

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVIII

FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE

MCMXCV

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

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

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
PETTIT, Carlos: <i>El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX</i>	1429
FÍNEZ, J.M.: <i>La dación en pago</i>	1467
HUERTA VIESCA, M. ^a Isabel y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: <i>La retroacción de la quiebra: Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente</i>	1529
MUÑIZ ESPADA, Esther: <i>Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento</i>	1633

Dictamen

- MARTÍN CASALS, Miquel: *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho* 1709

Bibliografía

- LIBROS:** ALONSO LEDESMA, Carmen: *La exclusión del derecho de suscripción preferente en Sociedades Anónimas*, por Juan Pozo Vilches.—JESTAZ, Philippe: *Le Droit*, por José Antonio Doral.—HUCHA CELADOR, Fernando de la: *Introducción al régimen jurídico de las Haciendas forales*, por Susana Bokobo Moiche.—LASO MARTÍNEZ, José Luis y LASO BAEZA, Vicente: *El aprovechamiento urbanístico*, por Luis Miguel López Fernández.—PENDÁS GARCÍA, Benigno (Coordinador): *Derecho de los contratos públicos*, por Juan Pozo Vilches.—PORTELLANO DÍEZ, Pedro: *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, por Gema Díez-Picazo Giménez.—VERDERA SERVER, Rafael: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, por Juan A. Fernández Campos 1809

REVISTAS EXTRANJERAS

- A cargo de Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, M.^a Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Isabel SIERRA PÉREZ 1835

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado Civil

- A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE 1905

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Luis FAJARDO LÓPEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ, Ana Isabel HERRÁEZ ORTIZ, Carmen JEREZ DELGADO, Oscar MONJE BALMASEDA, Lis SAN MIGUEL PRADERA 1927

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. Gran Vía, 76 — 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVIII

FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE

MCMXCV

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

I.S.B.N.: 84-7787-976-1 (Obra Completa)

I.S.B.N.: 84-7787-975-3 (Tomo IV)

N.I.P.O.: 060-95-003-X

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

Depósito Legal: M-125-1958

Imprime: Solana e Hijos, A.G. S.A.

El Código inexistente (I).
Por una historia conceptual de la cultura jurídica
en la España del siglo XIX (1)

CARLOS PETIT

— Mah, mah ¡Quante se ne vedono!— fece Carlo-
magno. — Ecom'è che fate a prestar servizio, se non ci
siete? — Con la forza di volotà, — disse Agilulfo, — e la
fede nella nostra santa causa! — E già, e già, ben detto,
è così che si fa il proprio dovere. Be', per essere uno che
non esiste, siete in gamba! (Italo Calvino, *Il cavaliere
inesistente*, 1959, p. 6).

I

Conceptos hay que se convierten en textos y entonces la potente carga metodológica de la historia conceptual puede diluirse en la más residual historia de las fuentes. El texto, como *fuentes* que impone al historiador su tangibilidad y su lógica, en los peores casos sustrae a la reflexión el mismo concepto. La presencia de la *fuentes* borra además una historia, que literalmente lo es de *pretextos*, en la que tan sólo el lector más decidido encontraría conceptos, si es que la tal historia no se deforma bajo la especie engañosa de unos *antecedentes*, igualmente textuales, del texto que acaba por desplazar la cuestión del concepto.

(1) Este trabajo tiene su origen en una intervención en el Seminario «Storia dei concetti e saperi della borghesia» dirigido por Rafaella Gherardi y Gustavo Gozzi, de la Universidad de Bolonia, que se celebró en septiembre de 1993 en el Istituto Storico Italo-germanico de Trento gracias a la inteligente acogida de Pierangelo Schiera.

Cuando se trata del *código* la labor de investigación se encuentra erizada de problemas. A la más general pérdida analítica que siempre causa esa operación selectiva de ideas en que consiste el proceso mismo de textualización de los conceptos se unen, como es sabido, otras dificultades que añade el Derecho. A un tiempo saber profesional y ordenamiento, bajo su imperio también se sitúan cuantos están destinados socialmente a la tarea de su conocimiento, de manera que la distancia entre el sujeto que lee y el objeto de su lectura —tan «natural» que rige como Derecho sobre quien lo estudia— se adelgaza y se acorta, hasta constituir irremisiblemente el problema epistemológico particular que lastra las reflexiones del jurista, historiador o no.

Pero el *código* no es una ley cualquiera. Con su *título preliminar* por delante resulta una singular ley sobre las leyes de vocación constituyente cierta. Reclama para sí una adicional ración de «naturalidad» que magnifica el obstáculo anterior, pues precisamente corresponde al *código* establecer las condiciones en que los textos jurídicos se entienden como tales, o, si se prefiere, las modalidades que, con su vigencia, hacen peligrar en tanto *leyes* el esfuerzo reflexivo de quienes las estudian en tanto *saber*.

Esta dificultad ofrece curiosamente una admirable plataforma de observación. La posición central del *código* en nuestra experiencia jurídica resuelve de entrada un problema clásico de método en la historia conceptual, cual es la postulación de «fundamentalidad» respecto de aquellos conceptos que serían los útiles para dar cuenta de una sociedad pretérita mediante los discursos que tal experiencia produjo y en los que el *Grundbegriff* actúa de referente (2). Dicho más sencillamente: en el momento de determinar su objeto el historiador del concepto de *código* se encuentra exonerado de la carga de la prueba.

Un segundo servicio presta además tanta centralidad. En la inevitable lucha intelectual entre conceptos y textos que provoca el *código* sólo su *concepto* es capaz de aportar los materiales necesarios para la deconstrucción de su *texto*. De idea a libro, el código hipotéticamente resulta encarnar una entre todas sus posibles realizaciones ideales: la franja de no coincidencia entre el concepto y el texto constituye así el lugar más idóneo para acoger al observador que desee narrar una historia del código ciertamente complicada. De manera que si consideramos de nuevo el valor central del código como ley de leyes en nuestra cultura, nos topamos al final con una paradoja muy productiva, pues el

(2) OTTO BRUNNER, WERNER CONZE, REINHART KOSELLECK (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Clota, I, 1972-VII, 1992; cfr. R. KOSELLECK, «Einleitung», I, pp. xiii-xxvii. Cfr. RAFFAELLA GHERARDI, GUSTAVO Gozzi (a cura di), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino (= Annali dell'Istituto storico italo-germanico. Quaderno 32), 1992.

obstáculo jurídico principal que dificulta de entrada el análisis se convierte en el instrumento, igualmente principal, para su descripción *desde fuera* del mismo ordenamiento.

Al partir en busca de nuestro concepto se requiere desde luego resistir la tentación más general —*notitia rerum praeteritarum* o *historia fontium* que quiera decirse— que siempre imponen los textos, con las dificultades añadidas, y ya sabidas, que el Derecho aporta al supuesto actual, pero particularmente se requiere además enervar la influencia de la ya nutrida historiografía provocada por el código, ante la que el estudioso de los conceptos necesariamente debe tomar posición. Como libro y como precepto el *código* viene exigiendo un entretenido relato de comisiones de técnicos, cadenas de precedentes y tablas de concordancias, de debates parlamentarios y comentarios de juristas. En una España sin código por estas historias se empezó (3) y con código, en España, por ellas aún se sigue (4). Los méritos del esfuerzo resultan indiscutibles, pero no conviene pasar por alto su claro déficit de legitimidad intelectual. Quienes más implicados estuvieron en la confección de los códigos realizaron precisamente reconstrucciones de este tipo, lo que obliga a suponer que en el intento pesaba el problema sustantivo de la reforma legislativa bastante más que el esfuerzo adjetivo de su simple comprensión. Y es indudable que en una historia escandalosamente legiferante el metadiscurso sobre el código acaba atraído y disciplinado por el código mismo.

No tengo presente el modelo español en exclusiva, aunque en él se haya llegado hasta extremos de falta de sensibilidad difícilmente imaginables (5). La situación no es mucho más halagüeña en

(3) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (= *RGLJ*), 39 (1871), 284-300; FRANCISCO DE CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente ..., vocal de ella», en *RGLJ* 38 (1871), 5-185, con numerosos apéndices documentales en los números siguientes; JOSÉ MARÍA ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, Revista de Legislación, 1886.

(4) JUAN FRANCISCO LASSO GATTE, *Crónica de la codificación española, I: Organización judicial. II: Procedimiento civil, III: Procedimiento penal, IV: Codificación civil, 1-2, V: Codificación penal, 1-2*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970 y ss.; RAFAEL GIBERT, «La codificación civil en España (1752-1889)», en *La formazione del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, 907-933; JOHANNES MICHAEL SCHOLZ, «Spanien», en HELMUT COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III/1: Das 19. Jahrhundert. Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, München, Beck, 1982, 397-686; CARLOS PETIT, «Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos», en PAOLO GROSSI y otros (eds.), *Hispania, Entre derechos propios y derechos nacionales*, I, Milano Giuffrè (= *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Biblioteca 34/35), 1990, 315-500, pp. 380-500.

(5) JUAN BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1992.

Italia (6) y sólo recientemente parece mejorar en Francia (7). A estos casos paralelos España añade sin embargo una peculiaridad. Frente a Francia (1804) y frente a Italia, donde no faltaron códigos en las décadas y los estados anteriores a la unificación (8), la historia de los textos jurídicos españoles arroja un saldo tan exiguo que sustrae a la crónica buena parte de su inicial interés. Un fugaz Código Penal en 1822; otro, ya menos fugaz, en 1848-50, que constituye aún la base de un tercero en 1870; un Código de Comercio en 1829, casi de inmediato inservible en la práctica; unas leyes procesales (de enjuiciamiento mercantil, 1830, y civil, 1855) que ni siquiera aspiraron al título de códigos; un Código Civil a finales de siglo (1889), cuando se renuevan las leyes procesales (1881, 1882) y el Código de Comercio (1885). No son muchos ni muy importantes los textos, técnicamente en suspenso a falta de la definición, con el civil, de todo el ordenamiento. Y cuando tal Código por fin llega no se trata de un texto que simplemente se haya hecho esperar: el Código Civil español (9), sin unificación territorial del derecho privado (arts. 12 a 15), sin monopolio de las fuentes jurídicas (art. 5 y 6 en relación al art. 12, segundo párrafo, y a los arts. 1691 y 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) y sin estatalización del Derecho (art. 42, con amplias remisiones al derecho matrimonial canónico) resultaba, en sus orígenes, un código sustancialmente inexistente.

II

O acaso existente en la medida no demasiado amplia que tolera una lengua, castellana o española para Sebastián de Covarrubias (10), decididamente castellana para una Real Academia también decididamente

(6) ROBERTO BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna, Pàtron, 1987.

(7) JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

(8) CARLO CHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari, Laterza, 1991.

(9) *Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, por JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.

(10) SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid, Luis Sánchez, 1611 (rep. facs. Barcelona, Horta, 1943). Había con el título sus dudas: para el rey Felipe III en el privilegio de publicación se trataba de «un libro intitulado *Tesoro de la lengua española*», para el Consejo que tasa el libro, según la certificación del escribano de Cámara, es «un libro intitulado *Tesoro de la lengua castellana*», en lo que coincide la censura de Pedro de Valencia y el contrato que concluyó Covarrubias con el impresor (ed. *cit.*, pp. vii-viii).

española (11). Una lengua que se normaliza a estos y otros efectos en el siglo XVIII: tal vez sea superfluo recordarlo, pero el viejo mapa hispánico de historias, lenguas y derechos diversos comienza a redibujarse desde la entronización de los Borbones (12). En esos momentos y aún con toda la importancia de otros casos, como el catalán (13), en orden al discurso jurídico la dificultad principal procede del latín. Y no es un simple problema de lengua. El que involucra el romance implica un proyecto nuevo (14) y el código lingüístico puede así imponer al jurídico sus reglas.

1780. Primer *Diccionario* académico del castellano, con unos precedentes de *autoridades* que dejamos fuera de consideración (15). Leamos. «CODIGO. Colección de leyes o constituciones de algún Soberano, que toma su nombre del Príncipe que la mandó hacer, o del autor que la hizo, como el código Teodosiano, código Justiniano, código Carolino, código Gregoriano, código Hermogeniano. Por antonomasia se entiende el de Justiniano, que es una parte principal del cuerpo del derecho civil de los Romanos, de que se usa en las universidades. *Legum codex*».

En este gran momento normativo del castellano parece que del latín no sabe prescindirse, por más que el cotejo de la anterior definición con la entrada correspondiente del *Tesoro* de Sebastián de Covarrubias, siglo y medio más antiguo, evidencie que la relación entre el latín y el castellano ha sido en el Setecientos invertida: «CODIGO. *Dixose del nombre latino codex ... in primeva significatione idem est codex et caudex nempe truncus, vel stipes arboris cui cortex detrahitur. Dicitur etiam liber; codex item tabulae accepti et expensi, in quibus transfe-*

(11) Desde su primer *Diccionario de la lengua castellana, reducido a un tomo para su más fácil acceso*, Madrid 1780 (rep. facs. Madrid, 1991), hasta el último publicado en el siglo XIX: *Diccionario de la lengua castellana, por la Real Academia Española*, Madrid, Hernando y Compañía, 13.^a ed. 1899.

(12) PABLO FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 353 y ss.

(13) SEBASTIÀ SOLÈ I COT, «La lengua dels documents notariais catalans en el període de la decadència», en *Recerques* 12 (1982), 39-56.

(14) BARTOLOMÉ CLAVERO, *El Código y el Fuero*, Madrid, Siglo XXI, 1982.

(15) Pero no me resisto a recoger el *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad ...*, II, Madrid, Francisco del Hierro, 1729 (rep. facs. Madrid, Gredos, 1964), que es el llamado «Diccionario de Autoridades», s. v. Código: «S. M. Uno de los cuerpos o libros de que se compone el Derecho civil. Llamóse así, porque estaba escrito su contenido en tablas de troncos de árbol, que en Latín se llaman *Codex*. Lat. *Codex justinianeus*. Guev. M. A. Prolog. Con tan gentil estilo dirá el Labrador media docena de malicias en el Consejo, como el Letrado acotará dos o tres leyes del *Código*. Salaz. de Mend. Dign. de Cast. lib. 3. cap. 15. De muchas leyes de los *Códigos* de Theodosio y Justiniano, y por historias, consta, que los Emperadores tenían Duques con jurisdicción civil y criminal».

rentur omnia, quae in adversariis ad tempus scribentur. Código, un cuerpo de los libros del derecho civil». Covarrubias termina en castellano allí donde la Academia situará el latín, pero la continuidad semántica de un vocablo que remite aún a los cuerpos jurídicos romanos no ve alterada, con las expresiones vernáculas, su contenido jurídico: la colección de leyes de algún Soberano siguen sobre todo siendo las viejas colecciones romanas, y código, por antonomasia, resulta el de Justiniano. De ahí el uso universitario del derecho romano que advertía la Real Academia, extremo mejor conocido para el siglo XVIII que para el siglo XIX y en lo que no podemos entretenernos (16).

Permanezcamos por ahora a comienzos del Ochocientos. Unos solemnes textos, que se dicen constitucionales, desde 1808 y 1812 mencionan los tales códigos como especie de leyes cuya confección queda confiada a la actividad futura del legislador (17). Bayona, 1808: «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales» (art. xcvi), «Habrá un sólo código de comercio para España e Indias» (art. cxiii). Cádiz, 1812: «El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» (art. 258). Bajo el imperio de esta segunda ley constitucional se elabora por las Cortes o Parlamento un Código Penal (1822), efectiva pero conflictivamente vigente (18). Bajo esas mismas Cortes, que intercambian personajes con la Real Academia, se sigue publicando el *Diccionario*. La sexta edición, coetánea de aquel Código, desconoce desde luego su factura y el mandato del art. 258 de la Constitución de 1812: la voz se define en los mismos términos que en 1780, con la simple supresión de la referencia final a la enseñanza del Código justiniano que no ha de bastarnos para entenderlo eliminado por esas fechas de las universidades de España.

Pasan los años. Más leyes constitucionales que prometen códigos (1837, art. 4; 1845, art. 4; 1869, art. 91; 1876, art. 75) y más códigos que se convierten en leyes vigentes (Código de Comercio, 1829; Código Penal, 1848). Una variada producción de *catecismos* adoctrinan

(16) ROMÁN RIAZA, «El Derecho Romano y el Derecho Nacional en Castilla durante el siglo XVIII», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12 (1929), 104-124.

(17) Textos en RAQUEL RICO LINAGE, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1989, con reproducción de los textos publicados en la *Gaceta de Madrid*, no siempre periódico oficial en su dilatada historia. Contextos en BARTOLOMÉ CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989.

(18) ALICIA FIESTAS LOZA, «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», en *Revista de Historia del Derecho* 2/1 (1977-78), 55-77.

a ciudadanos y nacionales, también en este asunto de los códigos (19). El *Diccionario* académico permanece impasible, insistiendo en la definición de 1780 (20). Las novedades no llegan hasta la duodécima edición, aparecida en 1884, esto es, procedente de una década que conoce la entrada en vigor del Código Civil (1889) y toda una nueva generación de leyes mercantiles (1885) y procesales (1881, 1882). Se añaden voces: «CODIFICAR. Reunir en un cuerpo ordenado las leyes y estatutos de una nación»; se perfilan sentidos: «CODIGO. Colección de leyes o constituciones, la cual suele tomar su nombre del príncipe que la mandó hacer, del autor que la hizo, o de la materia de que se trata. Código *Teodosiano*; Código de *Justiniano*; Código *Penal*. Por antonomasia, el de Justiniano. Ant. Codice». Junto a la acepción tradicional se insinúa ya otra, como la de un código que lo es en razón de la materia abordada y que se denomina por su objeto. No es tan fácil ahora considerar el código como especie de una recopilación que se presenta como género. Así desligada semánticamente de código, la palabra recopilación merece una descripción más prolija, es decir, aún menos novedosa (21).

Cuando el siglo termina y está vigente hace años el Código Civil la décimotercera edición del *Diccionario* consuma la evolución. Aparece por vez primera «CODIFICACION: Acción y efecto de codificar». Se precisa el alcance de «CODIFICAR. Hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático». También de «CODIGO. Cuerpo de leyes dispuestos según un plan metódico y sistemático.— Recopilación de las leyes y estatutos de un país.— Por antonomasia, el de Justiniano.— Ant. Codice». Continúa, desde luego, la vieja colección romana como modelo y la segunda acepción considera todavía código la recopilación de las leyes de un país, pero al código, en un sentido menos tradicional,

(19) *Catecismos políticos españoles. Arreglados a las Constituciones del Siglo XIX*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1989: textos desde 1808 a 1902.

(20) Cfr. por ejemplo *Diccionario de la lengua castellana, por la Real Academia Española*, Madrid, Francisco María Fernández, 9.ª ed. 1843, s. v. *Código*, p. 170, y *Recopilación*, p. 617; *Diccionario, cit.*, Madrid 11.ª ed. 1869, s. v. *Código*, p. 182, y *Recopilación*, p. 662.

(21) *Diccionario de la lengua castellana, por la Real Academia Española*, Madrid, Gregorio Hernando, 12.ª ed. 1884, s. v. *Recopilación*, p. 907: «Compendio, resumen o reducción breve de una obra o un discurso.— Colección de varias cosas. Recopilación de las leyes.— Colección y ordenamiento oficial de las leyes de estos reinos, publicada por mandato del rey D. Felipe II en 1567; a la cual sirvió de base, corregidas, enmendadas y revisadas, una compilación de muchas pragmáticas que ya corrían de molde en 1532.— Novísima Recopilación. Libro en que aparecen reunidos ordenadamente, después de revisadas, corregidas y enmendadas, cuantas disposiciones de carácter legal no habían caído en desuso y andaban incluidas en la Recopilación, o corrían en pliegos sueltos. Fue mandada promulgar y ejecutar como ley del reino a 15 de julio de 1805.— Nueva Recopilación. Edición novena de la Recopilación, hecha en el año de 1775».

ya no sólo se le exige la unidad de materia: el método y el sistema son los elementos nuevos que lo definen. Se deja sentir en la Academia un Código Civil que no parece asunto exclusivo de los tribunales; el nuevo texto impone el reconocimiento de un concepto, nuevo también, al menos a los efectos normalizadores del *Diccionario*.

Pero tan importante como la novedad se presenta la tradición. Con Código Civil desde entonces, en nuestros días y para nuestra lengua *código* también es la «recopilación de las leyes o estatutos de un país» y «por antonomasia, el de Justiniano» (22). No es cuestión que debamos dar por supuesta, pues uso tan dilatado del vocablo *código* no lo comparten otros romances. Tampoco hay que exigir demasiado a un *Diccionario* que nunca ha pretendido presentarse como discurso jurídico preciso. Mas cabe al menos cuestionarse si no serán problemas conceptuales de los textos de Derecho los que comprometen el léxico oficial de la Academia; si no será que el Código Civil, acaso por ser calvinianamente inexistente, deja rastros de su inanidad en el *Diccionario* e impone unos usos en el habla. Pronto veremos algunos materiales que nos permitan avanzar en esa dirección.

Desde luego han cambiado mucho los términos entre 1780 y 1992, con ese momento culminante de 1899, pero también mucha sustancia hasta hoy bajo *código* se mantiene. Documenta toda una tradición jurídica sustantiva la recurrente aceptación del Código de Justiniano como modelo: en su momento, un momento prolongado al menos hasta el Código Civil, y aún después, en un Estado deficiente que no logró la unificación del derecho privado, la mención del viejo *Codex* ha sido apreciación del valor, en tanto *ius* efectivamente *commune*, de un derecho romano «de que se usa en las universidades», según reconocía nuestro *Diccionario* en la versión original de 1780. Más o menos desplazado el *Codex* por el Código en tiempos de la décimotercera edición (1899), en la cultura del segundo ha podido subsistir la imagen ya imprecisa de un *derecho romano* que se quiere fundamento ocasional de algunas reglas jurídico-privadas, a lo que viene contribuyendo desde entonces una antigua literatura de concordancias, motivos y comentarios (23), pero también, y es asunto que aún espera investigador (24), como base general de un derecho privado que no llegó a articularse sobre el principio de la libertad. En un panorama literario dominado por

(22) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa-Calpe, 21.ª ed. 1992, s. v. *Código*.

(23) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I-IV, Madrid 1852, reimp. facs. Barcelona, Base, 1973.

(24) Avanza, como siempre, BARTOLOMÉ CLAVERO, «El Método entre infieles o el Código en España», en *Quaderni Fiorentini*, 20 (1991), 271-317.

libros de texto elementales, algunos verdaderamente deplorables, una dedicación profesional romanística ni siquiera se concibe (25).

Más discretamente, el *Codex* era aún *código* en el *Diccionario* de 1899, tras el Código de 1889, en cuanto ejemplo históricamente relevante de «recopilación de las leyes o estatutos de un país». Ya sabemos que el tal Código no ha supuesto la unificación del derecho civil español, manteniéndose a tenor de su título preliminar unos derechos privados territoriales que quedaron pendientes hasta nuestros días de definición legislativa y así dispersos en recopilaciones históricas para las que contaba, en términos prácticos que latan bajo algunas traducciones, el viejo Código de Justiniano. El sentido de *código* que pervive en el *Diccionario* académico no deja de resultar coherente con los datos de derecho positivo, no siempre codificado, que presenta hasta las *compilaciones forales* el ordenamiento español. En otras palabras y con un Código a medias, la otra mitad necesariamente ha de consistir en la mera «colección de leyes o constituciones de algún soberano», en alguna «recopilación de las leyes o estatutos de un país».

Respecto a la Europa de los códigos la *Themis* hispana conservaba —conserva todavía— sus arcanos de siempre, tan llamativos para ojos extranjeros (26). Prosigamos sin embargo la lectura, que debe centrarse en un término que ya ha hecho su aparición. El *código* como colección coincide con otra definición académica, la del término *recopilación*. Basta ahora comprobar los extremos. 1780: «RECOPIACION. La colección de varias cosas; y así llaman recopilación los libros en que están todas las leyes. *Collectio, collecta*». 1992: «Colección de escritos diversos, RECOPIACION *de las leyes*». No son las primeras acepciones, inespecíficas para nuestra observación de juristas, ni tampoco las únicas que desde ese punto de vista interesan: la edición de 1992 define con algún preciosismo dos recopilaciones históricas castellanas, para la Academia «de las leyes de España», la llamada *Nueva* de 1567 y, ahora española también para el recopilador de la época, la *Novísima* de 1805. Así es desde 1884, pero no son cuestiones que deban entretenernos.

¿Qué tenemos? Con formulación diversa, una recopilación es lo mismo en 1780 que en 1992, o, para ser más precisos, 1884, año de la

(25) Me permito llamar la atención sobre las desoladas, a veces indignadas, siempre inteligentes reseñas de GUSTAV HÄNEL en *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (= *Kritische Zeitschrift*), 3 (1831), 306-310 (sobre los *Elementos de historia del Derecho Romano* de José Muñoz Maldonado, Madrid 1827) y 19 (1847), 16-41 (sobre el *Tratado elemental del derecho civil romano y español* de Ramón Martín y de Eixalá, Barcelona, 1838).

(26) GERARDO E. FRANKENAU, *Sagrados misterios de la justicia hispana* (1703), trad. y ed. de María Angeles Durán Ramas, presentación de Bartolomé Clavero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

undécima edición del *Diccionario*, que es cuando aparece la redacción actual. Los códigos, primero, y el Código, después, no introducen aquí cambios notables; la recopilación parece así cosa del pasado, como tal insensible a novedades, y aún pudiera entenderse que la prolijidad historicista del *Diccionario* desde 1884 viene simplemente a resaltar la pérdida de toda valencia jurídica de la voz *recopilación*. Sin embargo la necesidad de pasar a este término al preguntarnos por el de *código* demuestra que las cosas son algo más complicadas: la vigencia teórica de la *recopilación* se proyectaba —todavía lo hace en la lengua castellana— desde el *código*, que es «recopilación de las leyes y estatutos» en su segunda acepción.

No era tan sólo cuestión de sustantivos. Un verbo *recopilar*, aun con definición inespecífica, nunca ha faltado desde 1780: «Juntar en compendio, recoger, o unir diversas cosas. *In compendium redigere, breviare*»; persiste hasta nuestros días, con un añadido de 1884 que considera «especialmente» el recopilar «obras literarias». Más moderno resulta el verbo *codificar*, que penetra en el *Diccionario* de 1884 y pronto, en 1899, se transforma según vimos en un «Hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático» que en 1992 todavía perdura como acepción primera. Sólo desde 1899 existe para el *Diccionario* la *codificación*: «acción y efecto de codificar».

El Código de 1889 de nuevo se hace presente como circunstancia a la que atribuir las alteraciones del léxico académico, ahora en relación al diverso alcance que presenta, en 1884 y 1899, *codificar*, pero es conclusión que confirma las impresiones anteriores y no debe llamar la atención. Por el contrario, interesa acentuar la tensión entre el viejo sustantivo, el *código*, y el nuevo verbo, *codificar*, con la *codificación* como secuela nominal aún más nueva. Si nos centramos en los sustantivos pero prescindimos por un momento de sus definiciones, lo cierto es que *código* siempre existe, con Justiniano «por antonomasia», pero *codificación* se documenta a partir de 1899.

Y ahí está lo nuevo. Situar a finales del siglo XIX *codificar* y *codificación* parece descubrimiento tan discreto que encierra un verdadero mediterráneo, mas el programa intelectual de la *Begriffsgeschichte* que nos convoca enseña a no despreciar nunca las obviedades. Con el *Diccionario* en la mano, en España hubo antes *código* que *codificación*. Tuvimos desde el principio «colección», «recopilación de las leyes o constituciones —estatutos de un país—», pero sólo al final una «acción y efecto de codificar» entendida como «hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático». Y códigos, incluso Código Civil, más tempranamente hubo: se diría entonces que el jurista español del siglo XIX, como aquel Monsieur Jourdain que hablaba en prosa sin saberlo, hizo sus códigos sin codificar, codificó sin *codificación*. Y que de todo ello dependieron los resultados del proceso.

III

Dejemos en suspenso esta línea argumental para complicar algo más el panorama. Una primera constatación: no siempre se aprecian distancias entre el *Diccionario* oficial y los diccionarios confesadamente jurídicos que se elaboran, con éxito diverso, con anterioridad a que la «acción y efecto de codificar» penetrase en la Academia y llegara a producir tales «cuerpos de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático». El primero que conozco, anónimo, es obra de poca monta, valiosa precisamente por su misma trivialidad: refleja un cuadro de referencias para la práctica judicial absolutamente depauperado, donde como «voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia» pueden aparecer las entradas más pintorescas (27). En lo que ahora nos afecta este vocabulario resulta copia fiel del académico: «Colección de leyes o constituciones de algún soberano, que toma su nombre del príncipe que la mandó hacer, o del autor que la hizo», y lo mismo sucede con *recopilación*: «La colección de varias cosas, y así llaman recopilación a los libros en que están todas las leyes». Indicaciones más precisas a códigos del pasado reciente, como el Penal, o jurídicamente vigentes, como el de Comercio, faltan en absoluto.

No merece este *Diccionario judicial* más comentarios. Un universo jurídico tradicional en sus conceptos, rudimentario en su técnica, desconectado necesariamente con los datos de derecho positivo que aún en los años finales de Fernando VII vienen introduciéndose en el ordenamiento, sin duda permite singularizar en esa obra la cultura del jurista español del primer tercio del siglo XIX, pero se requiere ahora la consulta de otros materiales. En el mismo año de 1831, desde París y con mayor enjundia, publica Joaquín Escriche un *Diccionario razonado de jurisprudencia y legislación*. En relación al reducido *Diccionario judicial* el volumen del libro y la magnitud de las informaciones han aumentado considerablemente, pero el lector comprueba con sorpresa que la obra de Escriche, de reconocida importancia a lo largo del siglo XIX, no arroja desde el ángulo de observación que aquí interesa resultados significativos. O tal vez sí: significativo de suyo es que el jurista profesional todavía dependa de las definiciones lexicales de la Real Academia.

Utilizo para mis comprobaciones una edición parisina de Escriche correspondiente a 1869, seguramente destinada al mercado latinoamericano pero con textos legales españoles como apéndice, en particular

(27) *Diccionario judicial, que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia*, por D. J. F. A., Madrid, Miguel de Burgos, septiembre de 1831 (rep. facs. Valencia, Librerías París-Valencia, 1992). Cfr. por ejemplo *Caravana*, p. 61: «Multitud de gentes que en Asia y Africa se juntan para hacer algún viaje»; *Coima*, p. 77: «El derecho que se pagaba al garitero por el cuidado de prevenir lo necesario para las mesas de juego»

el Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Repárese la voz «CÓDIGO. La colección de las Constituciones de los emperadores romanos, hecha de orden de Justiniano y dividida en doce libros; y también se llama Código el cuerpo de leyes de cualquier otro Estado». Se definen luego los diversos códigos, del *fundamental*, «la Constitución del Estado», al *penal*, «la colección de las leyes que fijan los delitos y las penas que deben aplicarse a los que las cometen», esto es, se da entrada al parámetro de la materia codificada que como vimos aún no admitía por esas fechas la Real Academia, pero en ningún caso aparece aquí información que se interese por datos del derecho español contemporáneo: por unos códigos que, y así el mercantil, el penal o los procesales mercantil y civil, no faltan a estas alturas de siglo.

No aparecen esos códigos, pero sí otros. Y la opción de información resulta propiamente una opción de conceptos. «Nuestros Códigos principales son el *Fuero Juzgo*, el *Fuero viejo de Castilla*, el *Fuero Real* y *Leyes del Estilo*, las *Siete Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá*, el *Ordenamiento Real*, las *Leyes de Toro*, la *Recopilación*, las *Ordenanzas de Bilbao* y el *Código de comercio*» (28). El horizonte del jurista profesional sigue siendo el que dibuja el *Diccionario* académico. Para la lengua y la jurisprudencia de España hablar de códigos es, ante todo, evocar el de Justiniano; se ofrece seguidamente una segunda acepción, que debe ser amplia, pues la descripción del caso nacional cubre desde un viejo libro de leyes visigodo (654) en versión romance del siglo XIII hasta el Código mercantil de 1829. Del Código Penal vigente no se tiene noticia, aunque Escriche dedica muchas páginas a cuestiones penales en su *Diccionario* (29): en defecto de un estudio detenido de esta obra y sus ediciones, no siempre controladas, es difícil sin embargo conocer el alcance y la autoría de determinadas omisiones.

Estas no afectan, como era de prever, a la voz «RECOPIACION. El último de nuestros Códigos que se publicó por la primera vez en el año de mil quinientos treinta y siete bajo el reinado de Felipe II, y contiene las leyes que sucesivamente se fueron promulgando desde la formación de las *Siete Partidas* y *Fuero Real* según la variedad de tiempos y circunstancias, como también muchas que estaban insertas en Códigos anteriores, por ejemplo algunas del *Fuero Juzgo*, y de las llamadas *Leyes del Estilo*, casi todas las del *Ordenamiento de Alcalá*, y las famosas ochenta y tres *Leyes de Toro* ...» Sigue la descripción de la última *Novísima Recopilación*, que «no es ... un cuerpo completo de legislación» pero resulta aún pieza maestra del ordenamiento español,

(28) JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Garnier Hermanos, 1869, s. v. *Código*, pp. 457-458.

(29) Así el juicio por jurados, en su origen un artículo que mereció edición exenta: JUAN A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, Universidad Complutense, 1981, pp. 106-107.

por lo que preocupa su engarce con otras y los criterios para integrar las lagunas: las recetas del Ordenamiento de Alcalá de Henares, que bregaban en 1348 con el arduo problema de composición entre jurisdicciones enfrentadas (30), es ahora que se transforman en un “orden de prelación de fuentes”, con alcance ciertamente constitucional. Los textos jurídicos mencionados por Escriche coinciden como vemos en las dos voces *código* y *recopilación*, que todavía parece el género de códigos específicos. Y una última observación: en la galería de Escriche sólo comparecen fuentes castellanos.

Son cuestiones que se repiten. También se repiten las definiciones. En otro *Diccionario* aún más conocido, empresa del principal negociante en prensa jurídica del Ochocientos español, la continuidad con Escriche y con la Academia es total: el título de esta obra menciona unos «códigos antiguos de España, desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación inclusive» que inevitablemente condicionan las voces correspondientes (31). «CÓDIGO. Cuerpo o colección de leyes de un Estado. Por antonomasia se entiende el que se hizo de orden de Justiniano, coleccionando las Constituciones de los emperadores romanos». Y se precisa: «Nuestros Códigos o colecciones de leyes principales son: el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real y las Leyes del Estilo, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, el Ordenamiento Real, las Leyes de Toro, la Recopilación, el Código de Comercio, el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento criminal».

Al igual que en el caso de Escriche, para Martínez Alcubilla no hay solución de continuidad entre el viejo libro visigodo y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todos son códigos, «colección de leyes de un Estado», destacadamente, al menos por su número, los que se dicen «antiguos de España»: se publican ahora para uso de los prácticos y tienen que coordinarse con los más recientes según un complicado orden de prelación, el viejo Ordenamiento de Alcalá, que entretiene profesionalmente al jurista. Y código, por antonomasia, sigue siendo el de Justiniano.

Ahora bien, que hay códigos y códigos ya lo sabe Martínez Alcubilla: «en una acepción más concreta no se entiende por *Código* cualquier colección legal, sino la que es resultado de la nueva ciencia de la *codificación*, y que comprende un conjunto homogéneo de disposiciones o artículos bien clasificados sobre cualquier ramo o materia, como

(30) JESÚS VALLEJO, «Leyes y jurisdicciones en el *Ordenamiento de Alcalá*», en *Textos y concordancias del Ordenamiento de Alcalá ...*, Madison (Wisconsin), *Seminary of Hispanic Studies*, 1994, 1-19.

(31) MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española ... Son complementos de esta obra los Códigos Antiguos de España, desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación inclusive*, II, Madrid 4.^a ed. 1886, s. v. *Codificación*, p. 351; *Código*, pp. 351-352; *Código civil*, pp. 352-366.

hoy el Código Penal, el de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento civil, etc.». La distancia entre una vetusta Recopilación o Fuero y los libros jurídicos que ahora se citan se quiere, como vemos, de ciencia: «Del verbo *facio* (hacer) y de la voz *codex* (código), codificación es la formación de códigos, pero con sujeción a los principios de la ciencia de la legislación». Aunque su alcance queda indefinido, parece muy claro el contenido mínimo de esta nueva ciencia: la aplicación de sus principios a materias jurídicas homogéneas con arreglo a una buena clasificación son los requisitos mínimos de los códigos en este sentido concreto, en el que ya no encajan los antiguos códigos de España.

Entre unas y otras definiciones ha cambiado ciertamente el panorama. Aún subordinados los nuevos códigos a los viejos, todavía como segunda acepción, van sin embargo dignificándose bajo pretensiones de *ciencia*. Tal vez Martínez Alcubilla —¿su anónimo redactor?— tuviera simplemente en cuenta la presencia ocasional de unas asignaturas universitarias de «Principios generales de legislación universal comparada. Codificación» en los planes de estudio de Derecho, rápidamente modificados con sacrificio, entre otros, de este interesante extremo (32), o tal vez no, aunque recordar ahora el episodio universitario tiene cierto valor para representar elementos de cultura jurídica que desde luego circulan.

Poco más que unas cuantas normas podemos recordar aquí sobre el viscoso mundo de la enseñanza del Derecho en la España del Ocho-cientos (33), pero basta ese poco para precisar conceptos. Adornada del valor científico que se exige a los nuevos códigos, en 1842 la «Codificación» es materia del curso final, doctoral, del larguísimo *curriculum* jurídico que entonces se traza. Según orden ministerial dictada para cumplimiento del Plan, por el que se unifican definitivamente las viejas carreras autónomas de Leyes y de Cánones, el profesor encargado de aquella asignatura «no sólo dará razón de los diferentes métodos que se han seguido por las naciones más adelantadas para reunir las leyes en colecciones luminosas y especiales, sino que explicará las reglas que deben observarse en la formación de las mismas leyes y las condiciones científicas que tienen que satisfacer, con lo cual podrá ampliarse el estudio hecho anteriormente del derecho constitucional en su importantísima parte de organización y ejercicio del poder legislativo». Tan desmesurada previsión se revela síntoma de debilidad. La codificación científica de la cátedra de Derecho es legislación comparada, precisamente entendida como noticias y cuestiones sobre «colecciones

(32) ANTONIO ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972, pp. 378 y ss., pp. 382 y ss., para los datos que ahora interesan.

(33) De nuevo precursor, a fines del Novecientos, BARTOLOMÉ CLAVERO, «Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho», en *Quaderni Fiorentini*, 21 (1992), 37-87.

luminosas y especiales» de otros países, pero es también técnica legislativa y reflexión sobre cámaras parlamentarias. Más adelante sobre ello insistiremos.

Hay testimonios autorizados que sirven provisionalmente para comprobar el aprecio que merece la nueva asignatura. Con noticia de la misma y pronunciamiento en la cuestión fundamental de la formación de los códigos escribe por esas fechas Florencio García Goyena (34). En un proyecto de código criminal que es simple sistematización de leyes históricas, novedades incluídas, el futuro y frustrado codificador civil ridiculiza «la manía de codificar», que luego también le afectó, agregando a la larga cita de autor francés no identificado (35) con que inicia su obra una escandalizada mención de la novedad que incorpora la reciente reforma educativa: «¡Qué dirá el autor indicado, a quien supongo vivo, si llega a saber que en el nuevo Plan de Estudios para la juventud española hay nada menos que una asignatura formal de codificación; por manera que al salir de las universidades podrá cualquiera hacer diariamente un código con la misma facilidad que un pedimento!».

Tal fue el caso ciertamente, aunque los llamados códigos de redacción privada revelen ahora una escasa familiaridad con la ciencia codificatoria en la España del siglo XIX. Nadie se toma en serio la tal «Codificación», que de inmediato sucumbe en los estudios jurídicos: al menos, sólo consta la subsistencia expresa de la más humilde «Legislación comparada». El mismo Plan de 1842 prevé también una materia de «Códigos Civiles españoles, el de Comercio. Materia criminal», que por ser asignatura del quinto curso de Licenciatura posee una importancia que falta a la «Codificación», argumento poco práctico relegado al ciclo opcional de Doctorado que sólo se imparte en Madrid. El plural de la denominación oficial nos indica que en la medida de los tales «Códigos civiles españoles» no cabe en España un singular Código Civil; atestigua que la asignatura de «Códigos» es, simplemente, la excrecencia académica de una realidad textual: a los efectos de la educación técnica del jurista estos *códigos* aún son los «antiguos» del diccionario de Martínez Alcubilla, por su parte aplicado inmediatamente a la publicación y difusión de aquellos códigos entre los prácticos (36),

(34) *Código criminal español, según las leyes y prácticas vigentes, Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, por ..., I-II, Madrid, Viuda de Calleja e Hijos, 1843.

(35) Supongo que se trata de la autoridad del momento, difundida también en castellano: PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de derecho penal. Escrito en francés por Mr. P. Rossi ...* traducido al idioma español por Don Cayetano Cortés, I-II, Madrid, José María Repullés, 1839.

(36) Son materiales por estudiar. La versión más utilizada seguramente fue *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, I-XII, Madrid, Imprenta de La Publicidad, 1847-1851, centrada en la legislación histórica de Castilla, con colaboración de

a los que puede agregarse sin muchos problemas de concepto el derecho mercantil codificado como novedad más bien secundaria: el ordenamiento positivo español no se lee todavía con métodos de éxegesis ni sustenta dogmáticas, careciendo hasta de base la más endeble construcción jurídica (37). Desde luego aparece una cierta literatura mercantil y penal que sitúa en el código su referente, pero nos encontramos ante obras elementales que no pasan de ser un primer esfuerzo digestivo —*ad usum scholarum*— del texto legal (38). También a su respecto, a respecto en general del jurista español, los protagonistas de la experiencia siguen siendo unos *códigos* que no reclaman conocimiento teórico ni ejercicio práctico de *codificación*. Se trata de códigos editorialmente disponibles y humanamente legibles, frente a un Código de Comercio publicado oficialmente para negocio particular de su redactor (39) y un Código Penal que se difunde en versión inmanejable dicha microscópica (40). La historia los impone y la colección los define. La ciencia se dice que existe, pero no se convoca. Y el *Diccionario* de la Lengua continúa presente.

las principales plumas del momento (conoce reediciones). Otras colecciones se proponían incluir fuentes contemporáneas: *Códigos de España, y decretos y órdenes de Cortes compendiados y anotados*, I-V, Valladolid 1874-1877, de los que sólo he tenido en mis manos los dos primeros tomos: *Las Siete Partidas, compendiadas y anotadas por D. José Muro Martínez ... Editor Don Mariano Muro López Salgado*, Valladolid, Gaviña y Zapatero, 1875.

(37) Cfr. Orden de 1 de octubre de 1842, en ANTONIO ALVAREZ DE MORALES, *Génesis*, cit., (n. 32), p. 381 y n. 964: «La historia del derecho español ocupará el primer mes del curso. Los restantes se invertirán en el estudio de las instituciones civiles y mercantiles. No hay necesidad de separar el derecho civil del de comercio, sino que por el contrario convendría mucho que los profesores uniesen entre ambas enseñanzas, porque siendo el derecho mercantil una especialidad del común, importa en estos cursos elementales advertir de la excepción a fin de cada título o tratado».

(38) Me limito a citar lo mejor, que sin embargo responde al diagnóstico: JOSÉ DE CASTRO Y OROZCO y MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, I-III, Granada, Manuel Sanz, 1849; PABLO GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de derecho mercantil*, I-II, Barcelona, heredero de José Gorgas, 2.^a ed. 1859.

(39) CARLOS PETIT, «Derecho mercantil» cit., (n. 4), p. 405.

(40) (MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, ed.), *Código penal de España, cuyo texto se halla arreglado a la segunda edición oficial, con el informe sobre el mismo del Ilustre Colegio de Abogados de esta ciudad, y con notas y observaciones prácticas, por M.M.A.*, Burgos, Imprenta de D. Sergio Villanueva, 1850. Gracias a la diligencia de Fernando Bouza he examinado un ejemplar de esta edición en la colección Usoz (Biblioteca Nacional, Madrid). El llamado «código microscópico», que mide 93 x 65 mm., fue en su origen un obsequio para los suscriptores de la *Revista de los Tribunales y de la Administración de Justicia*, una de las empresas del animoso Martínez Alcubilla, que también llega a anunciar, ultimado el proyecto de 1851, un Código Civil microscópico: *Revista*, cit., (1851), p. 318. Del Penal se prometía nueva edición: cfr. *Boletín Jurídico* (2.^a época de la *Revista*, cit.) (1853), pp. 128, 248, 320 y 336.

Continúan además unas prácticas académicas, productoras de textos. El más importante sin duda se debe a Benito Gutiérrez, un típico jurista español que pasa del Seminario a la Guardia Civil y de las armas a la Cátedra civilística, donde centra por fin su actividad profesional (41). A inicios de los años Sesenta publica Gutiérrez unos *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español* (42). Es obra que responde a exigencias universitarias: a una asignatura de «Códigos españoles» o «Ampliación del derecho civil de España», que se advierte suprimida en 1858 pero con mayor razón necesitada de exposiciones y, en efecto, la colección de Gutiérrez es lo mejor que dan de sí las aulas españolas en estos tiempos de los «Códigos». El voluminoso tratado llama de inmediato la atención de Pedro Gómez de la Serna, pero su reseña es una reflexión, con la excusa de Gutiérrez, sobre la enseñanza jurídica en España (43). Si aplaude el «método dogmático» seguido por Gutiérrez, la razón se encuentra en aquellos «Códigos»: «Si en España tuviéramos un Código civil modelado en la turquesa de la mayor parte de los modernos, sería ocasión de examinar si los libros dogmáticos ... deberían ser reemplazados por cursos exegéticos»; pero los «Códigos» disponibles no otorgan espacio a tales cursos: «hoy el estudio exegético de nuestro derecho sería imposible en las escuelas ... Diremos más; si fuera posible hacer así el estudio no sería conveniente». La historia y la exégesis claramente se viven como elementos irreconciliables.

El panorama de fuentes que ante sí tiene el profesor de este curso de «Ampliación del derecho civil» que más exactamente es cultura de «Códigos españoles» se describe con exactitud en la definición oficial de la asignatura que realiza el Consejo de Instrucción Pública (44). Es noticia ofrecida en su reseña por Gómez de la Serna, al fin y al cabo miembro del Consejo; y nos vale ahora como síntesis de las dificultades que tuvo que superar Gutiérrez, o, si se prefiere, como índice sumario de sus *Códigos o Estudios*. «No habiendo texto adecuado a esta asignatura, el catedrático hará estudiar y explicará las materias del derecho español que más se separan del romano, y especialmente los títulos segundo y tercero del libro III de la Novísima Recopilación; el libro X de la misma, y las leyes modernas que alteran o modifican el antiguo derecho. Hará también conocer a sus discípulos los tratadistas

(41) RAMÓN LORENTE, «Necrología. Don Benito Gutiérrez y Fernández», en *La Crónica Legislativa*, 2 (1885), 309-313.

(42) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, Sánchez, 1862 y ss.

(43) En *RGLJ* 21 (1862), 648-652.

(44) Véase además, coincidente, el Reglamento de Estudios de 1852, en *Revista de los Tribunales y de la Administración de Justicia* (1852), 315 y ss., arts. 105-111 en pp. 331-332.

que más han sobresalido en la explicación de cada una de las leyes, y especialmente los que han comentado las de Toro». La añeja técnica de las antinomias con el derecho romano, la *Novísima* como elemento central del aprendizaje, la doctrina del *mos italicus* castellano aplicada sobre todo a la lectura de las Leyes de Toro (1505) es el cuadro profesional del civilista español de mediados de siglo. Un cuadro romano y castellano, que sin embargo amplía una referencia final a «los puntos cardinales en que se separan los (*sc. fueros provinciales*) de Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra del derecho de Castilla, haciendo un examen comparativo de unas y otras instituciones».

Entre imposibles exégesis, dogmas que desfallecen ante cualquier comparación y antinomias de regusto dieciochesco hacen por fin su entrada unos «fueros provinciales», como apéndice de los «códigos españoles» pero sin nombre ni aspecto de *código*, para cuya mínima comprensión también debe convocarse a la historia. Y, en efecto, la ausencia casi total de una historiografía jurídica profesional en la España del siglo XIX, al igual que la absoluta carencia de una ciencia romanística, se relaciona necesariamente con una práctica del Derecho que no puede sacar la historia de los bufetes de abogados, las cátedras de los profesores y los estrados de los jueces. Son muy pocas las excepciones, procedentes por cierto de los círculos más comprometidos con la *codificación* (45). Los civilistas, y así Gómez de la Serna, que parece y fue figura omnipresente, comienzan sus cursos (46) con historias, para escándalo de lo que por entonces —aunque en otras latitudes— ya daban de sí los verdaderos profesionales (47). Ahora bien, según los ambientes y las universidades los cursos civilísticos quitan o añaden «Códigos» a la inaprensible serie española de los mismos, y así unas *Explicaciones taquigrafiadas* procedentes de Barcelona (48), cuya

(45) FRANCISCO (DE) CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, I, Madrid, P. Núñez, 1884, colección de trabajos anteriores aparecidos en su revista *El Derecho Moderno* (1843 y ss.) interesantes al derecho visigodo. Y estamos ante una historiografía jurídicamente militante: FRANCISCO DE CÁRDENAS, *El matrimonio en sus relaciones históricas con el Estado y con la Iglesia*, Madrid 1870.

(46) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA/JUAN MANUEL MONTALVÁN, *Elementos del derecho penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, I-II, Madrid, Establecimiento Tipográfico, 1841; III, Vicente de Lalama, 1842. *Cfr.* I, pp. 7-96, con la reseña histórica.

(47) *Cfr. Kritische Zeitschrift*, 16 (1844), 331-341 (Gustav Hänel).

(48) *Explicaciones taquigrafiadas de la asignatura de Ampliación del derecho civil y códigos españoles*, Barcelona, Vda. e Hijos de Gaspar, anónimas y sin fecha, pero posterior, según las referencias legislativas recogidas, a 1872, pp. 164 y ss.: «De todo esto resulta, pues, que los períodos ya estudiados en nada se parecen al presente, que no ofrece ningún código en el que se contenga todo el derecho, como en las épocas anteriores, por más que así lo prescriban nuestras constituciones políticas y por más que se hayan publicado el código mercantil y el código penal, puesto que ello en nada se parece a la codificación de las demás cinco épocas cuyo estudio tenemos hecho.

parte histórica inicial es sensible a los «fueros provinciales» no castellanos que figuran según vimos en la descripción oficial de la asignatura, pero la mayor cantidad de información resulta en este caso verdadero problema de calidad del concepto: a pesar del Penal y el de Comercio, del repaso histórico se concluye, paradójicamente, que son los tiempos modernos una época sin códigos en la historia de las legislaciones españolas; que en esos mismos tiempos existe todo lo más una *Colección legislativa* «que equivale a un código», a cuyo respecto el lector de los Diccionarios acentuará sin duda el mismo nombre de *Colección*. Y, en efecto, las *Explicaciones* precisan de entrada la existencia de lagunas y omisiones en esa recopilación oficial y anual de las leyes vigentes, viejo problema del género recopilatorio.

Y se escriben también unas historias que son ante todo derecho, pues se trata, sin *códigos*, de presentar y describir los «Códigos españoles». Es la finalidad que persigue, de nuevo por ejemplo, Ramón Ortiz de Zárate, cuyo *Análisis histórico-crítico de la legislación española* (49) presenta al menos el mérito de penetrar en la descripción de los monumentos normativos de las primeras décadas del siglo XIX. Para el *Análisis* de Ortiz de Zárate *código* de nuevo es cualquier texto jurídico de regular importancia. Ciertamente la intención declarada en este ensayo consiste en la ilustración de todas las clases jurídicas para la confección de «los nuevos códigos generales», «los futuros códigos» prometidos por la Constitución, que reducirán por fin a historia «los códigos legales, que desde la fundación de la monarquía española hasta el presente, habían regido en la península Ibera nada menos que por catorce siglos», pero son estos segundos códigos, en el desarrollo del *Análisis*, la cuestión que resulta principal. Junto a códigos en sentido estricto, como el Penal de 1822 o el de Comercio de 1829, que Ortiz de Zárate conoce y describe, aún llega en sus páginas a discutirse si es *código fundamental* o *constitución política*, o ninguna de ambas cosas, el Estatuto Real, fugaz convocatoria a Cortes dictada en 1834, y *código* resulta también el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, que «es la parte más interesante de nuestra legislación moderna».

Es toda ella legislación de vocación española, lo que en la práctica del ordenamiento contradicen unas peculiares circunstancias (50),

Mas si no tenemos un código civil, tenemos en cambio importantísimas leyes civiles que debemos estudiar, si bien antes advertiremos que todas las referentes a las materias civiles de esta época, se hallan contenidas en una obra titulada hoy *Colección legislativa*, que equivale a un código».

(49) I-II, Vitoria, Egaña y Compañía, 1844.

