad de gananciales por ser el régimen legal supletorio en el CC (artículo 1.316).

3.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a una condición imposible, contraria a las buenas costumbres o ilícita.* En relación con las obligaciones de dar, hacer o no hacer, el artículo 1.116 CC dispone que se anulará la obligación que de ellas dependa. Respecto al problema que examinamos, hay que afirmar la plena validez del régimen económico matrimonial que está vigente y se tiene por no puesta la estipulación capitular en la que se establece la condición ilícita, imposible o contraria a las buenas costumbres. Esta es la solución que además establece nuestro CC al disciplinar la institución de heredero bajo condición (artículo 792).

4.º *Sometimiento del régimen económico matrimonial a un término inicial o final.* El término inicial marcará el comienzo del nuevo régimen económico matrimonial o de la modificación establecida; el término final determinará la extinción de un determinado régimen económico matrimonial o de determinadas reglas del régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges.

En las capitulaciones matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial que sustituye al anterior por la llegada del término. Si no se ha establecido nada al respecto y el régimen que se tiene es el de la sociedad de gananciales o el de participación, regirá el de separación de bienes (artículo 1.435-3.º CC); si el régimen es atípico o el de separación de bienes, regirá en tal caso la sociedad de gananciales por ser el régimen legal supletorio en el CC (artículo 1.316).

3.ª *La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determina que haya desaparecido el principal argumento alegado para impedir que los cónyuges que cambian la vecindad civil puedan modificar el régimen económico matrimonial en capitulaciones de acuerdo con la nueva ley personal.* Como ya hemos expuesto, el TS, en sentencia de 18 de noviembre de 1964, entendió la inmutabilidad del régimen económico matrimonial no sólo respecto al tiempo, sino también res-

pecto del espacio. El principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial se aplicó con enorme amplitud. Sin embargo, una cosa era que el cambio de vecindad por sí solo no afectase al régimen económico matrimonial y otra muy distinta que los cónyuges, que ganan la vecindad de una región cuya legislación permite las capitulaciones postnupciales, no pudiesen modificar válidamente su régimen económico matrimonial.

La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de mayo de 1975 ha motivado que la doctrina de la citada sentencia del TS, ampliamente criticada por la doctrina, no tenga ya sentido. Además, el problema ha sido solucionado satisfactoriamente por el nuevo Título Preliminar del CC. El artículo 9.º-3, nuevamente redactado por la Ley de 15 de octubre de 1990, dispone que «los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento»<sup>264</sup>.

La DGRN confirmó esta solución en la resolución de 6 de mayo de 1977, al permitir que los cónyuges que hubiesen perdido su vecindad civil del Infanzonado de Vizcaya y adquirido nueva vecindad en las villas, o en cualquier otro territorio español, puedan válidamente alterar mediante capitulaciones su primitivo régimen económico matrimonial, al permitirlo entonces su nueva ley personal (artículo 16-1) en relación con el 9.º-3)<sup>265</sup>.

En otro sentido, se plantea también la cuestión de determinar si el cambio de vecindad comporta automáticamente una modificación del antiguo régimen de bienes, que pasaría a determinarse por la nueva ley personal a partir del cambio de regionalidad. La sentencia del TS de 29 de octubre de 1955 resolvió esta cuestión en sentido negativo, con acertado criterio, pues, como señalan Puig Ferriol y Roca Trías<sup>266</sup>, el régimen económico matrimonial afecta por igual a ambos cónyuges, y sería ciertamente poco oportuno establecer una modificación del régimen de bienes por el

---

<sup>264</sup> Sobre esta norma, AMORES CONRADI, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1991, pp. 81 y ss.

<sup>265</sup> Con anterioridad a la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, GULLÓN (*Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., pp. 1067-1068, y «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, cit., pp. 82-83) decía con toda razón que el legislador de 1975 no se apercibió —según se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975— de que a la regla de la mutabilidad que consagra le obligaba moralmente el nuevo Título Preliminar del CC (artículos 9.º-3 y 16-1 del mismo).

<sup>266</sup> PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña, II, Derecho familiar catalán*, Barcelona, 1979, p. 460.

simple hecho de haberse producido en la familia un cambio de regionalidad, que acaso pudiera ser provocado por una decisión unilateral y abusiva del marido.

4.<sup>a</sup> *La renuncia a los gananciales constante matrimonio.* Después de la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975, Garrido de Palma<sup>267</sup> admitió que cualquier cónyuge, constante matrimonio, podía renunciar a la sociedad de gananciales, desistiendo de ella unilateralmente, provocando así su disolución y recobrando su autonomía patrimonial, por entender que, tras la reforma, la sociedad de gananciales ya no es inmutable, ni el número de causas de disolución de la misma del artículo 1.417 constituye un *numerus clausus*, puesto que la sociedad de gananciales puede disolverse si así se pacta en capitulaciones matrimoniales constante matrimonio.

La mencionada resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 1978 destacó que la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la Ley de 2 de mayo de 1975 afectaba a una serie de preceptos, entre los que se encontraba el artículo 1.394 CC (renuncia a la sociedad de gananciales).

Frente a esta postura había estimado con anterioridad García Cantero<sup>268</sup> que la renuncia a la sociedad de gananciales no había quedado afectada directamente por la reforma del artículo 1.320, pues éste exige el común acuerdo de los cónyuges y el 1.394 sólo contempla la renuncia unilateral de uno de los cónyuges.

Comentando críticamente la opinión de Garrido de Palma, otro Notario, Campo Villegas<sup>269</sup>, consideró totalmente inviable la tesis de este autor, puesto que deja a la voluntad unilateral de un esposo la subsistencia del régimen económico de gananciales, bastando su renuncia para que aquél quede disuelto, lo que acarrearía su transformación en otro de separación de bienes, fenómeno éste que sólo cabe por el consenso de ambos cónyuges o por resolución judicial; pero en modo alguno por el mero arbitrio de uno de ellos. Muchas vacilaciones y extravíos que la doctrina ha sufrido en torno al tema de la renuncia de la sociedad de gananciales, al interpretar el alcance de los artículos 1.364, 1.394 y 1.418, derivan, en buena parte, de no tener presente que la expresión *sociedad de gananciales* es usada frecuentemente tanto por la ley como por la jurisprudencia o por los autores en el doble sentido de régimen económico y en el de patrimonio. Pues bien, cuando se

---

<sup>267</sup> GARRIDO DE PALMA, «Las capitulaciones y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», cit., pp. 44 y ss.

<sup>268</sup> GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1976, p. 354.

<sup>269</sup> CAMPO VILLEGAS, «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes, cit., pp. 274-275 y nota 5.

emplee el término sociedad de gananciales como régimen económico o estatuto matrimonial, es impensable admitir su renuncia o derogación por voluntad unilateral. Únicamente cuando por sociedad de gananciales estamos refiriéndonos al patrimonio ganancial, podremos comenzar a investigar en qué supuestos cabe su renuncia. Con cuya distinción el problema queda simplificado, puesto que si sólo cabe renunciar al patrimonio ganancial sin que ello implique alteración del régimen o estatuto, es visto que únicamente cabrá aquella renuncia cuando ya no exista ese régimen: es decir, cuando el mismo se haya extinguido o resuelto.

Hay que destacar que, tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, han sido reformados los citados artículos 1.364, 1.394 y 1.418 CC. Tan sólo se mantiene el artículo 1.280-4.º, a cuyo tenor «deberá constar en documento público la renuncia de los derechos de la sociedad conyugal». No parece, pues, que actualmente un cónyuge pueda extinguir el régimen de la sociedad de gananciales renunciando unilateralmente a él. La disolución de la sociedad de gananciales se produce por las causas establecidas en los artículos 1.392, 1.393 y 1.373 y concordantes del CC. No cabe ya, como puntualiza Montés<sup>270</sup>, la renuncia que antes establecía el viejo artículo 1.394, involucrando la renuncia al régimen legal y a los gananciales obtenidos. En este sentido, Díez-Picazo<sup>271</sup> señala que la renuncia de la sociedad de gananciales no aparece ahora regulada, y dada la configuración comunitaria que este régimen económico conyugal recibe, no resulta fácil de concebir. Será posible la renuncia a recibir la parte de gananciales. Podrá darse la acción pauliana en caso de que se produzca fraude. Según Ragel<sup>272</sup>, de la redacción actual del Código se infiere que no cabe renunciar a las consecuencias o efectos de la sociedad de gananciales. No obstante, de la mención que contiene el apartado 4.º del artículo 1.280 CC se deduce que es válida la renuncia a los derechos de la sociedad conyugal, es decir, al remanente líquido que resulte después de haber pagado los débitos de la comunidad.

Ciertamente, en el artículo 1.393 se contemplan casos de disolución de la sociedad de gananciales a instancia de uno de los cónyuges, pero en modo alguno estamos en presencia de supuestos semejantes al de la renuncia a la sociedad de gananciales. En el artículo 1.393 se autoriza al cónyuge a que, basándose en alguno de los casos enumerados en este precepto, pueda pedir el cese de la sociedad de gananciales, siendo el Juez el que, previo examen

---

<sup>270</sup> MONTÉS (*Derecho de familia*, cit., pp. 224-225).

<sup>271</sup> Díez-Picazo, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), II, Madrid, 1984, p. 1798.

<sup>272</sup> RAGEL, «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», cit., p. 233.

de la causa correspondiente, pronuncia su disolución. Como se ve, esto es algo totalmente diferente a la renuncia a la sociedad de gananciales.

Magariños <sup>273</sup> entiende que hoy sólo se podrá hablar, aunque de modo impropio e incorrecto, de renuncia a la sociedad de gananciales para referirse a la exclusión o eliminación del régimen de gananciales, que sería el caso contemplado en el artículo 1.435-3.º CC: «Existirá entre los cónyuges separación de bienes cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones que no registrá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes». Es claro que este supuesto no tiene nada que ver con la renuncia a la sociedad de gananciales, sino que su finalidad es configurar el régimen de separación de bienes como supletorio de segundo grado, toda vez que el de gananciales es el régimen supletorio de primer grado (artículo 1.316 CC).

Nada se opone a la renuncia unilateral de uno de los cónyuges a recibir los gananciales resultantes después de la disolución de la sociedad de gananciales, que se produce, como vimos, cuando los cónyuges han convenido un nuevo régimen económico matrimonial o se ha cumplido el término o la condición de que dependía la vigencia de la sociedad de gananciales, y, en general, por cualquiera de las causas establecidas en los artículos 1.392 y 1.393 CC.

El texto de los artículos 1.280-4.º y 1.323 CC despeja cualquier tipo de duda que pudiera albergarse sobre la validez de semejante renuncia. En el primero de ellos se dispone que la renuncia de los *derechos* de la sociedad conyugal debe constar en documento público. En el segundo se establece que el marido y la mujer podrán transmitirse por *cualquier título* bienes y derechos.

Los efectos de la renuncia de los gananciales se traducirán en privar al cónyuge que la haga de las ganancias obtenidas en la sociedad, conservando, como es natural, el derecho al capital aportado, y sin que la renuncia por parte de uno cualquiera de los cónyuges pueda eximirle de las responsabilidades provenientes de su administración y, por ende, del pago de las deudas de la sociedad conyugal <sup>274</sup>.

El único problema se planteará cuando la renuncia perjudique a los acreedores del cónyuge renunciante o a sus legitimarios, en cuyo caso éstos dispondrán de las acciones correspondientes para impugnar la renuncia <sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> MAGARIÑOS, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., p. 191.

<sup>274</sup> GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 396.

<sup>275</sup> MAGARIÑOS («Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», cit., pp. 191-192) echa de

Tampoco existen problemas para admitir la renuncia al derecho al reembolso que contemplan, en el marco de la sociedad de gananciales, los artículos 1.352, 1.358 y 1.360 CC, por análogas razones y con el citado límite del perjuicio a acreedores y legitimarios.

5.<sup>a</sup> *La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial determina que haya desaparecido uno de los principales argumentos expuestos para negar la posibilidad de la anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y su posible confirmación. También es factible la rescisión de la partición de la sociedad conyugal que ha sido disuelta y liquidada en virtud de capitulaciones postnupciales.* La Ley de 2 de mayo de 1975 suprimió el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, con lo que desapareció uno de los argumentos más importantes en que se apoyó un sector de la doctrina para negar que las capitulaciones matrimoniales pudiesen ser anuladas y, en su caso, confirmadas constante matrimonio. En este sentido, Gullón <sup>276</sup> manifestó que cabía la aplicación, con carácter general, de la confirmación sanatoria en capitulaciones matrimoniales, demostrándolo la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, en cuyo apartado IV se contempla la hipótesis de unas otorgadas con la voluntad viciada y expresa el legislador que esta situación se corrige «acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad de los contratos». En otras palabras, que habrá que estar a lo que se dispone en los artículos 1.300 y siguientes, entre los que se regula la confirmación de esos contratos viciados. Y si ello es así en capitulaciones viciadas porque lo está la voluntad del otorgante, también lo debe ser cuando en él hay una falta de capacidad, como ocurre en las capitulaciones otorgadas por un menor de edad por sí solo.

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha sido todavía más clara, pues manteniendo el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial (artículo 1.326 CC) ha determinado que el artículo 1.335 CC disponga que «la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos». Para comprender la trascendencia de este precepto es suficiente señalar que suministra el criterio básico para configurar el régimen

---

menos una norma que regulase los efectos de semejante renuncia, tanto en relación con el otro cónyuge o sus herederos (acrecimiento), como en relación con los acreedores. Para evitar los efectos perjudiciales de la renuncia bastará acudir a los recursos generales, y concretamente a la acción pauliana, cuyo ejercicio queda facilitado por la presunción de fraude, que deberá aplicarse a todos los actos no onerosos (ex artículo 1.297 CC); o al que ofrece el artículo 6.º-2 CC, en el sentido de que la renuncia sólo será válida en cuanto no perjudique a los acreedores.

<sup>276</sup> GULLÓN, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», cit., pp. 85-86, y *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Tecnos), II, cit., p. 1070.



jurídico de los diversos tipos de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales. Cuando nuestro legislador se refiere en el artículo 1.335 a las reglas generales de los contraros, establece una innovación cargada de sentido y muy conveniente, porque soluciona de una manera muy nítida y tajante algunos de los problemas que, desde el siglo pasado, se planteaban, como el relativo a la admisibilidad de la anulabilidad de las capitulaciones matrimoniales y la posible confirmación de las mismas, que fue negada incluso por el TS (sentencia de 1 de julio de 1955), en línea con el criterio admitido por la jurisprudencia francesa, como expusimos anteriormente.

La sentencia del TS de 9 de septiembre de 1985<sup>277</sup> establece con suma claridad que las capitulaciones otorgadas por los cónyuges con liquidación de la sociedad de gananciales son anulables al existir dolo motivado por maquinaciones insidiosas del marido, sin las cuales la mujer no las hubiera celebrado.

Anteriormente aludimos a la posible rescisión de las capitulaciones matrimoniales y de la partición de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta la remisión que el artículo 1.335 CC hace a las reglas generales de los contratos, aunque no hay que olvidar el carácter subsidiario de la acción rescisoria (artículo 1.294 CC), y la doctrina de la sentencia del TS de 11 de junio de 1983, que afirma que el artículo 1.074 CC, que permite la rescisión de la partición por causa de lesión en más de la cuarta parte, es aplicable a las particiones hereditarias y, por ende, a las de la sociedad conyugal por mandato del artículo 1.291 CC.

6.<sup>a</sup> *La supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha provocado la desaparición de uno de los argumentos principales alegados para poner trabas a la contratación entre cónyuges, sin que ello implique que éstos pueden cambiar o modificar el régimen económico matrimonial incumpliendo los requisitos de fondo y forma que son necesarios para otorgar capitulaciones matrimoniales.* La Ley de 13 de mayo de 1981 ha establecido una norma totalmente permisiva de la contratación entre cónyuges, que según algunos autores<sup>278</sup> es innecesaria de suyo al haberse derogado expresamente las prohibiciones particulares anteriormente vigentes. Hubiese bastado que nuestro legislador suprimiera la concretas prohibiciones. No obstante, dada la larga tradición en contra, tiene razón Albaladejo<sup>279</sup> y La-

---

<sup>277</sup> Comentada por CABANILLAS en *CCJC*, 1985, núm. 9, pp. 2911 y ss.

<sup>278</sup> GARCÍA CANTERO, «Notas sobre el régimen matrimonial primario», *DJ*, 1982, p. 312; GARCÍA CANTERO en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit. p. 357; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., p. 162.

<sup>279</sup> ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, cit., p. 161.

cruz <sup>280</sup> al destacar la oportunidad de la regla que autoriza cualquier contrato entre cónyuges. A tenor del artículo 1.323 CC, «el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos». En evidente concordancia con este precepto legal, enmarcado en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges que aparecía en el primitivo texto del artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, ya que dispone ahora que «el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente» <sup>281</sup>. Lógicamente, uno y otra podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323, el artículo 1.541 preceptúa que «en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta». También parece que no ha de existir dificultad alguna para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (artículo 1.677) <sup>282</sup>. Además de todo ello, el principio que informa al

<sup>280</sup> LACRUZ, *El nuevo Derecho de familia*, II, Madrid, 1981, p. 133.

<sup>281</sup> A pesar de la notable claridad de los artículos 1.323 y 1.458 CC, algunos autores encuentran dificultades para que un cónyuge pueda vender bienes gananciales o comunes al otro, debido a la participación que tanto el cónyuge vendedor como el comprador tienen en cada bien ganancial (AVILA ALVAREZ, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil, *RCDI*, 1981, p. 1387; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, Madrid, 1983, pp. 213-214; CABRERA, «Algunas notas sobre los nuevos artículos 1.315 a 1.324 del Código Civil», *RGLJ*, 1982, p. 147; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de familia*, cit., p. 224).

Con argumentos convincentes, la resolución de la DGRN de 2 de febrero de 1983 no pone trabas a la venta de un bien ganancial concreto a cambio de dinero privativo, sin que sea precisa la liquidación de la sociedad de gananciales. En cambio, esta resolución no considera válida la compraventa entre cónyuges de la hipotética participación que uno de ellos, el vendedor, tiene en un bien ganancial (sobre esta problemática, CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 533 y ss.; DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 172 y ss.; HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 598; ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 267 y ss.

<sup>282</sup> Las resoluciones de la DGRN de 6 y 13 de junio de 1983 así lo han afirmado con carácter general, y han considerado plenamente válidas las sociedades de responsabilidad limitada constituidas por los cónyuges, aunque hayan aportado bienes gananciales, rebatiendo los argumentos alegados en contra de su validez por las precedentes resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 16 de marzo de 1959 y un sector de nuestra doctrina, entre los que se encontraba el de la posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales (sobre estas resoluciones y, en general, sobre la validez de las sociedades entre cónyuges, civiles y mercantiles, CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 563 y ss.; DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», cit., pp. 179 y ss.; HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Mi-*

artículo 1.323 constituye la razón de ser del artículo 1.355, relativo a la atribución voluntaria de ganancialidad<sup>283</sup>, y el artículo 1.324, que permite la confesión de privaticidad de bienes de la sociedad conyugal, tiene pleno sentido en un sistema jurídico donde se permite la libre transmisión de bienes y derechos entre cónyuges por cualquier título<sup>284</sup>.

El nuevo sistema de contratación entre cónyuges es congruente con el de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial, ya que a través de las capitulaciones postnupciales los cónyuges contratan entre sí<sup>285</sup>, siendo significativo que los ordenamientos que tradicionalmente han acogido el criterio de la mutabilidad, como el alemán o el suizo<sup>286</sup>, hayan admitido la plena libertad de contratación entre cónyuges. Indudablemente, los argumentos esgrimidos en contra de la plena libertad de contratación entre cónyuges son análogos a los que tradicionalmente se han defendido para censurar la posibilidad de que los cónyuges pudieran otorgar capitulaciones durante el matrimonio<sup>287</sup>, pues no en vano éstas no dejan de ser un contrato, porque el CC las conceptuaba antes de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 como contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio y en el vigente artículo 1.335 CC se dispone que «la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos»<sup>288</sup>. Con anterioridad a la citada

---

*nisterio de Justicia*, II, cit., p. 598; ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», cit., pp. 284 y ss.

<sup>283</sup> Así lo destaca PEÑA (*Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 667), al decir que la posibilidad del pacto de ganancialidad en el momento de la adquisición de bienes a título oneroso durante el matrimonio es una consecuencia del nuevo régimen de la contratación entre cónyuges: hoy los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (cfr. artículo 1.323).

<sup>284</sup> Como hemos apuntado en otro lugar (CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., p. 558) el artículo 1.324 facilita enormemente la contratación entre cónyuges, porque para probar que es propio el dinero que abona el cónyuge comprador al cónyuge vendedor, o que es propia la cosa que éste vende a aquél, basta la confesión extrajudicial del otro en las condiciones señaladas por dicho precepto, que opera como medio idóneo para desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 CC.

<sup>285</sup> ESPÍN, «La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil», en *El nuevo Derecho de familia español*, Madrid, 1982, p. 18.

<sup>286</sup> CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 537 y ss.

<sup>287</sup> Es lógico por ello que VÁZQUEZ IRUZUBIETA («La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», cit., pp. 950 y ss.) y otros autores que critican duramente el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial acogido en nuestro Derecho, también critiquen la regla contenida en el artículo 1.323 CC, que proclama la plena libertad de contratación entre cónyuges.

<sup>288</sup> La naturaleza contractual de las capitulaciones matrimoniales es afirmada por la mayor parte de los autores: AMORÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* (Tecnos), II, p. 1520; PEÑA, «Acerca del artículo 1.364 del Código Civil (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)», cit., p. 161, y *Derecho de familia*, cit., pp. 190-191; LACRUZ, *Elementos de Derecho*

Ley ya había puesto de relieve la DGRN, en resolución de 23 de julio de 1979<sup>289</sup>, que las innovaciones introducidas por la Ley de 2 de mayo de 1975 obligaban a una profunda modificación del CC, a fin de resolver las evidentes contradicciones que se daban, debidas a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas. Si la prohibición de las donaciones entre cónyuges, cuya nulidad sancionaba el artículo 1.334, había de ser interpretada antes de la reforma de 1975 en sentido estricto, en este momento de transición habrá de serlo habida cuenta que se ha establecido la mutabilidad del régimen económico matrimonial y superados los obstáculos clásicos procedentes de las limitaciones de capacidad que afectaban a la mujer, de la *unitas carnis*, de los influjos o captaciones de voluntad, y de los posibles perjuicios o fraudes a terceros, perjuicio este último que puede conjurarse por los medios ordinarios que el CC establece.

Se aprecia que el artículo 1.323 CC no ha establecido específicamente ningún tipo de límites a la libertad de contratación entre cónyuges. No se admitieron las enmiendas al texto del mismo de algunos diputados en las que tenían en cuenta razones semejantes a las expuestas por la doctrina francesa<sup>290</sup> para justificar los límites legales que establecía el CC francés con anterioridad a la reforma de 23 de diciembre de 1985<sup>291</sup>. El diputado del grupo centrista, señor Díaz Fuentes, propuso en la enmienda 404 el siguiente texto: «El marido y la mujer podrán celebrar contratos entre sí y transmitirse por cualquier título bienes y derechos, siempre que no atenten al estatuto jurídico de los cónyuges o al régimen económico, ni vayan contra el interés de la familia».

El mencionado diputado justificó la enmienda diciendo que el régimen económico matrimonial puede ser alterado por los cónyuges en el curso del matrimonio, pero en tanto no se modifique con las garantías formales y de publicidad prevenidas principalmente en los artículos 1.331, 1.332 y 1.333 del proyecto (relativos al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales) no debe permitirse que resulte contrariado con motivo de contratos ocasionales

---

civil, IV, cit., p. 337; ESPÍN, «La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil», cit., p. 18.

<sup>289</sup> Comentada por CHICO ORTIZ, en *ADC*, 1983, pp. 185 y ss.

<sup>290</sup> CABANILLAS, «La contratación entre cónyuges», cit., pp. 533 y ss.

<sup>291</sup> La Ley francesa de 23 de diciembre de 1985 deroga el artículo 1.595 CC, que restringía la libertad de celebración entre cónyuges del contrato de compraventa; se deroga el límite que el artículo 1.832 imponía a la libertad de constituir una sociedad entre cónyuges. Sin embargo, la reforma de 1985 no ha superado la tradicional regla de la inmutabilidad restringida del régimen económico matrimonial, ni ha suprimido el principio de que toda donación entre cónyuges se entiende revocable en vida del donante (artículo 1.096) (CARRASCO, «La reforma francesa de los regímenes económicos matrimoniales por la Ley de 23 de diciembre de 1985», *ADC*, 1986, pp. 598-599).

entre esposos, porque para ellos, mientras no lo modifiquen, debe ser norma rigurosa, y los terceros tienen legítimo interés a que no lo contraríen de hecho sin observar las especiales prescripciones de dichas normas.

Se señala que la carencia de límites específicos a la contratación entre cónyuges, entre otros peligros, facilita la modificación indirecta del régimen económico matrimonial <sup>292</sup>.

Según De los Mozos <sup>293</sup>, el texto del artículo 1.323 motiva que el contrato será válido; aunque produzca una modificación del régimen económico matrimonial sin observarse lo dispuesto en materia de establecimiento y modificación del mismo (artículos 1.315 y 1.325 CC). Ahora bien, ¿es que en estos casos habrá que considerar que para que el contrato produzca plenos efectos, debe revestir la forma y solemnidad de las capitulaciones? Sin duda que así debiera de haberlo previsto el legislador, completando la escueta fórmula del artículo 1.323, pero de no haberlo hecho, no tenemos más remedio que considerar, cualquiera que sean nuestras preferencias personales, que el contrato produce plena eficacia, si bien le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.317 CC... Confirma esta interpretación el tenor literal del artículo 1.333 CC, que aunque probablemente no tenga la intención que denunciarnos, suministra un apoyo textual a esta interpretación, por cuanto dispone que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se mencionarán no sólo las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, sino también los *pactos*, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio y lo mismo en el Registro de la Propiedad si aquéllos o éstos afectasen a bienes inmuebles.

A nuestro juicio, el régimen económico matrimonial, legal o convencional, no puede ser alterado en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio a través de la vía indirecta de los contratos entre cónyuges, sin cumplir las normas de fondo y forma que son precisas para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales <sup>294</sup>. La razón de esta afirmación se encuentra en que

---

<sup>292</sup> DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 161 y ss.; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, cit., pp. 209-212; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio*, cit., pp. 70 y ss.

<sup>293</sup> DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1.º, cit., pp. 161 y ss.

<sup>294</sup> En el mismo sentido HERRERO GARCÍA (*Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 597) señala que los contratos entre cónyuges no tienen por qué alterar, por principio, el régimen económico matrimonial y en el hipotético caso de que supusieran tal modificación se aplicarían los requisitos que para la validez de las capitulaciones matrimoniales exige el CC.

Según ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Curso de Derecho de familia*, cit., pp. 224-225), las restricciones a la libertad de contratación entre cónyuges se hacen efectivas por

estamos ante la materia propia de las capitulaciones matrimoniales, ya que, como precisa Lacruz<sup>295</sup>, las determinaciones sobre el régimen económico matrimonial pertenecen a la esencia de los capítulos. Tales determinaciones representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges; la economía doméstica y familiar; el reparto de beneficios y pérdidas. En este sentido son sumamente evidentes, según nuestro punto de vista, los artículos 1.315, 1.325, 1.392-4.º y 1.435-2.º y 3.º CC.

Es oportuno destacar, a fin de mostrar con claridad nuestra tesis, que cuando el contrato celebrado por los cónyuges reviste los requisitos de fondo y forma exigidos por el CC para otorgar capitulaciones matrimoniales, en todo lo concerniente al régimen económico matrimonial estaremos ante unas auténticas capitulaciones matrimoniales, pues la naturaleza jurídica del negocio celebrado no depende tanto del nombre que le hayan dado las partes como de su causa<sup>296</sup>, y es evidente que la finalidad de las capitulaciones matrimoniales, en relación con su contenido típico, no es otra que la estipulación, modificación o sustitución de un determinado régimen económico matrimonial, según se desprende del artículo 1.325 CC. En la escritura que documenta a las capitulaciones matrimoniales podrán figurar además otros pactos, como dijimos anteriormente.

---

medios indirectos, entre los que se encuentra la exigencia de modificar el régimen económico en escritura capitular e inscribir la modificación en el Registro Civil.

ECHAVARRÍA («La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», cit., pp. 219 y ss.) se detiene en el examen de la posible modificación que el régimen económico matrimonial puede sufrir con motivo de un contrato interconyugal, eludiendo el otorgamiento de nuevas capitulaciones. Hay que aceptar, por lógico y evidente, que la modificación o cambio del régimen económico matrimonial debe realizarse por medio de una escritura de capitulaciones matrimoniales. Pero sólo es de régimen matrimonial obligatorio lo relativo a la economía doméstica y familiar, pues el resto de posible regulación, si profundizamos, no pertenece al orden familiar, sino a la economía de los cónyuges como personas, que puede discurrir incluso por caminos no matrimoniales. De aquí que el posible contenido de los capítulos modificativos o sustitutorios deba interpretarse restrictivamente. Se puede dar como fórmula generalmente aplicable que, para que un contrato entre cónyuges modifique el régimen económico matrimonial, debe alterar la fórmula o pacto general que anteriormente regulara el levantamiento de las cargas matrimoniales.

Al referirse a las sociedades civiles o mercantiles que los cónyuges pueden constituir entre sí sean o no de responsabilidad limitada, PEÑA (*Derecho de familia*, cit., p. 145, nota 4) considera que no parece adecuado estimar alterados los poderes y las responsabilidades del régimen económico conyugal sin escritura pública y publicidad suficiente.

<sup>295</sup> LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, cit., p. 339.

<sup>296</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 189-190.

NOTA: Encontrándose este estudio en prensa, BELLO JANEIRO ha publicado una amplia monografía, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, en la que, entre otras muchas cuestiones, analiza la problemática del cambio de régimen económico matrimonial.



# EL DERECHO (¿CONSTITUCIONAL?) A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO \*

M.<sup>a</sup> CORONA QUESADA GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona

«¡Jamás! ¡Con tales prendas, yo no paro hasta saber al fin de quién desciendo!... ¡Reviente lo que quiera! Yo estoy firme en dar con mi linaje, por más bajo que venga a resultar» (Sófocles, *Edipo Rey*)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN ALEMANIA. 2.1. Desarrollo doctrinal del derecho a conocer el propio origen biológico. 2.2. Reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico por el *Bundesverfassungsgericht*.—3. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN. 3.1. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. 3.1.1. La dignidad de la persona. 3.1.2. El libre desarrollo de la personalidad. 3.2. Consideración del derecho a conocer el propio origen biológico como derecho de la personalidad.—4. PROYECCIÓN DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN EN DERECHO CIVIL COMÚN Y EN DERECHO CIVIL CATALÁN. 4.1. Determinación jurídica de la filiación conforme a las reglas generales. 4.1.1. En Derecho civil común. 4.1.1.1. Filiación matrimonial. 4.1.1.2. Filiación no matrimonial. 4.1.2. En Derecho civil catalán. 4.1.2.1. Filiación matrimonial. 4.1.2.2. Filiación no matrimonial. 4.1.3. Posible ejercicio de una acción judicial dirigida a la mera investigación de la paternidad. 4.2. Obligación (¿jurídica?) de la madre de revelar la identidad del padre. 4.2.1. Estado de la cuestión en Alemania. 4.2.2. Toma de posición en el Derecho civil

---

\* Trabajo realizado con ayuda del Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada de la Generalitat de Cataluña.



común y en el Derecho civil catalán. 4.3. El derecho a conocer el propio origen biológico en caso de adopción. 4.3.1. Derecho a consultar el Registro civil. 4.3.2. Ejercicio de la acción de reclamación de la filiación. 4.3.2.1. En Derecho comparado. 4.3.2.2. En Derecho civil común. 4.3.2.3. En Derecho civil catalán. 4.4. El derecho a conocer el propio origen biológico en caso de fecundación asistida con gametos de donante. 4.4.1. En Derecho civil común. 4.4.2. En Derecho civil catalán.—5. CONCLUSIÓN. ABREVIATURAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde finales de la década de los años cuarenta, aproximadamente, defienden algunos autores en Alemania que existe un derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular. Frente a la ya vieja y superada máxima *pater semper incertus est* abogan, los que así piensan, por el reconocimiento del por ellos llamado *Recht auf Kenntnis der eigenen (blutmäßigen/genetischen/biologischen) Abstammung*<sup>1</sup>. Posición doctrinal que ha sido fortalecida y corroborada por dos recientes sentencias del *Bundesverfassungsgericht*<sup>2</sup> (Tribunal Constitucional alemán), y que al parecer trascenderá a la ley si se lleva a cabo la reforma del Derecho de filiación que se está preparando en Alemania, por ser, precisamente, la salvaguardia legal del derecho a conocer el propio origen uno de los principales objetivos que con la misma se persigue<sup>3</sup>.

Por ser éste, tema muy sugestivo, de gran interés actual por su trascendencia social y humana, además de jurídica (piénsese en las modernas técnicas de reproducción asistida)<sup>4</sup>, mi propósito es examinar aquí la posibilidad de deducir de nuestra Constitución un derecho de la personalidad a conocer el propio origen y, en su caso, estudiar su proyección en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán (en atención a sus recientes y autónomas leyes, de filiación de 27 de abril de 1991 y de adopción de 30 de diciembre de 1991) en diversos ámbitos.

<sup>1</sup> Vide, GIESEN, «Genetische Abstammung und Recht», *Jz*, 1989, pp. 365 y ss.; DEICHFUß, «Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutmäßigen (genetischen) Abstammung?», *NJW*, 1988, p. 114; y GOTTWALD, «Recht auf Kenntnis der biologischen Abstammung?», *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann*, Frankfurt, 1985, p. 112.

<sup>2</sup> En adelante *BVerfG*.

<sup>3</sup> Consúltese, sobre esto, «Reform des kindschaftsrechts», *FamRZ*, 1993, p. 278.

<sup>4</sup> Según GIESEN, tras una etapa de relativa tranquilidad, las controversias sobre el derecho a conocer la filiación genética han recibido un nuevo impulso en la década de los años ochenta, por los progresos conseguidos en materia de técnicas de reproducción asistida («Genetische Abstammung und Recht», *loc. cit.*, pp. 365 y 366).

Para mejor ilustrar el tema no está de más, como cuestión previa, analizar las razones que han llevado a cierto sector (mayoritario) de la doctrina alemana y al *BVerfG* a configurar el derecho a conocer la verdadera filiación como una concreción del derecho general de la personalidad consagrado en la *Grundgesetz* y derivado de los Arts. 1-I y 2-I de la misma <sup>5</sup>.

## 2. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN ALEMANIA

En la versión originaria del *BGB* la relación jurídica entre un hijo no matrimonial y su padre sólo podía ser alimenticia, sin que entrañara en ningún caso algún otro efecto (padre e hijo no eran siquiera parientes). De ahí que se considerara que una acción de reclamación de la paternidad con efectos frente a todos no era imprescindible. La paternidad sólo podía ser declarada incidentalmente como cuestión previa en el proceso de alimentos <sup>6</sup>.

Un gran impulso recibió el tratamiento jurídico de la filiación en Alemania con la creciente importancia del Derecho público (especialmente del Derecho de la Seguridad Social) y el influjo de la ideología racista del nacionalsocialismo <sup>7</sup>. Para poder distinguir a los sujetos de raza aria (*Arier*) de los que no lo eran (*Blutsfremde*) se creyó conveniente que existiera un proceso de estado en el que la paternidad pudiera ser declarada con efectos frente a todos <sup>8</sup>. El Tribunal Supremo del *Reich* tuvo en cuenta esta demanda y tras alguna demora (en 1939) aplicó analógicamente las reglas de los procesos de estado (§ 640 *ZPO* y ss.) a la acción de declaración de la paternidad (*Abstammungsfeststellungsklage*) <sup>9</sup>. De este modo se empezó a reconocer un derecho del hijo no matrimonial a la declaración de su filiación biológica <sup>10</sup>.

Tras el fin del dominio nacionalsocialista se originó cierta inseguridad acerca de la suerte de la *Abstammungsfeststellungskla-*

---

<sup>5</sup> Destaca por su gran contribución al reconocimiento y consagración en Alemania del derecho general de la personalidad deducido de los arts. 1-I y 2-I GG, la obra de HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Munster/Köln, 1953, *passim*. Véase también PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg, 1991, p. 349.

<sup>6</sup> Consúltese, DEICHFUß, *Abstammungsrecht und Biologie*, Heidelberg, 1991, pp. 7 y 114; BRUNS, «Abstammungsfeststellungsklage», *ZfP*, 1951, p. 109; y FRANK, «Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?», *FamRZ*, 1988, pp. 117 y 118.

<sup>7</sup> *Cfr.* DEICHFUß, *Abstammungsrecht*, cit., p. 114.

<sup>8</sup> Véase, GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 113; y KOCH, «Der Anspruch der Descendenden auf Klärung der genetischen Abstammung - ein Paradigmawechsel im Abstammungsrecht», *FamRZ*, 1990, p. 571.

<sup>9</sup> Consúltese, DEICHFUß, *Abstammungsrecht*, cit., p. 114; FRANK, «Recht auf Kenntnis...», cit., p. 117; BRUNS, *op. loc. cit.*, p. 114; y KOCH, *op. loc. cit.*, p. 571.

<sup>10</sup> *Vide*, GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 113.

ge <sup>11</sup> al presentarse tal acción como *tipisch nationalsozialistisch* <sup>12</sup>. Por eso, en un determinado momento, se sintió la necesidad de desvincular dicha acción de la ideología hasta entonces imperante. A una parte de la doctrina se le ocurrió la idea de fundamentar el especial interés del hijo no matrimonial en la declaración de su filiación en el derecho general de la personalidad <sup>13</sup>.

Un sutil sentimiento del valor de la persona y los importantes progresos de las pruebas biológicas hicieron aparecer la *Abstammungsfeststellungsklage*, tras 1945, como indispensable. Se impuso así dicha acción en la doctrina y también en la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* <sup>14</sup> (Tribunal Supremo Federal alemán). El *BVerfG* confirmó expresamente esta jurisprudencia que fue finalmente acogida por el legislador con la introducción de la acción de estado declarativa de la filiación en 1961 <sup>15</sup> y en la posterior reforma del Derecho de filiación no matrimonial de 1969 <sup>16</sup>.

## 2.1. Desarrollo doctrinal del derecho a conocer el propio origen biológico

En el contexto descrito se fue consolidando en Alemania la idea de que el derecho a conocer la propia filiación es un derecho de la personalidad. Aun no regulado explícitamente y como tal en el *BGB*, ya antes de la entrada en vigor de la *Grundgesetz* entendió algún autor que todo hombre tiene derecho a saber quién es su padre, por ser una cuestión que atañe muy de cerca a la persona, a su personalidad.

Guggemos basó su razonamiento en el artículo 100 de la Constitución bávara de 1946, que es un precepto homólogo al actual art. 1-I GG en el que se reconoce la inviolabilidad de la dignidad de la persona <sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Consúltese, BRUNS, *op. loc. cit.*, sobre todo la p. 114 y ss.; y SCHWAB, «Das rechtliche Interesse bei Erhebung der Abstammungsklage im Statusprozeß», *Ehe und Familie*, 1954, p. 166 y ss.

<sup>12</sup> La expresión es de DEICHFUB, *Abstammungsrecht*, cit., p. 114.

<sup>13</sup> Según DEICHFUB, tal argumentación era atractiva, porque una restauración del especial valor del individuo y de su personalidad tras doce años de *Kollektivismus* podía esperar aprobación (*Abstammungsrecht*, cit., p. 115).

En cambio, opina SMID, que el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) permitió de nuevo la *Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung* no en atención al derecho general de la personalidad, sino por la necesidad de evitar enfermedades hereditarias y relaciones incestuosas («Recht auf Kenntnis der eigenen blutsmäßigen Abstammung?», *JR*, 1990, p. 224).

<sup>14</sup> En lo sucesivo *BGH*.

<sup>15</sup> Véase, KOCH, *op. loc. cit.*, p. 571; y DUNZ, «Das neue Familienrechtsänderungsgesetz», *NJW*, 1961, p. 2140.

<sup>16</sup> *Cfr.* GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 113.

<sup>17</sup> «Die Abstammungsklage des unehelichen Kindes», *NJW*, 1947/48, p. 59.

Neumann Duesberg, vigente ya la *Grundgesetz*, fundamentó este derecho de la personalidad en la analogía existente entre el derecho al conocimiento de la filiación biológica y el derecho al nombre (*Namensrecht des § 12 BGB*)<sup>18</sup>, por ser ambos distintivos individualizadores de la persona<sup>19</sup>.

No obstante, tras el advenimiento de la *Grundgesetz* la mayoría de la doctrina lo incluye en el que denomina «derecho general de la personalidad» que fue estructurado por el *BGH* como cláusula abierta partiendo de los Arts. 1-I y 2-I GG, donde se declara intangible la dignidad del hombre (Art. 1-I GG) y se reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad dentro del marco del orden constitucional, de la ley moral y del respeto debido a los derechos de los demás (Art. 2-I GG)<sup>20</sup>.

La *Grundgesetz* ha sido, pues, en Alemania, la clave de bóveda que ha permitido construir definitivamente el derecho a conocer la filiación biológica, como uno de los particulares derechos de la personalidad, derivado del llamado derecho general de la personalidad<sup>21</sup>. Con tal fundamento afirmaba ya

<sup>18</sup> Vide, HUBMANN, *op. cit.*, pp. 214 y 218.

<sup>19</sup> En un principio así lo entendió NEUMANN-DUESBERG («Die Abstammungsfeststellungsklage», *NJW*, 1950, p. 15; «Anmerkungen zu BGH», *MDR*, 1952, p. 487; «Das Rechtsverhältnis bei der Abstammungsfeststellungsklage», *NJW*, 1955, p. 578). Véase en sentido diferente, BRUNS, *op. loc. cit.*, pp. 121 y 122. Más tarde consideró NEUMANN-DUESBERG (en «Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB», *NJW*, 1957, p. 1342) que el derecho al esclarecimiento de la verdadera filiación es un derecho particular derivado del general derecho de la personalidad protegido constitucionalmente por los arts. 1 y 2 GG. DURIG estima que dada la fuerza llenadora de vacíos del art. 2-I GG para proteger la personalidad, se incluye también en él el derecho a los medios de individualización de la persona, considerando que la *blutmäßige Abstammung* es uno de ellos (*Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, München, 1986, pp. 37 y 39).

<sup>20</sup> Así, NIPPERDEY (en *Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, Tübingen, 1959, p. 591; en «Freie Entfaltung der Persönlichkeit», *Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte*, Bd. IV, 2. Halbband, Berlin, 1962, p. 847; y en «Die Würde des Menschen», *Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte*, Bd. II, 2. Auf., Berlin, 1968, p. 43); KRÜGER (en *Krüger/Breetzke/Nowack, Gleichberechtigungsgesetz Kommentar*, München-Berlin, 1958, p. 153; y en «Uneheliche Kinder», *Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte*, Bd. IV, 1. Halbband, Berlin, 1960, p. 347); KLEINEKE (*Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, pp. 24 y ss.); y los autores que al hablar de la fecundación asistida con gametos de donante se citan en la nota 166.

<sup>21</sup> Sin embargo, también criticaron ya en un principio ciertos autores (en concreto, Bosch, Zippelius y Beitzke) la postura de los que defienden que de los textos legales se puede inferir que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación es un derecho de la personalidad, esgrimiendo argumentos extraídos del *BGB* (KLEINEKE, *op. cit.*, p. 27). Argumentos que han sido, en mi opinión, brillantemente rebatidos por KLEINEKE bajo el razonamiento fundamental de que de los §§ 1594 ss. y 1600 a) ss. *BGB* (donde se regula, respectivamente, la filiación matrimonial y la no matrimonial) no se puede deducir nada contra la admisión como principio de un derecho fundamental al conocimiento de la verdadera filiación, puesto que esos preceptos sólo muestran los límites de ese derecho (*op. cit.*, p. 41).

Nipperdey<sup>22</sup> que tanto los progenitores como el hijo tienen derecho a que se esclarezca la filiación, ya que se trata de una cuestión esencial para su personalidad. De este derecho inherente a la persona surge el derecho de poder reclamar con eficacia *erga omnes*, por vía de la acción de estado, la declaración de la filiación genética, puesto que sólo una semejante manifestación en el proceso de estado puede dar certeza sobre el vínculo biológico.

Se ha sostenido, por una muy autorizada doctrina dentro de la propia Alemania<sup>23</sup>, que este derecho de la personalidad se ve fortalecido, respecto de los hijos no matrimoniales, por el art. 6-V GG («la legislación creará para los hijos ilegítimos las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos») porque, como observa Kleineke, con la determinación del padre se equipara la certeza de la filiación del hijo extramatrimonial a la que tiene el hijo matrimonial sobre la suya, por regla general, ya desde que nace<sup>24</sup>.

Después de Kleineke, cuya obra ha constituido un hito en esta materia<sup>25</sup>, es mayoritaria la doctrina alemana que se pronuncia a favor de la consagración constitucional de un derecho al conocimiento de la verdadera filiación<sup>26</sup>, frente a cierto sector doctrinal reacio que no lo cree procedente o se opone a ello<sup>27</sup>.

Sea como fuere, decisivo ha sido su reciente reconocimiento por el *BVerfG*.

<sup>22</sup> Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 591.

<sup>23</sup> Véase, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 51; y KNÖPFEL, «Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern (§ 1618 a BGB)», *FamRZ*, 1985, p. 563.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 51.

<sup>25</sup> Véase un comentario amplio de la obra de Kleineke en DEICHFUß, *Abstammungsrecht*, cit., pp. 120 y ss.

<sup>26</sup> Como autores más representativos de esta dirección doctrinal cabe citar a COESTER-WALTJEN, «Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *FamRZ*, 1992, p. 372; ENDERS, «Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung», *NJW*, 1989, pp. 881 y ss.; GIESEN, «Genetische Abstammung und Recht», *loc. cit.*, pp. 364 y ss.; MANSEES, «Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft», *NJW*, 1988, pp. 2984 y ss.; y SCHMIDT-DIDCZUHN, «(Verfassungs) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?», *JR*, 1989, pp. 228 y ss.

<sup>27</sup> *Sic*, DEICHFUß, «Recht des Kindes auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pp. 113 y ss., en especial la p. 116; FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pp. 113 y ss.; GOTTWALD, *op. loc. cit.*, pp. 111 y ss., en particular la p. 125; y HASSENSTEIN, «Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung», *FamRZ*, 1988, pp. 120 y ss.

## 2.2. Reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico por el *Bundesverfassungsgericht*

En los últimos tiempos el *BVerfG* en dos sentencias notables, con supuestos de hecho distintos, ha reconocido expresamente que todo hombre tiene un derecho a la aclaración de su procedencia biológica<sup>28</sup>.

En el primer caso, resuelto por la sentencia de 18-1-1988<sup>29</sup>, una hija de treinta años deseaba conocer el nombre de su padre por motivos de índole personal, pero sobre todo económicos, para poder hacer valer sus derechos hereditarios. El *BVerfG* no admitió el recurso planteado ante él por la madre<sup>30</sup> y confirmó la decisión de los Tribunales inferiores<sup>31</sup>, quienes consideraron que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer a través de su madre el nombre de su padre, lo que implica posponer el derecho a la intimidad de la madre dando preferencia al derecho de la personalidad del hijo a conocer su verdadera filiación. Según el *BVerfG* el derecho del hijo no matrimonial a conocer a su padre halla protección en el ámbito del derecho general de la personalidad.

En el segundo caso, decidido por la sentencia de 31-1-1989<sup>32</sup>, un hijo matrimonial mayor de edad impugnó su filiación matrimonial a pesar de que no concurría ninguno de los supuestos previstos legalmente (*cfr.* § 1596 BGB) en los que procede la acción de impugnación<sup>33</sup>. El *BVerfG* declaró inconstitucionales los pre-

---

<sup>28</sup> Aunque ya en otras sentencias anteriores lo había evocado al afirmar que todo hombre tiene un interés jurídico en conocer su filiación genética (*vide*, GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, 1989, pp. 366 y 367).

Según SMID, en la sentencia del *BGH* de 11.11.1981 ya se perfilaban cambios (*op. loc. cit.*, p. 223). Véase una más amplia referencia sobre esta resolución en la nota 107.

<sup>29</sup> *Vide*, *FamRZ*, 1989, p. 147.

<sup>30</sup> Según el § 93 b I Nr. 2 *BVerfGG* puede la Sala, por decisión unánime, rechazar un recurso de inconstitucionalidad, cuando no tiene suficientes perspectivas de éxito (consúltase sobre esto, con referencia a la sentencia de que hablamos, RAMM, «Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht», *NJW*, 1989, p. 1594).

<sup>31</sup> Véase la sentencia del *AmtsG Passau* de 15.7.1987 en *FamRZ*, 1987, p. 1309; y la del *LG Passau* de 26.11.1987, en *FamRZ*, 1988, p. 210.

El *AmtsG Passau* fundó su decisión: en el § 1618 a) BGB («Padres e hijos están obligados a ayudarse y respetarse mutuamente») —por considerar que no es una norma meramente programática, sino que contiene auténticas obligaciones jurídicas exigibles judicialmente en cada caso particular—; en el § 1934 a) y ss. BGB (donde se regulan los derechos hereditarios de los hijos no matrimoniales); y en el art. 6-v GG (véase su contenido en el epígrafe. 2.1.).

Recurrida la sentencia del *AmtsG* por la madre el *LG Passau* se limitó, diciendo poco más, a confirmar la decisión de aquél.

<sup>32</sup> *Vide*, *FamRZ*, 1989, p. 255.

<sup>33</sup> Según el § 1596 BGB, «el hijo puede impugnar su *Ehelichkeit* (matrimonialidad), cuando: 1. El marido ha muerto o ha sido declarado fallecido, sin que el derecho de impugnación según el § 1596 BGB se haya perdido; 2. Ha sido declarado el divorcio, la separación o la nulidad, o cuando el matrimonio desde hace tres años vive

ceptos en que se contienen esos supuestos, por constituir estrechos límites que provocan que al hijo mayor de edad sólo le sea posible aclarar su procedencia genética en casos excepcionales.

En la última sentencia, que parece haber tenido más resonancia que la primera <sup>34</sup>, lo más destacable es la interpretación que el *BVerfG* hace sobre cómo ha de ser entendido el derecho a conocer el origen biológico. Considera que el mismo no concede ningún derecho al suministro efectivo de conocimientos acerca de la propia filiación, sino que sólo procura protección al interesado ante la retención de información (por otras personas) susceptible de ser obtenida. Es decir, no es que en virtud del derecho a conocer el verdadero origen biológico a la persona se le haya de proporcionar información sobre su filiación sin más, sino que tiene derecho a reclamarla sin que proceda una ocultación o reserva de la misma cuando ésta puede ser conseguida <sup>35</sup>. Con esta inteligencia el *BVerfG* no estatuye un derecho absoluto a conocer la ascendencia biológica, sino que estima que también éste, como cualquier otro derecho protegido constitucionalmente, debe tolerar ciertas limitaciones <sup>36</sup>. Relevante en esta sentencia es, además, que el derecho a conocer el propio origen biológico se predica también para los hijos matrimoniales, pues en un principio tan sólo se defendía respecto de los hijos no matrimoniales, por ser los que más dificultades han encontrado siempre para determinar su filiación.

Característica común y decisiva de ambas resoluciones es que el *BVerfG* tomó expresamente en consideración, por primera vez, que todo hombre tiene un derecho a conocer su procedencia biológica <sup>37</sup>.

---

separado y no cabe esperar que la vida matrimonial en común se reanude; 3. La madre se ha casado con el progenitor del hijo; 4. La impugnación a causa de un modo de vivir inmoral o deshonoroso o a causa de un delito del marido contra el hijo está justificada moralmente; 5. La impugnación a causa de una grave enfermedad hereditaria del marido está justificada moralmente. En los casos de los números 1 a 3 el hijo puede impugnar su *Ählichkeit* dentro del plazo de dos años...».

<sup>34</sup> Según GIESEN, el *BVerfG* con la sentencia de 18.1.1988 se encaminó hacia el reconocimiento del derecho a conocer la propia filiación genética, pero no le dio un expreso fundamento hasta la sentencia de 31.1.1989 («Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, 1989, pp. 366 y 367).

Véase, también, SMID, *op. loc. cit.*, p. 224.

<sup>35</sup> Consúltese, sobre esto, GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 368; STARCK, «Anmerkung, Urteil des BVerfG v. 31.1.1989», *Jz*, 1989, p. 339; SMID, *op. loc. cit.*, p. 225; COESTER-WALTJEN, «Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *loc. cit.*, p. 372; RAMM, *op. loc. cit.*, p. 1595; y ENDERS, *op. loc. cit.*, p. 882.

<sup>36</sup> Vide, en particular, ENDERS, *op. loc. cit.*, p. 882; y FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung der Blutsverwandtschaft im deutschen und französischen Familienrecht», *FamRZ*, 1992, p. 1366.

<sup>37</sup> Véase, en sentido crítico, KOCH, *op. loc. cit.*, p. 573; y RAMM, *op. loc. cit.*, p. 1595.

### 3. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

El derecho a conocer la verdadera filiación —y a que ésta se determine jurídicamente (requisito imprescindible para poder exigir a los padres el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos), cuando proceda— está tan ceñido a la persona que, abstractamente considerado, creo que debiera ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad y ser así apreciado en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán, como ya se ha sugerido atinadamente en nuestro país con referencia a uno u otro ordenamiento jurídico <sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Ya SÁNCHEZ ROMÁN escribió en 1898, refiriéndose al derecho de investigar la paternidad: «se trata... de un derecho del hijo, que pertenece a la esfera inmanente de todos los naturales propios de la personalidad, que la ley no debe estorbar en su ejercicio, ni menos desconocer, para acreditar la cualidad de su filiación, que no puede depender de la voluntad exclusiva de los padres otorgarla o negarla» («Derecho de familia», *Estudios de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1898, p. 999).

Sobre este particular dice RIVERO: «en lo que afecta al *status* jurídico del hijo extramatrimonial, a mí no me preocupa tanto que en algún caso se le hayan negado incluso alimentos y sólo se le reconocieran los auxilios necesarios para la subsistencia (caso del hijo ilegítimo no natural antes de la reforma de 1981), o que su legítima o sus derechos sucesorios abintestato sean menores que los del hijo matrimonial; sino el que se le haya limitado e incluso prohibido en no pocos casos el conocer jurídicamente quién era su padre. Yo me he planteado, y he propuesto, que ésta es una cuestión que habría que llevar incluso al terreno de los derechos de la personalidad, y tener una protección y tratamiento a ese nivel. Pienso que el derecho de conocer quiénes son sus progenitores, a quién se debe, para bien o para mal, el estar en este mundo, es un derecho que a nadie le puede ser negado, y más en un país como el nuestro donde el nacimiento en o fuera del matrimonio, el tener padres conocidos o no, está vinculado tan de cerca al honor de la persona y de las familias. Entiendo que el conceder a todo nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres es un derecho que a nadie le puede ser negado; es o debe ser un auténtico derecho de la personalidad, no sólo por su proximidad al honor (aquí, en nuestro país sobre todo, decía), sino *per se*, por el solo hecho de ser traído a este valle de lágrimas sin ser consultado» («La filiación en Cataluña en el momento actual», *Temas de Dret civil català, Quaderns de ciències socials*, núm. 6, 1984, p. 143). Véase también de este autor, «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», *La filiación a finales del siglo XX. II Congreso Mundial Vasco*, Vitoria, 1987, pp. 157 y ss.

VILLANUEVA Y CASTELLANO llegan incluso a afirmar: «no es cuestión baladí este derecho, el saber quién es su padre o su hijo que dentro de los “llamados de la personalidad” debería figurar en lugar de privilegio» («La investigación de la paternidad ante la perspectiva constitucional», *REML*, 1981, p. 8).

Es también muy interesante, el trabajo de ROCA TRÍAS, «Adopción y datos biogénéticos: el proyecto “genoma humano” como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad», Comunicación presentada en la *Reunión internacional sobre el Derecho ante el proyecto genoma humano*, Bilbao, 24-26 mayo 1993, pendiente de publicación (amablemente proporcionado por la autora). En este trabajo se destaca que el derecho a conocer el propio origen tiene ligámenes considerables con otros derechos fundamentales (v. gr., con el derecho a la intimidad y con el respeto a la dignidad de la persona), además de implicaciones sanitarias.



Entiendo que partiendo de determinados preceptos de la Constitución es posible llegar a considerar el derecho al conocimiento del verdadero origen biológico como uno de los llamados derechos de la personalidad.

### 3.1. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad

A la persona, que es centro de todo lo jurídico<sup>39</sup>, se le reconoce por el solo hecho de serlo, un valor: la personalidad<sup>40</sup>. La dignidad de la persona es la faceta estática de esa personalidad, de la que se desprende que todo ser humano, en cuanto tal, merece ser tratado con respeto y deferencia, independientemente de sus méritos y deméritos, e incluso de la forma como se comporte. De ahí que se estime que existen ciertos derechos indeclinables, inviolables, que le son inherentes<sup>41</sup>.

En cambio, el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto faceta dinámica de la misma, lo llega a alcanzar la persona potenciando sus posibilidades de actuación, haciendo valer sus derechos, sobre todo los inviolables, que se consideran inherentes a ella. Sin olvidar que para que el ejercicio de cualquier derecho conduzca al libre desarrollo de la personalidad de un individuo sin impedirsele a otros, debe respetarse la ley y los derechos de los demás (principios negativos), dada la alteridad de las relaciones jurídicas.

A ambos principios —dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad— recurre, en definitiva, la doctrina alemana cuando fundamenta el derecho al conocimiento del verdadero origen biológico en el derecho general de la personalidad, en cuanto deduce éste de esos dos principios de constante referencia<sup>42</sup>. En ellos, como trataré de demostrar, es posible fundamentar también el derecho a conocer el propio origen en nuestro país.

---

<sup>39</sup> Como ya observara con fina intuición HERMOGENIANO en el Digesto *Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...* (D, I, 5, 2) (DE COSSIO, «Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado», RDP, 1942, p. 749).

<sup>40</sup> Según PERLINGIERI, la tutela de la personalidad no debe expresarse *in chiave di diritto della personalità*, sino más bien *di principio, di bene, di valore* en el que se inspira el ordenamiento jurídico. El valor unitario justifica la teoría de las *situazioni giuridiche soggettive* [denominación que da este autor a los llamados derechos de la personalidad] de naturaleza personal, que realizan prevalente y directamente el desarrollo de la personalidad (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, 1984, p. 355).

<sup>41</sup> Como observa MANSEES, la vulneración de la dignidad humana supone que un hombre es tratado como si no fuera tal (*op. loc. cit.*, p. 2985).

<sup>42</sup> Consúltese, HUBMANN, por lo que hace al fundamento del derecho general de la personalidad (*op. cit.*, p. 104).

### 3.1.1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

La dignidad de la persona constituye la esencia del ser humano y comprende: 1.º por una parte, aquello que es atributo propio de su existencia antropológica y le distingue de otros seres vivos; y 2.º, por otra parte, lo que diferencia a cada hombre de los demás, incidiendo, pues, en lo que cada persona es, en su individualidad.

1.º El hombre se diferencia de otros seres vivos en que tiene el control de sí mismo. Sólo él puede dedicarse a la reflexión e introspección. A diferencia de animales y plantas el hombre tiene consciencia de que es un ser histórico, de que posee un pasado, un presente y un futuro. Es el único ser vivo que sabe que debe su existencia a la unión de dos gametos de otros seres como él<sup>43</sup>.

2.º El hombre individualmente considerado se diferencia de los demás por su estructura genética y sus caracteres propios adquiridos durante su desarrollo.

Su historia particular comienza con su generación a partir de la unión de los gametos de sus progenitores. De ahí que es esencial para el hombre, al reflexionar sobre su historia individual, poder hacerlo también sobre la procedencia de su constitución natural, sobre su filiación, en suma<sup>44</sup>. No basta, para que este anhelo humano se vea satisfecho, con tener el mero conocimiento de los datos genéticos sin averiguar de quienes procede la herencia genética que el individuo recibe<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2985; SCHMIDT-DIDCZUHN, *op. loc. cit.*, 1989, p. 229; y STARCK, «1. Teilgutachten Verfassungsrechtliche Probleme», Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, München, 1986, p. 24. véase, en sentido diferente, SMID, *op. loc. cit.*, p. 224.

<sup>44</sup> Explica SCHMIDT-DIDCZUHN que la especial protección de la personalidad humana tiene que ser entendida (en Alemania) como reacción frente a la política racista del tercer Reich, que degradó y convirtió a los hombres en objeto de una ideología. En el ámbito de las SS-Organisation «Lebensborn e V.» fueron sustraídos a sus padres y ocultados en hospicios alemanes un gran número de niños de los países del Este de Europa con el fin de la «Germanisierung». Estos niños que debían ser alemanes, obtuvieron un nuevo nombre y un falso certificado de nacimiento, su filiación fue a conciencia encubierta, ya que debían obtener una nueva identidad. Algunos de estos hombres buscan todavía hoy su verdadera ascendencia. Ante acciones como ésta —observa dicho autor— difícilmente se podría negar que la filiación biológica y su conocimiento pertenece a la esfera de la personalidad (*op. loc. cit.*, p. 230). Véase también GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 368; KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; y BUSSE, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung bei heterologer künstlicher Befruchtung (Samenspende, Eispende, Embryospende)*, Münster, 1988, p. 139.

<sup>45</sup> Así, MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2985; GIESEN, «Genetische Abstammung...» *loc. cit.*, p. 368; y COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme», Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, Bd. I, München, 1986, p. 64.

Véase lo que se dice más adelante en el texto, al hablar de la fecundación asistida con gametos de donante, en el epígrafe 4.4.

Por todo ello, cabe considerar que el derecho a conocer el propio origen forma parte de la dignidad humana <sup>46</sup> y (su ejercicio) contribuye al libre desarrollo de la personalidad.

### 3.1.2. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El libre desarrollo de la personalidad se logra y potencia haciendo valer, sobre todo, los derechos inviolables inherentes a la persona a que alude el art. 10 CE.

La mayoría de la doctrina identifica esos derechos con los llamados «derechos de la personalidad» <sup>47</sup>, puesto que éstos se adquieren en el momento de nacer por el mero hecho de ser persona y se extinguen sólo con la muerte —sin perjuicio de que algunos de ellos prolonguen sus efectos *post mortem*—, constituyendo aquello que no puede faltar sin que la personalidad deje de ser lo que es.

Si nos atenemos a los caracteres propios de los derechos de la personalidad, clásicos ya en la materia, derivados de su peculiar naturaleza, que hace que sean esenciales e inherentes a la persona (y por ello, individuales y privados), además de extrapatrimoniales (lo que comporta su indisponibilidad, irrenunciabilidad, inexpropiabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad) <sup>48</sup>, creo obligado y lógico admitir que estamos ante algo más que un simple

---

<sup>46</sup> Vide, MANSEES, *op. loc. cit.*, pp. 2985 y ss.; SCHMIDT-DIDCZUHN, *op. loc. cit.*, pp. 229 y ss.; y STARCK, «1. Teilgutachten Verfassungsrechtliche Probleme», *Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag*, *loc. cit.*, p. 24.

<sup>47</sup> Advierto que a pesar de que en este trabajo hablaré de «derechos de la personalidad», ello no significa, ni implica, el que esté prejuzgando que son meros derechos subjetivos. Nada más lejos de mi intención. Simplemente utilizaré estos términos por estar comúnmente aceptados.

Tal vez no sería mala idea resolver el problema terminológico con una «logomaquia», cambiando la denominación «derecho de la personalidad», por ejemplo, por la de «derechos de la personalidad», para evitar la confusión de creer que identifico estos «derechos» con los puros «derechos subjetivos»; del mismo modo como don Miguel de Unamuno llamó «novola» a una «novela» que incumplía los cánones clásicos, para sustraerse a la crítica de la doctrina literaria.

Con esto quiero decir que lo que importa son las razones de fondo y no las cuestiones terminológicas que puedan plantearse sobre este tema.

<sup>48</sup> Un estudio amplio de las características de los derechos de la personalidad lo ha hecho en nuestro país BELTRÁN DE HEREDIA, a quien he seguido a efectos de enumerarlos en el texto («Constitución jurídica de los derechos de la personalidad», *Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo de 1976*, Madrid, 1976, pp. 89 y ss.).

Véase también la exposición extensa que de los caracteres de esta categoría jurídica hace DE CUPIS en *I diritti della personalità*, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu y Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1982, pp. 85 y ss.

derecho subjetivo<sup>49</sup>, quizá ante otra figura jurídica más compleja. Cierta doctrina autorizada habla de situación o posición jurídica subjetiva<sup>50</sup> en la que se halla inserto un poder o un derecho subjetivo, que comprende, además, deberes y restricciones respecto de su ejercicio<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Como ha dicho acertadamente RIVERO es en el punto relativo a la naturaleza de los derechos de la personalidad donde se ha producido la mayor polémica, precisamente por la dificultad, en principio, de encasillar esta figura en el marco de los derechos subjetivos, categoría jurídica elaborada fundamentalmente en el ámbito del Derecho patrimonial y para los poderes jurídicos de esta clase («Parte general del Derecho civil», *Lacruz, Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.º, Barcelona, 1983, p. 34).

Ya DE CASTRO resaltó lo inadecuado de aplicar a los llamados derechos de la personalidad el concepto de derechos subjetivos y propuso utilizar como figura central la del bien jurídico, que había sido difundida por la antigua filosofía escolástica, en lugar de la del derecho subjetivo («Los llamados derechos de la personalidad», *ADC*, 1959, p. 1260).

Sin embargo, CASTÁN entendió que «no hay ciertamente razones decisivas para negar la existencia de la categoría jurídica constituida por los derechos subjetivos de la personalidad» («Los derechos de la personalidad», *RGLJ*, 1952, p. 20). Postura que parecen también adoptar: BELTRÁN DE HEREDIA por considerar que existen similitudes suficientes para reconducir los derechos de la personalidad a la categoría de los derechos subjetivos de rango civil, sin perjuicio de innegables especialidades (*op. loc. cit.*, pp. 59 y ss.); HERNÁNDEZ GIL (en torno al discurso de recepción: «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad», *Contestación al discurso de don José Beltrán de Heredia, leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo de 1976*, Madrid, 1976, pp. 123 y ss.); y DE LA VALGOMA («Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», *ADH*, n.º 2, Madrid, 1983, p. 655).

También para DE CUPIS estamos ante derechos subjetivos. Entiende este autor (*op. ult. cit.*, p. 13) que todos los derechos, en cuanto destinados a dar contenido a la personalidad, podrían llamarse «derechos de la personalidad», pero que en el común lenguaje jurídico tal denominación se reserva para aquellos derechos subjetivos, cuya función respecto de la personalidad, se especializa, constituyendo el *minimum* necesario e imprescindible de su contenido.

<sup>50</sup> En esta línea se sitúa PERLINGIERI (*op. ult. cit.*, pp. 354 y ss.) al referirse a los derechos de la personalidad empleando la expresión *situazioni giuridiche soggettive* (*vide, supra*, la nota 40).

<sup>51</sup> Entre la más reciente doctrina española se empieza a cuestionar si estamos ante simples derechos subjetivos. Así CLAVERÍA GOSÁLVEZ tras rebatir (en «Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad», *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 108 y ss.; y en «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo», *ADC*, 1983, pp. 1257 y ss.) los principales argumentos que se han venido esgrimiendo por los autores que sostienen que los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos —por su no tipificación legal, su carencia de objeto y la no existencia de poderes jurídicos efectivos antes o al margen de la violación de los intereses protegidos por ellos—, en un epígrafe que titula «hacia la superación de la fórmula del derecho subjetivo» dice (en «Notas...», *loc. cit.*, p. 115) que «hoy, en Derecho español formalmente vigente, algunos bienes de la personalidad son derechos subjetivos, al menos en cierta medida y en cierto modo. Otros no lo son aún (o no está claro que lo sean). Pero es necesario que todos devengan derechos subjetivos». Sin embargo, líneas más abajo añade: «y, relacionando esto con lo dicho sobre la indisponibilidad, habría que preguntarse: ¿derecho subjetivo, u

Tal conformación de los derechos de la personalidad, en mi opinión, no perturba, sino que más bien potencia, el encomiable y básico principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad.

Los derechos de la personalidad vienen a ser, en consonancia con la configuración de los mismos esbozada, manifestaciones concretas del valor personalidad.

La Constitución, desde una óptica *ius publicista*, dedica gran atención a la persona, lo que denota que el interés en su tutela trasciende de lo estrictamente privado. De nuestra *lex suprema* se colige que el ordenamiento jurídico es uno —aunando normas tanto de Derecho privado como de Derecho público, cuyo tradicional antagonismo deja de tener sentido— y protege a la personalidad de forma más eficaz, global y unitariamente, con independencia de sus manifestaciones específicas, es decir, prescindiendo de que sólo algunos derechos de la personalidad estén expresamente estereotipados, teniendo siempre presente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad<sup>52</sup>. Ésto implica que no es posible limitar el valor de la personalidad y el de su protección a esas manifestaciones típicas —que son expresión concreta del valor genérico personalidad— fraccionando, escindiendo lo que es único y unitario<sup>53</sup>.

---

otra figura más compleja y rica, protectora efectiva del titular que le permita ejercitar pero no renunciar, incluso que le obligue?»; y tras citar a LIDÓN —quien ha escrito recientemente que estos derechos pueden a veces llegar a ser un deber—, se pregunta: «¿no nos hallaremos ante un nuevo modo de situación, o relación jurídica?».

<sup>52</sup> Sostiene NIPPERDEY, en Alemania, que la dignidad del hombre y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, son las partes integrantes de un derecho de la personalidad general, que es garantizado por el ordenamiento jurídico como derecho subjetivo público y privado (*durch die Rechtsordnung als subjektives öffentliches und privates Recht gewährleistet ist*) (Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 581).

<sup>53</sup> En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA (*op. cit.*, pp. 53 y 54).

Dice sobre esto DOGLIOTTI, refiriéndose al Derecho italiano, que los arts. 2 y 3 *Cost.*, con el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo y la garantía del desarrollo de la personalidad, constituyen el primer y más eficaz elemento de protección del individuo. Considerándose, como se ha dicho, en tal sentido, contradictorio e incoherente el fraccionamiento de una noción de la personalidad por su naturaleza única e indivisible, los singulares derechos deberían entenderse referidos a particulares aspectos de un fenómeno más general, más allá de los cuales subsistirían posibilidades infinitas de manifestaciones concretas, seguramente garantizadas como facultad no sólo de preconstituirse una serie de posiciones (y protecciones) por así decirlo, «estáticas» (según el modelo de lo *ius excludendi alios*), sino también de afirmar una libre y «activa» autodeterminación y «expansión», para así afrontar siempre más eficazmente cualquier potencial e inédita agresión u obstáculo interpuesto a la afirmación de la personalidad («I diritti della personalità: questioni e prospettive», *Rasseg. dir. civ.*, 1982, p. 672).

Véase también un tratamiento amplio del tema en PERLINGIERI, *La Personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 12 y ss.

Forzoso es concluir, de acuerdo con lo que llevo dicho, que una cristalización en precisas definiciones jurídicas de los singulares derechos de la personalidad<sup>54</sup> chocaría con la concepción de la personalidad como valor, que varía de acuerdo con las exigencias de la sociedad<sup>55</sup>. Asimismo, una enumeración taxativa de estos derechos que se agotara en ella misma resultaría, sin duda, incompleta y arbitraria y no conforme con las necesidades de la vida inevitablemente mutable<sup>56</sup>. Por eso es más apropiado, evitando todo intento de concreción, y sin perjuicio de que algunos de los denominados derechos de la personalidad se hallen regulados o se regulen en un futuro próximo —lo que a veces es incluso conveniente para ver más nítidamente la filosofía jurídica subyacente en un momento histórico dado<sup>57</sup>— entender que bajo el concepto de derechos de la personalidad podrá y deberá entrar

---

<sup>54</sup> Lo cierto es que cuando se regulan los derechos de la personalidad ya no se intentan definir. Así pasa, por ejemplo, con respecto al derecho al honor. Las legislaciones que lo proclaman y protegen no lo suelen definir. Nuestra ley 1/1982, de 5 de mayo, no lo hace ni siquiera aproximativamente. Tampoco la jurisprudencia ha sido más explícita, lo cual hace pensar, lógicamente, en la gran dificultad de dar una definición mínimamente satisfactoria. En realidad se trata de un concepto conocido por todos pero imposible de incluir en los límites estrechos de cualquier definición (véase, en este sentido, DE LA VALGOMA, *op. loc. cit.*, p. 657).

<sup>55</sup> El estimar que los derechos de la personalidad son derechos inherentes a la persona no autoriza a concebirllos como derechos del individuo considerado abstractamente como mítico hombre natural, aislado de la historia y de la sociedad, pues a través de ellos se pone de relieve la noción que de personalidad se tiene en un determinado tiempo y lugar.

Se ha dicho, y no sin razón, que siendo el Derecho en sus realizaciones positivas un fenómeno histórico, el ordenamiento jurídico de cada época, de cada lugar, se hallará determinado, necesariamente, por la idea que del hombre tenga vigencia en el espacio y en el tiempo en que la norma se produzca. A un cambio del concepto de la personalidad seguirá, por tanto, una transformación del sistema de Derecho (DE COSSIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 749).

Para conocer la evolución del concepto «personalidad» a lo largo de la historia, consúltese DE COSSIO, *op. loc. ult. cit.*, pp. 750 y ss.; y «El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los “estados” en el derecho civil actual», *RDV*, 1943, pp. 1 y ss.

<sup>56</sup> A favor de una lista abierta de derechos de la personalidad se ha pronunciado recientemente CLAVERÍA GOSÁLVEZ («Notas...», *loc. cit.*, p. 105), para quien el derecho al desarrollo de la personalidad podría actuar como válvula de flexibilización. Entendió ya NIPPERDEY (*op. loc. cit.*, p. 584) que los derechos de la personalidad (dadas sus características), se sustraen a una fijación típica, esquemática y casuística.

<sup>57</sup> Como sucede en España con la ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que supone el desarrollo del art. 18 CE. Tiene esta ley, como se ha puesto de manifiesto, «particular trascendencia hoy no sólo por ser la primera de esta clase y regular esos derechos de la personalidad, sino porque en ella podemos ver la mentalidad y filosofía jurídica que subyace en esta materia, ya más allá de la primera regulación constitucional, y de la que cabe inducir unos principios generales del Derecho que ayuden a interpretar otras normas y a colmar las lagunas legales que en este terreno hay todavía, demasiadas por ahora, en espera de que ulteriores leyes continúen desarrollando las previsiones constitucionales, como cabe presumir» (RIVERO, *op. loc. ult. cit.*, p. 32).

toda posición jurídica subjetiva (o interés jurídicamente protegido) dirigida a garantizar la conservación y desarrollo de la personalidad<sup>58</sup>.

Esta construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad halla su apoyo legal en el propio texto de la Constitución, cuyo art. 10 proclama los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad. Pues bien, para hacer efectivo ese libre desarrollo de la personalidad, sin que sea lesionada la dignidad humana, tiene que admitirse que la fórmula constitucional «los derechos inviolables que le son inherentes», recogida en el mismo art. 10, es una cláusula general abierta<sup>59</sup> a través de la cual el ordenamiento tutela a la persona también en hipótesis no típicamente previstas, cuando así lo entiende o exige el sentir social<sup>60</sup>.

Semejante concepción o construcción de los denominados derechos de la personalidad me va a permitir defender y sostener que el derecho al conocimiento y a la determinación de la verdadera filiación es uno de ellos.

<sup>58</sup> En este sentido DOGLIOTTI, *op. loc. cit.*, p. 671.

<sup>59</sup> En Italia, PERLINGIERI excluye cualquier taxatividad o tipicidad de los derechos de la persona por considerar a los arts. 2 y 3-2 de la Constitución italiana —en los que fundamenta tales derechos— como una cláusula abierta (*Il Diritto civile nella legalità costituzionale, cit.*, p. 362).

En el *BGB* alemán se recogieron ciertos derechos de la personalidad, que pronto se mostrarían insuficientes para proteger la personalidad. Por esta causa se levantaron algunas voces exigiendo el reconocimiento de un derecho general de la personalidad, que incluyese todos los intereses dignos de protección de la misma. Un derecho general de la personalidad como el pedido fue negado hasta 1945 por el Tribunal Supremo del *Reich* y por la opinión doctrinal dominante por su amplitud de cláusula general y su indeterminación. El cambio sobrevino tras la segunda guerra mundial por la aspiración de proteger en todos los terrenos los valores de la personalidad que tan cínicamente habían sido despreciados en la guerra. Fue el Tribunal Supremo Federal el que estructuró el derecho general de la personalidad por él introducido en la práctica judicial como cláusula abierta en base a lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la GG [LARENZ, «El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana» (la traducción es de Santos Briz), *RDP*, 1963, pp. 639 y ss.].

<sup>60</sup> En defensa de esta postura podría traerse como argumento de Derecho positivo el criterio hermenéutico básico del art. 3-1 CC que dispone: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social de tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». De otro modo, de entender que la expresión «los derechos inviolables que le son inherentes» del art. 10 CE es una cláusula cerrada (¿con qué contenido en ese caso?) podrían llegar a ser infringidos principios fundamentales recogidos en la Constitución, lo que tendría unas consecuencias opuestas a las pretendidas por el legislador constituyente.