(50) Cfr. RAMÓN ORTIZ DE ZÁRATE, *Análisis histórico-crítico*. (n. 49), II, pp. 11 y ss., con referencia al Convenio de Vergara y la ley «paccionada» de 1841 a propósito del encaje, *iure bellico*, de Navarra en la España de los Reyes Católicos.

pero no es mucho lo que expresan al efecto el historiador Ortiz de Zárate o el jurista Gómez de la Serna, condenados uno y otro, sin *código*, a ser historiadores en cuanto juristas prácticos de «Códigos». Según ámbitos geográficos la información lógicamente varía, pero en general, como vemos, de esos «Fueros provinciales» cuya noticia residualmente debe cubrir la asignatura de «Códigos españoles» o «Ampliación de derecho civil» no abundan las informaciones. «¡Lástima que en estas sabias investigaciones se olvidasen completamente los importantísimos monumentos de la legislación de los demás reinos de España, y que éstos hayan llegado casi ignorados hasta nuestros días, en que por fortuna empiezan a despertarse de nuevo esta clase de estudios!» (51), puede escribirse desde Cataluña en 1847, mas la ignorancia del legislador universitario contemporáneo relativa a las tradiciones no castellanas llega a situar entre ellas, como se recordará, unos dichos «fueros de Valencia» derogados desde hace siglo y medio sin que consten deseos contemporáneos de restablecerlos, mientras que silencio un caso vasco para el que no faltan fuentes históricas ni literatura moderna, aunque no siempre se dedique al derecho privado (52). Estamos de nuevo ante extremos por estudiar, que sólo una lectura sistemática de los manuales universitarios contribuirán a aclarar en el futuro.

IV

Regresemos a lo nuestro. Sin gran vocación expansiva, con los «códigos» y sus correspondientes «historias», aparece en el discurso del jurista un concepto de *codificación* bastante más exigente que el viejo y desgastado *código*. Se sabe en España que la *codificación* es cuestión polémica de política jurídica, pero las escasas referencias a Thibaut y Savigny, autor este último que, difundido entre nosotros en francés (53),

(51) JOSÉ ANTONIO ELÍAS, *Compendio de la Historia de las Instituciones y Derecho de la Monarquía Española y de cada uno de los Reinos en que estuvo dividida*, Barcelona, Imprenta Hispana, 1847.

(52) MANUEL GARCÍA GONZÁLEZ, *Crítica de los fueros de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. Discursos pronunciados en el Senado por los Excelentísimos Señores D. Manuel Sánchez Silva, D. Pedro de Egaña y D. Joaquín B. y Aldamar, con notas y documentos oficiales por ...*, Madrid, El Clamor Público, 1864, al hilo del proyecto de Presupuestos para ese año.

(53) CARLOS IÑIGO, *Índice de las obras existentes en la Biblioteca de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, C. González, 1854, p. 47: de Savigny se registra *Histoire du Droit romain au moyen âge, Traité de droit romain y Traité de la possession, d'après les principes de droit romain*.

poco a poco del francés se va traduciendo (54), casi siempre (55) resultan de segunda mano: rinde servicio Eugène Lerminier (56), igualmente traducido y manipulado (57). Con estas mismas fuentes hace su aparición una variada literatura de *Prolegómenos*, también asignatura de 1842 que inaugura, cómo no, un joven Pedro Gómez de la Serna (58). Faltando pronto la «Codificación» en planes universitarios, en defecto sobre todo de Código Civil, estos libros transmiten al menos algunas nociones elementales (59).

Para los más avanzados se cuenta además con la *Enciclopedia española de derecho y administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias* dirigida por Lorenzo Arrazola y con los principales juristas del momento entre sus colaboradores declarados. Incompleto, el esfuerzo de Arrazola llega al menos hasta las voces que nos interesan (60): *codificación, código civil, código penal, códigos, códigos españoles, códigos extranjeros*. Leemos en ellas de todo. Al igual que en los casos anteriores, pues es problema general del or-

(54) MANUEL TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política, 1800-1880, con tres apéndices ... Parte primera. Bibliografía española*, Madrid, Imprenta Fortanet-Librería D. Fernando Fe, 1883, que aún sigue siendo fuente principal de información, menciona (refs. 253 y 260) las versiones del *Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano*, Madrid 1845, y del *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid 1878-1879. La ref. 221 remite a GUSTAVO HUGO, *Historia del Derecho romano. Traducida del alemán, según la séptima edición por Jourdain. Revisada por Poucelet*, trad. de Manuel Casado Tello, Madrid 1850.

(55) Con información original, pues aparece rodeado de reseñas que no excluyen obras alemanas (cfr. pp. 90-91), tal vez escribe el autor de «La Escuela histórica y la Escuela filosófica», en *El Derecho. Revista semanal de legislación, jurisprudencia y tribunales (= El Derecho)*, 1 (1844), 447-461.

(56) EDUARDO TRILLO SALELLES, «De la Escuela Histórica en sus relaciones con la legislación», en *RGLJ* 7 (1855), 150-153; CIRIACO RODRÍGUEZ MARTÍN, «Influencia de la revolución francesa en la codificación civil. De las cuestiones suscitadas en Alemania con este motivo y de los obstáculos que retardan uniformar la legislación civil española», *ibid.* 30 (1867), 161-192; LUIS MOROTE Y GREUS, «La Codificación civil, su historia, su necesidad», *ibid.* 59 (1881), 28-48. En su relativa pobreza lo mejor que conozco de este género es FERMÍN FERNÁNDEZ IGLESIAS, «Origen, fundamento y valor del derecho consuetudinario», *ibid.* 23 (1863), 5-49, discurso doctoral.

(57) E. LERMINIER, *Introducción general a la historia del derecho*, Barcelona, Benito Espona, 1840.

(58) *Prolegómenos del Derecho*, Madrid, Vicente de Lalama, 1845, pp. 134 y ss. sobre Savigni (!) y Nieburh (!).

(59) CIRILO ALVAREZ MARTÍNEZ, *Nociones fundamentales del Derecho*, Burgos, Arnáiz, 1855; ANGEL CREHUET Y GUILLÉN, *Prolegómenos o introducción general al estudio del Derecho*, Salamanca, Oliva y Hermanos, 1871; LUIS MIRALLES SALABERT, *Prolegómenos de la Ciencia del Derecho*, Madrid, F. López Vizcaíno, 1871; ANTONIO JOSÉ POU Y ORDINAS, *Prolegómenos o introducción general al estudio del Derecho y principios del Derecho Natural*, Zaragoza, Mariano Salas, (2) 1879.

(60) IX, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia a cargo de J. Morales. 1856.

denamiento español, conviven las fuentes y los conceptos más diversos. Los títulos otra vez resultan explícitos: con toda intención Arrazola incluye en su *Enciclopedia ... de derecho y administración* la evocación admirable de aquel vetustísimo *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias* compuesto a fines del siglo XVIII por uno de los juristas que más combatieron la modernidad ilustrada (61). Nuestra *Enciclopedia* se revela así indudablemente *española*.

Lo nuevo de una *Enciclopedia* que también es *Teatro* convive con la vieja *legislación universal*: entre *España* y sus desaparecidas *Indias* se sitúan como pueden un *derecho* y una *administración*. «Desde luego en el uso de la voz *código*, hemos seguido a los romanos respecto de la originaria *codex*», pero en 1856 ya se sabe que «la voz *código* tiene aún una cuarta acepción, más concreta; y es cuando lleva ese nombre una colección *homogénea*, que comprende por completo todas las lyes y disposiciones de un materia; pero sólo de ella. La colección será más o menos extensa; pero su carácter esencial es aquél, esto es, la *homogeneidad*, y el que abarque o desenvuelva por completo uno solo de los ramos de la administración de un Estado, ora en lo civil, ora en lo criminal ... En este concepto es técnica la palabra *código*».

La «acepción más concreta» se dice «técnica» y resulta con ello «moderna». Moderna es también la voz *codificación*: «Voz de creación moderna ... Hemos dicho que esta palabra es moderna, y moderno es por tanto el sentido en que se aplica, pues ciertamente hasta principios de este siglo no era frecuente la formación de *códigos* en el sentido estricto que tiene hoy esta palabra». Sin embargo *códigos* son, «aún en la acepción moderna» que remite como vemos a *codificación*, el Fuero Real y las Siete Partidas; el monarca medieval Alfonso X sería *codificador*, como después —cinco siglos después— tan sólo Fernando VII, que promulga en 1829 el Código de Comercio.

Sobre cada uno de estos *códigos*, los históricos y los contemporáneos, existe o se prevé artículo específico, mas los dichos *españoles* como tales no faltan, con el contenido esperado del orden de prelación de fuentes: «una cuestión importantísima, a saber, la precedencia entre nuestros diferentes cuerpos legales, y por qué orden deber ser apreciadas sus disposiciones en la práctica». Por esas páginas desfilan del Ordenamiento de Alcalá hasta el Código Penal, con exhaustivas referencias a las doctrinas del *mos italicus* castellano desde la obra tres veces centenaria de Antonio Gómez. Si tenemos en cuenta que la voz *códigos extranjeros* colecciona información, por países, de los *códigos* vigentes, rematada con unas «consideraciones generales» resueltas entre rudimentos de Thibaut y Savigny, tendencia universal a la unidad con

(61) BARTOLOMÉ CLAVERO, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (= AHDE), 48 (1978), 307-334.

peso decisivo del modelo francés y criterio de especialidad como aplicación al legislador del principio económico de división del trabajo, la distancia entre la doctrina que se establece a propósito de estos *códigos extranjeros* y la preocupación que acreditan los *códigos españoles* parece abismal: la *codificación* sólo es «moderna» cuando situamos su discurso fuera de España.

En sus fronteras, atormentadas por una diversidad de ordenamientos territoriales ante la cual se muestra poco sensible una *Enciclopedia* también con ello *española*, el análisis de los códigos resulta contradictorio hasta para sus mismos autores. «Algunos no tienen inconveniente en calificar de *códigos civiles* al Fuero Real y a las Partidas», advierte la voz *código civil*, «pero esta acepción, que es la más genérica de la frase *código civil*, no es la que especialmente se le atribuye en nuestros días. Desde que el prurito moderno de la *codificación* invadió a todos los pueblos, se conoció la conveniencia de separar en diferentes códigos las distintas clases de leyes ... bajo la denominación de civiles se comprendieron las que fijaban las relaciones recíprocas entre los ciudadanos». Sería muy sencillo explicar los desajustes por la índole colectiva de la obra que dirige Arrazola. Son páginas que a veces han sido posteriormente publicadas bajo su exclusiva responsabilidad (62), lo que no tiene que bastar para una exacta atribución; otras veces la relación entre la *Enciclopedia* y la obra de Pedro Gómez de la Serna, primer colaborador según la lista de autores del tomo noveno, que es el que se viene manejando, parece manifiesta. Mas interesa poco la autoría: como obra colectiva se publica la *Enciclopedia* y como cultura que también lo es debemos aceptar sus artículos.

V

Para los efectos de la *Enciclopedia* y aún a la vista de todos un modelo desde luego existe desde hace años. El *Code Napoléon* conoce repetidas traducciones al español y se difunden, también en español, sus concordancias y comentarios (63). Con *Code* y con «códigos españoles» sobre la mesa de trabajo del jurista, el encuentro de los extremos resultará inevitable.

(62) LORENZO ARRAZOLA, «De la codificación en las principales naciones modernas», en *RGLJ* 12 (1858), 39-50, 116-133, 193-223, 433-449, 593-625, 746-768, que es la voz enciclopédica *Códigos extranjeros*.

(63) MANUEL TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política cit.* (n. 54) menciona (refs. 2102 y ss., pp. 128-129) las traducciones del *Code* de 1809 (anónima), 1850 (Pío Laborda y Galindo) y 1875 (Estanislao Figueras), pero es asunto que merece estudio; son varias las ediciones de la versión española (1843, 1845, 1847, «económica» de 1852) de las *Concordancias* de A. Saint-Joseph (F. Verlanga Huerta y J. Muñoz Miranda).

Algunos, bastantes, desde el código francés se dedican a leer los «antiguos de España», esos «códigos españoles» que campean por las universidades, el foro y las prensas. Por ejemplo, primero de una serie discretamente nutrida que sólo puedo aquí repasar rápidamente, el jurista vasco Pablo Gorosábel. A Gorosábel se le viene atribuyendo la condición de proyectista del Código civil (64), pero su libro es bastante menos que eso: se trata de una simple *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación; Escrita bajo el método de los códigos modernos* (65). Sus 1419 artículos, distribuidos en tres «partes» modeladas sobre el *Code*, según declaración del autor se deben a la lectura de la ley francesa por un práctico de los «Códigos», pero se protesta cualquier pretensión de innovación: del *Code* se toma «plan, método, exposición y orden de las mismas materias», apoyado el autor al fin y al cabo en la común tradición romanística de los derechos francés y castellano; de los «Códigos» procede la sustancia, según las notas de fuentes que sitúan los artículos casi siempre entre los viejos textos castellanos. No falta el Concilio de Trento en materias de matrimonio, ni tampoco, en general, una doctrina jurídica que nada tiene de exégesis: «opiniones de los autores regnícolas más recibidas por los juristas y los tribunales», tomada con múltiples llamadas a la prudencia. Por contra, no está en Gorosábel la legislación del momento y el único código por entonces existente, que es el mercantil de 1829, carece hasta de rastros en materia de contratos.

Junto al *Código* Gorosábel compone una suerte de breviario explicativo, que poco explica (66). O, si se quiere, lo hace, y mucho: da cuenta de un uso hispánico del *Code* que se reduce a la más externa adaptación de su sistema a la materia jurídica antigua y castellana, con énfasis precisamente en lo más tradicional; justifica un *desideratum* que se entiende en sí mismo «código» y supera, con sus ventajas, los inconvenientes de volumen que tenía el texto *novísimo* de 1805, «código» también al fin: «Nada pues más conveniente en el estado actual de la legislación que una reforma completa y general que reuniendo en un corto volumen todas las disposiciones civiles, abrogue todos los códigos, fueros, recopilaciones y demás cuerpos legislativos, que en materia civil se han promulgado».

Se vislumbra desde la *Redacción del Código civil de España* el panorama intelectual del *Diccionario*, pues Gorosábel lee un *código*, el *Code*, y escribe con este pretexto y título otro *código*, que resulta verdadera *recopilación*. Es jurista, otro jurista, que demuestra la vigencia de las definiciones académicas: que conforma con su quehacer la cul-

(64) Así ya JOSÉ MARÍA ANTEQUERA, *La codificación moderna*, cit., (n. 3), p. 46.

(65) TOLOSA, Viuda de la Lama, 1832. 326 pp.

(66) PABLO GOROSÁBEL, *Examen de los principios del derecho civil español*, I-III, Tolosa, Juan Ignacio de Mendizábal, 1834.

tura de la Academia misma. Sin *Code*, para su intento ya existían precedentes, al menos en materia criminal (67), y no se carecía en el terreno de los procedimientos de auténticos proyectos privados que pretendían animar discusiones y aclarar el panorama de un anquilosado ordenamiento (68). Y existirán, también y sobre todo, consecuentes. Muy similar al de Gorosábel, pero ahora con alguna presencia del derecho que va gestándose tras la muerte de Fernando VII (1833), José María Fernández de la Hoz elabora un *Código civil, redactado con arreglo a la legislación vigente* (69): idénticas protestas conservadoras, parecida referencia a las fuentes, limitación de éstas a las castellanas e históricas. En otros territorios jurídicos y con pérdida del nombre de *código* llegan a elaborarse colecciones que encierran un proyecto semejante (70). A veces, desde este mismo horizonte, la diversidad procede de la materia: sin que hoy por hoy conozcamos el sentido práctico de la obra, se publica incluso una recopilación sistemática de disposiciones de la torturada dominación francesa bajo el título *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte* (71). Otro código a la española, aunque aparezca de por medio la codificadora Francia.

Más que dar cuenta de unos materiales, que desde luego merecen un estudio reposado, me preocupa constatar la inexistencia de un concepto moderno. En Fernández de la Hoz y en Gorosábel la idea técnica de código es muy débil, pero el uso del término ya lo es menos: lo soporta el sentido desmesurado de un vocablo que comprobamos vigente entre los juristas con el mismo alcance que aparece en los *Diccionarios* oficiales de la Lengua. Avanzado el siglo, acercándose el Código Civil y la inevitable, aunque tardía, revisión lexical de la Academia, los con-

(67) VICENTE VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal, arreglado a las leyes de España, que para dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos reales escribió ...*, I-III, Madrid, Vda. de Ibarra, 1797.

(68) MANUEL DE SEIJAS LOZANO, *Teoría de las instituciones judiciales, con proyectos formulados de códigos aplicables a España*, I, *Proyecto del Código de procedimientos en materia criminal*, y II, *Teoría del Procedimiento en materia criminal*, Madrid, Viuda de Calleja e Hijos, 1841 y 1842. Sobre otro texto similar para el proceso civil de José María Fernández de la Hoz (1843), *cfr. Kritische Zeitschrift*, 16 (1844), 341-342 (Gustav Hänel).

(69) Madrid, Eusebio Aguado, 1843. 277 pp.

(70) JOSÉ ANTONIO ELÍAS y ESTEBAN DE FERRATER, *Manual del derecho civil vigente en Cataluña, o sea resumen ordenado de las disposiciones del derecho real posteriores al decreto llamado de Nueva Planta, y de las anteriores ... Segunda edición, arreglada en vista de la legislación vigente hasta el día y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, por D. Alejandro Bacardí*, Madrid, Carlos Bailly-Baillière (en el ejemplar que utilizo, Biblioteca Nacional, Madrid, signatura 1/2902, una etiqueta oculta otro pie de imprenta: Barcelona, Librería de José Ginesta), 1864. La primera edición se publica en 1842.

(71) JUAN MIGUEL DE LOS RÍOS, *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea colección de sus más importantes leyes, decretos e instituciones*, Madrid, Ignacio Boix, 1845.

secuentes de Gorosábel continúan, alcanzando el género del código privado, que es sistematización de leyes castellanas vetustas, su máxima expresión. 1872. Un abogado del Colegio de Valladolid, Sabino Herrero, da a las prensas *El Código civil español*, que de inmediato se define como *Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia* (72). Aquí la atención al derecho contemporáneo es determinante. Obligadamente se parte de la historia para ofrecer un rápido repaso de la legislación castellana, en que destaca el Ordenamiento de Alcalá (1348) como «ley general» que inaugura un período de lenta, pero efectiva, superación del previo localismo. Se llega al momento jurídico actual, tiempo de transición, que compensa la ausencia de código con una multitud de leyes especiales superpuestas a las históricas y que crean así un mundo impenetrable de referencias normativas. En tal contexto aparece la cuestión del orden de prelación según vimos en Martínez Alcubilla y Larrazola, «que la práctica tiene ya en cierto modo resuelta»: «códigos y leyes anteriores a la reforma» con los criterios del Ordenamiento de Alcalá, «leyes novísimas» y «jurisprudencia de los Tribunales, consignada en las sentencias del Supremo de Justicia». Las notas a las disposiciones históricas señalan a veces variantes textuales a tenor de las diversas ediciones disponibles, que por esos años y a estos fines prácticos aumentan considerablemente, y las disposiciones «novísimas» se anotan con previsiones reglamentarias: se establece así una cierta homogeneidad en el tratamiento formal de los materiales que refuerzan las remisiones a una jurisprudencia efectivamente elaborada sobre la aplicación de lo más viejo y lo más nuevo. El índice final de fuentes reúne todas las posibles y pensables, desde el Fuero de Sepúlveda hasta la Constitución de 1869 con énfasis en las Partidas (casi mil textos citados de esta fuente) y en la legislación hipotecaria (unas seiscientas citas), pero otra vez estamos ante materiales exclusivamente castellanos. También desde este más discreto aspecto, el *Código* de Herrero se presenta ante el lector actual como una imagen vivaz del panorama del derecho español en la segunda mitad del siglo XIX.

En relación a las obras similares anteriores este *Código* ha dado entrada a la legislación moderna y a la jurisprudencia. Sigue resultando *recopilación*, pero los instrumentos han cambiado. La «prelación de fuentes» revela vocación de «sistema», con la ayuda destacada de una jurisprudencia que se reduce por esos años a la del Tribunal Supremo de Justicia en recursos de casación. Son extremos sobre los que volveremos.

Lo hace además la doctrina contemporánea. Otro práctico y político, José Sánchez de Molina, publica en 1871 *El Derecho civil español*

(72) Valladolid, Hijos de Rodríguez, 1872.

(en forma de Código). *Leyes no derogadas, desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas de 1870. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos* (73). Con lo que va recogido la lectura de este título ya puede resultar suficiente: en forma de código, sirviendo como modelo el proyecto oficial fracasado de 1851, articula este autor la *materia* del derecho civil español desde viejos textos visigodos hasta la segunda mitad del siglo XIX, reto admirable que sólo puede asumirse por el concurso de la jurisprudencia y la doctrina. Es de nuevo cuestión la prelación de las fuentes, pues «en la aplicación del antiguo y del nuevo derecho se observaron vacíos, dudas y contradicciones que hicieron difícil el estudio y la jerarquización de las leyes e indispensable a falta de un código general y uniforme, establecer reglas que suplieran lo omitido, aclarasen las dudas y pusieran en armonía las disposiciones contradictorias», y de nuevo la solución pasa por la jurisprudencia: «A satisfacer esta necesidad han venido las decisiones del Tribunal Supremo de justicia, cuya jurisprudencia sirve de regla y muchas veces de guía en el confuso laberinto de nuestra legislación civil». Los problemas y la orientación continúan en el apéndice que actualiza la obra dos años más tarde (74).

No merece ahora la pena alegar más testimonios (75). El repaso efectuado nos sitúa ante unos llamados códigos como sistema moderno de textos que mayormente no lo son, con sensibilidad exclusiva por los cuerpos jurídicos de Castilla y el reconocimiento de un creciente papel a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La pregunta por el código nos ha conducido a la recopilación, lo que ya permitían nuestros *Diccionarios*, pero las obras más claramente jurídicas nos enfrentan a una actividad judicial que no se contenía en las escuetas definiciones examinadas. La aportación del jurista al mundo de los conceptos académicos parece consistir en esta dimensión judicial del problema codificadorio.

VI

De manera que la comunicación existente entre *código* y *recopilación* puede ser reformulada, mediando estos «códigos» de juristas,

(73) Madrid, J.L. Vizcaíno y M. Minuesa, 1871.

(74) JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA Y BLANCO, *Apéndice a la primera y segunda edición del Derecho civil español en forma de Código. Contiene el texto de las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas y Novísima Recopilación, no derogadas; decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que las explican y armonizan; notas y concordancias. Precedido de un prontuario alfabético*, Madrid, Manuel Minuesa, 1873.

(75) MARIO NAVARRO AMENDI, *Código civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes vigentes con expresión de los orgenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios*, I-II, Madrid, Juan Vidal, 1880.

como una relación entre los códigos y la jurisprudencia. Sin título preliminar que nos asista, con «Códigos españoles» y «fueros provinciales» como asunto de una «Ampliación del derecho civil de España» que desplaza académicamente la «Codificación», el motivo recurrente del «orden de prelación de fuentes» comienza a considerarse resuelto mediante la intervención del juez. Desde luego, con bagaje tan voluminoso como los «Códigos españoles», para decidir con arreglo a derecho el juez tiene previamente que determinar *dónde* localizar su derecho.

Apunta en esta proposición una complejísima vida procesal que depende de los avatares por los que atraviesa el aparato de justicia, la publicación y publicidad de la norma y los medios materiales, tan limitados, que a todo ello aporta el modesto Estado español. Es historia que sólo ahora comienza a escribirse (76) y en la que todavía no podemos penetrar. Existe además todo un espinoso problema de fuentes, desde un censo de revistas jurídicas aún inexistente (77) hasta la indeterminación de los textos jurídicos principales (78), de resolución igualmente ajena a esta sede. Se trata ahora de repasar unos cuantos títulos olvidados y de enunciar apenas algunas cuestiones.

Que la justicia y los códigos caminen *pari passu* en la cultura jurídica de la burguesía no necesita mayor justificación. Las constituciones españolas, con su tendencia primera a situar el compromiso de codificar el ordenamiento en sede de arreglo y definición de la justicia (1812, art. 258; 1869, art. 91; 1876, art. 75), con su orientación segunda de vincular la unificación jurídica a la unificación jurisdiccional (1837, art. 4, con sus comentarios (79); 1869, art. 91 *cit.*), suficientemente lo documentan. A los actuales efectos y en una primera aproximación basta con afirmar que el déficit de código en la España del siglo XIX se compensa con un superávit de derecho jurisprudencial. Late aquí, si se quiere, la vieja tradición no legislativa del *ius commune*, aunque se reformula ahora el papel de la doctrina. A partir de la introducción en España del recurso de nulidad los comentaristas más

(76) Sobre todo gracias a MARTA LORENTE, «Reglamento Provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», en JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1992, 215-295. Cfr. también ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, «Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX», en ALDO MAZZACANE, Cristina Vayo (eds.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene, 1994.

(77) Como siempre, llegan estímulos desde Florencia: CARLO MANSUINO (a cura di), *Periodici giuridici italiani (1850-1900)*. *Repertorio*, Milano, Giuffrè (= Per la storia del pensiero giuridico moderno, 43), 1994.

(78) JESÚS VALLEJO, «Ortografía y heterografía constitucionales (1869)», en *AHDE* 63-64 (1993-1994), 615-699.

(79) Cfr. «Discusión sobre el artículo 4 de la Constitución», en *El Derecho*, 1 (1844), 28-39.

relevantes resultan ser los jueces, en particular los magistrados del órgano de casación: «el Tribunal Supremo es la mejor sucesión que pueden tener los eminentes doctores de otros tiempos, que tomaban empeño en dilucidar e ilustrar las cuestiones jurídicas» (80). Así se explica además la obsesión por la motivación de las sentencias, contraria a la práctica histórica castellana (que no fue desde luego excepcional en la Europa prerrevolucionaria) y sólo trabajosamente implantada a lo largo del Ochocientos (81).

Original entre todas la casación española, que se monta y se organiza en tiempos de indefinición legislativa del derecho en vigor, desde su primera formulación en 1838 como recurso de nulidad (82) admite la infracción de «doctrina legal» como motivo de interposición de un recurso que, sin otros *códigos* a mano que los *españoles*, desde el principio resulta bastante más que un solemne control nomofiláctico. Superada la indeterminación inicial de aquel concepto a partir de la ley procesal de 1855, cuando cobra importancia práctica la casación (83), doctrina a estos efectos se considera tan sólo la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, contenida en unos fallos que van así perfilando la totalidad de un ordenamiento. En asunto de cuya mejor historia aún es crónica (84)

(80) MANUEL RIVERA DELGADO, reseña a José Sánchez de Molina cit., (n. 73) en *RGLJ* 39 (1871), 89-86, p. 89.

(81) (FRANCISCO DE CÁRDENAS), «Observaciones sobre el modo con que suelen fundarse las sentencias del Tribunal Supremo con recursos de nulidad», en *El Derecho Moderno*, 7 (1849), 236-250; MARIANO NOUGUÉS SECALL, «Del establecimiento de bibliotecas en las Audiencias. De la redacción razonada y con antecedentes de los fallos que pronuncian las mismas. De la colección de los retratos de magistrados y jurisconsultos célebres», en *El Foro Español. Periódico de jurisprudencia y administración* (= *Foro Español*), 1 (1849), 124-126; MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA, «Fundamentación de las sentencias», en *RGLJ* 29 (1866), 113-126; LAUREANO DE ARRIETA, «Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas», *ibid.* 30 (1867), 97-115, en polémica con Ortiz de Zúñiga.

(82) Sigue siendo lo mejor JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Comentarios al decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recurso de nulidad*, Madrid, Vda. de Perinat y Compañía, 4.ª ed. 1850.

(83) *Cfr.* en general RAFAEL GARCÍA ORMAECHEA, «Notaciones sobre jurisprudencia», en *RGLJ* 143 (1933), 306-329; en particular, como balance interesando e interesante de las transformaciones que supone la entrada en vigor de Ley de Enjuiciamiento Civil (1855) para el Tribunal Supremo, MANUEL SEIJAS LOZANO, «Recursos de casación. Dictamen emitido por el Sr. D. Manuel de Seijas Lozano, Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, sobre el progresivo aumento de dichos recursos en le propio Tribunal», *RGLJ* 15 (1859), 332 y ss. y en *El Faro Nacional. revista de jurisprudencia, de administración, de Tribunales y de instrucción pública* (= *Faro Nacional*), 10 (Primera parte, 1860), 5-9, 21-24, 30-35, 44-47, 54-56 y 75-80.

(84) (PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Introducción», I, 1-36, en JOSÉ MARÍA PANTOJA, *Repertorio de la jurisprudencia civil española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo ...* (1867), I-II, Madrid, Hijos de J. A. García, 3.ª ed. 1866-3.ª ed. 1887.

sólo últimamente disponemos de mejores análisis (85), pero aún espera consideración la rica literatura que la casación produce en su momento.

Permítaseme una nueva reducción del abigarrado panorama. La casación española sin códigos se presenta, en primer lugar, como el terreno de la lucha por la definición y alcance de los inaprensibles *Códigos españoles*: «Fundarse en las leyes de Partida un litigante, y rechazarlas al contrario, sin embargo de no estar derogadas, y sin embargo de que el argumento del no uso no vale contra ellas ... es un caso de todos los instantes en las cuestiones de nuestro foro» (86). De los *Códigos* depende además la misma posibilidad de la jurisprudencia si se pone en cuestión el número de fallos requerido para el establecimiento de «doctrina legal» con una alegación de las Partidas que se ve dificultada por divergencias de su mismo texto a tenor de las ediciones disponibles (87). El Supremo incide también en los no menos inaprensibles «fueros provinciales», teniendo que dilucidar por ejemplo si el Levítico se encuentra en uso como libro jurídico vigente en Cataluña (88).

En segundo lugar, con la fórmula afrancesada inicial de devolución de autos al tribunal de apelación para el dictado de nueva sentencia (Decreto de 1838, art. 18) (89), con la penetración conflictiva del Supremo en la delicada órbita del Tribunal Especial de Guerra y Marina (*ibid.* art. 3) (90), con la figura posterior del recurso de casación interpuesto por el ministerio fiscal en interés de la ley (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, arts. 1100 y ss.) (91), la casación parece abandonar el terreno de los códigos y los jueces para convertirse más bien en un asunto de honores profesionales heridos y de sensibilidad corporativa.

(85) ANTONIO SERRANO, «Die *doctrina legal* des spanischen *Tribunal Supremo* in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs», en *Ius Commune*, 16 (1989), 219-247; MARTA LORENTE, «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838)» *cit.*, (n. 76).

(86) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, «Sobre la fuerza legal de este Código» (Partidas) (1839), en sus *Estudios de legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Vda. de Jordán e Hijos, 1843, 53-62, p. 56.

(87) Artículo de Redacción, «Exposición doctrinal y concreta de los textos de las principales obras en relación a los temas para el segundo ejercicio de las oposiciones a la judicatura», en *La Crónica Legislativa*, 2 (1885), 97-99, p. 99: por sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1867 se prefiere la vieja edición de Gregorio López (mediados del siglo XVI), con previsión de dos fallos para establecer costumbre, a la moderna y crítica de la Real Academia de la Historia, que exige veinte.

(88) Sentencia de 14 de mayo de 1864 en *Esplicaciones taquigrafiadas*, *cit.*, (n. 48), p. 199.

(89) «Del Tribunal Supremo de Justicia», en *El Derecho*, 2 (1845), 289-297 y 337-346, pp. 340 y ss.; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Introducción» *cit.*, (n. 84), pp. 21-22.

(90) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Comentario al Decreto de 4 de noviembre*, *cit.*, (n. 82), p. 21 en nota.

(91) MARIANO NOUGUÉS SECALL, «¿Es lícito examinar la justicia de los fundamentos de las ejecutorias? ¿Ataca su examen la autoridad de la cosa juzgada?», en *Faro Nacional*, 10 (Primera Parte, 1860), 153-155, p. 154.

Pero la casación, finalmente, por efecto de la «doctrina legal» sitúa desde luego la jurisprudencia entre las fuentes del derecho: «error jurídico moderno», si se quiere (92), aunque tan extendido que suele verse al Tribunal Supremo verdaderamente dotado «con atribuciones semilegislativas» (93). Al menos, las leyes y las sentencias se publican y coleccionan oficialmente por unos mismos cauces (94), lo que con inocencia destacan los manuales para uso universitario (95). Con la jurisprudencia del Supremo, a imagen y semejanza de las recopilaciones privadas sistemáticas que ya conocemos, se forman también textos de trabajo para el jurista (96). La jurisprudencia ocupa por fin su lugar en la enseñanza (97). Es problema de unos códigos, que son los *españoles* históricos: «En nuestros códigos, casi siempre compilados a retazos; en nuestros códigos, expresión confusa y heterogénea de los pensamientos y aspiraciones de los siglos medios, del derecho civil de la antigua Roma, del moderno del renacimiento, y aún del novísimo político de Europa, no es posible esa conciliación ... sin convertir la modesta toga del magistrado en el espléndido manto de los legisladores»; problema de unos códigos, se decía, a falta de otros códigos, que son el fruto moderno de la también moderna *codificación*: «Un sistema de casación sin códigos es un edificio levantado al aire, sin base alguna que lo asegure. La jurisprudencia se crea sobre la legislación, no sobre la jurisprudencia misma. A pesar de la evidencia de esta máxima, nosotros tenemos casación sin Código civil; es decir, poseemos un carro sin ruedas, que no puede recibir otra impulsión que la de un arrastre lento y ocasionado a mil accidentes» (98).

(92) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Errores jurídicos modernos. Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de casación», en *RGLJ* 33 (1868), 258-269; en contra, MÁXIMO DE LA SALA VALDÉS, «Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de casación», *ibid.* 34 (1869), 138-148.

(93) DOMINGO RIVERA, «Artículo bibliográfico sobre las obras de jurisprudencia y administración publicadas por el Sr. D. Manuel Ortiz de Zúñiga ...», en *RGLJ* 20 (1862), 574-592, p. 589 y n. 10.

(94) *Cfr.* MANUEL TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política, cit.*, (n. 54) refs. 2136-2140 sobre colecciones jurisprudenciales, que no son exhaustivas.

(95) *Explicaciones taquigrafadas, cit.* (n. 48), pp. 175-176.

(96) JUAN ANTONIO SEOANE, *Jurisprudencia civil vigente española y extranjera, según las sentencias del Tribunal Supremo desde el establecimiento de su jurisprudencia en 1838 hasta la fecha, conforme a la nueva Ley Hipotecaria, a los fueros de Cataluña, Aragón, Navarra y Bizcaya, y a las publicaciones más notables sobre legislación comparada*, Madrid, Carlos Bailly-Baillièrre, 1861.

(97) FERNANDO DE LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología de la ciencia del Derecho, seguida del programa de Ampliación de Derecho civil y códigos españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura*, Valencia, J. Domenech, 2.ª ed. 1877.

(98) JOSÉ DE CASTRO Y OROZCO, Marqués de Gerona, «Examen del recurso de casación en España», en *RGLJ* 13 (1858), 235-390, pp. 361-363, con todo su valor como testimonio de un presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Casación y códigos, aun tratándose de los «españoles», de los «Códigos antiguos» de Martínez Alcubilla, son conceptos como vemos necesariamente involucrados. Pero no reside aquí la conexión más profunda entre justicia y codificación. En un nivel sólo aparentemente más abstracto o metafórico y expresado con muy pocas palabras: la codificación en la España del siglo XIX se tematiza siempre como un magno problema que concierne a los procedimientos.

Si excluimos las inevitables tomas de postura sobre el proyecto de Código civil de 1851, que no son muchas (99), resultan escasos los trabajos dedicados monográficamente a la codificación. Hay crónicas de parte interesada (100). He localizado también información relevante de los ordenamientos extranjeros (101). Más raros aún resultan quienes enfrentan el reto desde las precisas coordenadas españolas (102), con un aumento ya en puertas del Código, en la década de los Ochenta (103). Pero los códigos como tal no se discuten: a los juristas tan sólo les preocupa cómo hacerlos.

(99) FRANCISCO DE CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el proyecto de Código civil», en *El Derecho Moderno*, 11 (1851), 193-432, que es la revista donde oficialmente (Real Orden de 12 de junio de 1851, art. 1) se publica el proyecto.

En *Faro Nacional* aparece un comentario de urgencia: 1 (1851), 385-387 (FRANCISCO PAREJA DE ALARCÓN); 425-427 y 433-435 (PAREJA); 497-500 y 513-516 (JOSÉ MARÍA DE ANTEQUERA); 539-542 y 547-550 (E.E. de P.); *Faro Nacional*, 2 (1852), 49-52 (ANTEQUERA); 57-60 (N.M.); 329-332, 339-342 y 345-348 (ANTEQUERA); 365-367 (JAIME CLAVER); 526-529, 539-542, 555-558 y 604-608 (ANTEQUERA); 654-658, 696-699, 1020-1023, 1088-1092 y 1148-1153 (ANTEQUERA). También DOMINGO MARÍA VILA, «Discusión sobre el proyecto del Código civil. Unidad de Códigos», en *Faro Nacional*, 2 (1852), 401-408, que es discurso parlamentario.

(100) Son las obras de FRANCISCO DE CÁRDENAS, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JOSÉ MARÍA ANTEQUERA *cit.*, (n. 3). *Cfr.* PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «El progreso de la humanidad tiende a la unidad del derecho», en *RGLJ* 8 (1856), 556-565.

(101) LORENZO ARRAZOLA, «De la codificación en las principales naciones modernas» *cit.*, (n. 62).

(102) Artículo de Redacción, «¿Es necesario y conveniente uniformar la legislación civil en España? Si no lo es, ¿bajo qué forma han de existir las instituciones jurídicas locales?», en *Faro Nacional*, 10 (Primera parte, 1860), 49-52, 57-59, 84-86, 89-92, 105-108, 116-118, 121-124; ALEJANDRO GROIZARD, «De la codificación en España», en *RGLJ* 21 (1862), 17-21; MANUEL GIL MESTRE, *Discurso sobre la conveniencia de comprender en un código general mejor que en leyes sueltas las alteraciones necesarias en nuestro derecho civil*, Madrid, José Noguera, 1871, 56 pp.; J. TORRES MENA, «Los desenvolvimientos de la codificación», en *RGLJ* 45 (1874), 193-210.

(103) ANGEL ALLENDE SALAZAR, «La codificación civil y las legislaciones forales», en *RGLJ* 53 (1878), 204-283; LUIS MOROTE Y GREUS, «La codificación civil», *cit.*, (n. 56); Artículo de Redacción, «El Código civil», en *La Crónica Legislativa*, 2 (1885), 25-31 y 33-36, con la Ley de Bases. *Cfr.* también «El Código civil», *ibid.* 181.

1836. Joaquín Francisco Pacheco publica un artículo sobre «Códigos. Su formación y discusión» que crea propiamente un género (104). Se trata en cualquier caso del primer trabajo sobre la materia, elaborado en unos años en que, con desamortización, régimen representativo, división provincial y aparato de justicia se sientan velozmente las bases para una cultura jurídica burguesa en España. Dos son las cuestiones pertinentes en el discurso de Pacheco y ambas de procedimiento: la elaboración de los códigos, simultánea o no, y en este caso según ciertas preferencias; en segundo lugar, su discusión parlamentaria. Pacheco razona a favor de la confección prioritaria de los códigos procesales y del código civil entre las leyes sustantivas, pero sobre todo razona en contra de la formación de los códigos en el Parlamento. El modelo de órgano legislativo de Pacheco, formado por numerosos diputados que carecen en su mayoría de los conocimientos necesarios y de «cierto espíritu sistemático», tiene poco que ver con unas Cortes de España que de siempre atraen personajes, como el mismo Pacheco, de formación jurídica, pero importa entender que codificar se resuelve en un problema científico, refractario a «los bandos políticos». Se diría que las pretensiones de ciencia de la *codificación* que vimos en el Plan de 1842, tan poco relevantes en la práctica, reservaron todo su papel para legitimar opciones antiparlamentarias en la confección de los textos legales. «Que se discutan en buen hora en el seno de tales asambleas aquellos principios capitales de la Legislación, que son, por decirlo así, los fundamentos sobre los que descansan todas sus particulares disposiciones ... Mas aquí juzgamos que debería terminar la obra de las Cámaras. Aprobados los principios, o sea el espíritu político y social del Código, su aplicación y su extensión deberían encomendarse exclusivamente a unas pocas personas, y lo mismo decimos de su revisión, siendo presentado por el Gobierno. Lo que ellas hiciesen, habrían las Cortes de darlo por válido y bien hecho, y confirmarlo con su aprobación, sin derecho a examinarlo en sus pormenores».

Recapacítense sobre las afirmaciones de Pacheco. Estamos en el momento preciso en que se configura jurídica y políticamente todo el siglo, al menos hasta 1868. Argumentar a favor del Gobierno en la confección de los códigos encierra un claro proyecto de futuro. Supone también el olvido interesado del pasado reciente constitucional gaditano, que ha permitido elaborar en el seno de las Cortes un Código Penal y avanzar el estudio de un Código Civil. Los códigos fatalmente se sitúan entre la práctica política del Parlamento y la ciencia jurídica que sólo puede garantizar el Gobierno. Tales son los términos que propone Pacheco.

(104) En JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Estudios cit.*, (n. 86), 19-27. Originalmente se publica en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1 (1836), 115-121.

No interesa comprobar el grado de originalidad, más bien escaso, de Pacheco, que ha leído, como tantos otros (105), las reticencias de Pellegrino Rossi hacia una codificación arraigada en el Legislativo (106). Tampoco hace falta insistir en sus puntos de vista sobre la enseñanza del Derecho y la Política (107). Lo importante es que Pacheco expresa el sentir de una época y tiene sus continuadores (108). En la España del siglo XIX por una iniciativa parlamentaria en materia de códigos nadie llega seriamente a pronunciarse (109). Y es una seria cortapisa que pasará a la Constitución más decididamente constitucional de ese siglo (1869, art. 52).

La codificación como ciencia y el código, en su sentido moderno que se ha visto prácticamente tan poco presente, como producto científico encierran así un proyecto no parlamentario de legislación en tiempos de sistema representativo. Es punto capital de ilegitimidad del que no se libra, cuando por fin llega, el mismo Código Civil (110). Tan escasa aquella ciencia entre nosotros, el argumento parece servir solamente para apoyar una determinada estrategia de redacción gubernamental de las leyes. No cuentan comisiones de las Cortes, sino comisiones técnicas varias, particularmente una Comisión de Codificación que funciona con sus altos y sus bajos desde 1843, dependientes siempre del Ejecutivo. Por supuesto sus fracasos en las propuestas legislativas se imputan a la infección de factores políticos (111). Ciertamente en Cortes, Gobierno y Comisión aparecen casi siempre unos mismos nombres, entre los que basta recordar al ubicuo Gómez de la

(105) Así los autores de la *Enciclopedia española de derecho y administración*, cit., (n. 60), s. v. codificación, pp. 272-273.

(106) PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de derecho penal*, cit., (n. 35), II, pp. 309 y ss.

(107) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, «Sobre la conveniencia de preferir en la Academia los estudios jurídicos a las tesis políticas», en *RGLJ* 13 (1858), 333-342, discurso pronunciado en la Matritense de Jurisprudencia y Legislación el 12 de noviembre de ese año.

(108) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Código criminal español*, cit., (n. 34), p. 15; ANTONIO ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de derecho político* (1843), ed. de Angel Garrona Morales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 193 y ss.; pp. 241 y ss.; (FRANCISCO DE CÁRDENAS), «Examen crítico del nuevo Código Penal, II. De la autoridad competente para hacer la reforma penal», en *El Derecho Moderno*, 1 (1846), 116-119; FRANCISCO PAREJA DE ALARCÓN, «Autorizaciones para plantear las leyes», en *Faro Nacional* 10 (Segunda parte, 1860), 543-545.

(109) *Cfr.* sin embargo Artículo de Redacción, «Sobre la conveniencia de la discusión en las Cortes de los Códigos civil y de procedimiento», en *Foro Español*, 2 (1850), 267-269, a propósito del Código Penal.

(110) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especiales de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código civil e historia general de la legislación española*, I, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 2.ª ed. 1890, pp. 584 y ss.

(111) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación» cit. (n. 3), p. 285.

Serna, pero a nosotros importa destacar las opciones teóricas que adopta un ordenamiento: despacho en lugar de hemiciclo, discreción de técnicos en vez de debate público (112). No tanto lo que es, sino más bien cuanto lo hace posible.

Desde esta perspectiva la pieza más valiosa que he sabido encontrar para trazar una historia conceptual del código en España es el «Memorial ajustado en el pleito sobre la codificación, que se eleva al Tribunal-Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid» de J. Torres Mena (113). Los tópicos de un discurso sinuoso desarrollado a lo largo del siglo, «códigos españoles», anhelo de unificación legislativa, elaboración no parlamentaria de las grandes leyes, comisiones de técnicos, historia de realizaciones ... aparecen en un texto que también parece sensible a la modernidad de una ciencia jurídica que comienza a internacionalizarse, de una profesión que forma, incluso a los efectos de la codificación, sus propias asambleas de debate, no ciertamente legislativas. Son asuntos cuyo estudio, para el que no faltan materiales (114), nos presentará el tejido intelectual y los compromisos políticos que desembocan en el Código Civil, pero en éste es suficiente destacar que el escrito de Torres Mena, con su convocatoria final del Colegio de Abogados madrileño para asumir directamente la confección de los códigos, es una brillante metáfora de toda la discusión que produce el siglo XIX. Se presenta formalmente como escrito forense de Antiguo Régimen, un memorial ajustado o «apuntamiento en que se contiene todo el hecho de algún pleito o causa» que dicen nuestros vocabularios (115), dirigido a un tribunal, la corporación madrileña de abogados, con la codificación como *res litigiosa* y el futuro código como trámite de ejecución de sentencia.

El abogado es juez y así legislador. Nuestro Código, envuelto en procedimientos, resulta al final no ley, sino sentencia. Mas detengamos en este punto la lectura. La codificación que se dice científica ha sido en España un complicado problema procesal. Antes de los *códigos modernos*, los *españoles* han convocado una jurisprudencia que judicializa las fuentes del derecho con la ayuda impagable de la casación. Y, en fin, el resultado de tan largo y tan bien llamado proceso ha sido un Código civil existente como texto pero que encierra en sus artículos, tan deficitarios en el proyecto de estatalización y unificación del ordenamiento, unos artículos que fallan en la vocación reductora del derecho a la ley, la cultura judicial y casuista de su concepto.

(112) Punto este de la opacidad de las comisiones que se denuncia en la prensa especializada: TOMÁS M. MOSQUERA, «Reforma de la legislación mercantil», en *RGLJ* 29 (1866), 169-173, p. 173.

(113) En *RGLJ* 46 (1875), 81-110.

(114) Por ejemplo, ANICETO DE PALMA Y LUJÁN, «Congreso de Jurisconsultos», en *RGLJ* 23 (1863), 273-308.

(115) *Diccionario judicial, cit.*, (n. 27), p. 163.

Es historia hoy casi olvidada. Nadie parece recordar ahora que en el siglo XIX se veía, desde España, más cercana Inglaterra que la misma Francia (116). Muy cerca de Madrid estaba también el minúsculo Principado de Montenegro (117), que en texto contemporáneo al Código Civil español impartía lecciones de *codificación* a toda Europa (188). La pérdida de memoria nos vino más tarde, con el cierre del ordenamiento civil a cargo de una nueva generación de juristas (119). Lo que no leían Gumersindo de Azcárate o Augusto Comas lo leyeron luego José Castán o Federico de Castro: que me perdone el segundo el forzado maridaje, históricamente necesario aunque profesionalmente indeseable, con el primero. Asignada por los maestros la tarea, chicos más jóvenes realizaron escrupulosamente sus deberes. Un auténtico Código Civil, esto es, un Código que sea a un tiempo texto y concepto, sólo puede como mucho situarse en los recientes años Setenta, gracias al nuevo título preliminar de Miguel Herrero (120). Y aún entonces quedó pendiente —sagrado misterio de la *Themis hispana*— la cuestión de la unificación territorial. La historia posterior, incluida una Constitución que también debe mucho al *savoir faire*, esta vez parlamentario, de Herrero, acepta la diversidad jurídica como dato irreversible (121).

(116) JUAN ANTONIO SEOANE, *Jurisprudencia civil vigente española y extranjera cit.* (n. 96).

(117) Cfr. carta de Altamira a Costa de 15 de mayo de 1899, p. 115, en G.J.G. CHEYNE (int. y ed.), *El renacimiento ideal: epistolario de Joaquín Costa y Rafael Altamira (1888-1911)*, Alicante, Instituto de Cultura Juan Gil Albert, 1992; RAFAEL ALTAMIRA, «Le droit coutumier espagnole moderne», en *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, II: Les sources générales des systèmes juridiques actuels (ca. 1934), rep. fac. Vaduz, Topos Verlag, 1977, 269-275.

(118) WERNER G. ZIMMERMANN, *Valtazar Bogisic, 1834-1908. Ein Beitrag zur südslawischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1962.

(119) BARTOLOMÉ CLAVERO, «El Método entre infieles o el Código en España», *cit.*, (n. 24).

(120) Dictamen 38.990 (4 de abril de 1974), en Consejo de Estado (ed.), *Recopilación de doctrina legal. 1973-74 y 1974-75*, Madrid, Boletín Oficial del Estado (= Publicaciones del Consejo de Estado, I. Documentos, 31), 60-115; cfr. MIGUEL HERRERO (RODRÍGUEZ) DE MIÑÓN, *Memorias de estío*, Madrid, Temas de Hoy, 1993, p. 23. Así se explican las distancias abismales entre los trabajos de circunstancias debidos a Herrero (cfr. «Marginales al nuevo título preliminar del Código Civil», en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 3 (octubre-diciembre 1974), 359-391; «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código Civil», en *Revista de Estudios Políticos*, 198 (noviembre-diciembre 1974), 91-114) y la restante literatura de ocasión (cfr. Academia Matritense del Notariado (ed.), *El título preliminar del Código civil*, I, Madrid, Edersa, 1977, simplemente alucinante).

(121) CARLOS LASARTE, *Autonomía y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1980; JOSÉ CERDÁ GIMENO, *Estudios sobre codificación y derechos civiles territoriales*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1993.

Sin ese nombre ni título (122), incluso, últimamente, con él (123), los códigos españoles de derecho civil se multiplican.

Tal historia escapa a estas páginas. No debe hacerlo su historiografía. Hora es de que la recreación jurídica del siglo XIX sea algo más que un relato lineal y accidentado de constituciones y códigos: ni las unas ni los otros preocuparon por entonces demasiado. Si circulaban, como hemos comprobado, otros conceptos, un mínimo de reflexión sobre nuestro instrumental analítico de juristas parece necesario para seleccionar las lecturas y los objetos en estudio. Si se disponía, según sabemos, de otros textos, a falta de las condiciones más elementales para que códigos y constituciones estuvieran al alcance de sus coetáneos, como historiadores nos toca aplicarnos ahora en una crítica, inédita por moderna, de las fuentes de conocimiento.

La memoria del historiador comienza por la inocencia del jurista. Enseña Italo Calvino que el emperador Carlomagno admitió sin grandes aspavientos que los nombres aún existentes de cosas ya desaparecidas, la presencia de instituciones todavía innominadas, los grupos de voluntad que pululaban por todas partes en su sacro romano imperio pudieran precipitar y dar forma a castillos, feudos y caballeros dotados de otras reglas de existencia que las impuestas por la lógica o la biología. En la historia reciente de la cultura jurídica abundan, con los «códigos españoles», los mismos ecos de cosas desaparecidas, son frecuentes los nombres, como la *codificación* destacadamente, a la espera de definición, por todos lados aparece la voluntad desenfrenada, y así la doctrina legal en casación, de lograr alguna especie de existencia. Son fenómenos muy locuaces, pero su percepción exige al menos un cierto candor y unas dosis de credulidad. Hace falta un Italo Calvino que nos haga creer, por ejemplo, que el Madrid de la Restauración estaba justo al lado de Montenegro. Mientras tanto, sin filología que nos valga ni *Begriffsgeschichte* que nos asista, el cuento de las aventuras pasadas sólo puede ser una crónica ramplona del ordenamiento presente. A la vista de tan magros resultados ¿qué pensaría Carlomagno de nuestras historias contemporáneas del derecho?

(122) PEDRO DE PABLO CONTRERAS y otros, *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona, Caja de Ahorros de Navarra, 1988; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (dir.), *Comentarios a la Compilación del derecho civil de Aragón*, Zaragoza, Diputación General de Aragón, ca. 1988; FERNANDO J. LORENZO MERINO, *El Derecho Civil de Galicia y la propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, Santiago de Compostela, Asociación Galega de Estudios Xurídicos, 1992.

(123) Cfr. Llei 40/1991 de 30 de desembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya (DOGC 1544, de 21 de gener de 1992).

La dación en pago

J. M. FÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DACION EN PAGO. FUNCIONES DEL NEGOCIO Y DISTINCION CON OTRAS FIGURAS. 2.1. La finalidad solutoria de la dación en pago. 2.2. La dación en pago como negocio de garantía. 2.3. Dación en pago y fraude de acreedores. 2.4. Dación, contrato atípico y obligación facultativa. 2.5. Dación en pago y modificación objetiva de la obligación. 2.6. Compraventa y dación en pago. III. EL ARTICULO 1849 DEL CODIGO CIVIL. 3.1. Contenido y alcance de la norma. 3.2. Fundamento. 3.3. Problemas prácticos y de aplicación. IV. LOS SUPUESTOS LEGALES DE RETRACTO. V. LA DISTRIBUCION DE RIESGOS EN LA DACION EN PAGO. VI. LOS MEDIOS DE TUTELA DEL ACREEDOR. PERDIDA DE LA COSA POR EVICCIÓN Y OTROS SUPUESTOS DE INEFICACIA DEL NEGOCIO. VII. CONCLUSION: LA CONFIGURACION JURIDICA DE LA DACION EN PAGO. 7.1. Los rasgos característicos del negocio. 7.2. Causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio de dación en pago.

I. INTRODUCCION

La dación en pago es un negocio de renovada actualidad. En campos aparentemente alejados de la figura, como es el de las operaciones societarias, ha entrado en juego la *datio in solutum* para calificar la denominada «reversión de dividendos» (1). Se trata de dar salida a la

(1) A este propósito ver la reciente polémica entre PAZ-ARES («La llamada "reversión de dividendos"», *RGD*, oct-nov., 1992, pp. 10079-10109) y SÁNCHEZ ANDRÉS («Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», *RGD*, mayo, 1993, pp. 4701-4760).

autocartera de las sociedades por vías distintas a las ordinarias. De otra parte, no se puede desconocer que en épocas como la presente de crisis económica se hace necesario habitualmente recurrir a fórmulas de pago de las deudas distintas al estricto cumplimiento. La insuficiencia o iliquidez patrimonial del deudor impone la búsqueda de soluciones alternativas al pago. Aquí tiene su ámbito de juego más extendido la dación en pago. Por eso, convendrá recordar que si el negocio carece de tipicidad normativa, sí tiene, en cambio, una remarcada tipicidad social (2).

La dación en pago, con todo, es un negocio encaminado esencialmente a la extinción de la obligación. Podrá calificarse como una operación transaccional pactada por acreedor y deudor para dar *solución* a la deuda y que intervendrá ordinariamente en el mismo momento del vencimiento de la obligación. Este enfoque de la operación como instrumento solutorio, ha determinado que los problemas abordados giren en torno a los remedios de que dispone el acreedor para la tutela de su crédito. Ahora bien, como extinción anormal de la obligación, no puede dejarse de ver en la dación en pago un «pago sospechoso». Bajo este punto de vista, habrá de prestarse especial atención a los fines irregulares o atípicos que en la práctica persiguen las partes con la dación en pago. Por ejemplo, es relativamente frecuente que el negocio tenga una función de garantía para el acreedor o que se encubra el ocultamiento de bienes del deudor respecto a su conjunto de acreedores. Las diversas funciones de la dación en pago en la práctica han de tenerse presentes para afrontar con un talante realista los perfiles conceptuales del negocio.

Junto a la señalada atipicidad normativa del negocio, que hace imprescindible la remisión al Derecho Comparado, creo que gran parte de los estudios que se han dedicado a la dación en pago adolecen de un doble defecto de partida. En primer lugar, se acarrea un lastre histórico: identificación de la dación con el supuesto habitual de transmitir la propiedad de una cosa a cambio de una deuda dineraria. El presupuesto hace inadecuadas o inútiles muchas de las soluciones que se dictan. El segundo defecto es de carácter metodológico. Los estudios están presididos, tomando como base la falta de una regulación positiva, por la preocupación de asimilar la figura a un negocio típico para trasladar analógicamente sus soluciones a la primera. Esta forma de proceder siempre encierra un círculo vicioso.

(2) JORDANO BAREA, *Los contratos atípicos*, Madrid, 1953, pp. 34 y 38. Aparece expresamente regulada la dación en pago en la Ley 495 de la Compilación foral de Navarra: «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación».

El camino propuesto en el presente estudio es justamente el contrario. Se describen primeramente las diversas funciones que las partes se proponen al convenir la dación en pago. Cita inexcusable para tal finalidad es el análisis de la jurisprudencia. A continuación se examinan las principales referencias normativas que contiene nuestro ordenamiento en relación a la dación en pago. Se trata de observar los efectos jurídicos que se desprenden del pacto de dación y los presupuestos conceptuales sobre los que se asienta el negocio. Por fin, se abordan los distintos problemas e irregularidades que pueden plantearse en el negocio, tanto cuando el *aliud* (prestación convenida en pago) consiste en un dar, como en un hacer o no hacer.

El estudio está orientado desde un talante eminentemente práctico, sin caer, en la medida de lo posible, en excesivos dogmatismos. Creo que éste es un buen criterio para el análisis de figuras negociales sin tipicidad legal y cuando se pretende dar soluciones razonables y ajustadas a los intereses perseguidos por las partes.

II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DACION EN PAGO. FUNCIONES DEL NEGOCIO Y DISTINCION CON OTRAS FIGURAS

Que el análisis de la dación en pago se inicie con un estudio jurisprudencial tiene un doble propósito. De un lado, averiguar las funciones que tal negocio cumple habitualmente en la práctica y los fines que las partes pretenden conseguir cuando lo acuerdan. De otro y con base en lo anterior, distinguir la dación de operaciones que, bien por su estructura, bien por su finalidad, pueden estar próximas. De este modo se destacan las notas configuradoras del negocio. El método elegido consiste en centrarse en aquellas sentencias que resultan clarificadoras de los objetivos perseguidos.

2.1. La finalidad solutoria de la dación en pago

Los supuestos de las SS. TS. de 14 de septiembre de 1987 y 19 de octubre de 1992 son similares. Para poner fin a la suspensión de pagos de la entidad deudora, se aprueba un convenio entre la suspensa y sus acreedores por el cual la primera pone a disposición de los segundos todos sus bienes para que éstos los apliquen a la extinción de las deudas que pesan sobre la deudora. En ambos casos, la finalidad es liquidar el pasivo de la deudora, en ambos, también, se arbitra un procedimiento alternativo al estricto cumplimiento de las obligaciones, pero con efectos idénticos. Sin embargo, las consecuencias jurídicas derivadas de uno y otro convenio son bien dispares.

En el caso de 14 de septiembre de 1987 «RG» y «SR» (recurrentes) son fiadores solidarios de las deudas contraídas por «ETASA» con el banco «V». Este dirige sendos procedimientos ejecutivos contra los fiadores, resultando condenados al pago de una cantidad de dinero en sentencias de 4 y 10 de mayo de 1982. El 2 de octubre del mismo año se dictó Auto aprobando el convenio de la suspensión de pagos de «ETASA». En dicho convenio se establece básicamente: 1.º la deudora se obliga a pagar todas sus deudas en el plazo de 30 días, 2.º en caso contrario, la comisión interventora de la suspensión, constituida desde el día de la aprobación del convenio, procedería a la enajenación y liquidación del total del activo de la suspensa, renunciando las acreedoras a reclamar las diferencias que pudieran existir entre lo que percibieran y el nominal de sus créditos. El convenio no llegó a cumplirse.

«RG» y «SR» demandan al banco «V» pidiendo que le sea devuelto lo obtenido en los ejecutivos, dado que su responsabilidad como fiadores había quedado extinguida por el acuerdo alcanzado en el convenio. En Primera Instancia se desestima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia anterior. Recurrída en casación la sentencia por los fiadores, el TS declara no haber lugar al recurso.

Las razones del TS para desestimar el recurso son dos. En primer lugar, que «del Convenio celebrado por los acreedores y ETASA se desprende sin el menor esfuerzo que lo propuesto por la suspensa y aprobado por los acreedores fue una simple cesión de bienes *«pro solvendo»*, carente de los efectos liberatorios o extintivos de la obligación propios de la dación en pago o *«cesio pro soluto»* Se ha de tener en cuenta, además, que el acuerdo de no reclamar los acreedores lo que se les debe se configura en el caso presente, no como una condonación entendida como medio de extinción de las obligaciones, sino como un supuesto de *«pactum de non petendo»* (3). En segundo lugar, que para que se hubiera extinguido la responsabilidad de los fiadores, al menos parcialmente, era condición necesaria la ejecución del convenio, circunstancia que no consta.

El origen de la S. TS de 19 de octubre de 1992 (4) está en la tercera de dominio interpuesta por la comisión de acreedores de la suspensa «B. Industrias de la Construcción, S. A.», frente al embargo a favor del M.º de Economía y Hacienda de varios bienes de la masa activa. Los embargos causaron asiento de presentación en el Registro de la Propiedad el 11 de marzo de 1981 (Finca «A») y el 30 de enero de 1982 (Finca «B»). El Auto que aprobó el convenio era de 12 de marzo de 1981.

(3) Cfr. SERNA MEROÑO: «Comentario a la sentencia de 14 de septiembre de 1987», *CCJC*, n.º 15, 1987, pp. 4993 y ss.

(4) GUTIÉRREZ SANTIAGO: «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», *CCJC*, n.º 30, 1992, pp. 905 y ss.

En el convenio se pactaron las siguientes cláusulas: art. 3.— Los acreedores aceptan en pago de la totalidad de sus créditos unas determinadas fincas propiedad de la suspensa (entre ellas se encontraban las dos embargadas); art. 5.— La cesión tiene plenos efectos desde la aprobación del convenio, desde cuyo momento la Comisión nombrada se hará cargo de todas las fincas cedidas en pago por «B. Industrias de la Construcción, S.A.», con plena facultad de disposición de las mismas, sirviendo el presente convenio como mandato para la realización de los bienes conferido por la masa de acreedores a la Comisión; art. 7.— La Comisión hará pago a los acreedores con lo obtenido de la liquidación; de no obtenerse líquido suficiente para el pago de la totalidad de los créditos, se repartirá el producto de la realización a prorrata de sus respectivos créditos, cualquiera que fuese el porcentaje que quedase por percibir con relación a los créditos, constituye quita y renuncia que otorgan los acreedores a «B. Industrias de la Construcción, S.A.»; si el importe de la liquidación arroja un sobrante después de pagados todos los créditos reconocidos, su monto se prorrateará entre todos los acreedores, en concepto de compensación por la demora en el pago.

La tercería de dominio interpuesta por la comisión de acreedores es estimada por el Juzgado de Primera Instancia y su sentencia confirmada por la Audiencia. El Abogado del Estado interpone recurso de casación. El TS. casa la sentencia y desestima la tercera de dominio.

El TS rechaza el primero de los motivos del recurso presentado por el Abogado del Estado. Entendía éste que en el convenio se había pactado una cesión de bienes, con mera eficacia *pro solvendo*, y por tanto no implicaba la transmisión de la propiedad de las fincas a los acreedores. Acertadamente el TS., confirmando las sentencias de instancia en este aspecto, caracteriza el contenido del convenio como una dación en pago: «acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular». Sin embargo, sí acoge el segundo de los motivos alegado por el recurrente. Es requisito indispensable de la tercería de dominio que el tercerista halla adquirido la propiedad de los bienes con anterioridad a la fecha de embargo. El Auto judicial de aprobación del convenio tiene valor de entrega o *traditio* por aplicación analógica del valor conferido a la escritura pública en el art. 1462. C.C. Y consta que, al menos, uno de los asientos de presentación del embargo es de fecha anterior (11 de marzo de 1981) al Auto de aprobación judicial del convenio (12 de marzo de 1981)).

No es éste el momento de entrar a valorar la doctrina jurisprudencial contenida en ambas sentencias. Basta por ahora señalar que el ámbito de aplicación práctica más frecuente de la dación en pago es en las situaciones de insuficiencia patrimonial del deudor. El objetivo perseguido es la liquidación de las deudas a través de la realización de una prestación distinta a la prevista. Los primeros problemas prácticos son su precisa distinción de la cesión de bienes a los acreedores (art. 1175 C.C.).

Existe una doctrina jurisprudencial consolidada donde a nivel teórico se destacan claramente las diferencias de ambas operaciones (5). En la *datio* hay una transmisión de la propiedad de los bienes al acreedor con la inmediata consecuencia de extinción de la obligación (6). En la cesión el deudor sólo transmite la posesión de los bienes a los acreedores, con el mandato de proceder a su venta y aplicar el importe de lo obtenido a la satisfacción de los créditos. Salvo pacto en contrario, la cesión sólo produce la liberación del deudor por el «importe líquido de los bienes cedidos». También es un principio consolidado jurisprudencialmente, que el Auto de aprobación del convenio tiene un valor traditorio idéntico a la escritura pública, por aplicación analógica del art. 1462.2 C.C. (7)

Como acertadamente se ha dicho (8), la dación en pago es un medio extintivo de la obligación al margen del cumplimiento, la cesión no es sino un instrumento preparatorio para el cumplimiento. En la *datio* la extinción de la obligación se produce por la ejecución de una prestación distinta. En la cesión, la extinción es el resultado de aplicar el importe de lo obtenido al cumplimiento de la obligación. Por eso, mientras la dación tiene una inmediata eficacia extintiva, la cesión sólo es diferida y en la medida del importe líquido de los bienes.

El criterio práctico de distinción entre cesión y dación parece haberlo encontrado la jurisprudencia en la existencia o no en el convenio del pacto en contrario al que alude el art. 1175 C.C. Así, la S. TS de 9 de diciembre de 1943 establece: «... es incompatible con el concepto de la adjudicación en pago la prevención de que si el producto de los bienes hipotecados resultare remanente, lo harán suyos los accionistas de la parte deudora...» El mismo criterio se reafirma en las SS. TS de 3 de enero de 1977 (9) y 13 de febrero de 1989 (10), entre otras. No obstante,

(5) SS.TS. 11 de mayo de 1912, 9 de enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 13 de marzo de 1953, 16 de diciembre de 1956, 14 de diciembre de 1965 y 16 de diciembre de 1966 (Cont. Advtv.), 1 de marzo de 1969, 26 de octubre de 1970, 3 de enero de 1977, 7 de diciembre de 1983, 5 de junio, 9 de julio y 5 de octubre de 1987, 26 de mayo y 23 de septiembre de 1988, 13 de febrero y 15 de diciembre de 1989 y 27 de febrero de 1993.

(6) Sobre las distintas teorías que explican la relación jurídica entre deudor y acreedores en virtud del negocio jurídico de cesión puede verse un resumen en BERCOVITZ, R. «Comentario al artículo 1175 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, dir. por PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1993, pp. 242-247.

(7) SS.TS. 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992.

(8) Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *ADC*, 1957, enero-marzo, pp. 753 y ss.

(9) BERCOVITZ-VALLADARES en el comentario a esta sentencia parece inclinarse por considerar el supuesto como cesión, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991, pp. 270-271.

(10) GIL RODRÍGUEZ entiende que es un caso de cesión de bienes, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», *CCJC*, n.º 19, pp. 227 y ss.

cuando existe dicho pacto no queda claro, por su sola existencia, si el convenio implica cesión de bienes o dación en pago. Por ejemplo, en la S. TS de 7 de diciembre de 1983 no hay inconveniente para que pactada la renuncia por los acreedores a la parte de los créditos no satisfecha por la liquidación, se entienda que se está ante una cesión de bienes; idéntico pacto se establece en el caso de 19 de octubre de 1992, en cambio, se califica el acuerdo como dación en pago. La misma existencia del pacto podría hacernos pensar más en un caso de cesión que de *datio*, ya que en ésta la extinción de la obligación queda al margen de la valoración del bien (11) o el producto líquido obtenido en su enajenación (12).

Tampoco debe existir inconveniente a que la dación en pago opere como extinción parcial de la deuda, si así lo pactan las partes. Esta circunstancia no debe llevar a confundir ambas instituciones. A mi entender, este supuesto fue lo convenido por las partes en la S. TS de 5 de junio de 1987: en pago parcial de la deuda el acreedor acepta del deudor un inmueble valorado en cuatro millones de pesetas (13).

Considero criterio más acertado que el anterior a efectos de distinguir ambos negocios, la existencia o no de poder o mandato del deudor a los acreedores para proceder a la enajenación del activo (14). Tratándose de un *datio* dicho mandato no tiene sentido y es inútil; el acreedor o acreedores para nada necesitan poder especial cuando ya son propietarios (15). En este sentido la sentencia de 7 de diciembre de 1983 establece: «...en el supuesto que nos ocupa no se ha producido una transmisión del dominio de los bienes del suspenso a los acreedores, sino simplemente una puesta en posesión de los mismos para proceder a su venta, en virtud de los poderes otorgados a tal fin a la Comisión liquidadora». Tal criterio resulta decisivo en el caso de 19 de octubre de 1992, aclarando el TS.: «... siendo de observar que la Comisión nombrada en el Convenio para la enajenación de los bienes y reparto del producto líquido obtenido entre los acreedores actúa como mandataria de éstas y no del deudor suspenso...» (16). En caso de duda, habrá

(11) Dicha circunstancia ha sido destacada por la S. TS. de 5 de octubre de 1987, donde se establece que en la *datio* es intrascendente el valor del bien para que surta efectos extintivos, a diferencia de la cesión.

(12) En este sentido parece inclinarse GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», p. 917.

(13) El TS., más por criterios de equidad, considera el caso de cesión. Admiten una dación en pago parcial de la deuda las SS. TS. de 13 de mayo de 1983 y 29 de abril de 1991.

(14) Igual BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentario*, XVI-1.º, pp. 270-271.

(15) GIL RODRÍGUEZ, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», p. 242.

(16) GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», pp. 918-919.

de optarse por la cesión de bienes, como institución común y situación menos gravosa para el acreedor (17).

Deben destacarse dos consecuencias más del concepto de dación en pago como negocio con inmediata eficacia extintiva de las obligaciones. Desde este presupuesto puede explicarse coherentemente, como más adelante veremos, la regla sancionada por el art. 1849 C.C. para los fiadores, que determina su liberación. Como ha puesto de relieve la S. TS de 26 de mayo de 1988, el acreedor aceptando un «acto que suponiendo pago del crédito, viene a exonerar de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, a los fiadores de la satisfacción de la deuda (art. 1849)». Norma que no tiene aplicación cuando se trata de una mera cesión de bienes (18).

La idea de extinguir una obligación preexistente que preside todo el negocio y debe condicionar sus efectos, debe servir de punto de partida para distinguir la dación de otros contratos. De esta forma, no ha tenido ningún problema el TS para calificar el contrato de compraventa celebrado por las partes como dación en pago cuando la transmisión de la propiedad por el supuesto vendedor obedecía únicamente a satisfacer una previa deuda contraída con el comprador (entre otras, S. TS 4 de septiembre de 1992).

2.2. La dación en pago como negocio de garantía

Junto a la específica finalidad solutoria de la dación en pago, existen un conjunto de casos jurisprudenciales donde cabe sospechar que el propósito práctico perseguido por las partes es la constitución de una garantía indirecta y atípica. Es evidente que la idea de pago y garantía se autoexcluyen. No obstante la evidencia, el TS con excesivo conceptualismo y apego a la literalidad de los contratos, en ninguno de los casos ha reconocido la finalidad garantística de la dación en pago. Dicho reconocimiento debería implicar, al menos, destruir el efecto transmisorio de la propiedad cuando ésta tiene función de garantía y dotar de una protección mínima al deudor (constituyente) garantizado (pacto comisorio).

En el caso de la sentencia de 7 de enero de 1.944 don José P. B. había reconocido en escritura pública una deuda de 50.000 ptas. en favor de don José M.^a. Posteriormente, en documento privado y con la finalidad de asegurar el pago de la deuda (según expresamente se declara),

(17) Así, VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, II (trad. por W. Rocés), Madrid 1934, p. 14; GIL RODRÍGUEZ, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», p. 243; PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990, p. 208.

(18) En este sentido, puede observarse la S. TS. 15 diciembre 1989, aunque el caso es complejo.

el deudor y su hermano ceden en «pago condicional» de la deuda una maquinaria al acreedor. Se establece a favor de los cedentes un derecho de retracto cuyo precio de ejercicio era de 50.000 ptas. y el arrendamiento de la maquinaria durante el período de vigencia del contrato. Las partes señalan que la cesión era *revocable si* el deudor pagaba al acreedor en los plazos y condiciones convenidos. No habiéndose pagado la deuda y transcurrido el plazo del retracto, el acreedor reclama la resolución del arrendamiento y la entrega de los bienes. El Juzgado y la Audiencia desestiman la demanda por entender que la única finalidad del negocio era amortizar la deuda y no la transmisión de la propiedad. El TS casa la sentencia.

En el caso de 10 de junio de 1959, don «M.C.N.» cede en pago de una deuda de 26.400 ptas. la mitad de una casa de su propiedad a don «J.F.R.». A tal efecto otorgaron el 30 de octubre de 1946 escritura pública de cesión, con pacto de retro por dos años y subsiguiente arrendamiento, por precio de 1.320 ptas. anuales. La otra mitad de la casa la vendió a don «M.B.T.» y don «M.N.P.» por precio de 20.000 ptas., conviniéndose también pacto de retro por 5 años y arrendamiento por 1.000 ptas. anuales. El 30 de octubre de 1948 don «J.F.R.» vende en escritura pública a don «M.B.T.» y don «M.N.P.» la mitad de la finca que se había adjudicado en pago. Se fija como precio el importe de la deuda pagada, 26.400 ptas., y los compradores abonan al vendedor 2.640 ptas. en concepto de rentas insatisfechas por el arrendatario. En la escritura interviene don «M.C.N.», quien pacta con los compradores la prórroga por tres años más del plazo del retracto y la continuación del arrendamiento por el mismo período. El retrayente para el ejercicio de su derecho debía abonar a los actuales propietarios además del precio de la venta, las 2.640 ptas. abonadas por estos últimos a don «J.F.R.». Transcurrido el plazo del retracto don «M.B.T.» y don «M.N.P.» inscribieron el dominio de la finca a su nombre en el Registro de la Propiedad, en fecha de 21 de abril de 1952.

Don «M.C.N.» interpone demanda solicitando que se declare la simulación relativa de los contratos de adjudicación en pago y venta, ya que encubrían auténticos préstamos; alega que ambos negocios son meras operaciones fiduciarias o de garantía (lo que es reconocido por uno de los demandados), carentes de valor transmisivo de la propiedad de la finca, cuya titularidad había de reconocerse y declararse en favor del demandante. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia. El TS rechaza el recurso de casación planteado por el demandante.

En la sentencia de 14 de octubre de 1960 el actor reconoció adeudar al demandado una determinada cantidad de dinero, comprometiéndose a satisfacer la deuda con cargo a bienes de su propiedad. A tal efecto otorgaron escritura pública de venta el 21 de marzo de 1950, por la que el primero vendía al segundo un conjunto de bienes por un precio simbólico. El mismo día suscribieron un documento privado en el

que, después de reconocer la deuda y convenir que el deudor pagaría dicha suma con cargo a bienes de su propiedad, para cuya efectividad había otorgado escritura de venta, pactaron que el demandado (acreedor) vendía al actor (deudor) los bienes descritos en la escritura por el precio importe de la deuda, que se aplazaba hasta el 21 de marzo de 1955.

El actor solicita la nulidad de la escritura, al no tener otra finalidad la venta o dación en pago que la de garantizar al acreedor con la transmisión de la propiedad. El Juzgado rechaza la demanda y la Audiencia confirma la sentencia. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el actor.

En los tres casos cabe sospechar que la finalidad perseguida por las partes a través de la dación en pago es, más que extinguir una obligación preexistente, garantizar al acreedor. La transmisión de la propiedad de los bienes al acreedor provocada por la dación asegura absolutamente el cobro del crédito frente a terceros acreedores del deudor común. Posiblemente los retractos pactados en dos de los casos y la venta con precio aplazado, estipulado en documento privado en el último, no obedezcan sino al período de vencimiento de los préstamos o a la prórroga de la deuda reconocida. Y cuando el propósito es garantizar una obligación es porque ésta no ha quedado extinguida, independientemente de que lo formalmente pactado sea una dación en pago. De ser esto así, la dación en pago entraría dentro de la categoría de los negocios fiduciarios. La titularidad del bien dado en pago en manos del acreedor no tiene otro fin sino asegurar el cobro del crédito y crear una apariencia frente a terceros, pero, en ningún caso, al amparo de tales negocios puede producirse la transmisión real de la propiedad con fines de garantía. Que estemos ante daciones en pago en las que se concede al deudor una facultad de rescate o ante un negocio fiduciario es cuestión probatoria.

En los tres casos el TS rechaza la argumentación de los deudores de ser la dación en pago una operación fiduciaria con la única finalidad de garantía. De un lado, se contraargumenta con la claridad de los términos literales de los contratos, sin que se pruebe que lo perseguido por las partes era cosa distinta a lo expresamente pactado. De otro, se alude a que «es inconcebible, legalmente, la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda porque el que paga no garantiza sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho» (SS. 7 de enero de 1944 y 14 de octubre de 1960).

Sería conveniente tender a superar el excesivo conceptualismo y entrar a valorar el objetivo real perseguido por las partes en la contratación. Por encima del *nomen* dado a los negocios ha de reconocerse la finalidad socioeconómica que se pretende. A ello han de cooperar las partes con suficientes medios de prueba.

Esta utilización anómala de la dación en pago plantea dos tipos de problemas, comunes a la transmisión de la propiedad con función de garantía. En primer lugar, dado el sistema causalista del Derecho español, el negocio es inhábil para transmitir la propiedad. Por mucho que las partes lo pretendan la dación en pago con finalidad de garantía no puede servir de causa justa y suficiente para transmitir el dominio al acreedor. En segundo lugar, reconocida la función de garantía, es necesario preservar al deudor (constituyente de la garantía) de la tutela que le presta la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 C.C.). Un problema de este tipo se presentó en la S. TS de 25 de mayo de 1971. El asunto quedó frustrado al no poder entrar a valorar tal cuestión el TS en casación, ya que el pacto comisorio no se había alegado por el recurrente en la demanda (19). Creo, además, que no deben quedar afectados por la prohibición del art. 1859 C.C. los pactos comisorios establecidos con posterioridad a la constitución de la garantía (20). No hay ninguna duda de que la dación en pago del bien objeto de la garantía pactada al vencimiento de la obligación garantizada (o antes de ésta, pero posteriormente a la constitución de la garantía) no entra dentro de la *ratio* del art. 1859 C.C. (21)

2.3. Dación en pago y fraude de acreedores

La dación en pago es utilizada en ocasiones con claro ánimo defraudatorio. Con el negocio se persigue poner fuera del alcance de los acreedores bienes propios del deudor o favorecer a uno de ellos en perjuicio de los restantes. La extinción de la obligación a través de una prestación distinta de la prevista convierte a la dación en un pago sospechoso (22). Este carácter sospechoso del pago encuentra frecuentemente reflejo normativo en las legislaciones concursales. Se establecen normas expresas declarando la inoponibilidad a la quiebra de los pagos efectuados por el deudor mediante tal operación (23).

(19) El mismo día de la constitución de la hipoteca se otorgó por acreedor y deudor documento privado por el cual el segundo cedía en pago al primero la finca hipotecada en caso de que al vencimiento de la deuda ésta quedara insatisfecha. El deudor alegó en el Recurso de Casación el art. 1859, pero el TS., correctamente, no entró a estimarlo por la extemporaneidad de la alegación. Sobre dación en pago y pacto comisorio puede verse también la S. TS. 25 de septiembre de 1986.

(20) En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, XXII, Madrid, 1990, pp. 459 y ss.

(21) Un supuesto como éste puede contemplarse en la S. TS. de 6 de marzo de 1954.

(22) Cfr. LEOTY, «La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?», *RTDC*, 1975, pp. 12 y ss.

(23) Arts. 880.3.º C. de Comercio, 190.2 Anteproyecto Concursal del 83, 107.4.º Ley francesa del 85, 67.2.º *Legge fallimentare*, 158 Ley portuguesa de 23 de abril de 1993.

Las SS. TS de 29 de noviembre de 1958 y 20 de febrero (R. 1347) y 22 de junio de 1967 recogen supuestos de tal naturaleza. La mecánica en los tres casos es idéntica: transmisión de bienes en pago de una deuda inexistente. Son casos de simulación absoluta del negocio y, por tanto, nulos de pleno derecho. La transmisión no puede operar, ni en favor del acreedor aparente (S. 29 de noviembre de 1958), ni en perjuicio de los terceros acreedores del deudor (S. 22 de junio de 1967).

El TS a propósito de tales sentencias no ha tenido inconveniente en reconocer que a la dación en pago le es aplicable en particular el art. 1276 C.C. (causa falsa), así como la normativa general de los contratos (SS. 20 de febrero y 22 de junio de 1967). En consecuencia, los acreedores dispondrán, en última instancia, de la acción de rescisión por fraude (arts. 1291.3.º y 1111 C.C.) para la protección de sus créditos. En este sentido, la S. TS de 4 de septiembre de 1992 es ilustrativa. De un lado, confirma la necesidad de que la dación en pago ha de estar asentada en una causa verdadera y lícita, en referencia a la existencia de una obligación previa. De otra, establece que de reputarse la dación fraudulenta (notable desproporción entre el valor de la deuda y la prestación realizada / subsiguiente insolvencia del deudor), los restantes acreedores del deudor disponen de acciones apropiadas para dejar sin efecto el negocio realizado en perjuicio de sus derechos.

La obligación preexistente que justifique la transmisión patrimonial ha de ser tenida en cuenta, además, para adecuar los remedios que el acreedor tiene frente a una pérdida por evicción de la cosa dada en pago. Es una frecuente generalización doctrinal (24) y jurisprudencial (25) definir la dación en pago como contrato oneroso de enajenación. El carácter oneroso o gratuito de la dación y por tanto los posibles remedios a disposición del acreedor, han de perfilarse en atención a la onerosidad o no de la relación obligatoria subyacente (26). En este sentido, es necesario atender a que la dación es siempre un contrato de ejecución que encuentra su causa en una previa obligación (27), como instrumento de ejecución de la misma. Por lo tanto, los efectos de la dación en pago vendrán condicionados por la caracterización de la obligación que se persigue extinguir.

(24) Entre nosotros, así, por ejemplo, LATOUR, «Notas sobre la dación en pago», *RDP*, 1953, p. 632.

(25) SS. TS. 20 de febrero de 1967 y 15 de diciembre de 1989.

(26) Del mismo modo, entre otros, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, I-2.º, Barcelona, 1989, pp. 321-322.

(27) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, II, Madrid 1993, p. 555.

2.4. Dación, contrato atípico y obligación facultativa

Normalmente el acuerdo de dación en pago obedece a las dificultades o irregularidades patrimoniales sufridas por el deudor al momento del vencimiento de la obligación. El acreedor acepta, con efectos extintivos de la deuda, una prestación distinta de la prevista. Esta es la nota distintiva de la dación: acuerdo entre acreedor y deudor para dar satisfacción al crédito del primero a través de un *aliud*. La realización de una prestación distinta acerca el negocio a todos aquellos pactos que implican una modificación objetiva de la obligación (acuerdo novatorio, modificación simple del contrato, obligación facultativa). Sin embargo, antes de abordar estos problemas, es preciso distinguir la dación en pago de los contratos atípicos o con prestaciones distintas de las tipificadas normativamente.

Este era el caso de la S. TS de 4 de octubre de 1989. «PROALSA» y «RS» (arquitecto) convienen un arrendamiento de obra por el cual el segundo se compromete a la ejecución de un proyecto de edificación de determinados pisos, estableciendo que la contraprestación será parte en dinero y el resto en la transferencia de la propiedad de varios de los pisos construídos. «LSO» compra a «RS» algunos de estos pisos. En el contrato de compraventa interviene «PROALSA», quien asume el deber de entregar las llaves y otorgar las escrituras a favor de «LSO» o persona que éste designe.

«LSO» demanda a «RS» y «PROALSA» para que entreguen las llaves y otorguen las escrituras de venta. El Juzgado admite íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial revoca parcialmente la sentencia y condena únicamente a «PROALSA». Se alude en la sentencia a que el primer contrato ha de calificarse como dación en pago y que la compraventa posterior novó la primera relación al provocar el cambio del deudor respecto al pago de los honorarios del arquitecto. Recurrida la sentencia por «LSO», el TS. estima el recurso y confirma íntegramente el fallo del juzgado.

El TS, con buen criterio, desestima tanto la calificación del contrato como dación en pago, como el efecto novatorio de la compraventa. Respecto a lo primero, que es lo que nos interesa, la doctrina sentada por el Tribunal es la siguiente: «... la dación en pago ... se produce cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste... es todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido... el elemento fundamental de la dación en pago consiste en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto a la prestación prefigurada, es decir, algo distinto a lo inicialmente

previsto» (28). De ahí que el TS concluya que habiéndose pactado el pago del precio parte en dinero y el resto en la transferencia de la propiedad de determinados pisos, no ha habido variación de la prestación inicialmente prevista en el contrato, circunstancia ésta que impide calificar el convenio como dación en pago.

En el caso lo que se demandaba por «LSO» era el estricto pago, con las características propias de exactitud e integridad exigidas por los arts. 1166 y 1169 C.C. Lo determinante para entrar en la órbita de la dación es la aceptación por el acreedor de una prestación distinta a la inicialmente concluida con finalidad solutoria. Ahora bien, que el deudor esté autorizado a cumplir con una prestación diferente a la establecida en la obligación, no debe llevar a confundir la dación en pago con la obligación facultativa.

A este respecto un interesante caso es el planteado por la resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1936. El deudor había reconocido en escritura pública adeudar al acreedor 5.000 ptas. y se comprometía a pagarlas en el plazo de un año. Si en dicho plazo no se satisfacía la deuda, se entendería prorrogado el plazo hasta que el acreedor requiriera notarialmente el pago, disponiendo en ese caso el deudor de tres meses para pagar. Si transcurridos los tres meses no se hubiera satisfecho la deuda, se entenderían adjudicadas en pago determinadas fincas, dando el acreedor carta de pago por la totalidad.

El registrador denegó la inscripción por entender que la escritura contenía una obligación futura de transmitir el dominio. El notario recurrió y el Presidente de la Audiencia revocó la nota del registrador. La DGRN revocó el Auto apelado con base en dos argumentos: 1.º Que la escritura no contenía una relación jurídica con transcendencia real, sino una obligación facultativa —*una res in obligatione et altera in facultate solutionis*— según la cual el deudor puede extinguir la obligación devolviendo la cantidad adeudada o dando en pago determinadas fincas. 2.º Que el art. 18 del Reglamento (actual art. 9) declara que «no son inscribibles las obligaciones de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble».

Creo que la resolución es adecuada en cuanto a que la escritura contenía una mera obligación condicional de transmitir y no una transmisión actual del dominio sujeta a condición (29). Pero no se puede compartir el primero de los argumentos esgrimidos por la DGRN, que equipara la dación en pago a la obligación facultativa. Entre otras razones, porque no quedaba a facultad del deudor extinguir la obligación pagando lo adeudado o transmitiendo la propiedad de los inmuebles. Esto último se le imponía una vez transcurridos los plazos previstos en la escritura.

(28) Idéntica doctrina se repite en la S. TS. 29 de abril de 1991.

(29) Sobre el particular y la crítica a tal argumentación ver FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 789-790.

No comparto la extendida tendencia doctrinal a equiparar dación en pago con obligación facultativa (30). Para este sector la distinción entre uno y otro pacto vendría dada por el momento de convenirse. Así, será obligación facultativa cuando el deudor está facultado para liberarse de la obligación, a través del cumplimiento de una prestación distinta, en el momento de constituirse la obligación; por contra, estaremos ante dación en pago si tal poder se le otorga posteriormente o en el vencimiento (31). El momento de conclusión del pacto es irrelevante para la calificación jurídica. Por ejemplo, en la S. TS de 26 de octubre de 1972 no tiene duda el Tribunal en calificar el negocio como dación en pago, no obstante concluirse en el instante mismo de la obligación (32). No debe haber inconveniente para que la obligación facultativa, sin perder dicha calificación y su particular régimen de efectos, se concluya con posterioridad al perfeccionamiento de la relación obligatoria.

Tampoco considero convincente el criterio según el cual en la obligación facultativa el cambio efectivo del contenido de la prestación opera por voluntad unilateral del deudor (en su caso, del acreedor), mientras que en la dación en pago se exige la participación de ambas voluntades (33). Este razonamiento lleva implícita la consideración de que la dación en pago introduce una modificación objetiva de la relación obligatoria. Me parece más exacto, en cambio, atender a que quienes concluyen la dación en pago no pretenden modificar, sino extinguir, con la ejecución de una prestación distinta, la obligación. Creo, por tanto, que la dación no puede quedar subsumida en un acuerdo modificativo del contrato.

La distinción entre ambos pactos queda clara si atendemos a su régimen de efectos (34). En la obligación facultativa, usualmente convenida en favor del deudor, queda a voluntad de éste liberarse ejecutando la prestación *in obligatione* o realizando aquélla *in facultate solutionis*.

(30) Aceptan tal equiparación: para Francia, GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, París, 1980, pp. 105 y ss.; para Italia, CARRESSI, *Il contratto*, II, *Trattato* CICU-MESSINEO, Milán, 1987, p. 895; para España, LATOUR, «Notas», pp. 635-636.

(31) GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII (Trad. por E. Dato), Madrid, 1912, p. 344; VATTIER, «Contribución al estudio de las obligaciones facultativas», *RDP*, 1982, p. 662.

(32) El supuesto era el siguiente: los actores habían suscrito un contrato con los demandados por el cual se comprometían a pagar las deudas de los segundos y éstos a cambio otorgaban escritura de dación en pago de la transmisión de varios pisos a favor de los primeros.

(33) Así, MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Consideraciones sobre la dación en pago», *RCDI*, 1987, pp. 977 y ss.; VATTIER, «Contribución», p. 662.

(34) Para tal distinción véase DI MAJO, *Adempimento in generale, Commentario del Codice Civile*. SCIALOJA-BRANCA, arts. 1177-1200, Bolonia-Roma, 1994, pp. 342-343.

El acreedor sólo podrá accionar por la primera. En la dación en pago, ni el acreedor puede exigir una prestación distinta de la convenida en pago, ni el deudor puede cumplir con la originaria, una vez que se ha llegado al acuerdo de dación en pago. En este sentido, si el deudor ejecutara la prestación originaria y el acreedor la aceptara, deberíamos concluir que hay un acuerdo tácito de desistimiento del negocio de dación en pago. *La datio in solutum* obliga por igual a ambas partes: al acreedor le impone la obligación de aceptar con efectos extintivos el *aliud* y al deudor la obligación de ejecutar la prestación convenida en pago. Como acertadamente se ha dicho, «la obligación de realizar este *aliud*, dependiente por naturaleza de la obligación inicial, se antepone a ésta por lo que a su ejecución se refiere. Establecida la dación en pago, el deudor está obligado a realizar el *aliud* y podrá ser condenado a ejecutarlo, el acreedor se ve constreñido a recibirlo» (35).

Precisamente por esto en el caso de la resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1936, transcurridos los plazos previstos en la escritura, el deudor no goza de una facultad alternativa al pago, sino que resulta obligado a otorgar las escrituras de transmisión de la propiedad. De igual modo, en la sentencia de 26 de octubre de 1970, concluido un acuerdo de dación en pago, se condena a los deudores a otorgar escritura en virtud del previo convenio de dación en pago. Circunstancia ésta que avala el carácter consensual —*frente* a la tesis de constitución *ex re*— de la *datio in solutum*.

2.5. Dación en pago y modificación objetiva de la obligación

Hay una reiterada línea jurisprudencial que aproxima la dación en pago a la novación, sin equipararlas totalmente. Quizá sea una de las primeras sentencias la del TS de 9 de diciembre de 1943 (36) donde se configura la *datio in solutum* como forma de pago o novación. Tal pronunciamiento ha sido repetido con insistencia en posteriores decisiones jurisprudenciales (37). Esta posición arranca de la doctrina clásica francesa. La dación en pago se califica como novación objetiva seguida de inmediata ejecución de la prestación (38). El gran apoyo normativo

(35) MARTÍNEZ-PEREDA, «Las obligaciones facultativas en el Derecho español», *ADC*, 1972, pp. 515.

(36) La sentencia está comentada por HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a la jurisprudencia civil», *RGLJ*, 1945, pp. 235 y ss. y BONET RAMÓN, «Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1944, pp. 147 y ss.

(37) TS. 11 de mayo de 1911, 19 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1961, 1 de marzo de 1969, 3 de enero de 1977, 7 de diciembre de 1983, 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992, 28 de junio de 1993.

(38) Esta es la tesis de la doctrina francesa clásica. Entre otros, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, II, París, 1905, pp. 784-785.

que encuentra tal doctrina es el art. 2038 del *Code* (idéntico a nuestro art. 1849 C.C.). Con el recurso a la novación se explica coherentemente la eficacia liberatoria que tiene para los fiadores el acuerdo de dación en pago (39).

Puede resultar esclarecedor de las relaciones de la dación en pago y novación el supuesto de la S. TS de 5 de octubre de 1987. La sociedad «CATISA» era deudora de «Fina Ibérica, S.A.» por 3.566.920 pts. El 17 de febrero de 1984 «Transportes Roquer, S.A.» y «Fina Ibérica, S.A.» llegan a un acuerdo por el cual la primera asume la deuda de «CATISA» y en pago transmitía a la segunda un camión, valorado, de común acuerdo, en 16.000.000 de ptas. «Fina Ibérica, S.A.» se obligaba a suministrar aceites industriales a «Transportes Roquer, S.A.» por un valor igual a la diferencia entre el valor del camión transmitido y la deuda asumida. El camión se entregó, pero nunca se produjo el suministro de aceites. «Transportes Roquer, S.A.» demandó solicitando que se condenara a «Fina Ibérica, S.A.» a pagar la cantidad líquida resultante de la diferencia del valor del camión y la deuda asumida; «Fina Ibérica, S.A.» demandó reconvenzionalmente pidiendo que se dejara sin efecto el contrato de 17 de febrero de 1984, que a su entender contenía una cesión de bienes y no una dación en pago y por tanto, no resultaba obligada a hacer pago alguno sino hasta que procediera a la efectiva venta del camión.

El juzgado desestimó la demanda y acogió íntegramente la reconvencción. La Audiencia estima parcialmente el recurso planteado por la demandante y condena a la demandada a suministrar a la actora aceites industriales hasta un importe igual a la diferencia de valor entre el camión y la deuda asumida. El demandado interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el TS. La argumentación del TS descansa en la calificación del contrato de 17 de febrero de 1984 como dación en pago. El valor del bien que se transmite en pago es intranscendente para que el negocio produzca sus efectos extintivos.

Sin embargo, cabe dudar que el contrato de 17 de febrero de 1984 sea una dación en pago, aunque posiblemente una calificación distinta no hiciera variar la decisión final. Fijémonos que el convenio pactado entre las partes tiene una doble eficacia: extinguir una previa obligación y constituir otra nueva. De results del acuerdo las partes quedan vinculadas a la realización de unas diferentes prestaciones, contenido propio de una nueva relación obligatoria. El convenio sustituye a la anterior obligación. Se produce un cambio en la persona del deudor (asunción de deuda) y una modificación objetiva de la obligación. Y aunque ciertamente no hay una declaración terminante de sustituir una obligación por otra, de los hechos descritos sí parece deducirse una incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación (art. 1204 C.C.).

(39) Cfr. AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil français*, IV, París, 1871, pp. 692-693.

El régimen de efectos desprendidos del acuerdo de 17 de febrero de 1984 avalan más la tesis de una novación extintiva que de una dación en pago. No se olvide que la eficacia propia de la dación se agota en la extinción de una previa obligación. En el caso comentado el contrato suscrito conlleva la instauración de un contenido obligatorio *ex novo*, del que se desprende —reflejamente— la extinción de la obligación preexistente.

Idéntico problema puede plantearse en el caso de la S. TS de 13 de mayo de 1983 (40). Un matrimonio cedió en pago parcial de su deuda un conjunto de bienes y derechos. Se pactó expresamente la responsabilidad de los deudores por el saneamiento de las nuevas prestaciones que se realizaban en favor del acreedor. Uno de los créditos cedidos, reclamado por el deudor cedente después de la cesión, resultó incobrable por sentencia formal. El acreedor interpuso demanda reclamando el importe del crédito en concepto de saneamiento por evicción. El juzgado rechazó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. El fundamento del fallo radica en considerar aplicable analógicamente —ante la falta de previsión legislativa— el art. 1532 C.C. a la dación en pago pactada.

No creo que el supuesto comentado sea una dación en pago, sino una novación. En el caso, además, no es irrelevante la calificación en uno u otro sentido. Lo acordado por las partes, parece ser, no era simplemente pagar a través de la ejecución de una prestación distinta a la prevista. El pacto expreso de «saneamiento de cualquiera de los bienes dados en pago» creaba una obligación nueva entre las partes (sustituyendo a la anterior) cuyo contenido eran las prestaciones sustitutorias. Lo evidencia el hecho de que, aún producida la denominada cesión en pago, quien reclamara judicialmente el crédito fuera el deudor-cedente y no el acreedor-cesionario. De haber existido dación en pago, el titular del crédito y único legitimado para su reclamación hubiera sido el acreedor. Que fuera el deudor quien reclamara judicialmente el crédito constata que las diferentes prestaciones asumidas por éste y aceptadas por el acreedor constituían el contenido propio de una nueva obligación (41).

Dación en pago y novación tienen un campo de juego propio y un ámbito de aplicación específico. Ambos negocios persiguen finalidades prácticas diferentes. No se trata tan sólo de que al subsumir la dación en pago en la novación objetiva la primera pierda autonomía y desaparezca del campo de las instituciones jurídicas (42). Los dos tipos de acuerdo tienen perfiles teóricos diferenciados y una muy distinta relevancia jurídica. Quien da algo en pago únicamente busca extinguir

(40) La sentencia está comentada por BERCOVITZ, «Comentario a la sentencia de 13 de mayo de 1983», *CCJC*, n.º 2, 1983, pp. 601-607.

(41) *Ibidem*, pp. 605-606.

(42) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», p. 771.

una previa obligación. La novación extintiva implica la sustitución de una obligación por otra. En virtud del acuerdo novatorio, las partes quedan obligadas; por contra, la dación pone fin a la relación jurídica sin crear nuevas obligaciones para las partes. Son requisitos imprescindibles de la novación extintiva que las partes lo declaren expresamente o que la antigua y la nueva obligación sean del todo punto incompatibles (43). La dación en pago no exige tales condiciones. Y no las exige porque «su finalidad no es reemplazar una obligación por otra, sino tan sólo producir la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución de una prestación distinta a la debida» (44). La obligación de dar en pago algo distinto a lo debido no sustituye a la obligación originaria, sino que se inserta en ella creando un nuevo modo de extinción (45).

La tesis de la novación encaja mal con la protección del interés del acreedor. Quien acepta en pago una prestación distinta de la prevista no ve satisfecho su interés sino hasta la ejecución de la nueva prestación convenida. Si fuera una novación, tanto la obligación como los derechos de garantía de que goza el acreedor quedarían extinguidos por el mero acuerdo. En virtud de la dación en pago la extinción sólo se produce al momento de efectiva realización de la nueva prestación. Una interpretación conforme al interés del acreedor exige, como luego argumentaremos, entender el término «acepta» del art. 1849 C.C. (a efectos de la liberación de los fiadores) en el sentido de aprobación de la prestación ejecutada y no el mero acuerdo de dación en pago. De nada vale, por otro lado, recurrir a la ficción de comprender la dación como una novación objetiva seguida de inmediato cumplimiento, como mantenía la doctrina francesa clásica. El momento de eficacia extintiva en uno y otro caso (dación, novación) es bien distinto: acuerdo y ejecución.

Parecidas razones excluyen también ver en la dación en pago una modificación objetiva del contrato (no extintiva) (46). Las partes lo que pretenden es extinguir y no introducir alteraciones esenciales en el objeto de la obligación. Obsérvese, además, que el régimen de los riesgos (pérdida, imposibilidad sobrevenida de la nueva prestación) es

(43) Sobre el problema del significado de la incompatibilidad ver Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 798 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991, pp. 612 y ss.

(44) CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 165.

(45) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», p. 772.

(46) Esta tesis está en alza en Francia e Italia: GHOZI, *La modification*, pp. 85 y ss.; ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milán, 1987. Entre nosotros la configura como negocio modificativo: PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 282-300 y «La dación en pago» *RCDI*, 1986, pp. 1124 y ss.; también parece ser la línea seguida por MERINO HERNÁNDEZ, «La dación en pago», *RDN*, 1975, pp. 93 y ss.

bien distinto. En caso de dación, el acreedor siempre tendrá acción para reclamar la prestación originaria; en cambio, si lo que se acordó fue la modificación objetiva, la pérdida sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor siempre es a cargo del acreedor. Por lo demás, la tesis de la dación como modificación objetiva determinaría la imposibilidad de que la *datio* pudiera ser realizada por un tercero, circunstancia que es indiscutida en la doctrina y la jurisprudencia.

Cuándo se esté frente a una novación, simple o extintiva, cuándo ante una dación en pago, es una cuestión de hecho e interpretación negocial. No creo que sea conveniente el criterio de que la «dación en pago... no puede celebrarse hasta el momento en que, llegado el vencimiento de la prestación inicialmente pactada, ésta sea exigible y el deudor manifieste entonces su imposibilidad... admitir la posibilidad de la dación antes del vencimiento equivaldría a confundir la misma con la novación objetiva» (47). Que lo usual sea esta forma de proceder no debe excluir la existencia de la dación en pago a término, condicional o acordada con anterioridad al vencimiento de la obligación. Lo determinante para distinguir los diferentes eventos será la finalidad práctica perseguida por las partes, los términos del acuerdo alcanzado y los efectos jurídicos que desencadene el pacto (48).

2.6. Compraventa y dación en pago

Sin duda, la tesis que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, siguiendo la tradición jurisprudencial francesa e italiana anterior al 42, es la que configura la dación en pago como una compraventa. El acreedor actúa como un comprador donde el crédito satisfecho cumple la función del precio. A ello ha coadyuvado de forma importante que el esquema negocial más repetido de la dación en pago sea la transmisión de la propiedad de unos bienes para extinguir la obligación. La construcción obedece, no ha de olvidarse, a la necesidad de dar respuesta normativa a un contrato atípico.

La argumentación básica empleada por el TS para equiparar la dación a la compraventa es doble. De un lado, la identificación de efectos jurídicos que se da a ambos negocios en las escasas referencias normativas que nuestro Código hace de la dación en pago, en concreto, los arts. 1521, 1636 y 1849 C.C. (49). De otro, la observación de que en la

(47) En este sentido, SERRANO ALONSO, «Consideraciones sobre la dación en pago», *RDP*, 1978, p. 432.

(48) Para la distinción entre dación y novación/modificación objetiva, puede consultarse DI MAJO, *Adempimento*, pp. 345-346, nota 7 y 348-350.

(49) Entre otras, SS. TS. 9 de diciembre de 1943, 8 de noviembre de 1966, 29 de abril de 1991.

datio in solutum se dan los requisitos que para la existencia y validez del contrato de compraventa exige el art. 1445 C.C.: transmisión de bienes al acreedor para que este aplique los bienes recibidos a la extinción del crédito, el crédito actúa con igual función que el precio en el contrato de compraventa (50).

No puede resultar extraño, pues, que en la tarea integradora del contrato el TS haya llegado a la siguiente conclusión: «...bien se califique de venta, o se la configure como novación, o se piense que se trata de un acto complejo, siempre estará regida en nuestro ordenamiento por las normas del contrato de compraventa —al carecer de reglas específicas pues sólo se encuentran alusiones a la figura en los arts. 1521, 1636 y 1849 del C. civ.— en la que el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría del precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas» (S. TS 3 de enero de 1977) (51).

Con estas premisas el TS no ha tenido inconveniente en aplicar el art. 1571 (arrendamiento sometido al Código, extinción por venta de la cosa arrendada) para dejar sin efecto el arrendamiento, cuando el inmueble arrendado había sido transmitido en pago por el arrendador a su acreedor (S. TS 8 de noviembre de 1966). Tampoco ha tenido dificultad en declarar que el error sobre la mayor extensión de lo cedido en pago o su superior valor son circunstancias absolutamente irrelevantes, dado que al tratarse de cuerpo cierto y precio único es de aplicación el art. 1471 C.C (S. TS 6 de marzo de 1954).

Independientemente de que los resultados prácticos obtenidos puedan considerarse más o menos razonables, la equiparación entre dación en pago y compraventa es insostenible. Basta a este propósito recordar las repetidas palabras de POTHIER (52): «Cuando vendo a alguno una cosa por tal cantidad que se ha de compensar con otra igual que creo deberle, si después descubro que no se la debo... no puedo repetir la cosa vendida, sino solamente el precio equivocadamente compensado con una cantidad indebida. La acción que me compete es la *ex venditio*... Al contrario, cuando doy a alguno una cosa en pago de una cantidad que creo equivocadamente deberle, tengo derecho para repetir la cosa misma, porque la acción que me corresponde en tal caso, es la que se llama *condictio indebiti per errorem soluti*». Además, los argumentos empleados por nuestra jurisprudencia para la equiparación

(50) SS. TS. 7 de enero de 1944, 15 de diciembre de 1960, 14 de diciembre de 1965, 1 de marzo de 1969, 14 de septiembre de 1987, 13 de febrero de 1989, 4 de octubre de 1989, 15 de diciembre de 1989, 19 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1993.