### 3.2. Consideración del derecho a conocer el propio origen biológico como derecho de la personalidad

La aspiración de que en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán se considere que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación es un derecho de la personalidad, no me parece disparatada, sino todo lo contrario, pues le son predicables las características de aquéllos, integrándose su contenido por un poder jurídico, pero también por deberes y por restricciones o límites impuestos a su ejercicio.

De ahí que considere que estamos en presencia de una posición jurídica subjetiva, conforme a la noción bosquejada en el apartado anterior. Diseccionando su contenido se observa que se compone:

1.º En primer lugar del concreto poder jurídico que tiene toda persona para acudir ante los Tribunales bien para reclamar su verdadera filiación, con el fin de que tras su averiguación quede determinada y puedan ser exigidos todos los efectos propios de la misma —personales y patrimoniales—, constituyéndose una situación jurídica nueva; o bien, para impugnar la filiación que ostenta con la idea de investigar y determinar luego la verdadera. De otro lado, en el caso de adopción o de fecundación asistida con aportación de donante, el interesado tiene la facultad de acudir, respectivamente, al Registro civil o al Banco de semen correspondiente y al Registro Nacional de Donantes para recabar información en los términos que veremos.

2.º En segundo lugar, también se integra su contenido por ciertos límites, consistentes: unas veces en el deber de respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como puede ser el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, que también son merecedoras de protección (art. 18 CE y LO 1/1982, de 5 de mayo); y otras veces, en la obligación de observar determinados principios o mandatos legales (como, por ejemplo, el de seguridad jurídica *ex art. 9-3 CE*).

Así, el derecho al conocimiento de la verdadera filiación entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual <sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Como señala MUTSCHLER —refiriéndose al Derecho alemán, siendo válidas sus observaciones respecto del nuestro—, para el hijo está en juego con la determinación de la paternidad no sólo un interés económico, sino también un derecho fundado constitucionalmente a la determinación de su filiación genética, que como parte integrante del derecho de la personalidad general es protegido constitucionalmente por los arts. 1 y 2 GG. El fin del proceso de reclamación de paternidad, es por eso, en todo caso, la averiguación y determinación del verdadero, biológico, padre (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, 2. Halbband, München, 1987, p. 127).



Desde un punto de vista material, porque averiguada la filiación, en general podrá ser determinada y los padres obligados a atender las necesidades inmediatas, vitales y fisiológicas del hijo, y a proporcionarle la instrucción y la base educacional que precise para que sepa desenvolverse en la vida.

Desde un punto de vista espiritual se potencia el libre desarrollo de la personalidad del hijo con el apoyo y afecto del padre, tan importante en ciertas etapas de la vida <sup>62</sup>. O aun no siendo esto posible —por las circunstancias en que se produce la determinación de la paternidad— haciendo que el hijo tenga constancia de su propia identidad <sup>63</sup>.

El conocimiento del propio origen es uno de los elementos más relevantes de identificación de la persona, no sólo porque se puede individualizar a un sujeto sabiendo quiénes son sus progenitores, lo cual comporta una carga genética determinada —de la que hoy se sabe perfectamente que trasciende a lo psicológico y es dato diferenciador respecto de otros individuos—, sino sobre todo porque la constatación jurídica de la filiación implica la atribución de unos apellidos <sup>64</sup>, que son un signo distintivo imprescindible para que la persona pueda moverse y operar en el tráfico jurídico y la manifestación más ostensible del derecho personalísimo a la propia identidad <sup>65</sup>, a lo que hay que añadir la eminente carga emotiva que conlleva el ser portador de los mismos apellidos que los padres, porque supone la adscripción de la persona a una familia, a un concreto árbol genealógico revelador de la ascendencia <sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Sobre esta cuestión resulta interesante la obra de WEBER, «Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes», *Ehe*, 1974, pp. 57 y ss.

<sup>63</sup> Según DE CUPIS, «un elemento importante, bastante útil para la identificación personal, está constituido por la descendencia natural del sujeto, de su generación por obra de determinados individuos, respectivamente padre y madre: relación que se concreta en ser hijo de éstos y que encuentra su expresión en la individualización de los mismos como padre y madre del sujeto (paternidad y maternidad). El sujeto mismo, precisamente, es identificado por su situación de hijo de determinados individuos, que figuran como padre y madre de él: tal indicación constituye la constatación de una fundamental relación natural, que sirve para circunscribir la posición social del sujeto, y contribuye, así, fuertemente a su identificación» (*op. cit.*, p. 405).

<sup>64</sup> Significativo en este sentido es el art. 12 RRC, en cuanto considera que el nombre de los padres es una mención de identidad de la persona.

<sup>65</sup> Al respecto, dice IANNELLI, refiriéndose al ordenamiento jurídico italiano: «se ha admitido que el apellido del padre no constituye un atributo de la personalidad del hijo, su asignación no constituye la satisfacción concreta del derecho (constitucional) a la identidad personal, sino que representa exclusivamente un método para la actuación del derecho (de ahí el art. 7 CC) al uso de un apellido que sirva para distinguir a la persona» («Il diritto all'identità personale e l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori del matrimonio», *Vita notarile*, 1981, p. 474).

<sup>66</sup> Para DE OLIVEIRA, «parece justo decir que el derecho a establecer jurídicamente la paternidad, y la extensión con que la ley admite este derecho, se relaciona con la garantía fundamental a la identidad y a la integridad personal» («O Direito da

Con todo, en ciertos supuestos especiales y por motivos diversos, se producen disfunciones al ser determinada una filiación que no se corresponde con la real. Pienso, al decir esto, en particular, en los casos de adopción y de fecundación asistida con contribución de dador de gametos<sup>67</sup>, en los cuales son los (llamados) padres sociales (y jurídicos) quienes se hacen cargo del hijo y de todo aquello que pudiera éste necesitar.

A mi modo de ver, en esas hipótesis el alcance (que podríamos calificar como normal) del derecho al conocimiento de la verdadera filiación debe ser necesariamente limitado —lo que no ha de extrañar a nadie, pues como cualquier otro derecho no es absoluto— porque el hijo ya tiene otra filiación determinada, que además, generalmente, es la mejor y más conveniente para él<sup>68</sup>.

Con tal planteamiento, me propongo estudiar a continuación cuál es el alcance o proyección (¿igual o diferente?) del derecho a conocer el propio origen biológico en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán.

#### 4. PROYECCIÓN DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN EN DERECHO CIVIL COMÚN Y EN DERECHO CIVIL CATALÁN

En distintos ámbitos se puede examinar el alcance y trascendencia del derecho a conocer el propio origen biológico tanto en el Derecho civil común como en el Derecho civil catalán. En concreto, cuando se determina la filiación según las normas generales, en el caso de adopción y en el de fecundación asistida con gametos de donante. Además, de gran interés será analizar si la madre tiene en ambos sistemas jurídicos la obligación (no sólo moral) de revelar al hijo la identidad de su padre por depender

---

filição na jurisprudência recente», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1983, p. 121). «El derecho a la identidad y a la integridad personal contiene la facultad básica de procurar el reconocimiento público de la “localización social” del individuo; ese lugar, que inviste al ciudadano de un conjunto de derechos y de obligaciones —de un estado jurídico— se expresa casualmente por el nombre y los apellidos de familia» (DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da Paternidade*, Coimbra, 1983, p. 292). Véase también de este mismo autor «Investigação de paternidade ilegítima: Inconstitucionalidade do artigo 1860 do Código Civil», *Rev. Dir. Est. Soc.*, XXIV, núms. 1-2-3 Jan.-Set. 1978, pp. 169 y ss.

<sup>67</sup> Pues también puede producirse dicho tipo de disfunciones cuando la paternidad se determina por cualquiera de los modos de determinación que el ordenamiento jurídico prevé. Así ocurre, por ejemplo, en los llamados reconocimientos de «complicencia». No obstante, en estos supuestos, a diferencia de lo que sucede en los casos de adopción y de fecundación asistida con gametos de donante, se presume que la filiación formal coincide con la real mientras no se demuestre lo contrario.

<sup>68</sup> Cfr. MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2986.

de ello, en muchas ocasiones, el ejercicio del derecho a conocer el propio origen conforme a las reglas generales.

#### 4.1. Determinación jurídica de la filiación conforme a las reglas generales

En atención a que el Derecho civil común y el Derecho civil catalán tienen una diferente regulación de la filiación, será interesante estudiar por separado la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en las reglas generales sobre la filiación de cada uno de estos ordenamientos jurídicos.

##### 4.1.1. EN DERECHO CIVIL COMÚN

La filiación puede ser matrimonial o no matrimonial según estén o no casados los progenitores entre sí. Por operarse, normalmente, la determinación jurídica de ambos tipos de filiación con distintos mecanismos jurídicos y ser diferente el régimen jurídico de las acciones de filiación en uno y otro caso, parece oportuno estudiar primero la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en las normas relativas a la filiación matrimonial y, luego, en las normas que regulan la filiación no matrimonial.

##### 4.1.1.1. *Filiación matrimonial*

La filiación matrimonial se puede y suele determinar mediante la presunción legal de paternidad (casi siempre)<sup>69</sup> o en virtud de sentencia firme (*cf.* art. 115 C.c.)<sup>70</sup>. Ahora bien, en sede de fi-

<sup>69</sup> Y no como dice inexactamente el artículo 115-1 C.c., «por la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de los padres», ya que estas inscripciones, en realidad, sólo aportan datos —sobre la maternidad, y el matrimonio de la madre—, que fundamentan la presunción *pater is est*, de la que en todo caso se deducirá la paternidad.

<sup>70</sup> Respecto de la filiación matrimonial llama la atención que la enumeración del artículo 115 C.c. sea incompleta, pues no se nombra el reconocimiento de ese tipo de filiación, que el propio Código admite desde el momento en que regula su impugnación en el artículo 138 C.c. («los reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio del consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 141»).

En dos casos en que no opera la presunción de paternidad, se puede determinar la filiación matrimonial mediante reconocimiento: cuando el hijo nace después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 118 C.c.); y cuando el hijo nace antes del matrimonio de sus padres (art. 119 C.c.).

El reconocimiento que se recoge en el artículo 117 C.c., creo que no determina *per se* la filiación, sino que tan sólo consolida la presunción *pater is est*, en virtud de la cual sí queda legalmente constatada la paternidad.

liación matrimonial interesa estudiar el alcance del derecho a conocer el propio origen biológico no tanto cuando ésta se determina, sino al pretender su impugnación, porque si se ponen trabas a una acción interpuesta por el hijo con ese fin se dificulta el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico al impedir que, tras las indagaciones pertinentes, se deshaga de una filiación jurídica falsa para adquirir la verdadera. En cambio, cuando de determinar la filiación matrimonial se trata no hay ningún límite que impida el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico. Pues la presunción *pater is est* opera automáticamente al concurrir los requisitos legales que la condicionan y la acción de reclamación puede intentarla el hijo durante toda su vida.

Fue precisamente la resolución de un caso sobre impugnación de la filiación matrimonial, como se recordará, lo que propició que el *BVerfG* se pronunciara expresamente a favor del reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico, por entender que las restrictivas circunstancias previstas en el *BGB* (cfr. § 1596)<sup>71</sup> a partir de las cuales el hijo mayor de edad puede impugnar su filiación paterna matrimonial vulneran su derecho a conocer su ascendencia biológica<sup>72</sup>, porque en la mayor parte de los casos, de atenerse al tenor literal de la ley, la acción de impugnación no será procedente o no prosperará en Alemania<sup>73</sup>.

En nuestro Código civil hay un límite de carácter temporal que se prevé sólo para el supuesto en que exista posesión de estado, pues en otro caso el hijo puede impugnar siempre la paternidad matrimonial. Así, según el art. 137 C.c., la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación o desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal, si fuere menor o incapaz, sin que se condicione su derecho a la concurrencia de determinadas circunstancias, como sucede en el Derecho alemán. Seguramente resultaría crítica-

---

Por ser excepcionales los casos en que se determina la filiación matrimonial mediante reconocimiento, y porque mucho de lo que después se dirá sobre el reconocimiento de filiación no matrimonial es también predicable al de filiación matrimonial, prescindo de hablar aquí de este modo de determinar la filiación matrimonial.

<sup>71</sup> *Vide, supra*, la nota 33.

<sup>72</sup> También ha criticado cierta doctrina alemana que la esposa, conforme al *BGB*, no pueda impugnar la paternidad de su marido. Así se pronuncia, por ejemplo, KRUGER, por entender que a la madre incumbe la obligación de descubrir la verdadera filiación de su hijo, aunque el derecho a la declaración de la filiación biológica, como derecho de la personalidad, sólo corresponde al hijo y no a la madre («Das Ehehlichkeitsanfechtungsrecht der Mutter», *NJW*, 1954, p. 1511).

<sup>73</sup> Este era uno de los argumentos que esgrimía cierta doctrina alemana para negar la existencia en Derecho alemán del derecho a conocer la ascendencia biológica (*sic*, DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 114; GOTTWALD, *op. loc. cit.*, p. 114; y FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 114; *en contra*, MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2986).

ble la brevedad del plazo si no fuera porque se establece para la hipótesis en que el hijo sólo pretende impugnar su filiación paterna matrimonial sin reclamar otra, existiendo posesión de estado.

En efecto, ni siquiera ha lugar a esa restricción temporal si no hay posesión de estado o cuando el hijo al propio tiempo que impugna su filiación reclama otra, porque para ese caso el art. 134 C.c. dispone que «el ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo (legitimado de por vida *ex art.* 132 C.c.) o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria».

Un límite —razonable— con el que puede topar además el derecho a conocer el propio origen biológico en este supuesto, radica en que la filiación que se desee reclamar contradiga otra determinada en virtud de sentencia firme, ya que en ese caso, por razones de seguridad jurídica (que consagra la Constitución en su art. 9-3), no podrá prosperar la acción de reclamación.

Se respeta, pues, ampliamente, el derecho a conocer el propio origen biológico en este ámbito del Derecho común y se le dota de preferencia frente a ciertos principios reputados otrora más valiosos<sup>74</sup>, como la paz de las familias o el mantenimiento a ultranza de la legitimidad de los hijos<sup>75</sup>.

#### 4.1.1.2. *Filiación no matrimonial*

La filiación no matrimonial puede determinarse mediante reconocimiento, resolución recaída en procedimiento registral, o por sentencia firme (*cf.* art. 120 C.c.)<sup>76</sup>.

Cierto es que el reconocimiento en cuanto acto de voluntad puede no responder a la verdadera filiación si un varón reconoce (a sabiendas, confuso o engañado) ser el padre cuando en realidad no lo es.

Con todo, el ordenamiento jurídico prefiere que la filiación no matrimonial se determine mediante reconocimiento —de ahí que el reconocimiento se enumere en el art. 120 C.c. como primer modo de determinación y que sea regulado antes que las acciones de filiación—, porque lo lógico y práctico es propiciar la deter-

<sup>74</sup> El *BVerfG* ha llegado a esta conclusión partiendo de lo que la doctrina alemana califica como *praktischen Konkordanz*, que consiste en hacer una ponderación entre los derechos (o principios) fundamentales en juego para determinar cuál ha de considerarse más valioso (*vide*, SMID, *op. loc. cit.*, p. 222; GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 374; y BUSSE, *op. cit.*, p. 148).

<sup>75</sup> Consúltase sobre esto, RIVERO, *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, 1971, pp. 34 y 411.

<sup>76</sup> La maternidad, además, cuando la misma se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil (art. 120-4.º C.c.). Mas, sobre ello, volveré luego al hablar de la obligación de la madre de revelar la identidad del padre.

minación extrajudicial de la filiación, pues de un lado, la judicial es más complicada y cara (en trámites, energías procesales y dinero) por lo que debe ser evitada siempre que sea posible<sup>77</sup>; y, de otro, cuando se suscita contienda ante los Tribunales, las relaciones entre progenitor e hijo, por resultar forzadas, pierden en espontaneidad, naturalidad y afecto, siendo éste un factor importante para el desarrollo de la personalidad del hijo.

Por todo ello, teniendo en cuenta además los matices humanos y la trascendencia social que tiene la relación paterno-filial, lo mejor es que sólo cuando no sea posible determinar la filiación por cauces extrajudiciales, o se postule que la filiación ya determinada —no judicialmente— no se corresponde con la filiación real, se acuda a la vía judicial para constatar jurídicamente la verdadera.

Las mismas razones de fondo subyacen cuando la filiación se determina mediante resolución recaída en el expediente registral del art. 49 LRC, pues este modo de determinar la filiación no matrimonial, en cuanto depende de la voluntad del progenitor y, en su caso, de otros interesados, bien puede equipararse al reconocimiento aunque formalmente sean distintos.

Justificada la preferencia legal del reconocimiento como modo de determinar la filiación, ello no ha de llevarnos a la conclusión de que con tal planteamiento se desconoce por completo el derecho a conocer el propio origen biológico, pues más bien se trata de compatibilizar así tal derecho con el bien del hijo —esencial principio informador en materia de filiación—. Por eso, si el hijo es mayor de edad se requiere su consentimiento para que el reconocimiento sea eficaz (*cf.* art. 123 C.c.) y si es menor o incapaz el de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (*cf.* art. 124 C.c.).

Cuando se trata de un hijo mayor de edad él mismo antes de consentir el reconocimiento puede hacer valer su derecho a conocer el propio origen biológico averiguando si quien pretende ser su progenitor lo es en realidad. En el supuesto en que el hijo sea menor de edad o incapaz parece que el Juez, para otorgar su consentimiento, ha de tener el convencimiento de que la filiación que está en juego es probablemente la verdadera tras apreciar todas las circunstancias concurrentes<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> *Vide*, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 115.

<sup>78</sup> En sentido diferente se pronuncia FRANK, «Die wissentlich falsche Vaterschaftsanerkennung aus zivil- und strafrechtlicher Sicht», *ZBJugR*, 1972, p. 267.

Para este autor sería contrario a toda lógica que el representante del hijo —por regla general, en Alemania, el curador de oficio (*Amtspfleger*) (*cf.* § 1709 BGB)— hiciera depender el consentimiento al reconocimiento (*cf.* § 1600 d] II BGB) de factores biológicos, sin tomar en consideración el bien del hijo. Desarrolla FRANK esta

En este punto se suscitan dos cuestiones que afectan de lleno al derecho a conocer el propio origen biológico: 1.<sup>a</sup> ¿qué ocurre si el Juez no presta el consentimiento requerido para que el reconocimiento sea eficaz, aun siendo el reconocedor el verdadero padre?; 2.<sup>a</sup> ¿y si el reconocimiento es consentido pero no se corresponde la filiación determinada con la biológica?, ¿podrá atacarse luego el reconocimiento para reclamar la auténtica filiación?

1.<sup>a</sup> En cuanto a la primera cuestión hay que decir que el hijo podrá siempre reclamar su verdadera filiación sin límite de tiempo

---

afirmación examinando cuatro casos: a) La madre dice que «A» es el padre. «A» se presta a reconocer, pero declara que cree que la madre también tuvo relaciones con otros varones (o en concreto, por ejemplo, con «B» y con «C»); b) «A» desea casarse con la madre y por eso reconoce al hijo de ésta. Entran también en consideración como posibles progenitores además de «A», «B» y «C»; c) Se sabe que «A» no es el progenitor del hijo, pero lo reconoce porque desea casarse con la madre y legitimar a aquél; y d) «B», verdadero progenitor, reconoce al hijo, pero antes de que el *Amtspfleger* consienta el reconocimiento, aparece «A», el prometido de la madre, y reconoce también al hijo de ésta.

Las soluciones que da FRANK a estos cuatro supuestos son (resumidas): *sub a*) Cree que sólo en el caso en que se indique como posibles padres a otros concretos varones (v. gr., a «B» y a «C»), sin que el hijo tenga un especial interés en que el padre sea «A», es mejor entablar un procedimiento judicial en el que aclarar quién es el verdadero progenitor; *sub b*) Entiende que en este caso sí existe un especial interés en que el padre sea «A». La interposición de una acción de reclamación de paternidad contra «B» o «C» tras rechazar el reconocimiento de «A» contravendría la voluntad de todos los afectados inmediatos. Debe admitirse, pues, el reconocimiento de «A» aun corriendo el riesgo de que sea falso; *sub c*) Más difícil es la situación, según FRANK, cuando consta que «A» no es el progenitor. Considera no obstante que cuando no haya ninguna o sólo alguna pequeña probabilidad de determinar al verdadero padre, sin que exista razón para dudar de que lo mejor para el hijo será vivir con el matrimonio, debe consentirse el reconocimiento aun siendo contrario a la verdad. Según este autor, la objeción de que para estos casos especiales el *BGB* ha previsto la posibilidad de la adopción no es acertada, porque en la práctica recurrir a la adopción supondría complicaciones innecesarias, frente a lo sencillo que resulta el reconocimiento; y *sub d*) El problema es llevado a límites extremos, pues tanto el verdadero progenitor como el hombre que desea casarse con la madre y legitimar al hijo, reconocen a éste. Entiende FRANK que en este supuesto el *Amtspfleger* habrá de consentir el reconocimiento del verdadero padre. Al prometido de la madre le quedará la posibilidad de adoptar al hijo de ésta, aunque también cabe pensar que en interés del hijo lo mejor es consentir el falso reconocimiento cuando el hijo no puede esperar de su verdadero progenitor ayuda material ni moral.

En mi opinión, los falsos reconocimientos no deberían permitir, aunque en principio puede parecer que son lo mejor para el hijo. En primer lugar, porque cada institución (creada por y para algo) tiene su propia finalidad, que debe ser respetada. Y, en segundo lugar, porque consentir un falso reconocimiento puede resultar a la larga perjudicial para el hijo, si tras cierto tiempo las relaciones entre la madre y el falso o dudoso padre se deterioran, pues ello puede repercutir desfavorablemente sobre aquél (*sic*, POZO VILCHES, «El reconocimiento de la filiación matrimonial en la reciente Ley Catalana de Filiaciones», *ADC*, 1991, p. 1214, nota 30).

Además, como apunta RIVERO, determinar cuál sea el interés o lo conveniente para el hijo menor (caso mayoritario) es hartó discutible y un juicio de valor que difícilmente puede hacerse anticipadamente y por persona que no sea el propio interesado (*Lacruz, Elementos de Derecho civil*, IV, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 117).

(*cf.* art. 133 C.c.). Otra cosa es que para que el progenitor pueda ejercitar la acción de reclamación haya de existir posesión de estado, hecho del que, no obstante, últimamente viene prescindiendo el Tribunal Supremo a la hora de reconocer legitimación al padre <sup>79</sup>.

Mas, incluso aunque el Tribunal Supremo, ateniéndose a la letra de la ley, exigiera la concurrencia de la posesión de estado para estimar legitimado al progenitor, esto no cambiaría el hecho de que al hijo se le permite hacer valer su derecho a conocer el propio origen biológico y a determinar su filiación sin restricciones.

2.<sup>a</sup> Respecto de la segunda cuestión una cosa está clara: cabe la posibilidad de impugnar la filiación incorrectamente determinada por no responder a la realidad. Ahora bien, lo que varían son los presupuestos para el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad en función de lo que se pretenda. Si lo perseguido es tan sólo impugnar el reconocimiento, existe un límite temporal cuando haya posesión de estado, pues entonces la acción de impugnación caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la correspondiente posesión de estado (*cf.* art. 140 C.c.). En cambio, si lo que se pretende es impugnar el reconocimiento para reclamar otra filiación *ex* art. 134 C.c., ningún límite temporal ha de impedir que prosperen las acciones de impugnación y de reclamación acumuladas <sup>80</sup>.

Son, pues, mínimos los obstáculos con que tropieza el derecho a conocer el propio origen biológico <sup>81</sup>, ya que mediante la pre-

---

<sup>79</sup> Véase en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1988, 2 de marzo de 1990 y 8 de julio de 1991. Este modo de proceder del Tribunal Supremo demuestra que su actitud es la de procurar que se determine la verdadera filiación siempre que sea posible, prescindiendo incluso, con ese fin, de algún supuesto legal, como es la posesión de estado, a efectos de admitir la acción de reclamación ejercitada por el progenitor, lo que juega, sin duda, a favor del derecho del hijo a conocer su ascendencia biológica.

<sup>80</sup> Dejando a salvo el límite derivado del párrafo 2.º del art. 134 C.c.

<sup>81</sup> El propio Tribunal Supremo ha reconocido en algunas de sus sentencias el derecho que tiene toda persona a conocer y a determinar su filiación.

Así, por ejemplo, en la sentencia de 25 de enero de 1992 se pronuncia con las siguientes palabras: «el derecho a la intimidad, constitucional reconocido, no es determinante de no posibilitar la prestación de elementos probatorios que, de serlo, perjudicarían el derecho de otra persona, pues que ello, aparte de ir contra la lealtad procesal, alteraría el evidente derecho que tiene todo ser engendrado a que se determine adecuadamente su adscripción paternal (*sic*)».

Más expresiva todavía es la STS de 26 de enero de 1993 de la que fue Ponente Don Teófilo Ortega Torres, en la que se afirma: «en definitiva, debe tenerse presente que se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación..., lo que afecta a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el art. 10-1 de la Constitución».

Por su parte el Tribunal Constitucional ha dado un paso más (muy importante)



visión de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación, cuando existe posesión de estado, lo que se pretende es proteger la estabilidad de las relaciones familiares, presumiendo que es mejor para el hijo permanecer vinculado jurídicamente a un varón que lo trata como tal, que no tener padre.

#### 4.1.2. EN DERECHO CIVIL CATALÁN

Principio típico y de gran arraigo en Cataluña ha sido siempre el de la libre investigación de la paternidad, consagrado en la actualidad en la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones —como expresamente destaca su Exposición de motivos— y hasta su entrada en vigor deducido por vía hermenéutica partiendo del art. 1-2 Comp. cat. que manda interpretar los preceptos tomando en consideración las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, propicia desde tiempos remotos a la verificación de la paternidad real.

Esta acertada y «moderna» visión del Derecho de filiación no fue, en cambio, la que caracterizó al Código civil en épocas pasadas<sup>82</sup>. En él se restringió otrora enormemente la investigación de la paternidad —sólo en dos supuestos era procedente la declaración de la paternidad: cuando existía un escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad, o la posesión de estado—. Así las cosas, a nadie ha de extrañar que en el Derecho catalán, como en el Derecho alemán, las pruebas biológicas fueran tempranamente admitidas en los procesos de filiación, mientras que en el Derecho civil común hubo que esperar hasta 1981, fecha en que se modificó el Código civil en materia de filiación (por la ley

---

hacia el pleno reconocimiento del derecho a conocer el propio origen en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, que ha suscitado una viva polémica. En ella declara que es posible obligar a un demandado en un proceso de reclamación de paternidad, mediante resolución judicial, a someterse a la práctica de pruebas biológicas dirigidas a la averiguación de la verdadera filiación. Sobre esta controvertida sentencia, que no ha lugar a comentar con más detalle aquí, véanse los trabajos de: RIVERO, «Comentario de la Sent. Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», de próxima aparición en *Poder Judicial* (amablemente facilitado por su autor); CHOCLÁN MONTALVO, «Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1994, núm. 137, pp. 1 y ss.; SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, «La investigación de la paternidad en las resoluciones del Tc», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1994, núm. 143, pp. 1 y ss.; y mi comentario «De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero», *RJC*, 1994, pp. 93 y ss.

<sup>82</sup> Esto llevó a que algunos prestigiosos autores dijeran, con anterioridad a las últimas reformas del Código civil sobre filiación, que los principios generales del Derecho español en materia de filiación extramatrimonial radicaban en el Derecho especial de Cataluña, en lugar de estar, como era habitual buscarlos, en el Código civil (*vide*, RIVERO, «La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña», *RJC*, 1973, p. 218).

11/1981, de 13 de mayo) y tuvo lugar su admisión expresa (*cf.* art. 127).

Veamos cuál es la trascendencia actual del derecho a conocer el propio origen biológico en el sistema jurídico catalán, teniendo presente que su visión realista de la filiación no es de ahora y ha favorecido siempre el reconocimiento de tal derecho.

#### 4.1.2.1. *Filiación matrimonial*

Paradójicamente parece que en la actualidad, en Derecho catalán, los límites impuestos al derecho a conocer el propio origen biológico son mayores que los existentes en el Código civil cuando de impugnar la paternidad matrimonial se trata.

En efecto, en la ley de filiaciones catalana además de existir el límite temporal del plazo de un año que se concede al hijo para impugnar la paternidad desde que alcanza la plena capacidad (prescindiendo de si hay o no posesión de estado), se exige que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que se haya suspendido la vida en común de los padres o exista nulidad, separación o divorcio (*cf.* art. 12-2). Esto se debe, sin duda, a que otro de los principios fundamentales en la nueva regulación catalana de la filiación es el del *favor filii*, en función del cual se piensa que restringiendo la impugnación de la paternidad a esas situaciones concretas se salvaguarda mejor el interés del hijo al procurar que tenga, al menos, un padre jurídico.

Mas, igual que en el Código civil, estas restricciones no entran en juego y el derecho a conocer el propio origen biológico es plenamente respetado cuando al propio tiempo que se impugna la paternidad ya determinada se reclama otra, porque entonces «el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación permite, en todo caso, la acumulación de la acción de impugnación de la filiación contradictoria» (*cf.* art. 17 LFC)<sup>83</sup>. Piénsese en que seguramente el *BVerfG* no hubiera declarado inconstitucionales los §§ 1593 y ss. *BGB*, si en el Código civil alemán existiera un precepto similar al art. 17 LFC o al art. 134 C.c., porque la imposición de límites a la acción de impugnación se justifica sólo cuando lo único que se pretende es impugnar una filiación sin reclamar otra, ya que en esa hipótesis seguramente beneficia más al hijo tener un padre jurídico (aun no siendo el verdadero) —que cubra sus necesidades materiales más vitales— que ninguno.

Se respeta también así el derecho a conocer el propio origen biológico en el Derecho civil catalán por lo que hace a la filiación

---

<sup>83</sup> El único límite existente es el recogido en el 2.º pfo. del art. 17 LFC («no se puede reclamar una filiación que contradiga otra determinada por resolución judicial firme»).

matrimonial, pero recortando un poco más su alcance que en el Derecho civil común, por aplicación del principio del *favor filii*.

#### 4.1.2.2. *Filiación no matrimonial*

En el Derecho civil catalán la filiación no matrimonial también puede determinarse mediante reconocimiento, resolución registral o por sentencia firme (*cfr.* art. 4 LFC). Sin embargo, en la ley de filiaciones catalana la preferencia por el reconocimiento como modo de determinar la filiación se aprecia con más nitidez que en el Derecho común, sin que ello comporte ignorar el derecho a conocer el propio origen biológico, pues el legislador catalán se ha preocupado de proporcionar los medios para que la auténtica filiación resulte determinada siempre que sea posible, respetando, por tanto, tal derecho.

Así, en el art. 7 LFC se prevé que la denegación de consentimiento del hijo mayor de edad al reconocimiento no impide el ejercicio por el padre o la madre de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial correspondiente, sin perjuicio de que determinada la filiación por esta vía no se produzcan los efectos propios de la misma, salvo que el progenitor justifique el retraso en el reconocimiento. Solución loable porque así se evitan reconocimientos hechos de mala fe o con abuso de derecho notorio (*cfr.* art. 21 LFC). No es difícil de imaginar un padre que sólo se presta a reconocer al hijo interesadamente cuando éste ya es mayor de edad y se halla en una buena posición económica y social. En estos casos puede ejercitar el progenitor una acción de reclamación cuyo único contenido sea determinar la filiación, cuando el hijo se haya negado a consentir el reconocimiento.

En esta línea establece el mismo art. 7 LFC que la denegación de la aprobación judicial del reconocimiento de un menor de edad o incapacitado no basada en la no paternidad o la no maternidad no impide la acción de reclamación con el mismo alcance (mera determinación de la filiación) que en el supuesto, recién aludido, del reconocimiento de un mayor de edad.

En coherencia con el art. 7 LFC dispone el art. 11-3 LFC que los padres están legitimados para ejercitar la acción de reclamación en nombre e interés propio, en los casos en que su reconocimiento no haya resultado eficaz por defecto del consentimiento del hijo o de la aprobación judicial. No queda, pues, duda alguna, acerca de la preferencia que se otorga al reconocimiento en el Derecho civil catalán al condicionar la legitimación de los padres a que previamente hayan intentado (sin éxito) reconocer al hijo.

Obsérvese que a diferencia del Código civil en la ley de filiaciones catalana no se exige la concurrencia de la posesión de estado para conceder legitimación al progenitor, con lo que el

principio de veracidad biológica se toma más en consideración en este aspecto.

Parece que con más fundamento que en el Derecho civil común en el Derecho civil catalán —por el principio bien asentado de veracidad biológica— el Juez ha de denegar la aprobación del reconocimiento cuando tenga el convencimiento de que el reconocedor no es el progenitor<sup>84</sup>.

Sobre la impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad hay que distinguir en Derecho catalán, como se hizo al hablar del Derecho civil común, el caso en que el hijo sólo impugna la filiación, para el que hay previsto el plazo de un año a contar desde la obtención de la plena capacidad (*cf.* art. 13 LFC), de aquel otro en el que pretende además reclamar una filiación diferente, para el que no hay límites *ex* art. 17 LFC, salvo que la filiación reclamada contradiga otra determinada por resolución judicial firme.

Por supuesto, el hijo puede siempre reclamar su verdadera filiación si no tiene ninguna determinada, con lo que el derecho a conocer el propio origen biológico se proyecta con claridad en el Derecho civil catalán en este ámbito (*cf.* art. 11 LFC).

#### 4.1.3. POSIBLE EJERCICIO DE UNA ACCIÓN JUDICIAL DIRIGIDA A LA MERA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

En Alemania se plantea la doctrina si podría prosperar una *isolierte Abstammungsfeststellungsklage*, esto es, una acción dirigida a averiguar única y exclusivamente la existencia o no de relación biológica sin que su ejercicio produzca ningún otro efecto, con el fin de hacer valer con ella el derecho a conocer el propio origen biológico, cuando, por ejemplo, no procede interponer la acción de impugnación por impedimentos de tipo legal (*v. gr.* por no concurrir alguno de los supuestos en que legalmente procede)<sup>85</sup>.

Creo que ni en el Derecho civil común ni en Derecho civil catalán ha lugar a plantearse la admisión de una acción de ese tipo con carácter general por falta de interés protegible con su ejercicio, ya que, como hemos visto, el derecho a conocer el propio origen biológico se puede hacer valer mediante los cauces

---

<sup>84</sup> *Vide*, GETE/ALONSO/BLASCO, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Valencia, 1992, p. 56; y POZO VILCHES, *op. loc. cit.*, p. 1214.

<sup>85</sup> Véase sobre los problemas que una eventual acción de ese tipo plantea en Derecho alemán, DEICHFUß, *Abstammungsrecht, cit.*, pp. 137 y ss.; SMID, *op. loc. cit.*, pp. 221 y ss.; y GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 375.

Dudan sobre la admisibilidad o conveniencia de una tal acción FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pp. 114 y 117; y SMID, *op. loc. cit.*, p. 226. En sentido diferente se pronuncian BEITZKE/LUDERITZ, *Familienrecht*, München, 1992, p. 234; y FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *loc. cit.*, p. 1368.

legales que ambos sistemas jurídicos prevén para determinar la verdadera filiación.

No obstante, en el único supuesto en que parece admitida (implícitamente) una acción de la índole y características de esa en el Derecho común es en el caso de la filiación incestuosa.

Según el art. 125 C.c. «cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz»<sup>86</sup>. Mas, precisamente, en muchas ocasiones, para averiguar si la filiación es incestuosa y si, en consecuencia, conviene (o no) determinarla, habrá que admitir la acción de reclamación dejando en suspenso cuáles serán sus efectos: si el presunto padre incestuoso<sup>87</sup> no es tal y la acción se desestima quedará abierta la posibilidad de que el hijo haga valer su derecho a conocer su propio origen biológico reclamando la paternidad a otro varón; y si, por el contrario, resulta ser cierta la paternidad incestuosa controvertida, o se determinará la filiación de apreciar que ello conviene al menor o incapaz, o, se declarará la paternidad incestuosa sin determinarla, por estimar el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, que no conviene al menor o incapaz tal determinación<sup>88</sup>. En esta última hipótesis, el contenido de la ac-

---

<sup>86</sup> La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que el art. 125 C.c. se aplica cuando la filiación se determina tanto mediante reconocimiento, como a través de sentencia firme, porque dado que ese precepto no distingue y habla genéricamente de determinación legal de la filiación (a diferencia de los arts. 123, 124 y 126 C.c. que se refieren de forma expresa al reconocimiento), no hay por qué seguir criterios dispares según la filiación incestuosa se establezca jurídicamente por uno u otro modo de determinación (consúltese, por ejemplo, DE LA CÁMARA, «Comentario a los artículos 108 a 141 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. III, vol. 1.º, Madrid, 1984, p. 327; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, p. 940).

<sup>87</sup> Presupongo que la maternidad es la filiación que está determinada, porque este es el supuesto que con más frecuencia se da en la realidad.

<sup>88</sup> En Alemania los Tribunales vienen considerando que también en los casos de (posible) filiación incestuosa debe prevalecer el derecho a conocer el propio origen.

Así, en la sentencia del OLG de Karlsruhe de 16-10-1991 (*FamRZ*, 1992, pp. 334 y 335) se afirma que es fundamental el interés de todo hombre en conocer su ascendencia, lo que vale, según la interpretación de la Sala, también en el caso en que exista el riesgo de que probablemente su origen derive de una relación incestuosa. Añade además este Tribunal, que no se puede obligar a vivir al demandante con la doble carga de la incerteza de su filiación y de la posibilidad de que su origen se deba a una relación incestuosa. Con la realización de pruebas biológicas se liberará al menos, en su caso, al demandante, de una de estas dos cargas (así sucederá si resulta que no es hijo incestuoso aunque no se llegue a averiguar quien es su verdadero progenitor).

En sentido parecido se pronuncia, al resolver un supuesto análogo de presunto incesto, la sentencia de 19-8-1992 del OLG de Hamm (*FamRZ*, 1993, pp. 76 y ss.

ción de reclamación habrá sido, en realidad, la mera investigación de la paternidad, que es el objeto propio de la, por los alemanes llamada, *isolierte Abstammungsfeststellungsklage*.

En Derecho catalán no parece procedente ni admisible una acción así para el caso de filiación incestuosa, ya que ninguna especialidad se prevé para tal tipo de filiación, sin perjuicio de que pueda ser útil y defendible su ejercicio en otro ámbito (cuando se practican fecundaciones asistidas con aportación de donante), como veremos.

#### 4.2. Obligación (¿jurídica?) de la madre de revelar la identidad del padre

Es evidente que el hijo podrá hacer valer su derecho a conocer el propio origen biológico ejercitando la acción de filiación correspondiente, siempre que sepa quiénes son sus progenitores o lo sospeche y exista algún indicio que pueda llevarle a averiguarlo. En otro caso ese derecho se frustrará por razones fácticas (no jurídicas).

Cuestión muy discutida en Alemania de un tiempo a esta parte (sobre todo desde el comienzo de la década de los años setenta), es la de si la madre está obligada a revelar a su hijo la identidad del padre, debiendo posponerse su derecho a la intimidad al derecho a conocer el propio origen biológico del hijo, en caso de ser considerado éste de mayor valor y depender su ejercicio, las más de las veces, de que la madre se avenga a dar el nombre del padre.

##### 4.2.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ALEMANIA

Lo cierto es que ya con la entrada en vigor del *BGB* era cuestión discutida la de si el hijo tiene derecho a que su madre le revele la identidad de su padre. La jurisprudencia, al principio, rechazó tal derecho. Sólo bajo el dominio nacionalsocialista se produjo un cambio en la jurisprudencia por motivos hoy no defendibles. Se sostuvo la obligación de la madre de manifestar el nombre del padre de un modo casi enfático<sup>89</sup>.

Hasta ese momento la doctrina y la jurisprudencia dominantes habían negado que existiera una obligación jurídica de la madre de revelar el nombre del padre, aunque siempre se ha admitido que tiene una obligación moral<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Consúltese, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 143; y BRÜGGEMANN, *Intimsphäre und außereheliche Elternschaft (Über das Recht und die Pflicht der Mutter, den Erzeuger ihres außerehelichen Kindes zu nennen)*, Bonn, 1964, p. 7.

<sup>90</sup> Según BRÜGGEMANN, de Derecho natural (*op. cit.*, p. 26).

Para mejor poder juzgar sobre el acierto o el desacierto de primar el derecho a la intimidad de la madre frente al derecho a conocer el propio origen biológico del hijo parece que lo más correcto es analizar los motivos por los que una mujer puede negarse a descubrir la identidad del hombre con el que tuvo el hijo <sup>91</sup>. Cabe distinguir los siguientes:

1.º La madre en ocasiones se niega a dar el nombre del padre porque no desea que se sepa quién es. Así sucede cuando la relación sexual de la que nació del hijo fue incestuosa, producto de una violación, o cuando el padre es un criminal o un demente <sup>92</sup>.

2.º En otras ocasiones siente pudor por tener que decir quién puede ser el padre de su hijo porque al haber cohabitado con varios hombres durante el período de concepción no está segura de ello y prefiere callar <sup>93</sup>.

3.º A veces lo que pretende la mujer con su silencio es evitar perjudicar el matrimonio o el prestigio social y el éxito profesional del padre de su hijo, que de otro modo serían puestos en peligro.

<sup>91</sup> Sigo en esto, básicamente, a KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 136 y ss.; BRUGGEMANN, *op. cit.*, p. 8; y MUTSCHLER, «Emanzipation und Verantwortung —Zur Neuordnung des Abstammungsrechts—», *FamRZ*, 1994, p. 70.

<sup>92</sup> Ilustrativa en este punto es la sentencia del *OLG Hamm* de 22.3.1991 (*FamRZ*, 1991, p. 1229), que resolvió un caso en el que el padre estaba determinado en cuanto a su edad, estado familiar y de salud. La madre se negaba a revelar su identidad porque trabajaba en la misma institución en la que aquél estaba ingresado por padecer una enfermedad mental que le incapacitaba para trabajar. La madre tenía miedo de perder su trabajo y de que le fuera difícil encontrar otro quedándose sin medios para subsistir ella misma y para mantener a su hijo, pues el padre no tenía ingresos ni patrimonio. En atención a las circunstancias concurrentes, el *OLG Hamm* decidió que por ser un elemento importante para hallar la propia identidad (*Identitätsfindung*) conocer al padre y eventualmente relacionarse con él, que pertenece al derecho general de la personalidad garantizado constitucionalmente, el derecho a obtener información de la madre sobre el progenitor no podía ser hecho valer por el *Jugendamt* (curador de oficio) sin la colaboración personal del hijo (entonces de cuatro años de edad), hasta que éste por su edad fuera consciente de la trascendencia que podía tener el conocer la identidad de su padre.

<sup>93</sup> Interesante a este respecto es la sentencia del *LG Münster* de 21.2.1990 (*FamRZ*, 1990, p. 1031). Según el relato de hechos de esta sentencia la madre había prometido a su hijo en distintas ocasiones (al cumplir dieciocho años, veintiún años...) que le revelaría quién era su padre, hasta que finalmente le dijo que se enteraría tras su fallecimiento. El hijo hizo valer entonces ante los Tribunales su derecho a recibir información de su madre sobre quién era su padre por motivos personales y por los eventuales derechos sucesorios, formulando la petición subsidiaria de que, en su caso, se condenara a su madre a decir con quién había mantenido relaciones sexuales en el período de su concepción. La madre pidió el rechazo de la acción porque en la época de la concepción había cohabitado con cuatro varones de los cuales uno ya había muerto y los otros tres habían creado sus propias familias por lo que parecía desproporcionado que se le perturbara después de tantos años. El *LG Münster* declaró que si la madre de un hijo no matrimonial no está segura de la identidad del padre, puede ser condenada, no a decir quién lo es (porque no lo sabe), sino a dar información sobre los varones que con ella cohabitaron en el período de la concepción del hijo.

4.º En otros casos la madre guarda silencio porque el hombre contribuye libremente al mantenimiento del hijo y eso le basta. Los alemanes dicen que entonces existen los que ellos denominan «contratos del silencio» (*Schweigeverträge*)<sup>94</sup>.

5.º La mujer también calla ante la esperanza de poder casarse algún día con el padre o por miedo a que éste le arrebate al hijo.

6.º Por último, el silencio de la madre puede deberse a un deseo de criar ella sola al hijo impidiendo la influencia del padre. Esta clase de mujeres aumenta en la actualidad y cabe pensar que cada vez serán más las que no revelen la identidad del otro progenitor por este motivo, en atención a la emancipación e independencia de la mujer alcanzada en nuestros días.

Fundado en algunos de estos motivos queda justificado el silencio de la madre, porque es el bien del hijo lo que se pretende salvaguardar (v. gr., padre demente, incestuoso o criminal)<sup>95</sup>. Mas, otros motivos no justifican suficientemente que la madre calle, porque tras los mismos, apelando a su derecho a la intimidad<sup>96</sup>, se oculta, en realidad, unas veces, su temor que no tiene por qué volverse contra el hijo; otras veces, el interés del padre en que su carrera profesional no se vea truncada o su imagen social dañada y, otras, el egoísmo de la madre que desea poseer en exclusiva al hijo sin pararse a pensar en lo que puede ser más beneficioso y conveniente para él<sup>97</sup>. Mejor para el hijo es, salvo en casos excepcionales, que la filiación paterna también quede determinada. Existe un interés ideal del hijo en conocer a su padre, por la significación que suele tener la figura paterna en el desarrollo del niño, y también un interés material o patrimonial en ser titular de un derecho de alimentos o de derechos hereditarios<sup>98</sup>.

Cierto es que en los casos en que la madre no revela el nombre del padre la manutención del hijo normalmente está asegurada, ya sea por los ingresos que percibe ella misma, por la contribución de sus parientes (v. gr., de los abuelos maternos) o del propio padre en secreto. Ahora bien, hay que pensar en la posibilidad de un eventual cambio futuro. Así cabe que la madre muera prematuramente sin que sus familiares puedan ayudar al hijo o que sea

---

<sup>94</sup> Vide, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 139; y BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 18. Según este último autor tales contratos son inmorales y nulos *ex* § 138 BGB.

<sup>95</sup> Véase, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 172; MUTSCHLER, «Emanzipation und Verantwortung...», *loc. cit.*, p. 70; y KNÖPFEL, *op. loc. cit.*, p. 563. En este sentido se pronuncia la sentencia del *AmtsG Passau* de 15.7.1987 (*FamRZ*, 1988, p. 1311).

<sup>96</sup> Consúltese, sobre el concepto de intimidad (*Intimsphäre*) en este contexto, BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 20.

<sup>97</sup> *Sic*, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 171.

<sup>98</sup> *Cfr.* KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 162 y ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; y KNÖPFEL, *op. loc. cit.*, p. 563. Según MUTSCHLER, más bien se tiene que realizar una ponderación de los intereses en juego completamente individual, esto es, para cada caso concreto («Emanzipation und Verantwortung...», *loc. cit.*, p. 70).



el padre el que fallezca pronto no siendo exigible un existente *Schweigevertrag* frente a los parientes o herederos de éste <sup>99</sup>.

En cualquier caso si se deja transcurrir demasiado tiempo puede resultar muy difícil después de muchos años lograr el triunfo de la acción de reclamación —por falta o perecimiento de las pruebas— y la consiguiente determinación de la filiación, requisito *sine qua non* para poder ser titular de los derechos derivados de la relación paterno-filial <sup>100</sup>.

Por todo ello en países como Noruega o Dinamarca es una obligación jurídica de la madre revelar el nombre del padre, cuyo incumplimiento puede acarrear la imposición de una sanción pecuniaria <sup>101</sup>.

La mayoría de la doctrina alemana considera desproporcionado condenar a la madre a pagar multas o meterla en la cárcel en caso de no revelar el nombre del padre <sup>102</sup>.

Sin embargo, estimar que esa obligación de la madre es sólo moral, sin que su incumplimiento acarree ninguna consecuencia jurídica deja desprotegido el derecho del hijo a conocer su verdadero origen <sup>103</sup>.

Teniendo presentes estas consideraciones admite un gran sector de la doctrina alemana que cabe presionar a la madre de forma mediata, para que revele el nombre del padre, no concediéndole la supresión de la curatela de oficio (*gesetzlicher Amtspflegschaft*) <sup>104</sup>. Esta es una institución tuitiva que entra en juego normalmente desde el nacimiento del hijo con el fin de salvaguardar sus intereses (*cfr.* § 1709 BGB) <sup>105</sup>. La *Amtspflegschaft* sólo puede

<sup>99</sup> Así, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 173.

Véase también en este sentido la sentencia de 25.9.1969 del *LG Mannheim (NJW, 1970, p. 150)*.

<sup>100</sup> Así, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 174.

<sup>101</sup> Véase, KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 40; y KUMME, «Die rechtliche Bedeutung der Weigerung der Mutter, den Vater ihres nichtehelichen Kindes zu nennen», *ZBJugR*, 1973, p. 140.

<sup>102</sup> Véase, por todos, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 116.

También se ha discutido en Alemania si la negativa de la madre a revelar la identidad del padre puede ser constitutiva de delito por usurpación del estado civil (del hijo) *ex* § 169 StGB. La doctrina, en general, se opone a ello porque la madre no tiene una obligación jurídica de dar información sobre el padre. Consúltase, MAIER, «Macht sich die Mutter eines nichtehelichen Kindes durch bloßes Verschweigen des Erzeugers nach § 169 StGB strafbar?», *MDR*, 1971, pp. 883 y ss.; KLEINEKE, *op. cit.*, p. 249; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 34; y WEIDERMANN, «Soziale Wirkkraft des Nichtehelichenrechts», *ZBJugR*, 1972, p. 368.

<sup>103</sup> En este sentido, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 196.

<sup>104</sup> Véase, como más representativos, KLEINEKE, *op. cit.*, pp. 216 y ss.; KUMME, *op. loc. cit.*, pp. 142 y ss.; y BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 32.

<sup>105</sup> La ley alemana de ayuda a la infancia y a la juventud («Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz- KJHG) de 26.6.1990, que entró en vigor el 1.1.1991, ha supuesto la modificación de algunos párrafos del *BGB* pero no ha alterado la regulación de la *gesetzlicher Amtspflegs-*

ser suprimida por el Tribunal tutelar (*Vormundschaftsgericht*), a petición de la madre, cuando ello no vaya en contra del bien del hijo (cfr. §§ 1706 y 1707 BGB) <sup>106</sup>.

El *Jugendamt*, en cuanto curador de oficio del hijo, ha de procurar que la madre revele el nombre del padre para incitar a éste a que reconozca al hijo y, en caso de no tener éxito en su intento, poder ejercitar una acción de reclamación contra él. Este es deber del *Jugendamt*, que deriva del § 1706 BGB, con el que se hace valer el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo. Si la madre calla impide que el *Jugendamt* cumpla con ese deber y, por tanto, en nada favorece el bien del hijo, por lo que la *Amtspflegschaft* no debe ser suprimida <sup>107</sup>.

---

chaft, por lo que sigue siendo válido lo que sobre ella sostenía la doctrina, antes de la vigencia de dicha ley, en lo referente al tema que tratamos [vide, COESTER, «Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht», *FamRZ*, 1991, pp. 253 y 261].

<sup>106</sup> Véase, sobre esto, de entre las obras más recientes, BIENWALD, *Vormundschafts-, Pflegschafts- und Betreuungsrecht in der sozialen Arbeit*, Heidelberg, 1992, pp. 120 y ss.; BEITZKE/LÜDERITZ, *op. cit.*, pp. 333 y ss.; y DIEDERICHSEN, Uwe, *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, München, 1991, pp. 1715 y ss.

<sup>107</sup> Así, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 231; y KUMME, *op. loc. cit.*, p. 144. Véase también, FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *loc. cit.*, p. 1367.

En sentido diferente se pronuncian, ZENZ, «Volle elterliche Gewalt für die Mutter, die den Vater ihres Kindes nicht nennen oder feststellen lassen will? II. Teil», *StAZ*, p. 321; y Simitis, «Personen- und personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichteheleichenrechts», *StAZ*, 1970, p. 262.

Según SCHIMPF, la *Amtspflegschaft* puede ser suprimida cuando no hay expectativas de que el *Pfleger* cumpla con su cometido, pues en estos casos su continuación no beneficia al hijo («Zur Aufhebung der Amtspflegschaft gemäß § 1707 BGB», *StAZ*, 1983, p. 198). Para ROTH la *Amtspflegschaft* sólo se justifica cuando puede servir al bien del hijo. Si no es el caso, no resulta admisible como medida represiva frente a la madre («Die aktuelle Bedeutung des Art. 6 V GG für das Recht des nichtehelichen Kindes», *FamRZ*, 1991, p. 143, nota 48).

La jurisprudencia se ha mostrado, en general, a favor de que la *Amtspflegschaft* no sea suprimida cuando la madre se niega a dar el nombre del padre. Es interesante en este sentido la sentencia del *LG Mannheim* de 25.9.1969 (*NJW*, 1970, p. 150), pronunciada con anterioridad a la reforma del Derecho de filiación no matrimonial de 1969 y comentada por KLUNZINGER (*NJW*, 1970, p. 713), cuya solución considera este autor que es correcta y conforme con la futura aplicación de la ley de 1969.

El *BGH* en la muy significativa sentencia de 11.11.1981 (*FamRZ*, 1982, p. 159) ha manifestado que cuando la madre de un hijo no matrimonial se niega a dar el nombre de su padre, la supresión completa de la *Amtspflegschaft* contradice, por regla general, el bien del hijo. El supuesto de hecho de esta sentencia fue el siguiente: la madre, de buena posición económica, había instituido heredero único a su hijo y depositado ante un Notario un sobre, que debía ser abierto tras su muerte, conteniendo el nombre del padre. En determinado momento solicitó la supresión de la *Amtspflegschaft*, a lo que el *Jugendamt* se opuso como también el *AmtsG* y el *LG* en los respectivos recursos que se les formularon. El *BGH* rechazó el recurso que la madre había interpuesto pidiendo la supresión de la *Amtspflegschaft* y declaró que es deber del *Amtspfleger* procurar determinar la filiación biológica del hijo, ya que este derecho es parte integrante del derecho de la personalidad general protegido por los arts. 1 y 2 GG. Según el *BGH*, la determinación de la filiación es importante en caso de

Parece razonable y oportuno en el Derecho alemán valerse de ese medio de presión para obligar a la madre a revelar el nombre del padre, como sostiene la mayoría de la doctrina alemana en la actualidad, por no ser desproporcionado respecto de los fines perseguidos.

El *BVerfG* en la ya mencionada sentencia de 18.1.1988 ha venido a reconocer el derecho del hijo a que su madre le proporcione información sobre su padre. Lo que supone considerar preferente, en la ponderación de intereses en juego, el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo al derecho a la intimidad de la madre. Decisión que ha sido criticada por algunos autores<sup>108</sup>, no sin razón, aun estando motivada, porque si bien el *BVerfG* fundamenta la obligación de información de la madre que afirma, en el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo, no aclara cuáles son las consecuencias de su incumplimiento<sup>109</sup>.

---

enfermedad y para evitar relaciones incestuosas. Por otra parte, el desarrollo de la personalidad del hijo puede verse dificultado por la incertidumbre acerca del padre. Ello sin olvidar el interés económico del hijo en ser titular de derechos hereditarios frente a aquél. Con el mantenimiento de la *Amtspflegschaft* siempre queda una cierta probabilidad, aun siendo pequeña, de salvaguardar el interés del hijo, y de que el *Jugendamt* pueda cumplir con su deber de determinar la paternidad, acaso gracias a sus propias averiguaciones o en base a datos que le proporcionan familiares, terceros o el propio padre. Véanse los comentarios que a esta importante sentencia del *BGH* hacen GÖPPINGER, *JR*, 1982, pp. 149 y 150; y DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 113.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del *LG Saarbrücken* de 13.12.1990 (*DAVorm*, 1991, p. 338) y la del *AmtsG Gemünden a. Main* de 2.8.1989 (*FamRZ*, 1990, p. 200).

<sup>108</sup> Véase, KOCH, *op. loc. cit.*, p. 573.

En el mismo sentido, pero refiriendo sus críticas a las sentencias de 15.7.1987 del *AmtsG Passau* y de 26.11.1987 del *LG Passau* (*vide supra*, la nota 31), se pronuncian, DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 116; FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 116; y HILGER, «Anmerkung, Urteil des AmtsG Passau v. 15.7.1987», *FamRZ*, 1988, pp. 764 y 765.

Véase también en contra de la citada sentencia del *LG Passau*, la sentencia del *OLG Karlsruhe* de 13.10.1988 (*DAVorm*, 1989, p. 634).

<sup>109</sup> Como observa HILGER únicamente se declara en la decisión del recurso de apelación del *LG Passau* de 26.11.1987, antes del n.º 1 de los motivos, que con fundamento en el especial interés del demandante *ex § 1618 a BGB*, se tiene que deducir un derecho de información realizable jurídicamente (con los medios del Derecho) (*«mit Mitteln des Rechts durchsetzbarer Auskunftsanspruch abzuleiten ist»*). Según HILGER, como proporcionar información es un comportamiento no fungible, su ejecución forzosa tiene que consistir en sancionar a la madre con una multa o en recluirla en prisión hasta que revele el nombre y la dirección del progenitor (*op. loc. cit.*, p. 765).

Entiende RAMM que la afirmación del derecho de información del hijo frente a su madre obliga a que ésta dé el nombre del padre o de las personas que como tal entran en consideración bajo la amenaza de ser sancionada con una multa (*ex § 888 I ZPO*) (*op. loc. cit.*, p. 1595; véase también, BEITZKE/LUDERITZ, *op. cit.*, p. 331).

La mayoría de autores que se han pronunciado sobre esta cuestión consideran aplicable el § 888 I ZPO, en cuanto prevé que si un comportamiento no puede ser realizado por un tercero, cuando depende exclusivamente de la voluntad del deudor,

#### 4.2.2. TOMA DE POSICIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN Y EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

Sobre la eventual existencia de una obligación de la madre de revelar el nombre del padre en Derecho civil común y en Derecho civil catalán hay que partir de la base de que la determinación habitual de la maternidad en estos sistemas jurídicos es diferente de la existente en Derecho alemán.

Mientras el *BGB* presupone o da por sobreentendido que la vinculación jurídica entre madre e hijo es inevitable —demostrado el hecho del parto y la identidad del hijo— sin que sea necesario un especial acto jurídico<sup>110</sup>, tanto en Derecho civil común como en Derecho civil catalán la madre no matrimonial puede desconocer su maternidad.

En Derecho civil común esto es así por el juego de los arts. 120-4 C.c. y 47 LRC.

Según el artículo 120-4 C.c., la filiación materna no matrimonial queda determinada cuando se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de donde resulta que la maternidad puede determinarse extrajudicialmente sin necesidad de que medie un reconocimiento<sup>111</sup>. Del artículo 47 LRC se desprende que la madre puede desconocer su maternidad, debiendo entonces suprimirse la mención de la misma en la inscripción de nacimiento del hijo. Y de los artículos 167 y 181 RRC se deduce que la madre puede oponerse a que en el parte facultativo del nacimiento conste su identidad, con lo que, en ese caso, ya no se hará mención de la maternidad en la inscripción de nacimiento ni habrá lugar, por tanto, a su desconocimiento.

Por lo que hace al Derecho civil catalán, llama la atención que el artículo 4 LFC —homólogo al art. 120 C.c.— no haga ninguna referencia a la determinación de la maternidad. Omisión que cabe interpretar de tres formas: 1.<sup>a</sup>, entender que el legislador catalán pretendía instaurar un sistema como el alemán, dando por sobreentendida la vinculación jurídica de madre e hijo sin posibilidad de desconocimiento de la maternidad; 2.<sup>a</sup>, pensar que su

---

se tiene que condenar a éste, previa petición ante el Tribunal de primera instancia, a que cumpla mediante multa, y para el caso de que ésta no se pueda cobrar, mediante reclusión en prisión (véase, sobre este precepto, MÜNZBERG, *Stein-Jonas, Zivilprozessordnung*, Vierter Band, Teilband II Tübingen, 1988, pp. 54 y ss.).

<sup>110</sup> Cfr. HOLLEAUX, *De la filiation en Droit allemand, suisse et français*, Travaux et Recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, vol. XXIX, Paris, 1966, p. 2; FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *loc. cit.*, p. 1365; y BEITZKE/LÜDERITZ, *op. cit.*, p. 242.

<sup>111</sup> Salvo si la inscripción de nacimiento tiene lugar fuera de plazo, pues entonces su determinación requiere el reconocimiento de la madre, la incoación del expediente del art. 49 LRC o el ejercicio de la acción de reclamación (*vide*, DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 350).

intención era la de que la maternidad no matrimonial quedara determinada, única y exclusivamente, en virtud de los mismos mecanismos jurídicos que la paternidad; o, 3.<sup>a</sup>, considerar que no hizo alusión a la maternidad por hallarse regulada esta cuestión en la legislación registral, con lo que implícitamente acogía la misma solución del Derecho civil común, aun no siendo aplicable supletoriamente el art. 120-4 C.c.

Parece más segura la última interpretación <sup>112</sup>, porque optar por la primera supondría admitir un sistema de determinación de la maternidad que nunca ha operado en la práctica en Cataluña y si eso quiso el legislador debió decirlo expresamente. Mientras que optar por la segunda implicaría admitir la inaplicabilidad de la legislación del Registro civil en Cataluña, sin fundamento legal suficiente. Piénsese además en que la propia ley de filiaciones catalana hace una remisión expresa a la legislación del Registro civil en el art. 4 por lo que, sin duda, no se excluye la aplicación de la ley y del reglamento del Registro civil en Cataluña.

Estas consideraciones conducen a la conclusión de que si la madre no tiene la obligación jurídica de determinar su maternidad ni en Derecho civil común ni en Derecho civil catalán, porque se da mayor valor a su interés en proteger su intimidad y honorabilidad que al del hijo en ver determinada su verdadera filiación, *a fortiori* tampoco tiene la madre una obligación jurídica de revelar el nombre del padre al hijo. A lo que se debe añadir, en apoyo de esta conclusión, que tanto en Derecho civil común (*cf.* art. 122 C.c.) como en Derecho civil catalán (*cf.* art. 4-2 LFC) se prohíbe que al reconocer se manifieste la identidad del otro progenitor si todavía no está determinada legalmente la filiación respecto de él, lo que es exponente claro de que prevalece el derecho a la intimidad de los progenitores sobre el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo en los dos ordenamientos jurídicos de que hablamos.

¿Quiere esto decir que tanto en Derecho civil común como en Derecho civil catalán se ignora así el derecho a conocer el propio origen biológico? A esta pregunta hay que contestar con una respuesta negativa, porque el hecho de que la madre sólo tenga una obligación moral, no jurídica, de revelar a su hijo quién es su padre, no implica una vulneración o desconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico cuando tantas concesiones se le hacen en otros aspectos, sino que tan sólo significa que en la ponderación de intereses en juego existentes en esta situación el legislador ha considerado más valioso el derecho a la intimidad de la madre que el del hijo a conocer su ascendencia biológica <sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Por la que también se inclinan GETE ALONSO y BLASCO GASCÓ, *op. cit.*, pp. 46 a 48.

<sup>113</sup> En este sentido se pronuncia, PANTALEÓN PRIETO, «Contra la ley sobre téc-

Este derecho, como cualquier otro, no es absoluto (en los Derechos hispanos estudiados), constituyendo uno de sus límites, precisamente, el derecho de la madre a preservar su esfera íntima de la intromisión de su hijo encaminada a averiguar la identidad de su padre.

Por otra parte, resulta inimaginable que en Derecho civil común o en Derecho civil catalán se pueda, sin texto legal que lo prevea expresamente, multar a la madre, recluirla en prisión o privarla de la patria potestad (al no existir una *Amtspflegschaft* que poder dejar subsistente), por no revelar la identidad del padre. Además, el silencio de la madre en muchas ocasiones está justificado y responde al bien del hijo.

#### 4.3. El Derecho a conocer el propio origen biológico en caso de adopción

En este trabajo, por su temática y finalidad, no ha de pasar inadvertida la inclinación y el anhelo que tienen algunos hijos adoptivos por conocer a sus padres biológicos. Muestra clara de este deseo y preocupación fue la creación en Norteamérica (en 1971) de la llamada *Adoptee's Liberty Movement Association (A.L.M.A.)*, que es una asociación cuyo fin es defender los intereses de los adoptados, sobre todo, el que pueden tener en encontrar a sus verdaderos progenitores, que un día consintieron su adopción<sup>114</sup>. Este dato, que no deja de ser anecdótico, sirve para poner de relieve que no es algo extraordinario o excepcional que un hijo adoptivo intente averiguar a quiénes debe su existencia, haciendo valer su derecho a conocer el propio origen biológico.

La proyección de este derecho en el ámbito de la adopción debe apreciarse desde dos distintas perspectivas: En primer lugar, examinando la posibilidad de que los hijos adoptados consulten el Registro civil con el fin de averiguar quiénes son sus padres biológicos. Y, en segundo lugar, estudiando la posibilidad de que ejerciten una acción judicial tendente a investigar su ascendencia biológica.

---

nicas de reproducción asistida», *Libro homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, p. 664.

<sup>114</sup> Vide, sobre esta asociación, KLEINEKE, *op. cit.*, p. 285; y BURKE, «The Adult Adoptee's Constitutional Right to Know His Origins», *S. Cal. L. Rev.*, 1975, 48, p. 1196.

## 4.3.1. DERECHO A CONSULTAR EL REGISTRO CIVIL

Que el hijo adoptivo se llegue a enterar de su condición y origen depende, normalmente, de los padres adoptivos. En la actualidad es opinión común que lo mejor es que éstos revelen a los hijos su condición de adoptados <sup>115</sup>, porque el secreto absoluto no está garantizado y una revelación tardía por parte de un tercero puede producirles importantes daños psíquicos <sup>116</sup>.

Queda a discreción de los padres adoptivos, el «cómo» y el «cuándo» aclarar al hijo tal extremo, pues no se prevé —ni sería recomendable que se previera— en ningún país de nuestro entorno jurídico, al menos que yo sepa, una comunicación de oficio del Registro civil al hijo adoptivo dándole a conocer su origen.

Cuestión distinta es la de si los hijos adoptados pueden tener acceso a la información sobre su procedencia biológica y, en caso afirmativo, a partir de qué edad o en qué momento. En el Derecho comparado se distinguen dos tendencias:

1.<sup>a</sup> En unos países se tiende a impedir que tengan un acceso libre a los Registros donde consta su nacimiento y filiación con la idea de que, manteniendo el anonimato de los padres biológicos, se fortalece el vínculo adoptivo. Así sucede en la mayoría de los Estados norteamericanos <sup>117</sup>, donde los Tribunales han tenido que enfrentarse con la dificultad de decidir cuándo hay una *good cause* (justa causa) para quebrantar el secreto, considerando que la misma existe cuando el desconocimiento de la filiación biológica provoca un desequilibrio grave en el requirente (no si éste tiene mera curiosidad), o cuando es conveniente conocer la historia clínica y la herencia genética del adoptado <sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Según HEGNAUER, aclarar de modo idóneo al hijo su procedencia constituye una de las obligaciones elementales de los padres adoptivos en Suiza (*vide, Berner Kommentar, Band II, 2. Abteilung, 1. Teilband, Bern, 1984, pp. 477 y 602; y Grundriß des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, Bern, 1989, pp. 83 y 96*).

<sup>116</sup> Consúltese, sobre esta cuestión, el trabajo de ROCA TRIAS, «Adopción y datos biogenéticos...», *cit.*; y el de REUTHER, «Wann und wie soll das Adoptivkind über seine Herkunft unterrichtet werden?», *UJ*, 1969, pp. 54 y ss.

<sup>117</sup> No, por ejemplo, en el Estado de Louisiana, donde en 1982 fue regulado un Registro (*State Voluntary Act*) con el objeto de facilitar los contactos voluntarios entre el adoptado y sus padres biológicos, pudiendo obtener las personas adoptadas información confidencial sobre su adopción (*vide, NICHOLS-PUGH, «Rapport Louisianais», Relazioni presentate alle Journées Canadiennes 1987 de l'Association Henri Capitant, sul tema La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux, vol. XXXVIII, Paris, 1987, p. 157*).

<sup>118</sup> Véase un tratamiento amplio de este tema en CARTER, «Confidentiality of adoption records: an examination, *Tulane L. Rev.*, vol. 52, 1977-78, especialmente las pp. 845 y ss.; y BALL/OMENN, «Genetics, Adoption, and the Law», *Milunsky and Annas ed. Genetics and the Law II*, New York, 1980, pp. 275 y ss.

En Suiza el artículo 268 b) ZGB dispone que los progenitores biológicos no pueden conocer la identidad de los padres adoptivos sin el consentimiento de éstos. Precepto con el que se pretende impedir que los padres reales interfieran en las relaciones entre los padres adoptivos y el hijo, así como asegurar la integración de éste en su nueva familia <sup>119</sup>. Sin embargo, no está previsto en el Código civil suizo, que el hijo adoptivo conozca la identidad de sus padres genéticos <sup>120</sup>.

Parece que en ese país, cuando un hijo adoptivo desea conocer su verdadera filiación, la autoridad competente debe ponderar los intereses en juego y, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso particular, decidir si procede ejercitar el llamado *Akteneinsichtsrecht*, que no es otra cosa que el derecho a ver los autos o archivos donde figuran los datos relativos a la adopción <sup>121</sup>. En caso de duda deben prevalecer los intereses del hijo <sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Consúltense GUINAND, «Rapport suisse», Relazioni presentate alle Journées Canadiennes 1987 de l'Association Henri Capitant, sul tema *La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux*, vol. XXXVIII, París, 1987, p. 197; y WERRE, «Quelques aspects juridiques du secret de l'adoption», *ZV*, 1994, pp. 74 y ss.

Resulta muy interesante, por el estudio amplio que realiza del art. 268 b) ZGB, la tesis de LOCHER, *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*, Zurich, 1993, *passim*.

<sup>120</sup> Vide, BISCHOFF, «Die Suche des Adoptivkindes nach seinen leiblichen Eltern», *ZZS*, 1986, p. 281; y WERRE, *op. loc. cit.*, p. 76.

<sup>121</sup> A esta conclusión llega BISCHOFF partiendo de la regulación legal, de las distintas posiciones doctrinales existentes en Suiza sobre este tema y de la sentencia del *Bundesgericht* de 5 de febrero de 1986, que se cita a continuación en el texto (*op. loc. cit.*, pp. 281 y ss.). Véase también sobre esto, GUINAND, *op. loc. cit.*, p. 198; y BUSER, «Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis», *ZZS*, 1994, p. 114.

<sup>122</sup> Según BISCHOFF, hay que tener también presentes los intereses de los padres biológicos, pues si se revela su identidad al hijo (adoptado por otros) ello puede suponer una grave injerencia en su vida privada. Si existe consentimiento de todos los afectados no hay ningún conflicto de intereses y nada debe impedir dar al hijo información sobre su origen. La autoridad competente en Suiza, según este autor, ha de ofrecerse como mediadora entre el hijo adoptivo y sus padres biológicos, advirtiendo al hijo de las posibles consecuencias de sus averiguaciones, del riesgo de un desengaño con la toma de contacto (rechazo de los padres reales, relaciones hostiles). Si los padres biológicos no quieren desvelar su identidad, la autoridad tiene que informar al hijo sobre ello. Si el hijo persiste en su intento, sólo se puede obligar a la autoridad a proporcionar al hijo los datos que desea saber acerca de su filiación en el momento de la adopción, por vía judicial (*op. loc. cit.*, pp. 281 y ss.). Consúltense también, GUINAND, *op. loc. cit.*, p. 198; y WERRE, *op. loc. cit.*, pp. 83 y ss.

LOCHER considera que el hijo adoptado (capaz de discernimiento) tiene un derecho incondicional a conocer la identidad de sus padres naturales. Estima que los intereses de los padres adoptivos o de los padres naturales no deberían tomarse en cuenta para limitar su ejercicio (*op. cit.*, pp. 78 y ss.).

No ha sido ésta, sin embargo, la solución acogida por el Código civil de Quebec de 1991 (cuya entrada en vigor fue fijada para el 1 de enero de 1994), cuyo art. 583 prevé que el adoptado mayor de edad, o el menor de catorce años o más, tiene el derecho de obtener las indicaciones que le permitan encontrar a sus padres, si estos últimos han consentido previamente (*vid. WERRE, op. loc. cit.*, p. 80).



Esta es solución a la que se llega en Derecho suizo partiendo de la importante sentencia del *Bundesgericht* (Tribunal Federal suizo) de 5 de febrero de 1986<sup>123</sup>. De la misma resulta que es necesario probar que se tiene un especial interés<sup>124</sup> en hacer valer el *Akteneinsichtsrecht*, por ser este derecho expresión de la libertad personal protegida por la Constitución<sup>125</sup>, que encuentra sus límites en el interés del Estado y de ciertas personas privadas en el secreto de los archivos.

2.<sup>a</sup> En cambio, en otros países la tendencia es la de no obstaculizar ni impedir que el hijo consulte los Registros donde consten las circunstancias de la adopción y la identidad de sus padres biológicos, con lo que desde esta perspectiva no se protege el anonimato de los progenitores y, consecuentemente, no se provoca el que se planteen ante los Tribunales de esos países reclamaciones de hijos adoptivos con ansia de conocer su procedencia biológica.

Así, en Alemania, el § 61, n.º 2 PStG confiere al adoptado mayor de dieciséis años la facultad de consultar directamente los libros del Registro civil. Según Kleineke<sup>126</sup>, es facultad del hijo

---

<sup>123</sup> En el caso resuelto por esta sentencia un hombre maduro, hijo de madre soltera, solicitó que se le dejara examinar los archivos donde constaban los datos relativos a su filiación. La autoridad competente no le permitió tal examen. El solicitante persistió en ello y recurrió. El Departamento de Justicia y a continuación el Tribunal administrativo del cantón de Basel-Stad confirmaron la decisión de la autoridad competente y rechazaron los respectivos recursos interpuestos. Acto seguido el interesado formuló recurso ante el *Bundesgericht*, que también fue rechazado (*vide* «Auskunft über den Vater», ZZS, 1986, pp. 283 y ss.).

Comenta con detalle esta sentencia COTTIER, quien defiende que en Suiza también hay que admitir la existencia del derecho a conocer el propio origen biológico partiendo de la Constitución, pues de la sentencia cuestionada no se desprende lo contrario y sí solo el reconocimiento de ese derecho dentro de ciertos límites (*Die Suche nach der eigenen Herkunft: Verfassungsrechtliche Aspekte*, Basel, 1987, *passim*, véase sobre todo las pp. 27 y ss.). Implícitamente se pronuncia también en este sentido HEGNAUER, *Grundriss, cit.*, p. 96. En cambio, la interpreta de forma más restrictiva GUINAND, por entender que el derecho a conocer el propio origen biológico no es considerado en esa sentencia del Tribunal Federal suizo de 5 de febrero de 1986 como fundamental (*op. loc. cit.*, p. 199).

El *Bundesgericht* parece reconocer el derecho a obtener información sobre el padre también en otra sentencia de 1988, que cita y comenta WERRE (*op. loc. cit.*, p. 78).

<sup>124</sup> Por ejemplo, como indica la propia sentencia del *Bundesgericht* de 5 de febrero de 1986, porque el conocimiento de los archivos con los datos que interesan es necesario para la realización de un psicoanálisis o de una psicoterapia («Auskunft über den Vater», *cit.*, p. 287).

<sup>125</sup> Se afirma en la propia sentencia del *Bundesgericht* de 5 de febrero de 1986 [punto b)], que «según la nueva praxis del *Bundesgericht* la libertad personal protege, como derecho a la libertad principal, no sólo a la libertad de acción y a la integridad corporal, sino a todas las libertades que representan elementos decisivos del desarrollo de la personalidad» («Auskunft über den Vater», *loc. cit.*, p. 284).

<sup>126</sup> *Op. cit.*, pp. 261 y ss.

que debe ser considerada como una particular concreción del derecho a conocer el propio origen biológico <sup>127</sup>.

En Inglaterra, hasta 1975, los hijos adoptados se encontraban con muchas dificultades para obtener licencia judicial para consultar los Registros. La *Children Act* de 1975 autorizó que los adoptados mayores de edad pudiesen obtener información <sup>128</sup>. Curioso es, sin embargo, el hecho de que en Escocia el acceso a los Registros es libre desde 1930. En un trabajo allí realizado, del que habla Burke, se pone de manifiesto lo beneficioso que resulta psicológicamente conocer los orígenes genéticos <sup>129</sup>.

¿*Quid iuris* en Derecho civil común y en Derecho civil catalán?

El artículo 21 RRC permite informar acerca de la adopción. En él se dice que no se dará publicidad sin autorización especial de la filiación adoptiva. Autorización que según ese mismo artículo se concederá por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen un interés legítimo y razón fundada.

El interés legítimo a que alude el artículo 21 RRC creo que lo tiene siempre, sin más, el hijo adoptivo por el mero hecho de serlo, mientras que la razón fundada que justifica la petición de información sobre la filiación adoptiva, entiendo que debe demostrarla quien pruebe tener un interés legítimo. Como razones fundadas cabe apreciar el padecer un importante trastorno psíquico por las incógnitas sobre la filiación, o la necesidad de conocer el historial clínico de los padres biológicos, en vista, por ejemplo, a una inminente operación, o con el fin de prevenir o curar enfermedades <sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> En contra se pronuncian, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 117; y DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.*, p. 115. A favor, rebatiendo los argumentos de DEICHFUß, véase GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 368.

<sup>128</sup> Vide, BROMLEY/LOWE, *Bromley's Family Law*, London, 1992, p. 413; DEWAR/PARKER, *Law and the family*, London, 1992, p. 482; y CRETNEY/MASSON, *Principles of Family Law*, London, 1990, p. 706.

<sup>129</sup> Vide, *op. loc. cit.*, p. 1203.

<sup>130</sup> Desde otra perspectiva también se ha planteado en nuestro país, a raíz del asunto «El hijo adoptivo de Sara Montiel» (cfr. STS de 20 de febrero de 1989 y STC de 17 de octubre de 1991), si es admisible desde un punto de vista constitucional la revelación del origen de un hijo adoptado (en este caso, identificación de la madre natural y descripción de sus características personales y profesionales) a través de publicidad en la prensa cuando los padres adoptivos son personajes famosos.

El supuesto de hecho fue el siguiente: en un diario de gran difusión se publicó un artículo bajo el titular «La madre, XX, trabajaba en una barra americana» y con un subtítulo en el que se señalaba que «El hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante». A causa de estas declaraciones los padres adoptivos reclamaron una indemnización por intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad personal y familiar. En primera y en segunda instancia se estimó en parte la demanda. Los demandados plantearon recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Interpuesto el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional lo desestimó y afirmó: «Desde esta perspectiva de la dignidad de la persona, no cabe duda

En cambio, en Cataluña, creo que al hijo adoptivo mayor de edad (o emancipado) se le debe dejar consultar en cualquier caso el Registro civil para que conozca su ascendencia biológica, sin que tenga que demostrar una razón fundada que justifique su pretensión, *ex art.* 28 LPMA («... el adoptado, a partir de la mayoría de edad, puede ejercitar las acciones conducentes a averiguar quiénes han sido sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva») <sup>131</sup>. Y ello porque dentro de la expresión «acciones conducentes» de dicho precepto hay que considerar comprendida la facultad de consultar el Registro civil. En efecto, el artículo 28 LPMA al aludir a «acciones» en plural parece querer incluir todas las posibilidades o medios existentes en Derecho positivo de averiguar el verdadero origen biológico. Con esta interpretación la única restricción con que tropieza en Cataluña el derecho a conocer el propio origen biológico de un hijo adoptivo, ejercitado consultando el Registro civil, es el de la edad exigida para hacerlo valer, pues ha de tratarse de un mayor de edad o, en mi opinión, de un menor emancipado <sup>132</sup>. Presupuesto razonable por las repercusiones que en el estado psíquico y anímico del interesado puede tener el enterarse de la verdadera ascendencia biológica y que restringe mucho menos que el requisito de justificar una «razón fundada» (propio del Derecho civil común) el alcance del derecho a conocer el propio origen biológico.

#### 4.3.2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN

Para mejor tomar posición sobre si procede (o debería ser posible) ejercitar una acción judicial tendente a averiguar y declarar la filiación biológica de los hijos adoptivos, estimo que puede ser

---

que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo». Con estas palabras el Tribunal Constitucional viene a confirmar, con referencia a la adopción, que el derecho a conocer (y a dar a conocer) el propio origen, en cuanto afecta también al derecho a la intimidad personal, forma parte de la dignidad de la persona.

<sup>131</sup> Como observa ROCA TRÍAS, el derecho del adoptado a obtener información no parece limitado en absoluto, ni condicionado a la concurrencia de ninguna circunstancia. Los padres adoptantes, sin embargo, sólo podrán actuar cuando el conocimiento de los datos biogenéticos del adoptado sea indispensable para su salud; por tanto, sólo por una causa razonable suficientemente grave («Adopción y datos biogenéticos...»), *cit.*

<sup>132</sup> Habida cuenta de que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor» (*cf.* art. 323 C.c.), sin que quepa considerar que el ejercicio del derecho a conocer la verdadera filiación, consultando el Registro civil, sea uno de esos actos para los que un menor emancipado precisa el asentimiento de sus padres (recuérdese que las normas sobre emancipación del Código civil son aplicables supletoriamente en Cataluña).

útil echar previamente una ojeada a ordenamientos jurídicos foráneos antes de pasar a examinar esta cuestión en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán.

#### 4.3.2.1. *En Derecho comparado*

En ciertos países, en los que se distinguen dos tipos de adopción —la simple y la plena—, la solución es diferente según a cuál de ellas esté sujeto el adoptado, en función de los distintos efectos que se les atribuyen y las caracterizan. Así, mientras la adopción simple no entraña una ruptura con la familia de origen, la adopción plena la implica total.

Esta diversa configuración y alcance que tienen ambas clases de adopción —existentes, por ejemplo, en Francia y Portugal— trae como consecuencia que en el caso de la adopción simple se pueda establecer judicialmente, ejercitando la acción de reclamación, la filiación paterna real del adoptado, que no repercutirá para nada en la validez y los efectos de dicha adopción<sup>133</sup>. En cambio, si la adopción es plena no se permite la determinación judicial de la filiación biológica del adoptado<sup>134</sup>.

En Alemania, donde conforme al § 1755 BGB la adopción de un menor quiebra todos los lazos con la familia biológica y genera una nueva familia, la doctrina que ha abordado el problema de si cabe que el hijo adoptado promueva una acción para investigar su ascendencia biológica se halla dividida, aunque parece predomina-

---

<sup>133</sup> En este sentido se pronuncian HUET WEILLER («Adoption-France. L'adoption dans les principales législations européennes», *RIDC*, 1985, n.º 3, p. 628); y BENABENT (*Droit civil*, Paris, 1988, p. 448), por lo que se refiere al sistema francés. Y PEREIRA COELHO («Adoption-Portugal. L'adoption dans les principales législations européennes», *RIDC*, 1985, n.º 3, p. 684) por lo que respecta al sistema portugués.

<sup>134</sup> Véase HUET WEILLER, *op. loc. cit.*, p. 626; y PEREIRA COELHO, *op. loc. cit.*, p. 682. DE OLIVEIRA dice sobre esto, refiriéndose al sistema portugués: «destaca en este caso el derecho a la identidad como faceta del derecho a la integridad personal. La prohibición de establecer en juicio la ascendencia biológica [que sienta el 2.º párrafo del art. 1987 del Código civil lusitano] disminuye considerablemente la tutela global de la personalidad en una cultura como la nuestra, en la que a pesar de la atención dispensada a la relación adoptiva, el parentesco deriva fundamentalmente de la vinculación biológica. Mas, también reconozco el valor de las razones que pueden haber llevado a la prohibición: proteger y promover la relación adoptiva que según un juicio fundado y cuidadoso, satisface mejor el interés del hijo. Defender la tranquilidad de la adopción constituida es defender a la familia que conviene al menor. En estas condiciones, tengo que reconocer que el derecho a la identidad y a la integridad moral debe sufrir las restricciones necesarias, de tal modo que no se preste un mal servicio al propio titular. Así juzgo que debe aceptarse la prohibición de establecer judicialmente el vínculo biológico con los efectos tradicionales de la constitución del estado familiar. Aunque desearía que se respetase, hasta donde fuese posible, un derecho al conocimiento de la ascendencia biológica» (*Critério jurídico da paternidade, cit.*, p. 492).

minar la opinión de aquellos autores que están a favor de que se permita la investigación y determinación de la filiación real <sup>135</sup>.

Los adversarios de la tendencia dominante consideran que resulta incompatible lo establecido en el § 1755 BGB con la admisión de la determinación (tras la adopción) de la filiación biológica <sup>136</sup>.

Quienes, por el contrario, defienden la admisibilidad de la averiguación de la verdadera filiación y su determinación jurídica, aun a pesar de la existencia de la adopción, fundamentan su postura, sobre todo, en el derecho al conocimiento de la auténtica filiación <sup>137</sup>, y también en una razón de orden práctico, en el hecho de que la adopción puede extinguirse y el adoptado querer determinar su verdadera filiación <sup>138</sup>. Motivo por el cual parece que lo más acertado es —entiende ese sector de la doctrina alemana— permitir que la averigüe cuando aún existe la adopción, pues el relegar esa investigación a un momento posterior, concretamente, a cuando se extinga la adopción, puede dificultarla <sup>139</sup>.

En Suiza, la doctrina se ha encargado de destacar que la acción de reclamación de la paternidad no se puede ejercitar cuando el hijo ha sido adoptado, y que ello es así aun cuando el adoptante sea una mujer sola, pues con la adopción se rompen los lazos de filiación anteriores, también respecto del padre natural, incluso en esa hipótesis <sup>140</sup>.

#### 4.3.2.2. *En Derecho civil común*

Ya antes de la reforma del Código civil por la ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó, entre otras cosas, la adopción, sos-

<sup>135</sup> Pues según FRANK, una acción meramente declarativa de la relación biológica no existe en el Derecho alemán («Recht auf Kenntnis...»), *loc. cit.*, p. 117).

<sup>136</sup> Vide, GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München, 1980, p. 998; y FRANK, *op. loc. cit.*, p. 117.

<sup>137</sup> Así, ROTH STIELOW, *Soergel/Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, Stuttgart, 1981, p. 1426; FIESELER, *Alternativ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, Neuwied, 1981, p. 843; FRANK, «Die unterschiedliche Bedeutung...», *FamRZ*, 1992, p. 1367; y KLEINEKE *op. cit.*, pp. 276 y ss. (véase sobre todo la p. 288). Aunque este último autor no afirma expresamente que todo hijo adoptado tiene derecho a investigar su filiación biológica, creo que implícitamente así lo da a entender.

<sup>138</sup> Cfr., BEITZKE/LÜDERITZ, *op. cit.*, p. 355; ROTH STIELOW, *op. loc. cit.*, p. 1426; LÜDERITZ, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, München, 1987, p. 867; ULLENBRUCH, «Betreibung der Vaterschaftsfeststellung bei vorgesehener Adoption eines nichtehelichen Kindes?», *ZBJugR*, 1977, p. 426; y MUTSCHLER, *op. loc. cit.*, p. 119.

<sup>139</sup> Véase en particular LÜDERITZ, *op. loc. cit.*, p. 867; y ULLENBRUCH, *op. loc. cit.*, p. 426.

<sup>140</sup> Cfr. HEGNAUER en *Grundriß des Kindesrechts*, *cit.*, p. 91; y en *Berner Kommentar*, *cit.*, p. 351; y TERCIER, «L'action en paternité selon le nouveau Droit de la filiation», *ZBJV*, Bd. 114, 1978, p. 388.

tenía la doctrina que en nuestro Derecho no existía base legal alguna para impedir el reconocimiento de un hijo adoptado por parte de sus progenitores genéticos y menos la determinación judicial de su filiación biológica <sup>141</sup>.

Esta posibilidad de establecer la verdadera filiación después de haberse constituido el vínculo adoptivo fue confirmada por el art. 177-2 C.c., tras ser reformado en 1981 («la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado, no afecta a la adopción»). Norma que no fue modificada luego por la ley 21/1987, de 11 de noviembre, y que implícitamente permite a los hijos adoptivos reclamar judicialmente su filiación biológica <sup>142</sup>, la cual quedará determinada sin que ello incida para nada en la adopción, cuyos efectos seguirán produciéndose sin sufrir alteración alguna <sup>143</sup>.

Con esta regulación se hace patente que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación, no es, ni mucho menos, ajeno a nuestro Código civil, al ser expresamente respetado en caso de adopción por lo que hace al último aspecto examinado.

#### 4.3.2.3. *En Derecho civil catalán*

La ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, ha sabido llegar a un justo equilibrio entre el secreto o reserva de la información, actuaciones y trámites relativos a la adopción (*cf.* art. 34) y el respeto al derecho a conocer el propio origen biológico, que reconoce su artículo 28.

En atención a los términos con que está redactado este precepto y al principio de libre investigación de la paternidad propio del Derecho civil catalán, no parece desatinado pensar que en Cataluña será posible hacer valer el derecho a conocer el propio origen biológico ejercitando la acción de reclamación de la filiación, que la determinará sin que ello afecte a la filiación adopti-

---

<sup>141</sup> *Vide*, GAMBON ALIS, *La adopción*, Barcelona, 1960, p. 243. *Vide* también GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen de la adopción», *ADC*, 1971, p. 859.

<sup>142</sup> Véase en este sentido la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1987 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987.

<sup>143</sup> Decía sobre esto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, refiriéndose a la regulación de la adopción anterior a la actual de 1987: «es importante precisar que la adopción, incluso la adopción plena, no es incompatible con la “determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado” (cf. art. 177-I C.c.)». Puntualizando más adelante este mismo autor al abordar el tema de la investigación de la paternidad: «ningún tipo de filiación está excluido de modo absoluto (cf. art. 125), de la posible investigación. Ni siquiera cuando el hijo está sometido a adopción plena (cf. art. 177 II C.c.)» (*op. loc. cit.*, vol. 1.º, pp. 846 y 951).

va <sup>144</sup>. Solución que parece viable porque también para otros casos (v. gr., ejercicio de tal acción por los progenitores cuyo previo reconocimiento no fue consentido <sup>145</sup>) se contempla la posibilidad de que el único efecto de la acción de reclamación sea el de la mera determinación de la verdadera filiación (*cf.* art. 21 LFC).

Por otra parte, obsérvese que la edad impuesta por el art. 28 LPMA para poder ejercitar el derecho a conocer el propio origen biológico viene a coincidir con la edad a partir de la cual el hijo puede interponer por sí solo la acción de reclamación, lo que dota al ordenamiento jurídico catalán de gran coherencia en este punto. Sea como fuere, del art. 28 LPMA se desprende que legitimado para formular dicha acción con el mencionado fin sólo lo está el hijo adoptivo.

Dado que parece factible el ejercicio de la acción de reclamación en las condiciones vistas, carece de interés protegible una acción de mera investigación de la paternidad (que no la determine) en esta hipótesis. No hay por qué recurrir a mecanismos jurídicos nuevos, no contemplados expresamente en la ley, cuando con los existentes se puede lograr, con las debidas salvedades, una aceptable y correcta solución.

Así las cosas, puede decirse que el legislador catalán tuvo *in mente* el derecho a conocer el propio origen biológico en el momento de elaborar la ley sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, por ser su proyección en ella de nítida apreciación.

#### **4.4. El Derecho a conocer el propio origen biológico en caso de fecundación asistida con gametos de donante**

Los espectaculares progresos técnicos y los descubrimientos científicos de los últimos tiempos han posibilitado el desarrollo y utilización de las llamadas técnicas de reproducción artificial o asistida <sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Curiosa resulta la sentencia de 3 de noviembre de 1983, del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 6 de Barcelona (*RJC*, 1984-II, p. 541), dictada antes de entrar en vigor la actual ley de adopción catalana, en la que el Juez dio lugar a la demanda sobre reclamación de filiación y declaró la nulidad de la adopción plena, sin citar en la sentencia ninguna norma específica del derecho positivo, fundando las razones del fallo en que el juzgador tiene la humana misión de aplicar las leyes desarrollando su energía potencial y sincronizándolas con la vida para tratar de realizar la Justicia, mediante un amplio campo de creación inventativa reelaborando permanentemente las leyes para revitalizarlas, rejuvenecerlas y en definitiva para hacerlas eficaces y funcionales y evitar así su envejecimiento; y también en los principios de la equidad sirviéndose como vehículo de los principios generales del Derecho.

<sup>145</sup> *Vide, supra*, el epígrafe 4.1.2.2.

<sup>146</sup> Créo que no está de más recordar que en todas las técnicas de reproducción asistida se prescinde de la cohabitación sexual para lograr la fecundación. De ahí que

Por la incidencia que tienen estas modernas técnicas de reproducción en el Derecho de filiación no pueden pasar inadvertidas al jurista, que debe preocuparse de resolver los numerosos problemas jurídicos que plantean, con independencia de ciertos juicios de valor sobre su eticidad, oportunidad, límites y demás.

Al hablar de la fecundación asistida hay que distinguir dos tipos: 1.º la efectuada con gametos masculinos del varón de la pareja (FAH); 2.º y la practicada con gametos de un tercero (donante o dador) ajeno a la pareja o a la mujer que desea ser fecundada (FAD).

Cuando la fecundación asistida es del primer tipo, siempre que el varón la haya consentido, no surge ninguna dificultad nueva al hacer valer el derecho a conocer el propio origen biológico, pues nada obsta a que se averigüe la paternidad biológica. Los problemas aparecen en la fecundación asistida con aportación de donante.

La cuestión de si debe o no negarse al hijo nacido de FAD la posibilidad de conocer y averiguar su procedencia biológica o genética, está muy estrechamente relacionada con la de si debe preservarse o no el anonimato del dador. Se suele afirmar que la defensa del anonimato comporta la prohibición de investigar la paternidad, pues si se admitiese ésta ya no cabría hablar de anonimato. Por eso, los defensores del anonimato abogan por la proscripción de la investigación de la paternidad en la hipótesis de FAD<sup>147</sup> y niegan el derecho a conocer el propio origen biológico en este caso.

Veamos ahora cuáles son las razones alegadas a favor y en contra del anonimato con el fin de mejor argumentar después cuál

---

también se emplee el calificativo de «artificiales» para designarlas. Las principales técnicas de reproducción asistida son la inseminación artificial (IA), la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG).

Lo que diferencia a las distintas técnicas de reproducción asistida es el cómo y el dónde se produce la fecundación.

La especialidad de la IA radica en que los gametos masculinos son introducidos artificialmente en el cuerpo de la mujer, donde tiene lugar la fecundación.

A diferencia de la IA, en la FIVTE la fecundación es extracorpórea. La unión de los dos gametos se efectúa fuera del cuerpo de la mujer, implantándose luego el embrión en el útero, ya sea de la misma mujer a quien pertenece el óvulo, o de otra.

Con la TIG la fecundación se verifica, como en la IA, directamente en el cuerpo de la mujer, pero se diferencia de ésta en que no sólo son introducidos artificialmente los gametos masculinos, sino también los femeninos.

Por ser prácticamente idénticos los problemas que pueden suscitarse respecto del derecho a conocer el propio origen biológico al aplicar cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, cuando aluda a la FA hay que entender comprendidas la IA, la FIVTE y la TIG.

<sup>147</sup> Véase por todos LLEDÓ-YAGÜE, «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana», *La Ley*, 1985-2, p. 1013.



es (o debería ser) el alcance del derecho a conocer la ascendencia biológica en el supuesto de FAD.

No se le oculta a nadie que dado el gran relativismo que hay en todo lo jurídico en general, y en este punto concreto en particular, es defendible —prescindiendo ahora de regulaciones positivas concretas— tanto el anonimato y la prohibición de investigar la paternidad, como lo contrario <sup>148</sup>.

Intentaré, no obstante, demostrar por qué estimo más conforme con los designios de la Constitución que se permita al hijo indagar la identidad del donante cuando ha mediado una FAD. Con tal fin, trataré de rebatir primero los argumentos que esgrimen los partidarios del anonimato, para pasar a exponer luego los que aducen sus detractores.

Los principales argumentos que se suelen invocar para fundamentar el anonimato y prohibir consecuentemente la investigación de la paternidad son:

1.º Favorecer la donación de gametos. El estamento médico, sobre todo, acostumbra a decir que si no se admitiese el anonimato muy pocos hombres estarían dispuestos a donar sus gametos por el temor de que algún día se pudiese llegar a conocer su identidad y a reclamarles responsabilidades con respecto al niño, lo que conduciría a la desaparición de estas técnicas por falta de medios vitales para hacer posible su realización <sup>149</sup>.

2.º Evitar un posible quebrantamiento de la paz, estabilidad y unidad de la familia en la que el hijo se halla integrado, por la interferencia afectiva de otra persona (el dador) <sup>150</sup>.

3.º Proteger al varón que consintió la FAD y que figura como padre, de posibles atentados contra su intimidad, impidiendo que se ponga al descubierto su ineptitud para engendrar y la inexistencia de un lazo biológico entre él y el hijo.

4.º El respeto que merece el derecho a la intimidad del dador. Nadie tiene por qué saber el uso que éste hace de su fuerza genésica, ni que la donación de sus gametos ha hecho posible el nacimiento de un nuevo ser humano.

<sup>148</sup> Vide, PATTI, «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Dir. fam.*, 1987, p. 1317.

<sup>149</sup> Consúltese, FRANK («Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 120); PANTALEÓN («La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida», *La filiación a finales del siglo XX. II Congreso Mundial Vasco*, Vitoria, 1987, p. 293), que considera que es el argumento fundamental común a todos los partidarios de garantizar legalmente el anonimato del dador; GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, p. 111; y LLEDÓ YAGÜE (*Acciones de filiación*, Madrid, 1987, p. 248).

<sup>150</sup> Véase, en particular, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ («Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas», *RGLJ*, 1986, 4, p. 496), que es partidaria de mantener el anonimato a ultranza; y SHAMAN, «Legal Aspects of artificial insemination», *Journal of family Law*, vol. 18, 1979-80, p. 340.

5.º Con la preservación del anonimato se evita la eventualidad de problemas de conciencia, sea en el donante, sea en el receptor, sea en los dos; y en particular que alguien abuse de la situación a través del chantaje <sup>151</sup>.

6.º El conocimiento por el hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo que no favorecerá en modo alguno su bienestar y desarrollo <sup>152</sup>.

Todos estos argumentos me parecen insuficientes para que pueda predominar la postura favorable al anonimato, entre otras razones, porque excepto el último, todos los otros piensan antes en el interés de los padres y del donante que en el interés más digno de protección que es el del hijo, con quien no se contó para nada al realizar la FAD.

En mi opinión, dichos argumentos son rebatibles <sup>153</sup>, sobre todo si se tiene la convicción de que el derecho a conocer el propio origen genético es uno de los «derechos inviolables» a que alude el art. 10 CE.

Se debilita la trascendencia del primer argumento si se parte de la premisa de que el derecho a conocer la auténtica ascendencia no tiene por qué implicar que se pueda ejercitar contra el progenitor biológico una acción de reclamación, con todas las secuelas personales y patrimoniales que de ella derivan <sup>154</sup>. Si se admitiera esto, el temor de los donantes quedaría reducido en ese caso a que se conociera su identidad y no más. El proscribir el anonimato del dador tal vez traería consigo, al principio, una decadencia de este procedimiento que, sin embargo, creo que se superaría si se llegase a aceptar sin reparos, como algo normal y no excepcional, la FAD, pues seguramente entonces los donantes aportarían sus gametos movidos por una responsable y madura actitud de cooperación <sup>155</sup>. Y si así no sucediera más valdría que desaparecieran

---

<sup>151</sup> Vide, LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, cit., p. 248; y «Reflexión jurídica...», loc. cit., p. 1013.

<sup>152</sup> Así, LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, cit., p. 248. Consúltese también sobre esto, GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 111.

<sup>153</sup> En este sentido se pronuncia respecto de algunos de ellos RIVERO, en «Aspectos jurídico-privados más relevantes de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida», *BIMJ*, 1989, p. 565; y en «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», loc. cit., p. 157.

Véase sobre el rechazo del anonimato en Alemania, por todos, BUSSE, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

<sup>154</sup> Pues como observa RIVERO, en algunos casos la verdadera preocupación de fondo que lleva a defender el anonimato es la de impedir cualquier relación jurídica y reclamación de derechos entre donante y nacido («La investigación de la mera relación biológica...», loc. cit., p. 156).

<sup>155</sup> Así parece que ha sucedido en Suecia, donde el artículo 4 de la ley de 2 de diciembre de 1984 garantiza el derecho del niño a conocer, si lo desea, la identidad del donante de semen. Según EWERLÖF, una encuesta realizada por la Comisión sobre

estas técnicas de reproducción, que negar al hijo el derecho de la personalidad que tiene al conocimiento de su origen biológico que es más valioso, sin lugar a dudas, que el capricho o el deseo de unos adultos en devenir padres.

La ruptura de la paz y estabilidad familiar, así como el supuesto perjuicio psíquico que puede suponer para el niño saber que parte de su herencia genética la recibió de un hombre extraño, no es razón suficiente para imponer el anonimato<sup>156</sup>, porque esa «ruptura» o ese «perjuicio» de que hablamos podría producirse con más gravedad, si a pesar del intento de los padres formales de ocultar al hijo las circunstancias relativas a su nacimiento, éste se enterara por otras personas de que aquél que se comporta y figura como su padre no es su progenitor biológico<sup>157</sup>.

---

inseminaciones en el Karolinska Sjukhuset de Estocolmo mostró que 4 de cada 12 donantes del hospital podían pensarse seguir actuando como tales aunque no fueran anónimos [«La inseminación artificial. Debates y legislación», *Actualidades de Suecia*, publicado por el *Svenska Institutet*, n.º 329, febrero 1985, p. 9 (la traducción es de Felipe Mena)]. Dice SVERNE (refiriéndose a la supresión del anonimato en la IAD en Suecia) que aunque es demasiado pronto para predecir el futuro, hay buenas razones para suponer que la inseminación continuará, pero ahora bajo mejores condiciones para los niños concebidos mediante ella («The Swedish view of artificial insemination by donor», *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zürich, 1986, p. 177).

Según ANDREW, una encuesta realizada en la Universidad de Deskin, en Vitoria, Australia, revelaría que el 60 por 100 de los donantes consultados dijeron que no veían ningún problema en que el niño contactara con ellos luego de cumplir los dieciocho años (*apud* ZANNONI «La genética actual y el Derecho de familia», *Comunicación al Congreso Hispano-americano de Derecho de familia*, Cáceres, octubre de 1987, p. 12, nota 24).

<sup>156</sup> Para PANTALEÓN, «es una falacia de la peor especie, por cuanto pretende presentar a la víctima como protegido, el utilizar a favor de la garantía legal del anonimato del donante de semen el argumento de que el hijo “podría recibir un daño psíquico y afectivo que perjudicará su bienestar, al conocer que su origen genético está fuera de la familia a la que pertenece”. Dejemos de lado, aunque de por sí sería respuesta bastante (como es también frente al intento de fundamentar el anonimato del donante el mantenimiento de la paz, la integración, la consolidación y la estabilidad de la familia), que la conclusión final consecuente de dicho argumento sería la de prohibir de manera absoluta, en frontal contradicción con lo dispuesto en el artículo 39-2 de la Constitución, la investigación de la paternidad de los hijos adúlteros y adoptivos» («La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 291).

<sup>157</sup> La experiencia en materia de adopción demuestra que es incluso aconsejable, en cuanto resulta menos perjudicial y doloroso moralmente para el hijo, que los padres adoptivos le revelen, cuando haya alcanzado la madurez suficiente, las circunstancias de su generación, antes de que se entere por otras fuentes, y se dé cuenta de que sus padres sociales no han sido sinceros con él (*vide supra*, el epígrafe 4.3.1.).

La Comisión sueca sobre inseminaciones, cuando se elaboraba la ley de 1985, adujo que «a falta de investigaciones sobre los niños nacidos de inseminación artificial, se debe tener en cuenta las realizadas sobre las necesidades de los hijos adoptivos y su interés por conocer su origen biológico. Las investigaciones en ese campo en Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña muestran que un hijo adoptivo siente una gran necesidad de conocer su filiación y que la posibilidad de averiguarlo tiene una gran importancia para su evolución. En los trabajos preparatorios de la nueva ley se

Por otra parte, hay más motivos para pensar que será el anonimato y no la posibilidad de que el hijo conozca la identidad de su progenitor lo que puede dar lugar a problemas de conciencia o a chantajes, que muy bien pueden evitarse no haciendo del anonimato una regla de juego inquebrantable.

Además, una cosa es que el legislador ordinario garantice que alcanzada la madurez suficiente, el nacido a consecuencia de una FAD puede, si así lo desea, conocer la identidad de su progenitor biológico<sup>158</sup>, y otra muy distinta que se establezca que el nacido de una FAD tendrá, quiéralo o no, conocimiento de las circunstancias de su generación y de la identidad de aquél. Esto último no sería recomendable que ocurriera por tratarse de una materia que afecta de lleno a la intimidad de la persona, en la que no debe interferirse el poder público<sup>159</sup>.

Dudoso es que el conocimiento de la identidad del dador por el hijo perturbe la intimidad del padre social o la del dador, tal como la configuran el art. 18-1 CE y la ley 1/1982, de 5 de mayo<sup>160</sup>. Mas, aunque así fuera, el derecho a la intimidad del padre social y del dador deben quedar relegados a un segundo plano<sup>161</sup>, por el hecho de que ningún derecho es absoluto y debe ceder ante

---

hace constar en un principio lo importante que es una actitud sincera y abierta por parte de los padres respecto del niño. Por eso mismo, los padres deben contarle, tan pronto como sea conveniente cómo fue engendrado» (EWERLÖF, *op. loc. cit.*, p. 8).

<sup>158</sup> Aunque quizás al hijo en muchos casos no le preocupará su origen genético si ha hallado un equilibrio psíquico y afectivo conviviendo con otras personas distintas a sus progenitores biológicos.

<sup>159</sup> Véase en este sentido PANTALEÓN, «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, pp. 291 y 292.

Como puntualiza GOMEZ SANCHEZ (*op. cit.*, p. 126), los poderes públicos no sólo quedan obligados a no impedir que el hijo pueda conocer su origen genético y biológico, sino que, quedan expresamente obligados a facilitar efectivamente tal conocimiento (pero esto último sólo, en mi opinión, si el hijo lo solicita).

<sup>160</sup> Así lo entiende también RIVERO, «La investigación...», *loc. cit.*, pp. 157 y 158.

<sup>161</sup> Como observa VIDAL MARTÍNEZ: «el pretendido anonimato no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada —el hijo y su derecho a la intimidad—, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación. De este modo el mantenimiento del anonimato concebido como secreto absoluto, y no como lo que debe ser, simple protección de la intimidad de las personas implicadas, podría llevar a una consecuencia directamente opuesta a la pretendida por derecho a la intimidad. A saber: La instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico, o a contar con ese dato para la defensa de intereses morales o materiales» («Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho civil: Introducción y panorama general», *RGD*, 1986, p. 3718).

Véase, también, sobre el conflicto que se plantea entre derecho al conocimiento del origen genético del hijo nacido de FAD, y el derecho a la intimidad de otras personas implicadas, ROBERTSON, «Embryos, families, and procreative liberty: the legal structure of the new reproduction», *S. Cal. L. Rev.*, vol. 59: 939, 1986, pp. 1015 y ss.

otro considerado prevalente, como me parece que lo es el del hijo nacido gracias a FAD a conocer su origen biológico <sup>162</sup>.

Una vez refutados los argumentos esgrimidos por los defensores del anonimato y de prohibir la investigación de la paternidad, obligado resulta exponer, para consolidar la posición que estimo correcta, con fundamento en qué preceptos de la Constitución puede defenderse, en la hipótesis de FAD, el derecho al conocimiento de la auténtica ascendencia.

Para mí, el precepto cardinal es el art. 10-1 CE <sup>163</sup>, básicamente por dos razones: porque negar al hijo ese derecho va contra la dignidad de la persona, al degradar al niño a la condición de objeto, de juguete ansiado por otros sujetos <sup>164</sup>; y porque el no reconocimiento de dicho derecho supone obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad del hijo <sup>165</sup>.

En estos argumentos (sobre todo en el primero) se basa la mayoría de la doctrina alemana <sup>166</sup> para sostener que el anonimato

<sup>162</sup> Para algunos autores alemanes como STARCK («1. Teilgutachten...»), *loc. cit.*, pp. 23 y ss.); COESTER-WALTJEN («Les problèmes juridiques de la procréation artificielle. Discussion», *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Zürich, 1986, p. 188); y GIESEN («Heterologe Insemination — Ein neues legislatorische Problem? Zu einer Gesetzgebungsiniciative des Euroaparats», *FamRZ*, 1981, 5, p. 417.), el dador no tiene derecho alguno protegible al anonimato frente al del hijo a conocer su origen.

<sup>163</sup> *Sic*, RIVERO, «La investigación...», *loc. cit.*, p. 163; y ROCA TRÍAS, «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», *La filiación a finales del siglo XX. II congreso Mundial Vasco*, Vitoria, 1987, p. 42.

<sup>164</sup> En este sentido, PANTALEÓN, «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663. También para PATTI este es un argumento decisivo (*op. loc. cit.*, p. 1323).

<sup>165</sup> Según PATTI, entre los argumentos aducidos a favor del derecho a conocer el propio origen biológico, tiene particular relieve el atinente al libre desarrollo de la personalidad (*op. loc. cit.*, p. 1322).

<sup>166</sup> *Vide*, BUSSE, *op. cit.*, *passim.*, sobre todo las pp. 18, 105, 137 y 192; KRÜGER («Unehelichen Kinder», *loc. cit.*, p. 362); HERZOG (*Die heterologe Insemination in verfassungsverrechtlicher Sicht*, Würzburg, 1971, pp. 16 y 32); JAHN («Der Bundesjustizminister zur künstlichen Insemination», *Dt. Arzteblatt*, 1972, 6, p. 310), que subraya que no se puede partir, para negar al hijo el derecho que tiene a la averiguación de su filiación sanguínea, de que en el supuesto de inseminación, este interés es menos digno de protección que en otros casos; SCHWALM («Juristischen Bemerkungen zur humanen artifiziiellen Insemination», *Med. Klin.* 69, Nr. 38, 1974, p. 1558), quien además observa que el legislador debe expresamente prohibir la *Samengemisch* (mezcla de semen), porque tal práctica va contra la dignidad humana, ya que todo hijo tiene derecho a saber quién es su padre; KLEINEKE (*op. cit.*, Göttingen, 1976, pp. 292 y ss., véase sobre todo la p. 303); GIESEN («Heterologe Insemination...», *loc. cit.*, p. 416); KOLLHOSSER («Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen», *JA*, 1985, p. 557); DURIG (*op. loc. cit.*, p. 19); la conclusión III-7.<sup>a</sup> del 56. Deutscher Juristentag («56. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse» *NJW*, 1986, p. 3069); COESTER-WALTJEN («2. Teilgutachten...»), *loc. cit.*, p. 53; «Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen- rechtliche Probleme von morgen?», *FamRZ*, 1984, p. 233; «Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind», *NJW*, 1983, p. 2059; «Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *loc. cit.*, p. 372; y «Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft», *NJW*, 1982, p. 2532);

vulnera el derecho al conocimiento de la verdadera procedencia biológica <sup>167</sup> que, como vimos, derivan de los artículos 1-I y 2-I de la *Grundgesetz*, en los que se declara intangible la dignidad de la persona y se consagra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

El derecho a conocer el origen genético, contribuye también al desarrollo de la personalidad del hijo (art. 10-1 CE) <sup>168</sup>, en cuanto le puede ayudar a superar una posible crisis de identidad <sup>169</sup> (así como a evitar los consiguientes perjuicios psicológicos que de la misma deriven), causada por la ignorancia de su raíz genética <sup>170</sup>.

---

STARCK («1. Teilgutachten...»), *loc. cit.*, pp. 23 y ss.); HARDER («Wer sind Vater und Mutter? - Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin», *JuS*, 1986, p. 507); LAUFS («Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen», *JZ*, 1986, p. 772); PÜTTNER/BRÜHL («Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung», *JZ*, 1987, pp. 532 y 533); SCHUMACHER («Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht», *FamRZ*, 1987, p. 319); LAUFF/ARNOLD («Der Gesetzgeber und das "Retortenbaby"», *ZRP*, 1984, p. 282); MÜLLER («Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation», *FamRZ*, 1986, pp. 635 y 636); ZIMMERMANN («Die heterologe künstliche Insemination und das geltende Zivilrecht», *FamRZ*, 1981, pp. 930 y 932); BECKER, «Ethische und rechtliche Probleme um das Retorten-Kind», *ZBLJugR*, 1979, p. 243; y DEICHFUß, *Abstammungsrecht, cit.*, pp. 178 y ss.

En cambio, parece que para ZIPPELIUS la interpretación según la cual la inseminación heteróloga anónima va contra el artículo 1 GG es discutible, ya que depende del concepto que se tenga, o de la valoración personal que se haga, de la dignidad humana [«art. 1 GG, Zweitebearbeitung 1966, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)*, Loseblattsammlung, Hamburg, 1966, pp. 17 y 18].

A favor del derecho a conocer el origen biológico se pronuncian en Suiza BUCHLI-SCHNEIDER, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Bern, 1987, pp. 97 y ss.; y DUBLER-NÜSS, *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Berne, 1988, pp. 266 y ss. En contra, SCHAUMANN, *Die heterologe künstliche Insemination*, Freiburg, 1991, p. 147. Adopta una posición más bien ecléctica, BRÜCKNER, Christian, «L'insémination artificielle. Donneur anonyme ou non?», *ZZS*, pp. 222 y ss.

<sup>167</sup> En contra del anonimato se manifiesta expresamente en Italia LANZILLO, «Fecondazione artificiale, "locazione di utero", diritti dell "embrione"», *Corriere giuridico*, 1984, p. 638. Para LOMBARDI VALLAURI («Bioética, potere, diritto», *Iustitia*, 1984, 6, p. 27), un principio de ética natural en el ámbito de las relaciones entre embrión y progenitores pueden ser (entre otros) el derecho de conocer a los propios padres genéticos, a no ser hecho nacer *figlio de nessuno*.

Véase también DE LEO («Note sulla fecondazione artificiale», *Legalità e giustizia*, 1984, pp. 795 y 800) para quien el derecho a la identidad genética es personalísimo.

<sup>168</sup> Consúltese, BLASCO GASCÓ, «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, pp. 702 y 704.

<sup>169</sup> Que DÜNNEBIER llama *phylogenetischen Heimweh* (nostalgia o añoranza filogenética). («Die strafrechtlichen Probleme der künstlichen Insemination», *MSchrKrim*, 1960, p. 132).

<sup>170</sup> Invocan también este argumento KLEINEKE, *op. cit.*, p. 298; BUSSE, *op. cit.*, pp. 19 y 138; HERZOG, *op. cit.*, p. 33; COESTER WALTJEN, «2. Teilgutachten. Zivilrechtliche Probleme...», *loc. cit.*, p. 53; BUCHLI-SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 98; BECKER, *op. loc. cit.*, p. 243; SHAMAN, *op. loc. cit.*, p. 338; ESER, «Thesen zur Reproduktionsmedizin und Humangenetik aus rechtlicher und sozialpolitischer Sicht», *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985,

Y sobre todo, porque el conocimiento del código genético y del historial clínico del dador puede ser crucial para diagnosticar enfermedades y corregir anomalías hereditarias<sup>171</sup>. Estas consideraciones hallan también apoyo legal en el art. 15 CE, en el que se proclama el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica<sup>172</sup>.

A mi modo de ver, este derecho no queda totalmente salvaguardado concediendo al hijo únicamente el derecho a saber el código genético del donante, pues en muchas ocasiones eso no le bastará<sup>173</sup>. Piénsese, por ejemplo, en que puede resultar necesario un trasplante de médula que haya de provenir de su progenitor biológico, amén de que el mero conocimiento de unos datos científicos escritos en un papel difícilmente remediarán los serios trastornos psíquicos que puede sufrir el hijo a causa de la imposibilidad de averiguar la identidad de su progenitor<sup>174</sup>.

Es más, puede suceder que el hijo dude sobre si su nacimiento se debió a una fecundación «artificial» o a una fecundación «natural». En ese caso el derecho a saber el código genético del progenitor (para aquéllos que a esto reducen el derecho al conocimiento del origen biológico en caso de FAD) se malograría<sup>175</sup> pues el hijo no tendría más datos sobre ello que los recogidos en los documentos médicos u oficiales pertinentes, sin posibilidad de

Zürich, 1986, p. 313; y HOFMANN, «Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation - Wissenschaft im rechtsfreien Raum?», *JZ*, 1986, p. 257.

<sup>171</sup> Véase la conclusión III-7 del 56. DJT (*loc. cit.*, p. 3069); COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten...», *loc. cit.*, p. 53; BUSSE, *op. cit.*, p. 18; ESER, *op. loc. cit.*, p. 313; HARDER, *op. loc. cit.*, p. 507; LANZILLO, *op. loc. cit.*, p. 638; y SHAMAN, *op. loc. cit.*, p. 339.

<sup>172</sup> Así, PANTALEÓN, en «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 289; y en «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663.

<sup>173</sup> Pues como dice con acierto RIVERO: «la preocupación de toda persona por su origen —que no es de ahora, y de la que hay rastros en la literatura universal y reflejo en todos los Derechos— no queda satisfecha con saber únicamente que lleva genes de un hombre blanco, alto, rubio, con Rh positivo y sano, pero depresivo. Hay otros muchos datos que interesan menos a los médicos y más a la persona, como son los caracteriológicos y demás (por ejemplo, si su padre es un hombre bien plantado o no, y cómo envejece, y muchas otras cosas que con un poco de imaginación cabe adivinar), datos que, como el de la propia identidad de la persona del donante, no veo razón suficiente para serle negados a quien los va a arrastrar toda su vida sin haberlos elegido» («La investigación...», *loc. cit.*, p. 160). Consúltese del mismo autor «Aspectos jurídico-privados...», *loc. cit.*, p. 567.

<sup>174</sup> Se plantea COESTER-WALTJEN (*op. loc. ult. cit.*, p. 64) si es suficiente con que el hijo conozca el código genético de su auténtico padre para curar enfermedades e impedir el incesto. A su modo de ver, esto no le basta con seguridad al hijo en la búsqueda de su identidad, pues éste no necesita ninguna fórmula química, sino por lo menos la presentación de un hombre con un nombre («2. Teilgutachten...», *loc. cit.*, p. 64).

Véase en sentido diferente, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, pág. 120.

<sup>175</sup> Vide COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten...», *loc. cit.*, p. 64; y SPANN, «Die rechtliche Situation der In-vitro-Befruchtung des menschlichen Eies», *MMW*, 1983, p. 357.

verificar si el dador es realmente su progenitor —mediante una acción judicial dirigida contra él—, ni de actuar en consecuencia —tratando de averiguar a quién debe parte de la herencia genética que recibió, si no resultara ser el donante su progenitor—.

No me parece, sin embargo, del todo oportuno fundamentar el derecho al conocimiento de la ascendencia biológica, en el supuesto de FAD, en el art. 39-2 CE <sup>176</sup>, porque entiendo que este precepto piensa en una investigación de la paternidad encaminada a hacer posible la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la paternidad derivada de la cohabitación.

El invocar junto al artículo 39-2 CE el art. 14 CE no salva, a mi juicio, la objeción que acabo de hacer, puesto que la pretendida igualdad de todos los hijos no se consigue en este caso, a pesar de lo que sostienen algunos autores <sup>177</sup>, concediendo a los nacidos de FAD la posibilidad de investigar la paternidad con el alcance que tiene en la Constitución, que funcionalmente se instrumentaliza mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad. Entiendo que esto es así porque con dicha acción se persigue no sólo que se declare qué padre biológico es el varón a quien pertenecen los gametos, sino también que se determine la filiación, y se produzcan, por regla general (salvo en el supuesto de adopción y en algún otro caso), los efectos patrimoniales y personales derivados de la misma. Efectos que los hijos nacidos por FAD ya disfrutaban respecto de su padre formal, por lo que no pueden pretender conseguir lo mismo del donante, ya que entonces la pretendida igualdad se tornaría en desigualdad a favor de estos últimos.

Dos argumentos más se han aducido en contra del anonimato.

Como observa Pantaleón <sup>178</sup>, la admisión del anonimato sería

---

<sup>176</sup> Cfr. PANTALEÓN, «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 289; «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663; y BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, p. 701.

<sup>177</sup> En cambio, dice PANTALEÓN: «a quien me conteste que, cuando se redactó este precepto [el autor se refiere, obviamente, al 39-2 CE] el legislador no tenía en mente en absoluto las nuevas técnicas de reproducción humana, le pediré simplemente, con el artículo 14 CE en la mano, que tenga a bien indicarme qué razón puede justificar razonablemente que carezca de tal derecho [de investigar la paternidad] el nacido a consecuencia de una inseminación artificial heteróloga, cuando sin duda alguna lo tienen todos los hijos no matrimoniales concebidos de manera natural: también los adulterinos, aunque el marido hubiera consentido el adulterio de su mujer y decidido aceptar al hijo como suyo» («La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 289; «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663).

Comparto con este autor la idea de que los hijos nacidos de FAD tienen igual derecho que los otros a conocer su origen genético. Ahora bien, en lo que discrepo es en el fundamento que le dan al mismo, ya que a mi juicio no hay que buscarlo en el art. 39-2 C.c. —insisto, porque el legislador constituyente lo redactó sin pensar en la FAD—, sino en el art. 10-1 CE, como vengo sosteniendo en este trabajo.

<sup>178</sup> Vide, «La responsabilidad civil...», *loc. cit.*, p. 290; y «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663.



inconstitucional por contrariar el art. 15 CE en relación con el art. 24-1 CE (derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos) por cuanto la garantía legal estricta del anonimato privaría de hecho a quien ha nacido con taras físicas o psíquicas de la posibilidad de exigir las correspondientes responsabilidades al donante de semen, caso de ser dichas taras imputables a una conducta dolosa o culposa de éste.

Se ha hablado además, de que el conocimiento del dador permite evitar el riesgo de consanguinidad o incesto <sup>179</sup>, que en cualquier caso se pretende prevenir, o por lo menos atenuar, limitando el número de embarazos que se pueden provocar con los gametos de un mismo dador.

Veamos ahora cuál es la proyección real del derecho a conocer el propio origen biológico en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán en el supuesto de FAD.

#### 4.4.1. EN DERECHO CIVIL COMÚN

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, si bien no excluye el derecho a conocer el propio origen biológico en el supuesto de FAD, sí lo restringe enormemente, más de lo que debería.

Proclama en el pfo. 1.º del art. 5, como regla general, el anonimato de la donación («la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto, y en clave, en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes»). Pero a reglón seguido (en el pfo. 2.º), de forma un tanto incoherente, niega primero la posibilidad de que pueda llegar a conocerse la identidad del dador («los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad»), permitiendo, en cambio, luego, que en casos extremos (de «comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales» <sup>180</sup>) pueda saltarse por encima de la regla del anonimato, revelando la identidad del dador de gametos, lo que en ningún caso implicará la determinación legal de la filiación (*cfr.* arts. 5-3 y 8-3 LTRA) <sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Así, la conclusión III-7 del 56. DJT (*loc. cit.*, p. 3069); BUSSE, *op. cit.*, p. 19; BENDA, «Humangenetik und Recht-eine Zwischenbilanz», *NJW*, 1985, p. 1732; LANZILLO, *op. loc. cit.*, p. 638; y SHAMAN, *op. loc. cit.*, p. 339. En sentido diferente, FRANK, «Recht auf Kenntnis...», *loc. cit.*, p. 119.

<sup>180</sup> Según PANTALEÓN, esta segunda excepción al anonimato que prevé el artículo 5-3 LTRA es bastante críptica y parece estar pensado en las hipótesis de conducta delictiva por parte del donante que dolosamente oculta ser portador de una enfermedad genética o hereditaria («Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663).

<sup>181</sup> La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asis-

A mi modo de ver, el legislador debió preservar de entrada el anonimato, pero no de un modo total y absoluto, sino atemperado respecto del hijo. Este, por ser el principal interesado y no haber podido intervenir en el momento de decidir si se llevaba o no a cabo la FAD, debería tener la oportunidad, al llegar a una cierta edad<sup>182</sup>, de conocer su procedencia biológica. Y ello no solo dándole la posibilidad de consultar un Registro dispuesto a tal efecto, sino incluso permitiéndole ejercitar una acción judicial tendente a averiguar si la persona que en él consta como su progenitor genético lo es en realidad<sup>183</sup>.

Así las cosas, cabe, sin embargo, cuestionar si existe algún mecanismo a través del cual los nacidos de FAD pueden hacer valer el derecho al conocimiento de su auténtica ascendencia fuera de los casos excepcionales en que legalmente se les permite, sin que ello traiga aparejada la determinación de la filiación biológica y la producción de sus efectos típicos.

La verdad es que veo muy difícil —y sería lo único admisible— que proceda ejercitar, en cualquier caso, una acción de mera investigación de la paternidad tendente a averiguar la ascendencia biológica —insisto, sin que ello comporte la determinación de la filiación—, por quedar esta posibilidad, claramente, al margen de la ley. Con todo, podría intentarse con fundamento en el derecho a conocer el propio origen biológico, bajo el argumento de que el ejercicio de este derecho —salvando las distancias— no está vedado en el supuesto análogo de la adopción.

Por otra parte, no hay que perder la esperanza de que nuestros Tribunales, llegado el caso, hagan una interpretación extensiva de los supuestos en que está autorizado quebrantar el anonimato<sup>184</sup>.

El alcance del derecho a conocer el propio origen biológico resulta así muy restringido en el Derecho común por lo que a la FAD se refiere.

---

tida, ha sido tachada de inconstitucional por algunos autores, debido sobre todo a que prevé el anonimato del donante (*sic*, PANTALEÓN, «Contra la ley...», *loc. cit.*, p. 663; GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 113; y BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, p. 701).

<sup>182</sup> A la mayoría de edad, o incluso antes, cuando haya alcanzado la madurez suficiente. En la conclusión III-7-e) del 56. DJT (*loc. cit.*, p. 3069) se dice que el legislador tiene que garantizar que el hijo pueda tomar conocimiento de las circunstancias de la FAD a partir de los dieciséis años. Véase en este sentido BUSSE, *op. cit.*, p. 150.

<sup>183</sup> Así, MANSEES, *op. loc. cit.*, p. 2987.

<sup>184</sup> También RIVERO se pronuncia a favor de una interpretación benévola y liberal de la expresión «circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo», que permita entender comprendidas no sólo graves enfermedades físicas, sino aquellas alteraciones psíquicas que afecten tan profundamente a la personalidad del hijo que amenacen muy seriamente su integridad o equilibrio personal, psicofísico («Aspectos jurídico-privados...», *loc. cit.*, p. 568).

#### 4.4.2. EN DERECHO CIVIL CATALÁN

No hay ningún precepto en el Derecho civil catalán del que poder deducir cuál es la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en el ámbito de la FAD. De ahí que se suscite la duda de si son aplicables las normas sobre el anonimato de la Ley 35/ 1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida en Cataluña. Para dar respuesta a esta pregunta hay que partir de tres premisas: 1.<sup>a</sup> El Derecho estatal es supletorio del Derecho civil catalán en virtud del art. 149-3 CE, del art. 9-2 EC y de la disp. final 4.<sup>a</sup> Comp. cat.; 2.<sup>a</sup> La FAD no es una institución desconocida que el legislador catalán no ha querido regular adrede excluyéndola de su sistema jurídico, sino todo lo contrario, pues alude a ella en algún precepto (*cf.* 2-1 LFC), por lo que existe una laguna legal en este punto; 3.<sup>a</sup> Cualquier solución que se acoja no puede ir en contra de los principios propios del Derecho civil catalán (*cf.* art. 1-2 y disp. final 4.<sup>a</sup> Comp. cat.).

En mi opinión cabe dar dos posibles interpretaciones al silencio de la ley: 1.<sup>a</sup> Considerar que el legislador catalán no reguló lo referente al anonimato por estimar que excedía de su competencia y, por tanto, ese aspecto debe regirse por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida; 2.<sup>a</sup> Entender que la regulación de dicha ley sobre la cuestión relativa al anonimato no es aplicable en Cataluña, de un lado, porque atañe de lleno a la filiación que es materia sobre la que el legislador catalán tiene plena competencia y, de otro, porque va contra el principio de libre investigación de la paternidad vigente en Cataluña y de siempre respetado.

Aun con ciertas reservas me inclino por la segunda interpretación <sup>185</sup>, por parecerme más verosímiles los argumentos esgrimidos a su favor, ya que el ordenamiento jurídico catalán tiene vocación de plenitud en materia de filiación. Ello me lleva a examinar la cuestión de la proyección que el derecho a conocer el propio origen biológico puede tener en Cataluña en el ámbito de la FAD.

Una primera aproximación a esta cuestión podría suscitar la idea de aplicar analógicamente a esta hipótesis todo lo dicho en páginas anteriores respecto de la adopción, por lo que de parecido tiene a la FAD. Lo que implicaría determinar la paternidad del donante de gametos, que quedaría establecida jurídicamente sin que esto afectara para nada a la filiación paterna formal que ya ostenta el hijo.

---

<sup>185</sup> Por la que también parece inclinarse BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, pp. 712 y 713.

No obstante, lo cierto es, que a pesar de la similitud existente entre la FAD y la adopción, hay aspectos en los que se diferencian notablemente<sup>186</sup> que llevan a negar el acierto de esa solución.

El parecido radica en el hecho de que en ambos supuestos, por tratarse de filiación determinada jurídicamente que no coincide con la real, se plantea el dilema de a qué interés dar prevalencia: si al del progenitor biológico en permanecer en el anonimato, o al contrario del hijo en conocer su origen biológico<sup>187</sup>.

Dilema que en el caso de la adopción se puede resolver, como vimos, a favor del hijo, permitiéndole que determine su filiación biológica, sin que esto repercuta en la adoptiva.

Ahora bien, ¿basta con invocar esa afinidad para justificar la aplicación analógica a la FAD de la solución dada a la adopción? En mi opinión no, por ser más relevantes las diferencias que las separan que el parecido que las acerca respecto del extremo de que hablamos. Y ello, aunque creo que en ambos casos el hijo debe tener la oportunidad de conocer su procedencia biológica.

El padre por naturaleza en el caso de la filiación adoptiva o bien se hallaba determinado legalmente en el momento de la adopción, que asintió<sup>188</sup>, o bien era desconocido. Mas, en este último supuesto por haber corrido el riesgo vulgar de engendrar un hijo, realizando los actos idóneos para ello —incluso cuando la relación sexual fue esporádica o delictiva—, no veo razón alguna —ni moral, ni legal— que impida que la paternidad biológica pueda ser determinada, cuando aún esté vigente la adopción (caso en el que no incidirá para nada en la filiación adoptiva), o después de extinguida ésta. Produciendo la determinación de la paternidad biológica, en esta última hipótesis, los efectos personales y patrimoniales que normalmente se le vinculan.

---

<sup>186</sup> Además de otros aspectos en que se distinguen la FAD y la adopción —a los que se hará alusión a continuación en el texto— destacable es el hecho de que a diferencia de la adopción —considerada como un *imago naturae*—, en la que puede no existir (y es normal que así sea) ningún vínculo de sangre entre adoptado y adoptante, cuando se practica la IA, la FIVTE o la TIG, el 100 por 100 o un 50 por 100 del material genético del niño que nazca pertenecerá a la pareja que decidió hacer uso de estas técnicas; o de no ser así, hay que pensar en que por lo menos el hijo habrá sido gestado por la mujer de la pareja. De lo contrario resultaría absurdo recurrir a estas modernas técnicas de reproducción, pues si no aporta gametos ninguno de los miembros de la pareja, y encima la mujer gestante es una extraña, esta última se vería sometida a los eventuales riesgos de un embarazo que muy bien podría suplirse por una adopción sin diferencia alguna para aquellos que ansían convertirse en padres.

<sup>187</sup> Se plantea también este dilema DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da paternidade*, cit., p. 499.

<sup>188</sup> Excepción hecha de los casos marginales en los que no es necesario o se les dispensa de prestar el asentimiento (cfr. art. 177 C.c. actual).

No ocurre lo mismo en el caso de la FAD <sup>189</sup>. En este supuesto la situación es distinta, pues a mi modo de ver padre desde el punto de vista jurídico nunca debe considerarse que lo es el hombre que se limitó a aportar el material genético, sino el que voluntariamente tomó la decisión (junto con la madre) de que naciera el hijo y consintió la FAD.

Si él no hubiera dicho «nazca el hijo», esto no habría ocurrido. Sustituibles son el médico, el donante..., pero no la voluntad del hombre —verdadera causa eficiente del nacimiento del hijo— que decidió traer a la vida un nuevo ser. Razón por la cual, en mi opinión, la paternidad de este varón es la que tiene que determinarse jurídicamente por ser el responsable directo del nacimiento del hijo y al que ha de exigírsele, por tanto, el cumplimiento de los deberes paterno-filiales <sup>190</sup>.

En cambio, el dador de semen se limita a poner al servicio de otros su fuerza genésica, ya sea por altruismo (tal vez para hacer realidad un ideal filantrópico), por narcisismo <sup>191</sup>, o en los países en que eso se admite, por dinero <sup>192</sup>. Su papel es importante, pues gracias a su aportación muchas parejas que anhelan tener descendencia superan el problema de la esterilidad, o el peligro de transmisión de enfermedades hereditarias graves, que les impide tener hijos y ven restablecido su equilibrio emocional y psicofísico frecuentemente alterado por esas causas <sup>193</sup>.

En la fecundación artificial el dador obra, en línea de principio, con la legítima expectativa —en cuanto no es responsable directo del nacimiento del hijo— de no ser considerado (en ningún caso), ni social, ni jurídicamente como padre, y de que en consecuencia

<sup>189</sup> Así lo entiende también DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da Paternidade*, cit., p. 500.

<sup>190</sup> Solución que ha acogido la ley de filiaciones catalana en el art. 2-1, para el caso en que el marido ha consentido la FAD de su esposa.

<sup>191</sup> Según DELAISI DE PARSEVAL a los donantes muchas veces les mueve un *plaisir narcissique* de ser seleccionados como tales («Questions a propos des donateurs de sperme», *Génitif*, vol. 2 (n.º 1-2) janvier-fevrier 1980, p. 16).

<sup>192</sup> Como sucede en EE.UU, donde el donante —al que no es de extrañar que ANNAS llame *sperm vendors*— suele recibir una cantidad por el producto que entrega, que es la obligación principal del contrato que celebra, existiendo otras accesorias como informar sobre sus condiciones físicas y genéticas y sobre la historia clínica pormenorizada de su familia, renunciar a los derechos sobre el eventual hijo, etc. («Fathers Anonymous. Beyond the Best Interests of the Sperm Donor», *Milunsky and Annas ed. Genetics and the Law II*, New York, 1980, pp. 334 y ss.)

<sup>193</sup> Para STARCK, la realización del deseo de una mujer o de un matrimonio de que se les practique una FAD es expresión del *freien Entfaltung der Persönlichkeit* (libre desenvolvimiento de la personalidad), protegido en el Art. 2, Abs. 1 GG. El respeto de la dignidad humana se consigue, no prohibiendo la FAD, sino el anonimato («1. Teilgutachten...», *loc. cit.*, pág. 27). En este sentido, dice BUSSE que la realización de una FAD permite a los cónyuges *Fortleben in einem Kind* (sobrevivir en un hijo), como concreción de la dignidad humana existente en el matrimonio y de la familia futura (*op. cit.*, p. 192).

no se le imponga (nunca) el cumplimiento de obligaciones paterno-filiales con respecto al niño nacido gracias a su participación. Por todo ello resulta inadmisibile la determinación de una relación jurídica de filiación entre el dador y el hijo (a diferencia de lo que, como se ha dicho, sucede en la adopción respecto del padre por naturaleza)<sup>194</sup>.

En esta tesitura, al amparo del ya tan aludido principio, propio del Derecho catalán, de la libre investigación de la paternidad o de veracidad biológica y del derecho a conocer el propio origen biológico, creo que se debe permitir que el hijo averigüe a quién pertenece parte de la herencia genética que recibió, sin que ello implique la determinación jurídica de la filiación biológica, pues el dador debe quedar siempre desligado jurídicamente del ser que nazca.

En el supuesto de FAD estimo que el derecho a conocer el propio origen biológico ha de poder ser hecho valer ante los Tribunales con total independencia de la acción de reclamación de la filiación, de su régimen jurídico y de sus efectos<sup>195</sup>. De ahí que, en mi opinión, en la actualidad sólo debe ser posible la actuación de este importante derecho de que hablamos, en Cataluña, mediante el ejercicio de una acción declarativa atípica de mera investigación de la paternidad<sup>196</sup>.

Para interponer esta acción debe estar legitimado exclusivamente el hijo, ya que con él no se contó para nada al realizar la FAD y es persona directamente interesada en conocer su origen genético y la identidad de aquél al que debe muchas de las características físicas o psíquicas que marcan profundamente su personalidad<sup>197</sup>.

Considero, por el contrario, que al donante de semen no se le debe reconocer legitimación para intentar dicha acción, porque se limitó a donar gametos y al hacerlo sabía las condiciones en que lo hacía (gratuidad, imposibilidad de conocer al niño y de establecer una relación jurídica con él, etc.). Además, el averiguar

---

<sup>194</sup> Pues como observa VERCELLONE en el caso de *derelictio* del semen (en la práctica se suele hablar de «donantes anónimos»), debe excluirse una asunción de responsabilidad por la eventual procreación. Todos los eventos sucesivos a la emisión de semen mediante extracción son determinados por otros sujetos. Son otros los que deciden si tirar o conservar el semen, si y cuándo quitarlo del congelador, qué mujer y que óvulo de mujer debe con aquél fecundarse... («La fecondazione artificiale», *Politica del Diritto*, XVII, n.º 3, septiembre 1986, p. 393).

<sup>195</sup> Así se pronunció RIVERO en su Ponencia al II Congreso Mundial Vasco, «La investigación de la mera relación biológica...», *loc. cit.*, p. 163.

<sup>196</sup> Vide, BLASCO GASCÓ, *op. loc. cit.*, p. 715.

<sup>197</sup> No obstante, me parece acertada la matización que hace RIVERO en el sentido de que para la obtención de datos biogenéticos (pero no para el conocimiento de la identidad del donante), deberían estar también legitimados su representante legal o incluso el Ministerio Fiscal, en interés de la salud del nacido de FAD («La investigación...», *loc. cit.*, p. 167).

quién fue engendrado gracias a su fuerza genésica dudo mucho que afecte a su dignidad personal o que influya en el libre desarrollo de su personalidad <sup>198</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

Con todo lo que llevo dicho mi pretensión ha sido demostrar que también en nuestro país es posible defender el derecho a conocer el propio origen, partiendo del artículo 10 CE. Derecho cuyo alcance y trascendencia necesariamente ha de variar en función de los intereses que colisionan en cada una de las situaciones examinadas, por las razones que he ido apuntando.

Tras apreciar la proyección que el derecho a conocer el propio origen biológico tiene, en distintos ámbitos, en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán, me queda todavía por hacer, a modo de conclusión, una valoración global del mismo, analizando las posibles objeciones que se pueden formular en contra de su reconocimiento jurídico. Estas son fundamentalmente:

1.<sup>a</sup> Podría oponerse en contra de tal derecho que el valor del conocimiento de la verdadera filiación, como fenómeno biológico-genético, es insignificante, a causa del misterio y la complicación del proceso de la procreación, sólo cognoscible y descifrable por especialistas en la materia y de escasa o nula repercusión en las relaciones humanas entre padre e hijo <sup>199</sup>. A lo que cabe replicar que en ciertos momentos de la vida puede resultar muy importante saber la procedencia biológica, sobre todo por razones médicas (con el fin de curar o prevenir enfermedades) y para evitar relaciones incestuosas <sup>200</sup>.

2.<sup>a</sup> Otra objeción que se puede hacer en contra del derecho a conocer el propio origen biológico es que en la vida real este derecho no puede hacerse efectivo en numerosas ocasiones por existir impedimentos fácticos <sup>201</sup> (así, por ejemplo, si la madre no dice al hijo quién es su padre, o si los padres adoptivos no le revelan su condición de adoptado).

No es algo nuevo ni infrecuente que determinados derechos, a veces no puedan hacerse efectivos en la realidad. Mas de ello no es correcto deducir que para que un derecho exista y se reconozca jurídicamente, el éxito de su ejercicio debe estar garantizado

---

<sup>198</sup> Así lo entiende también RIVERO, «La investigación...», *loc. cit.*, pp. 163 y 164.

<sup>199</sup> Así, HASENSTEIN, *op. loc. cit.*, p. 121; y SMID, *op. loc. cit.*, p. 224.

<sup>200</sup> Vide, COESTER-WALTJEN, «2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme», *cit.*, p. 53; y SCHMIDT-DIDICZUHN, *op. loc. cit.*, p. 229.

<sup>201</sup> En este sentido se pronuncian, FRANK, *op. loc. cit.*, pp. 114 y ss.; GOTTWALD, *op. loc. cit.*, pp. 114 y ss.; y DEICHFUß, «Recht des Kindes...», *loc. cit.* pp. 114 y ss.

siempre por adelantado, pues pueden existir límites fácticos ajenos a lo jurídico<sup>202</sup>. Ni siquiera es necesario, creo yo, para el válido reconocimiento del derecho a conocer el origen biológico, que el mismo llegue efectivamente a ejercitarse algún día, basta con que exista esa posibilidad (de saber cuál es la verdadera procedencia genética y de indagar la propia historia).

Así, una cosa es que el hijo no sienta la curiosidad ni tenga el ansia de conocer su verdadero origen biológico, aun pudiendo<sup>203</sup>, y otra muy distinta que se le impida conocerlo, quiéralo o no, quizá bajo el argumento (endebles y trasnochado ya) de que así se protege la paz familiar. En la primera hipótesis el derecho a conocer el propio origen biológico queda salvaguardado, en la segunda es vulnerado.

3.<sup>a</sup> También cabría objetar que la averiguación de la propia ascendencia biológica puede ser una experiencia negativa (por ejemplo, si se ha idealizado a los padres biológicos) que produzca más bien desilusión y desengaño<sup>204</sup>, pues está claro que el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico no puede supeditarse a que los antepasados reales sean (o hayan sido) personas cuyo comportamiento constituya (o haya constituido) un modelo de conducta a seguir.

Sin embargo, a nadie se le oculta que para el libre desarrollo de la personalidad también son formativas las experiencias desagradables voluntariamente queridas (así, por ejemplo, el que un hijo adoptado reciba un gran desengaño al conocer a sus padres biológicos puede ayudarle a apreciar y a acercarse más a los adoptivos).

Por lo demás, no es algo inusual que el ejercicio de un derecho conlleve ciertas cargas, o conduzca a resultados no del todo satisfactorios, sin que por ello deje de serlo<sup>205</sup>.

4.<sup>a</sup> Se puede oponer también en contra del derecho a conocer el propio origen biológico, que en ciertas situaciones (legalmente contempladas) se pospone a otros derechos o se restringe su alcance. Mas a esta objeción cabe replicar que no se pronuncia en contra de la consagración constitucional de este derecho el que la ley sólo permita en según qué ámbitos su ejecución parcial y fragmentaria, pues lo que sucede es que como cualquier otro derecho éste no es ilimitado y absoluto<sup>206</sup>. La Constitución hace de la persona el centro de todo lo jurídico, pero sin olvidar que vive

---

<sup>202</sup> Sic, SCHMIDT-DIDCUHN, *op. loc. cit.*, p. 230.

<sup>203</sup> Como observa BECKER, para muchos niños la paternidad biológica carece de interés si han encontrado un buen padrastro, lo que no excluye que tengan un derecho a informarse sobre su (verdadera) filiación (*op. loc. cit.*, p. 243).

<sup>204</sup> Véase, HASENSTEIN, *op. loc. cit.*, pp. 122 y 123.

<sup>205</sup> Así, SCHMIDT-DIDCUHN, *op. loc. cit.*, p. 230.

<sup>206</sup> Cfr. SCHMIDT-DIDCUHN, *op. loc. cit.*, p. 230; y GIESEN, «Genetische Abstammung...», *loc. cit.*, p. 369.



en sociedad y que por ello ha de tolerar, inevitablemente, ciertas limitaciones impuestas a sus derechos cuando éstos colisionan con otros, para poder convivir en paz y armonía.

De ahí que, como hemos visto ya, la proyección del derecho a conocer el propio origen biológico en la regulación legal de los ordenamientos jurídicos hispanos examinados varíe —con plena justificación, pienso yo— en función de la ponderación que se haga de los intereses que entran en conflicto en cada uno de los supuestos estudiados. Así, al hacerlo valer, unas veces se determinará la filiación y se producirán los efectos habituales derivados de la misma (caso normal en el que se ejercita la acción de reclamación). Otras veces, en cambio, se determinará la filiación biológica pero sin que se originen sus efectos propios (caso de la adopción). Y, finalmente, en otras ocasiones, solo será posible averiguar la procedencia genética sin que quede determinada la filiación y sin que, en consecuencia, se produzcan cualesquiera otros efectos (caso de la fecundación asistida con gametos de donante).

## ABREVIATURAS

<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil.
<i>ADH</i>	Anuario de Derechos Humanos.
<i>AmtsG</i>	Amtsgericht.
<i>BGB</i>	Bürgerlichengesetzbuch.
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof.
<i>BIMJ</i>	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
<i>BVerfG</i>	Bundesverfassungsgericht.
<i>BVerfGG</i>	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht.
<i>CE</i>	Constitución española.
<i>Comp. cat.</i>	Compilación catalana.
<i>Cost</i>	Costituzione italiana.
<i>DAVorm</i>	Der Amtsvormund.
<i>Dir. fam.</i>	Il Diritto di famiglia e delle persone.
<i>DJT</i>	Deutscher Juristentag.
<i>Dt. Ärzteblatt</i>	Deutsches Ärzteblatt.
<i>EC</i>	Estatuto de Autonomía catalán.
<i>FamRZ</i>	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
<i>GG</i>	Grundgesetz.
<i>JA</i>	Juristische Arbeitsblätter.
<i>JR</i>	Juristische Rundschau.
<i>JuS</i>	Juristische Schulung.
<i>JZ</i>	Juristenzeitung.
<i>LFC</i>	Ley de filiaciones catalana.
<i>LG</i>	Landgericht.

LPMA	Ley sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.
LRC	Ley del Registro Civil.
LTRA	Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.
MDR	Monatsschrift fur Deutesches Recht.
<i>Med. Klin.</i>	Medizinische Klinik.
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift.
MSchrkrim	Monatsschrift fur Kriminologie und Strafrechtsreform.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
OLG	Oberlandesgericht.
PStG	Personenstandsgesetz.
<i>Rasseg. dir. civ.</i>	Rassegna di diritto civile.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REML	Revista Española de Medicina Legal.
<i>Rev. Dir. Est.</i>	
Soc.	Revista de Direito e de Estudos Sociais.
RGD	Revista General de Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RRC	Reglamento del Registro Civil.
<i>S. Cal. L. Rev.</i>	Southern California Law Review.
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen.
StGB	Strafgesetzbuch.
<i>Tulane L. Rev.</i>	Tulane Law Review.
UJ	Unsere Jugend.
ZBLJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZPO	Zivilprozeßordnung.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZV	Zeitschrift für Vormundschaftswesen.
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß.
ZZS	Zeitschrift für Zivilstandswesen.



## PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y DERECHO DE LOS CONTRATOS <sup>1</sup>

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

Universidad Autónoma de Madrid

### I. INTRODUCCIÓN

1. En una recensión publicada en esta misma revista <sup>2</sup> realizábamos una revisión crítica al llamado «Derecho del consumo» <sup>3</sup>. Estas páginas constituyen, en cierto modo, una continuación de la misma. Tratamos de salir al paso de una concepción del Derecho privado y de las relaciones entre libertad y justicia contractual que corren el riesgo de difundirse, a nuestro juicio, desgraciadamente, entre nuestros privatistas. La ponencia presentada por el profesor Martínez de Aguirre en el «Congreso Internacional

---

<sup>1</sup> A propósito de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones», ADC 1994-I pp. 31 ss. Las páginas citadas en el texto son las de dicha publicación; una versión más sintética se encuentra en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación», AC 1994, p. 243 ss. El presente trabajo ha sido posible en parte gracias a una generosa ayuda de la DGICYT para estancias en centros de investigación extranjeros. Nuestro agradecimiento, igualmente a los profesores Paz-Ares, Pantaleón y Morales Moreno que leyeron el original e hicieron observaciones de gran utilidad. Los errores que resten son de exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>2</sup> J. ALFARO, «Nota crítica a R. BERCOVITZ/J. SALAS (eds.), *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1992, 1421 pp.», ADC 1993-I, pp. 292 ss.

<sup>3</sup> La crítica ha sido acogida aprobatoriamente por algún autor, v. J. E. BUSTOS PUECHE, «Juicio crítico al pretendido Derecho de consumo», *La Ley*, 22-10-1993, pp. 1 ss. esp. p. 3. La realidad supera siempre a la ficción: en la nota citada, habíamos afirmado que si las normas de protección de los consumidores constituyen un «Derecho», por qué no un Derecho de los ancianos o de los niños. Pues bien, en un reciente número de la revista *La Ley*, el conocido escalador César Pérez de Tudela ha publicado un artículo titulado «Hacia un Derecho de la Montaña», (*La Ley*, 18-2-94, p. 1 ss.

sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores», celebrado en Zaragoza en noviembre de 1993 y publicada en esta Revista, constituye una excelente muestra de esta concepción y nos ha parecido, por ello, una buena ocasión para defender aquí la concepción más clásica y más liberal del contrato.

2. Las ideas recogidas en el trabajo que comentamos y que van a ser objeto de nuestra crítica pueden resumirse afirmando que, para estos autores, la libertad contractual consagrada en los códigos produce resultados injustos. La desigualdad de poder económico de los contratantes no permite su funcionamiento correcto. Por lo tanto, está justificada la intervención legislativa para limitar tal libertad, imponiendo a las partes resultados que el legislador y los jueces consideren justos. Los consumidores constituyen una «parte estructuralmente débil» en las relaciones contractuales y el mercado, porque tiene numerosos «fallos», no les protege suficientemente.

Nuestras críticas a dicho planteamiento pueden ordenarse en torno a dos grandes temas:

a) Con carácter general, este planteamiento presenta un defecto fundamental: ignora el funcionamiento del mercado y la función que los precios y la competencia juegan en el mismo. Si los precios y la competencia no proporcionan información a los consumidores a la hora de contratar; si no constriñen la conducta de los empresarios en el cumplimiento de los contratos con los consumidores y si no garantizan a los consumidores que no van a ser engañados, no tenemos más remedio que recurrir al Derecho. Es la única alternativa. Afortunadamente para los consumidores —y desgraciadamente para los juristas que se dedican al Derecho del consumo— los precios proporcionan información sobre la calidad de los productos y la competencia desapodera a los empresarios, constriñendo su conducta e impidiendo que exploten a los consumidores. La competencia proporciona tales resultados no sólo en el modelo teórico de mercados completos o perfectos, sino también en los mercados reales, imperfectos, plagados de fallos. Desgraciadamente para aquellos juristas, también, no hay ninguna garantía de que el Derecho cumpla esa función de una forma más eficiente que el propio mercado (*infra* III).

b) El planteamiento criticado es, además, de muy escaso valor teórico: no proporciona guías seguras para determinar cuándo debe regularse una cuestión y cómo debe regularse. Tampoco permite extraer criterios interpretativos precisos para el Derecho vigente (*infra* IV).

### III. ALGUNOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS

1. El planteamiento que hemos resumido en el apartado anterior incurre en un conjunto de errores metodológicos que pueden denominarse falacias, en el sentido estrictamente avalorativo que da a la palabra la Filosofía de la Ciencia, es decir, doctrinas falsas. A continuación expondremos los pasos en los que, a nuestro juicio, se incurre en tales falacias y trataremos de mostrar en qué medida esos razonamientos no son acertados.

#### 2. *Falacia del Nirvana: de mercados imperfectos y Derecho perfecto*

a) Según el planteamiento criticado,

«el Derecho de obligaciones codificado —i.e. liberal-individualista—... no es apto técnicamente para hacer frente a las nuevas realidades del tráfico jurídico, y... responde a unos postulados ideológicos que son en buena parte responsables de su inepticia funcional» (p. 33).

Estos postulados son la igualdad y libertad de los contratantes en un entorno concurrencial y, consecuentemente, el respeto por parte del Estado a lo pactado sin modificarlo sobre la base de consideraciones de justicia material. Tales postulados no rigen la vida económica actual:

«Puede decirse que la situación del consumidor no es tan idílica como pretendía ingenua, cuando no interesadamente el paleoliberalismo»... «el sistema jurídico tradicional, fundado sobre los principios de igualdad entre los ciudadanos, y de libertad de regulación de la propia esfera, no logra dar respuesta adecuada a estos problemas precisamente porque la igualdad y libertad que contempla son puramente formales, pero aparecen desmentidas en la práctica, por la escasa intervención... de la voluntad del consumidor... y por el mayor poder de que goza su contraparte profesional» (p. 43)... «el mercado se ha mostrado incapaz de solventar por sí mismo los problemas creados por su configuración actual en relación con los consumidores» (p. 46).

La conclusión lógica de esta forma de razonar es que está justificada la intervención del Estado corrigiendo el contenido de los acuerdos entre particulares sobre la base de la «Justicia» mediante normas imperativas:

«Conforme a todo lo anterior... resulta... la... necesidad de predisponer un conjunto normativo destinado específicamente a la defensa de los intereses de los consumidores»... (p. 45) ha sido

preciso, por tanto, adoptar medidas de carácter jurídico, cuya finalidad específica es la protección de los intereses del consumidor como parte más débil» (p. 47) <sup>4</sup>.

b) Las expresiones aquí recogidas constituyen la formulación más al uso de lo que Demsetz denominó «falacia del Nirvana» <sup>5</sup>, según la cual, la mera existencia de costes en los mecanismos de mercado justifica, «per se», la promulgación de normas imperativas. La falacia consiste en que el que propone la intervención actúa, en primer lugar, acusando a los defensores del mercado de algo que no defienden. Nadie ha admitido nunca que el modelo de competencia perfecta fuera algo más que un modelo, por lo tanto, que haya existido alguna vez o que vaya a existir en alguna etapa histórica. Lo que los economistas afirman es que las fuerzas que están presentes de forma «ideal» en el modelo están presentes igualmente en mayor o menor medida en los mercados reales, por lo que el modelo es útil para hacer predicciones respecto a los comportamientos de los agentes económicos en estos mercados <sup>6</sup>. En segundo lugar, el intervencionista actúa como si la regulación imperativa fuera un «free lunch», esto es, no provocara, a su vez, coste alguno. Afirmar que «el mercado no protege óptimamente a los contratantes, luego hacen falta normas imperativas», —dirá Demsetz— es tanto como decir «el mercado no protege óptimamente a los contratantes, luego han de eliminarse las causas que

---

<sup>4</sup> Como hemos señalado al principio de estas páginas, los planteamientos recogidos por el prof. MARTÍNEZ DE AGUIRRE están extendidas entre nuestros privatistas. V., F. J. ALONSO ESPINOSA, «Intereses del inversor y Derecho del mercado de valores», RDM 1993, pp. 415, 420, quien, sin cita de estudio empírico alguno, afirma que la protección de los intereses del inversor no puede «ser confiada a la evolución de los mecanismos naturales del mercado, máxime cuando se detecta, cada vez con mayor claridad (?), la evolución de la economía hacia concentraciones de poder económico difícilmente controlables, al menos a través de las técnicas societarias tradicionales, así como ante la no infrecuente prepotencia de los accionistas “de control”». *Se precisa, como en tantos otros sectores, una intervención estatal capaz de corregir la impotencia del ciudadano/consumidor-inversor ante organizaciones empresariales en las que, con frecuencia, su cúpula dirigente no suele estar diáfananamente concretada, o bien ésta no garantiza satisfactoriamente la defensa de los intereses de quienes invierten en ella su riqueza»* (la cursiva es nuestra). La autoridad con la que el autor respalda estas afirmaciones es, como no podía ser de otra forma, N. REICH, «Mercado y derecho».