(51) En idéntico sentido, SS. TS. 11 de mayo de 1912, 6 de enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 19 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1961, 1 de marzo de 1969, 2 de junio de 1982, 7 de diciembre de 1983, 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992, 28 de junio de 1993.

(52) *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841, p. 304.

tampoco son concluyentes. Que se identifiquen los efectos de ambos negocios en un conjunto de preceptos del Código Civil hace pensar, más que en una equivalencia negocial, que existe una problemática y un repertorio de intereses tutelables comunes surgidos de las operaciones. Así, los arts. 1521 y 1636 C.C. toman en consideración la común condición de transmisiones a título oneroso de la venta y la dación para conceder el derecho de retracto al tercero; el art. 1849 toma en cuenta los medios de defensa específicos de todo adquirente a título oneroso. La equivalencia entre crédito y precio sólo puede tener cierta consistencia en la medida que la dación en pago responda al esquema *res pro pecunia*, pero no cuando se trate de *res pro re o pecunia pro re*. No ha de olvidarse, en el mismo sentido, que en la dación en pago la prestación substitutiva tanto puede consistir en un *dare*, como en un *facere o non facere*.

Sin embargo, es justo reconocer que el propósito que ha orientado a nuestro TS al equiparar la dación en pago a la compraventa, ha sido llenar el vacío normativo de nuestro Derecho respecto al primer negocio (igual camino es el recorrido en Francia e Italia antes de 1942). La equiparación, por tanto, no implica que la jurisprudencia desconozca las diferencias entre uno y otro negocio. En las últimas sentencias se observa un alejamiento de esta línea, al conceptuar el TS la dación en pago como «todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido» (4 de octubre de 1989 y 29 de abril de 1991) o bien como contrato oneroso de enajenación que tiene por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión (15 de diciembre de 1989). La asimilación de la dación a la compraventa, sin negar su analogía con otras figuras, no tiene por finalidad dar una solución teórica, sino soluciones prácticas planteadas ante la imprevisión legal. Se trata de asimilarla a negocios jurídicos afines para dar soluciones a los problemas que se presentan en la fase de cumplimiento (entre otras, SS. TS 13 de mayo de 1983, 5 de octubre de 1987 y 27 de febrero de 1993).

Ahora bien, con tal esquema integrador se está incidiendo en el viejo problema del método denunciado por DE CASTRO (53). Se describe la estructura negocial pactada por las partes para subsumir el supuesto en un contrato tipificado legalmente y aplicarle sus consecuencias jurídicas; en todo caso, de participar el negocio atípico de varios tipos legales, se absorbe en aquél que es predominante (compraventa). En este sentido, la construcción jurisprudencial de la dación en pago es ejemplar de lo que ha de considerarse una insatisfactoria y estéril posición metodológica. Recurrir alternativa o acumulativamente a la tesis de la compraventa o la novación es eludir el examen concreto y prácti-

(53) *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 202 y ss.

co de la finalidad perseguida por las partes y lo expresamente pactado. Se obvia, por ejemplo, que la causa del negocio no es nunca el intercambio de prestaciones, sino única y exclusivamente la finalidad de pago. Afrontar con cierto rigor el problema de la dación en pago en nuestro Derecho exige partir de las premisas descritas, que están justo en las antípodas de toda averiguación acerca de su naturaleza jurídica. Esto es lo que pretendemos acometer en las páginas que siguen.

III. EL ARTICULO 1849 DEL CODIGO CIVIL

El art. 1849 establece que «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». La solución de la norma no es difícil de explicar siempre que la dación en pago tenga plena eficacia solutoria. La extinción de la fianza no sería sino consecuencia de la extinción de la obligación afianzada. Sin embargo, éste no puede ser el objeto del precepto. De serlo así, resultaría una inútil reiteración del art. 1847 y efecto propio de la accesoriedad que vincula a la fianza respecto a la obligación garantizada (54).

El problema de la solución contenida en la norma se plantea en los casos en que el resultado extintivo perseguido por la dación en pago es ineficaz. En principio, habrá de convenirse que, dada la ineficacia de la dación, no habrá habido pago. Lógica consecuencia de esto es que permanezca subsistente la obligación afianzada. Coherentemente con lo dicho, la fianza debería persistir, dada la sola aparente extinción de la obligación afianzada. Y esta consecuencia, por ejemplo, es el principio general sancionado por el art. 839 del C.C. portugués (55).

Mantener la solución (extinción de la fianza), como hace el art. 1849 siguiendo al art. 2038 C.C. francés (56), cuando la dación es ineficaz, como en el caso previsto en la norma de pérdida de la cosa dada en pago por evicción, sólo puede explicarse con cierta coherencia a través de dos vías. Puede sostenerse, en primer lugar, que la dación (bien el mero acuerdo de las partes, bien la efectiva ejecución de lo convenido en pago), provoca una modificación (extintiva o no) de la obligación principal. Resultado de ésta alteración convencional de la obligación principal sería, como veremos más adelante, la liberación

(54) Así, DELGADO ECHEVARRÍA, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3.º, Barcelona, 1986, p. 526.

(55) «Siendo la dación declarada nula o anulada por causa imputable al acreedor, no renacen las garantías prestadas por tercero, excepto si éste conocía el vicio en la fecha en que tuvo noticia de la dación».

(56) «La aceptación voluntaria que el acreedor haga de un inmueble o de otro defecto cualquiera en pago de la deuda principal, libera al fiador, aunque después el acreedor sufra la evicción».

del fiador. En segundo lugar, puede pensarse que el art. 1849 sanciona una causa propia y autónoma de extinción de la fianza, al margen de la suerte que corra la obligación principal. En este sentido, podría hacerse una lectura conjunta de los arts. 1848 a 1852 C.C., en cuanto que todos ellos recogen supuestos específicos de extinción de la obligación del fiador, con independencia de la extinción de la obligación afianzada.

3.1. Contenido y alcance de la norma

Antes de entrar a valorar el precepto examinado es preciso que delimitemos su correcto alcance. Y esto no sólo por razones sistemáticas, sino porque únicamente después de conocer el sentido y la amplitud de la norma podremos ponderar adecuadamente su fundamento.

El primer problema interpretativo que presenta el art. 1849 es el referente al significado del término «acepta». Tal expresión es susceptible de tener dos lecturas diversas, que corresponderán a dos momentos también distintos de extinción de la fianza. Por un lado, con el término «acepta» se puede entender el momento en que confluyen la manifestación de voluntades de acreedor y deudor, por la cual el primero admite en pago de la deuda una prestación distinta a la convenida inicialmente. Si así fuera, está claro que la fianza se extingue en virtud del mero acuerdo de voluntades, al margen de la sucesiva ejecución de la prestación convenida en pago. Por otro, la aceptación del acreedor puede referirse a la aprobación de la ejecución de la prestación sustitutiva realizada por el deudor. El momento relevante no es ya el nuevo acuerdo de voluntades, sino la efectiva ejecución de lo convenido en pago. Consecuentemente, la liberación del fiador sólo se producirá con la *datio*.

Como ha señalado GUILARTE (57), estas dos interpretaciones discurren paralelas a la diferente configuración de la dación en pago como negocio consensual o real. Si basta el mero acuerdo de voluntades para perfeccionar la *datio in solutum*, nada se opone a que se vincule a tal momento el efecto extintivo sobre la fianza. Por contra, el carácter real del negocio explica adecuadamente que la liberación del fiador sólo se produzca con la ejecución de la prestación convenida en pago. Ahora bien, es importante destacar ya desde este momento, que defender la extinción de la fianza por la ejecución de la *datio*, no implica necesariamente abrazar la configuración *ex re* del negocio. Sería contradictorio e insostenible mantener el carácter real de la dación en pago y atribuir su eficacia extintiva sobre la fianza a un tiempo anterior a la ejecución. No podría explicarse razonablemente cómo no surgiendo

(57) *Comentarios*, XXIII, p. 381.

ninguna eficacia obligatoria para las partes por el mero acuerdo, sin embargo pudieran desprenderse efectos para la obligación accesoria. En cambio, no hay problema para, aún defendiendo el carácter consensual de la dación en pago, relegar la liberación del fiador a la efectiva ejecución del acuerdo. Y no lo hay siempre que se distinguan claramente como dos momentos sucesivos (no simultáneos) la perfección y la ejecución del negocio. El presupuesto para que esta concepción pueda mantenerse es que el convenio de dación no implique ninguna modificación de la obligación principal.

Si el término «acepta» hace referencia al convenio de dación en pago, para que pueda explicarse coherentemente la extinción de la fianza es necesario que el convenio implique una modificación de la obligación garantizada. La liberación del fiador sería efecto de la novación o de la simple modificación de la obligación provocada por el acuerdo de dación. En cuanto novación, como consecuencia de la extinción de la obligación principal; en cuanto simple modificación, porque tal convenio no tiene eficacia para el fiador sin su consentimiento y porque la fianza «debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella».

Precisamente con base en el art. 2038 francés (correlativo al art. 1849) gran parte de la doctrina histórica francesa caracterizó la dación en pago como novación. Así, DEMOLOMBE (58) mantenía que la fianza se extinguía por el sólo efecto novatorio que tiene el acuerdo de ofrecer y aceptar una nueva prestación. Tal explicación parece seguirla GARCIA GOYENA (59) en el comentario al art. 1763 (art. 1849 actual) del Proyecto de Código Civil de 1851. Otro amplio sector doctrinal observa en la dación una novación seguida de inmediata ejecución de la prestación convenida en pago (60). Para éstos, al menos intelectualmente, son diferenciables los momentos del pacto novatorio y la ejecución de la *datio*, aunque en la práctica se realicen simultáneamente. Si la tesis fuera correcta, el art. 1849 resultaría en gran parte una reiteración inútil. No sería necesaria una norma expresa, ya que la extinción de la fianza se deduciría de la eficacia propia del pacto novatorio (cfr. art. 1207 C.C.) y de la extinción de la obligación principal (art. 1847 C.C.).

A igual conclusión ha de llegarse si el acuerdo de dación en pago implicara una modificación simple (no novatoria) de la obligación principal (61). La liberación del fiador resultaría de la aplicación conjunta

(58) *Cours de Code Napoleon*, XXVII, París, 1881, pp. 203-204.

(59) *Concordancias, motivos y comentarios*, IV, Madrid, 1852, pp. 165-166.

(60) Así, AUBRY y RAU, *Cours*, IV, pp. 692-693; JOSSELAND, *Derecho Civil*, II.^o (trad por Chunchillos y Manterola), Bs. As., 1950, pp. 716-719.

(61) Concepción defendida por GHOZI, *La modification*, pp. 81 y ss.

de los arts. 1827 y 1835 C.C., sin necesidad de recurrir al art. 1849. De otro lado, tanto una como otra concepción dejan sin sustantividad propia a la dación en pago, al limitarla a una modificación objetiva de la obligación principal.

No son sólo estos argumentos, ni siquiera son los más importantes, los que se oponen a que el término «acepta» haya de referirse al momento del convenio de dación en pago. La *datio in solutum* mira unilateralmente a la extinción de la deuda. Y ésta sólo se conseguirá con la efectiva ejecución de la prestación. El interés del acreedor no se satisface con el mero acuerdo de dación, sino con la realización de lo convenido en pago. Siendo éste el momento relevante para la extinción de la obligación principal, lógicamente a él habrán de vincularse todos los efectos que puedan desprenderse sobre las obligaciones accesorias. Por tanto, la aceptación del acreedor ha de referirse a su aprobación de la prestación realizada en pago por el deudor. Y es a este momento, por extinguirse la obligación principal (aunque sólo sea aparentemente) por una prestación equivalente al pago, al que ha de ligarse la liberación del fiador (62).

Esta segunda interpretación del término «acepta» es la que mejor se acomoda a la literalidad del art. 1849. La aceptación del inmueble o de cualesquiera otros efectos en pago parece que presupone la previa entrega. Y de lo que no cabe duda es que la pérdida por evicción implica que con anterioridad se haya dado el traslado posesorio (63).

Ahora bien, concluir que la fianza se extingue con la aceptación por el acreedor de la entrega de la cosa convenida en pago, no supone, como advertimos más arriba, caracterizar la dación como negocio que opera *ex re*. Se entenderá, sin embargo, que tal configuración resulte plausible para un amplio sector de la doctrina. El acreedor no verá satisfecho su interés sino cuando efectivamente se ejecute el *aliud* (prestación convenida en pago). De aquí será fácil desumir la perfección y eficacia de la dación en pago al momento de ejecución de la prestación sustitutiva.

3.2. Fundamento

Si sólo la efectiva ejecución de lo convenido en pago libera al fiador, ¿cuál es el fundamento de la norma? Me parece que se puede partir de una premisa consistente. El art. 1849 presupone que «producida la evicción de la cosa dada en lugar de pago, puede el acreedor, a su elección, hacer valer las normas del saneamiento para el caso de evicción

(62) Por todos, GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 382.

(63) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 773-774.

(arts. 1475 y ss. C.C.) o exigir la prestación originaria: en este segundo caso podría dudarse si la fianza revive también; y ésta es la cuestión que el artículo que comento resuelve negativamente» (64).

Es precisamente la circunstancia de que la obligación garantizada no haya quedado extinguida por la dación la que da contenido a la regla del art. 1849. Ya advertía POTHIER (65) que tal regla era desconocida en el Derecho histórico y fue elaborada por la antigua jurisprudencia francesa. La razón de los tribunales residía en que no siendo válido el pago y subsistiendo la obligación principal, sería inicu que el acreedor pudiera dirigirse contra el fiador, si durante ese tiempo el deudor principal llegó a ser insolvente.

No puede encontrarse, pues, el fundamento en la idea comúnmente aceptada por la doctrina española (66). Según ésta la *ratio* del precepto descansa en que la transmisión producida por la dación extingue definitivamente la obligación y si luego el deudor queda obligado por la evicción, esta obligación es distinta de la obligación afianzada. Si así discurrieran las cosas, el art. 1849 sería innecesario. La liberación del fiador procedería de la extinción de la obligación afianzada (art. 1847 C.C.) o, en todo caso, del carácter expreso de la fianza (art. 1827. I C.C.). Visto así, la dación en pago quedaría al margen de la propia extinción de la fianza.

También ha de descartarse que el efecto del art. 1849 descansa en el carácter novatorio o modificador de la relación obligatoria que tiene la dación en pago (67). Al fin y al cabo estos presupuestos conducirían a la misma solución criticada anteriormente. Ya hemos rebatido suficientemente ambas tesis. Baste ahora señalar que ninguna de las dos encuentra apoyo normativo en el precepto comentado. El francés GHOZI (68), que entiende la dación en pago como modificación objetiva

(64) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos*, II-3.º, p. 527; En parecido sentido, CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, p. 175.

(65) *Traité des obligations*, I, París, 1825, p. 392.

(66) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1973, p. 473; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 432; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 558; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», p. 1017. Esta idea ya se encuentra en los discursos del *Code*. Así, TREILHARD: «Si el acreedor ha aceptado voluntariamente un inmueble u otra cosa en pago, el fiador queda liberado, incluso cuando el acreedor pierda por evicción la cosa que hubiera recibido. La obligación primitiva había quedado extinguida por la aceptación del acreedor, la accesoriedad de la fianza había cesado con ella: si el acreedor tiene a continuación una acción resultante de la evicción que él sufre, esta acción es diferente de la primera y no es la que el fiador había garantizado» (pp. 420-421); en el mismo sentido, LAHARY, p. 444; LOCRE, *Legislation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, VII, Bruselas, 1836.

(67) Así, PASCUAL ESTEVILL, «La dación en pago», p. 1126; SECHI, voz «*Datio in solutum*», *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, Milán, 1911, p. 174; CHABOT, en LOCRE, *Legislation civile*, VII, p. 427.

(68) *La modification*, pp. 198 y ss.

de la obligación, explica la sanción del art. 2038 *Code* (correlativo al art. 1849) en los siguientes términos: el fiador se compromete a garantizar la ejecución de la obligación inicial del deudor y la fianza debe ser expresa y no extenderse a más de lo contenido en ella; el art. 2038 *Code* no hace sino confirmar lo establecido en el art. 2015 *Code* (idéntico a nuestro art. 1827), de ahí que no esté obligado a responder por una prestación distinta de la inicialmente prevista. La explicación es correcta. Pero en la misma medida pone en evidencia la inutilidad de un precepto (art. 2038, art. 1849) cuando sus propios efectos ya están expresamente previstos en otra norma del Código (art. 2015, art. 1827). Por tanto, no puede pretenderse hacer descansar la supuesta eficacia novatoria de la dación en pago en el art. 1849 C.C.

Además, no se ha de olvidar que, como advierte GUILARTE (69), la idea de novación o modificación únicamente explicaría que el fiador no responda de una obligación que no ha afianzado, pero no explica coherentemente por qué no ha de responder si el acreedor opta por exigir el cumplimiento de la obligación fiada.

Yo también creo que la *ratio* del art. 1849 no depende de una determinada construcción jurídica de la dación en pago (70). Pero dando un paso adelante, cabe afirmar que el fundamento de la norma sí excluye determinadas concepciones clásicas de la dación en pago, como la novación o la simple modificación objetiva, y apunta hacia un negocio autónomo con rasgos específicos propios.

El art. 1849 se ha de leer conjuntamente con los arts. 1851 y 1852 C.C. (71). Los mismos principios que inspiran a estos últimos actúan de informadores del primero. El fundamento estriba en que la aceptación por el acreedor de la nueva prestación impide al fiador el ejercicio de la acción de relevación (art. 1843 C.C.) o el oportuno y útil planteamiento de la acción de regreso contra el deudor. La sanción tiende a tutelar el interés del fiador. La extinción de la obligación afianzada (aunque sólo sea aparente) imposibilita (y además carece de sentido) cualquier acción de cobertura del fiador contra el deudor, cubriéndole del hipotético riesgo de que sea él finalmente quien tenga que pagar. Precisamente porque la aceptación del acreedor aparece frente al fiador como un acto jurídico de eficacia idéntica al pago o cumplimiento de la obligación. Al igual que ocurre en el art. 1.851 (72), donde la prórroga convenida obsta al ejercicio de la relevación (art. 1.843. 4.º), o en

(69) *Comentarios*, XXIII, p. 379.

(70) En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos*, II-3.º, p. 527.

(71) GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 378; SANTOS BRIZ, notas a HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, III, Madrid, 1958, p. 476.

(72) Ver FÍNEZ, «La prórroga como causa de extinción de la fianza», *RJN*, enero-marzo, 1993, pp. 71 y ss.

el art. 1.852 (73), donde por acto del acreedor se perjudica el derecho de subrogación del fiador. En los tres supuestos, lo relevante y lo que justifica la liberación del fiador, es que por acto o acuerdo al margen de la voluntad de este último se perjudican las posibles acciones o derechos que le otorga la ley al fiador para la protección de su interés.

POTHIER (74) resumía el fundamento de la regla en *nemo ex alterius facto proegnavi*. Y ROGRON (75), analizando ya el art. 2.038 *Code* (art. 1.849), advertía que la razón de la liberación estaba en que el fiador no había podido adoptar las medidas conservativas del crédito que la ley pone a su disposición, ni podía quedar indefinidamente expuesto a una demanda; es el hecho del acreedor el que determina que su posición primitiva cambie, no dependiendo del fiador impedir un estado de cosas con el que el acreedor se ha conformado (76).

El centro de gravedad de la norma ha de ponerse más en el hecho de que el acto del acreedor (aceptación) obstaculice la acción de cobertura del fiador, que en que éste quede «en situación incierta durante un plazo inconcreto de garantía» (77). La misma situación de incertidumbre pesaría sobre el fiador en caso de que realizado el estricto pago por el deudor se declarara posteriormente ineficaz. No hay duda, sin embargo, que el fiador seguiría respondiendo de la obligación garantizada, independientemente de la mayor o menor concreción del período de garantía. Lo distintivo de uno y otro supuesto (dación en pago/pago) es que la actuación del acreedor ha sido determinante en el perjuicio causado al fiador. Perjuicio que se concreta en la pérdida de las medidas conservativas.

Tal circunstancia ha sido subrayada por el TS. En su sentencia de 26 de mayo de 1988 (78) afirma que el art. 1.849 C.C. sanciona un *acto propio del acreedor* que, implicando pago del crédito, exonera de responsabilidad al fiador. Y curiosamente el art. 839 del Código Civil portugués, que dicta una solución diametralmente opuesta a la de nuestro art. 1.849, también apunta en la misma dirección. El principio rector es que las garantías prestadas por terceros subsisten, no obstante se haya declarado nula o ineficaz la dación en pago. Sin embargo, excepciona

(73) Sobre el particular ver ALONSO SÁNCHEZ, *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, en cuanto a lo que ha de entenderse por hecho del acreedor, FINEZ, «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor», *RCDI*, 1993, pp. 9 y ss.

(74) *Traité*, I, p. 392.

(75) *Code Civil expliqué*, II, París, 1877, pp. 2468-2651.

(76) DELSOL, *Explication élémentaire du Code Civil*, III, París, 1885, p. 459.

(77) Esta circunstancia es la destacada por DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos*, II-3.º, p. 527; GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 378.

(78) En el caso se trataba de un convenio de suspensión de pagos en el que se había pactado una *datio in solutum*. El acreedor, que gozaba de derecho de abstención, se adhiere al convenio.

el caso de que la *causa de nulidad o anulabilidad sea imputable al acreedor*, salvo que el fiador conociera el vicio en la fecha en que tuvo noticia de la dación (principio general: subsistencia de las garantías). Sólo la imputabilidad de la ineficacia de la dación en pago al acreedor libera al fiador. Por lo demás, la doctrina portuguesa está de acuerdo en justificar el art. 839 como confluencia de dos principios: renacimiento de la obligación y protección de los terceros de buena fe (79).

El art. 1.849 C.C., al igual que el art. 1.197. III del Código italiano, no exige la imputabilidad al acreedor del art. 839 portugués. Es un precepto que sanciona una norma general de desplazamiento del riesgo (80). La eventualidad de la pérdida por evicción de la cosa dada en pago ha de soportarla el acreedor. No puede el acreedor trasladar el riesgo de una sobrevenida evicción al fiador, cuando fue él, al aceptar la dación en pago, quien impidió el ejercicio de las acciones conservativas o, en su caso, de la acción de regreso al fiador. El consentimiento del acreedor fue determinante para que quedara extinguida, al menos aparentemente, la obligación afianzada.

Sobre esta premisa descansa la sanción del art. 1.849 C.C. y la de los análogos arts. 2.038 francés y 1.197 italiano. Ahora bien, la liberación del fiador será total o parcial en la medida en que la dación haya extinguido (aunque sea aparentemente) total o parcialmente la obligación afianzada (81). Este es el justo contrapunto a que la extinción de la fianza esté conectada al efectivo perjuicio que se causa al fiador en el ejercicio útil y oportuno de la acción de relevación. Si el acreedor ha consentido una dación parcial de la deuda, nada impide al fiador dirigirse al deudor en relevación (o en su caso, en regreso) por el resto del crédito insatisfecho.

Quizá pueda pensarse que la solución del art. 1.849 es exorbitante e inadecuada (82). Unos mínimos criterios de política jurídica parece que deben aproximar más la solución al problema a respuestas como la del art. 839 portugués. No se olvide que la dación en pago es habitualmente una medida transaccional para superar la situación de insuficiencia o iliquidez patrimonial del deudor. Y, desde luego, pocos

(79) Por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, Coimbra, 1992, p. 180.

(80) SCAEVOLA, *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953, p. 680; SIMLER y DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1989, pp. 138-139; MALAURIE y AYNES, *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1992, p. 93; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º 87; ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 277-278.

(81) Como excepción al pensamiento común de la doctrina, ISSA-SAYEGH mantiene que la dación en pago parcial de la deuda libera totalmente al fiador, «Contrats et obligations. Extinction des obligations», *Juris Classeur Civil*, XI (puesta al día en 1993), p. 8; de igual opinión GHOZI, *La modification*, p. 199, nota 55.

(82) Así, BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, p. 137.

acreedores estarán dispuestos a pactar soluciones alternativas al pago para extinguir la deuda cuando el convenio lleve aparejada la extinción de las fianzas o avales. O se asegura de que el fiador presta su consentimiento a la dación en pago o no acceden a tal pacto. Soluciones como la del art. 1.849 no ayudan en nada al desarrollo del crédito. Pero, una cosa es lo deseable de *lege ferenda* y otra lo existente de *lege data*. Y no hay duda de que hoy por hoy y en atención a lo dispuesto en el art. 1.849 C.C., el interés protegido por el legislador es el del fiador.

3.3. Problemas prácticos y de aplicación

El criterio de política jurídica señalado en el párrafo anterior debe orientar la solución a los problemas que se suscitan en la interpretación y extensión de la norma. Igualmente, el carácter excepcional de la regla contenida, puesto de manifiesto por toda la doctrina, ha de limitar su aplicación a supuestos no previstos o que lleven aparejadas consecuencias jurídicas poco razonables o desproporcionadas.

Quede bien claro, de antemano, que la extinción de la fianza sólo tiene lugar por la ejecución de la prestación convenida en pago o, de forma más precisa, por la aceptación por el acreedor de la prestación sustitutoria. La mera existencia de un acuerdo de dación en pago no impide al fiador ejercer la acción de relevación, siempre que se dé alguno de los supuestos del art. 1843 C.C. (83). Sólo la aceptación como pago de una prestación distinta por el acreedor desencadena el efecto liberatorio. Recordemos que el fundamento de la norma descansa en que por hecho del acreedor (aceptación) se imposibilita al fiador el ejercicio de las medidas conservativas de su crédito. La misma *ratio* del precepto obsta a la atribución de efectos al simple pacto de dación entre acreedor y deudor que, por lo demás, se presenta frente al fiador como *res inter alios acta* (cfr. art. 1835 C.C.). Otra cosa es que el negocio de dación conlleve una prórroga *solutionis* de la obligación principal. Entonces la liberación del fiador será producto de la sanción establecida en el art. 1851 C.C. (prórroga incontestada), pero no por efecto del art. 1849 *strictu sensu*.

Sin embargo, sí creo que realizada la dación en pago el fiador quedará liberado en idéntica medida independientemente de cuál sea la causa de la sobrevenida ineficacia de la *datio*. Pudiera parecer, a primera vista, que el efecto liberatorio se ciñe a la pérdida de la cosa entregada en pago por evicción. El fundamento de la norma no autoriza a mi entender tal interpretación.

(83) Bo, voz «Fideiussione», *Nuovo Digesto italiano*, V, Turín, 1938, p. 1126.

Ya tuvimos oportunidad de ver cómo la regla, tal y como ha pasado a los códigos, fue elaborada por la antigua jurisprudencia francesa. El problema que históricamente planteó la dación en pago fue el relativo a las acciones de que disponía el acreedor en caso de evicción. Ya hubo a tal propósito opiniones divergentes en Roma entre sabinianos y proculyanos (84). El problema viene condicionado por la configuración habitual de la dación. El punto de partida de los juristas clásicos y medievales es un supuesto de hecho unívoco: transmisión de la propiedad de una cosa, con consentimiento del acreedor, en lugar de la entrega de dinero o de otra cosa distinta (85). El supuesto de hecho que sirve como punto de partida delimita los aspectos más debatidos de la dación en pago: carácter real o consensual del acuerdo y tutela del acreedor en caso de evicción. Esta circunstancia explica coherentemente por qué el único supuesto de ineficacia de la *datio* previsto es la evicción. Alejados de esta premisa histórica y admitido que la prestación en pago tanto puede ser un *dare*, como un *facere* o *non facere*, no hay inconveniente en extender la solución del art. 1849 C.C. a los restantes casos de ineficacia sobrevinida de la *datio*.

Se ha mantenido la solución contraria con base en el carácter exorbitante y excepcional de la norma (86). Otros distinguen entre la ineficacia originaria y sobrevinida, para vincular sólo a esta última la extinción de la fianza (87). El fundamento de la norma ni autoriza tales distinciones, ni excluye su aplicación a casos de ineficacia de la *datio* análogos a la evicción y que reproducen el mismo conflicto de intereses. El art. 1849 mira sobre todo a la protección de los intereses del fiador y sanciona la pérdida de su derecho a la relevación por un acto o comportamiento del acreedor. Tal efecto tiene lugar tanto cuando el acreedor pierde la cosa dada en pago por evicción, como cuando está obligado a restituir la prestación por ser declarado el convenio de dación nulo o anulado o quedar afectado por la acción rescisoria por fraude de acreedores, la retroacción de la quiebra o el ejercicio de las acciones impugnatorias (arts. 878 y ss. C. Co.). En todo caso, en virtud del consentimiento prestado por el acreedor a la nueva prestación y la aparente extinción de la obligación garantizada, el fiador ha perdido la

(84) Sobre el particular puede consultarse ASTUTI, voz «Dazione in pagamento (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962, p. 728; MICCIO, *I diritti di credito*, I, Turín, 1982, p. 143; LONGO, voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957, p. 173.

(85) Así, ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 59-62.

(86) Entre otros, BO, «Fideiussione», p. 1126; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, V, Madrid, 1955, pp. 31-32; SIMLER, voz «Cautionnement», *Juris Classeur Civil* (1991), p. 11; MALAURIE y AYNES, *Les sûretés*, p. 93; MIRABELLI, *Contratti speciali, Il Diritto civile italiano*, XII-2.^o, Nápoles-Turín, 1915, pp. 586-587.

(87) GHOZI, *La modification*, pp. 200-201.

opción de ejercitar oportuna y útilmente las acciones de cobertura y regreso contra el deudor. Y es precisamente éste el problema contemplado y el interés tutelado por el art. 1849. De ahí, que no haya inconveniente en extender sus efectos a supuestos análogos a la evicción.

Por ejemplo, el art. 1197 *Codice* también cita exclusivamente la evicción como causa anómala de la dación en pago. A este supuesto de hecho conecta la extinción de las garantías constituidas por terceros. No obstante, no hay duda para la doctrina italiana más reciente, atajando el debate de los comentaristas del *Codice* de 1865 (art.1929, idéntico a nuestro art. 1849), que la sanción ha de extenderse analógicamente a los restantes casos de ineficacia de la dación. Dicha extensión se desprende también de la *Relazione* que precede al *Codice* de 1942 (88). Aún con eficacia jurídica distinta, el Código portugués de 1966 habla con carácter general de la nulidad o anulabilidad de la dación en pago para dejar sin efecto las garantías prestadas por terceros cuando la causa sea imputable al acreedor (art. 839) (89).

Ahora bien, no quedará liberado el fiador cuando actúe de mala fe (por ejemplo, coopera con el deudor para hacer creer al acreedor que la cosa es propiedad del primero) o conociera o debiera conocer con una diligencia media la ineficacia de lo dado en pago (90). El ejercicio de los derechos conforme a la buena fe impone este límite general. Si la aparente extinción de la obligación afianzada (con la consiguiente despreocupación para el fiador de ejecutar toda medida conservativa de su crédito) es la que provoca la liberación del fiador, no hay razón para que se produzca tal efecto cuando el garante conoce la ineficacia de la *datio*. Obsérvese que en el caso nada impide al fiador que ejercite oportunamente las acciones conservativas de su crédito. (Idéntico principio general se sanciona en el art. 839 del Código portugués: si la nulidad o anulabilidad es imputable al acreedor se extinguen las garantías prestadas por terceros, salvo que éstos conocieran los vicios en la fecha en que tuvieron noticia de la dación).

Aplicación especial de la regla anterior es la común afirmación de la doctrina de que el art. 1.849 no es aplicable cuando es el propio fiador el que propone la demanda de evicción (91). Decía

(88) ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 277-279; MACIOCE, *Commentario al Codice Civile*, P. Cendon, IV-1.º, Turín, 1991, pp. 65-66. Particularmente en contra DI MAJO, *Adempimento*, pp. 352-353.

(89) En contra de la solución general propuesta por nosotros CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*, Madrid, 1991, p. 62.

(90) CICCAGLIONE, voz «Fideiussione», *Enciclopedia giuridica italiana*, VI-2.º, Milán, 1903, pp.645-646; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur*, p. 8.

(91) Entre otros, SIMLER, «Cautionnement», p. 11; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, pp. 784-785; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, París, 1954, pp. 999-1000.

ROGRON (92) que en este caso la no adopción de las medidas conservativas es imputable al propio fiador y no a su acreedor; por lo tanto, no podrá invocar a su favor la extinción de la fianza. Se deben distinguir dos supuestos, según el fiador intervenga o no en la dación en pago. En el primer caso, más que estar ante el supuesto extintivo del art. 1.849, lo que ocurre es que el fiador no podrá demandar al acreedor de evicción, ya que ha consentido en la dación en pago. Igual solución creo que debería adoptarse para el caso en que no interviniendo el fiador, sí conociera el objeto de la dación. Su no oposición al convenio de dación en pago podría interpretarse como un consentimiento tácito (93). Si el fiador ni interviene, ni conoce la *datio*, sin embargo está en condiciones de saber inmediatamente que la cosa entregada no es propiedad del deudor. En este supuesto, bien podrá dirigirse directamente en vía de regreso contra el deudor porque la deuda se ha extinguido a costa de su patrimonio (además del oportuno resarcimiento de daños), bien podrá ejercitar la acción de evicción, pero subsistirá la fianza respecto a la obligación principal (94).

La reserva de acciones del acreedor contra el fiador al convenir la dación en pago no puede implicar que este último no pueda ampararse en el art. 1.849 C.C. Se mantiene la tesis afirmativa con base en configurar la reserva de acciones como una dación en pago condicional. La eficacia extintiva de la dación queda subordinada a que el acreedor no pierda la cosa por evicción. No produciéndose la extinción definitiva de la obligación principal, tampoco se extingue la fianza (95). De aceptarse este presupuesto bastará la sola voluntad del acreedor para excluir el beneficio legal concedido al fiador por el art. 1.849 C.C. Aún admitiéndose que el fiador pudiera ejercitar también condicionalmente las acciones de relevación y regreso contra el deudor, tal mecanismo no evitará en la práctica la lesión del interés protegido por la norma (96).

Mejores argumentos avalan la postura contraria. La norma consagra un beneficio *favor fideiussoris*. Una voluntad ajena a la del fiador no puede tener relevancia a efectos de excluir tal beneficio. Fijémonos que en su caso la *datio* condicional aparece como un pacto al margen del consentimiento del fiador (arts. 1257 y 1835 C.C.). Y tampoco creo que por exclusiva voluntad del acreedor pueda quedar vinculado el fia-

(92) *Code Civil*, II, p. 2650.

(93) Esta posición es la mantenida por FRAGALI, *Delle obbligazioni, Commentario del Codice Civile*; SCIALOJA-BRANCA, arts. 1936-1959, Bolonia-Roma, 1968, pp. 520-521.

(94) Así, GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 385.

(95) Esta es la postura mantenida, entre otros, por FRAGALI, *Delle obbligazioni*, pp. 519-520; MIRABELLI, *Contratti speciali*, p. 588, con cita en el mismo sentido de DURANTON, PONSOT y LAURENT.

(96) GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 384.

dor de modo indefinido a la fianza. Una cláusula de tal estilo, aunque aparezca formalmente como una *datio* condicional, debe ser inoponible al fiador (97).

Diferente es la hipótesis en que el acreedor condicione la dación a la renuncia del beneficio del art. 1.849 C.C. por el fiador o que éste haya renunciado previamente en el contrato de fianza. También debe tener un tratamiento distinto cuando el mismo fiador ha consentido la dación. El fiador permanecerá obligado por la deuda principal, pero no, salvo que se haya convenido en contra, por la obligación procedente de la evicción (98). Por fin, tampoco entrará en juego el art. 1.849 C.C. si la dación en pago estaba pactada en el mismo momento de la constitución del crédito garantizado. Para el caso, la fianza se extiende a toda la relación obligatoria, salvo voluntad contraria. La garantía aseguraría tanto la prestación original como el cumplimiento de la dación y las consecuencias procedentes de la evicción de la cosa convenida en pago.

El art. 1.849 C.C. no encuentra aplicación para los terceros constituyentes de prenda o hipoteca. La posición jurídica y los medios de defensa se configuran de forma muy distinta en el caso del fiador y los terceros garantes. También el principio *favor fideiussoris* que orienta el precepto conduce a la misma solución. Más discutible es si la norma es aplicable al contrato autónomo de garantía. La respuesta dependerá, en gran medida, de cómo se establezca el régimen de excepciones que puede oponer el garante al acreedor (99).

La solución contraria (extensión análogica de la norma a los terceros constituyentes de garantía real) se ha mantenido por un numeroso sector doctrinal (el art. 1.197.III *Codice* establece que «En todo caso no reviven las garantías prestadas por terceros»). Sin embargo, la extensión de la solución se encuentra, no tanto en la *ratio* de la norma, como en la particular naturaleza o construcción teórica de la dación en pago. Así, los que defienden la dación como novación (100) o modificación (101) objetiva de la obligación no tienen dificultad para explicar el efecto extintivo sobre cualquier tipo de garantía prestada por terceros. La extinción no es efecto del art. 1.849, sino del art. 1.207

(97) DELEBECQUE, voz «Cautionnement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (1991), pp. 22-23. Parte de la doctrina clásica comparte la solución; entre otros, TROPONG, GUILLOUARD, PONT, citados por MIRABELLI, *Contratti speciali*, p. 588; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, p. 351.

(98) GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 585.

(99) CARRASCO, *Fianza*, pp. 61-62.

(100) Así, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, pp. 784-785; JOSSEAND, *Derecho civil*, II-1.º, p. 718; AUBRY y RAU, *Cours*, IV, p. 221; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 432; SECHI, «Datio in solutum», pp. 177-178.

(101) Así, MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1987, p. 407 y *Les obligations*, II, París, 1989, pp. 217-218 y 419 y ss.; PASCUAL ESTEVILL, «La dación en pago», pp. 1126 y ss.

C.C. o de que la obligación garantizada no puede quedar alterada al margen de la voluntad del garante (102). Ambas concepciones han sido ya suficientemente rebatidas en esta páginas.

La misma conclusión se extrae si se defiende que en todo caso la dación extingue con todas sus consecuencias el derecho de crédito (103). De resultar obligado de nuevo el deudor será por una obligación (evicción, vicios) distinta de la primitiva. Extinguida de modo definitivo la obligación garantizada, la misma suerte correrán las garantías y demás accesorios del crédito. Tampoco en este caso se trata de una aplicación análoga del art. 1.849 C.C. Cabe dudar de todas formas que producida la evicción o descubiertos los vicios de la cosa dada en pago, el acreedor sólo tenga las acciones de garantía del comprador. El art. 1.849, ya lo hemos advertido, presupone lo contrario. ¿Qué ocurre si el acreedor reclama la prestación originaria?, ¿podrá dirigirse contra el tercero hipotecante o pignorante?

No resulta convincente, de otro lado, distinguir según la evicción proceda del ejercicio de la acción reivindicatoria o de la acción hipotecaria planteada por un tercero acreedor del deudor común. En el primer caso, decía GIORGI (104), ha de revivir el crédito con la antigua hipoteca, la dación en pago fue absolutamente nula al carecer el deudor de la propiedad de la cosa. En el segundo, en cambio, se extinguirá la garantía prestada por tercero, ya que el acreedor conocía o podía haber conocido el gravamen que pesaba sobre el bien y sólo a él le es imputable la pérdida de la cosa (debe correr con el riesgo de la pérdida al aceptar en pago una finca hipotecada). La distinción propuesta, sin embargo, lejos de abundar sobre una aplicación análoga del art. 1.849 C.C., lleva a la solución contraria.

Ninguna de las razones convencen sobre la aplicabilidad de la norma a los terceros constituyentes de garantía (105). Creo que es decisivo para excluir la aplicación del precepto reparar nuevamente en su fundamento. Si tiene razón de ser en la fianza es porque el fiador es un obligado más, aún con carácter subsidiario, del acreedor, a diferencia de los denominados fiadores reales. Por esta razón y dado que el fiador puede ser demandado por el cumplimiento de la obligación, goza de

(102) GHOZI, *La modification*, p. 199.

(103) Claro representante de esta posición BEUDANT, *Cours de Droit Civil français*, XI, París, 1936, pp. 390-391. También los clásicos TOULLIER, LAROMBIERE, MARCADE, GRENIER, *cit.*, por GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, p. 352. Entre nosotros, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 558; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», p. 1020; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, p. 324.

(104) GIORGI sigue a los clásicos franceses PONT y TROPLONG, *Teoría de las obligaciones*, VII, p. 532.

(105) La solución es compartida por RIVERO, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1985, p. 220; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pp. 378-379.

medios preventivos -acción de cobertura- para cubrir el riesgo del hipotético pago. El acto del acreedor que imposibilita el ejercicio de tal derecho (aceptación de la dación en pago) justifica la liberación del fiador (106). El tercero constituyente, ni es un obligado del acreedor garantizado, ni goza de la acción de cobertura protegida vía art. 1.849 C.C. (107).

Es evidente, por fin, que la norma no es aplicable a la cesión de bienes (108). Baste observar que, a diferencia de la dación en pago, la extinción de la obligación sólo se dará en el momento de la aplicación del líquido obtenido y únicamente por el importe de la realización de los bienes cedidos (cfr. art. 1175 C.C.). La cesión facilita el cumplimiento de la prestación debida, pero no altera su contenido, ni provoca la automática extinción de la deuda. El pacto de quita o renuncia a la parte del crédito no satisfecho a través de la cesión, no altera su configuración jurídica, ni implica la eficacia extintiva prevista por el art. 1849 C.C. Otra cosa es que la quita o renuncia pueda oponerse por el fiador al acreedor garantizando (cfr. art. 1853 C.C.).

IV. LOS SUPUESTOS LEGALES DE RETRACTO

La segunda referencia normativa que aparece en nuestro Derecho de la dación en pago está en relación con los supuestos de hecho que dan lugar al ejercicio del retracto. Dice el art. 1521 C.C. que «El retracto legal es el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». De igual manera, el art. 1636 C.C. faculta alternativamente al dueño del dominio útil o directo a ejercitar el retracto siempre que uno de los dos venda o dé en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica. Los arts. 1067, 1522 y 1523 C.C. conceden idéntico derecho (a coherederos, comuneros y colindantes) en caso de venta o enajenación; sin embargo, se acepta sin discusión que el retracto procede también en caso de dación en pago (109).

Al amparo de las normas citadas, en especial los arts. 1521 y 1633 C.C., la jurisprudencia ha identificado dación en pago y

(106) CRISTÓBAL MONTES justifica la solución contraria a la defendida por nosotros al entender que existe una *eadem ratio* entre la fianza y las restantes garantías constituidas por terceros, *El pago*, p. 176.

(107) Una solución contraria a la mantenida aquí es la que parece desprenderse del párrafo 365 BGB, así VON THUR, *Tratado*, II, p. 12.

(108) Tal exclusión es recogida expresamente por la S. TS. de 14 de septiembre de 1987.

(109) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, XVI-2.^o, Madrid, 1989, p. 432; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, XIX, Madrid, 1991, p. 644 y ss.

compraventa (110). Aún llegando más lejos, la S. TS de 8 de noviembre de 1966 admitió la demanda de resolución del arrendamiento planteada por el acreedor que había adquirido en pago la finca arrendada. Consideró aplicable al caso el art. 1571 C.C., ya que «... el convenio por virtud del cual se adjudica o da una cosa determinada en pago total y definitivo de un crédito líquido constituye un verdadero contrato de compraventa sea cual fuere el nombre que se le asigne por los contratantes».

Como acertadamente matizó HERNANDEZ GIL (111), la equiparación de la dación a la compraventa con base en los arts. 1521 y 1636 tiene un alcance más profundo. La dación en pago constituye en sí misma un nuevo contrato acerca de la forma en que ha de realizarse el pago pendiente. Y con un criterio práctico es a la compraventa a la que conviene equiparla, de una parte, por la generalidad de aquélla, y de otra, por la posible aplicación análoga de sus reglas.

Que el retracto tenga lugar cuando se produce una transmisión en virtud de venta o dación en pago no puede llevar a confundir ambas figuras. El origen del retracto no se encuentra tanto en la particular configuración de ambos negocios, como en su común efecto de provocar una transmisión de la propiedad a título oneroso. Así, algunos autores definen la dación en pago como «contrato oneroso de enajenación» (112). A los ojos de un tercero la *datio in solutum* se presenta como una transmisión de la propiedad a título oneroso (*solvendi causa*). Añádase a ello que la hipótesis habitual y la que ha condicionado el tratamiento histórico de la dación, es la de transmitir la propiedad de un bien en pago de una deuda dineraria.

Observando los supuestos legales de retracto recogidos en el Código Civil se puede formular la norma general de que el ejercicio del derecho procede en caso de enajenación a título oneroso. El precedente del actual art. 1521 es el art. 1450 del Proyecto isabelino. Decía GARCIA GOYENA (113) comentando este último precepto, que la razón de introducir también la dación en pago era evitar el posible fraude al retrayente al intentar las partes simular una deuda inexistente (al margen de que *datio in solutum* es venta). Lo mismo cabe deducir (enajenación a título oneroso) de la comparación entre los arts. 1636 y 1656. 6.^a C.C. Mientras el primero habla exclusivamente de la venta y la dación en pago, el segundo se refiere en general a las «enajenaciones a título oneroso» y se remite para las condiciones y el ejercicio del retracto al artículo anterior.

(110) Entre otras, SS. TS. de 9 de diciembre de 1943, 8 de noviembre de 1966.

(111) «Comentario», pp. 236-237.

(112) Así, entre nosotros, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento*, p. 373; LA-TOUR, «Notas», p. 632.

(113) *Concordancias*, III, pp. 425-426.

Idéntica conclusión cabe extraer si se analizan los supuestos legales de retracto contenidos en la legislación especial. El art. 48 LAU faculta al inquilino y/o arrendatario a retraer el piso o local de negocio que se ha vendido, cedido solutoriamente o que se ha adjudicado en virtud de la división de la cosa común (114). Se exceptúa en este último caso, cuando la división y adjudicación recae sobre una cosa común adquirida por herencia o legado. Está de acuerdo la doctrina en que por cesión solutoria sólo cabe entender la dación en pago (115). Se excluye del retracto la transmisión del piso o local por cesión de bienes. Precisamente porque la cesión de bienes a los acreedores no implica la transmisión de la propiedad de los bienes cedidos (distinto es cuando por consecuencia de la cesión los acreedores venden los bienes a un tercero). Por su parte, el art. 36.2 LAU concede al arrendador el derecho al retracto en caso de transpaso del local de negocio por dación o adjudicación en pago. Igualmente queda excluido el ejercicio del retracto cuando el derecho arrendaticio se cede para pago o *pro soluto* (116).

A efectos fiscales transmisión onerosa y dación en pago se equiparan. Así resulta del art. 7.2. A) de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RDL 1/1993). Bien es cierto que la norma grava tanto las adjudicaciones en pago, como para pago de deudas. Si bien respecto a esta última hace una salvedad muy importante: los adjudicatarios para pago de deudas que hayan transmitido al acreedor los bienes en pago de su crédito y los que justifiquen haberlas transmitido con el mismo fin a un tercero, podrán exigir la devolución del impuesto satisfecho por tales adjudicaciones. Excepción que es reveladora de que el hecho imponible se cene a los supuestos de enajenaciones onerosas. De ahí que grave siempre a los adjudicatarios *pro soluto* y permita el reembolso del impuesto a los adjudicatarios *pro solvendo*.

Con base en las consideraciones precedentes, y pese a la opinión restrictiva de la doctrina y la jurisprudencia, comparto la regla general siguiente: el retracto debe proceder en toda enajenación onerosa cuya contraprestación no sea infungible o personalísima (117); o dicho de otra forma, siempre que el retrayente pueda proporcionar al enajenante la misma prestación que el retraído (118). Los supuestos que habilitan el ejercicio del retracto no son base suficiente para identificar dación

(114) Puede verse en el precepto un argumento a propósito de la vieja polémica sobre el carácter traslativo o declarativo de la división de la cosa común.

(115) Cfr. FUENTES LOJO, *Nueva Suma de arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1994, p. 562.

(116) *Ibidem*, p. 528.

(117) GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, XIX, pp. 641 y ss.

(118) BLASCO, en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coord. por LÓPEZ, A. y MONTES, V., Valencia, 1994, p. 623.

en pago y compraventa. En razón a las mismas sólo se podrá concluir que frente a terceros la dación en pago implica una enajenación a título oneroso.

La regla general formulada tiene una importante excepción en la LAR. El art. 86 LAR otorga al arrendatario el derecho de tanteo y retracto en cualquier caso de enajenación (onerosa o gratuita) de la finca rústica arrendada (119). Expresamente el art. 89 establece que en la donación, aportación a Sociedad, permuta o adjudicación en pago (o cualesquiera otras distintas de la compraventa) de la finca arrendada podrá el arrendatario ejercitar su derecho de adquisición preferente. Esta formulación amplia (enajenaciones intervivos, onerosas o gratuitas) de los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente se justifica por la finalidad perseguida por la ley de facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad (120). Precisamente por ello sólo se conceden tales derechos a quienes tengan la consideración de profesionales de la agricultura (art. 93). Y la misma finalidad justifica que no proceda el tanteo, retracto o adquisición preferente cuando sean transmisiones a título gratuito en favor de descendientes, ascendientes o cónyuge o cuando la permuta se efectúa para agregar una de las fincas permutadas a otra cualquiera de los permutantes, siempre que sean inferiores a una determinada extensión (art. 92).

V. LA DISTRIBUCION DE RIESGOS EN LA DACION EN PAGO

Una vez analizadas las principales referencias normativas que se hacen en nuestro ordenamiento a la dación en pago, conviene examinar el régimen jurídico del convenio. Una buena piedra de toque para observar los efectos del pacto de dación en pago es indagar la incidencia que la imposibilidad sobrevenida de la prestación originaria o el *aliud* tiene sobre la relación obligatoria.

Estamos planteando el problema de los riesgos en la obligación. Es preciso advertir que el asunto queda circunscrito a la pérdida de la cosa o la imposibilidad física o legal de realizar la prestación (cfr. arts. 1182 y 1184 C.C.) una vez pactada la dación en pago y antes de su ejecución. La imposibilidad sobrevenida puede recaer tanto en la prestación *in obligatione*, como en la convenida en la dación.

(119) El derogado art. 16.1 RAR de 1959, precedente del actual art. 86, ceñía el ejercicio del retracto a las transmisiones a título oneroso.

(120) Sobre el particular pueden consultarse MARTÍNEZ VALENCIA, *Comentario de la Ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1991, pp. 420 y ss.; COBACHO GÓMEZ, *Estudios sobre la Ley de arrendamientos rústicos*, Murcia, 1982, pp. 170 y ss.

Si se defiende la perfección *ex re* del negocio de dación en pago la solución es simple. No varía respecto a cualquier otra obligación: régimen general establecido en los arts. 1182 y ss. El nuevo acuerdo de dación en pago no introduce modificación alguna en la obligación principal. Esta permanece invariable hasta el momento de ejecución de la prestación convenida en pago (121), que marca el momento constitutivo del contrato de dación. La imposibilidad sobrevenida de la prestación, que únicamente puede recaer sobre el objeto de la obligación principal, determinará la extinción de la obligación, salvo que la pérdida sea imputable al deudor o éste estuviera en mora (cfr. art. 1182 C.C.). El deudor quedará liberado de la obligación y consiguientemente no tendrá ningún efecto el así denominado precontrato (122) de dación en pago. El riesgo de la pérdida recae íntegramente sobre el acreedor, al margen del ejercicio por parte de éste de la facultad resolutoria cuando la obligación tuviera su origen en un contrato bilateral.

Ninguna incidencia tendrá, en cambio, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación convenida en pago. La obligación principal subsiste. Obsérvese, además, que el acreedor no queda obligado a la aceptación del *aliud* por el mero acuerdo o precontrato de dación, dado que se perfecciona por su ejecución. La coincidencia entre el momento de la perfección y la ejecución (satisfacción del acreedor, extinción de la obligación) elimina todo riesgo de pérdida sobrevenida para el acreedor. Habrá de soportar este riesgo exclusivamente el deudor. El acreedor podrá exigir y el deudor estará obligado a entregar o hacer (al igual que hasta el momento de la ejecución del *aliud*) la prestación originariamente pactada.

La perfección *ex re* conduce a una solución simple y equitativa de la distribución de los riesgos entre acreedor y deudor. Sin embargo, no se ve razón alguna, como más adelante argumentaremos, para que la dación en pago no siga el principio consensualista que preside nuestro ordenamiento (cfr. arts. 1258, 1278 CC.). Ni existen tampoco razones de política jurídica que obliguen a entender perfeccionada la dación por la ejecución de la prestación convenida para proteger con mayor solidez el interés del acreedor.

Desde luego no se encuentra una respuesta satisfactoria al problema de los riesgos si se concibe el acuerdo de dación como una novación (propia o modificativa) de la obligación. Es más, desde este prisma se aprecia con mayor claridad el distinto régimen de efectos entre la modificación de la obligación y la dación en pago. Si efectiva-

(121) BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 135-136.