<sup>5</sup> La formulación de la falacia del Nirvana se encuentra en Harold DEMSETZ, «Information and Efficiency: Another Viewpoint», *J. L & Econ*, 12 (1969) p. 2 ss., reproducido en H. DEMSETZ, «Efficiency, Competition & Policy. The organization of economic activity», vol. II, Oxford, 1989, pp. 3 ss., p. 4, por donde se cita trad. española en H. DEMSETZ, «Información y eficiencia: otro punto de vista» en D. M. LAMERTON (ed.) *Economía de la información y del conocimiento*, México, 1977, p. 154.

<sup>6</sup> V., sobre todo, Milton FRIEDMAN, «The Methodology of Positive Economics», extraído de *Essays in positive Economics*, Chicago, 1953, reproducido en K. R. LEBE (ed.) *The Essence of Friedman*, Stanford, 1987 pp. 153 ss.

provocan la suboptimalidad», esto es, la falta de protección óptima <sup>7</sup>. La cuestión consiste, precisamente, en decidir si las normas imperativas son los mecanismos «más baratos» entre los disponibles para corregir la suboptimalidad... Ante un «fallo del mercado», lo que procede es valorar si los costes que dicho fallo provoca superan a los que una intervención imperativa del legislador provocaría. Es decir, si la intervención imperativa no es un «remedio» peor que la enfermedad.

Hay razones para afirmar que los «costes» de las normas imperativas son muy elevados. En primer lugar, costes de cualquier regulación son los de errores del legislador en la identificación del problema (prohibiendo conductas eficientes o no prohibiendo conductas ineficientes) <sup>8</sup>; errores en la identificación de la solución <sup>9</sup> y los costes de administración de las normas, es decir, de garantizar su aplicación por órganos administrativos o judiciales <sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> V., p. 47 donde MARTÍNEZ DE AGUIRRE lo afirma expresamente; «la experiencia constante demuestra que el llamado modelo de competencia perfecta no pasa de ser un modelo, al que conviene tender, pero que no ha llegado nunca a realizarse (ni siquiera, si se me apura, nos hemos aproximado demasiado a él): en la realidad, se puede decir, con Atiyah, que el mercado está plagado de imperfecciones... de suerte que, al menos en tanto no se eliminen esas imperfecciones... parece más razonable tomar medidas jurídicas directas de protección de los consumidores».

<sup>8</sup> Por poner un ejemplo de actualidad, establecer un período mínimo de duración del contrato de arrendamiento de viviendas en cuatro años a beneficio del arrendatario «protege» a la parte débil de la relación —no protegida, según la doctrina, por el mercado— en la forma de una reducción de la oferta de pisos en arrendamiento disponibles (todos los potenciales arrendadores que desearían alquilar su piso por un período inferior a cuatro años) y en un aumento de los precios de los alquileres. Si un arrendador puede resolver el contrato libremente, estará más dispuesto a alquilar su piso (aun por un precio inferior) que si sabe que no podrá resolver el contrato en un período de cuatro años. En este segundo caso esperará —con el piso vacío— hasta encontrar un inquilino dispuesto a pagar un precio más elevado que le compense la imposibilidad de adaptar el precio durante los próximos cuatro años. Es obvio que la posibilidad (¿y obligatoriedad?) de subir el precio en la cuantía de la subida del IPC no supone adaptar los precios a la evolución del mercado.

<sup>9</sup> Por ejemplo, en materia de publicidad engañosa, puede ser mucho más eficiente la promoción de la aparición de información contradictoria con la engañosa que su prohibición.

<sup>10</sup> Estos costes no son irrelevantes. Resulta muy difícil determinar por qué los particulares recurren a determinado tipo de acuerdos y la explicación de la explotación de una parte por la otra y, por lo tanto, la justificación de la prohibición resulta un recurso muy sencillo. Además, hay cierta prisa por regular los nuevos fenómenos cuando aparecen para «evitar que causen más daño». El problema es que «hay que esperar más perdedores cuando un tipo de transacción está en su infancia que cuando los que participan en la transacción son más expertos. Regular un tipo de actuación de particulares antes de comprenderlo perfectamente impide que el propio mercado desarrolle mecanismos que permitan distinguir los supuestos en los que dichas transacciones son perjudiciales y los mecanismos para proteger a los que participan en ella y, dado que el legislador no puede —todavía— distinguir los «buenos» de los «malos», la respuesta es la prohibición global y, por tanto, excesiva; v., para el caso de las OPAS, J. MACEY, «Takeover Defense Tactics and Legal Scholarship: Market forces versus the Policymaker's Dilemma», *Yale L. J.*, 96 (1986) p. 342.



Además, cualquier regulación imperativa, en conjunto, reduce la innovación contractual, esto es, los incentivos para desarrollar nuevas «mercancías» (nuevos contratos, nuevas formas de organización de la actividad) que son de una importancia económica incalculable en cuanto reducen costes de transacción<sup>11</sup>. Por último, no hay ninguna garantía de que la legislación que se pone en marcha para proteger a los más débiles no sea, en realidad, una tapadera de grupos de presión representativos de intereses bien organizados para conseguir redistribuciones en su favor<sup>12</sup>. La protección de los consumidores es el primer argumento de los *lobbies* para defender regulaciones contrarias a los intereses de los consumidores<sup>13</sup>.

c) Los autores que defienden el planteamiento aquí criticado reconocen que la política jurídica de protección de los consumidores tiene «posibles inconvenientes»... «que reflejan problemas reales» (p. 53)<sup>14</sup>. Pero pueden hacerle frente sin problemas. Para ello, sólo necesitan completar la falacia del Nirvana con la que podríamos denominar del «Derecho perfecto». La argumentación se formula como sigue. Los posibles inconvenientes de la regulación son críticas que han de dirigirse no contra la protección de los consumidores sino contra la sobreprotección. Es decir, mientras el mercado es imperfecto y no es posible un mercado de competencia perfecta que proteja a los consumidores, sí es posible un «Derecho perfecto» que proteja eficientemente a los consumidores<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> V., al respecto, entre nuestros economistas, X. VIVES, «La competencia en la perspectiva europea», *Papeles de Economía española*, 57 (1993), pp. 103, 107. Por tanto, no parece lógico, afirmar —como hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE v. supra nota 8— que en tanto el mercado no funcione perfectamente hay que tomar medidas jurídicas directas. Las medidas jurídicas pueden tener, precisamente, el efecto de impedir que el mercado resuelva el problema por sí solo a un coste menor.

<sup>12</sup> Toda la doctrina de la elección pública se basa precisamente en esta concepción de la legislación. Un punto de vista equilibrado puede verse, recientemente, Joseph E. STIGLITZ, «Sobre el papel económico del Estado», en Arnold HEERTJE (ed.), *El papel económico del Estado*, Madrid, 1993, pp. 25 ss.

<sup>13</sup> V., un ejemplo, en la proposición catalana de ley de comercio, *BOCG* 26-7-1993, núm. 10.1, donde se justifican las limitaciones a la libertad de horarios (¿cómo puede beneficiar a los consumidores no poder comprar los domingos?); el registro obligatorio de comerciantes y limitaciones a la apertura de nuevos establecimientos sobre la base de la necesidad de proteger a los consumidores. En relación con la justificación alegada en la exposición de motivos de la proposición de ley para controlar la apertura de nuevos centros comerciales, v., *Expansión*, 13-4-1994, pp. 1 y 2: «La Generalitat paraliza inversiones de 60.000 millones en centros comerciales... la actitud de la Generalitat sobre este tema está estrechamente ligada con los compromisos adquiridos con los pequeños comerciantes».

<sup>14</sup> Entre ellos incluye el autor algunos a los que nos habíamos referido en nuestra recensión: consecuencias negativas para el propio protegido; escaso respeto para la libertad individual, etc.

<sup>15</sup> Es decir, es posible impedir que los grupos de presión consigan regular las relaciones de mercado de forma conforme con sus intereses; es posible reducir o

### 3. Falacia del «zoco»

a) Para muchos de los autores que defienden el planteamiento aquí criticado, la garantía de la justicia contractual se encuentra en el *regateo* entre las partes del contenido contractual:

«Lo acordado por las partes (es)... fruto de la negociación previa en la que se han ido equilibrando los respectivos intereses»; «el equilibrio de prestaciones y contraprestaciones a que se llega trabajosamente mediante la negociación contractual»; «el contrato mediante negociación previa que determina el equilibrio contractual de intereses (p. 34)».

b) Esta falacia había sido denunciada por nosotros en un trabajo anterior<sup>16</sup>. Dado que el profesor Martínez de Aguirre no ofrece argumentos que contradigan los nuestros o fundamenten la falacia del zoco, consideramos suficiente su reproducción<sup>17</sup>:

«Debe descartarse consecuentemente que para que exista consentimiento libre sea necesario que ambas partes participen en la elaboración del contenido del contrato, es decir, es falso que la existencia de libertad contractual venga determinada, a su vez, por la existencia de negociación... Como ha expresado Schmidt-Rimpler, la posibilidad de autodeterminación no depende de que «el contrato se negocie... sino que basta con que existiendo precios y condiciones fijas, el oferente tenga que contar con la reacción de los demandantes en el sentido del mecanismo del contrato y que deba adaptar su oferta a lo que éstos demandan». En otras palabras, lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la selección entre opciones alternativas y transparentes... Obviamente, la existencia de negociación puede ser prueba de la existencia de autodeterminación, lo único que se afirma es que no es un requisito necesario para afirmar la existencia de autodeterminación. Es más, las negociaciones, en la medida en que suponen un coste, pueden no existir precisamente en aquellos mercados más competitivos, donde, por tanto, la soberanía del consumidor y la autodeterminación de los particulares puede considerarse mejor garantizada»<sup>18</sup>.

---

eliminar los errores en la prohibición de conductas en sí eficientes; es posible regular proporcionadamente la injerencia en la vida de los individuos y es posible garantizar una aplicación de las normas sensata por parte de los jueces. El mero examen de la calidad técnica de las normas de protección de los consumidores hace necesaria mucha fe en los juristas para admitirlo.

<sup>16</sup> V., J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 66 ss.; en el mismo sentido, BUSTOS, *La Ley*, 1993, p. 3.

<sup>17</sup> El profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE no discute nuestros argumentos. Por lo demás, simplemente añadiremos que si el prof. MARTÍNEZ DE AGUIRRE tiene razón y el *regateo* garantiza la justicia del intercambio, deberíamos sustituir las formas modernas de comercialización de los productos y servicios por el zoco árabe.

<sup>18</sup> La negociación individual del contrato es un mecanismo costoso al que las

#### 4. Falacia de la «inversión»

a) A menudo, algunos autores justifican la necesidad de normas imperativas en lo que podría denominarse la «inversión» del mercado. En los mercados actuales —afirman—, no es la demanda la que determina la oferta, sino la oferta la que determina la demanda:

«Esta situación de inferioridad del consumidor viene determinada por la propia estructura... de un mercado dominado por la ley de la oferta»... y también por el carácter «amateur» de la participación del consumidor en el mismo mercado (pp. 43-44)<sup>19</sup>. El mercado no protege al consumidor porque el consumidor ha dejado de ser el «soberano» árbitro que decide quién es el vencedor en la lucha competitiva entre los empresarios y ha pasado a ser el súbdito («se trata de una situación de inferioridad típica o estructural... frente a cuyos riesgos el consumidor no puede protegerse... precisamente como consecuencia de esa situación de inferioridad»).

b) Esta idea había sido criticada por nosotros en nuestra re-  
 censión anterior. Los apoyos que ahora se utilizan no constituyen,  
 a nuestro juicio, un uso adecuado del argumento de autoridad<sup>20</sup>

---

partes recurren sólo cuando sus costes son compensados por el beneficio en forma de una mejor determinación del precio. De ahí que no exista negociación en los mercados donde existe un «precio de mercado» determinado por la competencia entre compradores y vendedores, precio que asegura la justicia del intercambio. En tales mercados, la negociación es un despilfarro, v. D. HADDOCK/J. R. MACEY/F. S. MCCHESENEY, «Property Rights in Assets and Resistance to Tender Offers», *Va. L. Rev* 73 (1987), pp. 701 ss.

<sup>19</sup> Esta última afirmación es más que discutible. Todos somos «consumidores profesionales» en muchos ámbitos de nuestra vida. El profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE y yo mismo somos consumidores profesionales de libros de Derecho, artículos, etc. El ama de casa «típica» es una experta consumidora de productos de uso corriente en el hogar; los jóvenes que practican deportes son expertos consumidores de atuendo deportivo, etc. Téngase en cuenta, además, que no es necesario que todos los consumidores sean expertos para que *todos* resulten protegidos por su actuación en el mercado.

<sup>20</sup> Nuevamente se apoya, no en las opiniones o trabajos empíricos de economistas o sociólogos de prestigio ni en la *communis opinio* de los doctores de la disciplina económica, sino en la frase recogida por un excelente *civilista* en un Tratado de Derecho civil (DÍEZ-PICAZO), un excelente *mercantilista* (GONDRA) y en los inevitables apóstoles europeos del Derecho de consumo: BOURGOIGNIE, REICH, etc. (v. nota 53 p. 44). La cita de DÍEZ-PICAZO o GONDRA constituye un adecuado uso del argumento de autoridad cuando se recogen afirmaciones suyas relativas a la interpretación o aplicación del Derecho Privado. Su valor, cuando realizan afirmaciones generales sobre principios de teoría económica, es mucho más discutible. Por lo demás, la cita de autores alemanes puede inducir a error, por cuanto la posición de Reich es absolutamente minoritaria. La postura dominante es, probablemente, la representada por Ulmer. (V. A. MENÉNDEZ, «Glosa del profesor Peter Ulmer», RDM 1993, p. 999, pp. 1001-1002.

a pesar de que son muy necesarios cuando de lo que se trata es de rebatir una idea —que los consumidores son los que deciden sobre la producción mediante sus decisiones individuales— que constituye uno de los presupuestos básicos de los que parte toda la Ciencia Económica<sup>21</sup>. No trataremos, por lo tanto, de explicar los argumentos de los economistas. Nos gustaría, simplemente, alegar un pequeño argumento de sentido común. Supongamos que una persona determinada quiere ganar dinero vendiendo un determinado producto a los consumidores. Suponiendo que no fuera un loco, ¿qué haría en el momento de decidir qué vender? a) Tratar de adivinar qué producto es el que los consumidores desean, fabricarlo, distribuirlo y embolsarse las ganancias o b) Inventar un producto sin tener en cuenta qué es lo que desean los consumidores, y luego gastarse cantidades ingentes en tratar de convencer a los consumidores de que eso es lo que realmente desean para finalmente embolsarse las ganancias sabiendo en ambos casos que otros empresarios estarán tratando de convencer de algo distinto a los mismos consumidores. Salvo que no sólo los consumidores sean necios, sino que, además, los empresarios sean unos locos irracionales, la primera alternativa sería elegida por cualquier empresario<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> La función la publicidad no es informar a los consumidores, como afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE siguiendo a LÓPEZ SÁNCHEZ. Su función es convencer a los consumidores para que compren un determinado producto. Lo bueno del sistema económico de mercado es que la competencia entre los vendedores garantiza que con independencia de lo que desean éstos, la publicidad sea la que los consumidores desean, es decir, que aunque su finalidad es aumentar las ventas del anunciante, acaba proporcionando a los consumidores lo que éstos desean (información, placer estético, diversión, etc.). Ya hace más de dos siglos que ADAM SMITH afirmara que es el propio interés de los productores el que les mueve a satisfacer nuestros deseos y no su bondad o buenas intenciones. Por lo tanto, es la competencia la que protege a los consumidores, no una norma que dijera que la publicidad ha de ser informativa y no «suasoria».

<sup>22</sup> Además, si las empresas son capaces de convencer a los consumidores para que compren lo que no desean, resultan inexplicables algunos tremendos fracasos históricos de enormes compañías multinacionales que invirtieron cantidades ingentes de dinero en producir algo que los consumidores no deseaban. El caso de DuPont con el «Polipiel» o la pérdida del mercado por parte de IBM en los últimos años, no se explican si las empresas son capaces de manipular los deseos de los consumidores en conjunto. V., la narración de casos históricos de este tipo en H. BERG «Wettbewerb als dynamischer Prozess: Idealtypus und Realität», *Fs. W. Benisch*, Colonia, 1989, pp. 27 ss; v. también, sobre el funcionamiento real de los mercados «imperfectos» pero competitivos, la clara descripción de HELMSTÄDTER, «Was ist dynamischer Wettbewerb» *Fs. W. Benisch*, Colonia, 1989, pp. 17-26.

## 5. Falacia «¿qué verde era mi valle!»

a) En estrecha relación con la falacia del zoco, se encuentra aquella que consiste en afirmar que son las modernas producción y distribución en masa y las innovaciones técnicas y comerciales las que han colocado a los consumidores en una situación de indefensión, es decir, que idealizan los mercados del pasado:

Las innovaciones y cambio, la creciente complejidad y sofisticación de los productos «repercute en una más que notable opacidad del mercado frente al consumidor, que carece de fuentes de información fiables y de conocimientos propios suficientes para tomar decisiones razonables» (p. 37). En la fase de selección, «la elección del consumidor se ve seriamente afectada por su falta de conocimientos técnicos y de experiencia en relación con unos productos cambiantes y crecientemente sofisticados, y por la inexistencia real de canales de información eficaces, debido a la integración del suministrador inmediato en la red comercial del fabricante<sup>23</sup>, bien a la falta de conocimientos por parte de dicho suministrador, bien a la impersonalidad de las grandes organizaciones de distribución»... (p. 40) «en la etapa de cumplimiento del contrato, la situación del consumidor tampoco es mejor» (p. 41).

b) Nuevamente, esta concepción implica contradecir a toda la ciencia económica con los mismos magros apoyos que en el apartado anterior. En esta ocasión apelaremos a la experiencia privada del lector. ¿Cree que los consumidores españoles estaban mejor hace cien años, cuando no se había generalizado el consumo en masa que ahora? ¿Cree que es necesario hoy que uno tenga los mas mínimos conocimientos técnicos para comprar, sin ser engañado, aparatos técnicos tan sofisticados como un automóvil, un ordenador o una cadena de alta fidelidad? Nuevamente se olvida dónde se encuentra la protección del consumidor. Trataremos de explicarlo con un ejemplo. Imaginemos dos fabricantes de vídeos que se venden a igual precio. Uno de ellos, sin embargo, es de muy superior calidad al otro. Los consumidores, que no son expertos en vídeos, carecen de la información y los conocimientos técnicos para distinguir cuál es el mejor. ¿Qué hará el fabricante del producto de mayor calidad? Si no es un necio, tratará de convencer a los consumidores de que su producto es de mayor calidad para que así estén dispuestos a pagar un precio más elevado.

---

<sup>23</sup> Esta afirmación es especialmente discutible. Precisamente, la integración de la distribución en la producción a través de formas contractuales como la franquicia sirve para garantizar la homogeneidad en la calidad reduciendo los costes de información para los consumidores, V. J. ALFARO, con «Franchising», Enciclopedia Jurídica, Civitas, en prensa.

¿Cómo puede convencerlos? El mercado desarrolla muchos mecanismos. Por ejemplo, distribuyéndolos a través de comerciantes expertos (tiendas especializadas) cuya reputación vale en la medida en que informen verazmente a los consumidores sobre los distintos productos que venden; pidiendo a una empresa especializada en dichos productos una valoración («rating»); ofreciendo garantías amplias de buen funcionamiento («si no queda satisfecho le devolvemos su dinero»). Obsérvese que el fabricante del vídeo «malo» no podría hacer lo mismo, porque le saldría muy caro (habría muchas devoluciones)<sup>24</sup>.

#### IV. PROBLEMAS DOGMÁTICOS

1. El valor de una teoría se mide por su capacidad para explicar los hechos. En el caso del Derecho, las teorías jurídicas miden su valor por su capacidad para explicar por qué el Derecho vigente es como es y no de otra forma<sup>25</sup>. Pues bien, el planteamiento teórico aquí criticado tiene un escaso valor desde este punto de vista. Salvo afirmaciones genéricas sobre la necesidad de proteger al consumidor, no encontramos criterios que nos permitan «encontrar» o «descubrir» normas jurídicas que encajen sin fisuras en el sistema y que establezcan cuándo y cómo hay que protegerlo.

#### 2. El principio «pro-consumidor»<sup>26</sup>

a) Según los defensores del planteamiento que criticamos, no cabe duda de la existencia y de la corrección de los resultados que produce el principio «pro-consumidor». El problema es que, cuando tratamos de ver qué significa tener en nuestro Derecho un principio «pro-consumidor», nos quedamos sin respuestas concre-

---

<sup>24</sup> Naturalmente, la expulsión a largo plazo de los «malos» no consuela al consumidor individual que ha sido engañado. Argumento utilizado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pero si lo ha sido, el derecho de obligaciones tradicional y tradicionalmente denostado ofrece, con algunas reformas, protección suficiente; v. las atinadas propuestas de F. PANTALEÓN, «Nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC, 1993-IV, p. 1719 ss. En la revista *The Economist* podía leerse, en relación con las revistas que hacen estudios comparativos de calidad que, «En los tiempos en los que existían enormes diferencias entre la fiabilidad y las prestaciones de unas y otras lavadoras y televisiones... (La revista) era de lectura imprescindible para... evitar comprar un producto de mala calidad. Hoy la competencia es tan intensa que las diferencias son más una cuestión de estilo que de prestaciones (*The Economist* 18-24 de junio de 1994).

<sup>25</sup> V., en general, K. W. CANARIS, *Función, estructura y falsificación de las teorías jurídicas*, trad. esp. D. Brückner y J. L. de Castro, Madrid, 1994 (en prensa).

<sup>26</sup> Si la expresión «pro-consumatore» es meramente italiana, no hay necesidad ni justificación alguna para no utilizar la expresión castellana.

tas. Para demostrarlo utilizaremos las dos concreciones del principio propuestas por Martínez de Aguirre, según el cual el mismo «puede tener importantes consecuencias»<sup>27</sup>.

*Primera:* que la legislación «habrá de ser interpretada en el sentido más favorable a sus (razonables) intereses, es decir, siempre dentro de los criterios de razonabilidad apuntados... a fin de evitar los riesgos de sobreprotección» (p. 56). Esta forma de plantear la cuestión resulta escasamente útil. A todos nos gusta que se protejan los intereses de los consumidores, sobre todo si son razonables. Nadie es partidario que se desproteja al consumidor ni que se le proteja en sus intereses ilegítimos o irrazonables. El problema que el principio pro-consumidor no soluciona ni puede solucionar es cuáles son los intereses legítimos (en los términos del art. 51 CE) de los consumidores y a través de qué mecanismos han de protegerse.

Este problema queda reflejado inmediatamente en la discusión subsiguiente del autor acerca de si cabe la «reformatio in peius» en el Derecho del consumo (p. 56 ss.). Es decir, alcanzado un cierto nivel de «protección» sería inconstitucional (art. 51 CE) rebajar tal nivel mediante una norma posterior. El ejemplo utilizado es el de la supresión de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos por el D.-Ley Boyer. Según el autor, la supresión no es inconstitucional, pero podría serlo<sup>28</sup>.

Sobre la «reformatio in peius» cabe realizar dos observaciones. En primer lugar, es más que discutible que las normas que establecen prórrogas forzosas protejan a los arrendatarios/consumidores como grupo social. Protegen a los que ya viven como arrendatarios, pero no a los que pretenden serlo<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> «De esta manera, toda la normativa existente sobre obligaciones y contratos adquiere nuevas tonalidades, un significado cualitativamente distinto y puede llevar a tener unas virtualidades tuitivas insospechadas.» (p. 56).

<sup>28</sup> Literalmente «teóricamente ho habría obstáculos a considerar vedada tal posibilidad (la de la reformatio in peius) por el art. 51 CE e inconstitucionales las normas aunque se establecieran. En la práctica tal posibilidad se plantea como lejana», (pp. 56-57). Si el ejemplo aducido no vale para explicar el problema ¿por qué utilizarlo? Si el autor admite que es plausible la idea de una reformatio in peius inconstitucional, debería poner un ejemplo en el que tal consecuencia se produzca. Actuar de otra forma no deja de tener riesgos. Así, en la SAP Sevilla 28-12-90 acaba afirmándose que «cualquier disposición... que suponga disminución de la protección de los arrendatarios ha de ser interpretada restrictivamente» *apud* A. CARRASCO, «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección», *Derecho Privado y Constitución*, 1 (1993) p. 225, p. 249. Tal afirmación es, de por sí, más que discutible, según se tratará de argumentar en el texto. Pero de tal afirmación a la de admitir la existencia de una prohibición de «reformatio in peius» en materia de protección de los consumidores no hay más que un paso que la doctrina no debiera contribuir a que se diera.

<sup>29</sup> Y sólo en la medida en que el contrato se vea afectado por la promulgación de la norma que imponga la prórroga. En tal caso, el legislador estaría expropiando al arrendador por causa de utilidad privada (la del arrendatario). Si la norma sólo se

En segundo lugar, y más específicamente, el principio «pro-consumidor» no soluciona nada ni en éste ni en ningún otro tema. Frente a dicho interés (el «pro-consumidor») siempre podría alegarse el interés en que los centros de las ciudades no parezcan zonas bombardeadas, típico efecto de las normas de control de rentas (Cheung) o el interés en dinamizar la vida económica, la construcción, etc.<sup>30</sup>. Pero es que, además, el mismo planteamiento es muy discutible. Decir que el legislador futuro está vinculado por el legislador actual más allá de los límites constitucionales es contrario al principio *democrático* de nuestro Estado consagrado en el art. 1.º CE. Cuando una sociedad quiere asumir un «compromiso creíble» de no modificar una situación incluye las normas correspondientes en la Constitución. No pueden crearse límites infraconstitucionales al legislador.

b) La segunda concreción del principio es que, como principio «inducible —e inducido— de las normas legales» (p. 58), tiene carácter de fuente del Derecho. La norma que extrae el prof. Martínez de Aguirre de los arts. 8.º, 10.2 y 27.1 LCU o 9.º LVFE es la norma de «condición más beneficiosa» para el consumidor (p. 58). A nuestro juicio de esos preceptos se extrae la regla de que los riesgos deben distribuirse de acuerdo con criterios de imputación razonables: las dudas en la interpretación de un texto deben perjudicar al que lo ha redactado (8.º y 10.2 LCU); los daños producidos por los productos deben incorporarse a los costes empresariales para garantizar que se produce el volumen eficiente (art. 27.1) y su prueba debe atribuirse a aquel para quien es menos costosa, etc. Estos criterios y no el principio «pro-consumidor» son los que nos dicen qué intereses de los consumidores son razonables y legítimos<sup>31</sup>.

---

aplica a futuros contratos de arrendamiento, la norma perjudica al arrendatario. Lógicamente, los arrendadores no son menos inteligentes que la media. Si la ley les obliga a aguantar cuatro años, exigirán una compensación y sólo estarán dispuestos a alquilar sus pisos a un precio superior al que estarían dispuestos a pactar si la duración del contrato pudiera pactarse libremente.

<sup>30</sup> Afirmar que la norma que otorga prórroga forzosa es derecho «normal» y el Decreto Boyer derecho «excepcional» carece igualmente de sentido. Depende de cuál sea el principio que consideremos general. Si el principio general es el de que los contratos tienen la duración que las partes hayan establecido, entonces lo que es excepcional es la LAU. Si el principio general es que en los arrendamientos urbanos hay que limitar la propiedad hasta hacerla irreconocible, entonces, lo excepcional es el Decreto-ley Boyer. V., en el sentido del carácter excepcional (y temporal!) de la introducción de la prórroga forzosa en la LAU —reflejada en su exposición de motivos—, CARRASCO, *Dp y C*, 1 (1993), p. 247 ss.

<sup>31</sup> Debe denunciarse, igualmente, la estrategia del «totum revolutum» que, a menudo, se emplea por los defensores del principio «pro-consumidor» al citar *in genere* normas protectoras de los consumidores. Para afirmar que la libertad contractual ha quedado limitada o derogada por dichas normas es necesario explicar su *ratio*, como hemos tratado de hacer en el texto. Así, por ejemplo, el autor alega, también en favor de su concepción, el art. 5.º de la ley de ventas fuera de establecimiento que



### 3. La justicia contractual

a) De acuerdo con el sistema consagrado en nuestro Derecho Privado, la justicia objetiva del contrato (equivalencia de las prestaciones) la determina el mercado, no el Derecho. El Derecho tiene la función de facilitar la realización de los intercambios, sobre los cuales deciden los particulares en función de sus propios intereses. Dado que es necesario el consentimiento de ambos contratantes para que el intercambio se produzca, el intercambio ha de considerarse beneficioso para ambas partes porque, de otro modo, no se realizaría. Por tanto, la justicia del intercambio la garantiza su carácter voluntario en un marco competitivo. Este planteamiento es aceptado por los autores que criticamos. Nuestras discrepancias se producen a partir de aquí. Así, el prof. Martínez de Aguirre continúa su razonamiento afirmando que los contratos de adhesión demuestran que la libertad contractual que presupone nuestro Derecho contractual no existe en la realidad. *Ergo*,

«el Derecho ha de ocuparse no sólo de lo que cabría denominar justicia contractual negocial... formal... sino también de la justicia contractual sustantiva... El centro de gravedad de la atención jurídica pasa de los requerimientos de corrección formal en la negociación... a la contemplación del contenido de ese contrato» (p. 63). Existen límites inmanentes (*rectius*, no establecidos por la ley) a la autonomía de la voluntad; la constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones justifica la intervención y «precisamente los consumidores se encuentran en una situación de inferioridad que permite presumir, en caso de falta de equilibrio entre las prestaciones, que ha existido abuso de superioridad... en su contraparte profesional».

La argumentación continúa hasta lamentar que:

«De la ausencia de dicho mecanismo (rescisión por lesión) cabe deducir que en el Derecho del Código Civil no rige el principio de equivalencia de las prestaciones con carácter general... Sin embargo,

---

permite al consumidor revocar su consentimiento (p. 66). Esta norma es perfectamente explicable en el marco de una concepción liberal del contrato (v., ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 165-168). No supone, por lo tanto, un ejemplo del «debilitamiento del papel que corresponde a la voluntad en el contrato», salvo que se consideren así, también, por ejemplo, las normas sobre vicios del consentimiento. El «totum revolutum» se refleja en que, más adelante, el autor vuelve a utilizar esta norma como ejemplo esta vez no sólo del «debilitamiento (*rectius*, redimensionamiento) del exagerado papel que la teoría liberal-individualista atribuía a la voluntad en el contrato», sino igualmente de los «mecanismo(s) de reafirmación de la importancia de la voluntad correctamente formada». Nos parece que ambas justificaciones no pueden predicarse simultáneamente de una norma. O son normas que protegen la correcta formación de la voluntad, o son normas que prescinden de la formación de la voluntad para garantizar directamente la justicia del resultado.

datos normativos, empezando por el principio constitucional de protección de los consumidores (del que cabe derivar el principio técnico de equivalencia de las prestaciones, tratándose de contratos de consumo), y siguiendo por algunas de las disposiciones que lo desarrollan, permiten poner en duda que las cosas sigan siendo así, al menos en sede de defensa de los consumidores»<sup>32</sup>.

El último paso es proponer la incorporación al Derecho Civil de un mecanismo equivalente a la rescisión por lesión<sup>33</sup>.

b) El planteamiento que acabamos de exponer es muy discutible. En primer lugar, mezcla dos problemas que han de permanecer claramente separados. Uno, es el de las cláusulas predispuestas o condiciones generales; el otro, el de la equivalencia objetiva entre el precio y la prestación característica en un contrato sinalagmático. El control judicial de las cláusulas predispuestas es perfectamente coherente con un Derecho privado liberal. Así lo hemos argumentado y defendido ampliamente. Adherirse a un condicionado general no es consentimiento contractual en el sentido del art. 1.262 CC y, por lo tanto, no pueden aplicarse las consecuencias del consentimiento («qui dit contractuel dit juste»; «el que firma se vincula»). En un contrato de adhesión, los clientes conocen y «quieren» los elementos esenciales y se adhieren respecto a las condiciones generales. Por lo tanto, los elementos esenciales están protegidos por la autonomía privada pero las condiciones generales a las que se ha adherido el cliente, no. La adhesión significa simplemente: darse por enterado de la existencia de condiciones generales aplicables al contrato; saber cuáles son éstas y disponer de ellas durante la vida del contrato autorizando al predisponente a establecer regulaciones *equivalentes* al Derecho dispositivo (porque, en tal caso, no deben afectar a la decisión de contratar del adherente)<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Añadiendo el tenor literal del art. 10.1 c), que afirma que las condiciones generales deben cumplir el requisito de justo equilibrio de las prestaciones (p. 71).

<sup>33</sup> Nuevamente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE hace suya no sólo la propuesta de restaurar la rescisión por lesión, sino las palabras de GOUNOT, que son un canto a la concepción liberal del contrato, es decir, a la concepción que llevó a los codificadores justo a eliminar la rescisión por lesión: «Siendo el contrato ante todo un acto de previsión... perdería su razón de ser si la incertidumbre debiera planear sin cesar sobre su realización y si el juez pudiera, en nombre de la utilidad general o de la justicia, transformar arbitrariamente sus cláusulas» (p. 72). MARTÍNEZ DE AGUIRRE no ve contradicción: «es preciso encontrar el equilibrio entre lo útil y lo justo» (p. 72).

<sup>34</sup> V., ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 80-107. Nuestra propuesta, garantiza la protección de los contratantes sin tener que alterar fundamentalmente el sistema de nuestro Derecho Privado —a diferencia de lo que sucede con su propuesta de reincorporar la rescisión por lesión—. Aunque el autor no entre a discutir nuestra propuesta, la califica en una nota (nota 81) como «discutibles afirmaciones». Un resumen de nuestra propuesta se publicará próximamente en la voz «Condiciones generales de la contratación», *Enciclopedia Jurídica Civitas*. Madrid (en prensa).

Un problema muy distinto es el de la equivalencia entre las prestaciones esenciales del contrato (precio y cosa en la compra-venta, etc.). Aquí, atribuir a los jueces un poder genérico para modificar el contrato cuando le parezca que las prestaciones no tienen un valor similar es, sencillamente, inconstitucional<sup>35</sup>. Los casos en los que están autorizados a hacerlo vienen marcados por la ley de usura y por los límites genéricos a la autonomía privada del art. 1.255 CC. No hace ninguna falta la rescisión por lesión. Al revés, tal vez, lo que haría falta es derogar las normas correspondientes del Derecho navarro y catalán —especialmente éste último— que, en este punto, son completamente *Ancien Régime*.

c) A estas discrepancias se añaden las relativas a la función y significado del Derecho dispositivo. Martínez de Aguirre se suma nuevamente a De Castro afirmando que los particulares no pueden derogar el Derecho dispositivo sin justificación (límites inmanentes de la libertad contractual)<sup>36</sup>. Como hemos tratado de demostrar en nuestro estudio, De Castro recogió en un párrafo brillante una concepción —la desarrollada por Raiser en Alemania en unos años treinta muy poco proclives a respetar la libertad y la dignidad humanas— completamente contraria a la concepción de nuestro liberal Código Civil<sup>37</sup>. En la concepción de nuestro

---

<sup>35</sup> También tratábamos de argumentarlo en nuestro estudio, v., ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 140 ss., argumentación que ha sido aceptada por BUSTOS, *La Ley*, 22-10-1993, p. 2. Se equivocó, por tanto, el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE cuando afirma que «el principio rector (de la legislación de condiciones generales) es la consecución del justo equilibrio contractual, tanto *entre las prestaciones* como entre los derechos y obligaciones de las partes» (p. 84). Tal posibilidad estuvo en la mente de los funcionarios de Bruselas que hicieron los primeros borradores y fue, afortunadamente, desechada, v., detalladamente, A. EMPARANZA, «La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», RDM (1994) en prensa.

<sup>36</sup> V. p. 65. En este punto, no creemos que pueda citarse para argumentar el papel que en la actualidad deba corresponder a la autonomía privada, en la misma nota, a Zöllner y De Castro (nota 133, p. 67). Zöllner constituye, probablemente, el mejor ejemplo de liberal «exaltado» que criticaba, como conservador iusnaturalista que era, el profesor De Castro. Frente a la doctrina de los límites inmanentes, Zöllner reafirma el valor y la vigencia de la autonomía privada como libertad para decidir sin tener que dar razones o justificar el propio comportamiento (W. ZÖLLNER, «Zivilrecht und Zivilrechtswissenschaft in ausgehende 20. Jahrhundert», AcP 188 (1988) p. 85 ss., p. 95) y, en particular, se muestra muy crítico con las normas de protección de los consumidores y con cualquier clase de Derecho especial (p. 91). Así, afirma irónicamente que, alguien que, como él, sintió como una liberación la ocupación de Alemania por las tropas americanas en el año 1945, no es capaz de apreciar en qué medida protegen la libertad normas como la de los negocios celebrados fuera de establecimiento que permiten a Lutter o a Eike von Hippel (dos conocidos iusprivatistas alemanes) revocar su consentimiento. Por lo demás, no creemos que «el mejor» De Castro esté bien reflejado en el artículo de 1982 sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad.

<sup>37</sup> V., ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 85-87 y, ampliamente, en general, sobre el Derecho dispositivo, ampliamente, pp. 354 ss.

Código, el Derecho dispositivo no es más que la regulación típica que el legislador considera como más próxima a la voluntad presumible de contratantes típicos y que, por lo tanto, puede ser derogado no sólo por la voluntad expresa de las partes (sin necesidad de justificar su conducta), sino incluso por la existencia de datos en el contrato que indiquen que tal hubiera sido su voluntad si hubieran previsto la cuestión (interpretación integradora del contrato). Dado que Martínez de Aguirre no añade argumento alguno a los de De Castro, nos remitimos nuevamente a lo que allí expresamos<sup>38</sup>.

#### 4. El problema de la información

La concepción aquí criticada resulta especialmente discutible en lo que se refiere a los deberes de información recíproca de los contratantes. Así, se llega a afirmar que «en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuantos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo». Estos autores se dan cuenta, lógicamente, de que imponer un deber de información desincentivaría la búsqueda de la información<sup>39</sup> y añaden que habría que remunerar al que la ha obtenido: «como siempre se trata de conseguir el equilibrio» (p. 82). El problema es que, una vez más, la buena voluntad no basta: ¿cómo se remunera?, ¿en qué casos?, ¿qué informaciones han de facilitarse y cuáles no?, etc.<sup>40</sup> Nueva-

---

<sup>38</sup> Un resumen de nuestro planteamiento puede leerse en J. ALFARO, «La función de los usos en el Código de comercio», *RDM* 1992, núm. 205, pp. 419 ss. MARTÍNEZ DE AGUIRRE se adhiere a una frase especialmente desafortunada de DE CASTRO en la que el eximio civilista afirma que los límites immanentes a la autonomía privada son «los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común» (p. 68 nota 136). Modestamente creemos que, tal vez, el autor no ha valorado exactamente el significado de la frase de DE CASTRO. Derecho común es el Derecho vigente antes de la Codificación. Los límites a la libertad individual considerados «naturales e indiscutibles» por el Derecho común eran la consideración del cobro de intereses como usura; la existencia de un precio justo objetivamente determinable; la competencia de las corporaciones para crear y aplicar Derecho y el sometimiento de los ciudadanos a las reglas correspondientes a su *status* y no al contrato, etc. Estamos seguros que MARTÍNEZ DE AGUIRRE no suscribe que tales deban considerarse como límites deseables a la autonomía privada.

<sup>39</sup> Para qué se va a molestar un contratante en buscar la información si los efectos beneficiosos de la misma van a ser para otra persona, v. las observaciones que hacíamos en relación con la publicidad en nuestra anterior recensión, *ADC* 1993-1 pp. 302 ss.

<sup>40</sup> V., una aproximación a estos problemas en el ámbito de la contratación en C. PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», *Estudios Broseta* (en prensa) distinguiendo entre informaciones que contribuyen a crear riqueza e informaciones que simplemente crean una ventaja en la negociación solo respecto de las segundas podría imponerse un deber de informar.

mente, decir que sería bueno que los consumidores estuvieran informados no pasa de ser un deseo, no un principio jurídico operativo.

## V. CONCLUSIONES

El profesor Martínez de Aguirre nos pide un ejercicio de fe. Nos pide que creamos que el Derecho es el mejor remedio para que los intercambios se realicen de la forma más beneficiosa para toda la sociedad. Así, en relación con la objeción que le habíamos hecho en nuestra recensión anterior de que la protección del consumidor corresponde *prima facie* al mercado, señala:

«Desde el punto de vista mas teórico y abstracto, dicha aproximación opera lo que cabría denominar como “reduccionismo economicista”... que resulta peligroso... el riesgo es, por tanto, el de otras consideraciones distintas de las económicas que, sin embargo, tienen un peso específico importante en la formulación y aplicación de las reglas del Derecho: me refiero a la justicia, el bien común y la utilidad pública, la protección de los más débiles, y en el fondo, la primacía de las personas sobre las cosas» (p. 48) <sup>41</sup>.

El problema es quién decide sobre lo que es justo o injusto, lo que es propicio para el bien común o la utilidad pública o lo que favorece a los más débiles. Estos argumentos han sido los más utilizados por los poderosos de una sociedad para obtener privilegios a costa de la generalidad. Por lo tanto, mientras no tengamos un mejor candidato para tomar tales decisiones, a nuestro juicio, las mismas deben reservarse a los individuos, permitiéndoles que, como seres humanos dotados de dignidad, utilicen su patrimonio y su tiempo como tengan por conveniente, sin imponerles conductas que a los profesores nos parezcan las más convenientes para ellos. El mercado tiene muchos fallos, funciona mal <sup>42</sup> y, desde luego, funciona mejor que nuestros Juzgados y

---

<sup>41</sup> Nos parece profundamente injusto para con los estudiosos del «law and economics» que el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE despache el análisis económico del Derecho con una cita de un tal Cranston afirmando que «olvida los valores de justicia y equidad». La bibliografía fundada en el «law and economics», dedicada al problema específico de la relación entre eficiencia y equidad, es ya inabarcable. V. PAZ-ARES, *Eficiencia, passim*.

<sup>42</sup> Una breve y clara exposición de los fundamentos y las críticas a los postulados de la economía de libre mercado puede leerse en A. SCHOTTER *La economía de libre mercado. Una valoración crítica* (trad. esp. G. Hernández), Barcelona 1987; v. también la excelente exposición de X. CALSAMIGLIA, «Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación» DOXA, 13 (1993) p. 69 ss.

nuestras Facultades de Derecho. Las páginas anteriores deben entenderse, en este sentido, como una llamada a la humildad de los iusprivatistas y como un recordatorio de lo que el profesor Bisbal ha denominado «la levedad del Derecho Privado», levedad que a algunos nos parece, también un objetivo de política jurídica y, a otros, una cualidad insoportable. La función social del Derecho Privado del tráfico es facilitar los intercambios, no dificultarlos. Si tomamos conciencia de ello, podremos los juristas, rechazar acusaciones tan injustas como la que hizo un periodista económico:

«La convicción de los juristas (es) que todos los problemas del mundo pueden resolverse simplemente promulgando las normas adecuadas. Encontrar un jurista que entienda y respete las fuerzas del mercado es tan difícil como encontrar a un fabricante de ropa infantil que comprenda y respete el celibato. Los cerebros de los juristas son incapaces de darse cuenta que es una tarea inútil tratar de vencer a las fuerzas del mercado. Lo único que se puede conseguir es deformarlas y hacer que produzcan efectos inesperados<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Sydney Morning Herald, 25.5.81 *apud*, Centro Veljanovski, the economics of law. An introductory text, Londres, 1990, p. 13.



## ¿UNAS NUEVAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL? (Réplica cordial)

FRANCISCO JORDANO FRAGA

Universidad de Cádiz

En el Fascículo IV, *ADC*, 1993, p. 1719 y ss. («Las nuevas bases de la responsabilidad contractual»), publica el profesor Pantaleón su última aportación —en adelante, *Bases*— al problema de la responsabilidad contractual, continuando, por su parte, una polémica conmigo derivada de otros trabajos anteriores, suyos y míos.

En cuanto a mí, me parece obligado fijar definitivamente mi opinión en alguno de los puntos ya discutidos y ahora replanteados por Pantaleón, así como, también, pronunciarme sobre alguna de las (pocas) cuestiones nuevas previamente no abordadas.

Hay, además, muchos otros puntos tocados en ese último trabajo de Pantaleón de los que, sin embargo, no me ocuparé aquí: bien porque sobre ellos ya he expresado públicamente mi opinión (conforme o contraria) y no me parece necesario insistir más en ella, bien porque, no habiéndome pronunciado anteriormente acerca de los mismos, tampoco creo oportuno hacerlo ahora (manifestando mi conformidad, mi oposición o mi indiferencia).

Mi réplica pretende mantener el mismo tono cordial (no incompatible con el humor educado) que Pantaleón ha dado a su último escrito, y por respeto, ante todo, a los lectores de este *Anuario* tratará de hacerse lo más abreviadamente posible, limitando al máximo la reiteración de opiniones ya escritas. [A cuyos efectos —de reenvío a lo previamente publicado— indico que mi planteamiento sobre la responsabilidad contractual, en el que se apoya todo lo que sigue, se encuentra en *ADC*, 1991, pp. 5 y ss., y en los otros trabajos citados en su nota 1. Pueden encontrarse, también, indicaciones útiles en *La responsabilidad del deudor por*



*los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Madrid, 1994 (aprovecho la ocasión para corregir, aquí y ahora, una errata en este último libro que me molesta especialmente: en la p. 334, párrafo primero, penúltima línea, dice «sólo el cesionario», debe decir «sólo del cesionario»)].

I. Afirma Pantaleón (*Bases*, cit., p. 1730, nota 34) cómo desde el planteamiento por mí sostenido, el art. 1.778 CC resulta inexplicable.

En *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987 (pp. 194 y ss.) relato, en efecto, los distintos expedientes (más o menos forzados) arbitrados por la doctrina italiana, defensora, como yo, de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizado por el deudor) como elemento de la prueba liberatoria, a fin de justificar, en conformidad con las normas generales, la exoneración del heredero de buena fe del depositario en este caso.

Al final concluyo —y me reafirmo hoy en esta opinión— que sea cual fuere el fundamento (discutible) del artículo 1.778 CC, lo cierto, y lo importante a efectos prácticos, es que la ley establece en concreto, de forma inequívoca, la exoneración/liberación del heredero de buena fe del depositario de su obligación (heredada) restitutoria, dándose las circunstancias del art. 1.778, y la propia ley asocia a ese efecto liberatorio/extintivo su típica consecuencia del *commodum repraesentationis*.

Dije entonces, y digo ahora, que sea ése o no el caso del art. 1.778, diseñado con carácter general (en los arts. 1.105 y 1.182 y ss. CC) el límite de la responsabilidad contractual (la imposibilidad sobrevenida liberatoria, el caso fortuito) con unos determinados caracteres, nada impide que el legislador, ante supuestos concretos, decida apartarse de los mismos.

El propio Pantaleón (*ibidem*) reconoce haber considerado, en 1991, al art. 1.778 CC como excepción de la norma general de la imputación por hecho propio.

Y si el art. 1.778 puede ser una excepción en el sistema general de la responsabilidad contractual tal cual lo concebía Pantaleón en 1991, no se ve por qué no pueda serlo en el por mí defendido.

Sea en el caso del art. 1.778 o en otro distinto, y sea cual fuere la forma de interpretar el sistema general de la responsabilidad contractual, es claro que no puede descartarse (la posibilidad siempre existirá en abstracto y será más o menos fácil encontrar algún ejemplo concreto) que la libertad de apreciación del legislador le conduzca a soluciones peculiares para casos concretos. Como también es claro que el sistema general de la responsabilidad contractual no se construye sobre la base de esas normas singulares o excepcionales, sino sobre las generales en la materia, a su vez confirmadas en una multitud de normas particulares que están en sintonía con ellas.

Lo anterior es suficiente para decir, pues, algo tan obvio como que: *a)* sobre la base de una norma singular prevista para un caso concreto, no puede ni confirmarse, ni desmentirse un sistema general de la responsabilidad contractual (porque toda regla tiene o puede tener excepciones); y *b)*, por lo mismo, de ningún sistema de responsabilidad contractual puede exigirse que todas, absolutamente todas, las normas vigentes de responsabilidad contractual respondan a los principios generales de aquél.

II. En relación a lo que sobre la resolución por incumplimiento [*Bases*, 5, *a)*, pp. 1731-1732] escribe Pantaleón, nuestro desacuerdo es, ciertamente, sustancial. Para Pantaleón, en el ámbito de aplicación del art. 1.124 CC, también debe incluirse la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento determinada por imposibilidad sobrevenida *no imputable* al deudor no-cumplidor (*imposibilidad liberatoria*, caso fortuito). Incluso en este caso la resolución del contrato sinalagmático sería meramente facultativa para el acreedor de la obligación no (exactamente) cumplida.

Para mí, en cambio [*La responsabilidad contractual cit.*, pp. 313-314, *CCJC*, 13, p. 4433 y ss.; *CCJC*, 24, pp. 1109-1110; *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pp. 89 y ss.; *La responsabilidad del deudor por los auxiliares*, cit., p. 511, nota, *infra* 3], tienen fundamento y régimen distintos la resolución de un contrato sinalagmático por incumplimiento y por imposibilidad sobrevenida liberatoria.

Opinión que, a mi juicio, tiene la doble ventaja de:

- 1) coordinar adecuadamente las normas de la responsabilidad contractual con las de la resolución *ex art.* 1.124 CC, y
- 2) respetar escrupulosamente el ámbito de aplicación que resulta de lo dispuesto en este último precepto.

Admitido, con la doctrina común, el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria como límite de la responsabilidad contractual, resulta que existirá ésta siempre que haya *incumplimiento* (falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de una obligación *subsistente en defecto* de caso fortuito/imposibilidad liberatoria).

Es también, en congruencia con ese límite asumido de la responsabilidad contractual, una forma, entre otras, de incumplimiento, la imposibilidad sobrevenida, del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizado, que sea *imputable* (sobre la base del criterio general de la culpa/diligencia o sobre la de otro objetivo) al deudor no-cumplidor. También aquí, insisto, hay incumplimiento de una obligación: falta de (exacto) cumplimiento de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria (con todos sus requisitos). Obligación que, por hipótesis, ya no se podrá cumplir *in natura*, pero sí por equivalente.

Cuando el art. 1.124 CC ofrece la alternativa a la parte cumplidora, de escoger entre la resolución del contrato incumplido con indemnización cumulativa, o, alternativamente, la exigencia

de la responsabilidad contractual del incumplidor [ejecución coactiva, *in natura* —si es posible— o por equivalente —si no lo es—, del (exacto) cumplimiento no realizado más la indemnización de (otros) daños], está, obviamente, presuponiendo un verdadero incumplimiento [la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor = falta de caso fortuito que impida el (exacto) cumplimiento no realizado]. Sólo así puede explicarse: 1) Que el art. 1.124 conceda *en todo caso* indemnización a la parte cumplidora, que opta por la resolución (daños derivados de la ineficacia sobrevenida del contrato que tiene su fundamento en una justa causa *imputable* a la parte incumplidora); 2) Que la parte cumplidora, optando por la responsabilidad contractual, pueda pedir *en todo caso* la ejecución coactiva —*in natura*, o, en su defecto, por equivalente— de la obligación no cumplida (porque *subsistente* en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria); 3) Que esa misma parte cumplidora pueda *siempre* pretender, optando por la responsabilidad contractual, si éstos existen, la indemnización de (otros) daños y perjuicios derivados del *incumplimiento* —infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria— de su contraparte.

En cambio, si el deudor recíproco no cumple porque un evento sobrevenido le imposibilita (definitivamente) y por causa a él no imputable la realización del cumplimiento debido —caso fortuito/imposibilidad liberatoria—, resulta evidente: 1) Que la obligación no cumplida se ha extinguido (por imposibilidad liberatoria: arts. 1.182 y ss. CC) —y, por tanto, no puede ejecutarse coactivamente una obligación que ya no está en vigor—; 2) Que de su falta de cumplimiento —de los (otros) daños que tengan en ella su causa— no responderá contractualmente el deudor no-cumplidor, precisamente por haber caso fortuito/imposibilidad liberatoria; 3) Que la imposibilidad liberatoria/caso fortuito como justa causa de resolución *no es imputable* al deudor no-cumplidor (por lo que ninguna indemnización puede pretender por la resolución así producida su contraparte contractual en el contrato resuelto).

La opción del art. 1.124 CC, tal cual la regula el legislador —regulación que implica, como se ve, la sola contemplación del supuesto de la responsabilidad contractual— resulta, pues, *inaplicable* al caso de la imposibilidad liberatoria (lo reconoce ahora, involuntariamente, Pantaleón —*Bases*, cit., p. 1745—, quien, a pesar de la pretendida aplicación del art. 1.124 a este caso de la imposibilidad liberatoria, la hace negándole a la parte resolvente la indemnización que tal norma contempla en su favor: con lo cual confirma, a su pesar, la ajenidad de este caso al ámbito de aplicación, a la previsión del supuesto de hecho, del art. 1.124 CC).

En mi opinión, por lo dicho, el régimen de la resolución por imposibilidad liberatoria ha de buscarse fuera del art. 1.124 (por-

que esta norma, según se ve, no la contempla). Y puesto que la extinción de una de las obligaciones recíprocas priva sobrevenidamente de causa al contrato sinalagmático (arts. 1.274, 1.275 CC), en mi opinión procede afirmar la resolución automática (no facultativa) de éste (arg. art. 1.460 CC), con las limitaciones derivadas de la posible atribución del riesgo en los contratos transmisivos a la contraparte del deudor liberado de su obligación por el caso fortuito/imposibilidad liberatoria [supuesto en el cual, preciso ahora, la atribución patrimonial —*sin* derecho a la contra-prestación pactada en el contrato ni a su equivalente dinerario— hecha por quien soporta el riesgo del caso fortuito al deudor liberado de su obligación por ese mismo caso fortuito, no tiene su fundamento (causa) en el contrato (resuelto), sino directamente en *la ley* que hace esa imputación del riesgo].

III. Me acusa, muy galanamente, Pantaleón (*Bases*, p. 1732, nota 45), de «no haberme molestado» en explicar por qué el art. 1.186 CC no se aplica, en los casos de resolución del contrato sinalagmático transmisivo por imposibilidad liberatoria/caso fortuito, más que cuando el acreedor de la obligación extinguida soporta el riesgo (el comprador que debe pagar a su vendedor el precio convenido por la cosa vendida, a pesar de haber ésta perecido por caso fortuito) (cfr., en sentido análogo al por mí defendido, Delgado, en Lacruz y otros, *Elementos*, II, 1, Barcelona, 1985 —2.<sup>a</sup> ed.—, p. 261).

El no haber justificado esta solución, deriva de su evidencia, siempre que se acepten, claro, los presupuestos de que yo parto. La extrañeza de Pantaleón, tan pulidamente expresada, deriva, simplemente, de su incapacidad para situarse (siquiera sea hipotéticamente) en mis presupuestos de partida.

Ahí va, pues, la explicación antes ahorrada: el art. 1.186 presupone una imposibilidad sobrevenida del cumplimiento/prestación, que es tanto *definitiva* como *inimputable* al deudor no-cumplidor: *extinguida la obligación*, dice la norma. Ciñéndome al caso directamente contemplado por la norma (obligaciones de dar cosa determinada), pensemos, por ejemplo, en la obligación de entrega de cosa determinada por parte de cierto vendedor. Pensemos, asimismo, que tal cosa se destruye por culpa de un tercero (responsable extracontractualmente), pero sin negligencia —en la custodia, preservación de la posibilidad del cumplimiento/entrega: arts. 1.094, 1.105, 1.182 CC— del vendedor/deudor de la entrega. Ante esta imposibilidad liberatoria/caso fortuito [imposibilidad sobrevenida del cumplimiento (entrega) por causa no imputable al deudor/vendedor], es clara tanto la liberación del vendedor de su obligación de entrega (extinguida por la imposibilidad liberatoria), cuanto su irresponsabilidad contractual, frente al comprador, por la falta de cumplimiento (entrega) —imposibilitado por el caso fortuito—. Ahora bien, la posición del comprador-acreedor de la

obligación así extinguida, resuelto, consiguientemente, el contrato sinalagmático transmisivo de que es parte en forma automática, es distinta según que:

1) Soporte el riesgo de la cosa fortuitamente destruida, en cuyo caso debe pagarla, a pesar de *no* recibirla, y, por tanto, experimenta un daño patrimonial, cuya vía de reparación es, precisamente, la posibilidad de accionar, contra el tercero extracontractualmente responsable, que el art. 1.186 le concede.

2) En cambio, si el comprador acreedor de la entrega no recibe la cosa comprada y destruida por caso fortuito y tampoco soporta él su riesgo (no tiene que pagarla): ¿Qué sentido tiene concederle acción contra el tercero extracontractualmente responsable, siendo así que no ha experimentado daño alguno? (y siendo, por otra parte, palmario que el que lo experimentaría, de no poder dirigirse contra el tercero extracontractualmente responsable, es el vendedor que pierde la cosa destruida y tampoco recibe del comprador, en este segundo caso, el precio convenido por ella).

A la vista del ejemplo que ahora manejo, y de lo que se dirá después (*infra* IV), me parece oportuno aclarar: *a*) por un lado, que si se piensa que la responsabilidad extracontractual del tercero no es, propiamente, un aspecto del contenido del *commodum* del art. 1.186, sino que es el resultado de la normal aplicación de la tutela aquiliana del derecho de crédito (con lo cual la acción del acreedor contra el tercero responsable no resultaría derivadamente de la protección del derecho —p. ej., propiedad— de su deudor, sino que se le otorgaría como acción propia resultante de la tutela del derecho de crédito frente a los actos lesivos de terceros), la aplicación, entonces, de la norma general del art. 1.902 CC a nuestro ejemplo no conduce a resultados distintos de los expuestos —sólo seguiría habiendo daño indemnizable al acreedor en el caso sub 1)—; y *b*), por otro, que para todos los restantes aspectos que inequívocamente forman el contenido del *commodum* del art. 1.186 (indemnizaciones derivadas de un seguro, justiprecio por expropiación, residuos físicos aprovechables si se considera también a ellos aplicable el art. 1.186), vale el mismo principio señalado para el ejemplo puesto (sólo el comprador que paga lo que no recibe sufre una pérdida patrimonial que deba ser compensada, mientras es evidente que se enriquecería a su costa el vendedor que además de cobrar el precio de la cosa fortuitamente destruida retuviera, los residuos físicos o jurídicos).

IV. Por lo que se acaba de decir (*retro* sub III) sobre el art. 1.186 CC, no me parece, en principio, compatible con el tenor literal de esta norma, la pretensión de Pantaleón [*Bases* cit., p. 1737 *infra* *b*)] de aplicarla también cuando la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no realizado es *imputable* al deudor no-cumplidor. El supuesto de hecho de la norma está inequívocamente delimitado en su texto: *extinguida la obligación*, y sólo

una imposibilidad sobrevenida de la prestación/cumplimiento debido que sea *imputable* al deudor no-cumplidor (art. 1.182 CC) tiene esa eficacia extintiva/liberatoria que presupone el art. 1.186 del Código Civil.

El significado de la postura de Pantaleón en este punto, varía, sin embargo, en función de cómo se interprete la consecuencia jurídica que el art. 1.186 establece para su propio supuesto de hecho y también, según creo, de qué aspecto concreto del *commodum* estemos hablando.

Fuera del supuesto de hecho del art. 1.186, por lo antes dicho (*retro sub II*), la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no realizado que sea *imputable* al deudor no-cumplidor, es una forma más de incumplimiento (de infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria), y nos hallamos, por tanto, para los contratos sinalagmáticos, en el ámbito de aplicación del art. 1.124 CC, conforme al cual la parte cumplidora podrá optar entre la resolución del contrato con los daños derivados de la misma, o, alternativamente —únicamente, si la obligación incumplida no deriva de un contrato sinalagmático—, por la responsabilidad contractual: la ejecución coactiva, por equivalente, del cumplimiento no realizado (y sobrevenido imposible *in natura* por causa imputable al deudor no-cumplidor) más la indemnización de (otros) daños derivados del incumplimiento.

1) Hablo, en primer lugar, de la responsabilidad extracontractual de un tercero como posible contenido del *commodum*: naturalmente que ésta no sólo es planteable dentro del ámbito del supuesto de hecho visto del art. 1.186 CC; fuera de él, la acción de responsabilidad contractual contra el deudor incumplidor (en los contratos sinalagmáticos, si el acreedor opta por ella) puede *concurrir* con una acción de responsabilidad extracontractual contra un tercero, cuando la imposibilidad sobrevenida sea el resultado tanto de la conducta del deudor como de la del tercero. Y esto (posibilidad del concurso de responsabilidades de deudor y tercero) vale también, desde luego, para cualquier forma de incumplimiento —de infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria— distinta de la imposibilidad sobrevenida imputable.

Pero, entonces, la responsabilidad extracontractual del tercero responsable frente al acreedor (en todos los casos en que ésta concurre con la responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor —ausencia de caso fortuito/imposibilidad liberatoria—: fuera del ámbito de aplicación del art. 1.186 CC), se afirma, sobre la base de las normas generales de la responsabilidad extracontractual (en principio, art. 1.902 CC), como consecuencia de la lesión por el tercero del derecho de crédito de aquél, en forma de una acción propia, directamente atribuida al acreedor lesionado.

El art. 1.186, si se considera aplicable en cuanto a la responsabilidad extracontractual del tercero, implicaría también, desde luego, una manifestación de la tutela aquiliana del derecho de crédito —pero aquí, por el supuesto concreto al que se refiere dicho precepto (imposibilidad liberatoria/caso fortuito), sin concurrente responsabilidad (contractual) del deudor no-cumplidor: el crédito del acreedor se ha extinguido sin responsabilidad del deudor no-cumplidor, pero sí con la del tercero—, mas dicha tutela, en cambio, a diferencia de la que directamente resulta del art. 1.902 CC para los demás casos, en el art. 1.186 para el suyo funcionaría, al menos según su tenor literal, como una subrogación legal del acreedor lesionado en la acción del deudor liberado contra el tercero responsable.

Pienso que esta diversidad de tratamiento —acción propia/subrogación legal— para regular el mismo fenómeno (de la tutela aquiliana del derecho de crédito) no tiene justificación (no se entiende, en verdad, por qué la tutela aquiliana del derecho de crédito funciona autónomamente cuando concurre con la responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor, y, en cambio, deba funcionar en modo derivado/subrogatorio —como consecuencia, por ejemplo, de la protección del derecho de propiedad del deudor de la entrega de la cosa destruida culpablemente por un tercero sin responsabilidad de tal deudor—); pero, de todas formas, esta discusión sobre el efecto jurídico establecido por la norma del art. 1.186 no afecta, para nada, al claro supuesto de hecho por ella prevenido. Y si se llega a la conclusión (que me inclinaría, por lo dicho, a compartir) de que el art. 1.186, pese a su redacción de cariz subrogatorio, es aplicación, en el caso concreto por ella contemplado y para el solo efecto de la responsabilidad extracontractual de un tercero, de la norma general del art. 1.902; ello, en buena técnica jurídica, conduce —aunque el resultado práctico sea lógicamente el mismo—, en los restantes casos posibles de tutela aquiliana del derecho de crédito, a aplicar aquella norma general (de la que el art. 1.186 para un caso concreto es aplicación), y no la particular fuera de su supuesto de hecho.

En resumidas cuentas, la manipulación por Pantaleón en el supuesto de hecho del art. 1.186 CC para extender su aplicación, en cuanto a la responsabilidad extracontractual de un tercero como concreto contenido del *commodum*, o es inútil por la vigencia del art. 1.902 (si se considera que el efecto jurídico de la primera norma en cuanto a la responsabilidad extracontractual de un tercero es mera aplicación al caso de la norma general del art. 1.902), o conduce, si se acepta el planteamiento subrogatorio también para la responsabilidad extracontractual del tercero, a extender indebidamente, para la tutela aquiliana del derecho de crédito, fuera del caso querido por el legislador en una norma particular (art. 1.186), el mecanismo de subrogación legal, en casos donde,

por contra, según la norma general (art. 1.902), el acreedor debe tener una acción propia contra el tercero responsable.

En mi opinión, por las razones antes vistas, la mejor solución es hacer funcionar siempre a la tutela aquiliana del derecho de crédito sobre la base de la norma general del art. 1.902 (carece de toda lógica seguir la vía subrogatoria en el caso del art. 1.186, cuando de no existir esta norma particular, aplicaríamos, sin más, el art. 1.902). Me reafirmo, pues, en no dar, sólo para este aspecto del *commodum* (que, en realidad, como se ve, no lo es: el ordenamiento protege directamente el derecho del acreedor contra conductas ilícitas de terceros), al art. 1.186 una interpretación subrogatoria. La justificación técnica —la práctica ya se ha dicho— sería que la tutela aquiliana del derecho de crédito en tanto que protección autónoma, directa del derecho del acreedor contra actos ilícitos de terceros, es ajena al *commodum* (a una protección meramente derivada del derecho del acreedor, a través de la propia del de su deudor), y, por tanto, al art. 1.186 CC.

2) En cambio, para los restantes (verdaderos) aspectos del *commodum* (indemnizaciones de seguros, justiprecio de expropiaciones, residuos materiales o físicos aprovechables, si a ellos se considera también aplicable la norma del art. 1.186) el sentido del art. 1.186 es indisociable del supuesto de hecho por él inequívocamente prevenido (imposibilidad liberatoria/caso fortuito, extinción de la obligación así imposibilitada —con liberación de su deudor, no cumplidor—, más resolución automática del contrato sinalagmático de que, en su caso, derivase la obligación extinguida), entonces el típico efecto subrogatorio de esta norma (de efecto inmediato o con obligación de transmitir por parte del deudor liberado por el caso fortuito, esto se discute), permite, como se vio antes (*retro sub III*), tratándose de contratos sinalagmáticos transmisivos resueltos *ipso iure* por el caso fortuito/imposibilidad liberatoria, compensar al acreedor de la obligación extinguida que soporte el riesgo del caso fortuito. Lo que reciba por la vía de *commodum* deberá, naturalmente, descontarse a efectos de la eventual acción de responsabilidad extracontractual de que disponga contra un tercero. Fuera del caso de contratos sinalagmáticos transmisivos, cabe imaginar la aplicación del art. 1.186 (en cuanto al genuino *commodum*), dentro de su supuesto de hecho (imposibilidad liberatoria/caso fortuito), en casos del estilo del previsto en el art. 1.777 CC: casos en que el típico efecto subrogatorio del *commodum* persigue evitar un injusto enriquecimiento del deudor liberado de la obligación extinguida.

En este segundo aspecto del *commodum* (el que para mí es el genuino) la manipulación de Pantaleón en el supuesto de hecho del art. 1.186 le hace perder su sentido, asociado, como se ve, no en vano, por la propia norma, a la imposibilidad liberatoria/caso fortuito que implica, en todo caso, extinción de la obligación afec-



tada con liberación de su deudor, extinción del correlativo derecho del acreedor, y, además, tratándose de contratos sinalagmáticos transmisivos, el planteamiento respecto de ese caso fortuito de la cuestión del riesgo.

V. Me decepciona, después de tantas insistencias por mi parte (y vuelve a ser revelador de la incapacidad de Pantaleón de situarse, ni aún hipotéticamente, fuera de sus propias premisas), el interrogante que, a modo de objeción contra mi planteamiento, formula este autor (en *Bases* cit., p. 1738, nota 65): «¿por qué la imposibilidad *no culposa* libera al deudor (extingue la obligación y excluye el incumplimiento) pese a que puede “cumplirse por equivalente” (aunque no en forma específica), exactamente lo mismo que cuando la imposibilidad es *culposa*?».

La respuesta a tal interrogante es evidente: sobrevenido *imposible* el cumplimiento/prestación no realizados, por causa *inimputable* al deudor no-cumplidor, la obligación de éste se *extingue* (ex arts. 1.182 y ss. CC) si la imposibilidad sobrevenida es definitiva, o se *suspende temporalmente* —mientras persista el evento impositivo— si la imposibilidad sobrevenida es temporal. Y me resulta claro que ningún efecto jurídico puede derivarse —exigencia coactiva, *in natura* o por equivalente, del cumplimiento no realizado, indemnización de (otros) daños— de una obligación que está extinguida o suspendida temporalmente (en este segundo caso, naturalmente, mientras lo esté).

La responsabilidad contractual delimitada negativamente por el límite del caso fortuito/imposibilidad liberatoria, asumido coherentemente con todas sus consecuencias, implica la vinculación de aquélla a toda infracción —falta de (exacto) cumplimiento— de una obligación *subsistente* (en defecto de imposibilidad liberatoria/caso fortuito): al *incumplimiento*. Más allá del límite de la responsabilidad contractual: donde hay imposibilidad liberatoria/caso fortuito, donde hay extinción o suspensión de la obligación no cumplida, ni hay incumplimiento (infracción de una obligación *subsistente*), ni, por ello, responsabilidad contractual, que, no en vano, estructuralmente se asocia por todos a la idea misma de la obligación.

La pregunta de Pantaleón esconde detrás, por tanto, a mi juicio, un verdadero disparate jurídico: ¿es que cabe una responsabilidad contractual independizada de una obligación (subsistente)?; ¿dónde está la norma de nuestro Derecho vigente que permita la exigencia de responsabilidad contractual —en la medida que sea: tampoco en la del valor económico de la prestación— al deudor no-cumplidor de una obligación *extinguida*? (a cuyos efectos, ojo, se considerará tanto la *inimputabilidad* del evento impositivo conforme al criterio general de la culpa/diligencia, como con arreglo a criterios distintos: un evento impositivo del cumplimiento que se impute —legal o convencionalmente— de forma

objetiva al deudor no-cumplidor, carece de virtualidad exoneratoria/extintiva *ex art. 1.105 CC*, no es imposibilidad liberatoria/caso fortuito: también aquí, pues, habrá incumplimiento, infracción de una obligación *subsistente*).

VI. El asunto verdaderamente capital donde, a mi juicio, naufraga estrepitosamente el planteamiento de Pantaleón, es en el del contenido del límite de la responsabilidad contractual/prueba liberatoria del deudor no-cumplidor. Tema, digo, de importancia capital, no sólo por su trascendencia negativa —es importantísimo saber, desde luego, cuándo el deudor no-cumplidor, pese a ello, no responderá contractualmente—, sino, también, positiva —desde el límite de la responsabilidad contractual se determinan, *a contrario*, los supuestos de infracción de la obligación que acaorean responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor.

En este punto yo he partido del mismo límite de la responsabilidad contractual generalizadamente aceptado por la doctrina española y enunciado por nuestra jurisprudencia: el caso fortuito/imposibilidad liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizados) inimputable al deudor no-cumplidor (inimputabilidad, en principio, según el criterio general de imputación: imposibilidad no obediente a culpa-negligencia del deudor no-cumplidor; pero también existen otros criterios, legales o convencionales, de imputación).

Que la imposibilidad sobrevenida de la prestación/cumplimiento sea elemento o requisito del caso fortuito/imposibilidad liberatoria es, pues, un dato pacífico entre nosotros (para las citas de doctrina, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 213-214, notas 230 y 232, y *ADC*, 1991, p. 45, nota 46; para las de jurisprudencia, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 213, nota 230, y *ADC* últ., cit., p. 45, nota 47. Una y otra relación podrían incrementarse sin esfuerzo).

Dato éste, como se ve, que no sólo he invocado explícitamente en mi favor, sino que, aún más, he reiterado machaconamente que mi planteamiento sólo pretendía desenvolver coherentemente las consecuencias ínsitas (positiva y negativamente), para la responsabilidad contractual, en el establecimiento tradicional y generalizado de su límite (y prueba liberatoria) en el caso fortuito/imposibilidad liberatoria —con sus mismos tradicionales/comunes requisitos—, y desvelar, así, cómo resulta incompatible con el funcionamiento real, efectivo de un sistema de la responsabilidad contractual asentado en tal límite, la consideración de la culpa-negligencia como fundamento de la responsabilidad contractual y la de la ausencia de culpa-diligencia como causa exoneratoria de la misma [ambas afirmaciones, para la doctrina común que asienta la liberación del deudor no-cumplidor en el caso fortuito/imposibilidad liberatoria, no son sino terminologías inapropiadas que es-

conden detrás una realidad distinta: el *incumplimiento* como fundamento directo de la responsabilidad contractual (toda infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria) y la *extinción/suspensión* de la obligación no cumplida como causa de exoneración del deudor no-cumplidor (imposibilidad liberatoria/caso fortuito definitivo o temporal)].

Pantaleón, de forma injustificada e injustificable, ignoró la vinculación de mi pensamiento con la doctrina generalizada, común en la materia (vinculación que no sólo yo esgrimía, sino que debería ser notoria a todo el que se aproxime, aunque sólo sea a nivel manualístico, al problema de la responsabilidad contractual). Quien lea la despectiva crítica que Pantaleón hace a mi planteamiento en *ADC*, 1991 (p. 1044), sacaría la (errónea) conclusión, de no tener otros datos, de que yo soy el primer autor español en haber introducido la imposibilidad sobrevenida de la prestación/cumplimiento en el seno del límite de la responsabilidad contractual/prueba liberatoria (el caso fortuito), y que, además, lo he hecho forzosamente: únicamente por influjo doctrinal italiano.

Naturalmente que, por muy generalizado que sea entre nosotros considerar la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no realizado, como requisito del caso fortuito-límite de la responsabilidad contractual, nada impedía a Pantaleón criticar, si lo estimaba conveniente, esta opinión generalizada. Pero eso es una cosa, y otra distinta ocultar (¿deliberadamente?) el carácter extendido de la opinión combatida y presentarla (¿interesadamente?) como el resultado de una importación del extranjero, ajena a nuestro Derecho, realizada por un aislado autor. En suma, me parece innegable que Pantaleón, para criticar mi planteamiento (para lo que estaba en su perfectísimo derecho), ha falseado —deliberadamente o no, en cualquier caso de modo inexcusable— la situación, doctrinal y jurisprudencial, de nuestro Derecho, en la que, precisamente, mi planteamiento (confesadamente) se apoya (y para esto otro carecía de legitimación mi contradictor).

Estando así las cosas, no creo difícil de entender lo gracioso, en efecto, que resulta ver a ese mismo fustigador de la imposibilidad sobrevenida como elemento del límite de la responsabilidad contractual-caso fortuito, acabar hablando, reiteradamente (*ADC*, 1991, p. 1060 y ss.), a efectos de la aplicación del art. 1.105 CC, de *impedimento* del cumplimiento no realizado, como requisito de la exoneración contractual del deudor no-cumplidor: ¡los muertos que vos matáis gozan de buena salud!

Así pues, tanto Pantaleón, como yo, como la doctrina común, exigimos del deudor no (exactamente) cumplidor que pretende exonerarse de responsabilidad contractual, en conformidad con el art. 1.105 CC (y la doctrina común, la jurisprudencia y yo añadimos, también, en conformidad con los arts. 1.182 y ss. CC), la producción sobrevenidamente a la constitución de la obligación

no (exactamente) cumplida, de un evento que determine la imposibilidad del (exacto) cumplimiento no realizado: que lo impida, obstaculice o frustre.

Que Pantaleón evite cuidadosamente el empleo del término «imposibilidad», no afecta a la sustancia del asunto: ¿qué diferencia hay entre un evento que impide y otro que imposibilita el cumplimiento no realizado? A lo largo de mis trabajos he empleado frecuentemente de forma indistinta estas dos expresiones (junto con otras: evento que obstaculiza, frustra, etc.), exactamente en el mismo sentido —ya he recordado que esto es un presupuesto confesado de mi planteamiento— con que se exige el requisito de la imposibilidad sobrevenida, en la doctrina común, a efectos del caso fortuito del art. 1.105 CC y de la (coincidente) causa extintiva del art. 1.182 CC. De la lectura de ese trabajo últimamente citado de Pantaleón, no deduzco ninguna diferencia entre su evento causante del impedimento para cumplir y mi imposibilidad/impedimento/obstáculo/frustración del cumplimiento.

Si asentar la responsabilidad contractual sobre nuevas bases consiste en dejar de hablar de «imposibilidad sobrevenida» para hablar de «impedimento sobrevenido», no tengo inconveniente en acceder al cambio, siempre que se sea consciente de su absoluta intrascendencia sustantiva: un mero cambio (entre otros muchos posibles) de terminología.

VII. Se comprende que el afloramiento de esta grave contradicción, no hiciera, en cambio, gracia alguna a Pantaleón. Y con razón, puesto que es la causa, como digo, según mi opinión, del naufragio completo de su planteamiento.

Porque el desenvolvimiento coherente de todas las implicaciones ínsitas en los requisitos tradicionales del caso fortuito, los que Pantaleón, la doctrina común y yo reconocemos —incluyendo la imposibilidad/impedimento sobrevenido del (exacto) cumplimiento no realizado— conduce, precisamente, a mi planteamiento (el que sucintamente he recordado, *retro sub V*).

En particular, toda persona que sea coherente con la exigencia de la imposibilidad/impedimento sobrevenido como requisito del caso fortuito/prueba liberatoria/limite de la responsabilidad contractual, no podrá dejar de reconocer que la simple *posibilidad* (*ausencia* de imposibilidad/impedimento sobrevenido) del (exacto) cumplimiento no realizado, es suficiente por sí misma, sin consideración alguna de la culpa-diligencia del deudor no-cumplidor, para determinar la responsabilidad contractual de éste [lo niega Pantaleón, *ADC*, 1991, p. 1044, en contradicción flagrante, como se ve, con su exigencia posterior de la imposibilidad/impedimento sobrevenido del cumplimiento como elemento del caso fortuito. Lo afirma, Lacruz, *Elementos*, II, 1, Barcelona, 1977, p. 118. Opinión conservada en la revisión por Delgado, Barcelona, 1985, 2.<sup>a</sup> ed., p. 263. Lo afirmaba, también, coherentemente con

la exigencia del requisito de la imposibilidad sobrevenida en el caso fortuito, Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, Madrid, 1979, p. 704, y posteriormente, Madrid, 1983, 2.<sup>a</sup> ed., p. 715. (Si bien que estos autores hablan únicamente de la prestación debida o de su valor económico)].

La responsabilidad contractual incondicionada (sin necesidad de culpa del deudor no-cumplidor) mientras la prestación/cumplimiento no realizado sea posible, es una consecuencia, pues, de que, entonces, *no* hay caso fortuito (con todos sus requisitos, incluido la imposibilidad/impedimento sobrevenido del cumplimiento no realizado); entonces lo que hay, en mi opinión, es *incumplimiento*: una obligación infringida (no o no exactamente cumplida) y subsistente (en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria). Se trata, como se ve, de un principio general —derivado de las normas generales de la responsabilidad contractual—, que permite explicar, por ejemplo, como aplicación del mismo, la responsabilidad incondicionada (sin necesidad de culpa suya) del deudor de cosas genéricas mientras el género debido subsista, siempre que, claro, su obligación no haya sobrevenido (inimputablemente) imposible —su cumplimiento haya quedado sobrevenidamente impedido, diré también en obsequio a Pantaleón— por causa distinta del perecimiento fortuito del entero género debido [p. ej., imposibilidad legal de traficar con la mercancía debida, eventos que afecten —impidiéndola, imposibilitándola— la actividad (conducta) de cumplimiento del deudor, por sí y por otro].

De forma enteramente análoga a lo visto para la posibilidad del cumplimiento, la exigencia, para que haya caso fortuito/imposibilidad liberatoria, junto a la imposibilidad/impedimento sobrevenido del (exacto) cumplimiento no realizado, además, de la inimputabilidad al deudor no-cumplidor de la concreta causa del evento que le imposibilita/impide cumplir, conduce, consecuentemente, y también en conformidad con los principios generales de la responsabilidad contractual, a negar la existencia del caso fortuito y afirmar, por tanto, la responsabilidad contractual de deudor no-cumplidor, siempre que el evento que imposibilita/impide a éste el (exacto) cumplimiento no realizado, obedece a su culpa-negligencia (criterio legal-general de imputación), o le es de cualquier otro modo (legal, convencionalmente) imputable. También aquí, en mi opinión, hay incumplimiento, infracción —falta de (exacto) cumplimiento— de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria (con *todos* sus requisitos).

VIII. Contesto, concreta y brevemente, a las dos interpelaciones directas que me hace Pantaleón (pero no sin dejar de constatar lo pintoresco y divertido que resulta verme retado a ser coherente con la asunción de la imposibilidad/impedimento sobrevenido del cumplimiento no realizado como elemento del caso

fortuito —yo que he asumido, con la doctrina común, inequívocamente ese requisito, de principio a fin— por un autor que, contradictoriamente, defiende y critica, al mismo tiempo, dicho requisito del caso fortuito):

a) En cuanto al caso *sub a)*, en *Bases*, p. 1744, me parece evidente que existe, en efecto, imposibilidad sobrevenida temporal por causa inimputable al deudor. ¿Es que alguien —y, en particular, el acreedor del caso— puede prejuzgar la invalidez por inconstitucionalidad de una ley mientras el TC no se pronuncie (estando pendiente el proceso de inconstitucionalidad)?; ¿es que la sospecha de inconstitucionalidad o, incluso, la pendencia de un proceso de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la ley afectada? (*Vid.* arts. 164 Const., y 38 y 40 LOTC).

b) En cuanto al caso *sub b)* (*Bases*, p. 1744), entiendo que, en efecto, no hay imposibilidad sobrevenida de la prestación debida y personalmente fungible, pero las circunstancias del caso hacen que la pretensión del acreedor a la realización de la prestación debida por un sustituto del deudor y a costa de éste, aparezca limitada por la buena fe. Por concretar: no es exigible, según buena fe, que el deudor provea, por sí o por otro, a su propia sustitución por un tercero en el cumplimiento, el día en que su hijo resulta atropellado. Pero, en principio, es injustificable que, so pretexto de la agonía del hijo atropellado, el deudor no provea durante un mes a esa sustitución (que puede encomendar realizar a otro, o gestionar, por sí o por otro, sencillamente por teléfono). No tengo la menor duda en que procede, pues, la responsabilidad contractual por retraso, pasado el tiempo «de respeto» que, según buena fe, sea razonable en el caso (en otras palabras, durante el «tiempo de respeto» existe, conforme a la buena fe, una imposibilidad/impedimento/inexigibilidad del cumplimiento —*Unzumutbarkeit*—).

IX. Pantaleón (*Bases*, p. 1745) consigue, previa inserción en él de ciertas palabras de su cosecha, que el texto de la ley 493-I Comp. nav. diga cosa distinta de lo que dice. ¡Así cualquiera: hágase usted la ley a la medida de su doctrina! ¿Se construyen las leyes sobre la doctrina o la doctrina sobre las leyes?. Por otra parte, ¿qué se le puede reprochar al texto navarro, que no ha hecho sino sacar, coherentemente, todas las consecuencias de la noción tradicional y común del caso fortuito —con todos sus requisitos, incluido la imposibilidad/impedimento del (exacto) cumplimiento no realizado— (la misma que Pantaleón acaba, en feliz contradicción, admitiendo)?

X. Como colofón, en lo que a mí respecta definitivo, de esta polémica, quiero manifestar abiertamente que mis discrepancias con el profesor Pantaleón, en el fondo y en la forma, son puramente doctrinales (pero son graves, no se trata de juegos florales), y no alcanzan, por tanto, al terreno personal ni, por supuesto,

afectan a la elevada consideración profesional que le tengo. Si en algún momento ha parecido otra cosa, sólo es imputable a mi vehemencia (que si no va a la zaga de la suya, tampoco la adelanta). Agradezco las declaraciones similares de Pantaleón y no dudo de su sinceridad.

Jerez, 29 de abril de 1994.

## INFORMACIÓN LEGISLATIVA (\*)

A cargo de:

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH  
Y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

### I. DERECHO CIVIL

#### *1. Parte general*

**1. ELABORACIÓN DE LAS LEYES. Se regula la iniciativa legislativa popular en Valencia.**

**Ley de las Cortes Valencianas 5/1993, de 27 de diciembre («BOE» del 1 de febrero de 1994).**

Con el fin de promover las condiciones que faciliten la participación de los valencianos en la vida política, económica, cultural y social, la Generalidad Valenciana ha procedido a aprobar el presente texto normativo, cuya similitud con la Ley Orgánica 3/1984, de 28 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular en relación con el Parlamento español (reseñada en este Anuario, XXXVII-II, disposición número 3 de la Información Legislativa), resulta lógica y evidente.

Así, excepto los aspectos relativos a las materias excluidas de la iniciativa popular, la exigencia de que las proposiciones de ley sean suscritas por 50.000 electores, los plazos impuestos para la obtención de las firmas, y la atribución del control sobre el proceso de recogida de firmas a la Junta Electoral de la Comunidad Valenciana, la norma autonómica se limita a reproducir, dentro de su propio nivel competencial, un mecanismo de democracia directa puramente simbólico y perfectamente prescindible, en un sistema político donde la iniciativa legislativa resulta prácticamente monopolizada por el Poder Ejecutivo.

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el primer trimestre de 1994.



**2. DERECHOS FORALES.** Se procede a la reforma del artículo 2.º del Título Preliminar del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

Ley del Parlamento Balear 7/1993, de 20 de octubre («BOE» del 10 de marzo de 1994).

Mediante la presente disposición se viene a modificar el artículo 2.º del Título Preliminar del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, con la finalidad de dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1993. Como se recordará, el mencionado precepto establecía la aplicación de las normas de derecho civil de Baleares a quienes residieran en el territorio de la Comunidad Autónoma, sin necesidad de probar su vecindad civil. En su nueva redacción, el aludido precepto establece la inaplicabilidad del derecho civil de Baleares cuando según el derecho interregional o internacional privado deban aplicarse otras normas, imponiendo además que la vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regulen por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general.

## *2. Derecho de obligaciones*

**3. CONTRATO DE SEGURO.** Se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador.

Real Decreto 63/1994, de 21 de enero («BOE» del 16 de febrero).

La presente disposición persigue la finalidad de acomodar el seguro de responsabilidad civil del cazador al conjunto de disposiciones que en materia de seguros y caza se han ido promulgando en los últimos años, estableciendo a la vez un adecuado nivel de protección para las víctimas de los accidentes ocasionados con motivo del ejercicio de la actividad cinegética. En consecuencia, parte de su contenido se dedica a regular aspectos relacionados con el ámbito de cobertura del seguro, tales como la duración del contrato, sus límites cuantitativos y la extensión voluntaria de los mismos. Como dato curioso puede apuntarse la expresa proclamación de la responsabilidad solidaria de los aseguradores, respecto de los daños causados por el miembro indeterminado de una partida de caza.

También se establecen las funciones que competen al Consorcio de Compensación de Seguros, y, lo que nos parece más discutible, se tipifican supuestos objetivados de dolo a los efectos del ejercicio del derecho de repetición, atribuido por el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro al asegurador que indemniza el perjuicio debido a la conducta dolosa del asegurado.

La disposición adicional única del Real Decreto hace referencia al derecho de reclamación de las entidades gestoras del Sistema Nacional de Salud, por el importe de la asistencia prestada a los terceros perjudicados, que en caso de inexistencia de seguro podrá ser ejercitada frente al Consorcio de Compensación.

Por último, y dado que se entienden adaptados al contenido del Real Decreto los contratos de suscripción obligatoria celebrados con anterioridad a su entrada en vigor, la disposición transitoria segunda habilita a las entidades aseguradoras para percibir de sus asegurados la prorrata de prima correspondiente a las nuevas coberturas.

### 3. *Derechos reales*

#### **4. PROPIEDAD TERRITORIAL. Ordenación del territorio en la Comunidad Autónoma de Andalucía.**

**Ley del Parlamento de Andalucía 1/1994, de 11 de enero («BOE» del 9 de febrero).**

La Comunidad autónoma andaluza regula el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía y los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, considerados como instrumentos de ordenación integral del territorio de ámbito supralocal sustitutivos de los Planes Directores Territoriales de Coordinación, previstos en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto 1/1992, de 26 de junio (reseñado en este Anuario, XLV-III, disposición número 6 de la Información Legislativa).

La eficacia normativa de los referidos instrumentos, que tendrán vigencia indefinida y cuya aprobación implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes con fines expropiatorios, se hace depender de la naturaleza de sus determinaciones, que se clasifican en normas, directrices y recomendaciones. Básicamente, el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía se contempla en la Ley como instrumento vinculante para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional y para los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio, en tanto se afirma la prelación de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional respecto de los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y del Planeamiento Urbanístico General.

En los preceptos contenidos en el Título II de la Ley, destinados a regular la coordinación, cooperación y organización con la Administración del Estado y con las Corporaciones Locales, se establece la necesidad de que los órganos de la Administración del Estado que lleven a cabo actividades de planificación o de intervención singular de las relacionadas en el

anexo de la Ley, sometan esas actividades a informe preceptivo del órgano competente en Ordenación del Territorio, que se entenderá favorable si no es emitido en un plazo de dos meses a partir de la solicitud y, en su caso, de la recepción de la documentación referida en el artículo 31 de la norma presentada. Para la resolución de las discrepancias que pudieran presentarse entre ambas Administraciones, se prevé la constitución de comisiones mixtas de concertación, y todos estos aspectos revisten especial interés porque en el artículo 37 se contempla la posibilidad de paralizar las actividades de intervención singular que, careciendo o sin ajustarse a las licencias preceptivas, se ejecuten sin acomodarse a las determinaciones de la Ley y de los Planes de Ordenación del Territorio que les afecten.

## **5. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se promulga la Ley Forestal de la Comunidad Valenciana.**

**Ley de las Cortes Valencianas 3/1993, de 9 de diciembre («BOE» del 27 de enero de 1994).**

Mediante la presente disposición, la Comunidad autónoma valenciana intenta abordar de manera integrada los distintos problemas que el tratamiento de los montes plantea; para ello comienza por clasificarlos según su titularidad, confiriendo a los de dominio público las tradicionales notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y contemplando la posibilidad de que los terrenos forestales que por sus características deban ser conservados y mejorados, se declaren de utilidad pública o protectores, según sea su titularidad pública o privada. Las numerosas implicaciones que esta Ley presenta para la configuración del dominio sobre esta clase de bienes no puede resumirse en unas líneas, por lo cual nos limitaremos a exponer algunas de sus previsiones.

1. En el capítulo V del Título I se contienen una serie de disposiciones relativas a los registros públicos, en las cuales se establece la necesidad de que en los documentos para la inmatriculación de fincas colindantes con terrenos forestales de propiedad pública, o enclavadas en los mismos, se hagan constar esas circunstancias. Los Registradores de la Propiedad vienen además obligados a notificar a la Administración todas las inmatriculaciones que afecten a terrenos rústicos, al amparo del artículo 205 y concordantes de la Ley Hipotecaria.

2. Como instrumentos de política forestal, la Ley establece el Plan General de Ordenación Forestal, cuyas especificaciones vincularán a los particulares y a los poderes públicos, y los Planes Forestales de Demarcación, cuya finalidad es la de concretar las determinaciones del Plan General. También se contempla la posibilidad de que la Administración, previa audiencia a los propietarios, y siempre que concurran las circunstancias contempladas en la Ley, declare determinadas áreas como zonas de actuación urgente (ZAUS); las consecuencias son de enorme interés, puesto que las medidas a adoptar han de ejecutarse por los propietarios, sin perjuicio de

las ayudas que en su caso se establezcan, pudiendo limitarse e incluso prohibirse los aprovechamientos incompatibles con la finalidad perseguida con la declaración de la ZAU. La repoblación forestal podrá ser declarada obligatoria por la Administración, para lo que requerirá a sus propietarios con el fin de que adopten las medidas precisas para llevarlas a cabo. Si la repoblación se efectúa por los particulares y los montes están catalogados, es necesaria la redacción de un proyecto aprobado por la Administración; si los montes no están catalogados, la repoblación a iniciativa de sus titulares requerirá sólo autorización administrativa.

3. Los aprovechamientos de los terrenos forestales se someten a autorización administrativa, sin perjuicio de las especialidades que en relación con algunos de esos aprovechamientos se contienen en el texto normativo. Se establece también la posibilidad de que la Administración requiera a los transformadores y almacenistas de productos forestales para que justifiquen el origen de las partidas.

4. Además de los derechos de tanteo y retracto contemplados en la legislación forestal del Estado, se establecen esos mismos derechos de adquisición preferente sobre las enajenaciones onerosas de partes segregadas de fincas forestales cuya extensión sea igual o superior a 250 hectáreas, y sobre fincas enclavadas o colindantes con terrenos que sean propiedad de la Administración, cualquiera que sea su extensión. Como garantía para el ejercicio de estos derechos se prevé que los Registradores de la Propiedad hayan de comunicar a la Consejería de Medio Ambiente todas las enajenaciones de terrenos rústicos, situados en términos municipales con terrenos forestales y cuya extensión sea igual o superior a esas 250 hectáreas (artículo 39 de la Ley).

5. Continuando con el imparable proceso deslegalizador que se viene operando respecto de la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios, la presente disposición declara genéricamente la concurrencia de esa utilidad en el cumplimiento de los no menos genéricos fines establecidos en los 13 apartados de su artículo 6.º

6. En el importantísimo Título V de la Ley, y como si la normativa anteriormente expuesta no tuviera nada que ver con el derecho de propiedad, se aborda el Estatuto del dominio forestal, contemplándose la prohibición del cambio de uso y de la roturación de los terrenos forestales, y estableciéndose un catálogo de deberes de los propietarios, cuyo descuido o abandono conlleva la aplicación del régimen sancionador contemplado en el Título VIII, y en última instancia la expropiación.

## II. DERECHO REGISTRAL

**6. REGISTRO MERCATIL.** Se establecen modelos obligatorios para la presentación de cuentas anuales para su depósito.

**Orden del Ministerio de Justicia de 14 de enero de 1994 (BOE del 28).**

Para facilitar las operaciones de depósito de cuentas y su posterior publicidad, se aprueban unos modelos de los documentos contables de presentación anual obligatoria. Los modelos, muy detallados, se refieren al Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria, tanto de extensión normal como abreviados, siendo su empleo obligatorio para quienes presenten sus cuentas al Registro.

Se excluyen, sin embargo, de la carga de emplear estos modelos quienes deban utilizar otros modelos específicos y quienes, haciendo uso de la autorización legal, procedan a subdividir o agrupar partidas contables (arts. 173 p. 2 y 174 de la Ley de Sociedades Anónimas).

## III. DERECHO MERCANTIL

**7. HORARIOS COMERCIALES.** Se establecen las bases para su regulación por las Comunidades Autónomas.

**Real Decreto-Ley 22/1993, de 29 de diciembre («BOE» del 7 de enero de 1994).**

Al amparo de la competencia estatal para el establecimiento de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, con la finalidad declarada de evitar que la recesión de la demanda motivada por la crisis económica repercuta de forma excesiva sobre el comercio minorista, y con el auténtico objetivo de garantizar unos mínimos de libertad horaria frente a previsibles y restrictivas regulaciones autonómicas, el Ejecutivo procedió a promulgar el presente Real Decreto-Ley, cuyo contenido concreto se extiende a la regulación de los siguientes aspectos:

1. En defecto de disposiciones autonómicas relativas a la regulación de horarios comerciales, la norma presentada mantiene la libertad de horarios proclamada en el artículo 5.º del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril (reseñado en este Anuario, XXXVIII-III, disposición número 6 de la Información Legislativa).

2. Se establecen una serie de principios generales a los que las Comunidades Autónomas habrán de someter el ejercicio de sus competencias sobre horarios comerciales. De conformidad con esos principios:

a) El horario global en que los comercios podrán desplegar su actividad durante el conjunto de días laborables de la semana será, como mínimo, de setenta y dos horas (art. 2.1).

b) Los domingos y días festivos en los que los comercios podrán permanecer abiertos al público serán como mínimo ocho días al año (art. 2.2), correspondiendo a cada Comunidad autónoma la concreción de los domingos o días festivos en que tal apertura será posible (art. 2.4).

3. Por último, el Real Decreto-Ley relaciona los establecimientos que gozarán de plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público.

## **8. MERCADO DE VALORES. Regulación del registro de operaciones y del archivo de justificantes de órdenes.**

**Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores 3/1993, de 29 de diciembre (BOE del 21 de enero de 1994).**

Desarrollando la regulación contenida en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados (reseñado en este Anuario, XL-VI-III, disposición número 13 de la Información legislativa), se establece con precisión el alcance de las obligaciones de registro y archivo que pesan sobre los miembros del Mercado de Valores.

La regulación de los justificantes de las órdenes recibidas permite hacer una clasificación de éstas teniendo en cuenta el medio de comunicación utilizado. Es destacable la admisión de las órdenes transmitidas por télex, fax o medios similares, que reciben el trato de órdenes escritas. Igualmente estos medios podrán utilizarse para confirmar las órdenes transmitidas de viva voz o telefónicamente.

En general los registros y archivos deberán llevarse por medios informáticos, determinando la Circular sus requisitos y las funciones de control que corresponden a la Comisión Nacional.

## **9. CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se regula la indicación de los precios en los productos ofrecidos a los mismos.**

**Real Decreto 2160/1993, de 10 de diciembre («BOE» del 3 de febrero de 1994).**

La disposición presentada viene a trasponer a nuestro derecho interno las directivas comunitarias 79/581, de 19 de junio, y 88/314 y 88/315, de 7 de junio, relativas todas ellas a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos. Como consecuencia inevitable contiene una detallada y prolija regulación, destinada a contemplar las peculiaridades planteadas por las diversas modalidades de comercialización de los productos: por unidades, a granel, o envasados previamente, y ya se trate en este último caso de cantidades preestablecidas o variables.

Se impone, con carácter general, la necesidad de que todos los productos que se ofrezcan a los consumidores y usuarios, o que sean objeto de una

publicidad con indicación del precio, en ambos casos con independencia de si se venden a granel o envasados previamente, indiquen su precio de venta y el precio por unidad de medida, debiendo incluirse en estas magnitudes todos los impuestos o cargas que graven el producto ofertado. También se relacionan los productos exceptuados de la mencionada imposición y los eximidos de la indicación del precio por unidad de medida solamente.

El Real Decreto no contiene previsión alguna acerca de la consecuencia jurídica aplicable a la infracción de sus preceptos. Sin embargo, pareciendo lógico entender que su contenido viene a desarrollar el Derecho a la información de los consumidores y usuarios, regulado en el artículo 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, consideramos que esos supuestos constituirían infracciones de consumo, cuyo tratamiento, por lo tanto, habría de abordarse mediante el recurso al régimen sancionador contenido en el Capítulo IX de la citada Ley.

#### **10. SOCIEDADES. Se establece el régimen jurídico de las de Garantía Recíproca.**

**Ley 1/1994, de 11 de marzo («BOE» del 12).**

La norma presentada viene a modificar la regulación establecida por el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, relativo al Régimen Jurídico, Fiscal y Financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca, con la pretensión de aumentar su solvencia y liquidez, ampliando al mismo tiempo su objeto social para permitir que se incluya en el mismo la prestación a sus socios de asistencia y asesoramiento financiero. El contenido concreto de la Ley es el siguiente:

1. Se mantiene el carácter mixto de las sociedades de garantía recíproca, que se asemejan a las de corte capitalista en los aspectos relativos al capital social y a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, mientras se aproximan a las de estructura personalista en el régimen aplicable a los derechos de los socios. En este sentido, las ahora puntuales remisiones a la legislación sobre sociedades anónimas serán numerosas en la regulación de los órganos de gobierno, las cuentas anuales, y la fusión, escisión, disolución y liquidación de las sociedades de garantía recíproca; sin embargo, al reglamentar la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de las participaciones sociales, la autorización del Consejo de Administración y la inscripción del adquirente en el libro de socios se constituyen en premisa ineludible para que el adquirente pueda ejercitar los derechos sociales.

2. La Ley clarifica la posición de estas sociedades en el sistema financiero considerándolas de manera inequívoca como entidades financieras, lo cual conlleva la aplicación de las normas disciplinarias contenidas en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Inspección de Entidades de Crédito, la sujeción de estas sociedades a la competencia del Banco de España en cuanto a su registro, control e inspección, y su sometimiento a

un régimen de supervisión administrativa que, entre otros aspectos, se materializa en la exigencia de autorización previa para su creación o para la modificación de sus estatutos.

3. Como instrumentos para mejorar la solvencia y la liquidez de estas sociedades, podríamos destacar los siguientes:

a) Se sustituye el fondo de garantía por el fondo denominado de provisiones técnicas, establecido igualmente con la finalidad de que los organismos públicos puedan continuar haciendo contribuciones que beneficien a los socios, pero que no plantea los inconvenientes del fondo de garantía, al configurarse como parte del patrimonio de las sociedades de garantía recíproca.

b) Para la fundación de estas sociedades se exige un capital mínimo de 300 millones de pesetas, que habrá de encontrarse además totalmente desembolsado, y un número mínimo de 150 socios. Entre la cifra estatutaria y el triple de esa misma cantidad, el capital social podrá ser aumentado o reducido por el Consejo de administración, siempre que se respeten los requisitos mínimos de solvencia cuya concreción se remite al desarrollo reglamentario.

c) La ley impone la detracción de un mínimo del 50 % de los beneficios sociales de cada ejercicio hasta constituir una reserva legal que alcance un valor igual al triple de la cifra mínima del capital social.

d) El beneficio máximo que podrá distribuirse entre los socios será el equivalente al interés legal más dos puntos, no siendo posible la distribución de beneficio alguno hasta que la suma de la reserva legal y las reservas de libre disposición alcancen un valor igual al doble de la cifra mínima de capital social. Los beneficios sobrantes se destinarán a dotar esas reservas de libre disposición.

e) Se contempla también la constitución de sociedades de reafianzamiento, cuyo objeto social comprenda el reaval de las operaciones de garantía otorgadas por las sociedades de garantía recíproca. Estas sociedades revestirán la forma de sociedades anónimas participadas por la Administración pública y tendrán también la consideración de entidades financieras.

4. En cuanto al régimen fiscal de las Sociedades de Garantía Recíproca, el artículo 68 les aplica un tipo de gravamen del 26 % en el Impuesto de Sociedades. Se declaran exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las operaciones de constitución, aumento o disminución de capital de estas sociedades, así como la formalización documental de las mencionadas operaciones. También se declaran exentas del Impuesto sobre Sociedades las subvenciones que realicen las Administraciones públicas con destino al fondo de provisiones técnicas, así como los rendimientos de esas subvenciones. Las dotaciones que la sociedad efectúe a ese mismo fondo de provisiones técnicas, con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, y hasta que alcance la cuantía mínima obligatoria, serán deducibles de la base imponible del Impuesto de Socie-



dades; excediendo el fondo de esa cuantía mínima, esas mismas dotaciones serán deducibles solamente en un 75 %.

5. La Ley establece la necesidad de que las sociedades de garantía recíproca ya constituidas adapten sus estatutos al contenido de sus preceptos en un plazo de dos años desde su entrada en vigor, que será prorrogable por un año más en el supuesto de sociedades que se encuentren en circunstancias excepcionales; no obstante, para la adaptación a la cifra mínima de capital el plazo dispuesto por el legislador es de cuatro años, igualmente prorrogable por uno más en supuestos especiales. Los actos y documentos precisos para la adaptación se declaran exentos de toda clase de tributos, contemplándose además una reducción del 30 % en los derechos a percibir por los Notarios y Registradores de la Propiedad, respecto de los actos y contratos precisos para esa adaptación.

**11. ENTIDADES BANCARIAS. Se modifica el régimen de actuación del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios. Real Decreto 437/1994, de 11 de marzo (BOE del 15).**

La operación de saneamiento del Banco Español de Crédito, iniciada con la sustitución de su órgano de administración el día 28 de diciembre de 1993, se organizó mediante la actuación del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, que cumplió doble función: Primero, asumió activos del banco en crisis y lo capitalizó; a continuación, transmitió la participación de capital adquirida mediante un procedimiento con forma de subasta restringida.

Para dar cobertura normativa a estas actuaciones del Fondo de Garantía, que difieren notablemente del proceder seguido por el organismo en otras crisis bancarias, se dicta el presente Real Decreto que modifica tanto el Real Decreto 567/1980, de 28 de marzo, regulador del Fondo, como el Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre ofertas públicas de adquisición de valores.

De esta forma se hace posible realizar las adquisiciones y transmisiones de acciones precisas sin necesidad de someterse el Fondo de Garantía (y otras instituciones similares) al régimen de las ofertas públicas y se regulan las prácticas de saneamiento a través de la suscripción de ampliaciones de capital, con obligación de venta ulterior, en el plazo máximo de un año, de las acciones suscritas.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

### **12. COMUNIDADES EUROPEAS. Se ratifica por España el Tratado de la Unión Europea.**

**Instrumento de ratificación de 29 de diciembre de 1992 («BOE» del 13 de enero de 1994).**

Una vez concedida la autorización para la prestación del consentimiento del Estado, a través del artículo único de la Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre (reseñada en este Anuario, XLVI-I, disposición número 10 de la Información legislativa), se procedió a la firma del presente Instrumento de ratificación y a su posterior depósito con la finalidad de que España pasara a ser Parte del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y cuya entrada en vigor se produjo el pasado día 1 de noviembre de 1993.

### **13. COMUNIDADES EUROPEAS. Se ratifica por España el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.**

**Instrumento de ratificación de 26 de noviembre de 1993 («BOE» del 25 de enero de 1994).**

Mediante el presente Instrumento se viene a aprobar y ratificar el Protocolo del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hecho en Oporto el 2 de mayo de 1992, y el Protocolo por el que se adapta el mencionado Acuerdo, hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1993, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 1 de enero de 1994.

### **14. IMPUESTOS. Se modifica parcialmente el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.**

**Real Decreto 120/1994, de 28 de enero (BOE del 29).**

La reforma del Reglamento afecta a dos aspectos concretos:

1.º Retención a practicar en las prestaciones de protección por desempleo. Se fijan los porcentajes aplicables, que son consecuencia de la supresión de la exención de que gozaban estas prestaciones, dispuesta por la Ley de Presupuestos para 1994 (Ley 21/1993, de 29 de diciembre).

2.º Pago fraccionado a realizar por sujetos pasivos que ejerzan actividades empresariales o profesionales. Se suprime la determinación del pago mediante el 6 por 100 de los rendimientos netos obtenidos en el penúltimo año anterior, ya que esta forma de cuantificación fue declarada nula por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de noviembre de 1993.

**15. EMPRESAS PÚBLICAS. Se aprueba el Estatuto de RENFE. Real Decreto 121/1994, de 28 de enero («BOE» del 11 de febrero).**

La adaptación del Derecho interno a la Directiva comunitaria 91/440, de 29 de julio, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, y el cumplimiento de la previsión contemplada en el artículo 178 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (reseñada en este Anuario, XL-IV, disposición número 14 de la Información Legislativa), son algunos de los argumentos utilizados por el ejecutivo para motivar la modificación del Estatuto de RENFE, cuyo interés como modelo tradicional de entidad de derecho público que ajusta su actividad al ordenamiento jurídico privado nos impulsa a dedicarle algunas líneas.

Como órganos de dirección, el nuevo Estatuto mantiene las figuras del Presidente y del Consejo de Administración, que estará compuesto a su vez por el Presidente, el Secretario, y un número de vocales que puede oscilar entre ocho y quince. El nombramiento y cese de los vocales corresponde ahora al Ministro de Obras Públicas y Transportes, en tanto el Presidente sigue siendo nombrado por el Gobierno.

En lo relativo al régimen patrimonial, se impone la formación de un inventario en el que habrán de especificarse por separado los bienes patrimoniales de RENFE, y los bienes adscritos a la misma pero de titularidad estatal, diferenciando entre estos últimos los de carácter demanial y los patrimoniales del Estado. Se mantiene la posibilidad, ya contemplada en el artículo 27 del Estatuto aprobado por el Real Decreto de 23 de julio de 1964, de que el Consejo de Administración pueda, sin expresa declaración de desafectación del servicio, acordar el desguace y, en su caso, la enajenación de las instalaciones y material motor y móvil inservible, así como de los bienes muebles de cualquier naturaleza. En cuanto a la desafectación de los bienes inmuebles de dominio público, las normas reguladoras de este proceso contemplan la incorporación de los bienes al patrimonio de RENFE una vez desafectados.

Entre los aspectos que se refieren al régimen económico-financiero, y además de los preceptos relativos a la planificación de la actividad, contabilidad, presupuestos, recursos de la entidad y aplicación de resultados, reviste interés la habilitación concedida a RENFE, en el artículo 54 del Estatuto, para realizar todo tipo de operaciones financieras, concertando operaciones activas o pasivas de crédito y préstamo, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso mediante emisión de obligaciones, bonos, pagarés y cualquier otro tipo de activo financiero, dentro de los límites previstos en las leyes anuales de presupuestos —artículo 54 del Estatuto.

El personal de RENFE se regirá por las normas del Derecho laboral y por las especiales de la legislación de incompatibilidades que en su caso procedan. La selección de ese personal habrá de hacerse de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito, capacidad, igualdad y, con

excepción del personal directivo, mediante convocatoria pública (artículo 55).

Merecen un comentario especial los preceptos estatutarios relativos a las obras de conservación, entretenimiento y reposición de las líneas, instalaciones y demás servicios auxiliares directamente relacionados con la explotación ferroviaria, porque el artículo 8.ºg) establece el derecho de RENFE a realizar esas obras sin necesidad de autorizaciones o licencias administrativas. Por su parte, los apartados h) e i) del propio texto normativo, en referencia a las obras nuevas, recogen el derecho a considerar otorgada la licencia urbanística, o la relativa a establecimientos incómodos, insalubres, nocivos o peligrosos, si la Administración no contesta a la solicitud correspondiente en el plazo de un mes, e incluso a realizar esas obras nuevas de forma inmediata cuando resulten inaplazables por razones de seguridad u otras causas graves debidamente acreditadas. No es que semejantes previsiones supongan ninguna novedad, ya que, salvo en el supuesto de obras nuevas inaplazables, vienen a reproducir casi literalmente los dos primeros párrafos contenidos en el artículo 41 del Estatuto de 1964, pero nos encontramos ante un marco jurídico absolutamente diferente, en el cual las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo han sido asumidas de forma exclusiva por la totalidad de los Estatutos de Autonomía, de acuerdo con la posibilidad contemplada en el artículo 148.1.3 de la Constitución, en tanto los artículos 140 y 141 del mismo texto garantizan la autonomía de los municipios y provincias. Semejantes datos normativos quizá debieran haber implicado una regulación de estos aspectos más respetuosa con la nueva estructura territorial del Estado, y para comprobar los conflictos que la efectiva aplicación de las previsiones criticadas generarían, basta con consultar las líneas dedicadas en estas mismas páginas de Información Legislativa a la Ley andaluza 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio, y al sistema de resolución de conflictos similares que en ella se postula.

**16. ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.** Se procede a la reforma de los de Asturias, Cantabria, La Rioja, la Región de Murcia, la Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, las Islas Baleares, la Comunidad de Madrid, y Castilla y León, derogándose además la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencias a la Comunidad Autónoma Valenciana de competencias de titularidad estatal.

**Leyes Orgánicas 1/1994, 2/1994, 3/1994, 4/1994, 5/1994, 6/1994, 7/1994, 8/1994, 9/1994, 10/1994, 11/1994 y 12/1994, respectivamente, todas ellas de 24 de marzo («BOE» del 25 de marzo).**

Mediante la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre (reseñada en este Anuario, XLVI-I, disposición número 8 de la Información Legislativa), se transfirieron una serie de competencias a las Comunidades Autónomas

que accedieron al autogobierno por la vía del artículo 143 de la Constitución Española, con la finalidad de procurar la equiparación sustancial de estas Comunidades con las que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151.2 del propio texto normativo.

Como ya se estableciera en los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, este proceso estaba llamado a concluir con la modificación de los respectivos Estatutos de Autonomía para adaptar su contenido a las competencias transferidas, y este es precisamente el objeto de las normas presentadas. La peculiaridad concurrente en la Comunidad Autónoma Valenciana se debe a que, como es sabido, la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, proporcionó cobertura constitucional a las competencias contenidas en su Estatuto de Autonomía, en cuanto éstas desbordaban el marco impuesto por el artículo 148 de la Constitución Española, habiendo parecido aconsejable derogar la Ley de Transferencia para confirmar la asunción estatutaria de todas sus competencias por la Generalidad Valenciana.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

**FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: «Estudios de Derecho civil», Editorial Aranzadi, Pamplona, 1992, 1335 pp. en dos volúmenes.**

A principios de los años noventa, cuando la presencia de D. Amadeo de Fuenmayor en Roma tomaba visos de consolidarse definitivamente, la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, por iniciativa de su Departamento de Derecho civil y, en especial, aquellos que formamos parte del cuerpo de sus discípulos, sintió la necesidad de rendir un homenaje a su persona, ya que no éramos capaces de hacerle retornar.

Escoger una buena excusa, sin embargo, resultaba difícil, por cuanto en una personalidad tan rica como la del homenajeado se corría un grave peligro de no acertar entre los muchos eventos que concurren en su trayectoria humana y profesional. Así, se barajaron distintas posibilidades: quincuagésimo aniversario de su acceso a la Cátedra (Universidad de Santiago de Compostela, 1943), trigésimo aniversario de su nombramiento como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1963), etc.; aparte de otros relevantes méritos y un amplio cúmulo de circunstancias que jalonan su impresionante *curriculum*, dificultando extraordinariamente la elección.

Ante un dilema como éste, se optó por no preferir un concreto aspecto sobre los demás, aun cuando esta descomprometida solución acaso pudiera sugerir la idea de *despedida*, máxime porque de ordinario el adiós acompaña este tipo de iniciativas, que suelen marcar el final del camino.

Mas no era el caso, pues D. Amadeo se alejó físicamente de nosotros hace ya mucho, demasiado, tiempo. Es cierto que dejó la sucesión garantizada tanto en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Navarra, como en otras muchas responsabilidades que pendían de su generosa dedicación al ideal universitario; pero su lejanía se hace con frecuencia gravosa, y se nota en falta su consejo, su estímulo y aliento en tantas iniciativas.

El paso del tiempo y su ausencia, interrumpida con motivo de alguna esporádica y siempre sabrosa visita, acentuaban la necesidad que nos acu-

ciaba de plasmar de manera explícita el agradecimiento a su enseñanza y ejemplo, a la memoria y herencia que su paso ha reportado.

Establecidos los fines, quedaba por fijar el medio. Fue Luis Arechederra, Catedrático de Derecho civil y discípulo de D. Amadeo —posiblemente sea el más representativo de todos nosotros—, quien dio con la fórmula: para momentos en que la proliferación de *Homenajes*, más o menos justificados, comporta interminables encargos de artículos a los más allegados —con lo cual, de manera paradójica, una ocasión de alegría se troca en agobios y preocupaciones acerca de los plazos, de la edición, de la calidad del trabajo, significativa del cariño sentido hacia el destinatario, etc.—, no parecía ser éste su mejor cauce.

Efectivamente, se pensó que una reunión de sus *opera minora* cumpliría más cabalmente con el objetivo propuesto. Así pues, trazado el camino y prevista la meta, debía ponerse manos a la obra, y para eso en una Universidad tan atípica como la de Navarra, se hizo algo que sirve para lo contrario en otras: erigir una Comisión encabezada por D. Francisco Sancho Rebullida y con mi dirección ejecutiva para sacar adelante la idea <sup>1</sup>.

Desde luego, no resultó sencillo. Eso explica que cuando la Facultad de Derecho Canónico de la misma Universidad, también quiso rendir tributo a quien fuera durante tantos años su Decano, pensara en la misma fórmula, pero en el campo del Derecho de la Iglesia, lograrse su objetivo mucho antes que los impulsores originales del proyecto <sup>2</sup>.

En primer lugar, quisimos hacer de alguna manera partícipes del ánimo que nos inspiraba también a cuantos de una u otra forma tuvieron relación con D. Amadeo: colegas, discípulos, amigos, etc. No se nos ocurrió mejor idea que incluir en el primer volumen una lista de personas que se adherían al homenaje, una vez fueron puestas en antecedentes por vía epistolar. Se comprenderá, pues, las carencias del sistema utilizado, pero no encontramos mejor cauce <sup>3</sup>. Es lástima que por imposibilidad física bastantes de los des-

---

<sup>1</sup> Por este motivo emplearé a partir de ahora el plural, no en su alcance mayestático, sino para mejor significar que lo realizado se debe al esfuerzo conjunto de cuantos participaron en la idea y su desarrollo, muchos de los cuales son anónimos alumnos colaboradores del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Navarra, sin cuyo auxilio hubiera sido imposible la ejecución del proyecto. En especial, quisiera recoger aquí la deuda de gratitud para con D. Adolfo Castaño, persona encargada de las tareas mecanográficas y de corrección tipográfica, que asumió su función con todo el cariño que sentía por D. Amadeo, además de su contrastado prestigio profesional.

<sup>2</sup> Cfr. FUENMAYOR CHAMPÍN, *Escritos sobre Prelaturas Personales*, Pamplona, 1990; con Prólogo de D. José Orlandis —Catedrático de Historia del Derecho— en el cual cifra el motivo del homenaje en el 75 cumpleaños del autor.

<sup>3</sup> Era tal la preocupación que sentíamos al incurrir con plena certeza en muchos olvidos, que D. Francisco Sancho Rebullida, llevado por una muy excusable deformación profesional de juez pretendió notificar por una suerte de *edictos* a todos los posibles interesados sin que, por otra parte, se pudiera encontrar en este sentido fórmula viable.

tinarios de la iniciativa quedaran al margen: vaya por delante mi personal solicitud de disculpa y me abandono a su comprensión acerca de las limitaciones propias de una tarea de tales características.

Las contestaciones que recibimos a la convocatoria fueron el mejor testimonio de homenaje que D. Amadeo pudo recibir, cientos de cartas expresando el cariño y admiración de personalidades tan variadas como relevantes, quienes se disputaban el honor de participar de una manera más esforzada que por el envío de una simple adhesión, y pretendían poner su peculiar granito de arena, ofreciendo dinero para financiar la edición, trabajos —pese a la terminante advertencia en sentido contrario— con que sumarse al libro, etc.

El resultado de la nutrida correspondencia es una tabla gratulatoria de quienes manifestaban así su expresa gratitud y admiración a D. Amadeo: Catedráticos y Profesores universitarios de las más variadas disciplinas, no sólo jurídicas —consta prácticamente al completo el escalafón del Derecho civil—, sino humanísticas en su conjunto, Abogados, Procuradores, Notarios, Registradores, Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Consejo de Estado, Abogados del Estado, Jueces y Magistrados, Fiscales, Embajadores y Diplomáticos, Agentes de cambio y bolsa, Académicos, y otras muchas personalidades de la política, de la empresa y del mundo del Derecho y de la Iglesia; en fin, un amplio y representativo catalogo de amigos, compañeros —todos los supérstites que compusieron su Promoción en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia<sup>4</sup>—, discípulos y admiradores, hasta varios cientos cuya lista encabeza, como he dicho, el primer volumen.

Todo ello constituye un válido indicio para comprender la proyección histórica del personaje<sup>5</sup>. Su dedicación al Derecho civil, necesariamente parcial por distintas causas —entre las que destaca su ordenación como presbítero en 1949 y la consiguiente actividad pastoral, que incluyó haber desempeñado el cargo de Consiliario del Opus Dei en España (1952-1956)—, no mermó su prestigio como civilista y al respecto existen asombrosas anécdotas que reflejan la trascendencia de su aportación a este sector del conocimiento<sup>6</sup>. Acaso por ello, editar sus *Estudios* requería una criba

<sup>4</sup> D. Amadeo recibió el Premio «Olóriz» al término de su Licenciatura, en 1941.

<sup>5</sup> Entre las condecoraciones y nombramientos honoríficos de que se ha hecho acreedor destacan la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort (1965), el nombramiento como Prelado de Honor de Su Santidad (1986) y la Medalla de Oro de la Universidad de Navarra (1991).

Otros aspectos de interés en su actividad académica e investigadora son los siguientes: Colaborador, Vicesecretario y miembro del Consejo Permanente del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Colaborador del Instituto «Francisco de Vitoria» (1942), Secretario de la Delegación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Galicia (1944-1948); Consejero Correspondiente del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (1949); Consejero Adjunto del Patronato «Raimundo Lulio» del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (1949).

<sup>6</sup> En la Presentación que hace D. Francisco Sancho Rebullida de los *Estudios*



previa. Ser fiel a la primitiva idea, dentro del cauce de un proyecto ambicioso, pero de interés para el jurista en general, convenía excluir de antemano las monografías publicadas por el autor, pues no se trataba de publicar su obra completa; y, en todo caso, si bien algunos de sus libros agotado es objeto de codiciada búsqueda<sup>7</sup>, excedía el marco de referencia.

Con todo, la tarea de selección de los artículos publicados en revistas y libros colectivos no siempre pareció fácil, máxime cuando también debía contar con anuencia del autor y no se deseaba como principio que fuera completa, sino más bien representativa y útil al lector. En este sentido, tratándose de la materia del Derecho civil, quedaban excluidos los amplios y valiosos trabajos publicados en el campo de la ciencia canónica<sup>8</sup>, que

---

relata dos, que considero de interés reproducir. El primero se produjo con ocasión de su presbiteriado: «Tampoco ese inesperado giro en su *curriculum*, poco compatible con el brillante porvenir profesional que se le auguraba, estuvo exento de interpretaciones y conjeturas. Recuerdo lo variado de las especulaciones que se barajaron. Porque, por el mismo tiempo había quedado vacante una de las Cátedras de Derecho civil de la Universidad de Madrid, a la cual aspiraba lo más granado y florido de la civilística española de *Provincias* y ello daba la clave, a algunos, de la prematura excedencia de Fuenmayor: se estaba preparando para *barrer* en las oposiciones a la Central. En aquel entonces, durante uno de los viajes en el avión que le llevaba a Madrid, entabló conversación con su vecino de asiento; era éste un culto notario, amigo de don Federico de Castro, buen conocedor del mundillo universitario, y muy metido en los mentideros jurídicos de la época; hablando de cuestiones relativas a tal mundillo, en un determinado momento adoptó el notario aire confidencial, casi conspirador, y preguntó a don Amadeo: “por cierto, ¿sabe usted qué hace Fuenmayor en Madrid?” ... El interpelado apuntó el índice de su mano derecha al esternón, esbozó ese amago de sonrisa tan suyo, y le dijo “ese soy yo...”. Pero no le dijo que lo que hacía en Madrid era ultimar los estudios eclesiásticos previos a su ordenación sacerdotal».

El segundo, a mi juicio es todavía más impresionante: «Recuerdo que, por aquellos años, visitaba yo a don Federico de Castro en su despacho del Instituto de Estudios Jurídicos un miércoles, antes de la sesión de su Seminario; me preguntó por Fuenmayor (lo admiraba y quería mucho); yo le comuniqué lo último que de él sabía, y se me ocurrió añadir este comentario: “desde el punto de vista del Derecho civil, es una lástima que su sacerdocio le absorba tanto” ... “¿Lástima? —se extrañó, casi escandalizó, don Federico— tenga la seguridad que si Fuenmayor se dedicase de nuevo al Derecho civil poco tendríamos que hacer usted y yo” ... Me impresionó mucho la autenticidad con que se incluía en la condicional descalificación.» Con parecidos términos me ha contado a mí personalmente D. Juan Vallet de Goytisoló —por cierto, en una sesión del Seminario que continúa con el nombre de su fundador y en el que tuve la fortuna de participar durante algunos años de mi estancia en Madrid— una muy semejante anécdota con idéntico protagonista y elogio a D. Amadeo.

<sup>7</sup> Así por ejemplo, he sido testigo presencial del hecho a propósito de *La revocación de la propiedad* (Madrid 1941). Entre otras monografías del autor, pueden destacarse: *La mejora en el sistema sucesorio español* (Coimbra, 1946; realizada gracias a una beca de la Junta de Relaciones Culturales para su estancia en Portugal ampliando estudios), *El sistema matrimonial español (Comentario al artículo 42 del Código civil)*, (Madrid, 1959), *El matrimonio y el Concordato español* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia) (Madrid, 1963); y *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, Pamplona, 1981.

<sup>8</sup> D. Amadeo sumó a su doctorado en Derecho civil por la Universidad Central en 1941 (gracias a una beca del Ayuntamiento y la Diputación de Valencia), el de Derecho canónico por la Universidad de Navarra en 1965.

ocupó su atención como Decano que fue durante largos años de la Facultad de Derecho canónico de la Universidad de Navarra<sup>9</sup>, y de cuya calidad da noticia su nombramiento como Vocal de la Comisión para la aplicación del Concordato entre el Gobierno Español y la Santa Sede (1953), Consultor del Pontificio Consejo para la Interpretación de los Textos Legislativos (1986) y de la Comisión preparatoria de Religiosos en el Concilio Vaticano II.

A partir de tales presupuestos, en el terreno de los ordenamientos forales se ha hecho especial hincapié acerca del Derecho gallego del cual fue un impulsor decidido. Sin embargo, en esta materia, no constan en ninguna publicación sus valiosas aportaciones al Derecho navarro, en cuanto Vocal de la Comisión Compiladora del Derecho Privado Foral de Navarra desde 1974, en la cual volcó su sincero afecto por la tierra que acogió la Universidad a la que dedicaría lo mejor de su esfuerzo.

A este capítulo de sus afanes por ver mejoradas las normas jurídicas aplicables en cada momento pertenece su labor como Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación desde 1955; y no sólo en un plano testimonial u honorífico, pues su iniciativa en la regulación del matrimonio se vio reflejada en la Ley de 24 de abril de 1958 que modificó el Código civil en este punto, según relata con términos bien expresivos Lasso Gaité<sup>10</sup>.

Con estas pautas fundamentales se recogen 36 trabajos distintos, agrupados en torno a la clasificación moderna del Derecho civil. Abarcan prácticamente lo más granado de su producción dispersa en revistas especializadas y libros colectivos, desde aquel primerísimo *Derecho sucesorio del cónyuge putativo* publicado en 1941, hasta el último de sus trabajos: *El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble (el llamado divorcio opcional)*, de 1993.

El primer volumen consta de tres partes. En la primera, bajo el epígrafe de *Cuestiones Varias*, aparecen trabajos en los que se relacionan aspectos jurídicos con sus proyecciones morales, ámbito en el que destaca de manera muy acentuada D. Amadeo, e incluye los títulos siguientes: *Problemas actuales de la confesionalidad del Estado*<sup>11</sup>; *El juicio moral de la Iglesia sobre cuestiones de orden temporal*<sup>12</sup>; *Los slogans divorcistas*<sup>13</sup>; *La in-*

---

<sup>9</sup> Entre los que destacaría las siguientes monografías: *El convenio entre la Santa Sede y España sobre Universidades de estudios civiles*, Pamplona, 1966; *La libertad religiosa*, Pamplona, 1974, y *El Itinerario Jurídico del Opus Dei. Historia y defensa de un carisma* (con la colaboración de GÓMEZ IGLESIAS E ILLANES), Pamplona, 1989.

<sup>10</sup> Cfr. *Crónica de la Codificación Española, IV*. Codificación Civil, I, Madrid, 1970, pp. 724 y ss.

<sup>11</sup> Publicado en *Ius Canonicum*, vol. VI, fasc. II, julio-diciembre 1966, pp. 375-402.

<sup>12</sup> Publicado en «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», núm. I, 1973, pp. 111-126.

<sup>13</sup> Publicado en «Libro Homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre», vol. II, pp. 631-644.

*fluencia de las leyes civiles en el comportamiento moral*<sup>14</sup>; *Derechos Fundamentales y Familia Cristiana*<sup>15</sup>.

La segunda parte se destina fundamentalmente a los artículos relacionados con la *Parte General*. En ella destacan los publicados en el «Anuario de Derecho Civil», la más prestigiosa revista doctrinal de nuestra disciplina, de la que continúa siendo miembro del Consejo de Redacción<sup>16</sup>. Los títulos que la compone son: *Sobre la nueva redacción del artículo 321 del Código civil*<sup>17</sup>; *La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones forales*<sup>18</sup>; *La revisión periódica del Código y de las Compilaciones civiles*<sup>19</sup>; *Derecho civil de Galicia*<sup>20</sup>; *La interrupción judicial de la prescripción extintiva en el Derecho navarro*<sup>21</sup>; *Alcance del Principio Constitucional de Igualdad*<sup>22</sup>.

En la parte final del primer volumen se agrupan los escritos relativos a los *Contratos y los derechos reales*, materia que, si se observan detenidamente las fechas de las publicaciones, constituye uno de los focos de atracción primeros que sintió D. Amadeo, si bien con el tiempo cambiaría de campo por razones no siempre académicas y que tenían en común bastante con su compromiso hacia los problemas sociales más candentes, como la crisis social y jurídica de la familia y el matrimonio.

Aparte de su propio valor intrínseco, esta parte manifiesta el gran aprecio sentido por el autor hacia los problemas concretos y prácticos, hasta el punto de que durante varios años ejerció el derecho como abogado de reconocido prestigio en los Colegios de Santiago, La Coruña y Madrid.

Los estudios que se presentan bajo dicho epígrafe son: *La deuda alimenticia del donatario*<sup>23</sup>; *Derecho del arrendatario para ocupar la finca reconstruida*<sup>24</sup>; *Resolución parcial de sociedad mercantil de responsabilidad limitada*<sup>25</sup>; *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos*<sup>26</sup>; *Dictamen sobre prohibición de disponer y*

<sup>14</sup> Lección inaugural del curso 1978-1979 de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.

<sup>15</sup> «IV Congreso Internacional de Derecho Canónico», Friburgo, 1981.

<sup>16</sup> Repasando la producción científica de D. Amadeo, es llamativa su participación en primeros números de revistas especializadas, lo que da noticia de su prestigio como autor. También formó parte de los Consejos de Redacción de la «Revista de Estudios Agro-sociales» y de *Ius Canonicum*.

<sup>17</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», 1952, pp. 202-205.

<sup>18</sup> Publicado en «Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán», Pamplona, 1969, pp. 377-403.

<sup>19</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», tomo XXVI, 1972, pp. 215-239.

<sup>20</sup> Publicado en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», I, Barcelona, 1950.

<sup>21</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», tomo XXVII, 1974, pp. 3-24.

<sup>22</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», 1983, pp. 1327-1341.

<sup>23</sup> Publicado en «Revista de Derecho Privado», tomo XXVI, 1942, pp. 153-188.

<sup>24</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», 1949, pp. 273-282.

<sup>25</sup> Publicado en «Revista de Derecho Privado», tomo XXXI, 1947, pp. 448-457.

<sup>26</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», tomo III-IV, 1950, pp. 1189-1217.

*cláusula penal testamentaria* <sup>27</sup>; *Sobre una revisión de las donaciones mortis causa en nuestro Código civil* <sup>28</sup>; *La propiedad privada y su función social* <sup>29</sup>.

El segundo volumen se destina por entero al *Derecho de familia y sucesiones*. Este último resulta una de las facetas más cultivadas por D. Amadeo en los comienzos de su actividad investigadora. Por el contrario, el primero, el más extenso de todos, responde a su preocupación ante fenómenos sociales que amenazaban la naturaleza del matrimonio en el ordenamiento español. Como escribe D. Francisco Sancho Rebullida en la Presentación de la obra, «con la ordenación (sacerdotal) se apartó de su actividad docente y del ejercicio profesional; no del todo de la investigación jurídica, si bien puede observarse un cierto golpe de timón en la elección de temas: hay menos estudios asépticamente técnicos y abundan los que comportan una cierta carga doctrinal; incluso, junto a temas estrictamente civiles, parecen algunos de *Diritto ecclesiastico* y de Derecho canónico» <sup>30</sup>.

Los trabajos recogidos son: *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil* <sup>31</sup>; *La libertad religiosa y el ius nubendi en el ordenamiento español* <sup>32</sup>; *La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial* <sup>33</sup>; *La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español* <sup>34</sup>; *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español* <sup>35</sup>; *La competencia de la Iglesia sobre matrimonio* <sup>36</sup>; *El matrimonio como contrato civil* <sup>37</sup>; *La crisis del sistema español de matrimonio civil supletorio* <sup>38</sup>; *El marco del nuevo sistema matrimonial español* <sup>39</sup>; *Tratamiento civil del matrimonio canónico en la legislación y la jurisprudencia, a partir de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979* <sup>40</sup>; *El matrimonio en*

<sup>27</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», tomo II, 1951, pp. 1062-1095.

<sup>28</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil» tomo III, 1951, pp. 1082-1095.

<sup>29</sup> Publicado en «Libro Homenaje al Dr. Serrano Serrano», Valladolid, 1965, vol. I, pp. 221-234.

<sup>30</sup> Presentación, en FUENMAYOR CHAMPÍN, «Estudios de Derecho civil», I, Pamplona, 1992, p. xv.

<sup>31</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», tomo VII, 1954, pp. 61-114.

<sup>32</sup> Publicado en *Ius Canonicum*, vol. V, fasc. II, julio-diciembre 1956, pp. 455-461.

<sup>33</sup> Publicado en «Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano», 1959, tomo I, pp. 460-480.

<sup>34</sup> Publicado en «Revista de Derecho Privado», tomo LIX, 1975, pp. 3-26.

<sup>35</sup> Contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Manuel de la Cámara, Madrid, 1975, pp. 263-281.

<sup>36</sup> Publicado en «Palabra», nn. 120-121, agosto-septiembre 1975, pp. 23-25.

<sup>37</sup> Publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero 1976, pp. 93-111.

<sup>38</sup> Publicado en «Rechtsfeschichte und Rechtsdogmatik, Festschaft Hermann Eichle», Wien-New York, 1977, pp. 197-212.

<sup>39</sup> Publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1979, pp. 261-303.

<sup>40</sup> Publicado en «Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio», pp. 107-124.

el Código civil<sup>41</sup>; *El Derecho a contraer matrimonio civilmente indisoluble*<sup>42</sup>.

En cuanto al *Derecho sucesorio*, quinta y última parte de los *Estudios*, agrupa: *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*<sup>43</sup>; *Estirpe única y representación hereditaria*<sup>44</sup>; *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria*<sup>45</sup>; *Intangibilidad de la legítima*<sup>46</sup>; *El cumplimiento post mortem de las obligaciones naturales*<sup>47</sup>; *El derecho sucesorio en la Compilación de Galicia*<sup>48</sup>.

\* \* \*

Los actos en Homenaje a D. Amadeo culminaron con la entrega pública de los *Estudios* a su autor, en un solemne Acto Académico que tuvo lugar en el Aula Magna de la Universidad de Navarra. En su desarrollo, y precediendo a las intervenciones de D. Francisco Sancho Rebullida y José Antonio Doral, ambos Catedráticos de Derecho Civil y Profesores Ordinarios de la disciplina en la Facultad que rendía el homenaje, fue leída una carta de adhesión del Gran Canciller de la Universidad de Navarra, Excmo. Sr. Don Alvaro del Portillo, que, a buen seguro, conserva el destinatario como un tesoro. Muchos colegas, discípulos y amigos quisieron acudir al acto, al margen de incomodidades y distancias, para expresar más vivamente su reconocimiento. Sin embargo, la presencia más dudosa fue siempre la del protagonista: quienes le conozcan sabrán lo difícil que resultó convencerle para que participara de alguna manera en su homenaje, siquiera fuese sólo con su asistencia, cosa que se consiguió no sin un tira y afloja lleno de contenido. Ahora bien, siguiendo una de las pautas constantes en su actuar, por lo que yo conozco, llegado un momento cuando la emoción corría el peligro de desbordarse, *desapareció*.

Por último, deseo agradecer muy sentidamente, como discípulo de D. Amadeo, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra por asumir el Homenaje de quien fue durante más de dos décadas (1966-1989) Profesor Ordinario y Director de su Departamento de Derecho Civil. Asimismo, quisiéramos extender los comisionados nuestra felicitación a la editorial Aranzadi que ha conseguido una obra especialmente cuidada y a un

<sup>41</sup> Publicado en «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», núm. 21, 1988-1989, pp. 119-137.

<sup>42</sup> Publicado en «Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo», II, Barcelona, 1993, pp. 1331-1347.

<sup>43</sup> Publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo II, noviembre 1941, pp. 439-474.

<sup>44</sup> Publicado en «Estudios Jurídicos», núm. 2, octubre 1942, pp. XIII-LXXIII.

<sup>45</sup> Publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo I, 1946, pp. 43-90.

<sup>46</sup> Publicado en «Anuario de Derecho Civil», tomo I, 1948, pp. 46-77.

<sup>47</sup> Publicado en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo X, 1959, pp. 6-50.

<sup>48</sup> Publicado en «Foro Gallego», nn. 135-136, 1967, pp. 263-279.

precio muy asequible, teniendo en cuenta los costes editoriales de una obra con 1335 páginas en dos volúmenes.

RAMÓN DURÁN RIVACOB  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Oviedo

**GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos: *La prórroga forzosa tras el «Decreto Boyer»*. Editorial Tecnos / Colección Jurisprudencia Práctica. Madrid, 1993.**

Sumergidos en plena fase de renovación de la legislación arrendaticia urbana, aparece esta obra con el propósito de arrojar luz sobre la que ha constituido la pieza normativa clave de dicho área en los últimos años. Se trata del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, y más concretamente de su artículo 9.º, titulado «Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos».

Este precepto ha sido objeto, desde un primer momento, de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales encontradas, a propósito de dilucidar si ha excluido *pro futuro* el automatismo legal de la tradicional prórroga forzosa regulada en el artículo 57 LAU —con lo que para que tal prórroga se incluyese en la reglamentación contractual habría de ser objeto de un expreso pacto—, o si, por el contrario, lo único que ha supuesto esta controvertida norma es la supresión del carácter de derecho necesario con que el artículo 57 se hallaba revestido, en cuyo caso éste seguiría operando, pero como norma meramente dispositiva que las partes pueden excluir de su reglamentación contractual, sin que a este pacto pueda ya alcanzar el efecto protector del artículo 6.º LAU.

Si se quiere, la discusión puede plantearse en estos otros términos: para unos el art. 9.º del citado *Decreto Boyer* habría traído consigo una derogación, tácita o expresa del 57 LAU, al margen de que se conservasen sus efectos respecto de los contratos anteriores al D-L, mientras que para otros tal derogación no se ha producido.

Información imprescindible es la de que la casi totalidad de los autores se inclinan por la primera interpretación, así como la mayoría de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales. Aunque tampoco se pueda decir que son excepción, existe un número considerablemente inferior de sentencias de Audiencias Provinciales que se inclinan por la segunda tesis. En cuanto al Tribunal Supremo, en los escasos supuestos en que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, se ha decantado por la tesis de la supresión automática u *ope legis* de la prórroga forzosa.

Además de la correspondiente selección de jurisprudencia, el libro se acompaña de unas consideraciones críticas en las que se pone de

manifiesto lo plausible de defender en principio tanto una como otra tesis, aunque al mismo tiempo se ofrecen más argumentos en favor de la minoritaria. Avalarían la primera tesis el tenor literal del epígrafe introductorio «Supresión de la prórroga...»; la frase «los contratos... tendrán la duración que estipulen libremente las partes»; o la incompatibilidad, jurisprudencialmente reconocida, entre prórroga forzosa y tácita reconducción. En apoyo de la segunda puede aducirse que cuando se habla de supresión no hay por qué referirlo a la prórroga en sí, sino a su carácter forzoso o de *ius cogens*; y lo mismo el inciso «sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga ...».

Más allá de interpretaciones gramaticales, que no conducen a una solución fija, y dado que finalísticamente ambas tesis servirían por igual al fin de liberalizar el mercado de alquileres, que es lo que se pretendía, según el autor es preferible la segunda por ser más acorde con la política de protección del arrendatario, sostenible actualmente con base en última instancia en los derechos constitucionales a una vivienda digna (para estos arrendamientos) y a la libertad de empresa (para los locales de negocio), procurando olvidar los abusos a que la tradicional legislación tuitiva haya podido conducir.

Las últimas reflexiones se dedican al problema de los caracteres que debe reunir el acto de autonomía privada por el que se decida excluir la prórroga forzosa, inclinándose el autor por la innecesariedad de una plasmación expresa; con lo que se habrá de acudir a una labor hermenéutica del contrato de cara a averiguar cuál ha sido la voluntad de las partes.

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI

**HAUSER, Jean et HUET-WEILLER, Danièle: «La Famille, Fondation et vie de la famille» 2<sup>ème</sup> édition. Traité de Droit civil sous la direction de J. Ghestin. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 943 pp., Paris 1993.**

Dos notas sirven para enmarcar adecuadamente esta obra: se integra, por un lado, en el prestigioso Tratado de Derecho civil dirigido por el Prof. Ghestin, lo que avala su calidad científica; de otra, aparece la segunda edición a los cuatro años de publicarse la primera, lo que prueba el grado de aceptación por el público. Se da, además, la luctuosa circunstancia de que en el período intermedio entre una y otra ha fallecido uno de los coautores de la obra, la Profesora de Estrasburgo Danièle Huet-Weiller.

Este volumen constituye el primero de los dos dedicados al Derecho de Familia, estando el segundo dedicado a la disolución de la familia. Al aparecer la primera edición de ambos, la doctrina los saludó como el primer

gran Tratado moderno, definitivamente desembarazado de las ideas que precedieron a las grandes reformas inspiradas por Carbonnier (así Jacqueline Rubellin-Devichi, RTDC, 1991, p. 852). La modernidad se cifra en la distribución sistemática de la materia, que en este volumen comprende la fundación y la vida de la familia; en aquélla incluye el matrimonio, los concubinatos y la filiación; la vida de la familia abarca la de la pareja casada y no casada y la vida del grupo familiar. Al tratar del concubinato (llamativo es que prefiera el término clásico de *concubinage*) no establece un paralelismo con el matrimonio, sino que se ocupa primeramente de la opción del no-matrimonio (distinguiendo un *nonmariage forcé, provisoire y calculé*), dedicando amplio tratamiento a los problemas planteados por su prueba o constatación. Dentro de la filiación dedica un apartado al estudio de la derivada de la procreación asistida (en Francia hay un proyecto de regulación) y hace notar que no deja de ser una paradoja hablar del *droit à l'enfant* cuando en los países desarrollados el índice de natalidad se hunde; a su juicio, la mayor parte de las discusiones en este campo afectan al derecho de las personas y no tanto al de la filiación; estima que, mejor que hablar de un derecho al hijo sería hablar del derecho de asegurarse una posteridad y que se corresponde con el derecho del hijo a tener una familia, indisoluble de aquél. Dentro de la vida de la pareja casada incluye el tratamiento habitual de los derechos y deberes recíprocos, la comunidad de poderes (domicilio y vivienda familiar), y unas breves referencias a la potestad doméstica y a los regímenes económicos; a su vez, dentro de la vida de los cónyuges, se ocupa de la autonomía ordinaria y extraordinaria de cada uno, finalizando con un estudio de la vida separada. Resulta sintomático que la vida de la pareja no casada se inicia con un apartado dedicado a la «ausencia de un estatuto global previo», que implica ausencia de obligaciones personales, pecuniarias y de reglas protectoras; pero los Tribunales, inspirándose en el régimen de las obligaciones y contratos, han deducido la existencia de una cierta obligación de lealtad y buena fe entre los concubinos, solución que el autor modera en el sentido de que se produce una cierta aproximación a dicho régimen, sin que el concubinato pueda calificarse, sin más, de relación contractual. Por otra parte, el Derecho Laboral y el Derecho Fiscal partiendo de una cierta comunidad de intereses entre concubinos, ha propiciado soluciones legales que presuponen tal comunidad de intereses, aunque sin plantearse nunca la cuestión de principio, en la jurisprudencia civil, partiendo de la existencia de una cierta comunidad informal de hecho, se ha llegado a reconocer alguna forma de comunidad de acción y de vida material. Tratando, por último, de la vida del grupo familiar, se exponen materias tales como el parentesco, la afinidad, la patria potestad (*autorité parentale*) y la obligación de alimentos, advirtiendo que en este apartado no cabe diferenciar las hipótesis de matrimonio y no matrimonio.

Estamos en presencia de una obra novedosa por su sistemática, rica de contenido y de información (no limitada a la bibliografía nacional), que no elude los temas más controvertidos, respecto de los cuales aporta variedad de argumentos para que el lector juzgue. El jurista extranjero la consultará



con fruto. Por su calidad científica, está a la altura del resto del *Traité de droit civil* de Ghestin.

G. GARCÍA CANTERO

**ROJO AJURIA, Luis:** *El dolo en los Contratos*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 320.

Una breve y obligada referencia al clásico concepto de dolo y sus dos elementos básicos, objetivo y subjetivo, da paso al detallado análisis de «cien años de jurisprudencia», cuya evidente finalidad es la de poner de relieve el escaso número de sentencias en las que se ha admitido la existencia de dolo frente al elevado índice de resoluciones que rechazan su concurrencia en favor del error, lo que evidencia un marcado carácter restrictivo en la aplicación de la figura del dolo vicio de la voluntad, poniéndose de relieve, asimismo, cómo en aquellos casos en que se admite la existencia del dolo se alude también a la de un error esencial.

Se aborda, en el segundo capítulo, la distinción, en el ámbito del dolo vicio del consentimiento, entre norma de validez y norma de responsabilidad. A modo de introducción, se realiza un análisis histórico para poner de relieve, aunque puede hablarse de cierta continuidad histórica, el cambio de orientación producido en la interpretación de los preceptos que nuestro Código civil dedica al dolo, pasando de una concepción que lo configuraba como un mecanismo de sanción para el autor del engaño, a otra que valora no tanto la conducta de quien actúa dolosamente, cuanto los efectos que tal conducta produce en la voluntad de las partes, y, en palabras del autor, «sobre el contrato» (p. 83).

El substrato histórico sirve de punto de partida para considerar dos aspectos, a saber, por un lado la teoría de los vicios de la voluntad, injustamente relegada a un segundo plano como consecuencia de la tipicidad impuesta por la formulación legal, a la que, sin embargo, sí dio importancia Trabucchi, cuya obra *El dolo en la teoría de los vicios de la voluntad* es el centro neurálgico de la que ahora tratamos; y, por otro, para proceder a determinar la configuración del dolo como vicio del consentimiento. Tarea esta que se aborda con una inicial definición del concepto «dolo», para evitar así inútiles confusiones posteriores y ausencia de precisión en la configuración dogmática del dolo vicio, y que se desarrolla mediante el detenido análisis del valor que ha de darse al elemento psicológico, poniendo de relieve en este apartado el carácter bilateral del concepto de dolo, lo que obliga a considerar la conducta de una de las partes contratantes y las consecuencias que produce sobre la voluntad de la víctima. Esta última cuestión lleva al autor a afirmar que permite el «agrupamiento del dolo junto al error en la moderna categoría técnica de los vicios de la voluntad»,

y en segundo término destaca la trascendencia que, en la configuración del dolo como vicio de la voluntad, hay que atribuir al dolo del tercero y al dolo recíproco, para concluir, siguiendo a De Castro, que ambos deben excluirse, el primero básicamente por respeto a la seguridad del tráfico, y el segundo por aplicación de principios tales como la equidad y buena fe. Debe resaltarse que tal exclusión resulta posible porque los artículos 1.269 y 1.270 no construyen la teoría del dolo con base exclusiva en el dogma de la voluntad.

Desarrolla el autor a continuación un tema ya apuntado al tratar la valoración de la conducta en el dolo, cual es, la distinción entre norma de validez y norma de responsabilidad, consideradas como efectos de la ilicitud de la conducta del causante del dolo vicio, poniendo de relieve las críticas que la distinción entre ambas ha suscitado en la doctrina y destacando dos aspectos básicos de la cuestión: la distinción y compatibilidad de ambos supuestos, admitida por el Derecho comparado, y la consideración del dolo incidental como supuesto diverso del dolo causante, que sólo daría lugar a una acción de daños y perjuicios. Para resolver la primera cuestión, introduce como elemento a considerar la responsabilidad contractual, con la finalidad de distinguir las consecuencias del dolo vicio de las que aquella genera; en este sentido, pone de manifiesto que «si bien el dolo vicio implica la existencia de un ilícito precontractual (la maquinación insidiosa), es preciso evitar asimilar esta última a la causa de nulidad; no es la propia maquinación la que ocasiona la nulidad, sino el vicio del consentimiento que ha engendrado» (p. 123).

De la consideración de la norma de validez y la norma de responsabilidad derivan, como es lógico, las correspondientes acciones para hacerlas efectivas; respecto a ellas destaca el autor las diferencias sustanciales que presiden su configuración jurídica, no siendo admisible considerar la acción de anulación y consiguiente restitución como una acción de responsabilidad, aun cuando se admita como reparación específica la desvinculación contractual entre las partes, pues sostiene que tanto el fundamento jurídico como su contenido son diferentes. Para ilustrar esta afirmación recurre a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1921, en la que se pone de manifiesto que las normas de restitución son insuficientes para reparar todo el daño causado. Mantiene el autor su postura de defensa de las diferencias entre ambos supuestos, pese a las críticas doctrinales que ha recibido tal concepción, concluyendo que es necesario seguir diferenciando dos regímenes jurídicos distintos, por un lado el de las normas de validez y por otro el de las normas de responsabilidad, teniendo un ámbito de aplicación más restringido la primera. En este sentido, subraya la posición mantenida por la jurisprudencia, que, si bien en un principio admitía en los supuestos de dolo la existencia de dos acciones, la de anulación y la de resarcimiento, con posterioridad ha reconocido la posibilidad de indemnización por los daños y perjuicios causados por la anulación de un contrato por dolo. Por último, dedica un breve apartado a la distinción entre dolo y responsabilidad contractual.

para destacar que si bien el tema merece un estudio más detallado, se puede adelantar una primera conclusión, cual es la difícil precisión de la frontera entre el problema de los vicios del consentimiento y el de la distribución de los riesgos contractuales.

Termina este segundo capítulo con el análisis del dolo incidental, considerando como eje del estudio la distinción entre dolo incidental y dolo causante, que tiene su base en la posibilidad de establecer una gradación del dolo, al ser considerado como vicio del consentimiento y no como sanción; posibilidad de gradación que encuentra su justificación en la aplicación del principio de conservación del negocio y la seguridad del tráfico jurídico. No obstante, reconoce la dificultad de la distinción y señala cómo, ni en Alemania, ni en el *common law*, se admite que entre el dolo causante y el dolo incidental quepa hacer distinción alguna, y cómo nuestra jurisprudencia tampoco establece claramente la frontera entre ambos conceptos, pese a lo cual mantiene la necesidad de la distinción, presuponiendo que, en los dos casos —dolo causante o dolo incidental—, debe existir una relación de causalidad entre el engaño y la celebración del contrato.

El tercer capítulo se dedica a la no fácil tarea de establecer las relaciones y diferencias entre dolo y error, así como a la interrelación de la buena fe, el error y el dolo, y la incidencia de la actuación de la víctima en el dolo, lo que conduce al autor a analizar tres conceptos: negligencia, confianza y *dolus bonus*. Para ello, parte de la consideración del dolo como un vicio distinto del error; sus diferencias básicas son, en primer lugar, el carácter unilateral del error frente a la bilateralidad del dolo, pues este último obliga a considerar la conducta del deceptor y sus consecuencias en el conocimiento de la víctima; la segunda diferencia viene marcada por la relación entre el error y el requisito de la esencialidad, puesto que el error sólo es relevante si recae sobre elementos esenciales incorporados al contrato —aspecto puramente objetivo—, mientras que el dolo puede mantenerse en el terreno de los motivos —ámbito subjetivo—; y por último, como ya se había puesto de manifiesto en el capítulo anterior, el dolo reclama la existencia de un nexo de causalidad entre el engaño y la celebración del contrato, datos totalmente ajenos a los requisitos del error. Para ilustrar este tema estudia la doctrina sajona de la *misrepresentation*, que abarca el dolo y el error y viene a constituir, a juicio del autor, un claro ejemplo de cómo se puede construir una doctrina de los vicios del consentimiento prescindiendo del error.

Por otra parte, se analiza, como anunciábamos, el papel de la víctima en el dolo mediante la interrelación de los conceptos de negligencia, confianza y *dolus bonus*. Mantiene aquí Rojo la opinión común que justifica con argumentos de peso, de la irrelevancia del denominado *dolus bonus*, que, en síntesis, puede considerarse como el artificio carente de idoneidad para engañar. No obstante, tal aseveración obliga al autor a plantear diversas cuestiones, tales como si la idoneidad para engañar se mide por criterios objetivos o subjetivos; si la persona engañada tenía derecho a confiar; si

de hecho confió; o si se le exige a la víctima toda la perspicacia que debe emplear una persona media. A todas estas cuestiones da respuesta y, a modo de conclusión, establece, citando la opinión de De Castro, «que hay que atender al ambiente y tipo de negocio para poder calificar de dolosa una maquinación» (p. 246), y esto le lleva a considerar, igualmente, que cuando «el ambiente es el de una negociación seria, como ha de ser la regla general en una sociedad basada en la economía de mercado, parece que la admisión de conductas de dudosa licitud ha de ser más bien escasas» (p. 246); en definitiva, admite la irrelevancia del *dolus bonus*, pero con una limitada aplicación, por entender que una cosa es la negociación basada en la buena fe y otra el «chalaneo y los juegos de azar».

Especialmente interesante resulta, en mi opinión, el último capítulo, en el que se aborda la tipicidad de la conducta en el dolo vicio; tras una breve referencia a la consideración del abuso de posición y su posible inclusión en el dolo vicio, cuestión que resuelve en sentido negativo, procede al desarrollo de otros dos temas básicos: el dolo omisivo y la relación entre el dolo vicio del consentimiento y la obligación precontractual de información. En cuanto al primero, como integrantes del dolo omisivo, se incluyen distintas conductas, algunas de las cuales, como el error reconocido y el dolo del tercero, ya han sido tratadas en capítulos anteriores, y otras, como las maniobras de ocultación, no merecen la calificación de reticencia porque implican un actuar positivo, por lo que en este apartado el autor centra su atención en el puro silencio. Es de destacar que para calificarlo como dolo omisivo recurre a dos vías: *a)* la falsa representación tácita o implícita, o el silencio circunstanciado, *b)* y reconocer la existencia de una obligación precontractual de información, que viene impuesta, a falta de texto legal, por la buena fe objetiva. Conceptos ambos que han de tratarse conjuntamente, pues la solución definitiva a la cuestión planteada pasa por reconocer legalmente el dolo por omisión, junto al dolo por acción, y ello ha de hacerse a través de una norma que establezca una obligación de información, lo que plantea dificultades de encaje en nuestro ordenamiento en tanto dicha norma no se dicte.