(122) Para los defensores de la perfección *ex re*, el previo acuerdo constituye un precontrato o contrato preliminar de dación en pago. Entre otros, RODOTA, voz «Dazione in pagamento (dir. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962, p. 738; LEOTY, «Nature juridique», p. 35; ISSA-SAYECH, *Juris Classeur Civil*, p. 10.

mente la dación consistiera en una novación (extintiva o meramente modificativa) sólo tendría incidencia la imposibilidad sobrevenida de la prestación pactada *ex novo*. La pérdida sobrevenida por caso fortuito del nuevo objeto de la obligación implica la extinción de la obligación, modificada por el contrato de dación. El riesgo de la imposibilidad sobrevenida de la prestación ha de soportarlo el acreedor. Pero es muy distinto el convenio por el cual acreedor y deudor modifican el objeto de la obligación, a aquel otro en el que pretenden facilitar su cumplimiento a través de la ejecución de una prestación distinta a la prevista. En este último caso, ni se extingue, ni se varía el objeto de la obligación, se añade simplemente un nuevo modo extintivo que únicamente tendrá eficacia liberatoria para el deudor con su ejecución. No hay argumento alguno para entender que el acreedor que acepta en pago una prestación diferente haya de correr, además, con el riesgo de su pérdida sobrevenida. A tal conclusión llevaría la identificación entre dación y modificación de la obligación (123).

La dación en pago es un negocio instrumental y de ejecución de la obligación preexistente. La subsistencia de ésta determina la vigencia y eficacia del contrato de dación. Por tal contrato el acreedor se obliga a aceptar el *aliud* en lugar de la prestación debida y el deudor a ejecutar la prestación convenida en lugar del pago. Como negocio que se perfecciona *merus consensus*, la realización del *aliud* se antepone a la ejecución de la prestación establecida en la obligación principal. Mientras el convenio de dación conserve su eficacia, la ejecución del *aliud* es preferente al pago (124). Desde estas premisas, para analizar la distribución de riesgos conviene examinar por separado según la imposibilidad o pérdida recaiga sobre la prestación originaria o la pactada en pago.

La pérdida o imposibilidad legal o física sobrevenida de la prestación debida, sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, extingue la obligación. La extinción acarrea la ineficacia del contrato de dación. Al ser éste un negocio instrumental destinado ejecutivamente al cumplimiento de la obligación, la extinción de la relación a la cual está vinculado rompe el presupuesto de su vigencia y eficacia. Muy distinta es la solución cuando la imposibilidad sobreviene a la puesta en mora del deudor o a él le es imputable la pérdida. En este caso la obligación subsiste y la prestación debida se transforma en un pago por el equivalente o la indemnización de daños y

(123) El régimen de los riesgos es distinto, aun defendiendo el carácter modificativo del contrato de dación, cuando se condiciona la potestad modificativa o el *ius variandi* del deudor a la ejecución del *aliud*. Se trata de una modificación *ex re*. En este supuesto la distribución de los riesgos es idéntica a la descrita en la perfección real del contrato de dación. Así, entre otros, GHOZI, *La modification*, pp. 85-113.

(124) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 792-793.

perjuicios (125). No obstante, siendo preferente la ejecución del *aliud*, el acreedor sólo estará legitimado para reclamar lo convenido en pago y el deudor sólo podrá liberarse mediante la realización de esta prestación. Incumplido el convenio de dación por el deudor el acreedor podrá resolver (126) y exigir el crédito originario, ahora transformado en un pago por el equivalente. Siendo, además, imputable al deudor el incumplimiento de la dación, el acreedor tendrá acción para resarcirse de los daños ocasionados por la inejecución de lo convenido en pago.

Diametralmente opuesta es la distribución de los riesgos cuando la imposibilidad recae sobre la prestación pactada en la dación. La pérdida por caso fortuito exonera de su obligación de entrega al deudor. Pero, tal circunstancia no tiene ninguna repercusión sobre la obligación principal. El acreedor podrá exigir el crédito originario. A tal conclusión se llega considerando que la extinción de la obligación principal sólo se produce mediante la efectiva ejecución del *aliud*, ahora imposible por la pérdida sobrevenida. Siempre conservará el acreedor la acción para reclamar la prestación de la obligación principal. Idéntico resultado se obtiene, lo que considero técnicamente más correcto y ajustado a la caracterización de la dación como contrato bilateral, por el ejercicio de la facultad resolutoria por el acreedor. La imposibilidad sobrevenida («hecho obstativo que de forma absoluta, definitiva e irreformable impide el cumplimiento») sirve como presupuesto para la resolución. El ejercicio de la acción deja sin efectos el contrato de dación y conlleva el restablecimiento de la prestación originaria como medio extintivo de la obligación.

Observando esta distribución del riesgo aparece evidente la falacia de asimilar la dación en pago a la compraventa. La aplicación de los riesgos de la compraventa a la dación (127) conduciría justamente a la solución contraria. Como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia (128), la dación es una compraventa donde el crédito del acreedor cumple la función del precio, la pérdida sobrevenida del *aliud* recaería íntegramente sobre el patrimonio del acreedor/comprador

(125) Sobre la perpetuación de la obligación y la problemática entre pago por equivalente o indemnización de daños y perjuicios puede consultarse, con carácter general, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 680 y ss.

(126) La facultad de resolver se admite sin objeción con carácter general. Para Alemania ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, II-1.º (trad. y notas de Pérez González y Alguer), Barcelona, 1954, p. 320; para Italia, ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 259 y ss.; para España, FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», p. 794.

(127) Mantiene la aplicación del régimen de los riesgos de la compraventa a la dación en pago RIVERO, *Elementos*, II-1.º, p. 219.

(128) Entre otras, las más recientes SS. TS. de 28 de junio de 1993, 19 de octubre de 1992, 29 de abril de 1991, 15 de diciembre de 1989 y 23 de septiembre de 1988.

(cfr. art. 1452 C.C.) (129). De mantenerse el principio tradicional y mayoritario en nuestra doctrina de *periculum est emptoris*, el acreedor/comprador se vería obligado a pagar el precio (extinción de la obligación principal, no reclamación de la prestación inicial) y el deudor quedaría exonerado de su obligación. Ni la causa (ejecución de una obligación preexistente), ni la finalidad (solutoria) perseguida por la dación justifican una solución similar. Los efectos a los que conduce la teoría de los riesgos de la compraventa en la dación en pago rechazan toda asimilación entre uno y otro negocio.

Si la pérdida del *aliud* es imputable al deudor igualmente éste permanecerá obligado. Ahora bien, *ab initio* el acreedor sólo tendrá acción para reclamar el pago por equivalente de la prestación convenida en la dación. Otra cosa es que, como en el caso anterior, resuelva el contrato de dación y retorne a la prestación inicial. En ambos casos, cumplimiento por el equivalente o resolución, tendrá derecho a la indemnización de daños causados por el incumplimiento del deudor.

Por fin, cabe plantear una última hipótesis que, aunque de escasa relevancia práctica, tiene importancia para analizar los efectos de la dación. Se trata del supuesto en que la pérdida del *aliud* sea imputable al propio acreedor. Dos me parecen las respuestas posibles al caso. La primera es entender que el deudor podrá reclamar al acreedor la indemnización de daños y perjuicios sufridos en su patrimonio por la destrucción culpable, pero en todo caso el acreedor conservará la acción para exigir la prestación inicial. La segunda es ésta: tanto la obligación inicial como la procedente del contrato de dación quedan extinguidas, con la correlativa liberación del deudor. Considero preferible esta última solución. La pérdida de toda acción para el acreedor debe ser el efecto singular del principio general de nuestro ordenamiento privado de *venire contra proprium factum* (130), recogido, entre otros preceptos, en los arts. 1170, 1308, 1314 y 1488 C.C. La primera de las soluciones conduce a una identificación entre dación en pago y obligación facultativa (131). Y es bueno recordar que en la dación en pago, lejos de la idea de *facultas solutionis*, el deudor sólo puede cumplir (ínterin subsista el convenio de dación) a través de la ejecución de la prestación convenida en pago. Circunstancia que se impone también como exigencia para el acreedor: aceptar el *aliud* en

(129) Sobre el problema de los riesgos en la compraventa y las diferentes posturas ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.

(130) Sobre tal principio en nuestro ordenamiento y su relación con el art. 1170 C.C. ver PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993, pp. 226-227.

(131) Sobre el régimen general de la imposibilidad sobrevenida cuando recae sobre la prestación facultativa véase: RUIZ-RICO, «Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», *RDP*, 1988, pp. 114 y ss.; VATTIER, «Contribución», pp. 659-660; MARTÍNEZ-PEREDA, «Las obligaciones facultativas», pp. 492-497.

pago de la obligación inicial. A este respecto, no podrá exigir el acreedor el crédito originario cuando por su culpa no pueda restablecerse la prestación convenida en pago (132).

VI. LOS MEDIOS DE TUTELA DEL ACREEDOR. PERDIDA DE LA COSA POR EVICCIÓN Y OTROS SUPUESTOS DE INEFICACIA DEL NEGOCIO

El problema de la defensa del acreedor se ha centrado en la pérdida de la cosa dada en pago por evicción. Tal ámbito problemático viene prefigurado por el supuesto de hecho básicamente contemplado de *datio in solutum*. Como ya advertimos, el modelo que se toma por referencia es la transmisión de la propiedad de una cosa en pago de un crédito dinerario (*res pro pecunia*) o de otra prestación de dar (*res pro re*). El supuesto de hecho de referencia juega como prejuicio a la hora de analizar los medios de defensa del acreedor. De un lado, se restringen las soluciones al supuesto de evicción, desconociendo otros casos de ineficacia sobrevinida de la *datio*; de otro, las respuestas tradicionales sólo pueden ser satisfactorias cuando la nueva prestación consiste en un *dare* y no cuando recae en un *facere* o *non facere*. Es necesario alejarse de tales premisas históricas para observar en toda su amplitud el conjunto de problemas y las diversas hipótesis que se plantean en la defensa del interés del acreedor que acepta la dación en pago.

También creo necesario abordar la cuestión sin un excesivo conceptualismo. Ya en Roma el origen de la polémica descansaba en un problema de conceptos. Mientras unos reconocían que la *datio in solutum* operaba *ipso iure* (sabinianos), otros mantenían que sólo tenía eficacia *ope exceptionis*, atribuyendo al deudor una *exceptio doli mali* (proculeyanos) (133). Y posiblemente a este planteamiento inicial sea debida la discrepancia respecto a la acción de que goza el acreedor en caso de evicción: la acción derivante del crédito originario (Marciano, Paulo) o la *actio utilis ex empto* (Ulpiano) (134). Aunque parece ser lo más razonable entender que en la época clásica el acreedor sólo disponía de la acción procedente del crédito originario (135). Entre otras razones,

(132) En este sentido coincidirían las soluciones dadas en los casos de cesión *pro soluto* y *pro solvendo*. Con una diferencia importante. Mientras que en la cesión *pro solvendo* la pérdida o perjuicio imputable al acreedor libera al deudor en la medida del perjuicio sufrido, en el caso de cesión *pro soluto*/dación en pago la liberación ha de ser total, ya que es indiferente el valor del bien cedido en pago (S. TS. de 5 de octubre de 1987). Sobre el supuesto en caso de cesión *pro solvendo* puede verse PANTALEÓN, «Cesión», pp. 213-217.

(133) MICCIO, *I diritti di credito*, I, p. 143.

(134) Cfr. LONGO, «Datio in solutum», p. 173.

(135) Así, ASTUTI, «Dazione in pagamento (storia)», p. 730; DI MAJO, *Adempimento*, p. 338.

porque en esta época se distinguía perfectamente entre dación y compraventa con compensación final, no asimilándose ambas figuras. La equiparación de la dación a la compraventa era característica de la tradición helenística y por aquí penetró en el Derecho justinianeo (136). Se identifica la *datio* con un negocio obligatorio con el cual la vieja obligación es novada y sustituida por la obligación de vender y respectivamente comprar por un precio igual a la cuantía de la obligación originaria. Sin embargo, los compiladores bizantinos no olvidan la formulación inicial y configuran la defensa del acreedor dejando a su elección acudir al crédito originario o ejercitar la *actio utilis ex empto* (137).

Curiosamente los códigos más recientes que regulan la dación en pago llegan a soluciones similares. En Italia y Portugal el acreedor que padece la evicción o cuando la cosa dada en pago tiene vicios ocultos puede optar entre el ejercicio de las acciones de garantía del comprador (saneamiento por evicción y vicios ocultos) o la reclamación de la prestación originaria más el resarcimiento del daño, según disponen los arts. 1197.II y 838 de los respectivos códigos civiles (138).

Por contra, en aquellos ordenamientos donde la dación en pago es un negocio atípico normalmente las soluciones tradicionales al caso de evicción y/o vicios son muy divergentes. Bien se mantiene que el acreedor *sólo* dispondrá de las acciones de saneamiento, ya que la dación ha extinguido definitivamente el crédito originario (139) o ha implicado la novación de la obligación preexistente (140), bien se

(136) Cfr. ASTUTI, «Dazione in pagamento (storia)», p. 730.

(137) *Ibidem*, pp. 730-731.

(138) Art. 1197.II: «Si la prestación consiste en la transmisión de la propiedad o de otro derecho, el deudor queda obligado al saneamiento por evicción o vicios de la cosa según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño». Art. 838: «El acreedor a quien fue hecha la dación en pago goza de la garantía por los vicios de la cosa o del derecho transmitido, en los términos prescritos para la compraventa; pero puede optar por la prestación primitiva y la reparación de los daños sufridos».

(139) Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 558; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, p. 324; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1991, p. 383; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», p. 1017; LATOUR, «Notas», pp. 637-638; COLIN y CAPITANT, *Curso*, IV, pp. 264-268; BEUDANT, *Cours*, XI, pp. 390-391; LE GUIDEZ, voz «Dation en paiement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (puesta al día en 1993), p. 3. VON THUR, siguiendo el parágrafo 365 BGB («Si es entregada —cedida— una cosa, un crédito contra un tercero u otro derecho en lugar del cumplimiento, el deudor ha de prestar el saneamiento, de la misma forma que un vendedor a causa de un vicio en el derecho o de in vicio de la cosa»), entiende que es la solución preferible —considerar cancelado definitivamente el crédito— para evitar que los fiadores sigan respondiendo en caso de vicios o defectos de la prestación, *Tratado*, II, p. 12.

(140) DE BUEN, notas a COLIN y CAPITANT, V, p. 299; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, pp. 784-785; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, VII (trad. por Díaz Cruz), La Habana, 1945, pp. 587-592; JOSSERAND, *Derecho civil*, II-1.º, pp. 716-719.

atribuye únicamente al acreedor la posibilidad de reclamar la prestación inicial, bajo la consideración de que el pago efectuado fue nulo de pleno derecho al no tener el deudor la libre disposición de la cosa (141) (cfr. art. 1160 C.C.) o entender que el convenio de dación debe ser anulado por estar viciado el consentimiento del acreedor por error o dolo (142). Es cierto, en todo caso, que alguna de la doctrina más reciente no tiene duda en atribuir al acreedor la opción entre el saneamiento y la prestación originaria (143).

Como nos recuerda PUIG BRUTAU (144), para llegar a soluciones adecuadas conviene partir sin apriorismos conceptuales o ficticios planteamientos acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago. La equiparación a la compraventa puede servir en algunos casos, pero en otros conduce a soluciones poco equitativas o razonables. Ha de atenderse esencialmente a la protección del interés del acreedor. Pero, este mismo punto de partida obliga a la búsqueda de soluciones flexibles y eminentemente prácticas.

No me cabe la menor duda de que consistiendo la *datio* en la transmisión de la propiedad de una cosa a título oneroso el acreedor podrá ejercitar las acciones que competen al comprador. Y no tanto por la mayor o menor identificación de la dación con la compraventa, cuanto porque las acciones de saneamiento son aplicables con carácter general a toda transmisión a título oneroso (145). El acreedor que ha perdido la cosa dada en pago por evicción podrá demandar al deudor con los efectos propios previstos en el art. 1478 C.C. Creo importante destacar que la eficacia del ejercicio de la acción, no obstante salvando los distintos contenidos, sería similar a la resolución del contrato sobre el cual recae la dación en pago. Por ejemplo, la doctrina italiana no tiene inconveniente en asimilar la acción de saneamiento por evicción a la resolución del contrato (146). De *lege data* e incidiendo en el sentido indicado, sería conveniente simplificar el sistema particular de acciones por responsabilidad contractual y arbitrar a favor del acreedor un cuadro general de medios de tutela frente al incumplimiento (147). Desde esta perspectiva, me parece aceptable la propuesta realizada de aproximar la acción de saneamiento por evicción a la resolución del contrato.

(141) Así, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento*, pp. 378-379.

(142) Cfr. BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º p. 137.

(143) CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, pp. 172-174; LEOTY, «La nature juridique», pp. 38-39; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur Civil*, XI, p. 11. La misma solución mantenía históricamente POTHIER, *Tratado*, pp. 304-306.

(144) *Fundamentos*, I-2.º, p. 322.

(145) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, XIX, pp. 279 y ss.

(146) Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milán, 1991, pp. 557-560.

(147) Sobre este particular y en el sentido de definir un cuadro simple y general de acciones en favor del acreedor para la tutela de su crédito frente al incumplimiento del deudor, recientemente puede verse PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, IV, pp. 179 y ss.

El ejercicio de la acción de saneamiento por evicción deja sin efectos el contrato originario. No incide, pues, sobre el acuerdo de dación en pago, que conllevaría la exigibilidad de la prestación inicial, sino sobre la preexistente relación obligatoria para cuyo cumplimiento se ha pactado la dación (148). Por tanto, el contenido de la obligación del deudor (cfr. art. 1478 C.C.) viene determinado en referencia a la cosa que se transmite en pago del crédito inicial y que el acreedor pierde por evicción (149). Igualmente, de resultar el deudor de mala fe el resarcimiento de daños ha de valorarse en relación a la nueva prestación.

Tampoco es dudoso que de padecer la cosa dada en pago de vicios o defectos ocultos el acreedor dispondrá de las acciones redhibitoria y *quanti minoris* (cfr. art. 1486 C.C.). El ejercicio de la acción redhibitoria tiene la misma eficacia práctica que la resolución del convenio de dación en pago: restablecimiento del crédito originario. La *quanti minoris*, siguiendo la regla general del Derecho alemán, supondrá el restablecimiento del crédito inicial en proporción o, en el caso de que la obligación se refiera a cosas no fungibles, ha de darse la correspondiente compensación en metálico (150).

Los remedios indicados sólo tienen lugar cuando la prestación en pago consista en un *dare* y la transmisión sea a título oneroso. El carácter oneroso o gratuito de la transmisión ha de observarse en relación a la obligación subyacente (151). La mera circunstancia de que la finalidad de la dación sea *solvendi causa* no prejuzga la onerosidad de la transmisión. La aplicación de tales remedios cuando la obligación del deudor proceda de un contrato gratuito llevaría a resultados injustos (152). Se dejan a salvo

(148) En el mismo sentido que el apuntado ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 253-255.

(149) Cfr. DI MAJO, *Adempimento*, pp. 351-352.

(150) ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado*, II-1.º, p. 321.

(151) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, pp. 321-322; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 433; FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 795-796. Contrariamente RIVERO extiende estos remedios al acreedor aunque el contrato inicial sea gratuito, salvo que la evicción hubiere afectado también al objeto inicial (*Elementos*, II-1.º, pp. 210-220). Con la salvedad apuntada por el autor se consigue el mismo resultado práctico, siempre que siendo el contrato gratuito y padeciendo el acreedor la evicción se permita a éste exigir la prestación originaria. ENNECERUS-LEHMANN extienden la garantía del comprador en todo caso, *Tratado*, II-1.º, p. 320, nota 3. En el Derecho portugués está claro que los medios previstos en el art. 838 del Código sólo son aplicables a la dación procedente de contrato a título oneroso, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, II, p. 181.

(152) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1989, p. 157.

los casos en que, como en la donación onerosa, se imponga al deudor la obligación legal de saneamiento (art. 638, *in fine*).

En todo caso, el acreedor que recibe una prestación viciada (vicio del título o de la cosa) y no pueda acudir a las acciones de saneamiento, dispondrá de la acción de cumplimiento, en la medida en que aún sea posible, o podrá reclamar el resarcimiento del daño (153). En uno y otro caso la acción se dirige con base en la prestación convenida en pago. No se trata sino de ampliar y extender al acreedor los medios de tutela generales frente al incumplimiento del deudor. De otra parte, no se olvide que mientras el convenio de dación en pago se mantenga vigente el cumplimiento del *aliud* (y en consecuencia, la responsabilidad por su incumplimiento) es preferente y se antepone a la prestación inicial. Es la consecuencia de dar plena eficacia obligatoria al negocio de dación en pago.

Alternativamente al ejercicio de las acciones de saneamiento (en su caso, acción de cumplimiento/resarcimiento del daño), el acreedor podrá optar por exigir la prestación inicial. Precisamente porque la dación en pago no implica novación de la obligación, ni modificación objetiva. (Creo, además, que tal medida es presu- puesta por el art. 1849 C.C. El sentido del precepto está en destacar que no obstante el acreedor padezca la evicción y reclame la prestación originaria, el fiador quedará liberado). A tal conclusión se llega bien a través del mecanismo resolutorio del convenio de dación en pago, bien por medio de la teoría de los vicios del consentimiento.

Que ante el incumplimiento del *aliud* o su cumplimiento defectuoso el acreedor puede resolver el contrato de dación es una premisa segura. La dación se configura como un negocio en el cual a cambio de la no exigibilidad por el acreedor de la prestación inicial, el deudor se obliga a ejecutar un *aliud*. Surgen obligaciones para ambas partes (154). Y existe incumplimiento negocial, tanto cuando el deudor no ejecuta la prestación convenida, como cuando ésta padece vicios o la ejecución no implica la transmisión de la propiedad de la cosa por carecer el deudor del poder de disposición sobre la misma (art. 1160 C.C.). El acreedor podrá resolver no sólo cuando pierda la cosa por evicción, sino en general cuando no llegue a adquirir la propiedad por no tener poder dispositivo el deudor. Lo mismo sucederá cuando no implicando el *dare* la transmisión de la propiedad, el acreedor pierda la posesión de la cosa antes del tiempo pactado por la acción ejercitada por un tercero (155).

(153) ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 254-255.

(154) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 792-793.

(155) Bastaría decir, como señala DI MAJO (*Adempimento*, p. 352), que siendo la *datio in solutum* un contrato *sui generis* cuando el fin perseguido no se realiza revive la obligación originaria.

En cualquier caso, si el incumplimiento es imputable al deudor irá acompañada la acción resolutoria del resarcimiento de daños. El daño comprenderá esencialmente los perjuicios sufridos por el acreedor al no poder disponer de la prestación originaria al vencimiento inicialmente convenido (156).

La acción para reclamar la prestación originaria también se deduce de considerar que la dación puede quedar anulada por error o dolo. No hay duda que como negocio jurídico al convenio de dación en pago le son aplicables los vicios del consentimiento. El vicio oculto de la cosa o el carácter ajeno pueden estimarse como vicios invalidantes del consentimiento prestado por el acreedor (157).

La opción consagrada en favor del acreedor entre las acciones de saneamiento o la reclamación de la prestación originaria viene avalada por una consideración de política jurídica (158). Normalmente convendrá más al acreedor el ejercicio de las acciones de que dispone el comprador, por su mayor contenido indemnizatorio (cfr. art. 1478 C.C.). Ahora bien, a quien facilita el pago no se le debe hacer responsable del riesgo de una hipotética depreciación del valor de la cosa entregada en pago. En su caso, el acreedor siempre podrá optar por la reclamación de la prestación originaria para evitar los perjuicios de la devaluación.

Los medios de tutela del acreedor hasta aquí descritos tienen efecto en la medida en que lo convenido en pago sea una prestación de dar ¿Son aplicables estos remedios cuando la *datio in solutum* consiste en un *facere*? Evidentemente, la acción de saneamiento por evicción y vicios ocultos está excluida, ya que queda circunscrita a los supuestos de dar que impliquen una transmisión onerosa. Sin embargo, nada obsta a que el acreedor pueda servirse de las acciones generales para la protección del crédito frente al incumplimiento del deudor. Podrá tanto demandar el cumplimiento de la prestación en pago, como la prestación originaria. En ambos casos, acumulará a su acción el resarcimiento de daños, siempre que el incumplimiento sea imputable al deudor.

La demanda de la prestación originaria lleva implícita la restitución por parte del acreedor de aquello que ha percibido. Al quedar sin efecto el convenio de dación en pago, al crédito restitutorio a favor del deudor habrán de aplicársele análogicamente las reglas del cobro de lo indebido (cfr. arts. 1895 y ss. C.C.). Estas normas siempre estiman como hipótesis de base la restitución de una cosa. El problema es, tratándose de una prestación de hacer, cómo valorar el *quantum* de la restitución. Las respuestas posibles son dos: tomar como criterio de referencia el

(156) ZACCARIA, *La prestazione*, p. 261.

(157) Esta es la posición admitida por BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 137-138.

(158) Circunstancia apuntada ya por BEUDANT, *Cours*, XI, p. 391, nota 3.

valor del correspondiente eventualmente pactado o aplicar el valor de mercado de la prestación realizada. Este segundo criterio tiene inconvenientes. Si el acreedor estuviera obligado a devolver el valor de mercado de la prestación realizada, podría resultar un enriquecimiento injustificado para el deudor: caso de que dicho valor fuera notoriamente superior al correspondiente. El deudor (*solvens*) incrementaría su patrimonio con un valor superior al que espera conseguir sobre la base del contrato de dación. Por eso estimo preferible para delimitar el *quantum* de la restitución adoptar como criterio el valor del correspondiente eventualmente pactado, con las siguientes correcciones: a) el acreedor ha de devolver el valor del correspondiente cuando éste es inferior al valor de mercado de la prestación, b) en caso contrario, sólo estará obligado a restituir el valor de mercado de la prestación ejecutada en pago por el deudor (159).

Por fin, la dación en pago, como cualquier otro negocio, puede quedar afectada por alguna de las causas que implican la ineficacia contractual (rescisión (160), revocación, nulidad, acciones impugnatorias de la quiebra, retroacción). En todos estos casos, dejada sin efectos la dación, el acreedor podrá reclamar del deudor la prestación originaria. No se trata propiamente de un restablecimiento o reviviscencia de la prestación inicial (ya que, nunca desapareció), sino que, decaída la eficacia obligatoria del convenio, de nuevo deviene exigible. Otra cosa son las consecuencias que la exigibilidad de la prestación originaria tiene para los terceros constituyentes de garantía. De este asunto ya nos hemos ocupado en un apartado anterior.

VII. CONCLUSION: LA CONFIGURACION JURIDICA DE LA DACION EN PAGO

7.1. Los rasgos característicos del negocio

El apoyo normativo para la admisión de la dación en pago se encuentra en el art. 1166 C.C. (161), que recoge el tradicional aforismo

(159) ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 271-273.

(160) Es insostenible mantener que no procede la rescisión porque el efecto extintivo de la dación es independiente del valor que tenga la cosa dada en pago (así, SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 433). Ha de admitirse la rescisión por fraude siempre que exista una desproporción entre el valor de la deuda y la prestación ejecutada en pago, que conlleve la insolvencia del deudor (por todos, LE GUIDEZ, «Dation en paiement», p. 2). Otra cosa es si la rescisión ha de afectar a la entera prestación ejecutada en pago (RODOTA, «Dazione in pagamento (dir. civ.)», p. 739) o únicamente al excedente del valor de la cosa dada *in solutum* respecto a la obligación originaria (GRASSETTI, voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957, p. 175). Se inclina por la primera solución DI MAJO, *Adempimento*, p. 355.

(161) Recientemente se ha defendido una posición distinta al entender que el apoyo

romano *aliud pro alio invito creditori non potest*. La norma permite a contrario que acreedor y deudor puedan pactar en pago de la obligación la ejecución de una prestación distinta a la prevista. La dación será siempre un acto de naturaleza negocial (162). El cambio de la prestación en función de cumplimiento exige la concurrencia de voluntades de acreedor y deudor. La eficacia del acuerdo precisa la capacidad de ambas partes y la ausencia de vicios del consentimiento.

La analogía funcional que guarda la dación con el pago no puede servir de base para negar su carácter negocial (163). Precisamente porque no es pago o cumplimiento del programa previsto en la obligación, exige el consentimiento de ambas partes para que tenga plena eficacia extintiva. Argumento que se añade para rechazar la tesis que apoya en el art. 1166 la naturaleza negocial del pago (164).

El consentimiento del acreedor a la ejecución de una prestación distinta no puede entenderse como un mero requisito de eficacia para que el *aliud* provoque la extinción de la obligación (165). La no oposición del acreedor al *aliud* es un comportamiento consciente y voluntario, que implica su consentimiento en la formación, y no en la mera eficacia, de la relación negocial de la *datio in solutum*. Si la dación se justifica por la valoración de los intereses del acreedor y el deudor, es necesaria la concurrencia de ambas voluntades (bilateralidad) para la formación y constitución del negocio. Este carácter negocial de la dación la distingue perfectamente de la obligación facultativa. En la dación el cambio de la prestación exige un acuerdo previo; en la obligación facultativa, la ejecución *solvendi causa* de una prestación distinta a la prevista queda a voluntad de una de las partes (166).

normativo descansa en el pacto en contrario que autoriza el art. 1175 C.C. (SASTRE PAPIOL, *La dación en pago*, Barcelona, 1990, pp. 53 y ss. y 63 y ss.). Me parece una interpretación excesivamente forzada de la norma, que sólo hace referencia a la cesión de bienes. El pacto en contrario, como unánimemente se acepta, implica la compatibilidad entre cesión de bienes y renuncia a la parte del crédito no satisfecha.

(162) El carácter negocial se acepta sin ningún problema. Para Italia: PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA-BRANCA, Bolonia-Roma, 1975, pp. 90-96; RODOTA, «Dazione in pagamento», p. 737, para Francia: LEOTY, «La nature juridique», pp. 17 y ss.; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur Civil*, pp. 7 y ss.; para Alemania, ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado*, II-1.º, p. 320; para España: HERNÁNDEZ GIL, «Comentario», pp. 235-236; COSSIO, *Instituciones*, p. 383; RIVERO, *Elementos*, II-1.º, pp. 217-218.

(163) CANTILLO, *Le obbligazioni*, *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, W. Bigiavi, Turín, 1992, p. 394.

(164) Cfr. BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, p. 127.

(165) En tal sentido extensamente BISCONTINI, «Adempimento parziale e *datio in solutum*», *Rassegna di Diritto civile*, 1984, pp. 613 y ss.

(166) Así, expresamente LEOTY, «La nature juridique», pp. 17-18.

Como negocio bilateral de carácter patrimonial creo que también ha de aceptarse la calificación de la dación como contrato. Con mayor rigor, es un contrato extintivo. Que la finalidad de la dación sea la extinción de una obligación subyacente no obsta a calificarla como contrato. Algún autor ha pretendido ver en el art. 1254 C.C. un obstáculo a tal calificación: «... no cabe dicha calificación cuando se pretende someterla rígidamente a los principios ordenadores del contrato en nuestro ordenamiento: negocio bilateral de carácter patrimonial que sea fuente de obligaciones (167)». De ahí que no creando la dación en pago una nueva obligación (sino todo lo contrario) se rechace su carácter contractual. Al margen de carecer el art. 1254 C.C. de valor normativo (168), ha de destacarse que es hoy opinión prácticamente unánime en la doctrina que la expresión del precepto «consienten en obligarse» no ha de entenderse unilateralmente en el sentido de crear una relación obligatoria (169). Consentir en obligarse ha de traducirse por quedar vinculadas las partes por lo pactado en el contrato, sea lo establecido en la obligación la creación de una obligación o bien la modificación o extinción de una preexistente. El art. 1254 C.C. no establece un criterio restrictivo del concepto de contrato, invalidando como tales a todos aquellos negocios bilaterales que no sean fuente de obligaciones. No existe, por tanto, dificultad para acoger en nuestro ordenamiento la definición mucho más precisa de contrato que suministra el art. 1321 *Codice*: «El contrato es un acuerdo entre dos o más partes para crear, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial». Ha de tenerse en cuenta, además, que dentro de tal noción entra plenamente el acuerdo de acreedor y deudor por el que, para extinguir una previa obligación, pactan una prestación distinta a la prevista. Por tal pacto las partes quedan obligadas a ejecutar y aceptar un *aliud* en pago de una obligación preexistente.

Muy relacionado con lo anterior está la discusión acerca del carácter real o consensual de la dación en pago (170). Claro que admitida la naturaleza contractual de la dación en pago muy importantes

(167) BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, p. 134. En sentido dubitativo, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento*, pp. 372-373.

(168) CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, p. 169.

(169) Ver, por todos, ATAZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaldejo y Díaz Alabart, XVII-1.º A, Madrid, 1993, pp. 56 y ss.

(170) El carácter real de la dación en pago es la tesis dominante en Francia: LE GUIDE, «Dation en paiement», p. 3; MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Les sûretés*, p. 421; LEOTY, «La nature juridique», p. 35; GHOZI, *La modification*, pp. 89-90, 106-107; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur Civil*, p. 10. En Italia ha sido la tesis tradicional (RODOTA, «Dazione in pagamento», p. 737; GRASSETI, «Datio in solutum», p. 174), pero en la actualidad ha triunfado la perfección meramente consensual (ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 10 y ss.; CARRESSI, *Il contratto*, II, pp. 890-895; PERLINGERI, *Dei modi*, pp. 91-92).

argumentos hay que tener para considerar que su perfección es una excepción al principio de libertad de forma de nuestro ordenamiento (cfr. arts. 1258 y 1278 C.C.). Es cierto que la formación *ex re* explica con relativa sencillez los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, distribuye adecuadamente los riesgos y da cumplida cuenta del momento de extinción de la fianza según el art. 1849 C.C. Sin embargo, como ya hemos analizado en este estudio, estos problemas también reciben una respuesta adecuada considerando al contrato meramente consensual, tampoco en este caso disminuye la protección del acreedor.

Varias razones han fundamentado que la doctrina considerara tradicionalmente que la dación en pago sólo se perfeccionará con la ejecución de la prestación. Hay una de carácter general (171): la dación en pago tiene lugar en el momento ejecutivo de la obligación, de modo que en la práctica perfección y ejecución se realizan en un breve espacio de tiempo. Y en particular, se apunta que al ser la dación un medio liquidatorio del crédito no puede entenderse perfeccionada sino cuando se consigue el fin para el cual ha sido prevista (172). El carácter real viene exigido porque la *datio in solutum* como modalidad de pago sólo tendrá efectos liberatorios para el deudor cuando efectivamente se ejecute (173).

Los argumentos se repiten, aunque de otra forma y ajustándolos a nuestro Derecho, por BERCOVITZ (174), claro exponente de la perfección *ex re* del contrato. Dice el autor que tal formación del contrato es lo que mejor se ajusta al art. 1166 C.C. y a la voluntad de las partes. «El artículo 1166 apunta claramente al momento del pago ... y parece lógico entender que el acreedor acepta el cambio porque éste permite, y ya, la satisfacción de su interés» (175).

Ninguno de los argumentos me parecen concluyentes. Si el art. 1166 apunta al momento del pago es porque la norma recoge el principio de identidad del pago. Sin embargo, la *datio in solutum* desplaza al pago; no se cumple el programa establecido en la obligación. Por la dación, acreedor y deudor acuerdan una forma liquidatoria del crédito distinta de la prevista. El cambio exige el mutuo consentimiento. Y no

(171) En este sentido, CARRESSI, *Il contratto*, II, p. 893.

(172) Así, entre otros, LEOTY, «La nature juridique», pp. 35-36.

(173) MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, II, Milán, 1947, p. 342; BARBERO, *Sistema del derecho privado*, III (trad por S. Sentís Melendo). Bs. As., 1967, pp. 44-45; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 428.

(174) *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 134-135.

(175) La perfección *ex re* es defendida entre nosotros por ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1.º, pp. 154-155; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, p. 323; CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, pp. 169-170; LATOUR, «Notas», p. 636; GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», p. 914; GIL RODRÍGUEZ, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», p. 242.

hay razón para considerar que desde que las partes prestan el consentimiento no hayan de estar obligadas a liquidar la obligación de la nueva forma pactada. Otra cosa es que el efecto extintivo quede relegado a la efectiva ejecución de la nueva prestación convenida. Que el acreedor quede obligado a aceptar en pago una prestación distinta no quiere decir que desde ese mismo momento quede extinguida la obligación (lo que implicaría no una dación en pago, sino una novación). La satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor sólo tendrá lugar por la realización de lo convenido en pago, subsistiendo hasta entonces, sin novación, ni modificación, íntegramente la obligación (el crédito y todos sus accesorios) respecto a la cual se facilita su cumplimiento al deudor.

Creo, además, que la formación *ex re* del contrato confunde los momentos de perfección y ejecución (176). Independientemente del carácter residual de la categoría de los contratos reales, ha de observarse que en éstos la entrega de la cosas es eficaz para la formación del contrato y la creación de la obligación (177). Sin embargo, en la *datio in solutum* la ejecución del *aliud* implica la extinción de la obligación. La *traditio* en los contratos reales es requisito de perfeccionamiento, mientras que en la dación es ejecución de una obligación. Además, ha de recordarse que en la dación la prestación puede ser tanto un *dare*, como un *facere* o *non facere*. Es el cumplimiento de la nueva prestación lo que determina la extinción de la obligación y no la voluntad de las partes de considerar extinguida la obligación con la ejecución del *aliud*.

Admitir el carácter consensual del contrato no implica, como habitualmente se suele objetar (178), identificar la dación en pago con la novación o la modificación objetiva de la obligación. Son claras las diferencias si se atiende a la finalidad perseguida por los distintos negocios. Pero es que, además, el convenio de dación no altera la obligación subsistente. Su vigencia se subordina a la eficacia de la relación obligatoria, como un medio satisfactorio del interés del acreedor distinto al cumplimiento. El negocio de dación no pasa de ser un acuerdo instrumental y ejecutivo de la obligación preexistente.

(176) Según importante doctrina los términos de la confusión se remontan a una mala interpretación de POTHIER (*Tratado*, pp. 303-306). El autor cuando se refiere a la entrega de la cosa como necesaria para la dación en pago, no lo hace en relación a que el contrato se perfeccione, sino para que pudiera darse la transmisión de la propiedad. Así, ZACCARIA, *La prestazione*, p. 61-62; BRECCIA, *Le obbligazioni*, p. 557.

(177) Sobre el particular, BISCONTINI, «Adempimento parziale», pp. 626-628.

(178) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1.º, p. 155; CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, pp. 166 y ss.; BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 133 y ss.

De otro lado, la perfección *merus consensus* ha sido reconocida implícitamente por la jurisprudencia. El TS no ha tenido inconveniente en repetidas ocasiones en estimar la demanda presentada por el acreedor de cumplimiento del acuerdo de dación en pago y consiguientemente condenar al deudor a ejecutar el *aliud* (179). El presupuesto para la estimación de la demanda no puede ser otro sino el reconocimiento de la eficacia obligatoria del negocio desde el momento de la prestación del consentimiento de las partes. Tampoco el hecho de que el contrato habitualmente sea manual (perfección y ejecución se celebran en el mismo instante) puede contradecir su naturaleza consensual (180).

Comparto en líneas generales la construcción de la dación en pago trazada por FERNÁNDEZ NOVOA (181) como contrato atípico y bilateral. Es preciso distinguir la formación del contrato de su ejecución. La perfección del contrato ni altera, ni modifica la obligación, se añade a ella como una nueva fórmula solutoria de la obligación (182). Por el carácter vinculante que tiene el acuerdo, la ejecución de la prestación *in solutum* es preferente a la prestación originaria como medio extintivo de la obligación. Pero, por ser un mero contrato de ejecución, su vigencia y eficacia está subordinada al mantenimiento del contrato base. Por el acuerdo de dación en pago deudor y acreedor quedan respectivamente obligados a ejecutar y aceptar en pago el *aliud* convenido. Ahora bien, sólo la ejecución de lo convenido en pago conlleva la extinción de la obligación. La ejecución del *aliud* implica cumplimiento del contrato de dación y extinción de la obligación subyacente.

7.2. Causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio de dación en pago

Por fin, para una mayor precisión sobre la configuración jurídica y el régimen de efectos de la dación en pago creo conveniente analizar el problema de la causa del contrato. Resulta esclarecedora a este propósito la tripartición que realiza DIEZ-PICAZO (183) entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa del contrato. En las líneas que siguen me atengo al pensamiento de este autor.

(179) Entre otras, SS. TS. de 22 de octubre de 1914, 7 de enero de 1944, 26 de octubre de 1970, 25 de mayo de 1971; Resolución DGRN de 13 de mayo de 1936.

(180) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 790-791.

(181) «Naturaleza jurídica», p. 784 y ss.; aceptan también esta construcción: DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 555-558; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», pp. 1012 y ss.; recientemente ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, II, pp. 176-182.

(182) Como contrato autónomo dirigido al cumplimiento de una obligación, sin que pueda identificarse con la novación o la modificación, DI MAJO, *Adempimento*, pp. 342 y 347.

(183) *Fundamentos*, I, pp. 232-236.

Por causa de la atribución ha de entenderse la razón por la cual el atributario está facultado para recibir la atribución. El fundamento que autoriza al acreedor a exigir y recibir el *aliud* es el acuerdo alcanzado con el deudor en vistas a facilitar el cumplimiento de la obligación. La causa de la atribución es el propio convenio de dación en pago. En este sentido, se puede admitir con la opinión común de la doctrina, que la atribución en la dación en pago es siempre *solvendi causa*. Precisamente porque el negocio que autoriza tal atribución (ejecución del *aliud*) no tiene otra finalidad sino ejecutar y liquidar una subyacente obligación entre las partes. Ahora bien, la finalidad *solvendi causa* no prejuzga la onerosidad o no de la prestación. El carácter oneroso o gratuito ha de valorarse en referencia a la relación obligatoria básica y dentro del análisis de la causa del contrato.

La causa de la obligación se identifica con la fuente de la obligación. Dice el mencionado autor que «*causa debendi* es el fundamento jurídico de la existencia de una deuda, entendida como deber jurídico de realización de una prestación; es lo que justifica el deber de prestación». La causa de la obligación en la dación en pago (el fundamento por el que resultan obligados deudor y acreedor a ejecutar y aceptar en pago el *aliud*) es el contrato. De ahí, que *prima facie* haya de mantenerse que la ejecución del *aliud* es pago o cumplimiento de la obligación de dar en pago del contrato de dación.

La causa del contrato es la pregunta sobre el por qué se realiza, cuál es su causa eficiente. Habrá de distinguirse entonces entre los negocios que tienen su causa en otros anteriores (negocios ejecutivos) y aquéllos que tienen su causa en sí mismos (negocios iniciales). El análisis de la causa en los negocios de ejecución exige examinar el negocio anterior o subyacente que le sirve de fundamento (184). Además, habrá de averiguarse el sentido y finalidad del nuevo negocio que es ejecución del anterior. La pregunta por la causa en la dación en pago se desdobra en dos interrogantes: a) la finalidad que persigue el propio negocio de dación (*solvendi causa*), y b) sentido y alcance del negocio preexistente y para cuyo cumplimiento las partes convienen la dación.

Esta descripción de la estructura de la causa en la dación en pago permite observar con mayor claridad algunas de las conclusiones que se han ido destacando en el estudio. En primer lugar, dación en pago y obligación preexistente están causalmente enlazadas, de ahí que toda irregularidad de la situación básica haya de repercutir sobre el negocio ejecutivo. Véase desde este punto de vista el problema de la distribución de los riesgos, la nulidad o anulabilidad, la simulación, etc. En segundo lugar, que la *causa solvendi* del contrato de dación en pago no predetermina de forma unívoca los medios de tutela que tiene el acreedor frente al incumplimiento. Las acciones de protección del acreedor

(184) Recientemente, en el mismo sentido propuesto, DI MAJO, *Adempimento*, pp. 347-348.

de su derecho de crédito variarán en atención a cómo se configure su posición en la relación obligatoria subyacente. La onerosidad o gratuidad y, en consecuencia, los remedios de que dispone el acreedor, han de valorarse en relación a la situación jurídica básica o inicial. Por fin, que el pago efectuado por el deudor en cumplimiento del contrato de dación en pago queda sometido a la posible impugnación por los restantes acreedores del deudor común, siempre que se cumplan los requisitos del fraude de acreedores. La existencia del fraude ha de ser apreciada, en todo caso, tomando como referencia el valor de la prestación originaria.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1989.
- ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993.
- ANTUNES VARELA, J.M.: *Das obrigações em geral*, II, Coimbra, 1992.
- ASTUTI, G.: voz «Dazione in pagamento (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962, pp. 727 y ss.
- ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario al artículo 1254», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XVII-1.º A, Madrid, 1993.
- AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit civil français*, III (1869) y IV (IX71), París.
- BARBERO, D.: *Sistema de Derecho privado*, III (trad. por S. Sentís Melendo), Bs. As., 1967.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de Droit civil*, II, París, 1905.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E.: «Comentario a los artículos 1166 y 1175 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 1175 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, dir. por PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1993.
- ID.: «Comentario a la sentencia de 13 de mayo de 1983», *CCJC*, n.º 2, 1983, pp. 601 y ss.
- BEUDANT, CH.: *Cours de Droit civil français*, VIII y XI, París, 1936.
- BISCONTINI, G.: «Adempimento parziale e datio in solutum», *Rassegna di Diritto civile*, 1984, pp. 613 y ss.
- BLASCO GASCÓ, F.: *Derechos reales y Derecho hipotecario registral*, coord. por López, A. y Montés, V., Valencia, 1994.
- BO, G.: Voz «Fideiussione», *Nuovo Digesto italiano*, V, Turín, 1938, pp. 1122 y ss.
- BONET RAMÓN, F.: «Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1944, pp. 147 y ss.
- BRECCIA, U.: *Le obbligazioni*, Milán, 1991.
- CANTILLO, M.: *Le obbligazioni, Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, W. Bigiavi, Turín, 1992.

- CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1991.
- CARRESI, F.: *Il contratto*, II, *Trattato CICU-MESSINEO*, Milán, 1987.
- CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- CICCAGLIONE, F.: Voz «Fideiussione», *Enciclopedia giuridica italiana*, VI-2.º, Milán, 1903.
- COBACHO GÓMEZ, J.A.: *Estudios sobre la Ley de arrendamientos rústicos*, Murcia, 1982.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986.
- DE BUEN, D.: «Notas» a COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, IV (1981) y V (1955), Madrid.
- DELEBECQUE, PH.: voz «Cautionnement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (1991).
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1986.
- DELSOL, J.J.: *Explication élémentaire du Code Civil*, II y III, París, 1885.
- DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon*, XXVII, París, 1881.
- DI MAJO, A.: *Adempimento in generale, Commentario del Codice civile SCIALOJA-BRANCA*, arts. 1177-1200, Bolonia-Roma, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I y II, Madrid, 1993.
- ENNECERUS, L. y LEHMANN, H. *Tratado de Derecho civil*, II-1.º (trad. y not. de Pérez González y Alguer), Barcelona, 1954.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C.R.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *ADC*, 1957, enero-marzo, pp. 753 y ss.
- FÍNEZ, J.M.: «La prórroga como causa de extinción de la fianza», *RJN*, 1993, pp. 71 y ss.
- ID.: «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor», *RCDI*, 1993, pp. 9 y ss.
- FRAGALI, M.: *Delle obbligazioni, Commentario del Codice civile SCIALOJA-BRANCA*, arts. 1936-1959, Bolonia-Roma, 1968.
- FUENTES LOJO, J.V.: *Nueva Suma de arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1994.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario a los artículos 1445 a 1541», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XIX, Madrid, 1991.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III-IV, Madrid, 1852.
- GHOZI, A.: *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, París, 1980.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», *CCJC*, n.º 19, pp. 227 y ss.
- GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones*, VII (trad. por E. Dato), Madrid, 1912.
- GRASSETI, C.: voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios a los artículos 1849 y 1859 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, XXIII, Madrid, 1990.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», *CCJC*, n.º 30, 1992, pp. 905 y ss.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: «Comentario a la jurisprudencia civil», *RGLJ*, 1945, pp. 235 y ss.
- ISSA-SAYEGH, J.: «Contrats et obligations. Extinction des obligations», *Juris Classeur Civil*, XI (puesta al día en 1993), pp. 6 y ss.
- JORDANO BAREA, J.B.: *Los contratos atípicos*, Madrid, 1953.
- JOSSERAND, L.: *Derecho civil*, II-1.º (trad. por Chunchillos y Manterola), Bs. As., 1950.

- LATOUR BROTONS, J.: «Notas sobre la dación en pago», *RDP*, 1953, pp. 625 y ss.
- LE GUIDEC, R: voz «Dation en paiement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (puesta al día en 1993), pp. 1 y ss.
- LEOTY, D.: «La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?», *RTDC*, 1975, pp. 12 y ss.
- LOCRE, M.: *Legislation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, VII, Bruselas, 1836.
- LONGO, E.L.: voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957, pp. 172 y ss.
- MACIOCE, F.: «Commentario all'art. 1197», *Commentario al Codice civile*, IV-1.º, P. Cendon, Turín, 1991.
- MALAUURIE, PH. y AYNES, L.: *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1992.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1973.
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», *RCDI*, 1987, pp. 977 y ss.
- MARTÍNEZ VALENCIA, J.: *Comentario de la Ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: «Las obligaciones facultativas en el Derecho español», *ADC*, 1972, pp. 475 y ss.
- MARTY, G., RAYNAUD, P. y JESTAZ, P.: *Les obligations*, II, París, 1989.
ID.: *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1987.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: «La dación en pago», *RDN*, 1975, pp. 79 y ss.
- MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, II, Milán, 1947.
- MICCIO, R.: *Il diritto di credito*, I, Turín, 1982.
- MIRABELLI, G.: *Contratti speciali, il Diritto civile italiano*, XII-2.º, Nápoles-Turín, 1915.
- MOULY, Ch.: *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Cesión de créditos», *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990.
ID.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, IV, pp. 1719 y ss.
- PASCUAL ESTEVILL, L.: *El pago*, Barcelona, 1986.
ID.: «La dación en pago», *RCDI*, 1986, pp. 1109 y ss.
- PAZ-ARES, C.: «La llamada reinversión de dividendos», *RGD*, oct.-nov., 1992, pp. 10079 y ss.
ID.: *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993.
- PERLINGERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Commentario del Codice civile SCIALOJA-BRANCA*, Bolonia-Roma, 1975.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Traité pratique de Droit civil français*, XI, París, 1954. ID.: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, VII (trad. por Díaz Cruz), La Habana, 1945.
- POTHIER, R.J.: *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841.
ID.: *Traité des obligations*, I, París, 1825.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2.º, Barcelona, 1988.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1985.
- RODOTÀ, E.: Voz «Dazione in pagamento (dir. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962.
- ROGRON: *Code Civil expliqué*, II, París, 1877.

- RUIZ-RICO, RUIZ-MORÓN, J.: «Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», *RDP*, 1988, pp. 114 y ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», *RGD*, mayo, 1993, pp. 4701 y ss.
- SANCHO REBULLIDA, F.: «Comentario al artículo 1204 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991.
- SANTOS BRIZ, J.: «Notas» a HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil*, III, Madrid, 1958.
- SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago*, Barcelona, 1990.
- SCAEVOLA, Q.M.: *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953.
- SECHI, O.: voz «Datio in solutum», *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, Milán, 1911, pp. 172 y ss.
- SERNA MEROÑO, E.: «Comentario a la sentencia de 14 de septiembre de 1987», *CCJC*, n.º 15, 1987, pp. 4993 y ss.
- SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», *RDP*, 1978, pp. 416 y ss.
- SERRANO GARCÍA, L.: «Observaciones acerca de la dación en pago», *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990.
- SIMLER, PH., y DELEBECQUE, PH.: *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1989.
- SIMLER PH.: voz «Cautionnement», *Juris Classeur Civil* (1991).
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Comentario al artículo 1067», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, XIV-2.º, Madrid, 1989.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: «Contribución al estudio de las obligaciones facultativas», *RDP*, 1982, pp. 643 y ss.
- VON THUR, A.: *Tratado de las obligaciones*, II (trad. por W. Rocés), Madrid, 1934.
- ZACCARIA, A.: *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milán, 1987.

La retroacción de la quiebra:
Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y
perspectivas de evolución futura de la interpretación
de la legislación vigente

M.^a ISABEL HUERTA VIESCA
Profesora Titular Emérita Estudios Empresariales
Universidad de Oviedo
Abogada no ejerciente. I.C.A. de Oviedo

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA
Abogado. I.C.A. de Oviedo

SUMARIO: I.— INTRODUCCION. II.— CONCEPTO DE RETROACCION. III.— LA FIJACION DE LA FECHA DE RETROACCION Y SU MODIFICACION. IV.— EL EFECTO DE LA RETROACCION. V.— LA NECESIDAD DE SEGUIR UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL POSTERIOR PARA HACER EFECTIVA LA RETROACCION. VI.— EL PERJUICIO DE LA MASA COMO CRITERIO CORRECTOR DE LA NULIDAD DEL ARTICULO 878.2 C. COM. VII.— LA ADECUACION A LA CONSTITUCION DE LA RETROACCION COMO NUEVO CRITERIO CORRECTOR. VIII.— LA ESPECIAL SITUACION DE LOS ACTOS DE DISPOSICION REALIZADOS POR EL QUEBRADO CON TRASCENDENCIA REGISTRAL. IX.— LA ESPECIAL PROTECCION DE LAS HIPOTECAS SUBSUMIDAS EN LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO.