Por eso es interesante que Rojo se ocupe de precisar el alcance de esta obligación de información. Que se sabe no es reciente, si bien ha cobrado mayor relieve en nuestros días, debido, en parte, a la mayor consideración que se otorga a la buena fe en las relaciones precontractuales. Así, en el ámbito del derecho comparado, el autor pone de manifiesto cómo en Francia, Alemania y Suiza se ha ido abriendo camino el reconocimiento de la obligación general de información precontractual, unida al ámbito de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales; y cómo la cuestión parece estar expresamente resuelta en el Código civil italiano, cuyo artículo 1.337 regula la responsabilidad precontractual bajo el deber de buena fe; además dicho Código apunta, en el artículo 1.338, la obligación de quien conozca la existencia de una causa de invalidez del contrato de ponerlo en conocimiento de la otra parte, lo que viene a ser una manifestación espe-

cífica de la obligación de información. En este mismo sentido ha evolucionado la doctrina española, afirmando la conveniencia de admitir la obligación de información, no sólo desde una perspectiva jurídica, sino también económica, como se pone de manifiesto desde la óptica del análisis económico del derecho, que el autor lleva a cabo con brevedad.

Ahora bien, pese a esta evolución favorable a la admisión de la obligación de información, el autor reconoce que no se han superado todas las objeciones planteadas, y aún hoy se sigue discutiendo sobre las fuentes de esa obligación y sobre su contenido y límites. Tras exponer y analizar las opiniones doctrinales más relevantes, sienta como premisa que ha de inspirar el estudio de la materia que «el dolo omisivo ha de estudiarse en el contexto de la existencia, fuentes y sanciones de la obligación precontractual de información, y no a la inversa» (p. 287), y que, si bien el dolo vicio puede considerarse como una de las posibles sanciones al incumplimiento de la obligación de información, no puede, sin embargo, erigirse en la única sanción al incumplimiento de aquel deber.

Estamos, pues, ante un trabajo importante y novedoso que expresa nuevas fronteras del dolo. En sí mismo considerado, por el rigor técnico con que se ha tratado la materia, y puesto en relación con nuestra literatura sobre el dolo, cobra aún mayor valor ante el escaso número de obras dedicadas al estudio sistemático de la figura. En efecto, fuera de los tratados sobre obligaciones o sobre teoría general del negocio jurídico, no resulta fácil encontrar, tras la clásica de Cossío, una obra enteramente dedicada al dolo vicio del consentimiento y toda la problemática que de él deriva. Además, innova a la luz del Derecho comparado, con especial atención al sistema anglosajón; entra en figuras nuevas y poco conocidas; obra seria y muy bien contrastada y articulada. En fin, lectura recomendable y hasta obligada para quienes se ocupen del dolo y, en particular, del complejo binomio de la reticencia y del deber de información.

M.<sup>a</sup> TERESA CARRANCHO HERRERO  
Profesora Asociada de Derecho Civil  
Facultad de Derecho de Burgos

**RUBIO GARRIDO, T.: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993. 679 pp.**

Aborda el Prof. Rubio en esta extensa monografía el clásico tema del contenido de la posición deudora del vendedor y, en conexión directa con él, el de la naturaleza de la obligación de saneamiento. El planteamiento del problema y el enfoque que el autor hace de él se ponen de manifiesto desde las primeras páginas: según una opinión muy extendida, obligación

esencial del vendedor (contrapartida de la obligación del comprador de pagar el precio) sería la de entregar la cosa vendida, es decir, la de proporcionar al comprador una posesión legal y pacífica; el saneamiento se plantearía así como una obligación autónoma, complementaria de la anterior, en virtud de la cual el vendedor habría de responder en el caso de que el comprador fuera vencido en esa posesión por un tercero. En cambio, el vendedor no estaría obligado, en sentido técnico, a transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida. Frente a este planteamiento, fundado en una determinada interpretación de la regulación legal y de los antecedentes históricos, Rubio Garrido sostiene que la tipicidad causal de la compraventa implica una relación sinalagmática entre la obligación del vendedor de transmitir el derecho de propiedad íntegro sobre una cosa exenta de vicios e idónea para su finalidad contractual, y la del comprador de pagar el precio; el saneamiento no debe entenderse como una obligación adicional, autónoma y eventual del vendedor, sino como el régimen —sólo en apariencia especial— de responsabilidad previsto para el caso de incumplimiento por el vendedor de su obligación, unitaria aunque compleja.

No cabe duda de que la tesis del Prof. Rubio tiene a su favor su absoluta coherencia con los postulados del sentido común; en una primera aproximación, no parece razonable afirmar la especialidad de régimen de un contrato tan acusadamente paradigmático como es la compraventa —el contrato por excelencia—, tradicional fuente de reglas y principios para la teoría general de obligaciones y contratos. Por ello resulta especialmente digna de encomio la labor, asumida por el autor, de aportar una fundamentación sólida a cada uno de los aspectos de su tesis, así como el cuidadoso y analítico proceso de disección y refutación de los diferentes argumentos esgrimidos en favor de otras concepciones.

La obra aparece dividida en dos partes. En la primera de ellas, el autor analiza el contenido de la compleja posición deudora del vendedor; en la segunda, se examina la naturaleza jurídica de la obligación de saneamiento.

Comienza el autor (Capítulo I) relativizando el alcance de los antecedentes romanos en la materia. La ausencia en las fuentes romanas de una expresa formulación de la obligación de transmitir la propiedad en el esquema de la *emptio venditio* responde exclusivamente a las deficiencias técnicas del propio sistema jurídico (limitación de la propiedad quiritaria a los ciudadanos romanos y a las *res Mancipi*); lo cual no obsta para que, a través de diferentes vías (entre ellas, la paulatina incorporación de la garantía frente a la evicción, culminada en época justinianea), se consiga la finalidad de asegurar al comprador una protección sustancialmente idéntica a la que se derivaría de una expresa formulación de la obligación de transmitir.

Tras rechazar los preconceptos voluntaristas que dificultan, desde un punto de vista abstracto, la propia admisibilidad de una obligación de transmitir la propiedad (*dare*) sobre una cosa exenta de vicios (la voluntad generadora de la obligación sólo es relevante en cuanto dirigida a la produc-

ción de un efecto jurídico dependiente, a su vez, de la exclusiva voluntad del deudor), el autor afirma su existencia *in concreto* en los diferentes ordenamientos jurídicos (históricos y actuales, incluyendo el sistema español), así como su inequívoca integración en el contenido típico del contrato de compraventa (Cap. II). La misma existencia de un régimen de responsabilidad del vendedor (el saneamiento) que se pone en funcionamiento al producirse el hecho eviccional o al detectarse los vicios tras la entrega de la cosa sólo se explica en la medida en que se reconozca que tales hechos no son sino una manifestación del incumplimiento definitivo de una preexistente obligación de dar una cosa idónea; obligación cuyo contenido, por lo demás, coincide exactamente con el del —único, como lo es su interés— derecho de crédito del comprador. Y, precisamente, la existencia de la obligación de transmitir es lo que hace posible afirmar, por ejemplo, la validez de la venta de cosa ajena, donde la ajenidad del derecho vendido podrá suscitar un problema de cumplimiento, pero no de validez.

El vendedor está, pues, típicamente obligado a conseguir (obligación de resultado) que se produzca el efecto transmisivo en favor del comprador. Pero ese efecto aparece vinculado en cada ordenamiento a presupuestos distintos, al tratarse de una cuestión sustraída a la voluntad de las partes y dependiente en exclusiva del criterio legal (Cap. III). El autor subraya la necesidad de evitar el influjo del sistema transmisivo abstracto alemán a la hora de interpretar los diferentes sistemas transmisivos causales, y pone de manifiesto las escasas diferencias que, en el fondo, median entre éstos (sistema consensual —Francia, Italia— y sistema del título y el modo —España—); en particular, en lo que se refiere al carácter típicamente obligatorio y transmisivo que asume en todo caso el contrato de compraventa.

Los Caps. IV a VI se dedican al examen de las diferentes formas de cumplimiento de la obligación de transmitir. Se analiza con especial cuidado la naturaleza y valor de la obligación de entrega, subrayando sus diferencias con la obligación de dar, y el papel que a la transmisión posesoria corresponde dentro del esquema típico de la compraventa, como acto —no negocial— cuya ejecución por el vendedor es necesaria, aunque no suficiente, para la consecución del efecto debido —la transmisión de la propiedad—. También ha de destacarse el estudio de las adquisiciones legales a título originario como modo de satisfacción *ex aliunde* del derecho de crédito del comprador y, correlativamente, como modo de extinción de la obligación de dar.

El último capítulo de esta primera parte se dedica, por fin, al análisis de los diferentes comportamientos que ha de observar el vendedor como deberes integrativos o instrumentales de su compleja obligación de transmitir (transmisión de frutos y accesorios, entrega de documentos, abstención de actos lesivos para la posición jurídica del comprador, custodia de la cosa antes de su entrega, etc.), o como deberes accesorios, ajenos al contenido típico del contrato, pero impuestos por el juego de la buena fe, los usos o la ley para la consecución por el comprador de una plena utilidad (deberes

de información, gestiones administrativas, etc.). En particular, se trata de poner de manifiesto la improcedencia de una formulación abusiva de tales deberes como expediente enderezado a explicar la existencia de una obligación autónoma de garantía —el saneamiento—, sin tener en cuenta su directa conexión con el incumplimiento de la unitaria —aunque compleja— obligación esencial del vendedor.

La segunda parte del trabajo se dedica al examen de la obligación de saneamiento, en coherencia con las premisas sentadas en la primera parte. La obligación de saneamiento, ya desde sus primeras formulaciones (Caps. I y II) encuentra su ubicación sistemática en el ámbito del juicio sobre funcionalidad de un contrato de compraventa válido (Cap. III). No existe, por tanto, interferencia alguna entre el posible juego de las acciones enderezadas a poner de manifiesto la existencia de un vicio originario en el contrato (ilicitud, falta de objeto o imposibilidad originaria de la obligación del vendedor, error-vicio, dolo), y que se resolverán, en su caso, en la invalidez del mismo; lo cual no obsta para que, al menos en determinados casos (aquéllos en que se pueda apreciar la existencia de un vicio del consentimiento), el comprador cuya posición jurídica se haya visto frustrada pueda optar entre el ejercicio de tales acciones o el mantenimiento de la validez del contrato, con la consiguiente posibilidad —más ventajosa, por razones prácticas— de recurrir al mecanismo del saneamiento. Mención aparte merece el afinado y prudente análisis que hace el autor de la conexión entre el régimen del saneamiento y el juego de la causa contractual en el ámbito funcional (Cap. III,4); conexión que debe afirmarse en el trasfondo mediato, pero sin que ello deba ocultar el hecho de que es el incumplimiento el fundamento directo del saneamiento.

Situado, por tanto, el régimen del saneamiento en el ámbito del juicio de funcionalidad sobre un contrato válido, el autor se preocupa de determinar cuál es su naturaleza exacta y su relación con los principios generales en materia de obligaciones y contratos (Cap. IV). Se analizan y rechazan las diferentes teorías que, relacionando correctamente el saneamiento con ese juicio de funcionalidad, tienden a configurarlo como un mecanismo especial de tutela del interés del comprador, no reconducible al sistema general de responsabilidad contractual. Se rechaza, así, la opinión de quienes ven en el saneamiento un régimen especial de distribución del riesgo (Cap. IV, 1), o una obligación de garantía impuesta al vendedor como efecto específico añadido a su obligación esencial de entrega (Cap. IV, 2). En ambos casos, el autor critica, con acierto, la utilización de conceptos tales como el de «riesgo» o el de «garantía» fuera de su sentido técnico-jurídico estricto, con lo que ello implica de ambigüedad y artificiosidad en la argumentación.

Entrando en un nivel de discusión más profundo y delicado, Rubio Garrido rechaza asimismo la concepción del saneamiento como manifestación de un sistema general de responsabilidad contractual basado en la culpa (Cap. IV,3), lo que en la práctica se traduce en una búsqueda forzada de



deberes específicos del vendedor (p. ej., el de defensa procesal del comprador demandado) cuyo incumplimiento culposo pueda justificar la aplicación de ese régimen de responsabilidad.

La última parte del trabajo (Cap. IV,4) se dedica a la exposición de la propia concepción del autor acerca de la naturaleza de la obligación de saneamiento. Esta aparece como una manifestación específica del régimen general de responsabilidad contractual vigente en nuestro Derecho, en especial en materia de contratos sinalagmáticos; un régimen que en la actualidad no puede considerarse fundado exclusivamente en la noción de culpa, sino que asume unos perfiles claramente objetivos. El incumplimiento del vendedor, manifestado en la falta absoluta de entrega, dará lugar a la aplicación directa del régimen general de responsabilidad. En cambio, el incumplimiento definitivo (o el cumplimiento inexacto) de la compleja obligación del vendedor, manifestado en el hecho de la evicción o en la no correspondencia entre las características de la cosa entregada y las exigibles por el comprador, conforme al programa contractual diseñado por las partes, da lugar, siendo imputable a aquél, a una serie de efectos que, genéricamente, se engloban en el concepto de saneamiento y que se concretan, según los casos, en: la posibilidad de exigir un exacto cumplimiento de la obligación asumida (saneamiento en sentido estricto, que englobaría supuestos tales como el cumplimiento tardío de la obligación de transmitir, la sustitución o reparación de la cosa defectuosa, o la obligación de liberar el bien vendido de cargas no aparentes); la utilización de la *exceptio non adimpleti (non rite adimpleti) contractus* (aquí llamada *exceptio imminenti evictionis*); la posibilidad, en caso de incumplimiento grave, de pedir la resolución —redhibición— del contrato, ya sea total o parcial (*actio quanti minoris*); y, en todo caso, la obligación de resarcir los daños y perjuicios que el incumplimiento haya ocasionado al comprador, bien en la medida del interés contractual positivo (cuando se opte por el cumplimiento forzoso, en forma específica o por equivalente), bien en la del interés contractual negativo (cuando se opte por la resolución). El autor demuestra la sustancial correspondencia entre este régimen y el general de responsabilidad contractual, subrayando el carácter meramente accidental de la única diferencia apreciable, la relativa al breve plazo de ejercicio de las acciones encaminadas a exigir el saneamiento por vicios ocultos; diferencia que, por lo demás, aparece como una manifiesta fuente de injusticia y que, en la práctica económica y judicial, viene siendo superada a través de diferentes mecanismos (*aliud pro alio*, recurso a las acciones generales de responsabilidad contractual, pactos especiales de garantía, etc.).

En definitiva, el trabajo del Prof. Rubio Garrido, fruto de su excelente tesis doctoral, destaca, no tanto por la originalidad de sus conclusiones (discutible virtud cuando se afronta un tema tan extremadamente clásico como éste), cuanto por la solidez y coherencia de la argumentación, y la solvencia en el manejo de las más diversas cuestiones. Cabe destacar el ágil manejo del dato comparado y de los antecedentes históricos, certera-

mente integrados en el hilo argumental (véase, por ejemplo, el magistral uso de las citas de Pothier), el impresionante aparato bibliográfico utilizado, y el rigor de la sistemática adoptada. A ello debe añadirse la elegancia en el uso del lenguaje y, desde un punto de vista formal, la cuidadosa elaboración de los diferentes índices: general, por autores, materias y disposiciones normativas. Todo ello hace de este libro, a nuestro juicio, una obra bien hecha, destinada a convertirse sin duda en punto de referencia en el estudio del contrato de compraventa.

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO

**SCYBOZ et GILIÉRON: «Code civil suisse et Code des Obligations»; 5<sup>ème</sup>. ed. mise au jour; Introduction de Jean Gauthier; Editions Payot, 833 + 737 pp., Lausanne 1993.**

El Derecho civil suizo no es desconocido entre nosotros, pero tampoco nos resulta demasiado familiar. Desde la clásica monografía del Prof. Serrano y Serrano sobre el Registro de la Propiedad en este país —que lo ha convertido en cita obligada al ocuparse de los aspectos comparativos dentro de las obras generales sobre Derecho Inmobiliario Registral— no parece que las instituciones civiles suizas hayan sido objeto de especial atención por parte de los investigadores españoles (véase la alusión al procedimiento helvético de reforma de la legislación que hago en el Prefacio de la 12.<sup>a</sup> revisión de Castán, II-1, Madrid 1984). La creación del excelente Instituto de Derecho Comparado de Lausanne, gracias al impulso del Prof. Overbeck, puede incentivar tal tipo de trabajos a partir de ahora.

Acaso la explicación del apuntado hecho se encuentre en el dato de que la doctrina civilista suiza se expresa fundamentalmente en lengua alemana (véanse los monumentales Comentarios de Berna y de Zurich, aún en curso de publicación, aunque con varias ediciones). Pero no debe olvidarse la importante aportación científica de la doctrina de expresión francesa (obras generales y Manuales universitarios suelen publicarse en los dos idiomas).

Conviene tener presente, de otra parte, el modo ejemplar con que se llevó a cabo la Codificación en este país, en un prolongado proceso (desde 1872 a 1912), que partiendo de un Derecho civil cantonalizado, ha conducido a la unificación de las obligaciones civiles y mercantiles, e incluso del Derecho del Trabajo. Como se sabe, el Código de las Obligaciones, cuya promulgación se anticipó en el tiempo, constituye hoy el Libro V del Código civil suizo, aunque conserva su numeración independiente.

El presente volumen, cuya primera edición fue publicada en 1972 como continuación de las que, por más de medio siglo, estuvieron al cuidado de Virgilio Rossel y sus hijos, constituye un precioso instrumento de trabajo

para el comparatista, ya que ofrece el estado actualizado a 1 de enero de 1993 de la base normativa de todo el Derecho privado suizo en sentido amplio, incluyendo, además del Código, el texto íntegro, en Apéndice, de leyes especiales tan importantes como la Ordenanza del Registro de la Propiedad, leyes arrendaticias rústicas y urbanas, accidentes de circulación, competencia desleal etc.

Mención especial merecen las notas, debidas a Gilliéron sobre el Código civil, y a un equipo de colaboradores dirigido por Scyboz, respecto al Código de Obligaciones. Se trata de notas jurisprudenciales, en buena medida extractadas de la jurisprudencia del Tribunal Federal, caracterizadas por su concisión que no olvida lo esencial, y que permiten al lector extranjero aproximarse al Derecho realmente vivido.

Aparte de su gran manejabilidad (no obstante su extensión que excede de las 1500 páginas) hay que destacar su excelente papel, cuidada impresión y adecuados tipos de letra. Lo que convierte a la obra en una verdadera joya bibliográfica.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

# Revistas españolas

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

**SUMARIO:** I. DERECHO CIVIL. 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones.—II. DERECHO MERCANTIL. 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—III. DERECHO URBANÍSTICO.—IV. DERECHO COMUNITARIO.—V. DERECHO PROCESAL.—Abreviaturas.

## I. DERECHO CIVIL

### 1. INTRODUCCIÓN

1. BUROW, Patrick: «Introducción al análisis económico del Derecho», *Actualidad Civil*, núm. 43, 1993, pp. 819 y ss.

2. COCA PAYERAS, Miquel: «Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional», *RJC*, 1994-2, pp. 435 y ss.

3. COELLO DE PORTUGAL, Íñigo: «El recurso a los Decretos-leyes en el marco de la Constitución», *La Ley*, 1993-4, pp. 1018 y ss.

4. DURÁN RIVACOBA, Ramón: «La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra», *RJNav.*, enero-junio 1993, pp. 121 y ss.

5. GARCÍA MATOS, Ignacio: «El concepto “medio ambiente” en el Ordenamiento Jurídico español», *La Ley*, 1993-4, pp. 1108 y ss.

6. GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: «Las Sentencia interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional. Su problemática», *RGD*, enero-febrero 1994, pp. 149 y ss.

7. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: «La comunidad de marca en la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988», *RDP*, septiembre 1993, pp. 787 y ss.

8. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «La imparcialidad en las funciones notariales: su necesario tratamiento a nivel de legalidad», *Actualidad Civil*, núm. 44, 1992, pp. 829 y ss.

9. RUBIO TORRANO, Enrique: «El artículo 149.1.8 de la Constitución y la reciente jurisprudencia constitucional», *RJNav.*, enero-junio, 1993, pp. 293 y ss.

10. SABATER BAYLE, Elsa: «La costumbre en función de título en el Derecho Civil de Navarra», *RJNav.*, enero-junio 1993, pp. 315 y ss.

11. SEBASTIÁN LORENTE, Jesús J.: «La Comisión General de Codificación», *Actualidad Civil*, núm. 42, 1993, pp. 805 y ss.

12. STOLL, Hans y MORAHT, Jens (Trad. SANTOS BRIZ, Jaime): «La evolución del Derecho alemán en los años 1990-1991», *RDP*, diciembre 1993, pp. 1107 y ss.

13. VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «La posición jerárquica del tratado internacional en el sistema de fuentes del Derecho español». *RGD*, diciembre 1993, pp. 11293 y ss.

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

14. ALBIÑANA OLMOS, José Luis: «Las urgencias en salud mental: las autoridades judiciales de internamientos», *RGD*, septiembre 1993, pp. 8201 y ss.

15. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia: «Adquisición de la nacionalidad española. Aplicación del régimen previsto en el Convenio Hispano-Guatemalteco de doble nacionalidad. Requisitos: domicilio; acreditación del ánimo de residir en España: inaplicación de las normas internas de extranjería; exigencia del requisito de inscripción en el Registro. Concesión automática de la nacionalidad española sin cumplir otros requisitos (comentario a la Res. de la DGRN de 6 de noviembre de 1992)», *CCJC*, núm. 32, 1993, pp. 401 y ss.

16. AMAT LLARI, Eulalia: «Derecho a la propia imagen. Excepciones: uso científico o educativo de la imagen; accesoriedad de la misma (Comentario a la STS de 19 de octubre de 1992)», *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 925 y ss.

17. BERCOVIT ÁLVAREZ, Raúl: «Sociedad mercantil oculta: diferencia con cuentas de participación (Comentario a la STS de 4 de diciembre de 1992)», *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 1083 y ss.

18. CASA VALLES, R. y SOL MUNTAÑOLA, M.: «Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo», *Poder Judicial*, núm. 30, junio 1993, pp. 127 y ss.

19. DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: «El nombre de las personas en el Derecho español», *RJN*, julio-septiembre 1993, pp. 69 y ss.

20. ELÓSEGUI ITXASO, María: «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense», *Actualidad Civil*, núm. 10, 1994, pp. 1173 y ss.

21. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «Sistemas de protección judicial de los derechos fundamentales», *RGD*, diciembre 1993, pp. 11397 y ss.

22. FORNER I DELAYGUA, J. J. i TUBAU I JULIA, M. D.: «El Dret Internacional Privat postconstitucional de filiació i d'institucions protectores de menors en l'àmbit civil: la incidència dels Convenis de la Haia», *RJC*, 1993-4, pp. 913 y ss.

23. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «Nacionalización extranjera. Efectos sobre marcas registradas en España. Contrariedad con el orden público», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 875 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 25 de septiembre de 1992.

24. LACABA SÁNCHEZ, Fernando: «Internamiento de incapaces: problemática del artículo 211 del Código Civil», La Ley, 1993-4, pp. 1013 y ss.

25. LASSALETTA GARCÍA, Pedro: «Impugnación de acuerdos del Consejo Rector en las sociedades cooperativas», RDP, abril, 1994, pp. 333 y ss.

26. LETE DEL RÍO, José Manuel: «La adquisición de la nacionalidad española por opción», Actualidad Civil, núm. 3, 1994, pp. 27 y ss.

27. LETE DEL RÍO, José Manuel: «Recuperación de la nacionalidad», Actualidad Civil, núm. 9, 1994, pp. 159 y ss.

28. MARÍN GÁMEZ, José Ángel: «Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida», Poder Judicial, núm. 32, diciembre 1993, pp. 89 y ss.

29. MÉNDEZ PÉREZ, José: «La tutela de menores por las entidades públicas y su tratamiento procesal», RJC, 1994-2, pp. 479 y ss.

30. MUÑIZ ESPADA, Esther: «Iniciativa constituyente de la tutela», RDP, enero 1994, pp. 15 y ss.

31. MUÑIZ ESPADA, Esther: «Descripción de las causas que originan la formación de la tutela», Actualidad Civil, núm. 11, 1994, pp. 201 y ss.

32. PALACIOS, Dolores y BERNAL DEL CASTILLO, Ángel Luis: «Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda y sus relaciones con el acogimiento», Actualidad Civil, núm. 13, 1994, pp. 229 y ss.

33. PARADA VÁZQUEZ, José Daniel: «El Comandante de Aeronave: aspectos jurídicos aeronáuticos, civiles y laborales», Poder Judicial, núm. 31, septiembre 1993, pp. 125 y ss.

34. PARRA LUCÁN, María Angeles: «Opción a la nacionalidad española: mayor de dieciocho años adoptado plenamente por español antes de la vigencia de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, Derecho transitorio (comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de enero de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 183 y ss.

35. PRADA, José María de: «Algunas observaciones en torno al Proyecto de Ley de Fundaciones», La Ley, 1993-2, pp. 849 y ss.

36. ROMEO CASABONA, Carlos M.<sup>a</sup>: «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», Poder Judicial, núm. 31, pp. 163 y ss.

37. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Reportaje periodístico sobre la prostitución masculina. Intromisión ilegítima en el derecho al honor por publicación», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 791 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 22 de abril de 1992.

38. SALVADOR CODERCH, Pablo: «Intromisión ilegítima en el derecho al honor en un reportaje de televisión sobre corrupción en la Administración de Justicia, en el curso del cual una de las personas entrevistadas daba noticia de una sentencia penal de primera instancia que condenó por estafa al recurrente, pero no de la posterior sentencia firme de apelación que le absolvió con todos los pronunciamientos favorables», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 763 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1992. de 30 de marzo.

39. SARMIENTO ACOSTA, Manuel J.: «Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales», Poder Judicial, núm. 31, septiembre 1993, pp. 205 y ss.

40. SILVA-RUIZ, Pedro F.: «El derecho a morir con dignidad y el testamento vital», RGD, enero-febrero 1994, pp. 425 y ss.

41. TATO PLAZA, Anxo: «La publicidad de productos anticonceptivos: el caso "póntelo, pónselo"». (Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 1993)», La Ley, 1993-3, pp. 898 y ss.

42. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», RDP, marzo 1994, pp. 223 y ss.

43. VAQUER ALOY, Antonio: «Reclamación de cantidad. Domicilio: concepto; derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Colisión entre derechos fundamentales (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 157 y ss.

### 3. PERSONA JURÍDICA

44. ORTUÑO, María Eugenia: «La intransmisibilidad de la posición jurídica de socio en el contrato de sociedad», RCDI, núm. 31, 1994, pp. 501 y ss.

45. LOBATO DE BLAS, Jesús: «Excesos en la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas», RJNav., enero-junio 1993, pp. 155 y ss.

### 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

46. ÁLVAREZ-ARENAS CISNEROS, Félix: «Aún más sobre los procesos en materia de arrendamientos urbanos. (El ejercicio de la acción de indemnización del artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)», La Ley, 1993-2, pp. 958 y ss.

47. ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de: «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas», RJN, julio-septiembre 1993, pp. 9 y ss.

48. ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Donación de inmuebles con causa onerosa. Nulidad por defectos de forma. Actos propios (Comentario a la STS de 7 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 569 y ss.

49. BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «El fundamento constitucional del arbitraje de consumo», La Ley, 1993-2, pp. 964 y ss.

Pendiente de ser aprobado el Real Decreto por el que se pretende regular la constitución y funcionamiento del Sistema Arbitral de Consumo, considera el autor que dicho sistema cuenta en la actualidad con fundamentos legales suficientes como para ser aplicado. En primer lugar, podría apoyarse en el artículo 51 de la CE; y, en segundo lugar, en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Seguidamente, el autor desarrolla la construcción propuesta.

50. BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Reclamación de cantidad. Solidaridad impropia. Determinación de la situación fáctica respecto de la casación (Comentario a la STS de 7 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 577 y ss.

51. BAEZA PATOR, Andrés: «Del Real Decreto-Ley 2/1985, en materia arrendaticia, a la nueva regulación de los arrendamientos urbanos. Problemá-

tica en la aplicación del llamado "Decreto Boyer" y nuevas perspectivas normativas», La Ley, 1993-3, pp. 994 y ss.

52. BARRES BENLLOCH, M.<sup>a</sup> Pilar: «El aval bancario como garantía autónoma. Comentario a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 27 de octubre de 1992», La Ley, 1993-3, pp. 314 y ss.

53. BELLO JANEIRO, Domingo: «Modificación judicial del contrato por alteración extraordinaria e imprevisible de sus circunstancias básicas: cláusula *rebus sic stantibus*; doctrina de la base del negocio. Contrato de cesión de arrendamiento (Comentario a la STS de 6 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 1009 y ss.

54. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Lotería Primitiva: Representación aparente; mandato, comisión; Condiciones generales de la contratación. Litisconsorcio pasivo necesario (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 53 y ss.

55. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: deber de información acerca del producto. Concurrencia de culpa de la víctima (Comentario a la STS de 29 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 673 y ss.

56. BLANQUER UBEROS, Roberto: «Notas breves (y quizá precipitadas e incompletas) sobre la llamada subrogación de créditos», RJN, julio-septiembre 1993, pp. 179 y ss.

57. BORRAS BOSCH, Juana María: «Contrato turístico de cupo. Derecho aplicable. Prescripción de la acción. Valor de la costumbre *contra legem* (Comentario a la STS de 2 de abril de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 523 y ss.

58. BUSTOS PUECHE, José Enrique: «Juicio crítico al pretendido Derecho de consumo», La Ley, 1993-4, pp. 966 y ss.

59. CALZADA CONDE, María Ángeles: «Seguro voluntario de responsabilidad civil. Excepciones oponibles por el asegurador al perjudicado: exclusiones de riesgo. Aceptación por el asegurador de las condiciones del contrato. Oponibilidad cuando la causa de la exclusión tiene relación directa o es factor determinante del evento dañoso (Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 165 y ss.

60. CAMPO VILLEGAS, Elías: «Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción», AAMN, t. XXXII, pp. 67 y ss.

61. CARRASCO PERERA, Ángel: «Viviendas de protección oficial: validez del contrato celebrado con precio superior al legal», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 841 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 1992.

62. CARRASCO PERERA, Ángel: «Compraventa: distinción entre la civil y la mercantil; saneamiento por incumplimiento (Comentario a la STS de 7 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 557 y ss.

63. CASTELLA ALMIÑANA, José Manuel: «Sucesión procesal del fiador solidario codemandado en la posición del acreedor demandante en virtud del pago efectuado de la deuda avalada», La Ley, 1993-2, pp. 829 y ss.

64. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Responsabilidad por daños ocasionados en juegos y deportes (Comentario a la STS de 22 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 949 y ss.

65. COBACHO GÓMEZ, José Antonio: «Traspaso de local de negocio. Renta vitalicia. Contrato de vitalicio. Facultad resolutoria. Alimentos conven-



cionales. Pensiones atrasadas (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 935 y ss.

66. CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «Comentarios al Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo, sobre precio de las Viviendas de Protección Oficial de "promoción privada"», RJC, 1994-1, pp. 135 y ss.

67. CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El ejercicio de la facultad de elección en las obligaciones alternativas», RCDI, núm. 620, 1994, pp. 39 y ss.

68. CUADRADO IGLESIAS, Manuel: «La gestión en el Código Civil», AAMN, t. XXXII, pp. 377 y ss.

69. CUESTA SÁENZ, José María de la: «Acceso a la propiedad en arrendamiento rústico anterior al Código Civil. Novación extintiva (Comentario a la STS de 4 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 551 y ss.

70. DÍAZ ALABART, Silvia: «Responsabilidad médica del Insalud. Reclamación previa en vía administrativa. Responsabilidad contractual. Obligación de medios (Comentario a la STS de 29 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 971 y ss.

71. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, María: «Autocontrato. Compras de fincas mediante escrituras públicas en las que interviene la misma persona como comprador y en representación de la parte vendedora. Denegación de la práctica de la inscripción (Comentario a la Resolución de la DGRN de 29 de abril de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 361 y ss.

72. DÍAZ-REGAÑÓN Y GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: «Responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), sólo ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa contractual. Inaplicabilidad de los artículos 40 y 41 LRJAE. Principio *iura novit curia*. Alteración de *causa petendi*. Prescripción extintiva: plazo (Comentario a la STS de 15 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 293 y ss.

73. DÍAZ JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen: «La Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio y el proyecto de ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», Actualidad Civil, núm. 12, 1994, pp. 219 y ss.

74. DÍAZ JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen: «*Interpretatio contra stipulatorem* y principio de interpretación más favorable al consumidor», Actualidad Civil, núm. 18, 1994, pp. 315 y ss.

75. DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Donación con reserva de la facultad de disponer; incumplimiento de la obligación de prestar alimentos a la donante; nulidad de compraventa por falta de poder de disposición (Comentario a la STS de 22 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 309 y ss.

76. DURANY PICH, Salvador: «Perfección de declaración de voluntad recepticia mediante la cual se ejercita una opción de compra concedida por uno de los propietarios de un local comercial de carácter ganancial sin la intervención del otro (Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 133 y ss.

77. EGUSQUIZA BALMASEDA, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Algunos apuntes para el estudio de la Ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra», RJNav., enero-junio 1993, pp. 145 y ss.

78. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.: «Cesión de créditos: efectos del negocio sobre el deudor cedido. Prueba del Derecho extranjero. Personas jurídicas: Derecho aplicable frente a los representantes legales (Comentario a la STS de 19 de febrero de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 471 y ss.

79. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», RDM, núm. 208, 1993, pp. 589 y ss.

80. FERNÁNDEZ-PACHECO, M.<sup>a</sup> Teresa: «Gastos derivados de la celebración del contrato de compraventa y obligaciones accesorias», Actualidad Civil, núm. 41, 1993, pp. 775 y ss.

81. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, María del Carmen: «Contenido obligatorio de la compraventa y venta de cosa ajena (STS de 16 de noviembre de 1992)», Poder Judicial, núm. 31, septiembre 1993, pp. 277 y ss.

82. FERRE MOLTO, Miguel: «Protección de los derechos de los consumidores y usuarios a través de la intervención del corredor de comercio», Actualidad Civil, núm. 7, 1994, pp. 111 y ss.

83. FINEZ RATON, José Manuel: «La prórroga como causa de extinción de la fianza (Análisis del art. 1.851 del Código Civil)», RJN, enero-marzo 1993, pp. 71 y ss.

84. GARCÍA-BARBÓN, Juan: «El compromiso de ejercitar la opción de compra en el arrendamiento financiero», La Ley, 1993-2, pp. 991 y ss.

85. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración», La Ley, 1993-4, pp. 955 y ss.

86. GARCÍA IGLESIAS, Demetrio: «El contrato de obra: concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo», La Ley, 1993-4, pp. 1119 y ss.

87. GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo», Actualidad Civil, núm. 16, 1994, pp. 277 y ss.

88. GARCÍA SOLE, Fernando: «Leasing de informática», La Ley, 1993-4, pp. 1086 y ss.

89. GARCÍA SOLE, Fernando: «Problemática actual del leasing inmobiliario», Actualidad Civil, núm. 8, 1994, pp. 133 y ss.

90. GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Responsabilidad civil extracontractual de los Centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores; subsistencia del principio de responsabilidad por culpa. Rebeldía y carga de la prueba (Comentario a la STS de 20 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 629 y ss.

91. GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: «La inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (La subrogación *mortis causa* del cónyuge supérstite y del que hubiera convivido *more uxorio* con el arrendatario). Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la familia, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial», Actualidad Civil, núm. 4, 1994, pp. 49 y ss.

92. GÓMEZ MENDOZA, María: «Tarjetas de crédito y crédito al consumo», La Ley, 1993-3, pp. 787 y ss.

El estudio propone algunas sugerencias respecto del contenido de una futura ley de crédito al consumo (a la que nos obliga la Directiva 87/102/CEE, del Consejo de la CDD de 22-12-1986, modificada por la Directiva 90/88/CEE, de 22-2-1990), encaminadas a proporcionar la protección adecuada a los titulares de tarjetas de crédito.

93. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Acción personal derivada de contrato de compraventa: litisconsorcio pasivo necesario; ausencia de demanda a la esposa. Quebrantamiento de normas sobre garantías procesales: emplazamiento para contestar a la demanda. Inaplicación de la facultad judicial para moderar la pena (Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 65 y ss.

94. GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Convenio de suspensión de pagos. Dación en pago o pago por cesión de bienes. Relaciones y diferencias. Consideración del convenio como dación en pago de deudas o *datio pro soluto*. Transmisión de la propiedad de los bienes del deudor suspenso a sus acreedores. Tercería de dominio. Requisito de admisibilidad: propiedad de los bienes por el tercerista antes del embargo de éstos (Comentario a la STS de 19 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 905 y ss.

95. JIMÉNEZ DE LLANO Y ZATO, M.<sup>a</sup> Asunción: «Algunas consideraciones sobre la futura Ley de Arrendamientos Urbanos», La Ley, 1993-3, pp. 889 y ss.

96. LETE DEL RÍO, José Manuel: «Contrato de compraventa de vivienda de protección oficial por precio superior al legal: validez del contrato en los términos estrictos en que fue convenido por las partes (Comentario a la STS de 4 de junio de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 683 y ss.

97. LLAMAS POMBO, Eugenio: «Responsabilidad civil médica. Responsabilidad del INSALUD por un “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”. Causalidad. Costas causadas por la parte no agraviada o interesada en el recurso de casación (Comentario a la STS de 4 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 995 y ss.

98. LLOVET AGUADO, Josep: «El contrato de juego y apuesta», La Ley, 1993-3, pp. 761 y ss.

99. LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Las inversiones extranjeras en bienes inmuebles», RJN, abril-junio 1993, pp. 9 y ss.

100. MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Arrendamiento de local de negocios: coarrendatarios solidarios. Contrato en favor de tercero. Prórroga forzosa (Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 29 y ss.

101. MARTÍN CUBAS, Joaquín: «Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional 6/1993, de 18 de enero y 47/1993, de 8 de febrero (Vulneración del principio de igualdad; subrogación *mortis causa* en contrato de arrendamiento urbano del conviviente *more uxorio*)», RGD, septiembre 1993, pp. 8621 y ss.

102. MARTÍN VILLA, Pascual: «Notas sobre el no uso y el cierre como causas de extinción de la relación arrendaticia urbana», RDP, octubre 1993, pp. 926 y ss.

103. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «La cesión de contrato en el Fuero Nuevo», RJNav., enero-junio 1993, pp. 169 y ss.

104. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Arras; carácter accesorio; tipos; confirmatorias, penales y penitenciales. Artículo 1.454 CC: no imperativo; carácter excepcional de las arras penitenciales», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 841 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 31 de julio de 1992.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación», Actualidad Civil, núm. 14, 1994, pp. 243 y ss.

CATALÁ COMAS, Chantal: «Efectos en el proceso civil posterior de las resoluciones penales que no contienen un pronunciamiento civil», *La Ley*, 1993-1, pp. 1121 y ss.

106. MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Extinción del contrato de distribución comercial y derecho de indemnización. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 15 de octubre de 1992», *La Ley*, 1993-3, pp. 282 y ss.

107. MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: «Moderna orientación de las relaciones obligatorias», *AAMN*, t. XXXII, pp. 515 y ss.

108. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: «Enriquecimiento de sin causa: subsidiariedad (Comentario a la STS de 19 de mayo de 1993)», *CCJC*, núm. 32, 1993, pp. 617 y ss.

109. MORENO-TORRES HERERA, M.ª Luisa: «La obligación de entrega de recibo», *RDP*, diciembre 1993, pp. 1136 y ss.

110. MUÑOZ-PLANAS, José M.ª: «Fallecimiento del titular indistinto de una operación a plazo y derecho al reintegro de los fondos», *RDBB*, núm. 52, 1993, pp. 1141 y ss.

111. MUÑOZ I SABETE, Lluís: «Análisis crítico sobre las varias fórmulas de designa de árbitro», *RJC*, 1994-1, pp. 43 y ss.

112. OLIVER LÓPEZ, Carlos: «El nuevo régimen de la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio», *La Ley*, 1993-4, pp. 1004 y ss.

113. ORTEGA LLORCA, Vicente: «El arrendamiento de locales de negocio, la Ley de Propiedad Horizontal y la autonomía de la voluntad. Problemática de los grandes centros comerciales», *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993, pp. 141 y ss.

114. ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Permuta de solar por construcción. Cesión de créditos: falta de litisconsorcio pasivo entre cedente y deudor; diferencias con la compraventa de cosa corporal; diferencias con la cesión de contrato. Enriquecimiento injusto (Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1992)», *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 1043 y ss.

115. PAJA BURGOA, José A.: «La duración de los arrendamientos urbanos en el nuevo Proyecto de Ley», *RDP*, septiembre 1993, pp. 826 y ss.

116. PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas: concepto de cultivador personal. Sucesión civil y sucesión procesal respecto de acciones o derechos intransmisibles. Incongruencia (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1992)», *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 1095 y ss.

117. PENA LÓPEZ, Agustín Ignacio: «Criterios de sistematización de las fuentes de las obligaciones», *Actualidad Civil*, núm. 38, 1993, pp. 717 y ss.

118. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth: «Arrendamiento de obra. Diferencias con el mandato. Subcontratista de obra. Responsabilidad del subcontratante por daños sufridos por el subcontratista (Comentario a la STS de 17 de mayo de 1993)», *CCJC*, núm. 32, 1993, pp. 595 y ss.

119. PÉREZ DE GREGORIO, José J.: «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente», *La Ley*, 1993-4, pp. 1053 y ss.

120. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús: «Los procedimientos arrendaticios en el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley*, 1993-4, pp. 926 y ss.

121. QUIÑONERO CERVANTES, Enrique: «Resolución de arrendamiento de local de negocio por cesión incontestada del local (Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 45 y ss.

122. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Arrendamiento de finca usufructuada. Nulidad del contrato de arrendamiento por ilicitud de la causa. Infracción del principio *salva rerum substantia* (Comentario a la STS de 27 de enero de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 195 y ss.

123. RODRÍGUEZ MORATA, Federico A.: «Donación de inmuebles: acción rescisoria por fraude de acreedores. Caducidad; cómputo del *dies a quo* (Comentario a la STS de 16 de febrero de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 209 y ss.

124. RODES, Juan E.: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el ordenamiento español», RJC, 1993-4, pp. 995 y ss.

125. RODRÍGUEZ-ROVIRA, Eduardo: «Incumplimiento de la obligación de entrega en los contratos de "leasing" (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 1992)», RDBB, núm. 52, 1993, pp. 1171 y ss.

126. ROMEO CASABONA, Carlos María: «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», La Ley, 1993-4, pp. 979 y ss.

127. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Cesión de créditos. Suspensión de pagos. Cesión de créditos futuros y no liquidados. Actos propios (Comentario a la STS de 18 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 605 y ss.

128. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia: «Compraventa de inmuebles: pacto comisorio; requisitos del incumplimiento resolutorio; reciprocidad de las prestaciones. Cláusula penal. Indemnización adicional por ocupación de la finca (Comentario a la STS de 3 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 249 y ss.

129. SÁNCHEZ CARO, Javier: «El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles», La Ley, 1993-3, pp. 941 y ss.

130. SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Negocio fiduciario y simulación relativa. Ausencia de causa en el negocio disimulado: transacción; condonación parcial. Causa ilícita. Intimidación (Comentario a la STS de 5 de abril de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 343 y ss.

131. TAPIA HERMIDA, Antonio: «Consideraciones procesales y sustantivas en torno a las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios», RDBB, núm. 51, 1993, pp. 817 y ss.

Comentario a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 6 de abril de 1992.

132. TORRES LANA, José Ángel: «La opción en el Derecho Civil de Navarra», RJNav., enero-junio 1993, pp. 327 y ss.

133. VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Arrendamientos urbanos; máquinas tragaperras en local arrendado: resolución del contrato de arrendamiento. Sentencias del Tribunal Supremo no contradictorias (Comentario a la STS de 31 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 985 y ss.

134. VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Arrendamientos urbanos: prórroga forzosa en el RDL de 20 de abril de 1985. Admisibilidad del pacto de prórroga forzosa. Procedimiento de desahucio. Incongruencia. Principio *iura novit curia* (Comentario a la STS de 10 de junio de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 693 y ss.

135. VICENTE DOMINGO, Elena: «Arrendamientos rústicos históricos: acceso a la propiedad; justo precio de la adquisición forzosa (Comentario a la STS de 20 de febrero de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 227 y ss.

136. YSAS SOLANES, María: «Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés», RCDI, núm. 618, 1993, pp. 1365 y ss.

##### 5. DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

137. ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César: «La “vía de hecho” y los interdictos contra la Administración pública», *La Ley*, 1993-3, pp. 870 y ss.

138. ARECHEDERRA ARANZADI, Ignacio: «Acción negatoria de servidumbre de paso. Inexistencia de título constitutivo, de escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o de constitución por destino del padre de familia (Comentario a la STS de 30 de abril de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 545 y ss.

139. ARNAIZ EGUREN, R., CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M.<sup>2</sup> y CANALS BRAGE, F.: «La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad (I)», RCDI, núm. 621, 1994, pp. 645 y ss.

140. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual sobre piezas de joyería: falta de originalidad (Comentario a la STS de 26 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 959 y ss.

141. BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «La extensión objetiva legal de la hipoteca (los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria)», RGD, enero-febrero 1994, pp. 17 y ss.

142. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.<sup>2</sup>: «Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», RCDI, núm. 620, 1994, pp. 9 y ss.

143. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.<sup>2</sup>: «Protección inmobiliaria y Comunidad Europea», RCDI, núm. 621, 1994, pp. 385 y ss.

144. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Hipoteca mobiliaria. Embargo no anotado anterior a la inscripción de la hipoteca. Tercería de mejor derecho (Comentario a la STS de 29 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 325 y ss.

145. CHICO Y ORTIZ, José M.<sup>2</sup>: «La publicidad efecto y la publicidad noticia», RDP, febrero 1994, pp. 145 y ss.

Como consideraciones de carácter general, el autor aborda aquí la distinción entre ambas publicidades, sus aplicaciones en la normativa actual, el principio básico que refleja la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Finalmente, se ocupa de la publicidad aplicada al urbanismo.

146. CORDÓN MORENO, Faustino: «Algunas cuestiones sobre el interdicto de retener y recobrar la posesión», RGD, diciembre 1993, pp. 11649 y ss.

147. CRUZ MORENO, María: «La prenda de créditos», RCDI, núm. 618, 1993, pp. 1271 y ss.

148. DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: «Propiedad horizontal: obras en elementos comunes; consentimiento unánime prestado en forma tácita. Acción confesoria de servidumbre: por destino del padre de familia; posible incongruencia no denunciada (Comentario a la STS de 16 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 895 y ss.

149. DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Bienes muebles e inmuebles en el Derecho navarro», *RJNav.*, enero-junio 1993, pp. 65 y ss.

150. DÍAZ GONZÁLEZ, Helena y FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: «La constitucionalidad del artículo 131 regla 5.ª de la Ley Hipotecaria. La obligatoriedad de fijación de domicilio en la escritura de constitución de hipoteca para incoar procedimiento judicial sumario de ejecución y su interpretación a la luz del nuevo Real Decreto de 13 de noviembre de 1992, que modifica el Reglamento Hipotecario. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 23 de octubre de 1992», *La Ley*, 1993-3, pp. 235 y ss.

151. FENOY PICÓN, Nieves: «Enclave de propiedad privada en zona marítimo-terrestre. Aplicación directa de la CE: dominio público estatal de toda la zona marítimo-terrestre (art. 132 CE); exigencia de que la privación de derechos por causa justificada de utilidad pública sea indemnizada (artículo 33.3 CE) (Comentario a la STS de 20 de enero de 1993)», *CCJC*, núm. 31, 1993, pp. 173 y ss.

152. FLORENSA TOMÁS, Enric: «Propiedad horizontal: legitimación para la impugnación de acuerdos; obras en elementos comunes que alteran la estructura y configuración del inmueble; unanimidad en el acuerdo autorizante para la modificación del título constitutivo. Legitimación para interponer cualquier recurso», *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 819 y ss.

153. GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «Problemas que plantea la llamada “cancelación” de asientos posteriores a la nota marginal de reparación y compensación», *RCDI*, núm. 618, 1993, pp. 1545 y ss.

154. GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: «La entrega de la posesión en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *La Ley*, 1993-2, pp. 931 y ss.

Análisis de la colisión de derechos entre terceros, ajenos al juicio sumario —por lo general titulares de un derecho arrendaticio sobre la finca— y los adjudicatarios de los bienes hipotecados, subastados y adjudicados a través del procedimiento judicial sumario condensado en el art. 131 LH. Especial atención a la discusión sobre la prevalencia o no de la ejecución hipotecaria frente al arrendamiento, distinguiendo según se trate de arrendamientos sometidos a la legislación común o a la especial, tanto rústica como urbana. Se estudia también el nuevo enfoque aclaratorio de esta cuestión contenido en las sentencias del Tribunal Supremo de 9-6-1990, 23-3-1991 y 6-5-1991, así como su relevancia constitucional y la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992.

155. GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: «La intervención del tercer poseedor no demandado en juicio ejecutivo ordinario. La tercería registral», *RJN*, abril-junio 1993, pp. 217 y ss.

156. GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: «Notas sobre la intervención del tercer poseedor no demandado en procedimiento ejecutivo ordinario en que se traban bienes hipotecados que le han sido transmitidos por quien según el Registro aparecía con facultades para hacerlo», *Poder Judicial*, núm. 31, septiembre 1993, pp. 237 y ss.

157. GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Protección registral del tercero adquirente de buena fe: sus requisitos según el artículo 34 LH; validez del acto adquisitivo; relación entre los artículos 33 y 34 LH. Doble venta y venta de cosa ajena. Nulidad de actuaciones procesales estimada en posterior proceso declarativo de menor cuantía. Error material del juzgador y casación (Comentario a la STS de 8 de marzo de 1993)», *CCJC*, núm. 31, 1993, pp. 263 y ss.

158. LANZAS GALVACHE, Joaquín: «El Real Decreto 1558/1992, de 28 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario», *RCDI*, núm. 617, 1993, pp. 1115 y ss.

159. LEÓN ARCE, Alicia de: «De la multipropiedad al “time share”: Proposiciones comunitarias y proyectos de Derecho Interno español», RJN, enero-marzo 1993, pp. 139 y ss.

160. LLEBARIA SAMPER, Sergio: «Proceso sumario hipotecario. Subasta pública y adquisición de parcela destinada a servicio público. Rescisión de la transmisión: inaplicabilidad a la venta judicial (Comentario a la STS de 24 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 513 y ss.

161. LLOPIS GINER, Juan M.: «El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 de la LH)», RCDI, núm. 617, 1993, pp. 831 y ss.

162. LÓPEZ BURNIOL, Juan José: «Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», AAMN, t. XXXII, pp. 165 y ss.

163. LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro: «Publicidad y técnicas de venta en la multipropiedad. La protección del adquirente», Poder Judicial, núm. 30, junio 1993, pp. 65 y ss.

164. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca. Su viabilidad», RDP, noviembre 1993, pp. 995 y ss.

165. MARINA MATÍNEZ-PARDO, Jesús: «Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación», AAMN, t. XXXII, pp. 493 y ss.

166. MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «Propiedad horizontal: obras en elementos comunes que afectan al título constitutivo. Protección de los adquirentes. Valoración y carga de la prueba (Comentario a la STS de 27 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 653 y ss.

167. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: «Tercería de dominio: momento de la adquisición de la propiedad por tercerista; tradición y aprobación judicial del convenio de cesión de bienes en suspensión de pagos; *datio pro soluto* y *datio pro solvendo* (Comentario a la STS de 19 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 19 y ss.

168. MORO ALMARAZ, M.<sup>a</sup> Jesús: «Medio ambiente y función social de la propiedad», RCDI, núm. 617, 1993, pp. 943 y ss.

169. MUNART BERNAT, Pedro A.: «Multipropiedad. Naturaleza jurídica. Sometimiento a las normas imperativas del estatuto jurídico de los bienes. Acceso al Registro de la Propiedad. Requisitos. Exclusión de la acción de división y del retracto de comuneros. Propiedad horizontal. Principio de autonomía de la voluntad en los contratos. Límites. Desahucio por precario (Comentario a la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 495 y ss.

170. MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: «Más sobre la multipropiedad. (A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993)», La Ley, 1993-4, pp. 939 y ss.

171. MUÑOZ ROJAS, Tomás: «Jurisdicción voluntaria en el ámbito hipotecario», Actualidad Civil, núm. 2, 1994, pp. 19 y ss.

172. O'CALLAGHAN, Xavier: «De nuevo sobre la multipropiedad», Actualidad Civil, núm. 1, 1994, pp. 1 y ss.

173. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comunidad de propietarios formada para construir un edificio. Falta de legitimación pasiva de la comunidad en el procedimiento de reclamación de cantidad interpuesto por el contratista. Litisconsorcio pasivo necesario de todos los comuneros. Comparación con el régimen de propiedad horizontal (Comentario a la STS de 22 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 639 y ss.



174. RUIZ-RICO RUIZA, José Manuel: «Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones», RDP, octubre 1993, pp. 906 y ss.

175. SACRISTÁN REPRESA, Guillermo: «Legitimación de la Sociedad General de Autores de España en procedimiento sobre derechos de autor: comentario a tres sentencias», Actualidad Civil, núm. 40, 1993, pp. 716 y ss.

Las sentencias objeto de este comentario son las dictadas respectivamente por las Audiencias Provinciales de Huesca, 20 de mayo de 1991, Badajoz, Sección 2.ª, 29 de noviembre de 1991, y Oviedo, Sección 5.ª, 9 de enero de 1992.

176. SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», RCDI, núm. 620, 1994, pp. 53 y ss.

177. STOCKER, Otmar M. (trad. CASERO MEJÍAS, Manuel): «La Eurohipoteca», RCDI, núm. 620, 1994, pp. 91 y ss.

178. TORRENT, Armando: «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom. y 9.º RRM)», RCDI, núm. 617, 1993, pp. 1421 y ss.

179. VAREA SANZ, M.: «La obligación de explotar la invención patentada a la luz de la jurisprudencia del TJCE (Comentario a las Sentencias del TJCE de 18 de febrero de 1992 sobre la licencia obligatoria por falta de explotación en las leyes de Patentes italiana y del Reino Unido, casos C-235/1989 y C-30/1990)», RGD, octubre-noviembre 1993, pp. 10397 y ss.

180. VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «Alteración humana del decurso natural de aguas pluviales. Carácter objetivo de la responsabilidad derivada», RCDI, núm. 618, 1993, pp. 1515 y ss.

181. VILA RIBAS, Carmen: «Posesión de bienes muebles de buena fe: interpretación del artículo 464 CC. Irreivindicabilidad de los bienes muebles adjudicados en pública subasta. Nulidad de actuaciones en la vía de apremio; la tercería de dominio», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 733 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 25 de febrero de 1992.

182. ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: «Cancelación parcial de hipoteca (Comentario a la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 711 y ss.

## 6. DERECHO DE FAMILIA

183. BELLO JANEIRO, Domingo: «Cauce procesal para ejercitar el derecho de sustitución del artículo 1.373 del Código Civil. (La tercería de dominio sobre bienes gananciales)», La Ley, 1993-2, pp. 875 y ss.

184. BELLO JANEIRO, Domingo: «La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges», RCDI, núm. 617, 1993, pp. 1021 y ss.

185. BELLO JANEIRO, Domingo: «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», RJN, julio-septiembre 1993, pp. 33 y ss.

186. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Parejas de hecho: no aplicación del régimen de gananciales; aplicación de las normas de la sociedad (Comentario a la STS de 18 de febrero de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 219 y ss.

187. BONET NAVARRO, Ángel: «Concesión de adopción. Consentimiento de los padres del adoptado no privados de la patria potestad. Improcedencia del recurso de casación contra autos dictados en negocios de jurisdicción vo-

luntaria; régimen después de la reforma de la LEC por la Ley 34/1984, de 6 de agosto (Comentario a la STS de 7 de abril de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 537 y ss.

188. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Capitulaciones matrimoniales que determinan la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Imprudencia del ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores debido a su carácter subsidiario. Pervivencia de la responsabilidad patrimonial ganancial. Litisconsorcio pasivo necesario (Comentario a la STS de 7 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 1025 y ss.

189. CALLE RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> Victoria: «El derecho económico del conviviente tras disolverse la unión matrimonial de hecho», Actualidad Civil, núm. 17, 1994, pp. 291 y ss.

190. DOMENGE AMER, Bartolomé: «El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes», RJNav., enero-junio 1993, pp. 79 y ss.

DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Nulidad de actuaciones por falta de informe del Fiscal en un proceso matrimonial —convenio regulador— con hijos menores. Liquidación de la sociedad de gananciales; rescisión y carácter negocial del acto (Comentario a la STS de 26 de enero de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 449 y ss.

192. ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Atribución judicial del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Oponibilidad (Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 93 y ss.

193. GARCÍA-MAURIÑO, Soledad y DEL CAPIO FIESTAS, Verónica: «Atribución del uso de vivienda familiar y *actio communi dividundo*», Actualidad Civil, núm. 5, 1994, pp. 75 y ss.

194. GARRIDO MELERO, Martín: «Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil (Comentarios a la Ley de 27 de abril de 1991)», RJN, julio-septiembre 1993, pp. 195 y ss.

195. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: «Acceso diferido a la propiedad de viviendas de protección oficial: el pago del precio y el otorgamiento de escritura pública como condiciones y la retroacción de la adquisición. Carácter ganancial y/o privativo de los bienes adquiridos a plazos por uno de los cónyuges antes y después de la Ley 11/1981, de 13 de mayo; subrogación real y disolución de la sociedad de gananciales; derecho transitorio. Legado del usufructo del bien ganancial y cautela sociniana (Comentario a la STS de 12 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 275 y ss.

196. HERRERO GARCÍA, María José: «Divorcio: efectos; vivienda familiar perteneciente en copropiedad a ambos cónyuges; adjudicación de su uso en sentencia de divorcio a la esposa. Comunidad de bienes: acción de división; procedencia: mantenimiento del derecho dimanante de la sentencia de divorcio (Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 109 y ss.

197. LINACERO DE LA FUENTE, María: «Custodia de menores. Conflicto entre el padre y los abuelos», Poder Judicial, núm. 30, junio 1993, pp. 145 y ss.

198. MARINO, Belén de: «Problemas procesales de la fijación de alimentos para hijos emancipados», Poder Judicial, núm. 32, diciembre 1993, pp. 107 y ss.

199. MOLINO Y NÚÑEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen: «La ejecución de sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos en las causas matrimoniales», RDP, septiembre 1993, pp. 810 y ss.

200. ORTEGA LLORCA, Vicente: «Los procesos de crisis matrimonial en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», RGD, diciembre 1993, pp. 11255 y ss.

201. PEÑA, Carmen: «La cláusula de ajuste del artículo 80 del Código Civil», Actualidad Civil, núm. 46, 1993, pp. 875 y ss.

La autora examina en este trabajo el procedimiento de revisión de la validez del matrimonio ante la jurisdicción canónica, así como las cuestiones que plantea la obtención de eficacia civil para las sentencias de nulidad canónica y para las dispensas pontificias sobre disolución de matrimonios canónicos.

202. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comunidad posganancial: cesión de los derechos que corresponden a uno de los cónyuges sobre determinado inmueble, condicionada a que se le adjudique en la liquidación. Denegación de inscripción en el Registro de la Propiedad, por tratarse de un pacto que carece de efecto real», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 749 y ss.

Comentario a la Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 1992.

203. RAMS ALBESA, Joaquín: «Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicatoria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes (Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 1075 y ss.

204. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación e impugnación de paternidad. Legitimación activa y caducidad de la acción. Aplicación de la doctrina de los propios actos (Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 1065 y ss.

205. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «El “desconocimiento de la paternidad” del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, en la Compilación navarra», RJNav., enero-junio 1993, pp. 271 y ss.

206. SATORRAS I FIORETTI, Rosa M.ª: «La filiación putativa», RJC, 1994-2, pp. 281 y ss.

## 7. DERECHO DE SUCESIONES

207. ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «La configuración de la comunidad hereditaria en el Código de Sucesiones», RJC, 1993-4, pp. 937 y ss.

208. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Sustitución vulgar y prescripción del derecho a aceptar la herencia (Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 73 y ss.

209. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Sobre si son o no reservables los bienes recibidos por el viudo en conmutación de su usufructo viudal», RDP, enero 1994, pp. 3 y ss.

210. ARREGUI GIL, José: «Reflexiones sobre la fidelidad viudal navarra (fealdat)», RJNav., enero-junio 1993, pp. 15 y ss.

211. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Retracto gentilicio ante enajenación por parientes afines (A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de marzo de 1993)», RJNav., enero-junio 1993, pp. 27 y ss.

212. BRIOSO ESCOBAR, Enrique L.: «El derecho de representación en la sucesión intestada de los descendientes y los arts. 921, 923 y 933 del Código Civil», RJN, enero-marzo 1993, pp. 9 y ss.

213. CARRIÓN, Salvador: «Las disposiciones testamentarias captatorias en el Código de Sucesiones de Cataluña», RDP, marzo 1994, pp. 231 y ss.
214. CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», RJNav., enero-junio 1993, pp. 35 y ss.
215. DORAL GARCÍA, José Antonio: «Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra», RJNav., enero-junio 1993, pp. 89 y ss.
216. FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «Consideraciones sobre el artículo 812 Código Civil», Actualidad Civil, núm. 39, 1993, pp. 737 y ss.
217. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Partición: omisión de bienes, adición a la partición; nulidad y nueva partición. Donaciones inoficiosas. Reserva viudal (Comentario a la STS de 30 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 333 y ss.
218. HERNÁNDEZ GIL, Félix: «Indignidad sucesoria con causa en el artículo 756.6 inciso último del Código Civil: falsificar, destruir u ocultar el testamento del causante», La Ley, 1993-2, pp. 918 y ss.
219. LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Nombramiento de los contadores partidores. La renuncia al cargo antes y después de la aceptación. Aceptación tácita de la herencia. Acción de rescisión por lesión en la partición. Impugnación de operaciones particionales (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 1053 y ss.
220. LOBATO GÓMEZ, Jose Miguel: «Colación de bienes: tiempo en que debe efectuarse la evaluación de los bienes colacionables; valoración de los bienes donados; incremento de valor de los bienes donados. Interpretación del artículo 1.045, párrafo 2 del CC (Comentario a la STS de 17 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 101 y ss.
221. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: «Transmisión *mortis causa* del pago de la pensión por separación y divorcio», RGD, octubre-noviembre 1993, pp. 9619 y ss.
222. MARTÍN FERREIRA, María del Pilar: «La idoneidad de los testigos en los testamentos», RCDI, núm. 617, 1993, pp. 863 y ss.
223. MOZOS, José Luis de los: «La legítima en el Derecho Civil de Cataluña y en los Derechos forales de Vizcaya y Alava, después de las últimas reformas», RDP, octubre 1993, pp. 891 y ss.
224. RAMS ALBESA, Joaquín: «Intento de coordinación de las leyes 68.2 y 272 del Fuero Nuevo», RJNav., enero-junio 1993, pp. 247 y ss.
225. VAQUER ALOY, Antoni: «El tempteig i el retracte de cohereus en la Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya», RJC, 1994-2, pp. 305 y ss.

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. PARTE GENERAL. EMPRESA

226. ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis: «Tratamiento jurisprudencial de la marca notoria», La Ley, 1993-3, pp. 931 y ss.
227. DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «La competencia territorial en los juicios en materia de competencia desleal», La Ley, 1993-2, pp. 980 y ss.

228. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A.: «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», RGD, octubre-noviembre 1993, pp. 10057 y ss.

229. GÓMEZ MONTERO, J.: «El riesgo de confusión en las marcas farmacéuticas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1992)», RGD, octubre-diciembre 1993, pp. 10381 y ss.

230. LEMA DEVESA, Carlos: «La mención de la marca ajena en la publicidad», *La Ley*, 1993-4, pp. 917 y ss.

231. MESA MARTÍN, Francisco: «Aproximación al registro mercantil», RCDI, núm. 621, 1994, pp. 561 y ss.

232. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992)», RGD, octubre-noviembre 1993, pp. 10343 y ss.

233. VICENT CHULIÁ, Francisco: «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», RGD, octubre-noviembre 1993, pp. 9975 y ss.

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

234. ALBELLA, Sebastián: «El estatuto de las sociedades cotizadas», *La Ley*, 1993-4, pp. 1097 y ss.

235. AURIOLES MARTÍN, Adolfo: «Los “leveraged buy-outs” y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas», RDBB, núm. 51, 1993, pp. 637 y ss.

Con las siglas LBO (acrónimo de la expresión anglosajona «leveraged buy out» —literalmente: compra apalancada—) se designa una fórmula de adquisición de empresas con utilización de fondos procedentes, en su mayor parte, de fuentes de financiación ajenas al grupo promotor de la operación y reembolsables con cargo a los recursos patrimoniales de la propia sociedad adquirida o, en su caso, garantizados por los activos de la misma.

En este trabajo, el autor analiza la mecánica funcional de estas operaciones de adquisiciones de empresa, así como su régimen jurídico a la luz del Derecho español de sociedades anónimas.

236. BOLAS ALFONSO, Juan Manuel: «La financiación de la actividad social de las sociedades de capital y la situación de pérdidas desde la perspectiva del Derecho Mercantil actual», RDP, abril 1994, pp. 307 y ss.

237. CALZADA DÍAZ, María de los Ángeles: «Acción individual de responsabilidad contra los administradores de una sociedad anónima por daños directos a terceros. Carácter de la responsabilidad. Prescripción de las acciones. Relación de causalidad entre el daño sufrido y el incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo de administrador», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 819 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 21 de mayo de 1992.

238. EMBID IRUJO, José Miguel: «Revocación del consejero delegado en una sociedad anónima. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1992», *La Ley*, 1993-3, pp. 397 y ss.

239. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Transferencia internacional de sede social», RGD, diciembre 1993, pp. 11867 y ss.

240. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Publicidad contable de sucursales de entidades extranjeras en la XI Directiva CEE y en RMM» (Comentario a las Resoluciones de la DGRN de 5 de febrero de 1992 y 23 de abril de 1993), RDBB, núm. 53, 1994, pp. 157 y ss.

241. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Fernando: «Estudio del artículo 108 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (En torno a la denominada representación familiar)», Actualidad Civil, núm. 6, 1994, pp. 97 y ss.

242. GARCÍA URBANO, José María: «El control externo de la Sociedad Anónima: los auditores de cuentas», AAMN, t. XXXII, pp. 289 y ss.

243. GATTI, Serafino: «La adquisición de participaciones sociales y de paquetes de acciones de referencia», RDBB, núm. 52, 1993, pp. 1009 y ss.

244. GÓMEZ MENDOZA, María: «Sobre la cláusula de autorización de la transmisión de acciones y las causas de denegación (Comentario a la Resolución de la DGRN de 4 de septiembre de 1991)», RDBB, núm. 52, 1993, pp. 1163 y ss.

245. GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, Manuel: «Algunas notas diferenciales entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada», AAMN, t. XXXII, pp. 315 y ss.

246. HOPT, Klaus J.: «Derechos y obligaciones de la Dirección en relación con la "composición del accionariado" (Acerca del deber de neutralidad frente a una oferta pública de adquisición y a otros supuestos de cambios de socios)», RDM, núm. 209, 1993, pp. 863 y ss.

247. IGLESIAS PRADA, Juan Luis: «Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», RCDI, núm. 620, 1994, pp. 183 y ss.

248. IZQUIERDO DEL VALLE, Ignacio: «La verificación del balance final en las sociedades anónimas», La Ley, 1993-2, pp. 1057 y ss.

249. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «OPAS presentes, OPAS competidoras, OPAS futuras y movimiento de capital», La Ley, 1993-3, pp. 831 y ss.

250. LEÓN SANZ, Francisco J.: «Disolución de Sociedad de Responsabilidad Limitada; exclusión de socios y competencia desleal (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 481 y ss.

251. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la sociedad anónima y del aumento de capital en el Registro Mercantil (I)», RDP, febrero 1994, pp. 99 y ss.

252. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la sociedad anónima y del aumento de capital en el Registro Mercantil (II)», RDP, marzo 1994, pp. 203 y ss.

253. MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Algunas notas sobre el régimen de administración de sociedades en Derecho norteamericano», RDM, núm. 209, 1993, pp. 1039 y ss.

254. MORA MATEO, José Enrique: «Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima», RGD, diciembre 1993, pp. 11849 y ss.

255. NEILA, José M.: «A vueltas con la futura regulación de las sociedades de responsabilidad limitada», RDP, diciembre 1993, pp. 1154 y ss.

256. ORTS CALABUIG, Carlos: «Transformación de Sociedad Anónima en Sociedad Limitada: breves consideraciones prácticas», RGD, diciembre 1993, pp. 11957 y ss.

257. **OTERO LASTRES, José Manuel:** «Notas sobre la Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima», *AAMN*, t. XXXII, pp. 5 y ss.

Análisis del concepto, competencias, clases y funcionamiento de la Junta General de accionistas de la sociedad anónima tal y como queda regulada en el vigente Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

258. **PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> Victoria:** «Notas en torno a la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas. Comentario a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 1992», *La Ley*, 1993-4, pp. 443 y ss.

259. **PIETRA, Emilio:** «La disciplina de la oferta pública de adquisición (OPA) en Suiza», *RDBB*, núm. 53, 1994, pp. 89 y ss.

260. **PRAT, Carles:** «El control de las fusiones y concentraciones de empresas en Derecho español», *RDM*, núm. 208, 1993, pp. 627 y ss.

261. **ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel:** «La propuesta de modificación de los Estatutos de la sociedad anónima», *RGD*, diciembre 1993, pp. 11837 y ss.

262. **ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel:** «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», *RCDI*, núm. 618, 1993, pp. 1487 y ss.

263. **SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal:** «Ampliaciones parcialmente gratuitas del capital en la sociedad anónima», *RJN*, abril-junio 1993, pp. 99 y ss.

264. **SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, José Luis:** «Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los liquidadores de la Sociedad Anónima», *Poder Judicial*, núm. 30, junio 1993, pp. 99 y ss.

265. **SERRA MALLOL, A. Jorge:** «La descorporación de los valores mobiliarios: las acciones no cotizadas en Bolsa y cesiones de acciones», *RGD*, diciembre 1993, pp. 11943 y ss.

266. **TAPIA HERMIDA, Javier:** «Algunos problemas sobre emisión de pagarés de empresa, de obligaciones convertibles y de obligaciones hipotecarias», *RCDI*, núm. 618, 1993, pp. 1317 y ss.

267. **VARA DE PAZ, Nemesio:** «Inscripción registral de la escritura de disolución y liquidación de la Sociedad Anónima. Cancelación de la hoja registral. Manifestación de los liquidadores, en la escritura de liquidación y extinción de la sociedad, de haberse procedido a la anulación de las acciones (Comentario a la Resolución de la DGRN de 19 de noviembre de 1992)», *CCJC*, núm. 32, 1993, pp. 417 y ss.

268. **VÁZQUEZ ALBERT, Daniel:** «El derecho de suscripción preferente a la luz de la experiencia estadounidense», *RDM*, núm. 209, 1993, pp. 913 y ss.

269. **VICENTE CHULIÁ, Francisco:** «Problemas candentes de la Sociedad Anónima», *RGD*, diciembre 1993, pp. 11909 y ss.

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

270. **ABELLA SANTAMARÍA, Jaime:** «La Directiva relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables y la Ley del Mercado de Valores», *RDBB*, núm. 53, 1994, pp. 55 y ss.

271. **ALONSO ESPINOSA, Francisco José:** «Intereses del inversor y Derecho del mercado de valores», *RDM*, núm. 208, 1993, pp. 415 y ss.

272. **DOMINGO GONZÁLEZ, Vicente:** «Contribución de los Corredores de Comercio a la seguridad jurídica del sistema financiero y a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores (Comentarios al filo de la sentencia

14/1992, de 10 de febrero, del Tribunal Constitucional)», *La Ley*, 1993-3, pp. 802 y ss.

273. FARRANDO MIGUEL, Ignacio: «La inversión a través de Instituciones de Inversión Colectiva», *RDBB*, núm. 51, 1993, pp. 681 y ss.

274. GIMENO OLCINA, Luis: «Algunos problemas de la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, 1993-2, pp. 941 y ss.

275. GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A.: «Del Agente consignatario de buques», *La Ley*, 1993-2, pp. 842 y ss.

276. ROJO, Luis Ángel: «Ante el nacimiento del mercado común bancario», *RDBB*, núm. 51, 1993, pp. 789 y ss.

277. VICENT CHULIÁ, Francisco: «El nuevo estatuto jurídico de la Cooperativa de Crédito», *RDBB*, núm. 53, 1994, pp. 9 y ss.

#### 4. CONTRATOS MERCANTILES

278. ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro: «El concurso de seguros en el transporte de mercancías», *RGD*, enero-febrero 1994, pp. 453 y ss.

279. CALZADA CONDE, María Ángeles: «Seguro de robo. Declaración inexacta del riesgo. Agravación del riesgo. Reducción proporcional de la indemnización (Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992)», *CCJC*, núm. 31, 1993, pp. 147 y ss.

280. CHECA MARTÍNEZ, Miguel: «Las transferencias de crédito en el Derecho del comercio internacional», *RDBB*, núm. 52, 1994, pp. 109 y ss.

281. ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «En torno a la regulación del "countertrade" en el comercio internacional», *RGD*, enero-febrero 1994, pp. 81 y ss.

El «countertrade» o comercio compensatorio consiste en el intercambio de mercancías o servicios a través de operaciones comerciales de exportación e importación, conexas entre sí, prescindiendo de toda regulación monetaria. Se produce así una situación en la que el vendedor acepta, como pago, una liberación de productos o servicios provenientes del país comprador.

La autora examina las modalidades y naturaleza de las diferentes operaciones de «countertrade», así como el Derecho aplicable a estas operaciones.

282. GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», *RDBB*, núm. 52, 1993, pp. 919 y ss.

283. GÓMEZ MENDOZA, María: «Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el Derecho de la competencia en la CE», *RDM*, núm. 209, 1993, pp. 839 y ss.

284. MATEO MATEO, Félix, «Prelación de créditos en los contratos de las entidades de crédito» [Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 20 de septiembre de 1991], *RDBB*, núm. 51, 1993, pp. 801 y ss.

285. MORILLAS JARILLO, María José: «Algunos aspectos del "leasing" de aeronaves en España», *RDM*, núm. 208, 1993, pp. 471 y ss.

286. MORILLAS JARILLO, María José: «Seguro contra robo. Incumplimiento por el tomador del deber de declaración de las circunstancias influyentes en la valoración del riesgo: declaración de medidas antirrobo inexistentes. Pasividad de la aseguradora tras conocer la inexactitud: improcedencia de su liberación respecto al pago de la indemnización. Ausencia de mala fe en el asegurado: reducción de la cantidad reclamada por él en la misma cuantía en



que se disminuyó por el asegurador la prima, al contemplar las medidas de seguridad declaradas (Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 429 y ss.

287. MORRAL SOLDEVILLA, Ramón: «El régimen jurídico del fondo de comercio. Referencia al arrendamiento de empresa», RJC, 1993-4, pp. 973 y ss.

288. NAVARRO CASTILLO, Victoriano Jesús: «La Disposición Adicional 3.ª de la Ley Orgánica 3/1989 como excepción al Régimen General del Seguro y su tratamiento en la doctrina del Tribunal Constitucional», RGD, diciembre 1993, pp. 11319 y ss.

289. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.ª I.: «La preferencia de las pólizas bancarias de préstamo, apertura de crédito y fianzamiento: síntesis de las doctrinas científica y jurisprudencial», RDBB, núm. 52, 1993, pp. 1067 y ss.

290. SERRA MALLOL, Antonio Jorge: «Los contratos de cobertura de descuento. Su descripción», RGD, septiembre 1993, pp. 8105 y ss.

291. ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «Contrato de transporte terrestre de mercancías. Mercancías averiadas por deficiencias en la estiba o falta de entrega. Prescripción. Interrupción de la prescripción (Comentario a la STS de 10 de junio de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 701 y ss.

## 5. DERECHO CAMBIARIO

292. MONGE GIL, Ángel Luis: «Letra de cambio; contrato de descuento; abono de letras descontadas en cuenta conjunta. No litisconsorcio; artículo 1.170.2 CC; prescripción de acción cambiaria (Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 123 y ss.

293. MOYA ESCUDERO, Mercedes: «La "libre circulación de la cambial" en Derecho internacional privado español. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de octubre de 1992, pp. 831 y ss.», RDBB, núm. 51, 1993, pp. 831 y ss.

294. MUÑOZ MARTÍN, Noemí: «Representación cambiaria y falta de *contemplatio domini*», RDBB, núm. 53, 1994, pp. 195 y ss.

## 6. DERECHO CONCURSAL

295. ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz: «Derecho concursal y fianza», Poder Judicial, núm. 31, septiembre 1993, pp. 9 y ss.

296. CALBACHO LOSADA, Fernando: «El saneamiento financiero en la sociedad anónima y la problemática fiscal de la aportación de los accionistas para reponer pérdidas», La Ley, 1993-4, pp. 1131 y ss.