I. INTRODUCCION

La fuerte crisis económica por la que estamos atravesando en los últimos años, ha llevado consigo un incremento fortísimo del número de procedimientos concursales (fundamentalmente suspensiones de

pagos y quiebras) en España (1), lo que ha traído como consecuencia un lógico incremento del nivel de litigiosidad en tales procedimientos, que ha vuelto a poner de relieve sus deficiencias, esencialmente de la quiebra, mantenida prácticamente sin reformas desde el siglo pasado, pese a los múltiples intentos renovadores habidos, intentos que han quedado apagados desde el último Anteproyecto de Ley Concursal de junio de 1983 (2).

Uno de los aspectos más discutidos de las quiebras y que mayor importancia tiene, a nuestro juicio, es el de la retroacción de la quiebra y sus consecuencias en los actos de administración y dominio del quebrado realizados durante el período de retroacción (3). A las discusiones habidas en la doctrina científica, y a la crítica de la misma a la doctrina jurisprudencial, se ha unido recientemente la existencia de nuevos y recobrados «movimientos» en esta doctrina jurisprudencial, que parecen aventurar un cambio en la tendencia tradicional, si bien tal cambio presenta aún un débil pulso debido a las resoluciones contradictorias del Tribunal Supremo que vienen apareciendo.

A lo largo de este trabajo trataremos de sistematizar un estudio de la retroacción de la quiebra en sus diversos aspectos, sustantivos y procesales, con un recorrido por la doctrina y Jurisprudencia atinentes a la

(1) Así, según datos del Instituto Nacional de Estadística (datos provisionales de octubre de 1993, publicados el 23 de diciembre de 1993) se puede apreciar que en 1988 se declararon en quiebra un total de 80 empresas con un pasivo de 21.537 millones de pesetas; en 1989, 97 empresas con un pasivo de 3.676 millones de pesetas; en 1990, 132 empresas con un pasivo de 23.347 millones de pesetas; en 1991, 352 empresas con un pasivo de 47.929 millones de pesetas; en 1992, 507 empresas con un pasivo de 83.236 millones de pesetas; en 1993, 451 empresas, con un pasivo de 100.989. Se aprecia, pues, cómo hemos asistido entre los años 1990 y 1992 a una progresión casi geométrica del número de empresas declaradas en quiebra y del pasivo de las mismas, con un estancamiento, dentro de niveles preocupantemente altos, en el pasado año 1993. Comienzan a decrecer las quiebras en 1994, con un total de 523 y un pasivo de 64.041 millones de pesetas (Fuente: Instituto Nacional de Estadística).

(2) Un estudio detallado de dicho Anteproyecto, al que nos remitimos en lo que se refiere a la nueva regulación proyectada de la reintegración de la masa de la quiebra, puede verse en José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración de la Masa en los Procedimientos Concursales», «Librería Bosch». Barcelona 1986, pp. 101-170, donde además contiene una completísima síntesis de toda la doctrina española sobre la reforma de nuestro Derecho concursal. Del mismo autor, para establecer una aproximación a la regulación proyectada en el Anteproyecto de Ley Concursal puede consultarse «La Reintegración de la Masa en el Derecho Concursal Italiano», en «Estudios de Derecho Concursal», dirigidos por José M.^a SAGRERA TIZÓN, «Librería Bosch», Barcelona, 1989, pp. 441-517.

(3) «Tiempo inhábil», para Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Actuación de los Principios de Legitimación y de Fe Pública Registral en su Relación con los Actos de Disposición Otorgados por el Futuro Quebrado durante el Período de Retroacción de la Quiebra», «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» n.º 491, julio-agosto 1972, pp. 1299-1300, quien también recoge la más extendida y clásica descripción de dicho período como *proximum tempus decoctionis*. Ya en pruebas el presente trabajo ha aparecido el trabajo de la profesora María MARCOS GONZÁLEZ, «El Período de Retroacción en el Proceso de Quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1995-3, pp. 967 y ss. cuya consulta recomendamos.

misma, para centrarnos fundamentalmente en la incidencia de la quiebra en el tratamiento de los actos de administración y disposición del quebrado en la reciente Jurisprudencia de los últimos diez años, tanto «Mayor» como «Menor».

II. CONCEPTO DE RETROACCION

Tres son los presupuestos normativos de los que se debe arrancar para dar un concepto de retroacción, y los tres están situados en distintos textos legales: el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, el artículo 1.325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el artículo 878 del Código de Comercio de 1885; todos ellos han superado ya el cenenario de su vigencia y han sido fuertemente criticados, sobre todo el artículo 878.2 C.Com. (4).

(4) Como muestra de estas críticas podemos citar a: E. JARDI, «La Nulidad de los Actos y Contratos del Quebrado por Retroacción de los Efectos de la Declaración de Quiebra», «Revista de Derecho Privado» Tomo XXIV, enero-diciembre 1940, p. 173, que dice: «... el mencionado texto del apartado 2 del artículo 878 del Código de Comercio, constituye un residuo fósil en la historia legislativa de la materia, que no tiene, por tanto, justificación ni verdadera razón de ser. La inutilidad radical de tal precepto no sólo explica de un modo suficiente las aludidas vacilaciones de la doctrina y jurisprudencia, sino también las anomalías e injusticias que se derivan en la práctica de su rigurosa aplicación»; dicho autor, tras hacer un completo estudio de la reforma del Derecho Francés de quiebras en el siglo pasado en virtud de la Ley de 28 de mayo de 1838 sobre quiebras y bancarrotas, que mitigó la nulidad radical del Código de Comercio Napoleónico de 1807, en p. 184, defiende que «... es de una necesidad apremiante la reforma de las disposiciones del vigente Código de Comercio, que regulan la retroacción ... singularmente el artículo 878 del mismo cuerpo legal», ¡y eso se decía hace más de CINCUENTA AÑOS!!; Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el Juicio Universal de quiebra», «Revista de Derecho Procesal» Año XI, «Revista de Derecho Procesal» n.º 3, julio-agosto-septiembre 1955, p. 403, habló del «... verdadero problema de la retroacción de la quiebra, planteado con caracteres alarmantes en nuestro Derecho vigente y que requiere una urgente solución por nuestro legislador en los términos que después expresaremos» y finalmente, pp. 410-411, propuso la desaparición de la retroacción absoluta, reduciendo la nulidad a los actos posteriores a la declaración judicial de quiebra y la sustitución de la retroacción actual por acciones de impugnación ejercitadas por la Sindicatura, previa autorización del Juez, en procedimientos sencillos contra aquellos actos anteriores a la declaración de quiebra «... calificados por una anomalía contractual —en el precio, en la garantía, en el plazo, en el modo, en la condición, etc. ...—, por un vencimiento anticipado, por una simulación o por un fraude —cuya presunción debe ampliarse en estos casos, para invertir la carga de la prueba en favor de los Síndicos, estableciéndose en ciertos supuestos la presunción de que el tercero conocía también la cesación expresa o tácitamente— y, en general, perjudiciales a los preferentes intereses de la masa de los verdaderos acreedores»; Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción Absoluta de la Quiebra», Zaragoza, 1960, pp. 80-84, recopila las críticas de los antes citados autores y de otros más y señala, p. 87, que «... debido al incesante incremento en la actualidad, ya que raro es el día que no aparece publicada una quiebra en el Boletín Oficial del Estado, el principio retroactivo absoluto de la quiebra, que sigue rigiendo en nuestra Patria, debe ser inmediatamente abandonado»; Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno al artículo 878 del Código de Comercio»,

Dado que la declaración de un comerciante en estado de quiebra es una declaración judicial, ya se trate de una quiebra voluntaria instada

«Revista de Derecho Mercantil» n.º 87, enero-marzo 1963, p. 57, recoge las palabras de Manuel DE LA PLAZA referentes a que «... en torno a norma tan escueta y desmedrada como la del citado artículo 878 giran los problemas fundamentales de la quiebra», para más adelante, p. 58, propugnar su desaparición «... en cuanto se dicte una Ley sustituyendo nuestra arcaica y fragmentaria regulación de la quiebra» y concluir su tesis doctoral, p. 161, señalando que «si urgente es la reforma de la legislación de quiebras, por resultar en extremo anticuada, y, sobre todo, confusa por no encontrarse unificadas sus disposiciones, todavía más urgente es la supresión de este principio (el de retroacción) que hace tiempo debió pasar a formar historia», citando al respecto una encuesta del Colegio de Abogados de Madrid del año 1955, en la que destacaba la propuesta de derogar el sistema de retroacción, que recoge el mismo IBARRA, p. 162, para suprimir la excepcionalidad de nuestra legislación frente al Derecho Comparado; para Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano en la Retroacción», «Revista General del Derecho» n.º 238-239, julio-agosto 1964, p. 557, la crítica se debía dirigir a «... la arcaica y desdichada redacción del precepto 878, segundo párrafo, del Código de Comercio, nos hace indesear lo que objetivamente es saludable y conveniente»; Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones Judiciales Derivadas de la Retroacción de la Quiebra (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1974)», «Revista de Derecho Procesal», 1974, p. 697, señala que «el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal en torno a los problemas que derivan de la retroacción de la quiebra es francamente caótico y desolador»; Angel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al Sistema de Reintegración de la Masa de la Quiebra», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 151, enero-marzo, 1979, p. 37, se refiere a la existencia en esta materia de «... textos legales oscuros, mal coordinados, de interpretación compleja, a veces con contradicciones que parecen insalvables, una jurisprudencia consolidada, pero no sólida, en la que cada vez es más frecuente el reconocimiento de la insatisfacción; y una doctrina que —¿por qué no decirlo?— no ha iluminado hasta el momento todas las claves de los problemas», más adelante señala, pp. 61-62, que «... el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre la retroacción es francamente caótico y desolador. Tan repleto de inseguridades, tan repleto de contradicciones que parece que nos movemos fuera de la lógica»; Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 16, enero-marzo 1988, p. 201, habla de que la regulación de la retroacción es «arcaica, incompleta y en todo caso insatisfactoria»; Manuel BROSETA PONT, «Manual de Derecho Mercantil», 8.ª Edición, «Editorial Tecnos, S.A.», Madrid, 1990, p. 676, consideró que «... es por ello urgente su sustitución por otro sistema más adecuado»; José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica y la Retroacción de la Quiebra. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)», «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», n.º 610, mayo-junio 1992, p. 1362, califica el artículo 878.2 C. Com. de «asignatura pendiente» precisada de reforma, «norma arcaica e inadecuada»; con carácter más general, respecto de todo el Derecho concursal, Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos de Derecho Concursal y Seguridad del Crédito Territorial (La Retroacción de la Quiebra y sus Efectos sobre las Hipotecas)», «Revista General del Derecho» n.º 588, septiembre 1993, p. 8962, dice que «el panorama legislativo en nuestro Derecho no puede ser mas desalentador»: para José M.ª RIFA SOLER, Agustín FERRER BARRIENDOS, Eduardo FONT SERRA y José Manuel PUGNAIRE HERRÁNDEZ, «Suspensiones y Quiebras», «Praxis Mercantil», p. 212, estamos ante una materia necesitada de ser racionalizada y respecto de la que las doctrinas legales construidas «dejan escaso margen al sentido común»; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad de los Actos del Quebrado en el Periodo de Retroacción de la Quiebra. La Sentencia de 12 de marzo de 1993 y la Jurisprudencia del Ultimo Decenio», «Aranzadi Civil» 1993/19, p. 10, se refiere a la «acuciante necesidad de reforma de la totalidad del Derecho de quiebras en España».

por el propio quebrado o una quiebra necesaria instada por sus acreedores, es fácil comprender que la situación de insolvencia o de sobreseimiento generalizado en los pagos —no entramos aquí en el más que clásico debate sobre cuál de los dos es el fundamento de la quiebra (5),

Rotunda es la posición de Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el Pasado, el Presente y el Futuro de la Reforma Concursal», «Revista Jurídica Española LA LEY», 21 de febrero de 1995, pp. 1-3, quien afirma que «...es de toda evidencia que la desacreditada regulación actual no da satisfacción ni al interés público o social, ni al de los acreedores, ni al del deudor, ni al de los terceros afectados y, además, fomenta abusos de todo género que conoce la práctica. ... caótica dispersión de las múltiples normas concursales y paraconcursoales aplicables a los estados económicamente anormales o patológicos del deudor común, determinante de una confusión generalizada y de una total ausencia de sistema que redundan en la completa falta de seguridad jurídica; ... visión realmente desoladora de lo que constituye la presente regulación española del Derecho concursal»», afirmando, con PRIETO CASTRO, que «“nuestra legislación concursal ... es absolutamente impropia de un Estado de Derecho”». También María Isabel CANDELARIO MACÍAS, «Una Visión Reflexiva de Nuestro Derecho Concursal», «Actualidad Jurídica Aranzadi» n.º 224, 7 de diciembre de 1995, pp. 1-5, donde critica no sólo la dispersión normativa de su regulación, sino también su propia finalidad y su escasa virtualidad práctica, todo ello reflejado en la gráfica expresión de «quiebra de la quiebra», por lo que propugna la pronta reforma de su régimen normativo.

(5) Sobre el particular *Vid.* la síntesis de doctrina y Jurisprudencia que se hace por M.^a Angeles CALZADA CONDE, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1984», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 4, enero-marzo 1984, especialmente, pp. 1244-1245. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1990/1686), reitera la tesis del sobreseimiento generalizado en los pagos, puntualizando que el pago de un crédito no excluye tal consideración pues «... en modo alguno, la declaración de quiebra exige que tal cese lo sea de una manera total». Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276), ha acercado las situaciones de insolvencia y sobreseimiento como elementos determinantes de la declaración de quiebra, al decir que «... la declaración del estado de quiebra implica el presunto fáctico de sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, incompatible con una situación de solvencia efectiva ...».

En la «Jurisprudencia Menor» vuelve a insistir en la necesidad de acreditación del sobreseimiento general en los pagos por parte del acreedor que insta la quiebra necesaria, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro; «Aranzadi Civil» 1993/2.454), mientras que destaca, con detallado estudio jurisprudencial, la interconexión entre sobreseimiento e insolvencia la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subiras Roca; «Aranzadi Civil» 1993/2.460), al decir que «“El presupuesto económico-jurídico se identifica con un sobreseimiento en el pago corriente de las deudas (artículo 874 C. Com.) a través del que se exteriorice un estado de insolvencia definitiva (STS de 27 de febrero de 1965), no bastando cesar circunstancialmente en los pagos, sino que requiere la imposibilidad de efectuarlos (STS de 12 de julio de 1940)”», en la que se denegó la declaración de quiebra pues la Sociedad había negado el pago de ciertos créditos por considerarlos ilegítimos —venciendo después en los correspondientes litigios— y sólo había impagado dos créditos por importe total de poco más de NUEVE MILLONES DE PESETAS, cuando el activo de dicha Sociedad estaba valorado pericialmente en

si bien por lo que respecta a la fecha de retroacción es mayoritaria la doctrina que se refiere a la fecha de cesación de pagos (6)— se habrá

más de TREINTA Y DOS MILLONES DE PESETAS. En dicha tesis insiste la Sentencia de la misma Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de febrero de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Conca Pérez; «Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.850-8.583), al decir que «“El presupuesto fáctico jurídico para la declaración de quiebra viene dado por el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones del comerciante, acompañada de una insuficiente capacidad patrimonial para hacer frente a las responsabilidades cuyo pago se elude”». Ya anteriormente la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de mayo de 1993 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a Esperanza Pérez Espino; «Revista General del Derecho» n.º 596, mayo 1994, pp. 6.277-6.279), con amplia cita de «doctrina jurisprudencial menor», había indicado que la cesación de pagos presupuesto de la quiebra debía suponer una insolvencia de la Sociedad. Por su parte, hace sólo hincapié en el sobreseimiento general en los pagos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de mayo de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro; «Aranzadi Civil» 1994/851), mientras que la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de marzo de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Domínguez Domínguez; «Aranzadi Civil» 1994/450), recoge el parecer de cierto sector de la doctrina para la que, de acuerdo con el artículo 874 C. Com., la cesación general en los pagos se presume *iusuris tantum* que responde a una situación de insolvencia definitiva. Destaca, con cita de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vicaya de 12 de mayo de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés Solís Cecchini; «Aranzadi Civil» 1994/940) que incumbe al quebrado «“la prueba de la falsedad de los hechos fundamento de la declaración de la quiebra, o que se halla al corriente de sus pagos”». Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilma. Sra. Rubio Lerena; «Actualidad Civil» 1995/403) remite la fecha de retroacción de la quiebra a la de la cesación del pago corriente de las obligaciones del quebrado, mientras que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Sanz Pérez; «Aranzadi Civil» 1995/978) llega a enumerar hasta cuatro tesis distintas sobre el presupuesto objetivo de la declaración de quiebra.

(6) Por ejemplo, para BORRELL, «Efectos de la Fianza Relacionados con la Retroacción de la Quiebra», «Revista de Derecho Privado» Año XXXI, n.º 358, enero 1947, p. 273, la quiebra se retrotrae «... al momento en que el comerciante, de hecho, ha sobreseído en el cumplimiento de sus obligaciones»; igualmente para FRANCISCO RIVES Y MARTÍ, «Teoría y Práctica de Actuaciones Judiciales en Materia de Concurso de Acreedores y Quiebras», Tomo Segundo, Tercera Edición, «Instituto Editorial Reus», Madrid, 1954, p. 312; para LUIS VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 396, la retroacción se refiere al momento en que «empezó la cesación de pagos del deudor»; JUAN DOMINGO JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción de la Quiebra según el Artículo 878 del Código de Comercio», «Revista de Derecho Mercantil» Vol. XXVI, n.º 69, julio-septiembre 1958, p. 63, con apoyo en el artículo 1.024 C. Com. de 1829; JOSÉ A. RAMÍREZ, «La Quiebra», Tomo II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, p. 343; para ÁNGEL ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, p. 61, la retroacción se remite al momento de «sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones», señalando más adelante, p. 77, que la retroacción debe alcanzar la fecha de sobreseimiento, pero no la fecha de insolvencia del quebrado; ANDRÉS RECALDE CASTELLS, «Retroacción de la Quiebra y Cuenta Corriente Bancaria. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 19 de diciembre de 1991», «Revista Jurídica Española LA LEY» 1992-4, p. 221, matiza que dicha cesación en los pagos ha de ser «generalizada y ... ajena a la voluntad del deudor», de manera que, con GONDRA, se remite al momento de impotencia de pago por parte del deudor; LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 208, como firme defensor de no extender la fecha de retroacción más allá de la

producido con mayor o menor anterioridad al momento en que se acude al Juez para que declare la existencia de un estado concursal de quiebra. Para salvar los perjuicios que para la masa de acreedores se pueden inferir del transcurso de ese lapso temporal, es para lo que nace la fecha de retroacción, con el fin de hacer coincidir, idealmente, como señala la doctrina con reiteración (7), la «quiebra de derecho» (declaración

cesación de pagos del deudor quebrado; Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión del Procedimiento Sumario Hipotecario y Retroacción de la Quiebra. (Comentario al Auto de la A.P. de Barcelona de 22 de diciembre de 1989)», «LA LLEI 1991-I, p. 462, funde insolvencia y sobreseimiento al defender que la retroacción lleva la declaración de quiebra al «... inicio del sobreseimiento genérico y definitivo del pago de las obligaciones por parte del deudor, que acreditan un estado de insolvencia»; con cita de Jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencias de 3 de marzo de 1874, 15 de noviembre de 1928, 9 de junio de 1932, 16 de febrero de 1933 (Aranzadi 1933/1495), 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1602); añadir, también clásica, la Sentencia de 27 de febrero de 1965 (Aranzadi 1965/1151)—. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca y Retroacción de la Quiebra», «Hipoteca y Seguridad Jurídica», «Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España», Madrid, 1991, pp. 249-250. En la Jurisprudencia reciente, podemos citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1986/332), donde se puede apreciar la importancia de la práctica de las pruebas periciales contables para determinar la fecha del sobreseimiento general en los pagos, (así como en la misma) y en la que se recoge el criterio de hecho de un caso concreto resuelto por el Juzgador de instancia, en el sentido de estimar existente la cesación de pagos porque «...a partir del mes de junio de 1977 la sociedad quebrada no pagó ni renovó ninguna de sus obligaciones, y que en el mes de mayo anterior únicamente abonó un cinco por ciento del total de sus obligaciones y renovó deudas por un veinte por ciento del total ...»; de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López, Aranzadi 1988/2.210) —que cita y sigue la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de abril de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 984-986)—, al respecto de una hipoteca de máximo constituida entre un grupo de Bancos y el quebrado, que no recibió cantidad alguna, pues existían deudas con los mismos, anteriores, pretendiendo sustraer el bien hipotecado de la masa de la quiebra.

Por su parte, también con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990, la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 1994 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a José Pueyo Mateo; Inédita), consideró que era suficiente a los fines de fijar la fecha de retroacción en la de sobreseimiento generalizado, que no total, del cumplimiento de sus obligaciones, aquélla en la que la quebrada era deudora de gran parte de los Bancos existentes en la capital de su domicilio y hubiese dejado de cumplir sus obligaciones tributarias, sin que obsten a ello los pagos hechos a sus trabajadores, agua, luz y teléfono, así como de los intereses generados por los préstamos bancarios suscritos y algunas de sus cuentas bancarias presentasen un saldo acreedor.

(7) Así se pronuncia, por ejemplo, José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 342, quien considera como sinónimos las expresiones «estado de quiebra» y «quiebra de hecho», de un lado, y «declaración de quiebra» y «quiebra de derecho» de otro, para más adelante, p. 344, Nota (171) recoger la doctrina que señala como objetivo de la retroacción el conseguir que la «masa de hecho» o «masa que hay» se transforme en la «masa de derecho» o «masa que debe haber», buscando así, p. 347, que a partir de la quiebra de hecho anterior a la quiebra de derecho rija ya entre los acreedores el principio de la *par conditio creditorum*; sobre la distinción entre «declaración de quiebra»

judicial de estado de quiebra) con la «quiebra de hecho» (la situación fáctica de quiebra), para de esa forma evitar que los comerciantes en una situación económica angustiosa puedan realizar actos de administración y disposición de su patrimonio, de los que se aprovechen terceros (fueran o no ya acreedores de dicho comerciante), en perjuicio de la masa de acreedores y en lesión del principio de *par conditio creditorum*, que regirá durante el estado legal de quiebra y a cuya satisfacción está destinado este procedimiento concursal; se trata, en suma, como señala JUSTE IRIBARREN (8), de hacer coincidir la «quiebra jurídica» con la «quiebra económica». Conviene dejar reseñado, como indica Angel ROJO (9), que el legislador no se contenta sólo con reconstruir el patrimonio del quebrado al tiempo de la cesación de pagos a través de la retroacción, sino que también se reconstruye dicho patrimonio al momento anterior de la insolvencia e incluso al momento aún anterior a la misma cuando resulta inminente, lo que se consigue a través de las acciones de reintegración en sentido estricto, reguladas en nuestro ordenamiento en los artículos 879 a 882 C. Com., expandiéndose por la Jurisprudencia la retroacción también hacia «... no sólo los actos que sean jurídicamente expresión directa de un sobreseimiento general en el cumplimiento de sus obligaciones, sino aquellos otros

y «quiebra» Vid. Miguel JUSTE IRIBARREN, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 71-72; Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... ya *cit.*, p. 556, con apoyo en la doctrina italiana, SAIITA, AZZOLINA y PROVINCIALI, que por este objetivo de la quiebra considera que la figura de la retroacción es necesaria; Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 37 y ss., quien hace un completo estudio de la evolución del Derecho Comparado en Italia, Francia y Alemania en materia de reintegración de la quiebra, analiza la *relation back* del derecho anglosajón, así como la evolución de nuestro Derecho hasta llegar al sistema vigente —en el ámbito del Derecho Comparado, un estudio del nuevo Derecho Concursal portugués, que no conoce de la existencia de retroacción de la quiebra, sino que busca que determinados bienes o derechos reviertan a la masa de la quiebra, adquiriendo el tercero, en su caso, el derecho a que su valor sea considerado como crédito común, puede verse en Vicente GOZALO LÓPEZ, «La Nueva Ley Concursal Portuguesa», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 208, abril-junio 1993, especialmente pp. 624-625—; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8695. Anteriormente, en la misma línea aunque con expresión diferente, para Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ya *cit.*, p. 83, con la retroacción se trata de «equiparar la masa legal a la masa de hecho».

(8) Vid. Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas sobre la Retroacción de la Quiebra», «Actualidad Civil» 1987-1, p. 1121, siendo este artículo doctrinal práctica reproducción del publicado con el título de «En Torno a la Retroacción de la Quiebra», «Revista de Derecho Procesal» 1958, n.º 1, pp. 69 y ss., por razones de proximidad en el tiempo y más fácil localización, nos referiremos a las citas del artículo publicado en «Actualidad Civil».

(9) Vid. Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, p. 39. Para Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, p. 60, se trata con esta norma de «... favorecer al mayor número posible de personas perjudicadas por la quiebra ...».

Dado que estamos ante una reconstrucción de patrimonio la retroacción no incide sobre los actos del quebrado sin contenido patrimonial, como se declara en la Sentencia de 16 de abril de 1994 («Revista General del Derecho» n.º 601-602, octubre-noviembre 194, pp. 11.441-11.443), a propósito de un bien adquirido mediante contrato de renta vitalicia con condición resolutoria.

cuyas características pongan de manifiesto el estado patrimonial de insuficiencia que había de provocarla, revelado a través de concretos actos patrimoniales del deudor tendentes a burlar el principio de la *par conditio creditorum* realizados, unas veces de mala fe o con simple aprovechamiento desigual de los acreedores, esto es, comprometiendo el común interés de los acreedores mediante la sustracción anticipada, en beneficio de alguno de parte de los bienes que debieran estar presentes en la masa que ha de servir de garantía común. ...» (10).

De esta forma, como indica RAMÍREZ (11), la finalidad de la retroacción es la de reintegrar o restituir a la masa activa de la quiebra los bienes que salieron de la misma en virtud de actos de administración o disposición anteriores a la declaración judicial de quiebra pero posteriores a la quiebra de hecho, de manera que a mayor nivel de ineficacia mayor reintegración se producirá en beneficio de los acreedores del quebrado, que contarán, así, con un mayor volumen de bienes a realizar para satisfacer sus créditos. Por su parte, Antonio SOTILLO NAVARRO (12),

(10) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1990/712), con amplia síntesis de doctrina jurisprudencial, que sigue la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 30 de abril de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 984-986). En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/5774) tomó como fecha de retroacción «... el día ..., de escritura de adjudicación a la esposa del quebrado, por acuerdo de ambos cónyuges, de dos valiosas fincas con el fin, dice el juzgador de instancia, de colocarlas fuera del alcance de los que acreedores cuyos créditos eran, en aquella fecha, superiores al activo, particular circunstancia cronológica aquella, que añadida a la ausencia de su domicilio del comerciante «en ese día o poco después», colocándose en paradero, todavía, desconocido ... suministra datos cuya concurrencia justifica la retroacción a aquella fecha en que se produjeron actos y concretos actos de disposición patrimonial en perjuicio de acreedores ...».

(11) Vid. José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya cit., pp. 350-351, donde se puede apreciar que prácticamente la misma es la conclusión a la que llegan RODRÍGUEZ y GARRIGUES, buscando la expansión de los bienes a ocupar en la quiebra, de modo que éstos no sólo sean los que están en poder del quebrado al tiempo de la declaración de quiebra (la «masa que hay», para GARRIGUES), sino también a aquellos bienes que salieron antes de esa declaración del patrimonio del quebrado en virtud de actos ineficaces («la masa que debe haber», para GARRIGUES). En este mismo sentido Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 (Aranzadi 1961/2336).

(12) Vid. Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... ya cit., pp. 551-552. Anteriormente, para Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario a la Jurisprudencia Concursal del Tribunal Supremo del año 1958», «Revista Jurídica de Cataluña», año LVIII, n.º 1, enero-febrero 1959, p. 193, consideró como razón y fundamento de la retroacción el principio de responsabilidad patrimonial universal del quebrado consagrado en el artículo 1911 CC. En este sentido, por citar una de las resoluciones más recientes, la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller, «Aranzadi Civil» 1993/2193), con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 (Aranzadi 1961/2336) y 22 de febrero de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.º 177, pp. 503-522), fija como finalidad de la retroacción

defendió que la finalidad de la retroacción era dotar de efectividad al artículo 1911 CC, sancionador de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y cómo no, del deudor quebrado. Todavía hay otros autores, que cita IBARRA FRANCO (13), para los que el fundamento de la retroacción se encuentra en la presunción de fraude de los actos realizados *proximum tempus decoctionis* por el luego declarado quebrado o en la incapacidad del quebrado, si bien el mismo concluye adhiriéndose a la tesis de fundamentar la retroacción en que el patrimonio del quebrado vuelva al estado que tenía cuando se produjo el hecho de la insolvencia del quebrado.

Es fácil comprender, pues, que cuanto más amplias sean las posibilidades de privar de eficacia a los actos de administración y disposición del quebrado antes de su declaración judicial en estado de quiebra, y cuanto mayor sea la extensión que se dé a dicha ineficacia (máxime si se llega a proclamar la nulidad absoluta e incondicionada de tales actos), mayor será la inseguridad que se creará en el tráfico jurídico, y de ahí que la retroacción suponga la tensión entre los principios de protección de los acreedores y de la seguridad del tráfico (14),

«... impedir las perniciosas consecuencias que en los derechos de los legítimos acreedores pueda ocasionar una anómala actuación aislada de alguno de éstos, en connivencia o no con el quebrado, en su beneficio exclusivo y en perjuicio de la masa, con anterioridad al pronunciamiento del órgano jurisdiccional declarativo del estado de quiebra, evitando ... que se coloquen en situación privilegiada acreedores que no lo estaban o que satisfagan obligaciones anticipadamente, substrayendo de la masa de la quiebra bienes cuyo destino es el justo proporcional cumplimiento de las obligaciones del quebrado dentro de las posibilidades que permita su activo».

Con cita expresa de las referidas Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 y 22 de febrero de 1963, y reproduciendo su doctrina, Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 1994.

(13) Vid. MARTÍN IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 43-57.

Señala el Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; «Aranzadi Civil» 1994/1.043), los inconvenientes que presenta fundar la retroacción en la incapacidad del quebrado, «“...lo que: a) si por un lado singulariza nuestro ordenamiento frente a los demás de nuestro entorno —fundados en el fraude o en el perjuicio y no en la “capacidad” del quebrado—; b) por otro colisiona con la regla que en nuestro ordenamiento jurídico anuda a dicho vicio genético la anulabilidad —no la nulidad—; c) no aparece prevista en el artículo 200 CC; y d) carece de apoyo —normativo— nuestro ordenamiento no prevé la declaración de incapacidad con carácter retroactivo y *lege data* la inhabilitación para la administración de sus bienes que provoca la declaración de quiebra, a tenor del primer párrafo del artículo 878 del Código de Comercio, tan sólo es a partir de dicha declaración (“declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado ...”)...”».

(14) Vid. TOMÁS OGAYAR Y AYLON, «Fijación de la Fecha de Retroacción de los Efectos de la Declaración de Quiebras», «Revista de Derecho Procesal» 1958, p. 676, quien además recuerda la clásica frase que pone bien a las claras de manifiesto la importancia de la retroacción al decir que «a la quiebra la salva la retroacción». Por contra, para LUIS VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 412, la retroacción de la quiebra es un «pavoroso problema» que constituye uno «los impedimentos para que el procedimiento universal de quiebra cumpla su auténtica finalidad». Para ROJO, «Introducción ...», la retroacción busca el equilibrio entre dos intereses contrapuestos: «Interés de la masa o interés a una reintegración máxima. Interés del tráfico o interés en que la perturbación sea mínima», sentido que recoge ANDRÉS RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 220.

con primacía para el primero de ellos (15), o como decía Luis VACAS MEDINA (16) entre el interés general de la contratación y el interés particular de los acreedores del quebrado, indicando con mayor detalle Juan Domingo JIMENEZ DE ESCARZAGA (17) la existencia de tensión en la retroacción de los siguientes intereses contrapuestos del deudor (éstos, a nuestro juicio, secundarios), de los acreedores (que buscarán la máxima extensión de la retroacción y los efectos más rigurosos de la misma), de los terceros que contrataron con el quebrado (que tratarán de reducir el período de retroacción y sus efectos) y de los subadquirentes (cuyos objetivos coinciden, y se acentúan incluso, con respecto a los de los adquirentes). Es fácil comprender que a mayor duración del período de retroacción mayores problemas surgirán para el tráfico y los terceros en general, debiendo recordar que en nuestro ordenamiento no se contiene límite temporal alguno máximo para la fijación de la fecha de retroacción (18); en contra, Eduardo

(15) Así señala José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 349, siguiendo a NAVARRINI, cómo la retroacción supone la prevalencia del «derecho de los acreedores, para el cobro de sus créditos, sobre el patrimonio del deudor, a los derechos que, de acuerdo con el propio deudor, hubieran adquirido sobre tales bienes los terceros», palabras que, por ejemplo, son tomadas literalmente por la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. Fuentes Bertolín, «LA LEY» 1990-2, 12.845-R). Para SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... *ya cit.*, p. 557, es preferible la protección que da a los acreedores la retroacción, que la cierta inseguridad en el tráfico jurídico que la misma introduce.

(16) Con base en esa lucha de intereses ya propugnaba el propio Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el Juicio Universal de Quiebra», «Revista de Derecho Procesal» 1955, n.º 3, julio-agosto, septiembre, pp. 410-411, la necesidad de suprimir la retroacción en una necesaria reforma de nuestro Derecho de quiebras, de manera que la protección de los acreedores y del tráfico se lograría por dos vías:

a) De los acreedores a través del establecimiento de acciones impugnatorias, ejercitables a través de procedimientos judiciales ágiles y sencillos y autorizados por el Juez, «... de todos los actos sospechosos del quebrado, anteriores a su declaración, próximos o lejanos a ella, pero siempre calificados por una anomalía contractual —en el precio, en la garantía, en el plazo, en el modo, en la condición, etc ...—, por un vencimiento anticipado, por una simulación o por un fraude cuya presunción debe ampliarse en estos casos, para invertir la carga de la prueba en favor de los Síndicos ...».

b) Del interés general de la contratación, a través del establecimiento de una mayor publicidad de la declaración de quiebra, propugnando VACAS MEDINA su publicación en los diarios de mayor circulación de la Nación o de una región determinada y en la Radio Nacional o regional correspondiente.

(17) *Vid.* Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 47.

(18) Es una situación similar a la que se daba en Francia durante la vigencia del Código de Comercio napoleónico de 1807, donde señala Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 48, que se dieron casos de catorce y veinte años de retroacción, destacando más adelante el propio profesor ROJO, p. 76, que en nuestra práctica se dan casos de retroacciones de hasta seis y siete años. Queda, pues, como dijo Francisco RIVES Y MARTI, «Teoría ...» ... *ya cit.*, p. 312, «... a la prudencia de los Tribunales el fijar la época en que ha de empezar a producir sus efectos ...». En la práctica más

AYA ONSALO (19), con una novedosa tesis que no ha tenido seguimiento ni en el resto de la doctrina ni en la práctica, estima que la fecha máxima de retroacción es de TRES DIAS antes de la declaración de quiebra. En la doctrina más reciente, José Manuel GARCIA GARCIA (20), considera que habrá que buscar una interpretación de la retroacción que garantice la seguridad jurídica, consagrada como principio constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución y respecto de cuya posible colisión con la retroacción la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno, Aranzadi 1985/1198) declaró que el artículo 878.2 C. Com. estaba «próximo a la inconstitucionalidad», después de reconocer que tal precepto produce inseguridad jurídica, en lo que insistió también la Sentencia de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210). Esta última posición de GARCIA GARCIA supone que, en último término y por imperativo constitucional, en la tensión anterior habría de triunfar la seguridad jurídica frente al interés de la masa de acreedores.

Como ya señalaba RIVES Y MARTI (21), conviene no olvidar que esa búsqueda de la protección de los acreedores a través de la retroacción puede volverse en su contra, ya que se puede acelerar o provocar

reciente, y como buena muestra de la enorme relevancia que sigue teniendo la retroacción de la quiebra, podemos citar un período de retroacción de más de TRECE AÑOS establecido en la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo, «Revista General del Derecho» n.º 592-593, enero-febrero 1994), que fijó un período de retroacción desde el 3 de abril de 1978 hasta el 28 de junio de 1991.

Otro ejemplo en el que se intentó un período de retroacción extensísimo, aun cuando no triunfó por causa de falta de prueba, fue el pretendido por la Sindicatura de la quiebra al recurrir un auto de declaración de quiebra de 13 de febrero de 1993, que había establecido una retroacción al día 1 de enero de 1992, para pretender que la fecha de retroacción lo fuese nada menos que el día 1 de enero de 1980, también más de TRECE AÑOS atrás; *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Sanz Pérez; «Aranzadi Civil» 1995/978).

(19) *Vid.* Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones sobre la Retroacción Absoluta de la Quiebra», «Derecho de los Negocios», año 3, n.º 20, p. 24, quien alcanza tal conclusión, no seguida en la doctrina ni Jurisprudencia, sobre la base del artículo 1.017 C. Com. de 1829, considerando que «... cuando el legislador se ha referido a la fecha de retroacción estaba pensando en una fecha dentro de los tres días de que dispone el comerciante para solicitar su quiebra ...», buscando así, además, conciliar el artículo 878 con los artículos 879 a 882 C. Com. y el cómputo de sus diversos plazos.

(20) *Vid.* José Manuel GARCIA GARCIA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1362, con referencia, además, a nuestro ingreso en las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, y pp. 1364-1365. Analizamos en este mismo estudio, en un apartado independiente, las tensiones que se han apreciado doctrinalmente entre la retroacción de la quiebra y nuestra Constitución de 1978.

(21) *Vid.* Francisco RIVES Y MARTÍ, «Teoría ...», ... *ya cit.*, p. 311. Así lo pone también de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de junio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 462, marzo 1983, pp. 434-435), considerando que ello supondría *summum jus, summa injuria*.

la situación de quiebra de un comerciante en apuros respecto del que se separarán todos los posibles prestamistas que, bien es cierto que con beneficio para ellos, pudieran permitir al quebrado de hecho salir de tal situación con recursos ajenos, puesto que tales prestamistas, posibles afectados por la retroacción, querrán correr los menores riesgos posibles y no concertarán tales préstamos.

Destacar, por último, otra importante relevancia que tiene la fecha de la retroacción, pues al coincidir la misma con la cesación de pagos es tal fecha la que se debe tomar en consideración para analizar la condición o no de comerciante del quebrado, a los efectos de someter al deudor ya a un concurso de acreedores ya a una quiebra, pues como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1990 (22) lo relevante es «... la condición de comerciante ... en la época a que se refiere el sobreseimiento en el cumplimiento de sus obligaciones, no siendo óbice para la declaración de quiebra el que el quebrado ostente esa condición en el momento de dictarse el Auto por haberse cesado en el ejercicio del comercio, si está probado que lo ejercía al tiempo en que sobreseyó pagos —Sentencia de 12 de julio de 1940 (Aranzadi 1940/705)—».

Dentro de la doctrina se utilizan los conceptos de retroacción y reintegración de la quiebra, que deben ser deslindados convenientemente para evitar su confusión. Así, la retroacción hace referencia a la fecha que se debe fijar judicialmente, ya veremos cuándo y cómo, y que hace entrar en aplicación el discutidísimo artículo 878.2 C. Com. de 1885, y al período que media entre dicha fecha y la de la declaración judicial de estado de quiebra —período de retroacción—, en tanto que la reintegración hace mención a una serie de períodos anteriores a la fecha de retroacción (en conjunto se habla de la existencia de un «período sospechoso»), en los que son de aplicación los artículos 879 a 882 del C. Com. de 1885 y que aquí no vamos a tratar. En similar sentido, se dice por José Manuel FINEZ RATON (23), que la retroacción forma parte del sistema de reintegración de la masa de la quiebra, constituyéndose en su núcleo, mientras que por José MASSAGUER FUENTES (24) se entiende que la retroacción es uno de los posibles mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para realizar la reintegración de la masa de la quiebra, manteniendo así un concepto amplio de reintegración en el que se inserta la retroacción, por nuestra parte somos partidarios de que con ánimo de deslindar claramente, al menos de forma conceptual, reintegración y retroacción se mantenga la separación entre ambos con la fecha de retroacción como hito temporal delimitador.

(22) Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1990/1686.

(23) Vid. José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 28, enero-marzo 1992, p. 169.

(24) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 35.

Se sigue pues, en nuestro ordenamiento jurídico un sistema mixto (25), pues mientras que es el Juez el que fija la fecha de retroacción, que no está sujeta a límite temporal alguno, las acciones de reintegración de la masa de la quiebra en el período sospechoso están determinadas temporalmente de forma concreta por la Ley en los citados artículos 879 a 882 C. Com., donde se establecen los períodos de tiempo a los que afectan cada una de ellas, contando tales períodos de tiempo desde la fecha de retroacción hacia atrás, de acuerdo con la doctrina mayoritaria (26).

(25) Como dice José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 355-356, es un sistema mixto al ser judicial (el Juez fija la fecha de retroacción, conforme al artículo 1.034 C. Com. de 1829) y legal a la vez (los plazos en los que deben haberse realizado los actos afectados por la reintegración se determinan legalmente en los artículos 879 a 882 C. Com. de 1885), así como se combina la nulidad de los actos en período de retroacción con la impugnabilidad de los actos de ciertos períodos anteriores a la retroacción, tal y como ya había dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675). Más *in extenso* sobre los sistemas de retroacción, *Vid.* Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 32-41, con especial atención al sistema francés por su incidencia en el español. Para Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 53, el carácter mixto del sistema viene dado porque «al período de retroacción precede el período sospechoso», siendo el primero único pero variable y el segundo plural pero invariable; para SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8696, también estamos ante un sistema mixto, por las mismas razones ya expuestas, denominando también al «período sospechoso» como de «retroacción relativa», frente al «período de retroacción absoluta», a nuestro juicio, retroacción en sentido estricto.

(26) Sobre la prevalencia y admisión generalizada del inicio del cómputo de los períodos sospechosos hacia atrás desde la fecha de retroacción, *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ..., *ya cit.*, pp. 392-403, destacando cómo nos encontramos ante una construcción jurisprudencial que supera la literalidad de los artículos 878 a 882 C. Com., dado que el legislador solamente pensó en la existencia de dos períodos: el posterior a la retroacción, donde se aplicarían los artículos 879 a 882 C. Com. y el posterior a la declaración judicial de quiebra; por contra, en la práctica se vienen admitiendo tres períodos: el sospechoso, que abarca un mínimo de DIEZ DIAS (artículo 881.5 C. Com.) y un máximo de DOS AÑOS antes de la fecha de retroacción (artículo 882 C. Com.), el de retroacción, sin límite temporal legal alguno y el posterior a la declaración de quiebra; Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 94-95, con cita, como punto de arranque, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909 —por citar alguna Sentencia de la «Jurisprudencia Menor» en la que se hace un detallado estudio de nuestro sistema mixto de retroacción, *Vid.* la de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285)—; Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 59-61, que justifica el cómputo de los períodos sospechosos a partir de la retroacción por el error de traducción del C. Com. francés de 1807 por parte de SÁINZ DE ANDINO, que no tomó en cuenta que tal Código contaba los plazos para las acciones de impugnación no desde la declaración judicial de quiebra hacia atrás, sino desde el momento anterior de la apertura de la quiebra (nuestra retroacción), más adelante, p. 63, señala que «los distintos plazos de impugnación recogidos en los artículos 879 a 882 C. de c. son demasiado exiguos para asegurar una efectiva reintegración de la masa y para asegurar una adecuada tutela de los acreedores»; Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 220; José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 169-170; M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 252-253, que pese a mantener esta misma doctrina, manifiesta sus dudas respecto del razonamiento antes referido de ROJO, pues considera que «... no

Podemos, en fin, tomar como definición clásica de retroacción la propuesta por RAMÍREZ (27), para quien «Retroacción, pues, de la quiebra no es otra cosa que llevar sus efectos hacia el pasado. Hacer que los efectos de la declaración judicial de quiebra se produzcan, no desde su fecha, sino desde una época anterior». Pero a nuestro juicio esta definición debe hoy ser corregida, pasados ya más de cien años de vigencia de una regulación compleja y anticuada, pues la retroacción solamente debiera tender a proteger a los acreedores del quebrado, evitando el fraude a los mismos y su perjuicio, pero respetando a la vez los derechos del quebrado y de los terceros nacidos legítimamente antes de la declaración judicial de la quiebra, y a esa interpretación se puede llegar incluso con el sistema normativo vigente, partiendo tanto de una interpretación sistemática de las diversas disposiciones en juego, como de una interpretación más acorde con el estado actual de la realidad social, caracterizada por la contratación en masa de los comerciantes y la expansión de la financiación externa de las empresas, algo para lo que nos faculta el artículo 3.1 CC, y que exponemos en este trabajo.

es muy razonable pensar que un error de tal magnitud (el error de traducción citado) pasara desapercibido cincuenta años después (de nuevo en el C. Com. de 1885) y volviera a repetirse en los nuevos textos, máxime cuando el mismo precedente Napoleónico había sido modificado ya en virtud de la Ley de 28 de mayo de 1838, por causa de los enormes trastornos producidos con la abusiva fijación de la fecha de retroacción»; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8698; en la «Jurisprudencia Menor» es muy gráfica la expresión de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.º 444, septiembre 1981, pp. 1173-1174), que califica la fecha de retroacción como «fecha vértice» que sirve para contar hacia atrás los plazos del período sospechoso y hacia adelante el período de retroacción. La postura contraria, hoy superada, de tomar la fecha de retroacción como hito temporal dentro del que habrían de tener juego los artículos 879 a 882, puede verse en VICENTE Y GELLA y su discípulo Martín IBARRA FRANCO («La Retroacción ...» ... *ya cit.*, especialmente, p. 84), —citados por Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 62, Nota (9)— y Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones Judiciales ...», ... *ya cit.*, p. 698, si bien este último reconociendo ya que la misma se encontraba contradicha por la doctrina del Tribunal Supremo. Aun existe una tercera posición mantenida solamente, que sepamos, por Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1127-1130 y 1136, para la que el cómputo de los plazos de los artículos 879 a 882 C. Com. habrá de hacerse desde la declaración de quiebra cuando así expresamente se dice en los mismos (artículos 879, 881.1.º, 2.º y 5.º, 883 y 884), mientras que deberá contarse desde la fecha de retroacción cuando el precepto se refiere simplemente a «quiebra» (artículos 880, 881.3.º y 4.º, y 882). Finalmente, como cuarta tesis, que tampoco conocemos haya tenido más seguidores, podemos referir la ya antes citada de AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 24, al defender que el plazo máximo para la retroacción es el de TRES DÍAS antes de la quiebra, computándose los plazos de los artículos 879 a 882 C. Com. desde la fecha de la declaración de quiebra.

(27) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 346. Más completa es la definición de Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción Absoluta ...», ... *ya cit.*, p. 29: «El remedio técnico creado por la Ley para hacer llevar los efectos de la quiebra a un tiempo anterior, con objeto de conseguir la revocación de determinados actos realizados por el quebrado antes de su declaración, y con la finalidad de lograr la reconstrucción de su patrimonio».

Ya para concluir con este apartado, indicar que hablaremos de «acciones de retroacción» para referirnos a aquellas acciones que tienen por objeto llevar a la práctica el artículo 878.2 C. Com., desechando la utilización de la expresión «acciones revocatorias concursales», porque, además de suponer una toma de posición anticipada sobre la naturaleza de la retroacción, tienden a confundirse con las «acciones de reintegración» fundadas en los artículos 879 a 882 C. Com. De esta manera consideramos que se ayuda, también en sede de conceptos, a clarificar la separación entre retroacción y reintegración y se deja para más adelante el análisis de la verdadera naturaleza jurídica de la retroacción.

III. LA FIJACION DE LA FECHA DE RETROACCION Y SU MODIFICACION

Dado que, como ya dijimos, nuestro sistema de retroacción es judicial y mixto, la determinación de la fecha de retroacción es competencia del Juez que conoce de la quiebra. Ni en el texto del C. Com. de 1885, ni en la LEC de 1881 se contiene referencia alguna expresa a la determinación de la fecha de la retroacción (28), por lo que tanto la doctrina como la Jurisprudencia mayoritarias acuden a la aplicación del artículo 1.024 C. Com. de 1829, que estiman vigente (29), y que

(28) En este sentido dice Tomás OGAYAR Y AYLLON, «Fijación de la fecha ...», ... ya *cit.*, p. 690, que la fijación de la fecha de retroacción «... está ayuna de toda reglamentación procesal, originando verdaderos problemas, algunos pavorosos, de intrincada y difícil solución».

(29) Contrario a la vigencia del artículo 1.024 C. Com. de 1829, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1930 (Aranzadi 1930/702), fue Tomás OGAYAR Y AYLLON, «Fijación ...», ... ya *cit.*, p. 679; en la «Jurisprudencia Menor» también se considera derogado el artículo 1.024 C. Com. de 1829 por el artículo 878 C. Com. de 1885 en la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285); anteriormente, *Vid.* síntesis sobre las posiciones enfrentadas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales que hace Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares de 6 de julio de 1982», «Revista General del Derecho» n.º 4627 marzo 1983, p. 418. Por su parte, con análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, defendía ya la vigencia del citado precepto José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 358-360, destacando el carácter procesal del mismo y la remisión que se contiene en el artículo 1.319 LEC; puede verse una síntesis, más reciente, de la doctrina jurisprudencial partidaria de la vigencia de dicho precepto en Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.* p. 74, Nota (34), después de que el mismo autor, p. 62, lo diera por vigente. En el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1982/2598) —citando la naturaleza procesal del referido precepto—, de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno, Aranzadi 1985/1198) —*Vid.* su Comentario de Pedro YANES YANES, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil n.º 8, abril-agosto 1985, p. 2566, con referencia a las también favorables a la vigencia del artículo 1.024 C. Com. de 1829, de 7 de marzo de 1931

dice: «En la primera audiencia declarará el Tribunal de Comercio el estado de quiebra, fijando en la misma Providencia, con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a la que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones».

Aunque el artículo 1.024 C. Com. de 1829 se refiere a la determinación de la fecha de retroacción en una Providencia, debe entenderse en un sentido lato como equivalente a resolución judicial, pues lo cierto es que tal fijación se hace judicialmente en el Auto de declaración en estado de quiebra o, en todo caso, en un Auto posterior al mismo que lo complementará (30), en los que bastará con indicar una fecha

(Aranzadi 1931/1963), 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1602), y 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478)—. Posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) y el Comentario favorable a la misma de Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, ... ya *cit.*, pp. 202-204. En el mismo sentido, M.^{ca} Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 249; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8696-8697. Recientemente, para proclamar el carácter provisional de la fecha de retroacción y sin perjuicio de terceros, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/5774) y la Resolución DGRN de 1 de junio de 1993 (Aranzadi 1993/4979) reiterada luego en las de 2, 3, 4, 5 y 7 de junio de 1993.

En la «Jurisprudencia Menor» reiteran la vigencia del artículo 1.024 C. Com. de 1829 la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 1994 y el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 27 de marzo de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. De la Torre Aparicio; «Actualidad Civil» 1995/1582), que basa en tal precepto la modificación de la fecha de retroacción que lleva a la fecha de la realización «...de un acto anterior realizado en fraude de acreedores y alterador de la *pars conditio creditorum* ...», consistente en la «... venta de una finca compuesta de solar y diversas edificaciones por la entidad quebrada en fecha 7 de septiembre de 1990, ... acto que determinó el aprovechamiento patrimonial de algunos acreedores en perjuicio de la totalidad de éstos, sustrayendo de la masa de la quiebra importantes bienes ... cuyo destino ha de ser justo y proporcional cumplimiento de las obligaciones del quebrado sin otra preferencia que aquella que la Ley reconozca expresamente».

(30) Así, José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 360-361 y 365-367, considera que si hubiera existido un descuido del Juez al no fijar en el Auto de declaración de quiebra la fecha de retroacción, cuando el mismo lo advirtiese de *motu proprio*, o requerido por los acreedores o por el propio quebrado, podrá dictar posteriormente un Auto complementario —*Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478)—. Para Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 401, la forma de Auto viene dada por la aplicación del artículo 369 LEC y el mismo puede dictarse ya a instancia de la Sindicatura de la quiebra «... cuando ya ésta tiene un conocimiento más completo y efectivo de la verdadera situación de la quiebra, que debe demostrar al Juez, o incluso de oficio, si éste recaba con tal fin los informes que estime convenientes al Comisario, a la propia Sindicatura o a peritos especialmente designados, conforme a una interpretación analógica del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento, para dictar en esta forma aquella continuación de su auto declaratorio», siendo partidario este autor de la necesidad de que siempre se dicte dicho Auto, pues en pp. 399-400 defiende que «salvo en algunos casos rarísimos en que se conozca que el comerciante ha suspendido los pagos, por ejemplo, por las consecuencias catastróficas de una determinada operación mercantil, en la gran mayoría de las quiebras el Juez no

determinada sin necesidad de hacer señalamiento de una hora concreta (31).

Dado que en el momento en que se pronuncia por el Juzgado el Auto de declaración de quiebra el mismo tiene un escaso conocimiento de la situación real del quebrado (debido a que sólo conocerá los datos

tendrá elementos de juicio suficientes para *in limine iudicii* determinar la fecha de la retroacción», adquiriendo tal conocimiento el Juez después de la investigación en la contabilidad del quebrado o tras la recepción de noticias sobre su negocio. Contrario a esta posición, y superado por la doctrina y jurisprudencia posteriores, lo fue Tomás OGAYAR Y AYLON, «Fijación ...», ... ya *cit.*, pp. 679-681, partidario de que la fecha de retroacción siempre hubiese de establecerse en un Auto posterior al de declaración de la quiebra, a instancia de la Sindicatura de la quiebra y una vez que ésta proporcionase al Juez los datos necesarios para el conocimiento de la situación de sobreseimiento general de pagos del quebrado; es de hacer notar que dicho autor, p. 680, ya era consciente de que no era su teoría la seguida hasta ese momento ni por los tratadistas ni por el Tribunal Supremo. Por su parte, sin más argumentación, BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, p. 1301, señala que la fecha de retroacción se fijará «... por medio de Providencia», con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963). En la Jurisprudencia más reciente, —Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 «Revista General del Derecho» n.º 544, septiembre 1981, pp. 1173-1174), Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez, Aranzadi 1987/6049)— se interpreta la provisionalidad de la fecha de retroacción sólo en el sentido de que la misma puede ser modificada, pero sin que se exija que se dicte una resolución posterior que fije la fecha definitiva —cita literal de la última Sentencia se hace en el Auto de la Sección 13.⁴ de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de febrero de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 537, junio 1989, pp. 4061-4063)—; en el mismo sentido las de 19 de octubre de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; Aranzadi 1987/7295), 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. Ramón López Vilas; Aranzadi 1990/5794) —esta última es citada, junto con la de 17 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/2.210), por la de la Audiencia Provincial de Alava de 2 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Medrano Durán; «Aranzadi Civil» 1993/2.455); completa síntesis de jurisprudencia contiene la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan R. Berdugo y Gómez de la Torre; «Aranzadi Civil» 1993/2.552) que además destaca la producción de efectos de esa fecha provisional de retroacción en tanto la misma no sea modificada—. Sobre el carácter imprescindible de la fijación de la fecha de retroacción (con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1933 y 19 de febrero de 1935), y la posibilidad de fijar la misma en un Auto complementario al de declaración de quiebra, *Vid.* Auto de la Sección 13.⁴ de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 1991 (Ponente: Ilmo. Sra. D. Isabel Carriedo Mompín; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8926-8928).

(31) Para Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 401, también puede fijarse la hora, aunque a nuestro juicio la relevancia de la hora de la retroacción es prácticamente nula, porque en la inmensa mayoría de los actos de administración y disposición no consta la hora de su realización; su relevancia podría quedar limitada a las inscripciones registrales respecto de las que sí consta la hora de entrada de su asiento de presentación, siempre que se tomase como dato decisivo el de su presentación registral y no el de la *fehaciencia de realización del propio acto de administración o disposición acreditada a través de cualquier otro medio de prueba, fundamentalmente su documentación en Escritura Pública.*

parciales, proporcionados ya por el propio quebrado ya por el acreedor instante de la quiebra, a través de sus respectivos escritos de solicitud de quiebra y documentación acompañada, que implican una visión unilateral y fragmentaria de la situación económica real del quebrado) es por lo que la declaración de la fecha de retroacción se hace con carácter provisional —la «calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero», a que se refiere el artículo 1.204 C. Com. de 1829, que ha triunfado en los autos declaratorios del estado legal de quiebra, para que quede constancia de la posibilidad de modificación de tal fecha de retroacción— (32).

Destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (33) señaló cómo la fecha de retroacción, el día del sobreseimiento, queda incluida dentro del período de retroacción y desencadena las consecuencias de tal retroacción. Por ello, será muy importante el poder acreditar frente a la masa de acreedores que el acto de administración o disposición concreto del quebrado tuvo lugar en un día anterior a la fecha de retroacción, para lo que habrá que utilizar, con carácter general, los medios de prueba ordinarios. En casos particulares habrá que estar a los preceptos que regulan determinados actos de administración o disposición, como ocurre, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (34), a propósito de un derecho real de prenda constituido por el quebrado, donde se aplicó el artículo 1365 CC («No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de su fecha») y se tomó en consideración únicamente la fecha de otorgamiento de la escritura Pública en la que constaba tal derecho real de prenda.

(32) *Vid.* Angel ROJO, «Introducción...», ... *ya cit.*, p. 74, Nota (34).

(33) Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboni Cuenca; Aranzadi 1960/478, que razona que de excluirse tal fecha los actos de administración y dominio efectuados en la misma serían válidos, quedando viciados los posteriores y los anteriores incursos en los artículos 879 a 882 C. Com., siendo ratificada dicha doctrina por la Sentencia de 22 de febrero de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.^o 177, pp. 503-522). *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 367-371, con un estudio completo de la doctrina científica y jurisprudencial. Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 84, considera que el nuevo Auto que habrá de dictarse en la pieza tercera para concretar la fecha de retroacción, podrá serlo a instancia de la Sindicatura o de oficio por el propio Juez que conoce de la quiebra. En la «Jurisprudencia Menor» la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.^o 444, septiembre 1981, pp. 1173-1174) funda tal posibilidad de modificación en la expresión «sin perjuicio de tercero» del artículo 1.024 C. Com. de 1829, y no en la expresión «con calidad de por ahora», algo que ya había hecho la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963).

La carga de la prueba de la nueva fecha de retroacción como fecha en la que concurrían los presupuestos necesarios para su declaración corresponde a la Sindicatura impugnante, como se encarga de destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 («Aranzadi Civil» 1995/978).

(34) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1355. Respecto de la especial situación de las hipotecas haremos referencia más detallada al tratar de las relaciones entre retroacción y Registro de la Propiedad dentro de este mismo trabajo.

A propósito de la incidencia del instante en que tiene lugar el acto de administración o disposición del quebrado y la fecha de retroacción, citamos, por su complejidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1990 (35), en la que se consideró fuera del período de retroacción la compraventa cuyo pago del precio tuvo lugar dentro del período de retroacción (pago que se llevó a cabo a través del cumplimiento por la compradora de su condición de avalista de la vendedora, al saldar el importe de una deuda que ésta tenía contraída con un tercero), pero en ejercicio por la compradora de una opción de compra celebrada mucho antes de tal fecha, por lo que se estuvo a la fecha de la opción de compra y no a la del ejercicio efectivo de tal opción.

Para el caso de que el Juez haya omitido la determinación de una fecha concreta de retroacción, la doctrina ha interpretado que tal fecha coincide con la del Auto de declaración del estado de quiebra (36), tal y como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1905 y reiteró posteriormente la de 21 de febrero de 1930 (37). Destacar que no existe obstáculo para que, teóricamente, pueda señalarse como fecha de retroacción la del propio día de declaración judicial de

(35) Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1990/7591.

(36) Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 75, quien con referencia a Tomás OGAYAR Y AYLLON, llama la atención sobre la admisión de la siguiente fórmula judicial que pone bien a las claras de manifiesto la provisionalidad de la fecha de retroacción «con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra al día en que aparezca haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones». Es una fórmula clásica, que como señalan RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 366, o Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 84 y p. 400, arranca de RIVES Y MARTÍ. De pronunciarse así el Auto de declaración de quiebra, ante la necesidad de existencia de una fecha de retroacción la consecuencia es que posteriormente, cuando se tenga un mayor conocimiento de la situación patrimonial del comerciante quebrado antes de dicha declaración judicial, deberá dictarse un nuevo Auto en el que se concrete una fecha determinada de retroacción. Así y todo fue contrario a dicha fórmula el citado José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.* pp. 366-367, por tres razones: contrariar la doctrina legal y jurisprudencial derivada de la aplicación del artículo 1.024 C. Com. de 1829; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1905 y 21 de febrero de 1930 que cita la primera de ellas (Aranzadi 1930/702) que declararon que si el Auto de declaración de quiebra no contenía fecha de retroacción la misma se entendía que era la del propio Auto; su negativa a entender que el Juez careciese de medios al tiempo de declarar el estado de quiebra para determinar la fecha de la cesación de pagos, pues entonces también carecería de medios para declarar la quiebra. En favor de la ausencia de necesidad de fijar fecha de retroacción, Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... *ya cit.*, p. 675, para quien el Juez establece la fecha de retroacción en el Auto de declaración de quiebra «si lo cree oportuno».

(37) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 84. Completa síntesis de Sentencias en tal sentido hace Pedro YANES YANES, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985», ... *ya cit.*, pp. 2565-2566, con cita de las de 15 de junio de 1897, 15 de noviembre de 1928, 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963), 16 de febrero de 1933 (Aranzadi 1933/1495) y 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675).

quiebra, si bien, por lo común, el comerciante no es declarado en quiebra el mismo día en que comienza el sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones (la quiebra de hecho o el estado de quiebra), que es anterior a dicha declaración y es el momento al que se debe llevar la retroacción de la quiebra (38).

El carácter provisional de la fecha de retroacción tiene como consecuencia lógica la admisión de la posibilidad de su modificación (39), modificación de la que se ha ocupado, en tiempos recientes, con sumo detalle SASTRE PAPIOL (40). Hasta tal punto llega la posibilidad de modificación de la fecha de retroacción que incluso se ha dicho que la misma puede tener lugar varias veces, declarando la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1933 que el Auto de declaración de la fecha de retroacción carece de la autoridad de cosa juzgada (41),

(38) Dice así RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 343, que «la verdad es que a toda declaración de quiebra —quiebra de derecho— precede un estado de quiebra —quiebra de hecho—. Más adelante, en pp. 362-365, hace un repaso de la doctrina científica (nacional y comparada) y jurisprudencial, para llegar a la conclusión de que la fecha de la retroacción, como dice el artículo 1.024 C. Com. de 1.829, es «el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones», entendiéndose como tal no la insolvencia del quebrado, sino el simple sobreseimiento generalizado en los pagos, así como, siguiendo a CUZZERI y CICU, afirma que «solamente los medios ruinosos y fraudulentos usados por el comerciante para mantenerse en un crédito ficticio son admitidos por la Ley como equivalentes de la efectiva cesación de pagos ...». Por su parte, Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 402, admite la fecha de retroacción en la fecha del Auto de declaración de quiebra como supuesto límite, para el caso de que no se consiga demostrar por ningún medio de prueba que la cesación de pagos del quebrado fue anterior a tal fecha.

(39) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 371-374, con el análisis de la doctrina y Jurisprudencia concordes en la justificación de la modificación de la retroacción por su carácter provisional. En la Jurisprudencia más reciente, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. Beltrán de Heredia y Castaño, «Revista Jurídica Española LA LEY» 1986-2, 6206), así como la de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas, Aranzadi 1990/5794), que considera hasta aconsejable la modificación de la fecha de retroacción, propuesta temporáneamente, cuando se tenga más conocimiento de la situación del quebrado anterior a la declaración de quiebra.

(40) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8698-8700.

(41) *Vid.* Aranzadi 1933/1602. Así lo destaca Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 85. Anteriormente, José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 374, con apoyo en la doctrina italiana (BONELLI) y francesa (RIPERT); también la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.º 544, septiembre 1981, pp. 1173-1174), y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares de 6 de julio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 463, abril 1983, pp. 636-638), que también niega eficacia de cosa juzgada a la Sentencia que determina la no modificación de la fecha de retroacción fijada en el Auto de declaración de quiebra, que mantiene, pues, su estado provisional. Para Pedro YANES YANES, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 2568-2569, sí tiene eficacia de cosa juzgada en sentido material la Sentencia que ponga fin al incidente de modificación de la fecha de retroacción, mientras que el Auto de declaración de la fecha de retroacción sólo está dotado de cosa juzgada formal;

conclusión con la que no estamos de acuerdo, pues aparte de que sí gozará de tal eficacia la Sentencia recaída en el primer procedimiento que tenga por objeto la modificación de tal fecha, llegado el momento procesal, que más adelante veremos, en que no se pueden promover más modificaciones de la fecha de retroacción, la establecida en el Auto quedará firme, invariable y definitiva, en aras, además de la defensa de la seguridad jurídica de la masa de acreedores, cuya protección no debe descuidarse.

Admitida la mutabilidad de la fecha de retroacción fijada inicialmente en el Auto de declaración en estado legal de quiebra o en un Auto posterior complementario, la primera cuestión a destacar es que la discusión de la modificación de la fecha de retroacción de la quiebra no puede plantearse como «cuestión previa» dentro de cada uno de los litigios que se sigan posteriormente, ya para dar efectividad a la fecha de retroacción ya para el ejercicio de cualquiera de las acciones de reintegración a contar desde dicha fecha de retroacción (42). En contra

en el mismo sentido, Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ya *cit.*», pp. 203-204 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno, Aranzadi 1985/1198), comentada por YANES YANES, al respecto de una Sentencia que confirmaba la fecha de retroacción fijada en el Auto de declaración de quiebra, para impedir la constante reproducción de la cuestión de la fecha de retroacción ya resuelta definitivamente en la Sentencia resolutoria del incidente de modificación, en el sentido de confirmar la fecha establecida en el propio Auto de declaración de quiebra.

Recoge la doctrina de la última Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985, la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522).

(42) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 375-376, con apoyo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963), 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1602); Tomás OGAYAR Y AYLON, «Fijación de la Fecha ...», ... ya *cit.*, p. 687, condicionando tal circunstancia a que la fecha de retroacción se hubiese ya fijado definitivamente, con autoridad de cosa juzgada que impide su discusión en un ulterior procedimiento; Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, p. 204, al afirmar que «de lo contrario se daría la inadmisibile solución de que prevaleciendo la impugnación del Auto en el juicio singular continuaría en el universal produciendo efecto»; Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 204, que añade la cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478), 22 de febrero de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.º 177, pp. 503-522), y 26 de marzo de 1974 («Colección Legislativa de España» 1974 n.º 148, pp. 400-408); más tarde Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8698-8699, adiciona las Sentencias de 16 de diciembre de 1975 (Aranzadi 1975/4457) y de 10 de noviembre de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso, (Aranzadi 1983/6074). A nuestro juicio también conduce a igual conclusión la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/712), al señalar que la declaración del Juzgado, en un incidente de modificación de la fecha de retroacción, de nulidad de los actos realizados por los quebrados a partir de la fecha de retroacción es una «... pura repetición ... del texto del artículo 878 del Código de Comercio, que no entraña decisión acerca de la interpretación que deba darse respecto del alcance, personalidad y procedimiento idóneo para la eficacia de la nulidad declarada». Más rotunda es la Sentencia de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1991/8406), que dice: «... no siendo posible procesalmente que ese acuerdo (el de fijación de la fecha de retroacción) pase a discutirse e impugnarse en cuantos pleitos se sostengan con la sindicatura de la quiebra ...»,

se ha manifestado M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO (43), quien considera que ante el silencio legal sobre el procedimiento de posible modificación de la fecha de retroacción, le parece más adecuado que pudiese ser en cada pleito de retroacción objeto de discusión la fecha misma, al afirmar que en cada una de tales impugnaciones «... la sindicatura ya no tenga que demostrar la situación de cesación general en los pagos pero en la que se posibilite al demandado la prueba de la inexistencia de cesación general en los pagos al tiempo en que él contratara», con lo que, a nuestro juicio, se puede caer en resoluciones contradictorias en los diferentes procedimientos judiciales singulares de retroacción, creándose aún una mayor inseguridad jurídica.

Así pues, la modificación de la fecha de retroacción debe hacerse dentro del procedimiento de la quiebra —lo que es perfectamente lógico pues quien puede tener un conocimiento más certero de la situación económica del quebrado es el Juez que conoce de su quiebra—, recogiendo SASTRE PAPIOL, sin adherirse a ninguna de ellas, dos posiciones enfrentadas en la «Jurisprudencia Menor», respecto de cuál será el momento límite para solicitar del Juez tal modificación, toda vez que nuestra legislación guarda silencio al respecto (44): hasta la celebración

lo que se reitera, con amplia síntesis de Jurisprudencia, en la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522), que admite, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (Aranzadi 1982/2.598), la excepción de litispendencia en el Juicio ordinario seguido para hacer efectiva la retroacción cuando penda incidente de modificación de la fecha de retroacción, siempre, a nuestro juicio, que tal modificación de fecha pudiera hacer entrar o salir en el período de retroacción el acto litigioso.

(43) Vid. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 251. En la práctica, aisladamente, se mantuvo en alguna ocasión la tesis expuesta de IGLESIAS, como puede verse en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de septiembre de 1980 («Revista General del Derecho» n.º 544, septiembre 1981, pp. 1173-1174), que justamente remite a los juicios declarativos de retroacción la discusión sobre dicha fecha.

(44) Así lo destaca José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 382., quien hace cita de las diversas posiciones doctrinales en España, pp. 384-386: para BLANCO CONSTANS, en el plazo de OCHO DIAS si es el quebrado quien trata la modificación, que es el plazo para recurrir en reposición el Auto declaratorio de la quiebra y hasta que se acabe por completo el examen y reconocimiento de los créditos si quien impugna es cualquier otro interesado, porque hasta esa fecha se pueden descubrir deudas ignoradas que den a conocer una determinada fecha como de cesación de pagos (a quien sigue YANES YANES, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 2566), para SOTILLO NAVARRO, el límite cuando actúa el Comisario es la Junta de examen y reconocimiento de créditos, si es el quebrado mantiene el plazo de los OCHO DIAS ya citado y si son otros interesados hasta que se acabe por completo el examen y reconocimiento de créditos. RAMÍREZ defiende, por su parte, frente a la fragmentaria y contradictoria Jurisprudencia con que contaba, que el límite máximo para solicitar la modificación de la fecha de retroacción era para todos, sin distinciones de ningún tipo, la ultimación de las diligencias sobre examen y reconocimiento de créditos.

de la Junta de examen y reconocimiento de créditos o hasta después de 30 días de celebrada aquélla en que ganan firmeza los acuerdos adoptados en la misma (45). En la doctrina clásica, IBARRA FRANCO (46) se refiere a que debiera haber un tiempo prudencial, hábil para instar la modificación de la fecha de retroacción, después de que los Síndicos formen los estados a que se refiere el artículo 1.368 LEC, sin hacer más concreción. Por su parte, Juan PÉREZ VALENZUELA (47), todavía mantiene otra tesis sobre el *dies ad quem* para solicitar la modificación de la fecha de retroacción, fijando el mismo en la fecha de la firmeza del resultado de la Junta de reconocimiento de créditos, no ya tomando en consideración sólo los treinta días posteriores ya citados sino incluso las fechas en que concluyesen definitivamente los litigios relativos a la inclusión o exclusión de créditos, «... considerando que la fijación de la fecha definitiva de la retroacción no debe actuarse cuando la totalidad de los créditos no están definitivamente reconocidos».

A nuestro juicio, las diferentes tesis expuestas deben interpretarse en el sentido siguiente: el quebrado sólo podrá solicitar la modificación de la fecha de retroacción mediante la interposición de recurso de reposición dentro de los OCHO DIAS siguientes al Auto de declaración de estado quiebra, pues el mismo cuenta con los datos suficientes de su situación económica (créditos contraídos e impagados) para articular su defensa en tal momento, aparte de que siempre contará con la posibilidad de que se pida tal modificación por los verdaderamente perjudicados por la fecha de retroacción, los terceros que contrataron con él en el período de retroacción; en cuanto a los terceros que contrataron

(45) En pro de la primera tesis cita SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8699, Notas (26) y (27), las Sentencias de la Audiencia Territorial de Baleares de 6 de julio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 463, abril 1983, pp. 636-638, y comentario de Juan PÉREZ VALENZUELA, ya *cit.*) y de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de mayo de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 544-545, enero-febrero 1990, pp. 805-808), mientras que favor de la segunda tesis la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 1986.

(46) *Vid.* Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 93-94, quien también menciona la tesis de SOTILLO NAVARRO, favorable a admitir la revisión de la fecha de retroacción a instancia del quebrado dentro de los OCHO DIAS que tiene para recurrir el Auto de declaración de quiebra conforme a los artículos 1.326 LEC y 1.028 C. Com. de 1829 —luego sigue tal tesis, p. 110—, así como a instancia del comisario de la quiebra antes de la fecha señalada para el examen y reconocimiento de créditos, entendiéndolo IBARRA FRANCO, p. 111, que respecto de los acreedores y cualquier otro interesado, la revisión de la fecha de retroacción debe hacerse a través del recurso de reposición ordinario contra el Auto que hizo la declaración provisional de la quiebra, contemplado con carácter general en la LEC. Por contra, para Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 204, debe mantenerse abierta la posibilidad de modificación «... hasta que se acabe por completo el examen y reconocimiento de los créditos, porque hasta esa fecha pueden descubrirse nuevas deudas que indiquen que la crisis económica se produjo con anterioridad a la fecha inicialmente señalada».

(47) *Vid.* Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 41.

con el quebrado, los acreedores del mismo, la Sindicatura y demás órganos de la quiebra, el tope máximo habrá de serlo el momento en que se conozca «definitivamente» la relación de los acreedores del quebrado, esto es, una vez concluido «definitivamente» el reconocimiento de créditos, pues sólo en ese momento se podrá saber de cuándo proceden esos créditos y cuándo resultaron impagados dando lugar al estado de sobreseimiento general de pagos. Lo contrario, sería colocar en situación de indefensión a tales sujetos y obligar a repetir en el procedimiento de modificación de la fecha de retroacción algo que se debe hacer en el Juicio de quiebra *stricto sensu*, el examen y reconocimiento de créditos, en claro detrimento, además, de la necesaria economía procesal.

Así pues, transcurridos esos límites temporales gana firmeza la fecha de retroacción (48), cosa que también hará cuando se haya resuelto definitivamente por resolución judicial firme la impugnación de la misma. No estamos, por tanto, de acuerdo con Tomás OGAYAR Y AYLLON para quien, debido a que la declaración provisional de la fecha de retroacción no producía efectos, siempre era necesario que la Sindicatura de la quiebra iniciase un procedimiento incidental para hacer definitiva la fecha interinamente fijada.

Apuntar, por último, otra tesis más reciente y muy restrictiva, con la que no estamos de acuerdo por lo ya expuesto, sobre el tiempo límite para modificar la fecha de retroacción, apuntada por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (49), para quien el mismo se encuentra en el tiempo hábil para impugnar la primera providencia en la que se hace la declaración de quiebra y se fija la fecha de retroacción, con lo que a los afectados de buena fe (que normalmente o no conocerán la declaración de quiebra de aquél con quien contrataron o estimarán que no les afecta), raramente llegarían a tiempo de discutir la fecha de retroacción.

(48) Ello con independencia de la ausencia de cosa juzgada que, en un principio, tiene el primer Auto que declara la fecha de retroacción. *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 388-391. Cita Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8699, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1930 (Aranzadi 1930/702), en la que se consideró, aisladamente, la firmeza de la fecha de retroacción como consecuencia de la firmeza del Auto de declaración de quiebra en que se contenía, lo que reduciría el plazo de revisión a los OCHO DIAS que se desprenden de los artículos 1.326 LEC y 1.028 C. Com. de 1829. A los «efectos provisionales» de la fecha de retroacción del Auto de declaración de quiebra se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas, Aranzadi 1990/5794).

(49) *Vid.* Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 14-16, con cita de la reciente Jurisprudencia, que no aporta mayor luz al caso, destacando la Sentencia de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas, Aranzadi 1990/5794), que sólo admite la revisión de la fecha de retroacción a instancia de los afectados de buena fe «planteadas aquélla en tiempo hábil», pero sin concretar el meollo de la cuestión, cuál es el tiempo hábil.

En cuanto a la legitimación para instar la modificación judicial de la fecha de retroacción, Tomás OGAYAR Y AYLLON (50), hizo ya un resumen de las diferentes posiciones doctrinales mantenidas sobre la cuestión, considerando más recientemente SASTRE PAPIOL (51) que estarán legitimados tanto el deudor quebrado, como cualquiera de los acreedores individualmente considerados, así como los órganos de la quiebra (Sindicatura y Comisario, de forma individual). Por nuestra parte, añadimos que también estará legitimado para pedir la modificación de la fecha de retroacción cualquier otro tercero que acredite interés legítimo en la retroacción, fundamentalmente los terceros que resulten beneficiarios de los actos de disposición realizados durante el período de retroacción, que mediante el simple expediente de conseguir «mover» la fecha de retroacción a un momento posterior a la del acto del que derivan sus derechos, evitan la aplicación del artículo 878 C. Com.

Con el fin de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución de todos aquellos que puedan resultar afectados por la retroacción, defiende Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO (52) que deberá hacerse, en el procedimiento de revisión de la fecha de retroacción, un llamamiento a todos cuantos tengan interés contradictorio. Tal llamamiento deberá solicitarse, a nuestro juicio, a medio de otrosí en el escrito en el que se promueva la modificación de la fecha de retroacción.

(50) *Vid.* Tomás OGAYAR Y AYLLON, «Fijación ...», ... *ya cit.*, pp. 685-686, que van desde el reconocimiento de la legitimación a cualquier interesado —posición de SAURA, que también recogen Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 402 y Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Tomo ...», ... *ya cit.*, p. 65, que se refiere al quebrado, los acreedores o cualquier interesado— hasta la limitación de la misma a los Síndicos de la quiebra —posición que sigue Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Actuación ...», ... *ya cit.*, p. 1301—, admitiendo siempre la modificación de oficio por el propio Juez que conoce de la quiebra, siendo, por su parte, p. 687, defensor de la legitimación de los terceros que contrataron con el quebrado y pueden verse afectados por la retroacción—(admite también la modificación de oficio Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 417-418, aun reconociendo lo escaso de su aplicación práctica, con apoyo en BLANCO CONSTANS)—; OGAYAR AYLLON, pp. 687-688, por contra, se opone a la modificación de oficio e incluso a la fijación de oficio por el Juez, cuando la misma no sea solicitada por el promovedor de la quiebra en la quiebra necesaria. Completa síntesis de la doctrina española favorable a la legitimación amplia (acreedores, Sindicatura, Comisario, quebrado y terceros afectados por la retroacción) la hace José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 377-382.

Reconoce la legitimación de la Sindicatura de la quiebra para instar la modificación de la fecha de retroacción sin necesidad de autorización del Comisario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403), al tramitarse este procedimiento dentro de la misma quiebra.

(51) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8699. En el mismo sentido Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 463, Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 417. Sobre la necesidad de permitir la personación en los autos de la quiebra de quien contrató con el quebrado antes de la declaración de quiebra, para así poder conocer la fecha de retroacción y, en su caso, impugnarla, puede consultarse el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 534, marzo 1989, p. 1799), que considera se causaría indefensión de negarse tal personación.

(52) *Vid.* Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario...», ... *ya cit.*, p. 204. Anteriormente ya Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.* pp. 402-403, con cita de SAURA y SOTILLO en ese sentido; Juan PÉREZ VALENZUELA, «Comentario...», ... *ya cit.*, p. 417, con cita de SOTILLO y de las Sentencias de la Audiencia

La determinación del procedimiento para la modificación de la fecha de retroacción, como señala SASTRE PAPIOL (53), tampoco ha alcanzado uniformidad en la doctrina científica, citando la posición de RAMIREZ, para quien habría de seguirse un procedimiento incidental (54), y la de CARRERAS LLANSANA, partidario de aplicar primero el artículo 1.367 LEC, entendiendo que el legitimado para la modificación debería dirigirse al Comisario y reclamar, posteriormente en su caso, en queja ante el Juez, para más tarde promover un incidente de revisión de la fecha de retroacción dentro del plazo de los CUATRO DIAS anteriores a la celebración de la Junta de examen y reconocimiento de créditos, que es cuando la Sindicatura deberá presentar el estado general de los créditos y cuando,

Territorial de Albacete de 14 de febrero y 13 de marzo de 1967, se refirieron a la conveniencia de llamar por edictos a todos los interesados a los pleitos de modificación de la fecha de retroacción para evitar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, así como admitieron que se demandase también al Depositario de la quiebra, que interinamente desempeña las funciones de los Síndicos. Esa misma expresión es recogida por el Auto de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 1991 (Ponente: Iltna. Sra. D.^a Isabel Carriedo Mompín; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8926-8928).

En contra, la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403), cuando dice que «"...no se puede compartir el criterio del Juzgador de instancia en cuanto a la posible vulneración del principio de tutela efectiva dispuesta por el artículo 24.1 de la Constitución Española; en definitiva sólo la sentencia que se dicte en el procedimiento de quiebra contendrá efectos directos frente a estos terceros, de ello se deduce que en el caso de autos el litisconsorcio pasivo es voluntario nunca necesario, dado que la Sentencia a dictar en el presente incidente no produce efectos de cosa juzgada material respecto a terceros adquirentes, y esta innecesidad de llamar al procedimiento a estos terceros, nos lleva a desestimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo».

(53) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8699-8700.

(54) A un procedimiento incidental, como ramo separado dentro del procedimiento de quiebra se refieren también SAURA y SOTILLO, como señala Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 402-403. Al mismo procedimiento incidental se remiten Tomás OGAYAR y AYLLON, «Fijación ...», ... ya *cit.*, pp. 686-687, que considera que puede terminar por un nuevo Auto que sería continuador del declaratorio de la quiebra y que se acomoda a lo que establece el artículo 369 LEC; SOTILLO NAVARRO y SAURA, a quienes cita RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 391, Nota (281b), Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 402-403, Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 204. En la Jurisprudencia defienden dicho procedimiento incidental de modificación de la fecha de retroacción las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1982/2598), de 27 de enero de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1986/332), de 8 de noviembre de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1988/8425), de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1990/712), de 4 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1990/5774). Rechazo expreso de la interposición de un Recurso de Reposición contra el Auto que fija la fecha de retroacción por parte de un acreedor se hace en el Auto de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 1991 (Ponente: Iltna. Sra. D.^a Isabel Carriedo Mompín, «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8926-8928).

Más recientemente se vuelve a remitir a un procedimiento incidental en el curso de la quiebra la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 de noviembre de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403).

por tanto, los acreedores tomarán conocimiento más aproximado del momento en el que el quebrado cesó pagos (artículos 1.101 y 1.104 C. Com. de 1829). Podemos añadir, por nuestra parte, la tesis de JIMENEZ DE PARGA (55), para quien la revisión puede hacerse a instancia del propio quebrado o del acreedor que con él coadyuve en el incidente de oposición a la declaración de quiebra (artículos 1.326 y 1.328 LEC), a instancia de la Sindicatura y de los acreedores en otro incidente planteado a tales efectos e incluso hace una vaga referencia a la revisión en «... procedimiento declarativo ... siempre que esa cuestión no haya sido revisada y juzgada definitivamente en el procedimiento de quiebra ...», sin que quede nada claro si se está refiriendo a la ya por nosotros rechazada revisión de la fecha de retroacción en el procedimiento declarativo resultante del ejercicio de la acción de retroacción. Finalmente, de forma aislada y *obiter dicta* la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1983/6.074), admitió la modificación de la fecha de retroacción en el seno del Juicio declarativo de retroacción.

Por nuestra parte, estamos conformes con la tesis mayoritaria de remitir el tratamiento de la modificación de la fecha de retroacción a un procedimiento incidental dentro del Juicio Universal de quiebra, sin aplicación del artículo 1.367 LEC, cuyo juego entendemos que debe limitarse al ejercicio en sí de la acción de retroacción.

No existe precepto legal alguno especial sobre la imposición de costas en estos procedimientos judiciales por lo que es de aplicación, en principio, el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la práctica, la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de abril de 1993 (56), ha ponderado especialmente que quienes pidan la modificación de la fecha de retroacción lo sean la Sindicatura y el Comisario de la Quiebra pues «... el interés del Comisario y de la Sindicatura de la Quiebra no es un interés parcial propiamente dicho, sino que actúan animados por el cumplimiento de sus respectivos deberes de cooperación con el Juez para el correcto desenvolvimiento del proceso concursal y de defensa de los intereses generales de la masa de acreedores ...».

Por último, en materia de recursos contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cabrá la interposición de Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial territorialmente competente, pero contra la resolución de ésta tienen declarado las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1930 (Aranzadi 1930/702) y de 16 de diciembre de 1975 (Aranzadi 1975/4.457) que no cabrá interponer recurso de casación ya que no se trata de una resolución definitiva, porque «... no pone término al Juicio universal de que dimana ...».

(55) Vid. Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión...», ... ya *cit.*, p. 463.

(56) Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.246.

Nótese que la ausencia de carácter definitivo de la resolución es también empleado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1994 (Ponente : Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo; Aranzadi 1994/1.195) como uno de los argumentos para denegar el acceso a la casación de las resoluciones dictadas en incidentes de oposición a la declaración de quiebra —cita en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1992 (Aranzadi 1992/6.284) y se apoya también en la ausencia de previsión expresa al respecto en el artículo 1.687 LEC ni en ningún otro precepto del citado texto legal—. La misma tesis se reitera en la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete; Aranzadi 1995/414), partiendo de que, con carácter general, conforme a los artículos 1.687, 1.689 y 1.690 LEC, sólo tienen acceso a la casación las resoluciones recaídas en la apelación de incidentes que hagan imposible la continuación del juicio principal, que, a su vez, tenga posibilidad de acceso a casación, o bien que se trate de resoluciones para las que expresamente se admita la casación, algo que no ocurre en los juicios de quiebra, donde la pieza esencial y principal, de declaración de quiebra, no puede acceder a la casación pues ello no está previsto ni en los artículos 758 y 1.330 LEC, ni en el artículo 1.031 C. Com. de 1.829, afirmando que «“las quiebras en cuanto conjunto de actuaciones de un orden de proceder que comprende varios aspectos desarrollados en piezas, carecen de acceso a la casación”».

Se aparta de esta reiterada doctrina jurisprudencial, sin aportar argumentación alguna y *obiter dicta*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 6 de junio de 1995 («Aranzadi Civil» 1995/978), cuando dice: «“Teniendo en cuenta la cuantía de la masa de la quiebra e incluso la intrínseca aducida del bien principal objeto de embargo, procede la posibilidad de entablar recurso de casación contra lo resuelto en la presente sentencia de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.687, en relación con el artículo 1.792 (debe querer decir 1.692) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dentro del plazo de 10 días ... y teniendo en cuenta muy esencialmente lo prevenido en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución española que proscribe en todo caso la indefensión”». Consideramos que esta última Sentencia aparte de ni siquiera poder constituir jurisprudencia no desvirtúa para nada la verdadera y constante jurisprudencia que hemos expuesto atinente a la veda de acceso a la casación de estos debates judiciales.

IV. EL EFECTO DE LA RETROACCION

Si arrancamos de la literalidad del artículo 878.2 C. Com. de 1885, al decir el mismo que «serán nulos», el efecto de la retroacción puede

parecer claro y rotundo: la nulidad de los actos de administración y disposición del quebrado, sin más distinción, realizados durante el período que medie entre la fecha de retroacción y la declaración judicial de quiebra, todo ello como consecuencia de ese llevar la inhabilitación del quebrado, proclamada en el artículo 878.1 C. Com. de 1829, a la fecha de la retroacción de la quiebra, tal y como se dispone en el artículo 1.024 C. Com. de 1829 (57), si

(57) Vid. E. JARDI, «La Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 174, quien se apoya solamente en la ficción legal del artículo 878.2 C. Com. de llevar la inhabilitación posterior a la declaración de quiebra a la fecha de retroacción; Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, pp. 403-407, con cita abundante de doctrina y Jurisprudencia y con un enfoque crítico de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, por considerar que las consecuencias de las mismas son monstruosas; Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 64, parte de la doctrina general de nulidad absoluta para luego matizarla hacia la anulabilidad; Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 191-192, con elogio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, que considera «... ha venido a cortar controversias e interpretaciones dubitativas, cerrando de una vez y para siempre, o por lo menos mientras no se promulgue la necesaria y tantas veces prometida Ley concursal, el duro y estrecho círculo en torno a los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción ... con criterio de nulidad absoluta de tales actos», haciendo, en p. 195, una síntesis de la doctrina jurisprudencial —Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909 y 7 de marzo de 1931 (Aranzadi 1931/1963)—; José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, pp. 414-417, quien después de hacer un estudio de la nulidad de los actos del quebrado posteriores a la declaración de la quiebra, defiende esta concepción fundándose en la, a su juicio, claridad del texto legal y de la doctrina del Tribunal Supremo que cita (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1874, 17 de febrero de 1909, 13 de mayo de 1927, 7 de marzo de 1931, 9 de junio de 1932 y 17 de marzo de 1958); parte, sin más, de la nulidad absoluta Tomás OGAYAR Y AYLLON, «Fijación de la Fecha ...», ... *ya cit.*, p. 677, si bien más adelante defiende la nulidad relativa, en el sentido de que abarque sólo a los actos de disposición que afecten a la masa; Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad Registral de Suspensiones y Quiebras», «Editorial Montecorvo, S.A.», Madrid, 1963, pp. 91-92, con crítica de las tesis de JIMÉNEZ DE ESCARZAGA y JUSTE IRIBARREN, que veremos, se muestra convencido de la nulidad radical que lleva aparejada la retroacción, basándose en la propia literalidad del artículo 878 y en el carácter tasado de los casos de rescisión en nuestro ordenamiento, a la vez que hace en pp. 95-110 un detallado estudio de las Sentencias antes citadas del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909; 13 de mayo de 1927, 17 de marzo de 1958 y 31 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2067), con íntegra reproducción de sus Considerandos. La Jurisprudencia ha sido prácticamente uniforme en esa doctrina, como puede apreciarse en la síntesis que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8406) y en el análisis muy completo que hace Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 10-11; pueden citarse, en concreto, entre otras y de las más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1981/5.051) —que recoge, con cita también de las de 1 de febrero y 26 de marzo de 1974, la de 26 de enero de 1983 de la Audiencia Territorial de Albacete («Revista General del Derecho» n.º 483, diciembre 1984, pp. 2992-2994)—, de 10 de noviembre de 1983 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1983/6074), de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1985/203), de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210) —con completa síntesis de Jurisprudencia clásica—,

bien, como apunta el propio JARDI (58), la retroacción, de considerar que lleva aparejada la nulidad de los actos de administración y disposición concertados bajo su imperio, produce efectos más gravosos todavía que los derivados de la inhabilitación del quebrado. En este sentido, RECALDE CASTELLS (59), llama la atención acerca de que la

9 de mayo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1988/4.047). En la «Jurisprudencia Menor» se hace expresa referencia a ese llevar la inhabilitación del quebrado a la fecha de retroacción por las Sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia de 23 de enero de 1986 («Revista General del Derecho» n.º 500, mayo 1986, pp. 2064-2065), de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 543, diciembre 1989, pp. 8309-8310) y de 22 de diciembre de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. Fuentes Bertolín; LA LEY 1990-2, 12.845-R), y el Auto de la misma Sección de 22 de diciembre de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Germán Fuertes Bertolín; «Revista General del Derecho» n.º 549, junio 1990, pp. 4874-4875), o bien con carácter más general se mantiene la nulidad absoluta y de pleno derecho oponible *erga omnes* en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 14 de octubre de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 529-530, octubre-noviembre 1988, pp. 6304-6305), haciéndose una completísima síntesis de Jurisprudencia reciente en el mismo sentido por la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de mayo de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 544-545, enero-febrero 1990, pp. 805-808), de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de junio de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Cañamares Pabolaza, «Revista General del Derecho» n.º 553-554, octubre-noviembre 1990, pp. 8622-8624), y en las Sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1355) y de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2193), aun cuando esta última es más aperturista puesto que hace un análisis de la no aplicación al caso, por falta de prueba, de la tesis del perjuicio de los actos afectados por la retroacción como criterio matizador del alcance del artículo 878.2 C. Com.; también la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1.993/2.522).

(58) Vid. E. JARDI, «La Nulidad ...», ... ya *cit.*, pp. 175-176, para quien la conclusión de la nulidad de los actos en período de retroacción se alcanza mejor sobre la base del artículo 1.036 C. Com. de 1829.

(59) Vid. Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 222. En este mismo sentido, M.ª Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 248; por su parte, se ocupa DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... ya *cit.*, pp. 19-22, del análisis de la situación de los actos del quebrado posteriores a la declaración de quiebra (artículo 878.1 C. Com.), donde recoge las dos tesis existentes, de considerarlos ya nulos de pleno derecho como los actos en período de retroacción (se apoya en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1988), o bien de considerarlos solamente anulables —con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1978 (Aranzadi 1978/2.629)— por la inhabilitación del quebrado, admitiendo su posible confirmación prevista en el artículo 1.310 CC y la imposibilidad de que el quebrado pueda ejercer en su beneficio la impugnación, ni los que con él hayan contratado, en aplicación del artículo 1.302 CC, lo que el propio DELGADO observa que es un contratamiento, al dar mayor protección a los acreedores (*a contrario* mayor desprotección para los terceros que contrataron con el quebrado en los actos de administración y disposición) frente a actos realizados en un período en el que desconocían la quiebra que en el período posterior en que la misma ya está declarada. Clásicamente IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 48-56, analizó con detalle la «inhabilitación del quebrado» y sus consecuencias para concluir en que la misma no era una incapacidad sino simplemente una «incompatibilidad». Por contra, Ramón M.ª ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», 7.ª Edición, Tomo I, «Bosch, Casa Editorial, S.A.»,

consecuencia de la inhabilitación o incapacidad es la sanción de la anulabilidad no de la nulidad, siendo además discutible que de la inhabilitación se desprenda la incapacidad personal del quebrado. Por su parte, EDUARDO AYA ONSALO (60), también ha negado que nos encontremos ante una nulidad absoluta, no sólo porque la inhabilitación en cuanto que incapacidad del quebrado determina la anulabilidad conforme al artículo 1.302 CC, sino también porque «... los actos realizados durante el período de retroacción nacen originariamente válidos, su nulidad exige declaración previa petición instada por los Síndicos (artículos 1.366 y 1.367 LEC) y admiten convalidación, pues no otra cosa se produce si la quiebra termina con un convenio convalidante o prospera la posible demanda de oposición, la conclusión no puede sino ser que tales actos no son radicalmente nulos».

De otro lado, en línea parcialmente con la doctrina científica mayoritaria concorde en extraer de la literalidad del artículo 878.2 C. Com. la nulidad, Miguel JUSTE IRIBARREN (61), ha sido más atento a esa

Barcelona, 1979, p. 594 funda la nulidad de la retroacción en la incapacidad retrotraída del quebrado —así lo declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Aranzadi 1960/478), aunque también puede entenderse que matiza su fundamento hacia la vulneración de un precepto, el artículo 878.2 C. Com., de orden público; más radical fue la Sentencia de 13 de julio de 1984 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1984/3.980), que, defendiendo la nulidad absoluta como efecto de la retroacción, afirma: «... siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado ...»—. Por su parte, José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, pp. 62-65, también negó que estuviésemos ante una incapacidad del quebrado, porque ni el CC menciona al quebrado dentro de los incapaces (artículo 200 CC), ni se prevén en dicho CC instituciones para la guarda de la persona y bienes del quebrado, ni tampoco el acceso al Registro de la Propiedad de la declaración de quiebra tiene lugar a través de la consignación de calidad de incapaz del quebrado (artículo 2.4 LH), entendiendo que estamos ante una «modificación o restricción de la capacidad de disposición del quebrado», como dice dicho autor apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1978. En esta línea se mueve el Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de septiembre de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Ferrándiz Gabriel; «LA LLEI» 1991-1, 478), al considerar que el quebrado queda sometido a una «... cuasi-incapacitación orientada a la protección de los acreedores que encuentra su *ratio* en la conveniencia de evitar que realice actos de naturaleza patrimonial en perjuicio de ellos; así, puede administrar sus bienes inembargables, seguir al frente de su empresa si lo acuerda con sus acreedores o llegar con ellos a convenio (artículos 1.449 LEC, 13.2 y 878 C. Com.) ...»; en lo que insiste, desde una distinta perspectiva, el Auto de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 1991 (Ponente Ilma. Sra. D.^a Isabel Carriedo Mompín; «LA LLEI» 1991-2, 615), al decir «... que la restricción de la capacidad de obrar del quebrado no alcanza a ser un caso de verdadera incapacidad, sino meramente de un estado personal, puesto que tal situación no se relaciona entre las restricciones generales de la personalidad, reflejadas en el artículo 32 CC, ni se incluye en el artículo 1.263 del mismo texto legal, entre las que producen incapacidad para contratar con plena eficacia, como tampoco entre las causas modificativas del estado civil».

(60) *Vid.* Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 21.

(61) *Vid.* Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, p. 1123. En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433), dijo que «... la nulidad que declara es la de los actos comprendidos en la época a que se retrotraigan esos efectos, es decir, la de los verificados en fechas comprendidas en ese período o época, no de los posteriores».

literalidad, pues al decir ese precepto que «serán nulos todos los actos posteriores a la EPOCA a que se retrotraigan los efectos de la quiebra» la palabra «época» no se refiere a un instante determinado (fecha de retroacción) sino a un espacio de tiempo (el que iría desde la fecha de retroacción hasta la declaración judicial de quiebra), con lo que sólo serían nulos los actos posteriores a la conclusión de esa época de retroacción, esto es, los actos posteriores a la declaración judicial de quiebra, momento a partir del cual, conforme al artículo 878.1 C. Com. el quebrado habrá quedado inhabilitado para la administración de su patrimonio.

Hace una acertada matización de la lectura literal del artículo 878.2 C. Com. AYA ONSALO (62), puesto que si bien es cierto que dicho precepto habla de que «serán nulos» los actos de administración y disposición en período de retroacción, ello no nos aclara mucho, por la falta de rigor del legislador al utilizar los términos de «... invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, revocabilidad, rescindibilidad o retroactividad ...», lo que determina el que no haya motivo para desfallecer en la labor investigadora e interpretativa del precepto que nos ocupa.

El ámbito subjetivo de los actos afectados por la retroacción viene determinado por el hecho de que debe tratarse de actos concertados por el propio quebrado cuando aún no había sido declarado en quiebra, pero estaba en situación fáctica de sobreseimiento general de pagos, lo que lleva a excluir de su ámbito de actuación aquellos actos concertados, en un estado judicial previo de suspensión de pagos, por los interventores judiciales o convencionales de la suspensión de pagos, que luego, por cualquier causa, devenga de forma directa o indirecta en un procedimiento concursal de quiebra (63).

(62) Vid. Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... ya *cit.*, pp. 21-22 y en el mismo sentido, con un análisis histórico de nuestro ordenamiento jurídico y de la evolución de la nulidad radical, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, pp. 245-248.

(63) Sobre el particular de diferenciación entre interventores convencionales (nombrados en el Convenio de la suspensión de pagos por los acreedores para controlar la ejecución del mismo) y judiciales (designados por el propio Juez que conoce del expediente de suspensión de pagos), así como de las diferencias entre las quiebras consecutivas y autónomas respecto de las suspensiones de pagos y la ausencia de comprensión de los mismos en los efectos de la retroacción, pese a que la retroacción se lleve a momento anterior a la suspensión de pagos, Vid. Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, «Legitimación para el Ejercicio de las acciones de Reintegración de la Masa. Contratos Realizados por los Organos de la Suspensión de Pagos en la Quiebra Posterior (A Propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988)», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 183/184, enero-junio 1987, especialmente pp. 437-441, admitiendo la posibilidad de que si tal contrato hubiese sido concertado por los señalados interventores convencionales de manera fraudulenta los Síndicos de la quiebra podrán, como representantes de la masa de acreedores, ejercitar la acción revocatoria ordinaria siempre que se cumplan los requisitos previstos en los artículos 1.111, 1.291-3.º y 1.294 y ss. CC.

Además, a nuestro juicio, también debería defenderse la imposibilidad de que tras la tramitación de un expediente de suspensión de pagos en el que se haya acreditado la solvencia del deudor por el informe de los interventores judiciales acreditativo de la existencia de un activo superior al pasivo del comerciante, no se pueda retrotraer la posterior quiebra a momento anterior a la presentación de tal Informe de los Interventores, referido en el artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos, del que resulte un activo superior al pasivo y siempre que, una vez en suspensión, el comerciante intervenido haya abonado los créditos que se van generando como consecuencia de la prosecución de su actividad mercantil, pues en ese caso consideramos que no hay razón para hablar de la existencia de una cesación general en los pagos (64), a menos que

(64) A favor puede consultarse la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de febrero de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; «Revista General del Derecho» n.º 585, junio 1993, pp. 6599-6600), que denegó la declaración de quiebra porque en el previo expediente de suspensión de pagos el Informe de los Interventores de la misma había hecho constar que el activo era superior al Pasivo en más de 25 millones de pesetas «... por lo que el acogimiento de la oposición a la declaración de quiebra es inevitable consecuencia de la naturaleza misma y fin de la quiebra que no es otro que el de sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, mediante un proceso de ejecución general ...»; anteriormente, y respecto incluso de la propia de declaración en estado de quiebra, *vid.* la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 13 de enero de 1988 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; «Revista Jurídica de Asturias» n.º 12, 1989, pp. 243-244), para la que la insolvencia definitiva de la quiebra sólo se dará cuando el activo patrimonial sea inferior al pasivo del comerciante, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1984. En contra, puede verse que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958 (Comentada por Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, pp. 104-109) se había aprobado el convenio de una suspensión de pagos solicitada por el comerciante el día 7 de julio de 1949 y en la subsiguiente quiebra seguida a instancia de los acreedores, por incumplimiento del convenio, se declaró como fecha de retroacción el día 7 de junio de 1949. Igualmente admitió una retroacción anterior a la suspensión de pagos previa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1985/4.738), aunque en ese caso se había dictado Auto sobreseyendo la repetida suspensión de pagos, por lo que puede entenderse que se trataba de un expediente de suspensión de pagos carente de apoyo fáctico; en un sentido más amplio, el Auto de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona de 15 de noviembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 534, marzo 1989, pp. 1503-1504) admitió también una fecha de retroacción anterior a la suspensión de pagos, por entender que de lo contrario quedaría al arbitrio del propio quebrado la determinación de la fecha de retroacción.

Ha vuelto nuevamente a plantearse esta cuestión con motivo de la quiebra de la naviera «ASCON» en la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de marzo de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Antón de la Fuente; «Revista General del Derecho» n.º 609, junio 1995, pp. 7.409-7.411). El supuesto de hecho consiste en que se admitió a trámite la suspensión de pagos de «ASCON» por Providencia de 7 de abril de 1978, aprobándose el convenio en dicho expediente de suspensión de pagos por auto de 27 de marzo de 1980, en el que se acordó una mora de un año y un pago del 40% de los créditos en el transcurso del segundo a partir de la

con anterioridad a la fecha en que se inició el expediente de suspensión de pagos el luego quebrado se encontrase ya en un estado de sobreseimiento general en sus pagos.

Asimismo, por no ser actos del quebrado, se ha denegado por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 11 de diciembre de 1986 (65) la inserción dentro de la retroacción de una Sentencia judicial

aprobación del Convenio y del restante 60% durante el transcurso del tercer año. Tras la inclusión de «ASCON», que siguió con su normal actividad, en los planes oficiales de reconversión, por escrito de 20 de mayo de 1991 dos acreedores, titulares de créditos contraídos por suministro de material en los años 1981 y 1982, pidieron la quiebra de «ASCON» que fue declarada por el Juzgado mediante auto de declaración de quiebra de 21 de junio de 1991, en el que se fijó como fecha de retroacción la del 3 de abril de 1978, anterior a la aprobación del Convenio de la suspensión de pagos e incluso a la propia solicitud de declaración en tal estado legal. Impugnada tal fecha de retroacción, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia entendieron que tal fecha no podía ser otra que la del incumplimiento del convenio de la suspensión de pagos, argumentando que «"...no podemos considerar que la petición de suspensión de pagos tenga que suponer necesariamente el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, ni siquiera la admisión a trámite ni el auto que así lo declara, por cuanto que precisamente ese intento de suspensión de pagos no puede equipararse al de cesación, dada la naturaleza jurídica y finalidad de aquélla que pretende preservar el patrimonio del suspenso en beneficio de sus acreedores, de ahí la finalidad del convenio dirigido a mantener la existencia jurídica y vida mercantil del comerciante, otra cosa podía predicarse, no obstante, de la insolvencia definitiva o de la falta de convenio, pero nótese que en el presente caso hubo un convenio con una espera de un año ..."», razones por las cuales remite la fecha de la retroacción a aquélla en que la quebrada había incumplido parcialmente «"las obligaciones constituidas por los créditos presentados y admitidos por los interventores"», esto es, la fecha en que se incumplió el convenio de la suspensión de pagos. Un último argumento *ab abundantiam* recoge la Sentencia comentada en relación con la no admisión de fechas de retroacción anteriores a las fechas de los créditos de quienes han instado una quiebra necesaria, pues dice que «"los créditos de la parte apelante que interesó en su día la declaración de quiebra, instó tal pronunciamiento en base a sendos créditos que derivan de suministros de los años 1981 y 1982, es decir después de la declaración de suspensión de pagos que lo fue por auto de 17 de noviembre de 1979 e incluso de la aprobación del convenio por auto de 27 de marzo de 1980, por lo que de aceptar la retroacción a 1978 como pretenden, supondría tanto como negar su propia legitimación *ad causam* en el presente procedimiento concursal pues en esta última fecha no tenían la condición de acreedores y no olvidemos que según el artículo 84.2 (sic. 875.2) procederá la declaración de quiebra «a solicitud fundada de acreedor legítimo», por lo que se pretende algo que, por lo dicho, va en contra de quien lo solicita y cualquier pretensión no puede conducir al absurdo"».