297. FINEZ RATON, José Manuel: Eficacia del convenio en la quiebra. Cesión de bienes y dación en pago. Subarriendo incontestado y obras no autorizadas en el local de negocio. Resolución del arrendamiento. Litisconsorcio pasivo necesario. Aportación de inmueble en pago de suscripción de acciones. Legitimación activa (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1993)», CCJC, núm. 31, 1993, pp. 237 y ss.

298. GOZALO LÓPEZ, Vicente: «La nueva Ley concursal portuguesa», RDM, núm. 208, 1993, pp. 615 y ss.

299. ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «Notas sobre quiebra consecutiva a suspensión de pagos», *Actualidad Civil*, núm. 19, 1994, pp. 329 y ss.

300. PACHECO GUEVARA, Andrés: «Consideraciones sobre la incompatibilidad entre las funciones de los auditores de cuentas de la empresa y los interventores-audidores de la suspensión de pagos de la propia empresa», *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993, pp. 199 y ss.

301. SASTRE PAPIOL, Sebastián: «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», *RGD*, septiembre 1993, pp. 8691 y ss.

### III. DERECHO URBANÍSTICO

302. ARNAIZ EGUREN, Rafael: «El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia», *RCDI*, núm. 621, 1994, pp. 605 y ss.

303. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel: «El cuánto y el cómo de las cesiones en la legislación urbanística», *RDU*, núm. 35 y ss.

304. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, Fernando: «¿Nuevo procedimiento de tramitación y aprobación de los proyectos de compensación?», *RDU*, núm. 134, 1993, pp. 67 y ss.

305. ECHEANDÍA MOTA, Ana María: «Consideraciones críticas sobre la propiedad en la vigente y anteriores Leyes del Suelo», *RCDI*, núm. 621, 1994, pp. 465 y ss.

306. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa», *RDU*, núm. 134, 1993, pp. 13 y ss.

307. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás», *RDU*, núm. 135, 1993, pp. 75 y ss.

308. MERELO ABELA, José Manuel: «Valoraciones del suelo y del aprovechamiento urbanístico. Las valoraciones en los instrumentos redistributivos», *RDU*, núm. 136, 1994, pp. 75 y ss.

309. MERINO MATA, Francisco: «Algunas consideraciones sobre los aspectos técnicos del aprovechamiento», *RDU*, núm. 136, 1994, pp. 107 y ss.

310. NAVARRO DEL CACHO, Carlos: «La responsabilidad de la Administración en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico», *RDU*, núm. 132, 1993, pp. 79 y ss.

311. NUÑEZ LAGOS, Francisco: «El aprovechamiento urbanístico y su transferencia», *RJN*, abril-junio 1993, pp. 99 y ss.

312. PERALES MADUEÑO, Francisco: «Dictamen sobre aplicación de la cesión del 15 % en suelo urbano industrial del Plan General de X, no adaptado a la vigente Ley del Suelo», *RDU*, núm. 136, 1994, pp. 51 y ss.

313. PORTO REY, Enrique: «Actuaciones urbanísticas sistemáticas y asistémáticas», *RDU*, núm. 136, 1994, pp. 143 y ss.

314. PRETEL SERRANO, Juan José: «Aspectos notariales y registrales de la reforma de la Ley del Suelo», *AAMN*, t. XXXII, pp. 229 y ss.

315. SÁNCHEZ GARCÍA, Roberto: «Financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de viviendas y locales, a la luz de la actual legislación urbanística», *RCDI*, núm. 621, 1994, pp. 531 y ss.

**IV. DERECHO COMUNITARIO**

316. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.<sup>a</sup>: «Derecho comunitario y protección de los consumidores», RCDI, núm. 620, 1994, pp. 201 y ss.

317. CASADO CERVIÑO, Alberto: «Situación actual y perspectiva de la marca comunitaria e internacional», Actualidad Civil, núm. 45, 1993, pp. 853 y ss.

318. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «El proceso comunitario: Aspectos judiciales y procesales (de París y Roma a Maastricht)», RGD, diciembre 1993, pp. 11665 y ss.

319. RIPOL CARULLA, S.: «La ordenación normativa de la propiedad industrial y comercial en el ordenamiento jurídico comunitario», RGD, octubre-noviembre 1993, pp. 10019 y ss.

**V. DERECHO PROCESAL**

320. ARTUCH IRIBERRI, Elena: «Competencia de los tribunales españoles por sujeción tácita, pese a la existencia de cláusula arbitral parcialmente inválida por falta de requisitos esenciales (Comentario a la STS de 18 de febrero de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 459 y ss.

321. COBO PLANA, Juan José: «Efecto de la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario en el juicio de menor cuantía. ¿Absolución en la instancia o subsanación del defecto?», Actualidad Civil, núm. 48, 1993, pp. 905 y ss.

322. CORDÓN MORENO, Faustino: «La excepción de litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992», RJNav., enero-junio 1993, pp. 55 y ss.

323. ESTEBAN CASTILLO, Ernesto: «Aspectos procesales de la cuestión de incompetencia por declinatoria (incompetencia territorial)», Actualidad Civil, núm. 15, 1994, pp. 255 y ss.

324. FABREGAT VERA, Francisco Javier: «La improcedencia de la solicitud o práctica de una segunda/tercera subasta en la Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, 1993-3, pp. 957 y ss.

325. GARBERI LLOBREGAT, José: «Composición del órgano judicial colegiado. Designación de magistrado suplente no notificada a las partes. Derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (Comentario a la STS de 5 de octubre de 1992)», CCJC, núm. 30, 1992, pp. 887 y ss.

326. GARBERI LLOBREGAT, José: «Audiencia al litigante declarado en rebeldía desconocedor de nuestro idioma. Interpretación extensiva del artículo 777 LEC (Comentario a la STS de 14 de mayo de 1993)», CCJC, núm. 32, 1993, pp. 589 y ss.

327. GARNICA MARTÍN, Juan F.: «Nulidad procesal sin recurso: Nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso (realizadas con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional 139/1992, de 13 de octubre)», La Ley, 1993-4, pp. 1041 y ss.

328. GARCÍA SÁNCHEZ, Juan F. y SANZ LLORENTE, Fernando J.: «Génesis y formación de la sentencia. Su forma y estructura interna», Poder Judicial, núm. 32, diciembre 1993, pp. 61 y ss.

329. LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de: «El Ministerio Fiscal y los consumidores», La Ley, 1993-3, pp. 795 y ss.

**330. MUÑOZ SABATÉ, Lluís:** «La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil», *La Ley*, 1993-3, pp. 1010 y ss.

**331. ROBLEDO VILLAR, Antonio:** «Nuevo acto de remate en la Ley de Enjuiciamiento Civil y fe pública judicial. Notas sobre una reforma», *La Ley*, 1993-3, pp. 969 y ss.

**332. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio:** «Notificación del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por Corredor de Comercio», *La Ley*, 1993-4, pp. 1034 y ss.

**ABREVIATURAS**

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDU	Revista de Derecho Urbanístico.
RGD	Revista General de Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RJN	Revista Jurídica del Notariado (antigua RDN).
RJNav.	Revista Jurídica de Navarra.

**REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

Actualidad Civil.  
La Ley.  
Poder Judicial

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## SENTENCIAS COMENTADAS

### LA MARGINACIÓN DE LOS VIEJOS Y EL DERECHO DE FAMILIA JUDICIALIZADO

(Comentario a la Sentencia del TS de 22 de julio de 1993)

El extenso *Fundamento de Derecho Único* de la resolución citada (Sala 1.ª, Ponente: Sr. Burgos Pérez de Andrade) resulta de extraordinario interés para una reflexión crítica sobre el funcionamiento de las instituciones protectoras del enfermo incapacitado, tras más de una década de reforma sustantiva que no ha sido aún completada con el necesario reajuste y acomodo procesal.

En el caso de autos podemos observar la presencia de importantes cuestiones técnico-jurídicas, típicas de la litigiosidad civil en torno al enfermo mental, como son: la conexión incapacitación-tutela, el grado de arbitrio judicial en la designación del tutor, y la relación tutela-internamiento, concurriendo todas sobre una persona anciana, declarada incapaz de autogobernarse, sin cónyuge, descendientes ni hermanos, es decir, carente de la «cobertura familiar» de las personas y parientes llamados a la tutela *legítima* (art. 234.1.º CC), lo cual conduce necesariamente a la aplicación del art. 235, como efectivamente se hizo en la Primera Instancia y en la apelación, norma que el recurrente consideró infringida, sin que el Tribunal Supremo diese lugar a la casación.

Tengamos presente, ante todo, lo que el *Fundamento* llama «situación personal de D.ª Narcisa M. M.», resultante del conjunto de la prueba practicada: «... *tiene 77 años, vive sola en una vivienda de la calle F... de la ciudad de Barcelona; padece una demencia senil de desconexión de la realidad; su régimen de vida es bastante anormal, dado su estado mental, y el abandono y desorden de su hogar por falta de ayuda, los parientes apenas si la visitan, pues la aspirante a la tutoría declara ante el Juez que hace mes y medio que no la ha visto, y que sus otros parientes no la visitan nunca; sus ingresos dependen de una pensión de 285.000 ptas. que percibe de la Caixa, sin que se le conozcan otros bienes.*

*Todos los parientes (así lo dice el recurrente en sus escritos...) creen necesario el ingreso de la incapaz en una Clínica Psiquiátrica; incluso en algún momento entienden que este ingreso es de carácter urgente, "ya que se está agravando rápidamente de las dolencias que padece"».*

Doña Narcisa fue incapacitada, en procedimiento instado por el Ministerio Fiscal (en aplicación del art. 203 CC), en el que interviene como Defensor Judicial D. Jaime M., aceptando y consintiendo dicha incapacitación todas las partes personadas, incluso el defensor, luego recurrente, quien, ante la designación, como tutor, en la misma sentencia de incapacitación, de una persona jurídica «Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña», impugna este nombramiento, pretendiendo que debe recaer sobre una pariente en cuarto grado de la incapacitada, doña Enriqueta M., aspirante dispuesta a desempeñar el cargo. Alegaba *«que la persona jurídica designada no ha tenido relación alguna con la tutelada, a diferencia de lo que ocurre con la señora propuesta por él».*

La argumentación del TS para rechazar el motivo y el recurso se centra básicamente en el principio del beneficio del incapaz, como directriz fundamental de la actuación judicial en esta materia, el cual se considera correctamente aplicado en las instancias: *«A la vista del cuadro que se acaba de describir, la decisión tomada por el Juzgado, y ratificada después por la Sala de Apelación, resulta ser la más beneficiosa para la incapacitada, y la institución designada para desempeñar la tutela la más idónea según el artículo 242 del CC; pues, habida cuenta de la necesidad ineludible de ingresar a D.<sup>a</sup> Narcisa en una clínica Geriátrica o Psiquiátrica, de cuyas características y régimen debe ser especialista la institución "Asociación de Enfermos Mentales", sería esta Clínica elegida, y la institución que desempeña la tutela, las encargadas de regir y cuidar la persona de la incapacitada; quedando únicamente para completar la función tutelar, la protección y administración de sus bienes, reducidos éstos al cobro de una pensión, que necesariamente debe aplicarse a cubrir los gastos de la estancia en la clínica, y al resto de sus necesidades personales; misión que puede desempeñar perfectamente el tutor designado, sin necesidad de acudir a otras personas, no tan directamente relacionadas con la incapacitada como en el recurso se afirma».*

Hasta aquí, los hechos y el Derecho aplicado. En primera impresión parece impecable el razonamiento de los juzgadores y da la sensación de que los preceptos del Código civil han sido respetados en su letra y en su finalidad.

Hay, sin embargo, en este caso, una notoria irregularidad de procedimiento, reconocida y aceptada por la sentencia del Supremo, pues no se llevó a cabo la constitución de la tutela y el nombramiento correspondiente *«en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 231 CC) que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declare la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el núm. 2.º del art. 222 del mismo texto positivo».*

*En el presente caso se han alterado los trámites procesales, y en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, el juzgador efectuó el nombramiento de la persona del tutor».*

Esta irregularidad da pie, a su vez, a una curiosa excepción en la pauta perenne del TS en el recurso casacional, que es abstenerse de entrar en el fondo material del asunto en las cuestiones de capacidad y tutela. Aquí, sin embargo, dice el *Fundamento*: «Como este nombramiento tuvo lugar en el amplio campo de un procedimiento declarativo, y teniendo en cuenta las perentorias necesidades que padece D.<sup>a</sup> Narcisa, esta Sala ha decidido aplicar el principio de economía procesal y entrar a analizar el contenido de la resolución recurrida que es combatido en este recurso»<sup>1</sup>.

Por otro lado, y entrando también nosotros en el fondo, la designación judicial de una persona jurídica como tutor, aunque sea perfectamente legal (cf. art. 242), no deja de ser aplicación de una norma novedosa, y como tal, se revela sujeta a controversias y productora de litigios.

Por encima de todo, finalmente, hemos de volver a considerar como problema el «nuevo *status*» adquirido de golpe y sin su voluntad por nuestra anciana enferma solitaria: es ingresada ahora en un Establecimiento de salud, cuya entidad titular resulta ser también su tutora, y en cuanto tal la única que puede representarla en el tráfico y administrar enteramente su pensión.

Parece conveniente suspender aquí todo juicio sobre las intenciones e intereses que motiven la intervención de las personas cercanas a D.<sup>a</sup> Narcisa (su ex-defensor y su prima hermana). Actuasen o no por afán o interés

---

<sup>1</sup> Para no entrar en el fondo respecto a la incapacidad, la jurisprudencia recurre a la máxima constante: *la capacidad es cuestión de hecho*, y por tanto, competencia exclusiva y soberana del juzgador de instancia (pueden verse, entre otras muchas: SS de 14 de noviembre de 1977 y de 21 de junio de 1986). Respecto a las instituciones tutelares, rara vez accede directamente su problemática al nivel de la casación, ante todo por la naturaleza procesal de su determinación (jurisdicción voluntaria). En el presente caso, el TS justifica la actuación judicial unitaria sobre la base del cierto carácter inquisitivo que la reforma ha introducido en estos juicios, en una línea argumental que continúa la de la importante S de 10 de febrero de 1988 (en la que se recoge y consagra la doctrina formada por el Alto Tribunal entre 1983 y 1986 en torno a la añeja problemática procesal y casacional de la incapacitación). En la resolución sobre el caso de D.<sup>a</sup> Narcisa se va algo más allá, acentuando el aspecto inquisitivo también para la constitución del organismo tutelar subsiguiente, con un matiz ligeramente «antifamiliarista» del que no hay gran tradición jurisprudencial: «Conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del Organismo Jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma... orientándose la nueva regulación en un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del art. 234, como el espíritu del 235, ambos del CC, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de "beneficio del incapacitado" el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar. En el caso de autos no existe ninguna de las personas relacionadas en el art. 234, por lo que resulta de obligada aplicación el art. 235, pero atribuyendo al Juez la facultad de valorar la "mayor idoneidad" de los propuestos».



económico en la disposición o gestión sobre la citada renta dineraria<sup>2</sup>, vamos a conceder, como punto de partida, que les asiste un interés personal y familiar a procurar que la institución tutelar constituida sobre la anciana garantice al máximo sus derechos fundamentales y el respeto a su dignidad como persona.

Desde esta óptica, y sin dudar siquiera de la justicia concreta o material con la que se ha resuelto el caso, analicemos los problemas planteados.

El primero, y el que nos parece más interesante desde el punto de vista técnico jurídico es la omisión formal o ritualia consistente en prescindir de la constitución separada de la tutela en el procedimiento de jurisdicción voluntaria que, a tenor de la Disposición adicional de la Ley 13/1983, es el trámite adecuado a las actuaciones previstas en el art. 231 CC. Aquí, movido, al parecer, por la urgencia del internamiento, dicho artículo queda obviado por completo: el juzgado estima la demanda de incapacitación interpuesta por el Ministerio fiscal, constituye la tutela (de oficio *ex articulo* 228), nombra la persona del tutor, en base al art. 235 (y no sabemos si también le da posesión del cargo: 259), todo, repetimos, en el único acto procesal de la sentencia recaída tras el juicio declarativo de menor cuantía correspondiente.

No negaremos las reconocidas bondades e incluso la imperativa necesidad de la llamada «economía procesal» en presencia de casos personales de grave urgencia, pero preferimos remarcar que en los juicios sobre protección del incapaz se requiere también el más cuidadoso respeto a las garantías procesales del «demandado», «presunto incapaz» o como quiera denominarse al sujeto pasivo de la incapacitación (que se ven protegidas en el art. 208), y lo mismo debe entenderse respecto del menor o incapacitado que ha de ser sujeto a tutela (que vemos reflejadas en el 231)<sup>3</sup>.

Tampoco decimos que tales garantías se conculquen por el solo hecho de la acumulación de procedimientos que sucedió en nuestro caso. Advertimos, no obstante, que la actuación del Juzgado de Barcelona, confirmada por la doctrina de esta sentencia, no es la que se enseña en la doctrina científica<sup>4</sup>, y que algún autor ha llegado a considerar críticamente la in-

---

<sup>2</sup> Este aspecto veladamente «patrimonial» de la incapacitación y la tutela está suficientemente estudiado y demostrado en el libro, ya clásico, de R. BERCOVITZ, *La marginación de los locos y el Derecho*. Madrid, 1976, *passim*, y especialmente pp. 34-36.

<sup>3</sup> Corrige muy bien F. A. SANCHO REBULLIDA el texto legal: «“tutelando” y no “tutelado”, como dice el precepto» (Apéndice a los *Elementos de Derecho civil, IV bis*, La Tutela. Barcelona, noviembre 1983, p. 40).

<sup>4</sup> Vid. por ejemplo: L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil, I*, (6.ª ed.) Madrid, 1988, p. 264: «el nombramiento de tutor es competencia del juez que constituye la tutela en procedimiento distinto al de incapacitación (que ha de precederle necesariamente)». A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho de familia* (obra colectiva), Valencia, 1991, p. 530: «... dispuesta por el juez la constitución de la tutela, se seguirán los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en los arts. 1.833 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la medida en que éstos sean

roducción en nuestro sistema de una delación judicial, puramente de oficio, de la tutela <sup>5</sup>.

Tal vez no sea esta posibilidad, por sí sola, un exceso de judicialización; pero, indudablemente, coadyuvada por un planteamiento tan «económico» en cuanto a los procedimientos, deviene fuente de resoluciones cuasidiscrecionales, que pueden chocar con los intereses y criterios del círculo «próximo» al incapacitado, como en este caso, produciéndose un singular «conflicto de competencias» entre sujetos privados y administraciones públicas sobre la protección civil de una persona.

En este comentario queremos limitarnos a lamentar la deplorablemente anacrónica situación de nuestro ordenamiento procesal en estos temas, pues como es tan sabido, las normas de la Ley de enjuiciamiento civil resultaron ya inaplicables tras la redacción originaria del Código, y nunca, desde entonces, han merecido una reforma o siquiera retoque consecuente a la evolución de los sistemas tutelares, y del Derecho de familia en general.

Entrando, sin embargo, brevemente, en el meollo de esta cuestión procedimental (a la que atribuimos cierto carácter sustantivo), debería considerarse si la diferencia conceptual entre incapacitación y delación de la tutela requiere o no necesariamente (en el caso del incapacitado por enfermedad mental) resoluciones judiciales distintas y sucesivas, de diversa naturaleza procesal, a saber: una Sentencia declarativa apelable y un Auto constitutivo, impugnable en la vía contenciosa ordinaria.

A nuestro entender (y, de nuevo, sin perjuicio de todas las acomodaciones pragmáticas que puedan hacerse del arcaico ritual civil en aras de la efectiva tuición de la persona), la respuesta a la anterior cuestión es absolutamente afirmativa, incluso en los llamados casos de urgencia <sup>6</sup>.

La sentencia estimatoria de incapacitación y el juicio que la antecedente tienen un carácter fundamentalmente *declarativo*, que sólo operan como presupuesto legal constitutivo o causa determinante del surgimiento de las

---

aplicables»; p. 532: «En consonancia con lo anterior (el carácter marcadamente judicial que la tutela ha recibido de la ley de reforma), el art. 231 previene una fase de audiencia en el procedimiento de constitución de la tutela, a fin de que en ella el Juez recabe toda la información pertinente referida a la circunstancia del menor o incapaz». SANCHO, *loc. cit.* con abundante información sobre el régimen procesal del trámite de audiencia y del Auto resultante.

<sup>5</sup> F. SAURA MARTÍNEZ, *Incapacitación y tuición*. Madrid, 1986, p. 53: «si, indudablemente, el Ministerio Fiscal está legitimado para pedir la constitución de la tutela, en los supuestos previstos en el art. 228, no parece acertado su constitución de oficio por el propio Juez, sino más bien, haber establecido para ésta pauta similar a la marcada en el párrafo 2.º del art. 211».

<sup>6</sup> Las «razones de urgencia» sólo despliegan eficacia jurídica, a tenor del Título IX L.º I CC, en el ámbito del trámite para la autorización del internamiento involuntario (art. 211). Resulta curioso que esta condición de «internanda» de D.ª Narcisca, ventilada ya en la sentencia ex art. 210, atraiga sobre sí, inmediatamente y absorba por completo a las situaciones consideradas más importantes o «de estado»: incapacitación y tutela.

funciones tutelares correspondientes<sup>7</sup>, pero que no se dirige propia y directamente a constituir las hasta el punto de determinar el sujeto activo que ha de aceptar y asumir el cargo como un deber legal (art. 216 CC).

Por su naturaleza, el proceso de incapacitación, centrado en el enfermo, consiste en decidir si éste es o no persistentemente incapaz de autogobernarse. Esta decisión, a la que confluyen todos los elementos del juicio, tendrá después, si procede, entre otros importantes efectos, el de la constitución del régimen tutelar (el cual queda meramente «determinado» o fijado en la sentencia, es decir, señalado con su *nomen iuris* y configurado en su ámbito de actuación según el grado de incapacidad declarado).

La efectiva delación o discernimiento del cargo tutelar determinado en la sentencia presupone otros elementos de valoración judicial, no aportados en el declarativo ordinario pero importantes para completar «el beneficio del tutelando», que requieren una actuación distinta, prevista en el art. 231 para todas las formas posibles de vocación y delación de la tutela, incluida, a nuestro entender, la judicial de oficio.

Por otro lado, están los intereses familiares concurrentes, cuya presencia se ve admitida y valorada por la ley en el precepto citado mediante la audiencia que debe darse, en dicho trámite, a «los parientes más próximos», expresión que pese a su flexibilidad e indeterminación, debe, obviamente superar el segundo grado de la línea colateral (ya que hasta ahí son llamados por la ley a la tutela) y alcanzar, por lo menos, hasta el cuarto grado de la misma línea, parentesco que vincula —entre otros— a los primos hermanos, y es el que aparece en nuestro caso<sup>8</sup>.

En conclusión, la letra, el espíritu y el contexto sistemático de los arts. 224, 234.2, 231 y 235 CC, reclaman una aplicación rigurosa y casi

---

<sup>7</sup> Cf. A. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, p. 73.

<sup>8</sup> Permitásenos esta interpretación, un tanto arbitraria, sobre la «proximidad del parentesco», que puede basarse en el límite legal establecido para la sucesión intestada (art. 954). La condición parental ha sido considerada siempre más restrictivamente para imponer deberes (cf. la redacción originaria del art. 220 y sus modificaciones de 1958 y 1981, con la actual del art. 234), que para conceder derechos. Para este tipo de situaciones en que se tutela un interés y un derecho a ser oídos, parece conveniente un sentido más amplio, dentro de la proximidad. Resulta algo paradójica la relevancia jurídica del parentesco más o menos remoto en una sociología familiar como la actual, centrada casi en el núcleo mínimo parental, pero no parece descabellado, en una ética de solidaridad familiar, atribuirle civilmente la que de hecho cobre en relación con el caso concreto. En tal sentido, la relación entre el anciano solitario y sus primos-hermanos o sus sobrinos-nietos, se nos antoja de mayor entidad personal y familiar (y por tanto, civil) que la vinculación protectora instantáneamente establecida por los órganos judiciales respecto de las entidades clínicas internantes, cuyas direcciones, revestidas de una subjetividad meramente artificial, difícilmente pueden encarnar una relación que vaya más allá de la exigible eficacia administrativa. Pero entendemos que la tutela de la persona es algo más que esto, y que la generalización del modelo presente (internamiento-tutela del internante) supondría una perversión del sistema —cuando menos «híbrido»— establecido en 1983.

«maximalista» de la constitución formal de la tutela en actuaciones judiciales separadas a las de la incapacitación, cuya necesidad se ve sociológicamente incrementada, si cabe, cuando ya en el mismo proceso de incapacitación se revela el conflicto familia-administración sobre la tutela del incapaz.

Aunque, en todo caso, la última palabra sea de la Autoridad judicial, y, si bien es cierto que en el supuesto de la tutela dativa la independencia del Auto constitutivo tiene menos sentido como instrumento de control y aplicación de una delación extrajudicial (familiar o de tercero), todavía resulta conveniente y precisa una resolución que, a la vista de lo expuesto, entre otros, por los parientes y por el propio tutelando<sup>9</sup>, establezca con el detalle necesario y las consideraciones debidas el instituto protector más conveniente para el incapacitado. Este nombramiento judicial constitutivo de la tutela pide un revestimiento procesal condigno de su significado sustantivo en los dos sujetos de la relación tutelar. Por su relación inmediata con los derechos fundamentales de la persona, esta actuación pública (complementaria de la incapacitación) parece obligada siquiera a esa otra «formalidad» accesoria y cuasi-ejecutiva, que no necesariamente ha de ser preconcebida como rémora o dilación en perjuicio del enfermo, sino que más bien constituye una preciada manifestación de las exquisitas garantías judiciales y procesales que rodean a la persona y a la familia afectadas por este tipo de situaciones.

---

<sup>9</sup> «Si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años». Este segundo requisito (tan sobradamente cumplido por D.<sup>a</sup> Narcisa) da al sujeto pasivo de la tutela un derecho a ser oído por el juez en lo que respecta a la constitución de la misma, aunque sea menor de edad o esté incapacitado y declarado desconectado de la realidad. Su voz ha de ser aquí tenida en cuenta lo mismo que lo fue su situación personal en el trámite del art. 208, si bien para un efecto distinto y separable, que por su misma trascendencia personal merece tratamiento separado. Recordemos, con SANCHO REBULLIDA, la importancia del Auto como resolución fundante y explicadora de la tutela dativa, y de toda constitución de la tutela en la que el juez aplique su «mejor criterio en beneficio del incapaz»: *«parece también conveniente que el auto especifique las razones de idoneidad en el nombrado, precisamente por sus relaciones con el menor o incapacitado y en beneficio del mismo»* (loc. cit). Apuntemos nosotros que no hay prisas ni economías procesales en el espíritu del art. 233 CC, donde se dibuja un proceso abierto y sucesivo de actividad judicial, incluso después de la resolución constitutiva de la tutela. En nuestro caso, sin embargo, se despacha al contado un híbrido judicial de incapacitación, tutela e internamiento, vendido en beneficio del incapaz a una persona jurídica. Merced a esta simplificación, casi caricaturesca, de las categorías protectoras del incapaz de obrar, se puede llegar a verdaderos supuestos de marginación, «institucionalización vitalicia» y «administrativización clínica» del anciano enfermo solitario o abandonado, que son indignas de su valor eminente como persona. La aplicación de las normas civiles no debería, por ello, impedir el valor añadido y coadyuvante de un cargo tutelar «humanizado», encarnado a través de familiares voluntarios adecuados, o de personas físicas con relaciones *previas y vitales* (al margen de la enfermedad del sujeto). Este criterio aparece también en el párrafo segundo del art. 239 CC, como excepción a la tutela pública por ministerio de la ley de los menores desamparados.

El art. 231 CC no sólo manifiesta el carácter de mero presupuesto declarativo que tiene la incapacitación respecto a la tutela o guarda correspondiente, sino que, además, expresa la relevancia de los intereses personales y familiares en este segundo momento constitutivo, configurando un nuevo proceso, no contencioso (aunque también bastante inquisitivo), con distinto significado y alcance al declarativo de incapacidad. El hecho de que su fase informadora y probatoria no contemple más que una simple «audiencia», sin carácter vinculante, no elimina su fuerza preceptiva ni destituye la *ratio* y finalidad de la norma, que, al ser principalmente, garantizar el amparo judicial de situaciones jurídico-personales fundamentales, impone una interpretación basada en su absoluta necesidad procesal y en su importancia sustantiva, que, de ningún modo puede degradar al nivel de lo economizable y prescindible el trámite constitutivo de la tutela esbozado en el repetido art. 231.

Ante la peligrosa inseguridad práctico-procesal que siempre ha rodeado a la incapacitación, la jurisprudencia española ha ido evolucionando hasta consagrar la doctrina que considera el *examen personal* del presunto incapaz por el juez como el «rito principal», necesario e imprescindible, que sintetiza, expresa y realiza la garantía jurisdiccional y el amparo de los derechos de la personalidad de incapacitando <sup>10</sup>.

Tal vez convendría también implantar este criterio, con todas sus consecuencias procesales, a las actuaciones judiciales organizadoras de la tutela y en orden a la protección del tutelando en sus derechos personales y familiares. Semejante multiplicación de formalidades protectoras, que se traduce en un mayor número de entrevistas personales juez-incapaz, resulta más digna para la persona de éste, y por ello, aunque sea más gravosa en el oficio de aquél, debe preferirse a una acumulación artificial y apresurada de procesos cualitativamente distintos, aunque concatenados por su finalidad protectora.

El procedimiento tutelar, y la continua vigilancia orgánica del Poder Judicial sobre las funciones de guarda, constituyen el marco adecuado de garantías públicas en que se desenvuelven las instituciones tutelares, encuadradas, de suyo, entre las relaciones jurídico-familiares, tanto por su papel supletorio de la patria potestad, como por su finalidad semejante, como finalmente, por la relativa preponderancia legal del vínculo familiar para la delación de la tutela. Por ello, la inquisición judicial, loablemente introducida en estos procesos, y la misma judicialización, admisible, en última instancia, como garantía del mayor beneficio del incapaz, deben

---

<sup>10</sup> Cf. STS de 5 de diciembre de 1945 y STS de 16 de marzo de 1957. Este criterio se plasma en el actual art. 208 CC, y ha sido confirmado (y exigido también para la segunda instancia) por la jurisprudencia posterior: SS del TS de 20 de febrero de 1989 y 12 de junio del mismo año, comentadas ambas por R. BERCOVITZ en *Poder Judicial* núm. 15, pp. 141-147. El autor va más allá de la doctrina estrictamente pronunciada por el TS, deduciendo coherentemente que el examen por la Audiencia es necesario *en todo caso* (y no sólo cuando discrepe del juzgador de instancia) (p. 145).

coordinarse en cierta medida con la efectiva presencia controladora de parientes próximos, y aun de próximos no parientes, cuya total marginación *a priori* del ámbito institucional protector de la persona puede conducir a una situación excesivamente deshumanizada para el sujeto (hipotéticamente) tutelado, «desfamiliarizado» en vida, confiado a la gestión de la entidad clínica designada o adjudicataria.

Hay una alternativa personalista a este tipo de internamientos geriátricos disfrazados de incapacitación con tutela de personas jurídicas, que consiste en la asistencia domiciliaria o ambulatoria, sobre todo cuando existen suficientes recursos privados del sujeto, como ocurría en este caso. Esta providencia puede adoptarla el juez, en virtud del art. 209, antes incluso de pronunciarse sobre la incapacitación. Suponiendo que ésta se estime finalmente, será el tutor posteriormente designado el que se halle legitimado para solicitar el internamiento en la forma adecuada (art. 271.1.º CC). Esta es la sucesión lógica y legal de los procedimientos tuitivos de la persona que se dibujan en los Títulos reformados. La urgencia del internamiento forzoso, la soledad de los ancianos, la judicialización y la economía procesal pueden más, sin embargo, que el respeto formal a los llamados «títulos de estado civil». La sentencia de incapacitación, concebida a la vez como auto delatorio de la tutela a una entidad asistencial por razones de urgencia, puede ser, ocasionalmente, medida excepcional justificable, pero, insistimos, generalizada al caso de los ancianos enfermos solitarios con rentas, supondría, cuando menos, un atropello y menoscabo del noble oficio judicial, y cuando más, una violación del respeto debido a la persona.

ENRIQUE JOSÉ RAMOS CHAPARRO  
Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.



## SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ  
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Gabriel GARCÍA CANTERO  
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Francisco LLEDÓ YAGÜEZ  
Alejandro MARTÍNEZ BERRIOCHOA  
Virginia MURTULA LAFUENTE  
Rafael SÁNCHEZ ARISTI  
Encarna SERNA MEROÑO

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. PARTE GENERAL

**1. Tercería de dominio: Improcedencia: Apremio administrativo por descubiertos a la Seguridad Social.**—Conforme al pár. 2.º del art. 1.533 LEC, no procede la admisión de la tercería de dominio después de otorgada la escritura o de consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, y en el presente caso se ha dado por terminada la vía de apremio en el expediente administrativo correspondiente tramitado, con adjudicación en pago y entrega, mediante transferencia bancaria, a la ejecutante Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social de Badajoz.

**Tutela judicial efectiva.**—El art. 24.1 CE no puede entenderse como consagración de un derecho incondicional a la protección jurídica, sino como un derecho constitucional a obtenerla, el cual se presta, no sólo con una resolución sobre el fondo sino también con una de inadmisión siempre que ésta esté fundada en términos de derecho, cual sucede en el presente caso.



**Sociedad de Responsabilidad Limitada que actúa como testafarro: Aplicación de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo»: Prueba de presunciones: Impugnación en casación.**—Los actores han continuado con el negocio del padre, obtienen y disfrutan prestaciones de la Seguridad Social, y varios trabajadores que aparecen como demandados han venido realizando prestaciones laborales, tanto con el padre como con los recurrentes, habiéndose constituido la Sociedad de Responsabilidad Limitada con posterioridad a que, de hecho, los actores continuaran el negocio de su padre, sin que haya resultado acreditado que la mencionada SRL llevara contabilidad independiente, deduciendo de tales hechos, la sentencia recurrida, que esta última constituye un mero instrumento o testafarro de los actores que encubre su personalidad a efectos del descubierto motivador de las presentes actuaciones, y, en consecuencia, el dinero embargado que motiva la tercería de dominio ejercitada, proviene de la venta de un inmueble propiedad de los referidos actores, que son los que han mantenido relaciones jurídicas con los terceros bajo la pantalla o velo de una personalidad distinta; no existe razón eficaz para considerar ilógica o irrazonable, ni contraria a las reglas del buen criterio, la presunción obtenida con base en el art. 1.253 CC, habiendo declarado la jurisprudencia que constituye un juicio de valor reservado al órgano jurisdiccional la determinación del marco lógico y directo, de suerte que lo que en casación se ofrece a control es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, y nunca el ataque a las premisas de orden fáctico que debe realizarse por otra vía que la aquí utilizada.

**Efectos del levantamiento del velo.**—Según la doctrina sentada en SS de 28 de mayo de 1984, 16 de junio de 1987, y 25 de enero, 4 de abril y 24 de diciembre de 1988, no es de reconocer la independencia de dos distintas personalidades cuando al levantar el velo de una apariencia legal se descubre la inconsistencia de la personalidad jurídica de una determinada sociedad; y en el presente caso, la actividad de la Tesorería de la Seguridad Social, iniciada con la SRL lo estaba, en definitiva, contra los ahora recurrentes, de los que aquélla era un mero instrumento o testafarro, debiendo observarse, por otra parte, que cualquier defecto en la tramitación administrativa que condujo al embargo por causa de certificaciones de descubierto, y a la adjudicación en pago y entrega de la suma embargada debe plantearse en el ámbito administrativo y no por el cauce de una tercería de dominio, aquí inadmisibles por las razones antes expuestas.

**Fraude de ley.**—Evidente fraude de ley es crear ficticiamente una sociedad tratando con ello de eludir una responsabilidad que incumbe personalmente y aunque el art. 1.º de la Ley de 1953 previene que los socios de las compañías de responsabilidad limitada no responderán personalmente de las deudas sociales, tal norma no se aplica cuando su creación sea ficticia como mero instrumento o testafarro de las personas físicas que las integran. (STS de 16 de marzo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Se dice ya en la S de 28 de mayo de 1984 —que es, probablemente, el primer pronunciamiento íntegro de nuestra Sala 1.º en esta materia (De Angel Yagüez)— «que ya desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.º-1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.º-4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas, cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.º-2 CC) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (art. 10 Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial de su derecho” (art. 7.º-2 CC)».

Hay que reconocer que, hasta la fecha, el TS parece haber hecho aplicación amplia, aunque ajustada, de esta doctrina jurisprudencial, a campos tales como el de la responsabilidad civil extracontractual, colisión de intereses entre el ente social y sus miembros, casos encubiertos de autocontratación o similares, tercería de dominio, actos fiduciarios, confusión entre las denominaciones y actuaciones de personas jurídicas y también en el ámbito laboral (Cfr. De Angel Yagüez, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid 1990, en la que se expone el estado de la doctrina y se hace una interesante selección jurisprudencial).

En el presente caso, sin añadirse nada a la doctrina ya conocida, se hace una aplicación en un caso de tercería de dominio. En realidad, la invocación es *obiter dicta*, dado que el rechazo de la tercería se basa en motivos de inadmisibilidad establecidos en la LEC. (G.G.C.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**2. Vecindad civil catalana: Adquisición por residencia del menor sujeto a patria potestad: Derecho derogado: Conservación de la vecindad común.**—La sentencia recurrida, con la simplista argumentación que contiene, se limita escuetamente a considerar que el demandado adquirió la vecindad civil catalana por su residencia continuada durante diez años en Barcelona sin declaración en contrario durante este plazo, pero ello parte

del supuesto, aunque no razona nada al respecto, de que al llegar a dicha ciudad a la edad de doce años, en unión y bajo la patria potestad de sus padres, éstos tampoco tenían aquella vecindad, pues si la hubieran tenido, esa misma le habría correspondido a su hijo, sin tener que esperar al transcurso de los diez años; ha de entenderse, por ello, que los referidos padres tenían la vecindad civil común al proceder de Moratalla (Murcia) cuando emigraron en 1966 a Barcelona, sin que aparezca probado que la adquirieran por residencia de dos años con manifestación en tal sentido ante el Registro Civil, ni tampoco con anterioridad a que el hijo adquiriera su mayoría de edad en 1975, había transcurrido el plazo de diez años desde su llegada a Barcelona. Por tanto, es evidente que el demandado, al alcanzar la mayoría de edad, tenía la vecindad civil común, que conservó al trasladar su residencia a Palma de Mallorca, ya que conforme al pár. 2.º del art. 225 del Reglamento del Registro Civil «en el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona».

**Régimen económico del matrimonio: Derecho derogado.**—El tener el demandado la vecindad civil común cuando contrajo matrimonio en 1983, en Palma de Mallorca, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, ha de concluirse que el régimen económico del mismo es el de gananciales; lo que el propio interesado reconoció en el juicio de separación matrimonial ante el Juzgado de Familia, en prueba de confesión ante el mismo Juzgado y en las declaraciones del Impuesto sobre la Renta durante los años de matrimonio.

**Liquidación de la sociedad de gananciales: Bienes comprados a plazos por ambos cónyuges antes del matrimonio.**—El piso litigioso fue comprado conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio, por precio aplazado, una parte de cuyo precio lo pagaron en estado de solteros, con dinero privativo, en cuantía y proporción que no constan, y el resto con dinero ganancial durante el matrimonio, por lo que ha de resolverse que el expresado piso, que fue adquirido para vivienda familiar, y como tal lo han venido usando los esposos, corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos, en copropiedad a su vez, en proporción al valor de sus aportaciones respectivas, conforme a los arts. 1.354 y pár. 2.º del art. 1.357 CC, cuyas aportaciones habrán de ser determinadas en fase de ejecución, siendo esta normativa aplicable también al ajuar familiar adquirido en idéntica forma; en cambio, a las cuentas corrientes o libretas de ahorro, que figuran a nombre de ambos esposos, ha de atribuirse carácter ganancial al no haberse probado que el saldo de las mismas o parte de él perteneciera privativamente a los esposos separados. (STS de 23 de marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.—Minuciosa descripción del supuesto de hecho que contrasta con el somero análisis de los hechos por la sentencia de la Audiencia. La doctrina relativa a la adquisición de vecindad por residencia del menor sujeto a patria potestad parece que no podrá

ser mantenida después de la reforma del art. 14 CC por la Ley de 15 de octubre de 1990, dada la eficacia que ahora se otorga a la declaración de voluntad del menor que ha cumplido catorce años: *vide* Bercovitz, *La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/1990 sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del CC en materia de nacionalidad*, en *Rev. Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, enero-agosto 1991, p. 185 s.; Delgado, en Lacruz, *Elementos*, 1-2.º (reimpresión 1992), p. 177 s.; y también vol. *Comentarios a las reformas del Código civil* (coordinado por R. Bercovitz) (Madrid 1993), p. 523 s. Para este último autor, el art. 225 RRC debería entenderse derogado por el nuevo art. 14 CC reformado en 1990; por lo demás, la aplicación de los arts. 1.354 y 1.357, pár. 2.º, CC resulta correcta. (G.G.C.).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**3. Mora en las obligaciones recíprocas.**—El vendedor, ni en el momento de requerir notarialmente al comprador para el otorgamiento de la escritura, ni al tiempo de interponer la demanda, se encontraba en situación de hacer entrega de los locales al demandado, al no estar éstos terminados en la forma pactada, pues sólo lo estuvieron en el transcurso de la primera instancia del juicio, y dado el carácter simultáneo que se dio al otorgamiento de la escritura y al de la entrega material de la posesión de los locales, el vendedor no podía intimar de mora al comprador al no estar él en condiciones de cumplir lo que le incumbía, de acuerdo con el último pár. del art. 1.100 CC; subsistentes las declaraciones de instancia que imputan al vendedor recurrente un incumplimiento contractual constitutivo de mora, y no así al comprador recurrido, es correcta la aplicación que la Sala de instancia hace del art. 1.101 CC al imponer al recurrente la obligación de indemnizar por morosidad en el cumplimiento sus obligaciones contractuales.

**Indemnización de daños y perjuicios: Art. 928 LEC.**—Si la sentencia recurrida no ha estimado probada la existencia de los daños reclamados, tampoco puede determinarse la cuantía de los mismos en fase de ejecución, puesto que dicha sentencia es presupuesto ineludible para poder, con posterioridad o inmediatamente después, en la misma decisión o en ejecución de sentencia, fijar la cantidad a que ascienden, y tampoco puede dejarse para esa fase de ejecución la determinación de la existencia de los daños; por otra parte, es de tener en cuenta que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios, lo son de hecho y su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia, y sólo son impugnables en casación por la vía del ordinal 4.º del art. 1.692 LEC.

**Enriquecimiento injusto: Ausencia de causa del desplazamiento patrimonial.**—La reiterada doctrina jurisprudencial ha declarado que la *conditio* basada en el enriquecimiento injusto exige para su éxito, entre otros requisitos, la falta de causa en el desplazamiento patrimonial y consiguiente ventaja adquirida; en el presente caso aquél encuentra su causa en una resolución judicial suficientemente motivada, a través de la cual se hace efectivo el derecho de una parte contratante a ser indemnizada por los perjuicios causados por el incumplimiento de la otra, y sin que exista precepto legal alguno que justifique la limitación de su importe económico al valor del objeto del contrato cuando tales perjuicios se están produciendo en tanto no se dé real cumplimiento al contrato; otra cosa supondría cercenar el derecho del perjudicado a obtener un total y pleno resarcimiento. (STS de 23 de marzo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Pactado el pago de una elevada indemnización de daños y perjuicios por cada mes de retraso en la entrega de locales y otorgamiento de escritura pública (que asciende a la suma de casi 400.000 ptas.) se invoca en el recurso que puede darse un enriquecimiento injusto, pues la suma final puede exceder del valor mismo de los inmuebles adquiridos. En realidad es una cláusula penal en función de garantía que debiera influir eficazmente en la voluntad de cumplimiento del contrato. La S extractada invoca la de 2 de enero de 1991, según la cual, «cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que puedan lesionar la equidad... los beneficiados indirectamente por ellas no se enriquecen injustamente». Con todo, en términos generales, no es posible excluir la aplicación de principios generales, tales el de buena fe y el de prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo, que impedirían consecuencias exorbitantes; más concretamente, en el presente caso, acaso hubiera cabido invocar el art. 1.154 CC. (G.G.C.).

**4. Pruebas para mejor proveer.**—La facultad de acordar la práctica de pruebas para mejor proveer compete, de manera exclusiva, a los órganos de instancia, sin que, de acuerdo con la constante doctrina casacional, quepa revisar por esta Sala el uso de tales facultades haya hecho la Sala de Apelación.

**Intereses moratorios.**—Debido al gran interés que tiene la sentencia que tratamos en este punto, y que más adelante comentaremos, recogeremos textualmente lo más importante que el Alto Tribunal dice sobre el particular. «Primera: Que aun cuando esta Sala no pretende desconocer la doctrina, reiteradamente sentada por la misma, cristalizada en el brocardo *in illiquidis no fit mora*, doctrina esta que se reitera en la presente resolución, parece, sin embargo, necesario proceder a verificar algunas matizaciones en la misma que afectan, tanto a su interpretación como a los supuestos en que

procede su aplicación. Segunda..., si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzca en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Tercero: Que tal razonamiento cobra mayor fuerza si tenemos en cuenta que, por regla general y salvo algunos supuestos..., debe subrayarse que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que, por el contrario, tiene carácter meramente declarativo, lo que permite concluir que, a través de la misma, no se hace sino declarar un derecho —bien sea real o bien de crédito— a la obtención de una cosa o cantidad, que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía, y debía de haberle sido atribuida al acreedor. Cuarto: Que si, como ya se tiene dicho, las cosas claman por su dueño y deben ser entregadas a éste con todos sus accesorios, frutos e intereses, no parece injusto que, en aquellos supuestos en que, como el presente, puede fácilmente colegirse en la litis la existencia de una deuda en favor del actor y en contra del demandado, se entienda que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial».

**Incongruencia.**—Hay incongruencia cuando en la demanda se solicitó la condena al demandado al abono de los intereses legales, y el juzgador de instancia, estableciendo diferenciaciones no solicitadas, condenó al abono del interés del 4 % anual desde la fecha del emplazamiento hasta la sentencia y del 11,50 % desde esta última hasta el pago. (STS de 5 marzo de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**—Se promueve demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva por parte de «Zerimar, S.A.», sobre reclamación de cantidad (4.226.992,50 pts. más los intereses legales que correspondan) en relación con el importe de dos certificaciones de obras realizadas por la demandante, contra «Polígono Naves Industriales Huelva, S. A.».

El Juzgado de Primera Instancia condenó al demandado al abono de la suma de 4.144.241,16 pts. (cantidad inferior a la solicitada puesto que no se incluyó el IVA), más el interés del 4 % anual desde la fecha del emplazamiento hasta la de esta sentencia y del 11,5 %, desde esta última hasta el pago. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia de Primera Instancia. El Tribunal Supremo casó parcialmente la misma en el sentido de condenar a la demandada al abono de los intereses legales de la suma

de 4.144.241 pts. desde el momento en que se le emplazó para contestar la demanda contra ella promovida, confirmando la sentencia recurrida en el resto de sus pronunciamientos.

NOTA.—Esta sentencia es altamente innovadora en varios sentidos. Fundamentalmente cabe destacar la importancia que supone el hecho de que se matiza (por no decir se aparta) en gran medida de lo que ha venido siendo la doctrina predominante del TS en materia de intereses moratorios, pues en virtud del principio *in illiquidis non fit mora*, no se apreciaba la existencia de tales intereses cuando se producía una diferencia, aunque fuera pequeña, entre la cantidad reclamada y la finalmente concedida por el tribunal. En el caso de autos, aunque la diferencia cuantitativa entre lo pedido y lo otorgado se debe a la no inclusión del IVA en el segundo caso, se puede ver que el TS va flexibilizando el requisito de la liquidez de la mora.

Este dato se encuentra corroborado con el reconocimiento expreso por parte de nuestro Alto Tribunal de la necesidad de proteger al acreedor. Esta protección se le ofrece cuando aquél recibe la suma que represente la cantidad adeudada en el momento en que es efectivamente pagada. De esta afirmación se derivan dos consecuencias: una primera, reconocida por el mismo Tribunal, se refiere al natural carácter fructífero de la deuda dineraria que conlleva el devengo de unos intereses que pertenecen a su propietario, en este caso el acreedor; una segunda, sería la posible concurrencia junto a estos intereses de una indemnización que tuviera su causa en daños sufridos como consecuencia de alteraciones monetarias (ver en este sentido Bonet Correa, «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», *ADC*, 1979, 391-392; *Id.*, *Las deudas de dinero*, 1981, p. 390 y ss.). Queda, sin embargo, en el aire la posibilidad de la indemnización del mayor daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la mora y no cubierto por la cuantía de los intereses moratorios.

Finalmente nos queda señalar el hecho de que nuestro TS haya concedido sólo los intereses moratorios (cuya cuantía coincide con el interés legal) desde el emplazamiento para contestar a la demanda y no haya hecho ninguna referencia a los intereses procesales del 921.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que son apreciables de oficio, surgen *ope legis*, como esta misma Sala ha subrayado reiteradamente y, además, se daban los requisitos tanto materiales (condena al pago de una cantidad líquida) como teleológicos (abuso del mecanismo de los recursos por parte de la demandante) necesarios para su aplicación, siendo, por otro lado, más beneficiosos para el acreedor, pues están dos puntos por encima del interés legal del dinero. (*V.M.L.*).

**5. Documento público. Eficacia probatoria.**—Es doctrina reiterada y constante que el documento público hace prueba del hecho que motiva

su otorgamiento y de la fecha de éste, pero su eficacia probatoria no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, al no ser necesariamente superior tal prueba a las otras, pues de esa veracidad intrínseca no puede dar fe el Notario y, por contra, ha de señalarse que la apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador, no impugnabile en casación, ya que los arts. 659 LEC y 1.248 CC no contienen reglas de valoración tasadas, correspondiendo al último precepto mero carácter admonitivo, no preceptivo.

**Resolución basada en el art. 1.124 CC. Presupuestos.**—Para la aplicación del precepto no se precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985) y el fin normal del contrato (SS de 27 de octubre de 1981, 11 de octubre de 1982 y 7 de marzo de 1983).

**Renuncia a las facultades derivadas de pacto comisorio. Interpretación.**—La falta de pacto comisorio expreso no impide en las obligaciones recíprocas que entre en juego la facultad resolutoria implícita, contemplada por el art. 1.124 del CC, por lo que el incumplimiento del contrato por la parte contraria permite ejercitarla, ya que en otro caso quedarían los cedentes inermes, máxime cuando la renuncia de derechos ha de ser clara, terminante, precisa e inequívoca, lo que impone una interpretación restrictiva.

**Contrato de vitalicio. Su naturaleza. Diferencias con el contrato de renta vitalicia.**—Según señaló la sentencia de 28 de mayo de 1965, al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado «vitalicio», que no es una modalidad de la renta vitalicia de los arts. 1.802 a 1.808, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, con la posibilidad de apartamiento unilateral cuando los alimentos han de prestarse en régimen de convivencia, sin más consecuencia que la de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad. Y es procedente la resolución frente a quien no sólo incumple, sino que deja de cumplir cuando cree tener plenamente asegurado su derecho por haber inducido a la parte contraria a renunciar al pacto comisorio expreso, con olvido de que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas.

**Contrato de vitalicio. Pluralidad de cedentes: Fallecimiento de uno y legitimación del supérstite para pedir la resolución.**—Nada tiene que ver el contrato denominado «Vitalicio», creador de obligaciones recíprocas entre los otorgantes, con la obligación *ex lege* de alimentos entre parientes;



El vitalicio puede tomar como módulo de duración la vida de varias personas y ser éstas las acreedoras, como cedentes, a ser tenidas en compañía de la cesionaria, que ha de cuidarlas, asistirles, atenderlas y prestarles alimentos en la extensión determinada en el art. 142 del CC. Fallecido uno de los cedentes cuando la acción resolutoria por el incumplimiento de la obligación recíproca ya había nacido, tiene el sobreviviente legitimación para accionar la resolución contractual y solicitar la restitución de todos los bienes cedidos por las siguientes razones: a) por derecho de sucesión (al ser dicha acción de carácter económico, no personalísima) y ser el demandante heredero universal de la cedente premuerta; b) por derecho propio: no se otorgaron dos contratos de «vitalicio», sino uno solo con beneficiarios simultánea y sucesivamente, sin extinción parcial, ni consolidación del pleno dominio hasta la muerte de ambos; los bienes cedidos lo fueron para atención a ambos cónyuges, como prestaciones unitarias y no divisibles. (STS 22 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El 28 de septiembre de 1977, los cónyuges Pedro V. C. y Juana P. C. otorgaron escritura pública con María V., por la que cada uno de aquéllos cedía y transmitía en nuda propiedad a ésta una finca de su pertenencia, reservándose el usufructo vitalicio para sí y para su cónyuge, con la contraprestación de María V., de tener en su compañía a los cedentes, cuidarles, asistirles, atenderles y prestarles alimentos en la extensión determinada en el art. 142 del CC, obligaciones que se transmitirán a los herederos en caso de muerte de la cesionaria. Se acordó que dichas obligaciones tendrían el carácter de condición a todos los efectos legales, de modo que el incumplimiento total o parcial daría lugar a la resolución de la cesión, sin que la cesionaria pudiera, en tal caso, reclamar cantidad alguna por los servicios o alimentos prestados. En virtud de nueva escritura otorgada el 23 de enero de 1980, los cedentes, estimando que sus derechos se encontraban suficientemente garantizados por la reserva de los usufructos vitalicios y las obligaciones contraídas por la cesionaria, renunciaron a la condición resolutoria estipulada a su favor. Tras el fallecimiento de Juana P.C., su marido demanda la resolución del contrato de cesión por incumplimiento de la cesionaria, lo que fue desestimado por el Juzgado, pero admitido en Apelación. (I.G.P.).

**6. Contratos privados y contratos administrativos: Criterios de calificación.**—La doctrina científica y la jurisprudencial atienden básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de manera que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y, por lo mismo, corres-

pondiente a sus funciones peculiares, sentido claro que igualmente inspira el artículo cuarto de la Ley de Contratos del Estado de 17 de marzo de 1973, cuya regla segunda comprende la actuación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su competencia funcional. Criterio diferenciador que había sido ampliamente desarrollado por la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1982 al establecer que, para la caracterización de los contratos administrativos, ha de seguirse el criterio de que cuando, lo que un sector doctrinal ha llamado con expresión feliz, modulación del contrato por la Administración —variantes introducidas por su presencia en la genérica institución contractual—, alcanza cierta intensidad es predicable la atribución a la jurisdicción contenciosa de los litigios que versen acerca del contrato en tal situación, debiendo ponderarse dicha modulación en el ámbito de actuación que a la Administración le corresponde como propio de sus funciones peculiares. La legalidad española sufrió una importante innovación después de la Ley de Contratos del Estado, modificada por la de 17 de marzo de 1973 al ampliar el campo de los convenios que deben reputarse contratos administrativos, que no se limitan a los que tengan por finalidad «las obras y servicios públicos de todas clases» a que se refiere el texto del art. 3.º-a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, hasta alcanzar aquellos otros que tengan tal carácter por declaración legal o por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo. Además, y muy principalmente, la Ley de 17 de marzo de 1973 sustituye, en materia de supletoriedad, el tradicional criterio de la aplicabilidad de las normas administrativas sólo como excepción a la normativa de derecho común, por el principio de autointegración del propio ordenamiento administrativo que, en la materia de contratos, ha de considerarse ya dotado de un verdadero derecho objetivo autónomo, al establecer el art. 4.º, regla 2.ª de la Ley de Contratos del Estado que en caso de silencio contractual o legal sea la misma Ley o los principios generales derivados del Ordenamiento administrativo los que, en preferente lugar rijan como supletorios. (STS de 28 de octubre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—En 1973, «Faditex, S. A.», compra un solar en un polígono industrial, figurando como vendedor el Instituto Nacional de Urbanismo. La compradora demanda al vendedor (Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda) para que se realicen las obras de urbanización acordadas. En primera instancia y en apelación se condena al demandado a ejecutar las obras necesarias. El Tribunal Supremo admite el recurso al apreciar que el conocimiento de la cuestión corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. (I.G.P.).

**7. Resolución de una compraventa de acciones. Improcedencia cuando el hecho obstativo del incumplimiento es imputable a un terce-**

**ro, no a una de las partes.**—Nuestro Tribunal Supremo viene considerando necesario para la aplicación del art. 1.124 del CC, «una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente, bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien en una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente». Si bien esta doctrina ha sido matizada en el sentido de exigir que el resultado del incumplimiento de una de las partes de las obligaciones que a ésta le incumben sea grave y le sea imputable, habiéndose producido como consecuencia de una conducta obstativa de ésta que, de un modo indubitado, ha originado una actividad que puede ser, en su caso, omisiva y que puede consistir en una prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante. (STS de 30 de marzo de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**—Se promueve demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró, sobre la resolución de un contrato de compraventa de acciones. La parte demandada suplicó la desestimación de la demanda basándose en que el complemento del precio que debía satisfacer no se había hecho por causas a él no imputables y a su vez formuló reconvencción, solicitando que se estimase que el precio pagado por las acciones era el de cinco millones de pesetas. Según queda acreditado en el recurso, este complemento del precio de compra se debía hacer tomando como base el patrimonio social neto de la sociedad —reduciendo de dicha cantidad la cifra de treinta y un millones de pesetas dividido por cuatro— y el balance social no había sido entregado a los demandados por el administrador de la misma, pese a sus requerimientos. Por tanto, la causa del incumplimiento ni era imputable a la actora, quien ya había perdido la condición de accionista, ni a la parte demandada, sino que se debía a un acto propio de un tercero, el administrador de la sociedad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró decretó la resolución del referido contrato de compraventa de acciones y estimó la reconvencción en cuanto al precio pagado por las acciones. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó los recursos interpuestos por ambas partes. El Tribunal Supremo estimó el recurso y casa parcialmente la sentencia en el sentido de desestimar la demanda, confirmándola en lo demás. (V.M.L.).

**8. Impugnación de honorarios del abogado por indebidos. Costas procesales.**—Como señala nuestro Alto Tribunal, el crédito de costas es una obligación de origen legal a la espera de que la sentencia la imponga, de cuantía indeterminada pero determinable (basta tomar como patrón el art. 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los arts. 423 y

429 del mismo texto). Este mismo Tribunal ha precisado en este fallo que no todos los gastos que origina el proceso son costas, por cuanto de las costas debían excluirse las partidas que no obedecieran a actuaciones precisas, concretas o útiles y aquellas otras que fueran consecuencia de intereses particulares de la parte. Por otra parte, el crédito de costas no depende de que el beneficiado con ella pague o no a su abogado. El procedimiento privilegiado para exacción de honorarios (art. 12 en relación al 8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sólo legitima al abogado frente a su cliente moroso en el plano de la relación contractual de servicios y no es aplicable a la exacción de un crédito entre partes procesales en ejecución de sentencia y como un aspecto más de ella. (STS de 24 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La parte condenada en costas como consecuencia del recurso de casación de fecha 3 de mayo de 1988 impugnó la tasación de costas practicada por la parte contraria, al considerar como indebidos y, en su caso, excesivos los honorarios de su Letrado.

El Tribunal Supremo declaró debidos estos honorarios y, rechazando la impugnación interpuesta, dio trámite a la impugnación por excesivos. (V.M.L.).

**9. Compraventa de inmueble: Arras penitenciales. Interpretación: Actos posteriores al contrato.**—Resulta esencial interpretar la frase «como señal y parte del precio» con base en la norma del apartado primero del art. 1.281 CC, y resulta evidente que la literalidad de la misma, atendida a sus propios términos, no permite estimar que la cantidad de cien mil ptas., constituida por el talón nominativo que se reseñaba, fuese representativa, pura y simplemente, de una «entrega a cuenta del precio», ya que, en tal caso, la tan repetida frase supondría una notoria redundancia, lo cual no sucedería si la palabra «señal» se entendiese como sinónima de «arras», sin que pueda olvidarse al respecto la equivalencia en que son empleados los vocablos «arras» y «señal» en el art. 1.454 CC, siendo otro argumento favorable a la indicada sinonimia el insignificante importe del talón recibido en comparación con el total precio de la venta, 100.000 pts. y 9.250.000 pts. respectivamente. Interpretación que se refuerza con base en el art. 1.282 CC, pues dentro de los llamados actos posteriores, bien inmediatos al contrato, son de destacar: a) la falta de cobro del talón entregado, y b) la carta remitida por la vendedora al comprador, por conducto notarial, en la que se manifiesta la imposibilidad de venta del piso. Así, conjugando los factores que han sido objeto de hermenéutica y valorándolos de una manera racional y crítica, es de llegar a la conclusión de que la entrega dineraria efectuada por medio de talón bancario en el contrato litigioso lo fue en el concepto de arras penitenciales que se autorizan en el art. 1.454 CC, lo que facultaba a los contratantes a un posible desistimiento o retractación de lo

convenido, por lo cual la interpretación de la sentencia recurrida no careció de sentido lógico, sin que el resultado exegético de la presente pueda quedar desvirtuada por la doctrina jurisprudencial concerniente a que las arras tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva, toda vez que en el presente caso se evidencia que concurrió una voluntad en pro de contratar bajo la mediación de arras penitenciales. (STS de 16 marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.—Una doble consideración merece esta sentencia, de una parte constatar que se trata de un supuesto «de libro» como se comprueba leyendo la carta que la vendedora dirige al comprador veinte días después de haber firmado el documento privado de compraventa, en la que expone las razones para desistir del contrato (se transcribe sucintamente en el primer FD); de otra, el serio esfuerzo que ha de hacer el TS para situarse fuera de la interpretación restrictiva predominante en materia de arras penitenciales. En este caso lo ha hecho brillantemente el Ponente Barcla y Trillo-Figueroa, y ello debe destacarse. La sentencia es plenamente de aprobar. (G.G.C.).

**10. Compraventa de plazas de garaje en comunidad romana: *Aliud pro alio* y no saneamiento por vicios: prescripción de la acción.**—Lo que adquirirían los compradores eran unos espacios físicos para ser destinados a plazas de garaje, lo que significa que el inmueble se transmitía para un fin concreto y específico, que no pudo alcanzarse por haber modificado el vendedor las instalaciones previstas en el proyecto de obra, con lo cual el local no reunía las condiciones exigidas reglamentariamente para su habilitación al fin perseguido por su venta; no concurren los presupuestos de hecho del art. 1.490 CC, pues no se trata del ejercicio de una acción edilicia de saneamiento por vicios de la cosa vendida, sino de incumplimiento de contrato por haberse entregado una cosa que por circunstancias objetivas integradas en la causa del contrato, resulta inhábil para el fin previsto; según SS de 26 de mayo y 26 de octubre de 1990 se da lugar a entrega diversa cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, dado que éste no puede obtener el fin económico del contrato, como declara la S. de 15 de julio de 1987; el plazo de prescripción de la acción es el de quince años del art. 1964.

**Móvil impulsivo y determinante elevado a causa del contrato.**—A la misma conclusión se llega bajo la perspectiva de la doctrina jurídica de la causa en cuanto que la finalidad perseguida por los compradores de utilizar el inmueble adquirido para plazas de garaje no puede degradarse a mero motivo subjetivo del contrato, sino que fue la causa impulsiva y determinante, y así se expresó en los respectivos contratos elevados a escrituras públicas; móvil impulsivo y determinante que la doctrina de esta Sala considera como causa jurídica en concepto de finalidad concreta perseguida

por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad.

**Legitimación del comunero.**—Es doctrina inconcusa y constante de esta Sala que no se da la falta de legitimación en el actor, aunque no se haya hecho constar en la demanda de manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma; la legitimación activa del comunero, en cualquier clase de comunidad, incluso en la propiedad horizontal, viene determinada por su fundamento en el derecho material ejercitado y por el resultado provechoso pretendido, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor. (STS de 8 abril de 1992, no ha lugar).

NOTA.—Un caso más de la conocida doctrina del *aliud pro alio* que puede considerarse consolidada en la jurisprudencia de la Sala 1.ª, y lo propio puede predicarse de la legitimación procesal del comunero en cualquier modalidad comunitaria. (G.G.C.).

**11. Arrendamiento de almacén: Sustitución de la entidad arrendataria, consentida por las partes contratantes: Subsistencia del vínculo arrendaticio.**—Aunque inicialmente el vínculo arrendaticio de que se trata fue constituido con la entidad «Dimasa» en concepto de arrendataria, sin embargo, habiendo cesado en su actividad pasó a ejercer la posesión arrendaticia sobre el local la empresa «Cedinsa», creándose una actuación consentidora por el representante de la inicial arrendataria, de una sustitución formal, y acaso también material, en dicha posición jurídica, en favor de la segunda, que ha de entenderse válida en cuanto al arrendador al no rechazarla, al serle indicado que la demanda de desahucio por falta de pago debía dirigirla contra la entidad subrogada, y también al haber aceptado una transferencia suya de pago de renta, y en cuanto al arrendatario inicial por ser precisamente su representante quien indicó al arrendador el cambio experimentado en la relación arrendaticia.

**Actos propios.**—Se premiaría la mala fe de quien, teniendo reconocido que cesó en la actividad en el local cuestionado, la cual pasa a ser desempeñada por otro, pretende luego desdecirse tratando de restablecer un vínculo arrendaticio que reconoció haberse extinguido con aceptación del arrendador, vulnerando el esencial principio de derecho procesal de que nadie puede ir contra los propios actos, y pretendiendo, contrariándolo, alterar los normales efectos ejecutorios de una sentencia firme dictada contra la entidad que le había sustituido en el vínculo arrendaticio, sin oposición del arrendador.

**Nulidad del juicio de desahucio por falta de pago instado contra el arrendatario actual. Cosa juzgada de la sentencia.**—El efecto de cosa juzgada de la sentencia de desahucio por falta de pago, dictada contra el nuevo arrendatario, en nada afecta al inicial que se desvinculó del contrato,

y por tanto es inadmisibles la pretensión de nulidad que interesa de tal juicio, que indudablemente produce sus normales efectos, en relación al local en cuestión, entre el arrendador y el actual ocupante del mismo, la entidad «Cedinsa», por derivación de la transmisión del vínculo arrendaticio que a su favor hizo, sin oposición del arrendador, la inicial arrendataria «Dimasa».

**Tutela judicial efectiva.**—No se viola este principio constitucional por el hecho de que el inicial arrendatario quedara desvinculado voluntariamente de la relación arrendaticia, no afectándole, en consecuencia, el juicio de desahucio interpuesto posteriormente contra el nuevo arrendatario.

**Eficacia relativa del contrato.**—Ciertamente el art. 1.257 CC sanciona que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, pero ello no impide que los produzcan respecto a quien en el contrato ha sustituido a uno de los contratantes, pues la S de 14 de marzo de 1928 reconoce que el contrato también obliga al sucesor a título particular, y en el presente caso «Cedinsa» pasó a adquirir la titularidad arrendaticia sobre el local que inicialmente había concertado «Dimasa».

**Abuso de derecho.**—Requiere para su apreciación el uso de un derecho objetivo y externamente legal, con daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, e inmoralidad o antisocialidad de ese daño, de tal manera que, como pone de relieve la S de 26 abril de 1976, es una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan la protección jurídica; pero estas circunstancias no se dan en el presente caso, toda vez que si se produjo el desplazamiento del vínculo arrendaticio en favor de «Cedinsa», ningún abuso de derecho se produce demandándola por falta de pago al estar legitimada para ello, pues ninguna norma prohíbe, ni es contrario a derecho, ni fraudulento, demandar a quien está obligado al pago de la renta o merced arrendaticia.

**Sociedad Anónima arrendataria no inscrita en el registro mercantil.**—Tal hecho no implica la nulidad del juicio de desahucio por falta de pago, dado que la obligación del pago de la renta no trae causa de la legalización formal del ente social, que la inscripción registral significa, sino de la posesión efectiva del local arrendado.

**Bienes depositados en local arrendado objeto de desahucio: Indemnización de daños y perjuicios.**—El arrendatario inicial, desvinculado del contrato, no tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios por los bienes de su propiedad depositados en el local desalojado por no haberse probado ningún menoscabo en los mismos durante su permanencia en dicho local, ni tampoco sería procedente porque pudo haberlos retirado y no los retiró desde que fue requerido para ello. (STS de 14 marzo 1992; no ha lugar).

NOTA.—Supuesto de hecho bastante complejo que la S extractada logra desenmarañar con acierto (Ponente Santos Briz). Hay un

contrato de arrendamiento de una nave destinada a usos industriales (al parecer, almacén de maquinaria), respecto del cual no se aclara en la S si está, o no, sujeto a la legislación especial, aunque en el razonamiento empleado se invocan —ciertamente, no con carácter esencial— preceptos de la LAU; se obvia el cumplimiento de los requisitos legales del traspaso y se da por realizada una sustitución de la entidad arrendataria con anuencia de todas las partes implicadas en el contrato inicial. Parece que entre ambas entidades arrendatarias hay coincidencia de algunas personas. También media un proceso penal con sentencia absolutoria. Lo único claro es que el inicial arrendatario trata de volverse atrás de su voluntaria desvinculación del contrato y utiliza toda clase de argumentaciones para lograr su propósito. Pese a la indeterminación de algunos puntos, la solución parece acertada. (G.G.C.).

**12. Arrendamiento de local de negocio celebrado el 29 de abril de 1985: Sujeción a prórroga forzosa.**—El contrato de arriendo de 29 de abril de 1985, si bien su clausulado incluyó como término de duración el de dos años, tal pacto no ha de reputarse válido y carece de eficacia en el particular, ya que el convenio estaba afectado de la prórroga obligatoria para el arrendador, establecida como derecho irrenunciable en el art. 57 y concordantes de la LAU, de 1964; en consecuencia el arriendo no finalizaba el 29 de abril de 1987, y tampoco estaba sometido al régimen de libertad temporal que estableció el art. 9.º del Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, que entró en vigor el día de su publicación en el *BOE*, que correspondió al 9 de mayo de 1985, disciplinando los arrendamientos conforme a las leyes de mercado.

**Interpretación de cláusula adicional.**—La cláusula adicional, fechada el 29 de abril de 1987 e inserta en el mismo cuerpo documental del contrato, contiene, con respecto a éste, dos variaciones expresamente convenidas: una que corresponde a la elevación de la renta, que pasa de 60.000 pts. a 65.000 pts mensuales, y es consecuencia del pacto revisorio contenido en el contrato originario, y otra relativa a la renovación de la locación por un año más; a esta cláusula adicional el recurrente pretende atribuirle naturaleza y eficacia de convenio nuevo que extingue y sustituye el anterior preexistente, y que requiere interpretación.

**Elementos esenciales del contrato de arrendamiento urbano.**—Los elementos esenciales sobre los que se proyectan los contratos de arrendamientos urbanos son la cosa que se cede y el precio que se percibe por ello (arts. 1.543 y 1.546 CC), si bien éste puede sufrir alteraciones por las incidencias de las cláusulas estabilizadoras, que, en la dinámica del contrato, suelen llegar a representar variaciones muy apreciables para los precios que inicialmente se concertaron. La discutida cláusula adicional introdujo evidentemente variaciones en el contrato relacionante, por lo que procede analizar su alcance.



**Doctrina general sobre la novación.**—La novación representa en términos generales un cambio en la relación negocial obligatoria, que cuando es esencial y de manera muy primordial, porque así expresamente se recoja en el nuevo convenio el *animus novandi* de las partes interesadas que lo introducen, tiene consideración de extintiva, la que en todo caso han de declarar expresamente los otorgantes como condición indispensable para que tal novación sea operativa conforme establece el art. 1.204 CC; la doctrina de esta Sala interpreta restrictivamente el concepto de novación, y nuncā se presume, de tal manera que no puede declararse en virtud de sólo presunciones por muy razonables que se presenten éstas (SS de 24 de febrero de 1964, 11 de febrero de 1965, 2 de junio de 1968 y 25 de enero de 1991).

**Carácter modificativo de la novación del contrato en cuanto a la renta.**—La referida cláusula adicional no reúne los requisitos de constituir un nuevo contrato que sucediera al precedente, ya que, aparte de la forma material como aparece exteriorizada, sólo contiene la alteración apreciable de la actualización convenida de las rentas, pues la nueva prórroga que se pactó por un año más al arrendamiento, está viciada de nulidad, al regir para el mismo el régimen de prórroga forzosa irrenunciable para la recurrida; el elemento esencial de la relación arrendaticia sigue siendo idéntico y similares las condiciones con las que se cedió; como han declarado las SS de 27 de febrero de 1965 y 23 de julio de 1991, la simple alteración de la renta no determina necesariamente la renovación del contrato; por todo lo expuesto ha de entenderse novado de modo sólo modificativo, no por extinción objetiva, el contrato de 29 de abril de 1985, que continúa subsistente y vinculante para las partes que lo suscribieron, sin más que el aumento en el precio de la renta mensual conforme se pactó y recoge dicho acuerdo, que es sólo complementario del pacto inicial, en cuanto lo actualiza a efectos económicos. (STS de 18 de marzo 1992; no ha lugar).

NOTA.—Nada que objetar a esta sentencia «pedagógica» de que ha sido Ponente Villagómez Rodil. La mera proximidad cronológica a la promulgación del Decreto-Ley Boyer no obliga a modificar las normas imperativas sobre entrada en vigor de las leyes. La única posibilidad que tenía el recurrente para que se estimara su impugnación (por cierto, las sentencias de instancia eran conformes) era lograr demostrar que la cláusula adicional implicaba una novación extintiva; tarea ardua, por no decir imposible, a la vista de una doctrina bien consolidada que la S. extractada se limita a recordar. Con todo, y aunque el argumento resulta empleado *obiter*, el 4.º FD contiene una interpretación del ya famoso art. 9.º de Decreto-Ley Boyer que interesa recoger: «La referida disposición legal, si bien en forma relativamente aparatosa se encabeza como “supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos”, determina una meditada interpretación para cada caso concreto, pues las normas

han de ser racionalizadas en su aplicación, y precisamente el adverbio *forzosamente*, que contiene el Decreto-ley, da paso a dos regímenes de contratos arrendaticios: a) El que se rige por el Decreto-ley citado y con libertad de estipulación en su duración, y b) el general y limitativo de los derechos del arrendador, de la vigente LAU, que en todo caso se mantiene y no ha sido objeto de derogación si expresamente se pacta, es decir, que el Decreto-ley no suprime la prórroga forzosa para los arrendamientos urbanos; lo que sucede es que cabe su abrogación por las voluntades negociales manifiestas de los interesados al celebrar un pacto de arriendo, en el que el arrendatario renuncia y se somete a la vigencia temporal, que libremente se estipule, lo que resulta correcto y adecuado, conforme a los principios generales de la contratación. De esta manera surgen arriendos sin sujeción a prórroga forzosa, que tienen una vida de realización fuera del ámbito de la duración obligatoria que mantiene la LAU, pues, en todo caso, el Decreto-ley de referencia no prohíbe expresamente que puedan celebrarse contratos al amparo de la citada ley especial y por ello sometidos a prórroga forzosa».

Se defiende aquí una exégesis del aludido precepto que resulta irrelevante para la solución del caso, pues ha quedado razonado convincentemente que el contrato en cuestión queda fuera de la aplicación del Decreto-ley, pero que puede tener gran importancia práctica para los contratos posteriores hasta que entre en vigor la ley que actualmente se debate en las Cortes. Se sostiene ser conforme a los principios generales de la contratación el pacto de sujeción a la prórroga forzosa; ¿también durante tres generaciones? ¿una duración indefinida no desnaturaliza el contrato de arrendamiento de cosas? Por otra parte, la exigencia de que el pacto excluyente de la prórroga forzosa sea expreso plantea el problema del silencio de las partes al formalizar el contrato; tal silencio puede obedecer a muchos motivos, y hay tantas razones para interpretarlo en un sentido como en otro. Tampoco es desdeñable el riesgo que supone la posibilidad de pacto implícito o presunto, a tenor de las circunstancias. Sin duda el TS se ha inclinado, en este punto, por una generosa interpretación *pro locatario*. Quizá pudiera concluirse gráficamente que «la sombra de la LAU es alargada», y que ello puede ser indicio de las dificultades interpretativas que la nueva normativa puede encontrar en su aplicación judicial, si llega a convertirse en ley. (G.G.C.).

**13. Arrendamiento de industria. Revisión posterior por los Tribunales de la facultad resolutoria del art. 1.124 CC, si no es aceptada por la otra parte.**—Según doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de 1 de junio de 1987, 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 12 de marzo y 4 de abril de 1990, entre otras), «es, efectivamente, la de que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en vía judicial,

sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva —claro está— (y esto parecen haberlo olvidado los recurrentes al articular el motivo) de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada».

**Error en la apreciación de la prueba.**—El Tribunal Supremo no estimó este motivo. Por un lado, porque los documentos básicos del pleito (y el contrato de arrendamiento invocado lo era) no pueden servir de soporte a este medio impugnatorio. Y fundamentalmente, porque no se puede sacar del contexto una no muy afortunada expresión de la sentencia recurrida, en la que entre paréntesis se hace mención a «la parte de la renta impagada...», pretendiendo los recurrentes orientar la causa de resolución del contrato al incumplimiento por parte de los arrendatarios de su obligación de pago anticipado de parte de la renta, cuando de los autos aparece probado y valorado posteriormente en la sentencia recurrida en una extensa motivación, que los arrendadores, al dar por resuelto unilateralmente el contrato mediante carta notarial, no se basaron para nada en ese supuesto incumplimiento, sino en otros totalmente distintos, que luego han resultado injustificados e inexistentes. (STS de 30 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Celebrado un contrato de arrendamiento de industria o negocio de un bar-restaurante, durante tres temporadas turísticas —comprendidas entre el 1 de abril y el 31 de octubre de los años 1987, 1988 y 1989— (en el que únicamente se especificaba la forma y plazos de la primera temporada, remitiéndose las demás a esta primera y señalando que las letras se entregarán antes del 1 de octubre de cada temporada), tras finalizar la primera temporada, los arrendadores remitieron a los arrendatarios una carta, por conducto notarial, dando por rescindido unilateralmente el contrato por incumplimiento del mismo. Estos últimos se opusieron a tal rescisión, haciendo el correspondiente ofrecimiento de pago de la renta para la siguiente temporada. Sin embargo, los arrendadores no entregaron el 1 de abril de 1988 la posesión del negocio arrendado.

Con base en estos hechos, los arrendatarios promovieron contra los arrendadores el proceso del que este recurso dimana, solicitando, como pedimento principal, la declaración de validez y subsistencia del contrato de arrendamiento y la condena de los demandados al cumplimiento del mismo, con indemnización de perjuicios y, como pedimento subsidiario, la resolución del contrato por incumplimiento de los demandados y por condena de los perjuicios causados. Por su parte, los arrendadores demandados, además de oponerse a la demanda y pedir su absolución, formularon reconvencción solicitando que se declarase ajustada a Derecho la resolución del contrato hecha

por ellos mediante carta, con condena a la correspondiente indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gerona estimó en parte la demanda principal y desestimó la reconvencional, declarando rescindido el contrato de arrendamiento de industria por incumplimiento de los arrendadores-demandados de entregar el negocio objeto del contrato, condenándolos, además, a los daños y perjuicios que resultasen acreditados en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó esta sentencia. El Tribunal Supremo no apreció el recurso de casación. (*V.M.L.*).

**14. Sistema de *numerus clausus* en las causas de resolución del contrato de arrendamientos urbanos según la LAU.**—La LAU al regular las causas de resolución, implantó un sistema de *numerus clausus*, haciendo en el art. 141 un catálogo exhaustivo, por lo que no pueden crearse otras por las partes, ya que el sistema rigurosamente limitativo adoptado por el art. 114 no permite invocar causas de resolución no prevista en el mismo, o sea que, en definitiva, no hay otras causas de resolución que las establecidas en este precepto, quiere decirse que, en lo que ahora interesa, ha de tratarse estrictamente de «obras que modifiquen la configuración de la vivienda o del local de negocio, o que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción».

**Obras que no afectan a la configuración del local de negocio.**—La mera sustitución del pavimento no constituye una obra que modifique la configuración del local, pues configuración de una cosa es la disposición de cada una de sus partes componentes en relación con las demás, así dado que no se introduce ningún cambio en la distribución del espacio arrendado, con referencia a su forma, ni se cambia su aspecto peculiar, sino que, como la Sala *a quo* declaró con acierto, se trata «de unas meras obras de mantenimiento y conservación». (STS de 12 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—La demandante-recurrente arrendó en su día un local de negocios a la demandada y posteriormente planteó demanda con el fin de resolver el contrato de arrendamiento alegando la realización de obras por parte del arrendatario sin su consentimiento. En las dos primeras instancias desestimaron la demanda. (*E.S.M.*).

**15. Apreciación de oficio de procedimiento inadecuado.**—La apreciación de procedimiento sólo puede declararse *ex officio*; cuando por error del procedimiento inadecuado seguido se afectara a la competencia objetiva o funcional que éste si es un presupuesto de obligada, estricta y necesaria observancia, conforme a lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o cuando, por su carácter más restrictivo, por referencia al juicio ordinario declarativo, ya sea por sumariedad, ya sea por especia-

lidad, suponga para las partes una merma de garantías respecto del que debió seguirse, pues lo contrario significaría vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

**Procedimiento competente para ejercitar la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento celebrado después del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985.**—Aunque la remisión genérica del apartado 2 del artículo 9.º del Real Decreto-Ley 2/1985 conduce frente a la salvedad que realiza respecto del extremo concreto de la prórroga forzosa a las «disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos», el artículo 151 del Texto refundido de la Ley especial, interpretado en conexión con el apartado 1 del artículo 9.º ya citado, al excluir del régimen procesal de la Ley de Arrendamientos Urbanos las acciones fundadas en derechos no reconocidos en la misma, parece operar una mera remisión, esta vez, a lo dispuesto en las leyes procesales comunes; conforme a esta segunda remisión, y en atención a lo que se ejercita, es una acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local, cuyo objeto es un establecimiento mercantil, fundada en la expiración del plazo contractual y de renta anual superior a cincuenta mil pesetas, el juicio a seguir hubiera debido ser el de desahucio por la tramitación que regula la Sección Tercera del Título XVII, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Comparación entre el juicio de desahucio y el juicio especial arrendaticio.**—El conocimiento de ambos procesos corresponde, según igual competencia objetiva a los Jueces de Primera Instancia y el régimen de recursos es sustancialmente idéntico, en lo que al caso debatido concierne, aunque con un plus de garantías a favor del juicio especial arrendaticio, puesto que la apelación se tramita por el cauce reservado a la apelación de los incidentes, como ocurre con el juicio de desahucio y el recurso de casación reviste mayor amplitud por razón de la cuantía en el primer caso que en el segundo. Si nos detenemos en el análisis de la naturaleza y estructura de cada proceso se logra el mismo resultado en favor del juicio especial arrendaticio, pues no cabe olvidar la sumariedad insita en el juicio de desahucio frente a la plenitud del juicio, aunque especial, declarativo y el carácter conminatorio de la llamada a juicio verbal, más onerosas, en sus consecuencias para el demandado incompareciente, del repetido juicio de desahucio, que luego continúa por las secuencias de los incidentes, pero con un plazo probatorio más reducido. (STS de 10 de octubre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—La parte demandante-recurrente era arrendadora de un local de negocio e interpuso demanda con el fin de resolver el contrato de arrendamiento por haber expirado el término convencional fijado para su duración y las prórrogas habidas por tácita reconducción. El contrato se había celebrado estando ya vigente el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985. En primera instancia se estimó

la demanda en su totalidad; apelada la sentencia, la Audiencia la revocó, desestimando la demanda presentada, sin pronunciarse sobre el fondo del pleito por inadecuación del procedimiento. (*E.S.M.*).

**16. Arrendamientos concertados por el usufructuario. Aplicación de la LAU.**—Conforme al artículo 480 del Código Civil, los contratos de arrendamiento celebrados por el usufructuario se resolverán al fin del usufructo. Ahora bien, cuando dichos arriendos tienen por objeto fincas urbanas, en este caso un local de negocio, la normalidad de la dinámica de dicho derecho real quiebra y resulta derogado el Código Civil, aunque una primera jurisprudencia de esta Sala no lo entendió así y se resistió a tal situación (Sentencias de 14 y 19 de mayo de 1952, 8 de junio de 1953 y 8 de febrero de 1959, entre otras); por lo que se produce la subsistencia de la locación arrendaticia, al resultar los contratos amparados por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

**Subrogación del heredero en la posición del arrendatario en virtud del art. 60 de la LAU.**—Se trata de una prerrogativa otorgada por la Ley Especial al heredero en favor del mantenimiento del patrimonio comercial, y proviene precisamente por su condición de heredero, pero ello no significa que integre un derecho y menos un bien, que formará parte del patrimonio de la causante, transmisible por sucesión, pues el texto arrendaticio es contundente en cuanto expresa que el «heredero sustituirá», es decir, reemplazará y ocupará el lugar del arrendatario premuerto (Sentencias de 19-6-1962, 26-11-1963, 10-2-1967 y 5-5-1971).

**Arrendamiento concertado por el usufructuario. Condiciones gravosas para la propiedad. No subsistencia a la extinción del usufructo.**—Las facultades dispositivas del usufructuario sólo han de tenerse por subsistentes durante la vigencia del usufructo, estando carentes de futuridad; lo que supondría ejercitar unos derechos y hacer uso de unas potestades que no poseía, con agravio claro de los derechos de la propiedad. Las condiciones gravosas pactadas por el usufructuario con la arrendataria tienen vigencia durante el periodo en que subsiste el usufructo. La permanencia en el arriendo por parte de los herederos de la arrendataria reviste una situación realmente excepcional, avalada por la subrogación legal y aplicación de la prórroga forzosa, pero siempre en estos justos límites y ámbitos. No procede ampliación al mantenimiento y vigencia de situaciones pactadas, en las que no tuvieron intervención; los que perdieron toda su eficacia al acabar el usufructo por fallecimiento del titular de este derecho. Las condiciones otorgadas por el usufructuario a la arrendataria tenían proyección concreta, afectaban y favorecían a dicha causante. En todo caso su vigencia se mantuvo durante la subsistencia temporal del usufructo, periclitando al extinguirse éste, por lo que el arriendo se mantiene liberado de dichos otorgamientos y que sí lo harían efectivamente gravoso para la propiedad. Así las cosas, sólo cabe entender la subrogación de los recurrentes en el arriendo, pero no en las condiciones de éste que refiere el contrato

originario. Mantener que dichas condiciones gravosas subsisten tras la extinción del usufructo, supone una interpretación manifiestamente extensiva, a fin de reputarla como notoriamente gravosa para la propiedad y conceder la resolución del arriendo. (STS 22 de junio de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El 6 de febrero de 1934 se constituye por el Ayuntamiento de Segovia, y a favor de F. M., el usufructo de un solar por un plazo de cincuenta años. El usufructuario concertó en 1963 un contrato de arrendamiento de uno de los locales ubicados en el edificio construido sobre dicho solar, contrato cuya resolución se postula por el propietario de la finca y frente a los herederos de la arrendataria, subrogados en su posición en virtud de lo dispuesto en el art. 60 de la LAU. La Audiencia declara resuelto el contrato de arrendamiento, por haberse extinguido el usufructo del arrendador y ser notoriamente gravosas para la propiedad las condiciones del contrato que se pactaron a favor de la arrendataria. El Tribunal Supremo mantiene la subsistencia del arrendamiento, considerando, en esencia, que aquellas condiciones que pudieran ser gravosas para el propietario sólo debían entenderse vigentes mientras subsistiera el derecho del usufructuario otorgante, en la medida en que podía éste reconocer al arrendatario el ejercicio de facultades que estuvieran en los límites —más amplios— de su propio derecho. Además, en el caso de autos, se entienden pactadas *intuitu personae* con la arrendataria, causante de los demandados. Por tanto, a la extinción del usufructo y a la muerte de la arrendataria, el contrato de arrendamiento debía continuar con los favorecidos por la subrogación legal *mortis causa*, despojado de las estipulaciones que pudieran resultar perjudiciales para la propiedad, que dejan paso a la aplicación de las normas de la LAU. (I.G.P.).

**17. La falta de personalidad del demandante como motivo alegable en el recurso de casación.**—La falta de personalidad del demandante, ya derive de su plena incapacidad jurídica, ya se limite a la carencia de la necesaria para actuar con eficacia en el proceso por no acreditar la representación o el carácter que ostenta, y cualquiera que sea la forma en que se esgrima la excepción, constituye siempre un vicio formal *in procedendo* que ha de ser alegado en casación por la vía del quebrantamiento de forma previsto en el núm. 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no por el cauce de infracción de normas sustantivas.

**Improcedencia en la alegación de falta de legitimación activa en el procedimiento.**—No procede impugnar la personalidad o legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida, como ocurre en el presente supuesto.

**Responsabilidad en casos de vicios ruinógenos de una obra motivados por la mala calidad de los materiales.**—Resulta indudable que cuando

la dinámica ruinógena sea debida a la mala calidad de los materiales empleados, como es el caso que nos ocupa, ello entraña, frente a los directamente perjudicados por el arruinamiento de la obra, una responsabilidad múltiple y solidaria, que alcanza al constructor por su negligente y descuidada, cuando no interesada, selección (que es su incumbencia) y posterior utilización de esos materiales de mala calidad, y a los técnicos, por la omisión o incumplimiento de su deber profesional de controlar la calidad de los materiales seleccionados o adquiridos por el constructor, sin perjuicio de que entre ellos (o frente a terceros) puedan plantear reclamaciones tendentes a definir sus respectivas responsabilidades.

**Falta de legitimación del demandado para ir contra sus codemandados.**—Un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otros de sus codemandados, a quienes absuelve la sentencia recurrida y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido (no recurrido) por los únicos legitimados para impugnarlo (los demandantes perjudicados), lo cual se entiende sin perjuicio de las reclamaciones que contra aquellos pueda formular en el juicio correspondiente, si estimare asistirle algún derecho para ello. (STS de 28 de octubre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La parte recurrente, empresa constructora-promotora fue demandada, así como su apoderado, arquitecto y los aparejadores que habían intervenido en la construcción de los edificios de una urbanización por los perjudicados y solicitaban que se les condenara solidariamente a la reparación de los vicios ruinógenos que se habían producido en las obras o, alternativamente, al pago de una cantidad para llevar a cabo dicha reparación. En primera instancia se estimó la demanda contra la empresa promotora-constructora y contra el arquitecto, pero se desestimó con respecto a los demás demandados, apelada la sentencia por la empresa promotora-constructora, la Audiencia confirmó íntegramente la de primer grado. (E.S.M.).

**18. Arrendamiento de obras.**—El art. 1.593 del Código Civil no se quebranta cuando, como en este caso, la propiedad cede al arquitecto la facultad de decidir aumentos de obra y, además, la sentencia ha declarado probado que el consentimiento existió.

**Litisconsorcio pasivo necesario.**—Éste se da, como señala el Tribunal Supremo, «cuando en virtud de un vínculo que une una persona con la relación jurídica material objeto del pleito se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar. Y en el caso de autos la sentencia que condene al dueño de una obra a pagarla no va a obligar en nada a los arquitectos, que no fueron parte del contrato».

**Intereses moratorios.**—Nuestro Alto Tribunal vuelve en este caso a considerar aplicable el principio *in illiquidis non fit mora*, dado que la



cantidad reclamada y la finalmente concedida difieren sensiblemente. (STS de 23 de marzo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—La demandante, «Yaifaro, S. L.», interpuso demanda sobre reclamación de cantidad, 42.492.108 pts., debidos por contrato de arrendamiento de obras, contra don Tomás H. P.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Las Palmas estimó en parte la demanda y condenó al demandado a pagar la suma de 10.000.000 de pts. e intereses legales desde la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas, desestimando el recurso del demandado y estimando en parte el de la actora, condenó al demandado a satisfacer a aquélla la suma de 35.181.503 pts. más los intereses legales desde la interposición de la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto, casa la sentencia recurrida, condenado al recurrente a pagar la suma de 35.181.503 pts. más los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de segunda instancia y más los intereses legales, también incrementados en dos puntos, a calcular sobre la suma de 10.000.000 de pts. desde la fecha de la sentencia de primera instancia que concedió dicha cantidad. (V.M.L.).

**19. Arrendamientos rústicos. Condición de cultivador personal.**—«La configuración de cultivador personal, que confiere consideración de profesional de la agricultura, y concretamente este último carácter, no emana de la llevanza física personal de la explotación de la finca, sino simplemente de actividad en ella con finalidad de que sea explotada, lo que no puede negarse, sin más, a quien está físicamente impedido de trabajar en ella». «La llevanza de la explotación con la ayuda de familiares... posibilita mantener la cualidad de cultivador personal en el arrendatario».

**Pérdida de la condición de cultivador personal y de la de profesional de la agricultura.**—«En la explotación agrícola en cuestión ha habido siempre más de dos asalariados fijos, tanto antes como después de la enfermedad sobrevenida al arrendatario, circunstancia que, a tenor del párrafo primero del artículo 16 de la citada Ley de 31 de diciembre de 1980, interpretado *a sensu contrario*, hacer perder la condición de cultivador personal». «La pérdida del carácter de cultivador personal... en manera alguna es identificada con el de profesional de la agricultura a que se refiere en artículo 17 de la misma Ley».

**Subrogación arrendaticia.**—«La actividad realizada por dicha esposa, supliendo evidentemente la actividad física que no puede llevar a cabo su aludido esposo, en modo alguno puede ser significativo, por sí sólo, de la situación de subrogación arrendaticia... sino simplemente de un comportamiento... del deber de ayuda mutua, y en interés de la familia». (Artículo 67 del Código Civil).

**Extinción del plazo.**—«Procede estimar el motivo que se examina en lo que guarda relación con la pretendida extinción del contrato, objeto del actual debate jurídico, puesto que según revelan las certificaciones obrantes... el demandante solicitó... la revisión de la renta pactada en dicho contrato, e incluso... ya vencido dicho plazo interpuso demanda de desahucio por falta de pago de renta, lo que evidencia que extinguidos los seis años de plazo iniciales siguió vigente tal contrato».

**Congruencia.**—«Habiendo peticiones comprensivas de extremos alternativos y subsidiarios sin establecer entre ellos ningún orden de prelación, la Sala sentenciadora de instancia, cual ha sucedido en el presente caso, ha podido atenerse a uno de ellos sin salirse de la debida congruencia» (SS 26 de julio de 1987, 23 de noviembre de 1917, 19 de enero de 1919, 23 de mayo de 1933, 30 de octubre de 1951 y 11 de junio de 1955). (STS de 2 de marzo de 1992).

HECHOS.—D. Fernando, propietario de una finca rústica, interpone contra D. José Luis y su esposa doña María Teresa una demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento, articulando su demanda en varios puntos (pérdida de la condición de profesional de la agricultura, extinción del contrato por finalizar el plazo, cesión o subrogación improcedente e infracción de las normas contractuales). El Juzgado estima la demanda en base a la pérdida de la categoría de profesional de la agricultura de D. José Luis. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. Prospera el recurso de casación. (A.M.B.).

**20. La remisión a los usos locales, reglamentos y ordenanzas en los artículos 551 y 590 del Código Civil. Acreditación. Invocación ante los órganos de la jurisdicción civil.**—El examen de la eventual infracción de los reglamentos y ordenanzas generales o locales a los que se alude en el artículo 551 del Código civil es tarea de exclusiva atribución administrativa, por lo que la jurisdicción civil carece de facultades en lo atinente a su aplicación. Respecto de los usos locales a los que reenvía el artículo 590 del Código, con carácter previo a la estimación de cualquier posible infracción de los mismos es preciso obviamente que se haya procedido a su acreditación. En todo caso, la hipotética vulneración de unos u otros no puede ser apreciada en el orden civil como infracción de leyes sustantivas civiles, por cuanto las citadas disposiciones del Código civil tienen el carácter de normas en blanco.

**Responsabilidad extracontractual. Indemnización de daños y perjuicios.**—La determinación, en su caso, de la existencia de responsabilidad con base en los artículos 1.902 y 1.908 del Código Civil requiere como premisa irreversible la acreditación previa de los daños y perjuicios cuya reparación se reclama. (STS de 18 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Los demandados habían venido construyendo durante los últimos tres o cuatro años vaquerías, corrales y establos frente a la casa perteneciente al actor, así como frente a un corral de ganado y una huerta aneja de su propiedad. En su demanda, basada —a falta de ordenanzas locales o normas subsidiarias de planeamiento urbanístico— en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y en unos pretendidos usos locales de buena vecindad, reclamaba una indemnización por daños y perjuicios, así como el establecimiento de medidas que evitasen daños futuros. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, absolviéndose a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma, fallo que fue luego confirmado en sede de apelación ante la Audiencia Provincial. (R.S.A.).

#### 4. DERECHOS REALES

**21. Acción declarativa de dominio: Finalidad y requisitos comunes con la acción reivindicatoria.**—La acción declarativa de dominio, que al igual que la reivindicatoria se destina a la protección del derecho de propiedad, trata de obtener una mera declaración o constatación de que el actor es propietario de la cosa, sin exigirse que el demandado sea poseedor ni, por tanto, pretendiéndose recuperar dicha posesión. Por eso el actor puede estar exento de probar la posesión por parte del demandado, pero no de probar el hecho jurídico que dé existencia a su derecho de propiedad.

La acción declarativa de dominio tiene, pues, como requisito común con la reivindicatoria, la justificación de un justo título de propiedad, debiendo dictarse sentencia absolutoria en el caso de que el demandante no acredite su título.

Por otra parte, esta Sala también tiene declarado (sentencia de 9 de diciembre de 1961) que la acción declarativa de propiedad exige los mismos requisitos que la reivindicatoria, entre los que figura la posesión de la cosa, o al menos una posición frente al dominio cuya declaración se insta que lo hagan dudoso o lo desconozcan.

**Resolución de Jurado Provincial de Montes en Mano Común sobre titularidad y aprovechamiento de montes y campos y competencia de la jurisdicción ordinaria en cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales.**—Siendo las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales de la competencia de los Tribunales de justicia, la resolución de un Jurado Provincial de Montes en Mano Común no produce efectos de cosa juzgada material ni obsta para que pueda obtenerse a través de una sentencia de la jurisdicción ordinaria la correspondiente declaración de dominio.

**Exceso o defecto de jurisdicción e incongruencia de las sentencias. Cauce procesal para alegar la incongruencia en sede casacional.**—La mayor o menor congruencia de una sentencia no afecta a la competencia si ésta la tiene el Tribunal por razón de la materia. La incongruencia afecta a la conformidad del fallo con lo pedido en los escritos fundamentales de la litis, de ahí que el vicio de incongruencia consistente en no haber resuelto el juzgador todas las cuestiones deducidas por las partes, no debe confundirse con el defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

La incongruencia de las sentencias ha de ser alegada en casación por el cauce procesal del artículo 1.692.3.º y no por el 1.692.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, no contradichos por otros elementos probatorios, que demuestren la equivocación del juzgador.**—La alegación de un error de hecho en la apreciación de la prueba, basada en el artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de resultar del documento en el que se pretende apoyar, documento que además de no resultar contradicho por otras pruebas, ha de resultar literosuficiente, esto es, no necesitado de interpretaciones, deducciones ni mucho menos combinación con otros documentos.

**Indemnización de daños y perjuicios: Existencia y prueba.**—La existencia y prueba de los daños es cuestión de hecho sometida a la apreciación del Tribunal de instancia, aunque su cuantía puede dejarse para fijarla en ejecución de sentencia, pero no se puede tratar de probar en casación la existencia de unos daños que el Tribunal *a quo* no ha deducido de las pruebas practicadas en autos.

**Objeto del examen casacional: Invocación de nuevas disposiciones.**—El recurso extraordinario de casación versa sobre si el Tribunal *a quo* infringió la ley, no siendo posible aplicar en dicha sede disposiciones no invocadas en la fase alegatoria del pleito. Caso contrario quedaría este recurso privado de su naturaleza, de ser defensa y salvaguardia de la ley aplicada por los Tribunales inferiores. (STS de 24 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Un grupo de vecinos, actuando en nombre propio y en representación de su pequeña comunidad rural, demandaron al Ayuntamiento y la comunidad de vecinos de un pueblo próximo, sobre declaración de propiedad de unos montes vecinales, alegando que desde tiempo inmemorial los habían venido disfrutando, parte de ellos en régimen exclusivo y otra parte en comunidad con los vecinos demandados. El Juzgado de Primera Instancia declara en efecto la titularidad de dichos montes y campos a favor de la parte actora y en los términos que ella misma había descrito, decretando en lo incompatible con esta declaración la nulidad de las resolucio-

nes del Jurado Provincial de Montes en Mano Común, ordenando también las rectificaciones registrales oportunas y declarando haber lugar incluso a una indemnización de perjuicios a favor de los demandantes. El Tribunal de apelación, por el contrario, absuelve a todos los demandados de las pretensiones deducidas contra ellos por entender, básicamente, que de la apreciación conjunta de la prueba no resulta acreditada la posesión pacífica y exclusiva que, desde tiempo inmemorial, decían venir disfrutando los actores. (R.S.A.).

**22. Derechos de opción, tanteo y retracto de origen voluntario. Validez del negocio constitutivo. Carácter de contraprestación a servidumbres. El consentimiento como cuestión de hecho.**—La Comunidad de Propietarios de plazas de aparcamiento aceptó la constitución de servidumbres de paso para vehículos y peatones sobre uno de los locales pertenecientes a la misma, y como contraprestación el dueño dominante se comprometió a otorgar derecho de opción de compra a favor de cada uno de los copropietarios, sobre su local, asumiendo el compromiso fehaciente de destinar la planta únicamente a *parking*, descartándose cualquier otro destino, y concediendo a favor de la Comunidad de Propietarios derechos de tanteo y de retracto para el supuesto de venta unitaria de la planta sótano, a ejercitar en el plazo de 90 días a partir de la fecha en la que la referida sociedad notificase en forma fehaciente el nombre del comprador interesado, precio y condiciones de venta sobre la totalidad del local y en las mismas condiciones ofertadas; se trata de un negocio perfeccionado y de proyección obligatoria para los interesados, y su interpretación es la correcta y procedente como consecuencia de sus facultades juzgadoras para determinar la existencia o inexistencia de los contratos y la concurrencia de sus requisitos esenciales.

**Naturaleza jurídica. Preferencias adquisitivas de origen voluntario.**—La relación obligacional que se creó y quedó debidamente perfeccionada no encaja en la figura del retracto convencional, ni tampoco en el efectivo pacto de retro; en realidad se trata de un pacto surgido de los principios de autonomía de la voluntad que autoriza el art. 1.255 en relación con el art. 1.091 CC, que si bien no es absoluta, por existir limitaciones imperativas y prohibitivas, éstas no operan en la convención que se analiza, consecuente de la facultad de autoformación de intereses concurrentes de los otorgantes referidos; viene a revestir la forma de retracto voluntario pactado determinante de adquisición preferencial, en virtud de la cual los integrantes de la Comunidad estaban facultados para comprar la planta dedicada a garajes, en caso de enajenación a tercero y en las condiciones convenidas, al no haber ejercido el derecho de opción y el de tanteo que también fueron otorgados, y sin que el ejercicio de dicho retracto voluntario exija necesariamente haber hecho uso del tanteo, pues lo que se vino a conceder válidamente fue un efectivo derecho de adquisición preferente respecto a extraños para la compra del local en disputa, y, por tanto, teóricamente, no se trata de retracto propio.

**Régimen jurídico. Autonomía de la voluntad y no aplicación del régimen de las preferencias legales.**—El derecho de adquisición voluntario-preferencial, aparte de haber sido objeto de estudio por la doctrina más atenta, también ha sido reconocido por esta Sala en SS de 13 de diciembre de 1958 y 30 de abril de 1964, según las cuales en estos casos se contiene la prohibición de efectuar la venta a otras personas ajenas al contrato, y los derechos surgidos no están condicionados por los requisitos establecidos para las precisas figuras propiamente retractuales, sino por las condiciones del pacto que reguló sus particularidades; por otra parte, este derecho no está del todo marginado por la legislación positiva, a tenor de la Disp. Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley de P.H. de 1960, sin que el vigente art. 396 CC contenga una prohibición legal expresa, sino más bien la inaplicación *per se*, en los casos de enajenación de un piso o local, de los derechos retractuales que prevé el art. 1.522 CC para los copropietarios de cosa común; en particular los arts. 1.514 y 1.515 CC no son de aplicación específica al presente caso.

**Actos propios del comunero.**—Uno de los comuneros había manifestado una voluntad positiva y aceptó el negocio jurídico de referencia, y sólo posteriormente cambió de conducta, con manifiesta deslealtad comunal, al convertirse en sociedad compradora única de la planta de garaje, por lo cual, contrariando sus actos propios, no puede acogerse a una situación que creó unilateral y exclusivamente, e invocar la necesidad de actuación conjunta de todos los comuneros para ejercitar la preferencia adquisitiva con base en los arts. 1.514 y 1.515 CC, inaplicables a este caso, al haber sido su conducta la que provocó el pleito.

**Representación de la Comunidad de Propietarios.**—Es doctrina positiva que las Comunidades de Propietarios, al carecer de personalidad jurídica autónoma, deben actuar por medio de sus Presidentes conforme al art. 12 de la Ley P.H., funcionando así como órgano de gestión y representación que no supone una procura general, sino específica y concreta a favor del ente comunitario; pero esto no excluye que la Comunidad ordinaria pueda ejercitar cuantas acciones legales le asistan en defensa de derechos legítimamente adquiridos, bien frente a comuneros, contra los que perdieron esta condición y contra terceros, pudiendo otorgar mandato para ello en favor del Presidente de la Comunidad de Propietarios, ya que es doctrina reiterada que todos los titulares, bien en forma aislada o conjunta, puedan ejercitar toda clase de acciones tendentes a la efectividad de sus derechos propios o derivados de su participación en el ente comunal, pues al hacerlo en beneficio de los demás la sentencia favorable aprovecha a los demás; en el presente caso, no obsta a la doctrina expuesta el hecho de que hubo de demandarse a uno de los comuneros, en razón a la contraposición evidente de sus intereses con los demás comuneros que se constituyeron en parte actora.

**Art. 359 LEC.**—Impone este precepto que las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes; la precisión hay que referirla al contenido

literario de las resoluciones en cuanto deben eludir el lenguaje oscuro y, por el contrario, acudir al más comprensible, y evitar que las expresiones y vocablos sean equívocos, a fin de no dar lugar a la posibilidad de que puedan ser entendidos en varios sentidos y dificulten así la ejecución; ello no impide que la sentencia tenga dificultades de ejecución a la hora de otorgar la escritura de adquisición del local y su acceso al Registro, al ser posible la intervención de todos los interesados y la ratificación posterior a cargo de los mismos.

**Actas de Juntas de Propietarios: Protocolización notarial. Ausencia de firmas no probada.**—No se da constancia de ausencia de la firma que se dice; en todo caso, a mayores razones, la ausencia de firmas en las actas de las Juntas de Copropietarios, si bien es conveniente que figuren, pues se aporta mayor seguridad a lo que reflejan tales documentos, no priva de virtualidad a los acuerdos dotados de la necesaria legalidad, ya que la firma tiene la significación formal de representar un elemento confirmatorio de las declaraciones emitidas y recogidas en los documentos que hayan producido las partes obligadas, según declaró la S de 23 de junio de 1981. (STS de 25 de abril de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Importante sentencia sobre las preferencias adquisitivas de origen convencional, respecto de las cuales no se plantea en el caso la eficacia real u obligatoria, sino la tipología bastante bien perfilada en el título constitutivo y acertadamente diseñada, con algunos titubeos, en la sentencia extractada. Al comienzo de la década de los 80 puede constatar que la doctrina española actual reconoce la posibilidad de constituir los derechos de adquisición preferente por negocio jurídico (ahora en la 2.<sup>a</sup> ed. de los *Comentarios Albaladejo*, XIX, p. 531). El tiempo transcurrido ha confirmado aquella opinión, tanto en lo relativo a la doctrina manualística (por ej., Sancho Rebullida, en Lacruz, *Elementos*, III-2.º, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1991, p. 457 ss, dedica un apartado específico al tema) como monográfica (cfr. Isabel González Pacanowska, *Retracto de origen voluntario*, en *Homenaje Roca Juan*, Murcia 1989, p. 321 ss., con abundante bibliografía, que me exime de cita).

En el presente caso hay una Comunidad de Propietarios de plazas de aparcamiento que conviene con un inmueble colindante determinados derechos de servidumbre, a cambio de la constitución de una amplia gama de preferencias adquisitivas en favor de la Comunidad para el caso de que se enajenase como un todo la finca dominante, que forma toda una planta de aparcamientos. La preferencia se viola precisamente por uno de los participantes en la Comunidad y firmantes del convenio, quien adquiere para sí la planta enajenada. Aparte del reconocimiento de la posibilidad legal de que los particulares creen tales preferencias adquisitivas, se contienen en esta s. (Pte. Villagómez Rodil) muy interesantes puntualizaciones

sobre el régimen de las mismas, declarando la inaplicabilidad general del régimen de los tanteos y retractos legales, sin perjuicio de que —en ausencia de pactos— pueda acudirse al mismo, con toda cautela y prudencia según las circunstancias del caso. Sentencia de aprobar plenamente. (G.G.C.).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**23. Nulidad de matrimonio canónico: Indemnización ex art. 98 CC. Naturaleza jurídica.**—La indemnización que reconoce el art. 98 CC no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria del art. 97 CC en caso de divorcio, sino que más bien se trata, en cierto sentido, de una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del art. 1.902 CC (s. de 26 noviembre 1985), sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económico-sociales derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todos para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social.

**Requisitos de aplicación del art. 98 CC.**—En virtud de la remisión que el art. 98 efectúa al anterior, se exige para su aplicación la concurrencia de puntuales requisitos, que la sentencia combatida apreció se daban en el caso que se enjuicia, a saber, la nulidad de un matrimonio canónico y la convivencia conyugal efectiva por más de veinte años; tal remisión ha de entenderse rectamente en el sentido de que, dándose la situación prevista en dicho art. 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización posmatrimonial de procedencia.

**Buena fe bilateral: Compensación de pretensiones.**—En la sentencia canónica no se declara la mala fe de ninguno de los esposos, quienes estuvieron conformes en que se decretase la nulidad de su vinculación matrimonial, debiendo, en consecuencia, partirse de una situación de buena fe en ambos por aplicación genéricamente contemplado en el art. 7.º CC, y específicamente en el art. 79 CC al presumir la buena fe como regla general; en estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el art. 98,



de modo que ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones conforme al art. 1.195 CC, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada, debiendo añadirse que en los demás casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el art. 98, pues la indemnización carece entonces de toda razón de ser y consistencia.

**Necesaria homologación previa de la sentencia canónica de nulidad.**—En todo caso la aplicación del art. 98, sobre el que gira todo el ataque casacional, exige que se haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles las sentencias de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, consistente en que las mismas han de ser previamente declaradas ajustadas al Derecho del Estado, es decir, a nuestro ordenamiento jurídico, por los Tribunales civiles correspondientes, conforme declara el art. 80 CC, en relación con el Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979 (art. VI) y art. 117-5.º CE, que ha venido a modificar sustancialmente el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos, a un sistema de control y ajuste; la referencia al art. 954 LEC se complementa con el procedimiento de la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 3/1981, de 7 julio, y que concluye con la decisión judicial en forma de auto, reconociendo o no eficacia en el orden civil a la correspondiente resolución o decisión eclesiástica (s. de 24 de diciembre de 1991); dicha homologación judicial-civil no se ha producido en el supuesto que se enjuicia, pues siendo facultad de los interesados llevarla a cabo, bien actuando conjuntamente o por separado, no consta se hubiere promovido al efecto, lo que conduce a tenerse que apreciar la falta de presupuesto preciso tanto para entablar litigios, como para pronunciar cualquier resolución definidora de derecho sobre los efectos civiles del matrimonio declarado nulo. (STS de 10 de marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.—En su momento denuncié la defectuosa formulación del art. 98 CC, entre otras razones, por constituir un enclave culpabilístico en un sistema de determinación de efectos de las crisis matrimoniales que se pretende neutro u objetivista. La presente sentencia (Ponente Villagómez Rodil) es un buen ejemplo de esa jurisprudencia «pedagógica», que no es la menos importante de las funciones atribuidas al Tribunal Supremo, ya que muy probablemente es la primera vez que se enfrenta a un supuesto que cae íntegramente bajo la aplicación de la reforma de 1981 (la s. de 26 de noviembre de 1985, que citan los Manuales se refiere a una nulidad canónica anterior). Puede observarse cómo, en un asunto de mínima cuantía (pues en apelación se había concedido una pensión mensual de 15.000 pts.), el TS argumenta exhaustivamente, profundiza en la *ratio* de la norma y hasta se permite aconsejar al legislador medidas de justicia social; tal lujo de ar-

gumentos no era estrictamente necesario y, para el fallo, son *obiter*. Lo que no obsta al merecido elogio.

El supuesto de hecho es el siguiente: Obtenida la s. canónica de nulidad, después de veinticuatro años de matrimonio, la actora alega que sólo dispone de una pensión mensual de 22.035 pts por incapacidad laboral permanente, mientras que su ex marido disfruta de un sueldo que excede del 1.500.000 de pts. anuales, habiendo tres hijos del matrimonio mayores de edad; la situación para la esposa se acerca al umbral de la miseria y probablemente ello explica la incursión que la s. hace por el campo de la justicia social, algo ambigua, sin embargo, porque no parece razonable propugnar que los fracasos matrimoniales se carguen económicamente a la Seguridad Social, y sí, en cambio, que la cuantía de las pensiones por incapacidad laboral permitan vivir decorosamente.

Correcta la argumentación al exigir previa homologación de la sentencia canónica para hacer valer una pretensión basada en el art. 98 CC, lo que conduce a denegar a la mujer, cuyo matrimonio ha sido anulado, el pírrico consuelo de ver completada su parva pensión con una no menos parva asignación mensual. Marginalmente una acotación: el sistema actual conduce a una dura discriminación para quienes por razones éticas no quieren acudir al divorcio —y parece que éste era el caso—, sino a la nulidad canónica, pues se les obliga suplementariamente al procedimiento de homologación que puede terminar en un declarativo, mientras que la pensión por desequilibrio se decreta en la sentencia que declara el divorcio civil.

Interesante la declaración de compatibilidad con otras acciones por culpa extracontractual ex art. 1.902, que ya propugnaba la doctrina (Otras observaciones a esta s. en Castán, *Derecho de Familia*, V-1-º, 12 ed., Madrid, 1994, p. 1155 s.). (G.G.C.).

**24. Reclamación de la filiación. Posible preferencia o exclusividad de la prueba biológica.**—Es reiterada jurisprudencia aplicable por esta sala (sentencias 14-10-1985; 12-11-1987; 14-11-1987; 11-3-1988; 12-3-1988; 21-5-1988; 26-11-1990; 25-4-1991) la que sanciona que «nuestra legislación no da preferencia ni exclusividad alguna a la prueba biológica de filiación, sino que ésta y las demás contribuyen cada una desde su perspectiva propia a la prueba de aquel hecho, de tal forma que el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue, sin causa justificada, a someterse a las pruebas biológicas incurre en *Ficta confessio*, sino más bien que tal resistencia no pasa de constituir un indicio que, lógicamente, ha de ser apreciado por la sala sentenciadora conjugándola con los elementos probatorios figurados en autos».

En este sentido, la sala considera que la negativa del demandado a la práctica de las pruebas de carácter somático entre él y el hijo actor forma parte de los demás elementos integradores de la convicción, esto es, al

«incorporar, colaborar e integrar con las demás pruebas» dirigidas a la estimación de la acción. (STS de 2 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La actora, en ejercicio de los arts. 39.2 de la Constitución Española, 108, 120 y 127 del Código Civil, pretende la declaración de paternidad de hijo nacido fuera del matrimonio, que atribuye al demandado. El juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando la paternidad del demandado con respecto al menor, haciendo constar que acreditadas (fundamentalmente por la abundante prueba testifical practicada) las relaciones «sentimentales de noviazgo en una época determinada y oportuna», ha de dársele relevancia esencial a la actitud procesal adoptada por el demandado, quien se ha negado en todo momento a contribuir al esclarecimiento de los hechos mediante el sometimiento a las pruebas biológicas acordadas. Apelada dicha decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial. No prosperó el recurso de casación. (A.G.B).

**25. Valor de la prueba testifical en el procedimiento de filiación matrimonial.**—La sentencia recurrida analiza con detalle la prueba testifical y establece unos hechos básicos a los que ha de estarse en casación y de los que se infiere razonadamente la existencia de relaciones personales que pueden calificarse de muy estrechas en la época en que fue concebido el hijo de la demandante. El artículo 127 CC admite la investigación de la paternidad «mediante toda clase de pruebas» y el art. 135 posibilita la prueba indirecta de la generación y que se declare la filiación si resulta de hechos de los que se infiere «de modo análogo» a los que el precepto expresa. Con relación al artículo 1.249, no existe la menor duda sobre la acreditación de los hechos de que se deducen las presunciones, cuya realidad resulta de la valoración de la prueba testifical realizada en la instancia, que no cabe revisar en casación. Respecto al artículo 1.253 CC de los hechos en que se basa la presunción, si se sigue la posibilidad de que la demandante fuera fecundada, circunstancia que no sería suficiente sino unida a la negativa del demandado a la prueba biológica.

**La nulidad de actuaciones por falta de intervención del Ministerio Fiscal no afecta a la contestación a la demanda ni a las pruebas practicadas.**—La anulación de actuaciones ha de entenderse en función de su causa y finalidad e interpretarse restrictivamente (Principio de conservación de los actos, art. 242 LOPJ) y como dicha anulación se debió sólo a la omisión del emplazamiento al Ministerio Fiscal, circunstancia que no afecta a las alegaciones del demandado, aunque no se haga en la sentencia anulatoria referencia al mantenimiento de éstas, con carácter general, no pueden ser desconocidas, sino que hubieron de ser tenidas en cuenta al dictarse la segunda sentencia.

**Negativa a la prueba biológica de paternidad. Su valor en el procedimiento.**—La negativa del demandado a someterse «voluntariamente»

a una extracción o toma de sangre para que se efectuara la pericia biológica no carece de trascendencia, pues el adverbio «voluntariamente», en ese contexto, sólo tiene el sentido de que no era obligado a ello por el Órgano Jurisdiccional. Que la práctica de la prueba no llegara a acordarse por el Juzgado fue, evidentemente, consecuencia de la imposibilidad de llevarla a efecto una vez constatada la resistencia del demandado. Aunque la negativa a la prueba biológica no puede considerarse como una presunta confesión de los hechos, ha de recordarse la doctrina jurisprudencial de que la negativa a la prueba biológica es dato de inestimable valor cuando va unido a otras pruebas o indicios de autos, sobre todo los que revelan la razonable probabilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa (STS de 28 de mayo de 1990; 26 de junio de 1991 y 28 de junio de 1991). (STS de 17 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante, doña M., formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre acción de filiación matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia contra D. V. alegando que el demandado es el padre del hijo varón de la demandante nacido el 16 de junio de 1981 y solicitando que se declarase la paternidad de D. V. con respecto al menor y demás efectos inherentes. En la contestación el demandado negó en todas sus partes la demanda. El Juzgado de Primera Instancia con fecha 7 de marzo de 1987 dictó primera sentencia. La Audiencia anuló las actuaciones de dicho procedimiento por falta de intervención del Ministerio Fiscal ordenando que se tramitase de nuevo el procedimiento, sin que la nulidad afectase a la contestación a la demanda ni a las pruebas practicadas. El Juez de Primera Instancia dictó segunda sentencia el 20 de mayo de 1988 en la que estimó la demanda. La Audiencia desestima totalmente el recurso de apelación interpuesto por D. V. en sentencia de 6 de julio de 1989. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (R.A.R.).

**26. Cauce procesal para impugnar en casación las infracciones sobre presunciones.**—Es constante doctrina de esta Sala que los cauces procesales para impugnar las infracciones referidas al tema de presunciones son dos, dado que en ellas se parte de un hecho base, cuya infracción sólo puede realizarse por vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC (así las del art. 1.249 CC), mientras que lo referente al hecho deducido o consecuencia ha de llevarse a efecto por el cauce del ordinal 5.º de dicho precepto (las del art. 1.253 CC).

**Es competencia del Tribunal de Primera Instancia la apreciación del enlace entre el hecho básico y el deducido (art. 1.253 CC).**—Es doctrina jurisprudencial reiterada en relación con las presunciones, que «la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el art. 1.253 CC

entre el hecho básico y el deducido o que se pretende deducir, por estar sometido únicamente a las reglas del criterio humano (que no figuran determinadas en ningún precepto legal), corresponde al Tribunal de instancia cuyo juicio ha de acatarse a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda (SSTS de 28 de mayo de 1985; 26 de junio de 1985; 31 de octubre de 1985; 25 de noviembre de 1985; 6 de febrero de 1987; 25 de noviembre de 1989; 1 de diciembre de 1989; 7 de febrero de 1990; 27 de noviembre de 1991).

El presupuesto básico del que ha de partirse en estos casos le viene ofrecido al Tribunal de Apelación por el conjunto de las pruebas practicadas y adecuadamente valoradas por el mismo, supuesto de hecho que permanece inalterable y de cuya existencia fluye con claridad la consecuencia a que ha llegado la Sala de Apelación, que no resulta ni ilógica ni absurda, sino perfectamente acondicionada a las reglas de la conducta y raciocinio humano determinantes. (SSTS de 5 de marzo de 1984; 2 de noviembre de 1984; 14 de octubre de 1985; 6 de junio de 1991).

**Tipos de pruebas admitidas por el artículo 135 CC en tema de paternidad.**—Es doctrina científica y jurisprudencial que en el art. 135 CC pueden distinguirse perfectamente dos tipos de pruebas: las directas (biológicas y reconocimiento, principalmente) y las indirectas o presuntivas (STS de 27 de junio de 1987 y 20 de julio de 1990); bien que en realidad y tal como suelen presentarse los temas de filiación, sería perfectamente estimable la admisión de un tercer género de pruebas, las representadas por aquel conjunto de circunstancias fácticas y objetivas que tal y como se producen y por las consecuencias que originan bien pudieran ser calificadas de «cuasi indirectas» o «maxipresuntivas», cual son aquellas que como acontece en el presente supuesto y no es infrecuente en los procesos de filiación sin pruebas biológicas o con biológicas rechazadas por el demandado, aparece acreditado con suficiente claridad que el hecho de haber acudido a las presunciones viene siendo más bien una muestra de profesionalidad de los Tribunales ya que el hecho dudoso que es el *factum* de las relaciones sexuales durante el período de tiempo necesario para incluir al demandado deriva del conjunto probatorio con la claridad suficiente para no necesitar de las presunciones, en cuanto más que un elemento o medio de prueba son un proceso lógico de deducción (SSTS de 9 de febrero de 1925; 11 de abril de 1947; 5 de diciembre de 1986; 28 de noviembre de 1986 y 25 de septiembre de 1987). (STS de 2 de abril de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Doña G. formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reconocimiento de paternidad contra D. J. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Zaragoza solicitando que se declare que D. J. es el padre del hijo que tuvo el 28 de septiembre de 1984 a consecuencia de las relaciones mantenidas entre ambos. El demandado se opone totalmente a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 16 de junio de 1988 estimando totalmente la demanda. La Audiencia, en sentencia de 11 de diciembre de 1989, desestima el recurso de apelación interpuesto por D. J. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. J. (R.A.R.).

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**27. Interpretación testamentaria.**—Para descubrir la verdadera voluntad de la testadora nada mejor que examinar el anterior testamento por ella derogado, pero en el que ciertamente consta el sentido y alcance que se atribuye al concepto de «muebles». Allí aparece una cláusula que es el reflejo literal de la que aquí examinamos «Lega en pleno dominio...»; pero a renglón seguido en los siguientes apartados dispone también por medio de legados, de todos y cada uno de los bienes que aquí se discuten en favor de diferentes familiares, lo que evidencia que para la testadora en la expresión «todos los muebles que le correspondan» no estaban incluidos los bienes que se discuten —cuadros—, los anuales constituían bienes diferentes al igual que las alhajas, también legadas; y podrían sin contradicción alguna, ser objeto estos cuadros de transferencias específicas, o de incluirse en el conjunto del haber hereditario, si no se quería hacer una especial disposición sobre los mismos.

Este método interpretativo integrador es el que se proclama en la doctrina jurisprudencial y por consiguiente al coincidir con el resultado final a que llega la resolución impugnada hace rechazable el presente motivo, basado en una supuesta infracción del art. 675 del CC, que, como se acaba de exponer, resulta inexistente. (STS de 31 de diciembre de 1992; no ha lugar). (F.L.L.Y.).

**28. Sucesión en títulos nobiliarios.**—No es necesario demostrar ser el óptimo sucesor para la reclamación del Título, pues ello sería poco menos que imposible, pues habría que convocar a juicio a todos los presuntos sucesores, ya que no sólo estriba en la apariencia formal del parentesco la idoneidad del reconocimiento de la dignidad, sino en la pureza de la sangre, que es la esencia de la sucesión nobiliaria; por eso se justifica en la doctrina la relatividad de la posesión del Título, que está siempre a merced de la reclamación del pariente revestido de mejor propinquidad. Como dice la doctrina de esta Sala, quien ostenta un título nobiliario no es auténtico *dominus* del mismo, sino un simple poseedor, razón por la cual al carecer del *ius disponendi*, sus facultades dispositivas vienen limitadas a la transmisión de lo que en realidad le ha sido otorgado, esto es, la posesión del Título, pero sin suponer ello una novación del mismo, ni del orden de suceder en la concesión originaria establecida, ni menos la creación de nueva línea sucesoria. Como obligada consecuencia de ello, es preciso con-

tar con la aprobación expresa que había de consignarse en acta notarial, de los que pudieran verse perjudicados en su derecho por la cesión «intervivos» entre transmitente y cesionario, por tener aquellos llamados a suceder preferencia sobre este último. (STS de 5 de marzo de 1992; ha lugar al recurso). (F.L.L.Y.).

**29. Partición de herencia por transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario.**—Los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes pueden, por acuerdo unánime de ellos, partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (Sentencias de esta Sala de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 enero de 1964, 25 de febrero de 1966) y ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara: «no puede sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevara a efecto». (Sentencia de 20 de febrero de 1984).

**Partición realizada por acuerdo unánime de todos los herederos, sin intervención del contador-partidor testamentario.**—Los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (*nemine discrepante*), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, por las razones siguientes: a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales, el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible litigiosidad acerca de la forma de partir), parece evidente que si los herederos, por existir acuerdo unánime entre ellos, deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor. b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo que el testador lo haya prohibido expresamente). c) Este es el criterio que siguen aquellos Ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así, la Ley 344 del Fuero de Navarra y el artículo 57 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña. No parece existir razón (histórica, ni jurídica) alguna para que en el Derecho civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código civil no lo prohíbe, aparte de la debida concordancia que con el principio de igual-

dad de los españoles ante la Ley (artículo 14 de la Constitución) supone el mantenimiento de un criterio uniforme en la materia. (STS de 20 de octubre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—El 31 de diciembre de 1972, los siete hermanos S. C. suscribieron un documento privado por el que acordaban la partición de la herencia indivisa de sus difuntos padres, sustituyendo la comunidad hereditaria por una comunidad ordinaria y aceptando tres de ellos, a la sazón prelegatarios, que los bienes objeto de sus respectivos legados, se refundieran en la masa común. No obstante, uno de los hermanos, favorecido por el prelegado dispuesto por los progenitores, reclama la entrega de los bienes a los que la disposición testamentaria se refiere, alegando que no había habido partición de la herencia y que, aunque así hubiera sido, sería nula por realizarse sin intervención de los contadores-partidores nombrados por los testadores. El Tribunal Supremo centra la sentencia en el análisis del referido documento privado de 31 de diciembre de 1972.

**NOTA.**—Quizá pueda destacarse la invocación por el Supremo de la regulación que en los Derechos Navarro y Catalán se da al tema resuelto, como argumento para mantener lo mismo en el Derecho común. Y no porque no sea el Derecho de las CCAA en el ámbito civil un muy valioso instrumento para obtener criterios de solución a cuestiones surgidas en la interpretación del Derecho civil común, sino porque el Supremo parece considerarlo una exigencia constitucional, derivada del art. 14 de la Constitución. Que pide, ciertamente, igualdad de los españoles ante la ley, *pero no la misma ley para todos los españoles (I.G.P.)*.

**30. La casación no es una tercera instancia.**—Resulta improcedente pretender una nueva valoración en conjunto de las pruebas practicadas en los autos, lo que supone convertir la casación en una tercera instancia, mutación no autorizada ni aun después de la reforma legislativa operada por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y que esta Sala reiteradamente ha rechazado (SSTS de 2 de diciembre de 1988; 3 de enero de 1991; 16 de abril de 1991; 19 de mayo de 1991; 7 de junio de 1991; y 21 de octubre de 1991).

**Diferencia entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*.**—La asimilación de la *quaestio iuris* a la *quaestio facti* no es procedente, pues supone desbordar el cauce adjetivo por el que debe de conducirse el motivo, ya que no cabe acogida alguna a la pretensión de sustituir el criterio objetivo y necesariamente imparcial, en el marco de estricta justicia por interpretaciones propias y subjetivas, siempre interesadas de las partes (SSTS de 12 de marzo de 1987; 21 de diciembre de 1990; 18 de marzo de 1991; 10 de junio de 1991; 11 de octubre de 1991 y 27 de noviembre de 1991).

**El albaceazgo es un cargo especial testamentario.**—El albaceazgo es un cargo especial testamentario (artículo 892 CC) en el que predominan



las funciones tuitivas y gestoras amplias —etimológicamente proviene del vocablo árabe *al waci* (gestor)— y tiende a la ejecución de la voluntad del *de cuius* designante, reflejado en el correspondiente testamento, como plan y proyecto que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos y con funciones acumuladas de contadores-partidores (art. 1.057 CC), con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores, concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre el causante y su ejecutor, para lo que suele tenerse muy en cuenta las especiales cualidades concurrentes en las personas designadas, que se reputan como las idóneas a fin de actuar correcta y eficazmente en la condición jurídica de fiduciarios de aquél que los eligió, perdiendo éste todo control sobre las mismas por la imperativa causa de fallecer. Asimismo es cargo gratuito, salvo las excepciones del art. 908; voluntario, ya que no hay ninguna obligación legal de aceptarlo (arts. 899 y 900); personalísimo e indelegable (art. 909 y STS de 2 de junio de 1962), y temporal (art. 910) con posibilidades de poder ser prorrogado, bien por la voluntad del testador (arts. 904 y 905), de los herederos y legatarios (art. 906) o por decisión judicial (art. 905.2.º).

**El albaceazgo es una institución distinta del mandato y de la representación.**—Pretender dar al albaceazgo dimensión contractual al equipararlo a la institución de mandato *post mortem* ha sido superado jurisprudencial y doctrinalmente, incluso la figura de la representación, pues no se puede representar a quien se le extinguió la personalidad civil por muerte (art. 32).

**Extensión de la función del albacea.**—Los albaceas pueden proyectar su función no sólo a la realización de todas las facultades que expresamente les hubiera conferido el causante (art. 901), sino también a aquellas que enumera el art. 902, incluso la de practicar enajenaciones de bienes (art. 903). Esos amplísimos poderes no significa que no existan límites, ya que aparte de ajustar sus actos a la legalidad (art. 901) han de rendir cuentas de su encargo a los herederos o en su caso al juez (art. 907).

**Fin del albaceazgo.**—Las funciones de los albaceas finalizan normalmente una vez realizado el encargo del testador que en ellos depositó sus esperanzas de que su voluntad tuviera plasmación real y efectiva. Esta causa de extinción no se menciona legalmente, pero se ha admitido por la jurisprudencia casacional (SSTS de 3 de enero de 1962; 9 de junio de 1962; 22 de abril de 1967 y 25 de enero de 1971).

**Remoción de los albaceas como extinción del cargo. Causas de la remoción.**—La remoción de los albaceas, núcleo del debate, opera como una extinción anticipada del cargo al ser destituidos del mismo los que lo ostentan y les priva de ejecutar el mandato testamentario. El art. 910 sólo menciona la remoción como causa de terminación del albaceazgo, pero no hace referencia a las causas motivadoras de tal remoción, por lo que ha sido la jurisprudencia casacional la que ha ido completando el vacío legal. Es factible tener en cuenta la concurrencia de causas exclusivamente per-

sonales, que hacen imposible el ejercicio del cargo, como son la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y capacidad de obrar, incapacitación y minoría de edad (arts. 893, 322, 199 y ss. del CC) o la hagan sumamente dificultoso (enfermedades, senectud con disminución de facultades intelectuales, STS de 2 de diciembre de 1991), ausencia o privación de libertad e incluso la que son determinantes de indignidad para suceder (art. 756 CC) desconocidas por el testador o al menos no suficientemente ponderadas. Asimismo, son causa de remoción los supuestos relacionados con la actividad propia y encomendada a los albaceas, así cuando realizan conductas dolosas civiles o penales en perjuicio del caudal relicto y derechos de los herederos (SSTS de 4 de febrero de 1902; 23 de febrero de 1973 y 5 de julio de 1947) y a su vez si su actividad resulta inoperante o ineficaz por negligencia maliciosa o indiferencia, omisión y desatención constatada, que rebasan el simple descuido (SSTS de 6 de octubre de 1897; 18 de febrero de 1908; 3 de octubre de 1931 y 23 de febrero de 1973). También contraviniendo la confianza que genera el mandato delegando las funciones en contra del art. 909 CC. Asimismo la remoción se puede ocasionar por causas sobrevenidas determinadas por actuaciones y conductas concretas, como sucede si se infringe la regla del art. 1.459.3.º CC; y, a su vez, cuando concurre una colisión clara, precisa y notoriamente influyente de los intereses de uno de los albaceas, con la anexión solidaria de los otros, con parte de los herederos.

**Apreciación de la causa de remoción.**—Corresponde en todo caso a los tribunales la procedente y justificada apreciación de la convergencia de las causas de remoción justa, trascendente y necesaria en adecuada y actualizada interpretación de la norma (art. 3.º CC) incluso por la vía de la analogía (art. 4.º CC), sin perder el norte de la institución del albaceazgo y las funciones que integran su actividad operativa de gestión de las testamentarias.

Los magistrados Martín-Granizo y Gullón Ballesteros en el voto particular formulado a esta sentencia consideran que la remoción de un albacea, cuando no es por incapacidad legal o de hecho, lleva en sí una nota de sanción de una conducta y ello exige del juzgador, dado el poder que le confiere el art. 910 del CC, un cuidadoso análisis de la actuación del albacea.

**Incompatibilidad de intereses sobre determinados bienes entre los albaceas y los herederos como causa de remoción.**—La jurisprudencia antigua era contraria a aplicar esta causa de remoción, originaria de la tutela, a los albaceas. Ante la nueva reforma de la tutela con la Ley 31/1983 se prevé como uno de los supuestos de remoción de tutores los de incompatibilidades por tener importantes conflictos de intereses. Se introduce una nueva situación motivadora de remoción, adoptando una mayor amplitud jurídica a la libre decisión de los jueces en cada caso concreto, de tal manera que se llega a una más amplia cobertura en la fijación de causas de remoción.

El voto particular formulado por Martín-Granizo y Gullón Ballesteros entiende por el contrario que lo importante era si la actuación de los albaceas se encuadraba o no en los supuestos generales recogidos en las sentencias del Tribunal Supremo. El conflicto de intereses como causa para remover a los albaceas supone que la voluntad del testador en cuanto a la institución de albaceazgo queda supeditada a la de cualquier interesado en la herencia.

**La presunción del art. 1.252 CC.**—El artículo 1.252 contiene una presunción *iuris et iure*; para que sea tenida en cuenta en un pleito ha de haber paridad de cuestiones que incluyen la identidad de la cosa y la identidad de la causa y suponen coincidencia sobre los hechos e igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad (SSTS de 22 de junio de 1982; 10 de febrero de 1984 y 17 de febrero de 1984). (STS de 13 de abril de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—La demandante presenta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid una demanda sobre remoción del cargo de albacea contra los demandados (nombrados albaceas por testamento) con base en los pleitos pendientes que éstos tienen con determinados herederos respecto a unos bienes que se reclaman en el haber hereditario. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 13 de junio de 1988 estimando la demanda y declarando la remoción de los albaceas. La Audiencia Provincial desestima, en sentencia de 5 de marzo de 1990 el recurso de apelación interpuesto por los demandados. Estos recurren en casación ante el Tribunal Supremo quien desestima el recurso en la sentencia extractada en contra del voto particular de los Magistrados don Mariano Martín-Granizo y Fernández y don Antonio Gullón Ballesteros. (R.A.R.).

## II. DERECHO MERCANTIL

**31. Consolidación del derecho de propiedad sobre el rótulo de establecimiento.**—La parte recurrida consolidó su dominio conforme al artículo 14 del Estatuto de Propiedad Industrial, al transcurrir los tres años de efectuado su registro seguido de su explotación no interrumpida y de su quieta posesión con buena fe y justo título. Estos requisitos derivan asimismo de los hechos acreditados, certificación de concesión del registro objeto de debate, presunción evidente de buena fe deducida de una posesión y uso basada en la concesión obtenida legalmente de la inscripción solicitada en el Registro de Propiedad Industrial, sin que se haya acreditado interrupción alguna en el uso.

**Protección del titular inscrito: Uso exclusivo del rótulo de establecimiento.**—La eficacia de la inscripción en cuanto a la protección de su titular da derecho al mencionado uso exclusivo como efecto esencial de su

registración y a proceder contra los que utilizaren uno igual o semejante con posterioridad al registrado e igualmente aunque el uso fuere anterior al registro si el titular usuario no obtuvo, como ocurre en el caso contemplado, la inscripción correspondiente que por haber sido prioritaria le hubiera dado en su caso facultad de uso exclusivo; conclusión que no le es de reconocer por haber sido denegada repetidamente su solicitud, según consta en los hechos que la Sala de Instancia consideró probados. (STS de 3 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El recurrente fue demandado en juicio de menor cuantía con el fin de que cesara en la utilización del rótulo de su establecimiento comercial que coincidía con el del demandante, se solicitaba que se retiraran todos los signos, muestras, etc., para eludir la coincidencia de la denominación. En primera instancia la petición del demandante fue desestimada, pero apelada ante la Audiencia se reconocieron estas peticiones y sólo se denegó la petición de la indemnización por daños y perjuicios. (E.S.M.).

**32. Indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la vulneración del uso exclusivo y excluyente sobre una marca comercial. Necesidad de que se declare y pruebe la existencia de los mismos durante la litis y no en sede de ejecución de sentencia.**—Si bien es presumible que toda infracción de las modalidades de la propiedad industrial produce perjuicios, ello no basta para darlos por efectivamente probados en su existencia. El artículo 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial no exime en modo alguno de la prueba de la existencia de los daños, por lo que no basta la simple afirmación o presunción de que pueden haberse ocasionado.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que no puede condenarse a un resarcimiento de daños si éstos no se han probado, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización (sentencias, entre otras, de 5 de marzo de 1992, 2 de febrero y 6 de mayo de 1960, 6 de octubre de 1961 y 11 de marzo de 1967), por lo que la circunstancia de que no se llegue a practicar la prueba pericial de existencia de los daños alegados es imputable a la actora.

La declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de la sentencia, doctrina aplicable tanto en sede de culpa contractual como extracontractual. Tampoco puede acreditarse esa existencia deduciéndola del hecho de que el demandado se oponga a la prueba pericial propuesta por el demandante: el hecho «completamente acreditado» de que ha de deducirse la presunción (art. 1.249 del C. civil) no puede basarse en aquella negativa de prueba de la parte demandada, ni hay ilación conforme al criterio humano (art. 1253 C. civil) entre tal hecho procesal y la conclusión

de que se considere probada la existencia de unos daños. (STS de 21 de abril de 1992; ha lugar en parte).

HECHOS.—El recurrente había sido demandado y condenado en primera instancia y en apelación como consecuencia de haber vulnerado, mediante la aplicación de su propia denominación social («Creaciones Rochas, S. A.») a las actividades de su objeto social, el derecho de propiedad industrial de la parte actora sobre la denominación comercial «Rochas», respecto de cuya utilización en diversos signos distintivos contaba ésta con prioridad de adopción, uso y registro. Se estima en ambas instancias que aquella denominación social es susceptible de inducir a error o confusión en el tráfico mercantil respecto de esta denominación comercial. El recurrente en casación fue por tanto condenado a modificar su propia denominación social suprimiendo en ella el nombre «Rochas», así como a abstenerse de utilizar tal denominación como signo distintivo de sus actividades y productos. Igualmente se ordenó la cancelación en el Registro Mercantil de la citada denominación social de la demandada.

Debiéndose la mayoría de los pronunciamientos del fallo al hecho de haberlos aceptado la demandada en sus escritos de alegaciones, el recurso de casación quedaba reducido a la cuestión relativa a la indemnización de daños y perjuicios. (R.S.A.).

**33. Violación del derecho de propiedad respecto a marcas, nombre comercial y rótulo de establecimiento. Utilización de una denominación comercial que induce a error respecto de otra marca ya registrada. Estatuto de la Propiedad Industrial.**—En torno a la problemática planteada por el uso del apellido como marca, frente a otra ya registrada, viene proclamando la jurisprudencia de esta Sala que debe darse prevalencia no tanto al dato de la especial naturaleza de aquél (en tanto que apellido de su titular), sino al aspecto conceptual y fonético de la denominación constitutiva del apellido, a pesar de que esta Sala sostuviera, en un primer momento, la postura de que nadie puede ser privado de su nombre propio o sus apellidos en la designación de su ejercicio comercial, imponiéndose sólo la necesidad de unirlo a otras palabras al objeto de distinguirlo de marcas o nombres comerciales registrados.

Con carácter general está vetada la utilización de marcas y nombres comerciales que, por su similitud con otras registradas, induzcan a error a los consumidores. Determinadas denominaciones que aisladamente presentan dicha similitud pueden ser empleadas en combinación con otros elementos, de forma que gracias a las adiciones realizadas se evite una similitud inducente al error. (STS de 6 de marzo de 1992; ha lugar en parte).

HECHOS.—El recurrente en casación, demandado en instancia, aspiraba a la utilización del rótulo «Mayder's» para su estableci-

miento de cafetería, frente a lo cual el actor entabló demanda alegando estar asistido del derecho exclusivo para distinguir y señalar los elementos de su propio negocio de hostelería —sito en el mismo término municipal— con la marca «Maiden», registrada a su favor. El demandado formuló reconvencción en el sentido de que, para el caso de que se estimase similitud entre ambas denominaciones, se le permitiese emplear en su actividad comercial el referido nombre propio («Mayder's») en unión de sus propios apellidos. En primera instancia se estimó el derecho del actor para distinguir con la denominación «Maiden» su negocio de hostelería, careciendo el demandado de derecho a utilizar cualquier rótulo que incluyera tal denominación aun en combinación con otros nombres. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado, confirmando plenamente la sentencia recurrida. En casación, el Tribunal Supremo confirma el fallo por lo que hace a la acción contenida en la demanda, pero estima el recurso respecto de la que había sido esgrimida en vía reconvenccional. (R.S.A.).

**34. Impugnación de acuerdos sociales. Prevalencia del interés social sobre el interés particular de los socios.**—Basándose en el deber de fidelidad en que se inspiran numerosos preceptos del Código Civil, expresivos de la prevalencia del interés común que inspira la sociedad sobre el interés contrapuesto de los socios en particular (arts. 1.683, 1.684, 1.685, 1.705.1 y 1.706), la Sala manifiesta que «no debe olvidarse que, mediante la sociedad, varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución de un fin común, normalmente a través de la cooperación duradera, y en los casos de conflicto entre el interés individual extrasocial del socio y el interés social común a todos, aquel interés particular ha de respetar el interés social, libremente asumido por el socio, y ha de estar limitado por la subordinación del interés personal del socio al interés social, que debe ser preferido».

**Posible infracción por no aplicación de los artículos 14 y 24.2 de la Constitución española.**—Por el contexto de estos preceptos de la Ley Fundamental, se deduce que su campo de aplicación es principalmente la esfera penal. El principio de igualdad ante la Ley es obvio que no impide que se apliquen las leyes cuando proceda, como resulta sin duda del art. 9.º del texto constitucional al decir en su apartado primero que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», y no cabe duda que a este último pertenecen las normas básicas aplicadas para desestimar la demanda que formuló el ahora recurrente. Aun admitiendo que aquellos principios aludidos tengan también su ámbito de aplicación en los procesos civiles sobre derechos subjetivos de los particulares, si se examina el proceso que concluye este recurso de casación, se llega a la conclusión indubitable de que el recurrente tuvo plena ocasión de defenderse, tanto en el expediente disciplinario que se le siguió por la entidad como a lo largo de todo el procedimiento». (STS de 6 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Con motivo de la celebración de una subasta de la parte proindivisa del Ayuntamiento de Arnedo, de la que es copropietaria la recurrida y demandada «Agrupación de Viviendas Arnediana», el recurrente participó como licitador, no obstante ostentar la cualidad de socio de la recurrida, siéndole adjudicado el inmueble subastado como mejor postor que la sociedad recurrente y también licitadora. La Junta General Extraordinaria de dicha sociedad acordó la expulsión del recurrente de la sociedad con base en el art. 8.º de los Estatutos de la sociedad, que recoge como causa de expulsión la mala conducta de uno de sus socios. El socio expulsado presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando que se declarara la nulidad del acuerdo de expulsión, siendo estimada la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido con revocación de la misma, no prosperando el recurso de casación. (A.G.B.).

**35. Motivos con alcance casacional.**—Es doctrina jurisprudencial consolidada que están desprovistos de alcance casacional aquellos motivos que, aun cuando fuesen apreciados, no alterasen la sentencia a dictar.

**Documentos a efectos de casación. Validez y condición como tales documentos.**—Es doctrina reiterada de esta Sala que no es válida en casación la cita masiva de documentos, pretendiéndose con ello que el Tribunal casacional realice un nuevo examen de la prueba ya tenida en cuenta.

Carecen de la condición de documentos a efectos de la casación las certificaciones o testimonios de actuaciones practicadas en otros procesos, así como las sentencias en ellos recaídas; y, también, los administrativos y los de carácter fiscal, que no son eficaces para evidenciar error en la apreciación de la prueba, dado su alcance probatorio limitado.

A los fines casacionales y en los supuestos de error acogidos al art. 1.692.4.º LEC, los documentos han de ser contundentes e indubitados *per se*, sin necesidad de interpretación, es decir, que se precisa que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgado estén en abierta contradicción con documentos que por sí mismos y sin acudir a deducciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo señalado en la sentencia recurrida.

**Tercer tenedor de una cambial. Efecto liberatorio del pago.**—No puede ser tercer tenedor de unas letras de cambio quien, a pesar de no aparecer en el contrato causa de las cambiales ni en los documentos de creación de éstas, mantiene tales relaciones con el librador y tomador de las letras que origina su conocimiento acerca del objeto de las letras; además de ser apoderado del librador y miembro activo del tomador tal y como se deduce de ciertos documentos. Al no ser tercero cambiario, la acción por él ejercitada no se corresponde con la específicamente cambiaria, con abstracción del negocio causal que originó la creación de las letras que le fueron endosadas, sino más bien otra distinta en la que tiene proyección la

referida causalidad con sus efectos y consecuencias inherentes, por ello el endosatario no puede quedar cubierto por las garantías protectoras derivadas de la aplicación de los artículos 452, 480, 488, 495 y demás concordantes del Cco. Asimismo carece de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el significado de la cláusula de valor en los endosos e innecesariedad de probanza sobre la legitimidad adquisitiva de la letra. El pago del deudor de la letra al Juzgado tiene efectos liberatorios también frente al endosatario, que por no ser tercero cambiario no cabe la aplicación de los artículos 434, 1.101, 1.212, 1.214, 1.249, 1.250, 1.253 y 1.277 CC y 503 Cco.

**Cuestiones comprendidas en el artículo 1.692.4.º LEC.**—Es contrario a la técnica casacional comprender en el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC cuestiones de hecho y de derecho, con mención de preceptos jurídicos. (STS de 24 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Una sociedad (libradora) con motivo del contrato celebrado el 28 de febrero de 1989 y por el que vende a otra sociedad (ordenante) un local de su propiedad, libra cuatro letras de cambio con distintos vencimientos, que son aceptadas por una tercera sociedad (demandada). Antes del vencimiento, la sociedad ordenante endosa las letras a la sociedad libradora y ésta las endosa al demandante, D. L. Éste promueve juicio declarativo de mayor cuantía contra la tercera sociedad en reclamación de cantidad, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona. En Primera Instancia, por sentencia de 28 de mayo de 1985, confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 21 de enero de 1988, se desestima la demanda por entender que el importe de las letras de cambio habían sido satisfechas en el procedimiento laboral por despido tramitado ante la Magistratura contra diversas empresas, entre ellas la libradora y la ordenante. (R.A.R.).

**36. La base del error en la apreciación de la prueba del art. 1.692.4.º LEC.**—Los motivos que denuncian el error en la apreciación de la prueba han de basarse en documentos que obren en autos y demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. La manipulación de una letra de cambio se releva al ponerse encima de la cláusula sin gastos un tampón con la cláusula con gastos, pero no revela con claridad el momento en que se realizó dicha manipulación. Esto también se apoya en las facturas con las que se hizo la remesa de las cambiales, que en el apartado «observaciones» contienen las letras «A.G.» (para el recurrente «admitidas con gastos»), pero no es suficiente ni se puede completar con las pruebas de confesión ni testifical.

**La cláusula sin gastos dispensa del protesto al tenedor, pero no libera de la obligación de presentar la cambial al pago.**—La doctrina de esta Sala señala la validez de la cláusula «sin gastos» (SSTS de 6 de julio de 1966; 7 de marzo de 1974; 30 de abril de 1984; 14 de mayo de



1986 y 29 de octubre de 1987) y su inclusión dispensa del protesto al tenedor de la cambial, dado que implica un desistimiento o renuncia al mismo, que se integra en su poder dispositivo, lo que le permite abdicar de los beneficios que referida diligencia le otorga, pero tal renuncia al protesto no libera al tenedor de la obligación que el art. 469 del Cco. le impone de presentarla al pago, correspondiendo al Banco la prueba de haberlo hecho, ya que es quien tiene facilidad para acreditarlo, siendo el protesto el medio más apto para ello, de manera que si no se verifica amparándose en la cláusula ya dicha, las consecuencias perjudiciales de su acreditación en el propio Banco han de parar. Esta doctrina se ajusta a las pautas jurisprudenciales sobre la carga de la prueba en atención a criterios de normalidad y disponibilidad de la misma.

**Efectos del descuento bancario de las letras de cambio.**—El negocio jurídico de descuento bancario de letras de cambio, instrumentado a través del endoso de las cambiales, sea cual fuere su calificación jurídica convierte al Banco descontante en titular pleno de la letra, del crédito en ella incorporado y, por ende, en acreedor cambiario, produciendo tal contrato, como efecto principal, el derecho del Banco de exigir y la obligación del descontatario de devolver o restituir la cantidad anticipada; pero la efectividad del derecho y consiguiente obligación está supeditada al cumplimiento por la entidad bancaria de determinadas obligaciones, destacándose como fundamental la de devolver al endosante la letra de cambio descontada con la misma eficacia jurídica que tenía cuando le fue transmitida por endoso, lo cual implica no sólo que la letra se haya protestado, sino que lo haya sido en forma para que la letra no resulte perjudicada, pues el perjuicio de la cambial y, en consecuencia, la pérdida de su fuerza ejecutiva impide el ejercicio de la acción de regreso, en cuanto privaría al endosante pagador de la acción de tal naturaleza propia de la letra, sin olvidar que si dicho perjuicio se ha producido por culpa o negligencia de persona no obligada cambiariamente puede ejercitar contra ella las acciones que procedan y sin que, por tanto, sea lícito devolver la letra perjudicada al endosante descontatario para que éste actúe unos derechos que sólo a él corresponde ejercitar, pues si bien no cabe imputar negligencia al Banco en los defectos del protesto que anulan la acción ejecutiva, menos culpa cabe atribuir al endosante que no era propietario de la letra al tiempo del perjuicio y que, además, debe recibir la cambial en vía de regreso con los documentos complementarios que permitan el ejercicio de la acción ejecutiva. El Banco debió protestar las letras por su propio interés, pues si las recibió *pro solvendo* pero, al no cobrar, las devuelve perjudicadas, aquella cesión se convierte en *pro soluto*, surtiendo los efectos del pago.

**Renuncia de derechos.**—La renuncia de derechos puede ser expresa o tácita, pero ha de hacerse constar de forma explícita, clara y terminante, sin que sea posible deducirla de expresiones equívocas o de actos de dudosa significación (SSTS de 26 de septiembre de 1983; 24 de mayo de 1984; 18 de octubre de 1984 y 3 de marzo de 1986). El desconocimiento sobre

quién y cuándo se cambió la cláusula «con gastos» por la de «sin gastos» y la falta de prueba debe valorarse conforme a criterios flexibles, en atención a la naturaleza del debate y al principio de disponibilidad (SSTS de 23 de septiembre de 1986; 24 de abril de 1987; 29 de mayo de 1987 y 15 de junio de 1988). (STS de 3 de abril de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El Banco Central formula demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre D. A. en reclamación de cantidad por el importe de unos efectos librados por el demandado. Éste se opone a la demanda y formula la excepción de pago. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona dictó sentencia de 17 de julio de 1987, en que acoge la excepción de pago y absuelve al demandado. El Banco interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial dicta sentencia de 11 de noviembre de 1989 en que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de primera instancia. D. A. interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es estimado. (R.A.R.).

### III. DERECHO PROCESAL

**37. Proceso de incapacitación. Cuestión negativa de competencia.**—Para la resolución de la presente cuestión negativa de competencia ha de tenerse en cuenta, por un lado, que el Juez competente para conocer de un juicio declarativo sobre incapacitación de una persona es el del domicilio del presunto incapaz (regla 1.<sup>a</sup> del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues dentro del concepto «estado civil» a que dicha regla se refiere ha de considerarse incluida la declaración de incapacidad) y, por otro lado, que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual (art. 40.1 del Código Civil). (STS de 1 de julio de 1992; es competente el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Hospitalet).

**38. Imposición de costas.**—El Tribunal Constitucional ha declarado que la imposición de costas constituye un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación «total» de éstas, según sea el régimen legal que rijan el proceso o recurso (Sentencia de 22 de abril de 1991). La posibilidad de imposición en las costas de una determinada litis, al constituir un riesgo potencial, exige en los litigantes la necesaria ponderación, medida y asesoramientos convenientes respecto al éxito de sus acciones y pretensiones y, en cierto sentido, viene a actuar como corrección a litigiosidades caprichosas, totalmente infundadas, empecinadas e incluso fraudulentas. (STS de 15 de octubre de 1992; ha lugar parcialmente).