(65) «Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 7050-7051, que cita, a su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1960 («Colección Legislativa de España» 1960 n.º 456, pp. 495-504), que si bien no declaró nulo un laudo arbitral dictado durante el período de retroacción (concretamente en el mismo día de la fecha de retroacción), sí lo hizo respecto del pago efectuado al quebrado en virtud de dicho laudo, siguiendo la tesis de nulidad radical defendida por el propio Joaquín GARRIGUES ante el Tribunal Supremo, lo que determinó la obligación de repetir el pago a la Sindicatura de la quiebra. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433) considera actos del quebrado los realizados por delegación de él o en su sustitución, para incluir las adjudicaciones hipotecarias en el curso de un Juicio Sumario del artículo 131 LH.

dictada durante dicho período contra el luego quebrado, remitiendo la consideración de la nulidad o no al acto del que nació el crédito que se hizo valer a través del procedimiento judicial que dio lugar a que se dictase la correspondiente Sentencia en período de retroacción, de manera que de resultar afectado tal acto por la fecha de retroacción, en la lógica interna de la repetida Sentencia, se habría de declarar la nulidad tanto del acto como del procedimiento judicial y de la propia Sentencia en que tal procedimiento desembocó.

Partiendo igualmente de esa delimitación subjetiva de los actos afectados por la retroacción en cuanto a que deba tratarse de actos de administración y disposición realizados por quebrado, José Manuel GARCIA GARCIA (66), ha encontrado un apoyo más en su tesis de protección a los subadquirentes, toda vez que los mismos no han contratado con el quebrado, no son, pues, partes en los actos de administración y disposición del quebrado, sino que son parte en un acto de disposición del adquirente del quebrado. Bien es cierto, que de mantenerse la tesis de la nulidad absoluta, si aplicamos el clásico aforismo de que *quod nullum est nullum effectum producit*, el resultado será la nulidad de la adquisición del subadquirente como consecuencia de la nulidad de la adquisición del tercero adquirente respecto del quebrado, de modo que la primera nulidad arrastra a la segunda.

Por su parte, José MASSAGUER FUENTES (67) señala la exclusión, por esa misma razón de no tratarse de actos del quebrado, de aquellos actos concertados por el mismo en representación de tercero.

Dado el componente patrimonial que reviste la quiebra en general y la retroacción en particular, entendemos que es acertada la precisión que hace el propio MASSAGUER FUENTES (68) acerca de la exclusión de la retroacción de tres tipos de actos del quebrado, por no revestir ese carácter patrimonial relevante para la masa de acreedores: a) los negocios jurídicos de contenido no patrimonial; b) los de carácter patrimonial sobre bienes que constituyan parte de su patrimonio inembargable; c) los de carácter personalísimo (testamento, reconocimiento de hijos, adopción, ...).

(66) Vid. José Manuel GARCIA GARCIA, «La Seguridad Jurídica ...», ... ya *cit.*, pp. 1367-1368. Ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1932 (Aranzadi 1932/1094) que la retroacción no alcanzaba a «... actos o contratos en los que el quebrado, o no tuvo intervención alguna, o si intervino como otorgante fue en representación ajena, no en su propio nombre ...».

(67) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 36, Nota (3), con cita de la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1932 (Aranzadi 1932/1.094).

(68) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 36.

Delimitados subjetiva y objetivamente, en una primera aproximación, los actos afectados por la retroacción, esta doctrina de la nulidad absoluta determina que la misma operaría con independencia de que el negocio jurídico fuese unilateral o bilateral, oneroso o gratuito, de disposición o de administración, quienes fuesen los terceros contratantes, su buena o mala fe, y de los resultados favorables o desfavorables para la masa de tales actos, siendo, por tanto, el único elemento a tener en cuenta el de la fecha de realización del acto y que la misma se encuentre comprendida en un momento posterior a la fecha de retroacción de la quiebra (69). Se trata, a juicio de BILBAO

(69) Analizando la doctrina científica y jurisprudencial sobre la cuestión, Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 63-64, señala cómo estamos ante una nulidad absoluta tanto subjetiva (es nulidad frente a todos, con independencia de su ignorancia de la situación de cesación de pagos del quebrado o de su buena o mala fe) como objetivamente considerada (abarca a todos los actos de administración y disposición del quebrado, sin distinción); es la posición que, por ejemplo, mantenía ya, siguiendo a GARRIGUES y la Jurisprudencia de la época, BORRELL, «Efectos ...», ... ya *cit.*, pp. 273 y 282-283, para extender tal nulidad incluso a la fianza prestada por tercero al deudor luego declarado en quiebra para responder de obligaciones nulas por estar comprendidas en el período de retroacción, al entender que no es aplicable a tal supuesto el artículo 1.824 CC, por ser diferente la incapacidad (inhabilitación) del quebrado en el período de retroacción a la incapacidad del menor contemplada en el referido artículo 1.824 CC, añadiendo además que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal por lo que «... no puede obligarse a cumplir una obligación que el deudor se ha comprometido a llevar a cabo mediante una condición tácita: la de no ser declarado en quiebra» —sobre la incidencia de la quiebra en la fianza puede consultarse el trabajo de Beatriz ALONSO SÁNCHEZ, «Derecho Concursal y Fianza», «Poder Judicial», 2.^a Epoca, n.º 31, septiembre 1993, pp. 9-30—; en este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, que calificó la retroacción como una «nulidad radical *ipse legis potestate et auctoritate*». Completa síntesis de esta doctrina de la nulidad absoluta de la retroacción se hace por MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 35. Esta posición se mantiene, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991, que comentan Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 221, y José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... ya *cit.*, pp. 170-171 —este último se asienta en los precedentes históricos del artículo 878.2 C. Com. para decir «que la sanción del artículo 878.2 C. Com. es la nulidad de pleno derecho parece que no deja la menor sombra de duda»— y doctrinalmente por Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... ya *cit.*, pp. 463-464, elogiando en ese sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1989 que comenta, y donde además es radicalmente contrario a la protección de terceros registrales, ya sean adquirentes o subadquirentes. *Vid.* la siguiente síntesis jurisprudencial reciente, partidaria de la nulidad absoluta: Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo, Aranzadi 1985/203), de 9 de mayo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1988/4.047), de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956), de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406), de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1991/9.405), de 12 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, Aranzadi 1993/1793) —con alguna leve matización que analizaremos, pero que no le impide reiterar la doctrina jurisprudencial anterior— y de 11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276).

En esta línea, *Vid.* Auto de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de octubre de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.807).

ARISTEGUI (70), de una nulidad no incardinable en ninguna de las categorías tradicionales de nuestro Derecho Civil, sino simplemente de una nulidad *ipse legis potestate et auctoritate*, que «... es independiente de que en el contrato se hayan dado o no los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, o de que haya o no habido lesión para los acreedores ...; independiente, en fin, de que el contrato adolezca o no de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley (artículo 1.300 del Código Civil)», una nulidad, en suma, fundada hoy en el artículo 6.4 CC (nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas que no dispongan otro efecto para el caso de su contravención). Buena muestra de esta difícil incardinación de la retroacción dentro de las categorías de ineficacia conocidas en nuestro Derecho puede apreciarse en el Auto de la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Sevilla de 22 de junio de 1987 (71), que llega a calificar de «inexistentes» los actos afectados por la retroacción.

La consecuencia de tal nulidad absoluta, conforme a la doctrina general, será la reintegración a la masa de los bienes del quebrado que hayan salido de su patrimonio por causa de tales actos (72), e incluso se defiende también su extensión a los pagos realizados en virtud de contratos que se pudiesen hacer concertado antes del período de retroacción y que, por tanto, a pesar de ser perfectamente válidos, ello no impide el que los pagos realizados en su ejecución se vean afectados por la retroacción, así como incluso a las compensaciones efectuadas en dicho período (73);

(70) Vid. Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1301-1302. Se apunta que estamos ante la violación de una norma prohibitiva, artículo 878.2 C. Com., en la Sentencia de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, Aranzadi 1991/9.405).

(71) «Revista General del Derecho» n.º 540, septiembre 1989, pp. 6014-6015.

(72) A esa literal y radical conclusión se llega, en principio, por José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, p. 392 y pp. 408-409, donde destaca que nuestro sistema es mixto en el sentido de que son nulos, viciados de nulidad absoluta, todos los actos de administración y disposición realizados durante el período de retroacción, así como los posteriores a la declaración de la quiebra y los anteriores a la fecha de retroacción contemplados en los artículos 879 y 880 C. Com., mientras que serán simplemente anulables los actos realizados antes de la retroacción contemplados en los artículos 881 y 882 C. Com.

(73) Así lo defiende Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 406-410, llegando a la conclusión de que «... por efectos del expresado mecanismo de la retroacción, en muchas ocasiones hay que anular pagos hechos por el quebrado, derivados de contratos perfectamente válidos e incluso ya cumplidos en parte». Con más detallado estudio de nuestra doctrina y jurisprudencia, Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 68-69, señala cómo dentro de los actos de administración y dominio se incluyen el pago y la compensación; en este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960 (Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboni Cuenca, Aranzadi 1960/478): «... puesto que si el pago es el cumplimiento de la prestación establecida en la obligación para que sea eficaz es preciso que quien lo realice tenga en ese momento capacidad para hacerlo y libre disposición de lo que entrega y al no tenerla en este caso los declarados en quiebra como consecuencia de los efectos de la retroacción ... es indudable que generarán con su actuación un acto jurídico de dominio o administración para

se opone, por contra, a la comprensión de la compensación dentro de los actos afectados por la retroacción Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (74), al entender que se trata de un pago sin desplazamiento de numerario, en el que no se detrae de la masa ninguna suma, e incluso se facilitan las operaciones de la quiebra abreviando sus trámites al hacer menos numerosas las obligaciones por satisfacer y los créditos por graduar. En cuanto a la restitución de los bienes que hayan salido del patrimonio del quebrado, al considerarse la acción de retroacción como una acción de nulidad real, tal obligación recaerá sobre los concretos bienes que salieron de dicho patrimonio, a menos que los mismos hubiesen sido perdidos o realizados, en cuyo caso el tercero habrá de reintegrar a la masa de la quiebra su valor en dinero (75).

Por otro lado, Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (76) considera que también quedan incluidos en la nulidad de los actos realizados en período de retroacción los embargos que se hubiesen decretado durante el mismo, con independencia de que el título del que proceden hubiese nacido durante el período de retroacción o antes del mismo, por entender que su mantenimiento iría en contra del principio de *par conductio creditorum*, y contrariaría también la acumulación al juicio de las ejecuciones pendientes, contemplada en el artículo 1.319 en relación con el artículo 1.173.3.º LEC.

Pero aun por el propio RAMÍREZ (77), que es tan radical en la rotundidad de las conclusiones que extrae de la legislación vigente y de

el que estaban incapacitados ...» Vid. la Sentencia de 2 de febrero de 1976 (Aranzadi 1976/315) y la de 7 de marzo de 1977 (Aranzadi 1977/1021, a propósito del pago efectuado por el embargo realizado de créditos frente a terceros del ejecutado, luego declarado en quiebra). La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. Mariano Fernández Martín-Granizo, Aranzadi 1985-203) declaró comprendida la cancelación anticipada de un depósito en el período de retroacción para hacer pago de unas letras de cambio de las que era avalista el propio Banco tenedor del depósito.

(74) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 67-68, apoyándose, fundamentalmente, en URÍA y dejando de lado el argumento de JUSTE IRIBARREN, que sigue fundamentando, años después, la misma solución en la aplicación de los artículos 1.196.5 y 1.202 CC, para afirmar este último «Notas ...», ... ya *cit.*, pp. 1.127-1.128 que «si en el momento de la deuda del quebrado, el quebrado era acreedor y la entrega que hizo al tercero la hizo sin que la quiebra existiera para él, esto es, sin que estuviera declarada y publicada, por lo que obró de buena fe, se extinguirán ambas deudas en la cantidad concurrente por ministerio de la Ley (artículo 1.202).

(75) Así ocurrió en el caso de la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355) a propósito del reintegro de unos pagarés que la quebrada tenía depositados en un Banco y que habían sido ya realizados por tal Banco, obligándose al Banco a reintegrar su equivalente en dinero así como los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda de retroacción, por aplicación de los artículos 451, 479, 1945 y 1947 CC.

(76) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 66-67.

(77) Vid. José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... ya *cit.*, pp. 417-420.

la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se muestra un importante recelo hacia las gravísimas consecuencias que tal nulidad absoluta genera en el tráfico jurídico en general y en el mercantil en particular, poniendo el ejemplo del comerciante individual quebrado y la multiplicidad de actos de administración y disposición que puede haber realizado durante el período de retroacción (incluso pagos de alimentos, vestidos, viajes, espectáculos, jornales, materias primas, etc. ...).

Por ello, para evitar esa excesiva rigurosidad de consecuencias definiendo RAMIREZ, «... que no puede haber inconveniente en entender que, los efectos anulatorios que examinamos, no se extienden a los actos “normales” consumados en el período de retroacción, ni, desde luego, a aquellos que, aun siendo de orden patrimonial, guardan relación, no con los bienes sujetos a la quiebra, sino con los que escapan a la ejecución concursal». En la misma línea de RAMIREZ, con cita incluso, BILBAO ARISTEGUI (78), más preocupado por la incidencia de la retroacción en el prestigio registral, hace referencia a la situación de las S.A. y S.R.L. (comerciantes por Ley) dedicadas a la construcción y las consecuencias de su declaración de quiebra y retroacción en la situación de todos aquellos que con dichas sociedades mantuvieron relaciones jurídicas durante el período de retroacción y, principalmente, de los compradores de viviendas y locales comerciales.

En suma, esta posición de RAMIREZ vendría a excluir de los gravísimos efectos de la retroacción de la quiebra todos aquellos actos de administración y disposición integrados en la actividad mercantil del comerciante quebrado (puede tratarse desde la venta en establecimiento mercantil de cualquier tipo de producto, hasta la venta de pisos y locales comerciales por una inmobiliaria o constructora), tomando como criterio cumulativo de normalidad el análisis de las condiciones del acto, en el bien entendido sentido que el mismo se concertó en las mismas condiciones, en las condiciones normales, en las que lo hubiese concertado un comerciante que no estuviese en situación de cesación de pagos, de quiebra de hecho, en suma.

Pero en contra de tal tesis de RAMIREZ, Angel ROJO (79), señala que la literalidad del artículo 878.2 C. Com., al no dar calificativo alguno a los actos de administración y dominio del quebrado —fuera de calificarlos como nulos—, pese a haberse suprimido la expresión «todo acto de administración y dominio», que contenía el artículo 1.035 C. Com. de 1829, conduce a entender que se abarca tanto a los

(78) Vid. Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1303-1304.

(79) Vid. Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 69-71. En este sentido la doctrina de la nulidad absoluta sigue siendo para MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, p. 37, la doctrina mayoritaria. Partidario de la exclusión de la retroacción de los actos ordinarios es BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ya *cit.*, pp. 1312-1313.

actos ordinarios como extraordinarios, siempre que recaigan sobre bienes propios del quebrado y no sobre bienes de titularidad ajena.

Dentro de este mismo estudio dedicamos un apartado independiente al análisis de las nuevas corrientes doctrinales tendentes a minorar la doctrina clásica de la retroacción como nulidad absoluta en el sentido expuesto antes por Angel ROJO.

Centrándonos a continuación en el análisis de la situación del tercero que contrató con el quebrado tras verse laminado por el peso de la retroacción como nulidad absoluta, JIMENEZ DE ESCARZAGA (80)

(80) *Vid.* Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 66 —quien incluso, p. 80, defiende el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del tercero, al amparo del artículo 908 C. Com.—, a quien sigue, en cuanto a la necesidad de articular algún mecanismo de restitución al tercero de su crédito, MARTÍN REYES, «Retroacción de la Quiebra, Nulidad del Contrato y Restitución de Prestaciones (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973)», «Revista Jurídica de Cataluña» 1975, pp. 331 y ss. También partidario de la devolución recíproca de prestaciones entre el quebrado y el tercero que contrató con él en el período de retroacción, Joaquín TORRES DE CRUELLES, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 197-199, argumentando que de lo contrario habría un enriquecimiento injusto de la masa, así como se iría en contra de las consecuencias que se derivan de la nulidad de los negocios jurídicos, e incluso de las consecuencias del ejercicio de la acción revocatoria pauliana, siendo su conclusión que el tercero adquirente queda fuera de la quiebra, pues lo contrario sería agravar más de la cuenta el ya de por sí riguroso y duro artículo 878.2 C. Com.; Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, p. 1127, que congruentemente con su calificación de la acción de retroacción como rescisoria se apoya en el artículo 1.295 CC; Francisco VICENT CHULIÁ, «Compendio ...», ... *ya cit.* pp. 882-883, ante el silencio del artículo 878.2 C. Com., se apoya en los artículos 1.303, 1.304 y 1.308 CC, al mismo tiempo que no encuentra razón que justifique la no restitución: ni resulta afectado el principio de igualdad de trato de los acreedores, ni el C. Com. establece una presunción de mala fe en el tercero adquirente, habiendo seguido la misma tesis MARTÍN REYES, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 337 y José Luis VÁZQUEZ SOTELO, «Acumulación de Autos: Excepción a la *Vis Atractiva* del Juicio Universal (Artículo 166 LEC)», «Revista Jurídica Española LA LEY», 1986-2, p. 155. Síntesis de ambas tesis se puede ver en Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, pp. 22-23, pues defiende la necesidad de restitución al tercero de las contrapartidas del acto afectado por la retroacción, ya se entienda que estamos ante una nulidad (artículo 1.303 CC) o ante una rescindibilidad (artículo 1.295 CC), con el fin de evitar el enriquecimiento injusto de la masa y, por último, con apoyo en los artículos 908 y 909 C. Com. que obligan al deudor quebrado a devolver los géneros adquiridos al contado y no pagados en todo o en parte, lo que hace inexplicable lógica y jurídicamente que si los hubiera pagado pudiera retenerlos y solicitar además la reintegración de su precio. En contra de la configuración como acción rescisoria Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 140-141, que enumera cinco razones contra tal asimilación: subsidiariedad de la acción rescisoria frente a principalidad de la acción de retroacción; necesidad de concurrencia de intención dañosa en la acción rescisoria y ausencia de contemplación de la intención en la de retroacción; demostración de que el acto o contrato determinado ha impedido la efectividad de un crédito frente a la ausencia de tal demostración en la acción de retroacción ejercitada por la sindicatura; restitución recíproca de prestaciones en la acción rescisoria (artículo 1.295 CC)

llamó la atención acerca de las consecuencias perjudiciales que para los mismos acreedores se podrían derivar de la aplicación de tal nulidad absoluta, pues la misma debería llevar aparejada la restitución al tercero afectado por la nulidad de las transmisiones que el mismo hubiese realizado en favor del quebrado, ya que «la ineficacia del acto que la nulidad absoluta provoca, significaría una falta de título para justificar las transmisiones, y los bienes entregados al quebrado se habrían de reputar de dominio ajeno, y, por tanto, fuera de la masa de la quiebra (artículo 908 C. Com.)». Por ello, tras hacer una remisión a la doctrina general de la ineficacia de los contratos, considera que aunque el artículo 878.2 C. Com. se refiera a nulidad, en realidad se trata de una anulabilidad, incardinable dentro de las acciones rescisorias, pues a través de la misma sólo se pretende proteger el interés de los acreedores en relación con un contrato inicialmente válido y cuyo efecto es la ineficacia de dicho acto en el caso especialmente previsto por la Ley, lo que lleva, en suma, a concluir que se trata de una «acción pauliana degenerada a base de expansiones a casos ni originaria ni conceptualmente comprendidos en la misma, pudiendo bien decirse que con ello ha perdido el carácter de tal, conservando en común con la pauliana sólo su naturaleza rescisoria». En similar sentido, se pronuncia SOTILLO NAVARRO (81), para quien la que él denomina «acción revocatoria concursal» presenta un cierto paralelismo con la acción pauliana, que protege a la masa de acreedores, que se basa no

y ausencia de reintegración en la de retroacción; actuación contra el que perjudicó a los acreedores en la acción rescisoria frente a actuación contra cualquier tercero en la acción de retroacción; tales razones son prácticamente reproducidas para diferenciar la acción de retroacción de la acción pauliana en p. 147, pues para IBARRA FRANCO, p. 148, la acción de retroacción es una acción recuperatoria o restitutoria, que provoca una ineficacia especial, que no es nulidad, en los actos dentro del período de retroacción. En la práctica, se deniega la aplicación del artículo 1.303 CC en las Sentencias de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956) —por no haberse invocado en la instancia— y de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete; Aranzadi 1991/9.405), que sólo admite la consideración del tercero como nuevo acreedor, pero no el restablecimiento del equilibrio de prestaciones al margen de la quiebra. Por contra, se admitió la restitución de prestaciones en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 26 de enero de 1983 («Revista General del Derecho» n.º 483, diciembre 1984, pp. 2992-2994), que además plantea el interesante tema de la construcción por el tercero sobre la finca vendida por el luego quebrado dentro del período de retroacción, remitiéndose la restitución a la aplicación del artículo 361 CC, al considerar al tercero como de buena fe, al no existir constancia de que conociera la situación jurídico-patrimonial del luego quebrado al tiempo de construir en el terreno, que luego revierte a la masa de la quiebra, ya que la fecha de retroacción que le alcanzó fue establecida mucho después de iniciada la obra y sólo medio año antes de su conclusión.

(81) Vid. Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... ya *cit.*, pp. 553-554.

en el *consilium fraudis* sino en la disminución del patrimonio del deudor y que persigue hechos que en rigor pueden no ser fraudulentos. JIMÉNEZ DE ESCARZAGA (82) incluso defiende la protección frente a la propia acción rescisoria de las adquisiciones realizadas por terceros en aquellos supuestos en los que el legislador, por razones de orden público, establece la irrevindicabilidad de los bienes y derechos transmitidos: artículo 545.3 C. Com. referente a la cesión de valores mobiliarios —tras la Reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, artículo 545 C. Com.—; artículos 85 y 86 C. Com., en cuanto a la adquisición de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público (83); artículo 464 CC sobre la adquisición de bienes muebles, artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los números 1 y 4 del artículo 37 de la misma Ley, respecto de la adquisición de bienes inmuebles, descuento de letras de cambio realizadas por entidad bancaria que luego es declarada en quiebra, adquirente de buena fe de letras de cambio y adquisición judicial de bienes propiedad del quebrado (84). Francisco

(82) Vid. Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 66-77. Las consecuencias que más adelante extrae este mismo autor, pp. 78-81, de esta calificación de estas acciones como rescisorias, es la necesidad de que se acredite, para su éxito, la causación de perjuicios a los acreedores, y derivándose de la misma la necesidad de que los síndicos restituyan al tercero que contrató con el quebrado y procedan a la devolución de lo que recibió el quebrado del mismo, como condición previa para que se proceda a la restitución a la masa, pues «No bastará la mera inclusión en la masa de la quiebra, como un crédito más», así como defiende la protección de los terceros subadquirentes que no hubieran procedido de mala fe, en aplicación del artículo 1.295.2 CC.

(83) En el mismo sentido Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 90-91, quien apunta, además, a que no tiene relevancia el que el comprador no retire el objeto adquirido en el instante mismo de la venta, pues el artículo 1.463 CC presume verificada la entrega por el solo acuerdo o conformidad de los contratos si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta. En contra, Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 68, considera demasiado forzado traer a la retroacción la aplicación del artículo 85 C. Com.

(84) Referencia de los tres últimos supuestos se hace por Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 223, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/3.960) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185), por lo que se refiere al descuento de letras por entidades bancarias, y con apoyo en VICENT CHULIA para los otros dos casos —«Compendio Crítico de Derecho Mercantil», Tomo II, 3.^a Edición, «José M.^a Bosch, Editor», Barcelona, 1990, pp. 883-884, quien considera que el artículo 878.2 C. Com. no deroga ninguna de las normas de protección de las adquisiciones de terceros de buena fe: artículos 464 y 1.291 CC, 34 LH, 85 C. Com., ni las que protegen las adquisiciones hechas en virtud de adjudicación judicial—, así como reconoce la falta de apoyo legal expreso para tales opiniones. Más adelante, p. 224, matiza que sí quedará afectado por la retroacción el descuento si sus condiciones e intereses impuestos por el descontante fueren particularmente onerosos para el descontatario, justificando el mantenimiento de su validez, en general, en que a la salida de un valor económico del patrimonio del quebrado (el crédito descontado) se corresponde la entrada en la masa de otro equivalente (el importe de dicho crédito menos el interés del descuento), siendo la consecuencia que ni el Banco descontante podrá reclamar al descontatario quebrado la cantidad anticipada, ni la masa de acreedores podrá pedir al Banco la restitución de los efectos descontados y transmitidos al Banco, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963

VICENT CHULIA (85) justifica la exclusión de la retroacción de aquellas operaciones que no afecten a la masa de la quiebra, bien por no recaer sobre bienes embargables del quebrado (que no se incluirán en la masa de Derecho) o bien porque recaen sobre fondos o bienes ajenos, englobando dentro de estos últimos «... los pagos o abonos en cuenta corriente hechos por las entidades bancarias procedentes del cobro de letras de cambio recibidas en comisión de cobranza, o incluso en virtud de descuento, ya que el Banco se reintegra en este caso de los librados las cantidades anticipadas «salvo buen fin».

Angel ROJO (86), con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, expuso que para la misma esta nulidad no desencadena la restitución

n.º 605, pp. 530-535), que cita RECALDE. Para FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 171, la exclusión del descuento efectuado por la entidad bancaria de la retroacción se debe incluir dentro de la más amplia exclusión de las operaciones propias, ordinarias y habituales del tráfico comercial del quebrado. Más adelante volveremos sobre el contrato de descuento y la retroacción.

(85) *Vid.* Francisco VICENT CHULIA, *Compendio Crítico ...*, ... ya *cit.*, p. 881.

(86) *Vid.* Angel ROJO, «Introducción ...», ... ya *cit.*, pp. 77-79. Anteriormente ya Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 135, fue tajante al decir que «... el quebrado no devuelve nada, solamente ha de hacerlo el afectado por la retroacción», siendo considerado el tercero como un acreedor más de la masa», lo que utiliza este mismo autor como criterio para considerar que la retroacción no implica nulidad sino ineficacia, señalando más adelante, p. 141, que «la retroacción no lleva consigo la devolución de lo percibido mutuamente. Da como válido lo que el quebrado percibió del retrotraído, y hace ineficaz lo que éste recibió de aquél», para concluir, pp. 156-157, en que «desde el momento de verificarse la devolución y siempre que haya solicitado el reconocimiento de su crédito, (el tercero afectado por la retroacción) pasa a integrar la masa de acreedores, considerándose como un acreedor más entre los ya existentes, y con derecho a percibir en su día lo que proporcionalmente le corresponda ...», con las graves consecuencias que ello tiene para el caso de que se le considere acreedor moroso, esto es, cuando la retroacción haya tenido lugar después de celebrada la Junta de examen y reconocimiento de créditos (*Vid.* pp. 157-160), lo que ocurrirá siempre que haya litigio debido a la duración del Juicio Ordinario correspondiente, pudiendo servir para salvar tal problema la consignación por el tercero de lo reclamado a disposición del Juez o de la Sindicatura si prestare fianza, con el fin de que se reconozca condicionalmente el crédito. Con referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1960 (Aranzadi 1960/3.476; que se apoya en que el artículo 878.2 C. Com., a diferencia de los artículos 1.303 y ss. CC., responde exclusivamente a la defensa de la masa de acreedores, así como en la ausencia de contratación del tercero con tal masa de acreedores), sigue esta doctrina BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1302-1303. Referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973 (Aranzadi 1973/901) y 26 de marzo de 1974 («Colección Legislativa de España» 1974 n.º 148, pp. 400-408) —reiteradas luego, expresa o tácitamente, en la «Jurisprudencia Menor», así *Vid.* Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 14 de octubre de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 529-530, octubre-noviembre 1988, pp. 6304-6305), y de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio, «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9609)—, que siguen la misma opinión, puede consultarse en José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 83-84, Nota (102), quien expone su propia opinión que, partiendo de la configuración de la retroacción como rescisión, le lleva a defender que el tercero «... sólo podrá obtener la recuperación de sus prestaciones en el momento en que se efectúe el reparto de la masa activa, o conforme a los términos del convenio que pudiera aprobarse, para lo cual necesitará de su previa inclusión en la masa pasiva», con los problemas que se generan por su inserción tardía en el caso de que hubiese habido pleito de retroacción.

de prestaciones, sino que al tercero adquirente se le hace participar en el dividendo que le corresponderá, en su día, junto con los demás acreedores y en el rango que le corresponda a su nuevo derecho de crédito, rango que en el caso de ser el tercero adquirente en virtud de una Escritura Pública inscrita en el Registro de la Propiedad deberá ser, a juicio de Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (87), el de acreedor escriturario de acuerdo con el artículo 913.4.º C. Com. A esa doctrina se opone el propio ROJO (88), por el enriquecimiento injusto que la misma supone para la masa de la quiebra, a la vez que considera injustificado el que se sancione de esa forma al tercero que contrató con el quebrado durante el período de retroacción, pero pese a ello él mismo reconoce que «... el Tribunal Supremo, sin desviación conocida, ha entendido que quien contrató con el quebrado ... no puede exigir simultáneamente la restitución de lo por él dado, sino que ha de insinuar el correspondiente crédito como acreedor concursal». Anotar que TORRES DE CRUELLS (89), mitiga un poco la gravedad de las consecuencias de las tesis de no restitución al tercero, pues considera que aunque no se estimase la restitución al tercero afectado por la retroacción de lo que entregó en tal período al quebrado, dicho tercero sería titular de un crédito posterior a la fecha de la retroacción, que sería un crédito contra la masa, lo que le dota de preferencia para el cobro a dicho tercero.

Muy crítico con la negación de restitución del tercero se manifiesta FINEZ RATON (90), quien además de seguir la posición de TORRES

(87) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, p. 81, partiendo de la base de que la condición de adquirente inscrito en el Registro de la Propiedad del quebrado titular registral no implique una protección de tal adquirente frente a la retroacción que haga inatacable su derecho real. En la práctica, en la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Béjar García, «Revista General del Derecho» n.º 553-554, pp. 7943-7945) el acreedor hipotecario se contentó con solicitar el reconocimiento de su condición de acreedor ordinario en virtud del crédito ordinario anterior a la retroacción, que había sido garantizado con la hipoteca anulada.

(88) La misma línea crítica es mantenida por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... ya *cit.*, pp. 16-17, donde vuelve a destacar que transferir al tercero que contrató con el quebrado en el período de retroacción a la condición de un acreedor más, supone la inaplicabilidad del artículo 1.303 CC a la nulidad de la retroacción.

(89) Vid. Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... ya *cit.*, p. 199.

(90) Vid. José Manuel FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... ya *cit.*, pp. 172-173. Anteriormente en el mismo sentido, Emilio BELTRÁN, «Las Deudas de la Masa», «Studia Albornotiana», Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pp. 162-163, afirmando que la subsunción del tercero afectado por la retroacción en la ley del dividendo pugna tanto con los principios civiles sobre la ineficacia de los negocios, como con el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto, de manera que el crédito de ese tercero nace después de la quiebra como consecuencia de actos legítimos de la sindicatura.

CRUELLES antes citada al estimar que el crédito del tercero nace después de la declaración de quiebra, cuando se lleva a efecto la retroacción, por lo que no es un crédito concursal sino una deuda de la masa, defiende posteriormente que el artículo 878.2 C. Com. no impide la aplicación de los artículos 1.303 y ss. CC, justificando solamente la aplicación de la no restitución como sanción para el tercero que deviniese acreedor fraudulento, en cuyo caso considera que debería incluso subsumirse a tal tercero en la condición de cómplice de la quiebra y aplicarle los artículos 893 y 894 C. Com., lo que podría generar, como señala Agustín MADRID PARRA (91), que también tuviese que indemnizar daños y perjuicios.

En cuanto a lo que se refiere a la restitución que el tercero debe hacer a la masa, señala MASSAGUER FUENTES (92) cómo con independencia de que estemos ante una nulidad o rescisión, tal tercero deberá reintegrar la cosas con sus frutos y el precio con sus intereses, en aplicación de los artículos 1.295.1 y 1.303 CC, y no siendo posible la reintegración *in natura* deberá indemnizar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado el negocio retrotraído, aplicándose en cuanto a mejoras, gastos y deterioros las normas generales relativas a la posesión de bienes ajenos, contenidas en los artículos 453 y 457 CC y referentes a los poseedores de mala fe.

Las especialidades que encierra la misma nulidad radical proclamada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (ni faltan requisitos esenciales del contrato en retroacción, ni resulta contrario a una norma imperativa o prohibitiva, ni está legitimado cualquiera para hacerla efectiva, ni se produce el efecto de restitución recíproca), le han llevado a DELGADO ECHEVERRÍA (93) a entender que estamos ante una «ineficacia especial», fruto de una interpretación jurisprudencial no literal del artículo 878.2 C. Com., que puede y debe ser corregida en cualquier momento, antes incluso de que el legislador modifique la norma, con lo que echa por tierra, con acierto, toda la doctrina fundada en la literalidad del artículo 878.2 C.Com.

Un último supuesto particular de actos realizados por el quebrado durante el período de retroacción sobre el que se ha detenido la doctrina ha sido el de las cuentas corrientes concertadas y remesas anotadas durante dicho período. Así, para Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (94) debe matizarse el alcance en este punto de la nulidad del artículo 878.2 C. Com., de manera que es partidario de aplicar la compensación dentro de las cuentas corrientes

(91) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El Mercado Hipotecario (EE.UU.-España)», «Banco Hipotecario de España, Madrid, 1988, ya *cit.*, p. 1163, Nota (91).

(92) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 81-83.

(93) Vid. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... ya *cit.*, pp. 17-18.

(94) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... ya *cit.*, pp. 125-128.

para determinar su saldo y conocer así si el corresponsal de la cuenta es acreedor o deudor del quebrado. Más recientemente se ha estudiado con detalle la cuestión por parte de Andrés RECALDE CASTELLS (95), al analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991, en la que se declaró la nulidad de los reintegros y cargos efectuados en la cuenta y libreta del quebrado después de la fecha de retroacción, condenando al Banco en el que estaba abierta la cuenta corriente a restituir a la masa de la quiebra la cantidad cargada en la cuenta de la que era titular el quebrado, en beneficio de la masa. Dicho criterio es seguido por la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (96), con base en que «... no cabe compensar un saldo que era indisponible al estar sometido a la Ley del dividendo en beneficio de todos los acreedores».

V. LA NECESIDAD DE SEGUIR UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL POSTERIOR PARA HACER EFECTIVA LA RETROACCION

Una vez que ya tenemos analizados la fijación de la fecha de retroacción y los efectos de la misma en la doctrina clásica hemos de referirnos, siquiera sea brevemente, a la forma de hacer efectiva la retroacción sobre los actos de administración y disposición del quebrado realizados dentro de dicho período.

(95) Vid. Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 226-227, quien tras exponer las posiciones doctrinales relativas a la operatividad de la compensación frente a la quiebra de OLIVENCIA —favorable a la impugnación por la Sindicatura de las compensaciones realizadas en período de retroacción por suponer un tratamiento privilegiado de ciertos acreedores— y URÍA —defensor de la oponibilidad de la compensación frente a la quiebra—, considera que en la cuenta corriente estamos ante una *compensación voluntaria, que no legal (no son, por tanto, aplicables los artículos 1.195 y ss. CC)*, de manera que, incluso en los casos de apertura de crédito en cuenta corriente puede no haber vencido el crédito del Banco y para conocer su importe líquido es preciso acometer las complejas operaciones de liquidación, por lo que considera que al encontrarnos ante un acto dispositivo realizado por los particulares, dicha compensación será revocable si perjudica a la masa. Contrario a la compensación en los procedimientos concursales es Luis ROJO AJURIA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 18, septiembre-diciembre 1988, pp. 883-894, por considerar que la compensación lesiona gravemente el principio de *par conditio creditorum*.

(96) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355. A *contrario*, para el caso de la quiebra de la «Caja de Crédito Popular de Cataluña» la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185), acordó la retroacción de las cantidades dispuestas por el cuentacorrentista de su cuenta corriente en el período de quiebra, que no se correspondían con el descuento de letras de cambio llevado a cabo por el repetido cliente.

En la doctrina científica son constantes las referencias que se hacen a la clásica posición de GARRIGUES (97), para quien la nulidad radical o absoluta de la retroacción surtiría sus efectos directamente, sin precisar de ninguna intervención por parte de los Jueces y Tribunales. Esto es, conforme a dicha tesis, los órganos de la quiebra se podrían hacer directamente con los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del quebrado durante el período de retroacción sin necesidad de intervención judicial alguna, bastando simplemente con requerir extrajudicialmente a los terceros, que hubieran contratado con el quebrado, para que reintegraran tales bienes y derechos a la masa de la quiebra.

Pero dicha doctrina ha sido superada, al considerarse que, salvo en aquellos casos, en que los terceros afectados por la retroacción no pudiesen obstáculo alguno a la eficacia de la misma (reintegrando voluntariamente aquello que hubiesen recibido del quebrado a la masa de la quiebra), en los demás supuestos será preciso seguir un procedimiento judicial para hacer efectiva tal retroacción (98). Como argumento de rango constitucional en pro de esta necesaria intervención Judicial se ha sumado la referencia constitucional a la proscripción de la indefensión y necesidad de respeto del derecho fundamental a la tutela judicial

(97) Así recogen, ente otros muchos, las palabras de GARRIGUES, FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, «Las acciones ...», ... *ya cit.*, p. 701, o Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 64, si bien luego se apartan de ellas.

(98) En la doctrina, *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 397; Juan Domingo JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 77-78; FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, «Las acciones ...», ... *ya cit.*, p. 701 -para quien mantener la postura contraria «... es poco menos que irrealizable prácticamente ...»-; Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 66-67, con cita de CARRERAS LLANSANA; Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 21; Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 222; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 11. En la Jurisprudencia, *Vid.*, entre las más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo; Aranzadi 1988/4.047) —con cita de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/3.980)— y de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406).

Cita de todas ellas se hace en los Autos de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; «Aranzadi Civil» 1994/1.043 y 1.044); en la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240). En la práctica registral se hace referencia a la misma necesidad de procedimiento judicial en las ya citadas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de junio de 1993, cuando se refiere a la necesidad de que exista un procedimiento judicial en el que se declare la nulidad de los títulos derivados de negocios celebrados en período de retroacción, interviniendo en tales procedimientos judiciales los referidos adquirentes.

efectiva del artículo 24 de la Constitución, respecto de los terceros que contrataron con el luego quebrado (99).

Este procedimiento judicial deberá tener lugar una vez que ya se hubiese fijado definitivamente la fecha de retroacción, bien por no haberse impugnado y ganado firmeza la fecha provisional establecida en el Auto de declaración de quiebra (100), ya por haber ganado firmeza la Sentencia recaída en los procedimientos de modificación de dicha fecha de retroacción. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982 (101) estimó la concurrencia de la excepción de litispendencia (artículo 533.5 LEC), porque al tiempo de tramitarse un Juicio de retroacción se estaba tramitando un incidente de modificación de la fecha de retroacción, «... puesto que según cuál sea la fecha que se declare en definitiva dependerá la validez o la nulidad de aquellos actos y contratos, que, por consiguiente, no podrá acordarse en tanto no se fije la tan mencionada fecha de retroacción ...».

El plazo para el ejercicio de la acción de retroacción depende de la propia naturaleza que se asigne a la misma. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (102), ha considerado que al tratarse de una nulidad absoluta no es aplicable el plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1.301 CC, sino que, aplicando la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad absoluta (clásico aforismo de que *quod ab initio vitiosum est tractu temporis non potest convallescere*), sostiene que estamos ante una acción imprescriptible. Por contra, si estimamos que nos encontramos ante una acción de rescisión por lesión (en el siguiente apartado de este estudio nos detenemos en la doctrina que mantiene esta naturaleza jurídica de la acción de retroacción), habría que estar a la aplicación del plazo de prescripción cuatrienal previsto en el artículo 1.299 CC.

(99) Vid. Resolución DGRN de 7 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312). En la «Jurisprudencia Menor», Vid. Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos, «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 644-646).

(100) Vid. Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 5519, diciembre 1987, pp. 6871-6874).

(101) Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz, Aranzadi 1982/2598. Anteriormente la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 (Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285) admitió la presentación de la demanda de retroacción una vez firme el Auto de declaración de quiebra, que contenía la fecha de retroacción.

(102) Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López, «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935. Anteriormente, en el mismo sentido Sentencias de la Audiencia Territorial de Albacete de 26 de enero de 1983 («Revista General del Derecho» n.º 483, diciembre 1984, pp. 2992-2994) y de 18 de abril de 1986 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, p. 6920), que además remite a las disposiciones generales en materia de prescripción de las acciones, lo que, a nuestro juicio, va en contra de la concepción de nulidad absoluta de los actos afectados por la retroacción, respecto de la cual es tradicional en nuestra doctrina sostener que la acción correspondiente carece de plazo de prescripción o de caducidad para su ejercicio.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir, recoge SASTRE PAPIOL (103), con cita amplia de Jurisprudencia y doctrina científica, que ante el silencio del legislador acerca de un procedimiento específico para decidir esta cuestión habrá que estar al Juicio Declarativo Ordinario que corresponda a la cuantía de los actos de administración y disposición afectados, que se pretenden retrotraer a la masa de la quiebra. De esta doctrina, prácticamente uniforme, se apartó, con escaso éxito, Juan Domingo JIMÉNEZ ESCARZAGA (104), que defendió, por analogía con el artículo 1.375 LEC, que habrían de seguirse los trámites del interdicto de recobrar la posesión.

En materia de competencia, ante la ausencia de precepto especial en nuestra legislación procesal, habrá que atribuir el conocimiento de estos litigios al Juzgado de Primera Instancia que corresponda, de acuerdo con las normas generales de competencia territorial, sin que

(103) *Vid.* anteriormente Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones ...», ... *ya cit.*, p. 702, que llama la atención acerca de la paradoja que supone que el procedimiento para hacer efectiva la retroacción sea más largo y costoso que los procedimientos previstos para el ejercicio de las acciones de reintegración; por otra parte, apoya su conclusión en la aplicación analógica del artículo 1.377 LEC y cita la abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene resolviendo Juicios Declarativos de retroacción. Posteriormente, Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8700-8701. En la doctrina ya Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 398, se mostraba partidario de que se hubiese establecido un juicio incidental para tramitar estos litigios, lo que volvió a reiterar M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 252, al decir: «¿cómo es posible que respecto de determinados actos realizados cuando aún no se ha producido la cesación general en los pagos, se prevea el trámite recuperatorio del interdicto de recobrar, que presupone la ineficacia *ipso iure* del acto en cuestión, y no se extienda dicha vía recuperatoria a aquellos otros actos más próximos a la declaración judicial, que son verificados cuando ya se había producido el sobreseimiento y a los que también se les califica aparentemente de radicalmente nulos?» En la práctica se admitió la aplicación de la nulidad por retroacción de un crédito hipotecario en un Juicio incidental de reconocimiento de créditos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1960 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcárcel; Aranzadi 1960/2.067).

Por su parte, la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1994 («Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.485-8.486) ha negado la posibilidad de que los efectos de la retroacción se hagan valer en un Juicio Ejecutivo, como causa de oposición, dado su carácter sumario, ya que se pretendía por los fiadores de una póliza bancaria su liberación por causa de haberse concertado la misma en el período de retroacción de la entidad mercantil afianzada.

(104) *Vid.*, Juan Domingo JIMÉNEZ ESCARZAGA, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 78. Parece admitirse también tal posibilidad en la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo; «Revista General del Derecho» n.º 592-593, enero-febrero 1994, pp. 1577-1579), si bien se termina inclinando por el Juicio Declarativo, aparte de que, a nuestro juicio, confunde el ejercicio de la acción de reintegración del artículo 881 C. Com. (donde si procede seguir los trámites interdictales, *ex artículo 1.375 LEC*) con la acción de retroacción del artículo 878 C. Com., respecto de la que ninguna previsión se contiene en el señalado precepto procesal.

exista ninguna absorción de competencias para el Juzgado que conoce de la quiebra (105). Ahora bien, si ocurre que la competencia territorial para conocer del pleito de retroacción coincide con el lugar en que se viene conociendo del Juicio de Quiebra y se atribuye, sin reparto, el conocimiento de dicho pleito de retroacción al mismo Juzgado que conoce de la quiebra, tiene dicho la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (106) que «... el quebrantamiento de estas normas (de reparto) no reportaría, sin embargo, más que la posibilidad de imponer una sanción disciplinaria al Juzgador que no las hubiera observado como, con meridiana claridad, se deduce de los artículos 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 430 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en especial, del artículo 433, que indica que los Jueces que dicten Providencia en un negocio que no estuviera repartido serán corregidos disciplinariamente con arreglo a lo establecido en el título siguiente. ...».

La legitimación activa para formular estas demandas de retroacción se atribuye, conforme al artículo 1.366 LEC, a la Sindicatura de la quiebra (107), que deberá contar con la autorización del Comisario de

(105) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 397, Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las Acciones ...», ... *ya cit.*, pp. 718-719, que se remite en concreto a la aplicación del artículo 62.1 LEC. Todo ello una vez desaparecidos los Jueces especiales de la quiebra, como el que se designó, por ejemplo, en la quiebra de la «Caja de Crédito Popular de Cataluña» en virtud del Decreto Ley de 17 de julio de 1947 y al que expresamente se atribuyó por la Sentencia de 4 de marzo de 1974 (Aranzadi 1974/931) el conocimiento de los pleitos de retroacción, abundantes, en el curso de dicha quiebra.

(106) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355.

(107) Entre las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo que han reconocido tal legitimación, las de 25 de mayo de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1982/2.598), de 28 de enero de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo, Aranzadi 1985/203), de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno; Aranzadi 1985/1.198) y otras muchas que no reiteramos, por ser repetición innecesaria. En la «Jurisprudencia Menor», hace síntesis de doctrina jurisprudencial anterior, la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio; «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9608), con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1963 («Colección Legislativa de España» 1963 n.º 605, pp. 530-535), 8 de febrero (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba, Aranzadi 1988/709), y 13 de abril de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1988/3.146). Muy gráfica es la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 644-646), que afirma que «... la Sindicatura ... es quien tiene el monopolio de la legitimación activa en este terreno ...», lo que como veremos no es del todo cierto.

la quiebra, conforme a los artículos 1.091 C. Com. de 1829 y 1.369 y 1.370 LEC (108), con independencia de que la iniciativa pueda ser del

Vuelven a insistir en la legitimación de la Sindicatura, las Sentencias de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Álvarez Sánchez; «Revista General del Derecho» n.º 594, marzo 1994, pp. 2.742-2.747) —que destaca cómo la legitimación de la Sindicatura tiene origen legal y duda acerca de la necesidad de autorización del Comisario, pues la misma viene exigida por los artículos 1.369 y 1.370 LEC al respecto de las acciones revocatorias, no de la acción de nulidad por retroacción—, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. Juan R. Berdugo y Gómez de la Torre; «Aranzadi Civil» 1993/2.522), de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1994 (Ponente: Ilma. Sra. D.^a Blanca Escalonilla Morales; «Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.485-8.486), de 1994 («Actualidad Civil» 1995/403), en la que *obiter dicta* se hace especial hincapié en la necesaria autorización del Comisario, de acuerdo con el artículo 1.091 C. Com. de 1829, atinente a la necesidad de autorización por el Comisario de los procedimientos judiciales que pretenden intentar los síndicos por negocios e intereses de la quiebra y de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de febrero de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; Inédita), para negar el ejercicio de las acciones de nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el deudor en período de retroacción a los acreedores del quebrado.

(108) En la doctrina, *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 398; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 19. En la Jurisprudencia, *Vid.* Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874), que admite la subsanación en el curso del procedimiento de la ausencia de autorización previa del Comisario, mediante la autorización prestada por el mismo simultáneamente a la tramitación del procedimiento; Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez; Aranzadi 1987/6.049), que señala que la autorización del Comisario del ejercicio de la acción de retroacción, *ex artículo* 1.369 LEC, constituye el único requisito de procedibilidad. Más *in extenso*, por ser el argumento fundamental que lleva a la desestimación del recurso de casación y con ello de la demanda de retroacción, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1993/788), en relación con el ejercicio por la Sindicatura de una acción revocatoria ordinaria del artículo 1.111 CC, si bien es cierto que extiende su argumentación de manera expresa a «... las demandas que, en materia de retroacción, entablen los síndicos ...», exigió dicha autorización del Comisario de la quiebra con base en los artículos 1091 C. Com. de 1829 y 1370 LEC, admitiendo la posibilidad de que la autorización del Comisario se hubiese prestado con posterioridad al momento en que se hubiese presentado la demanda de retroacción por los Síndicos; dicha Sentencia estimó el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 16 de mayo de 1990 («Revista General del Derecho» n.º 559, abril 1991, pp. 3469-3471), que había defendido la no necesidad de la autorización del Comisario de la quiebra con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero y 13 de abril de 1988 (Aranzadi 1988/709 y 3.146), que más bien habían proclamado la posibilidad de que la iniciativa del ejercicio de las acciones de reintegración fuese de los propios Síndicos, del Juez a instancia de un acreedor o del Comisario de la quiebra, mas no que se excluyese la imperatividad procesal de la autorización del Comisario de la quiebra. En contra, *Vid. obiter dicta* la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1961 (Aranzadi 1961/4.163), por considerar que el ejercicio de la acción derivada del artículo 878.2 C. Com. no está incluida en los artículos 1.369 y 1.370 LEC lo que es completamente cierto, y a nuestro juicio sin fundamento, la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López;

propio Síndico, de los acreedores, del Comisario o del Juez como entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1988/709), considerando, por nuestra parte, que cuando la iniciativa proceda del Juez que conoce de la quiebra no será precisa la autorización del Comisario —así se desprende del artículo 1.370 LEC, que ante la inactividad del Comisario frente a la petición de los acreedores prevé que los mismos se dirijan al Juez de la quiebra, quien salvará la inactividad infundada del Comisario, por lo que se pondría un obstáculo insalvable al éxito de la acción si se exigiese que la iniciativa del Juez hubiese de ser completada con la autorización del Comisario previamente inactivo—, que, por lo demás, se presumirá cuando la misma proceda del propio Comisario *motu proprio* o movido por la queja de los acreedores. Dado que puede haber un período de tiempo que medie entre la declaración de quiebra y el nombramiento de la Sindicatura, se admite también la legitimación, entre tanto, del Depositario de la quiebra, como señala SASTRE PAPIOL (109), en su condición de administrador interino de la masa. En todo caso, se encuentran privados de legitimación

«Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935), pues se basa en el artículo 881 C. Com. (que no se refiere a la retroacción, sino a una de las acciones de reintegración) y elude la aplicación del artículo 1.091 C. Com. de 1829, si bien, en último término, se «cura en salud», para señalar que había existido una imposición judicial de actuación, aunque tampoco queda claro que ello fuera así, a nuestro entender, por el mero hecho de que el Juez hubiese ordenado a los Síndicos que sus derechos no los ejercitasen dentro del procedimiento concursal sino «ante quien y como corresponda», pues dentro de ese «como corresponda» podría incluirse la autorización del Comisario de la quiebra, a menos que haya una expresa orden judicial de actuación de la Sindicatura. A nuestro juicio, el fundamento legal más claro para defender la exigencia de tal autorización es el mantenimiento de la vigencia del artículo 1.091 C. Com. de 1829, en cuanto que precepto de naturaleza procesal que es.

(109) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, pp. 8702-8703, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1981/5.051), que luego se reitera en la Sentencia de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406). En la «Jurisprudencia Menor», con cita de la primera de las señaladas Sentencias del Tribunal Supremo, Vid. Auto de la Sala 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de octubre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 532-533, enero-febrero 1989, pp. 457-458), y Sentencia de la Sala 2.^a de la misma Audiencia de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285), que fundamenta su conclusión, esencialmente, en el artículo 1.181 LEC, aplicable a la quiebra por mor del artículo 1.319 LEC, que configura al depositario como administrador interino de la quiebra.

Ya con referencia completa de las dos Sentencias antes referidas del Tribunal Supremo, la ya citada Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522). También con cita además de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1961 (Aranzadi 1961/2.336), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240).

para actuar en representación de la masa de los acreedores en el ejercicio de la acción de retroacción tales acreedores, individualmente considerados, en virtud de una inexistente acción subrogatoria (110), por lo que, de conformidad con el artículo 1.367 LEC, a los acreedores singularmente considerados no les queda más solución que, ante la inactividad de la Sindicatura y el Comisario a quienes ya se hayan dirigido, dirigirse al Juez en queja (111), con independencia de las responsabilidades que se puedan exigir posteriormente a los Síndicos para que indemnicen de los daños y perjuicios ocasionados por su falta de actuación procesal. Con carácter particular, para el caso de que alguno de los tres Síndicos falte por cualquier causa, se defiende en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1987 (112) la suficiencia de la actuación de los restantes, fundada en la aplicación del artículo 1.226 LEC, referente al concurso de acreedores, y aplicable a la quiebra en virtud de la remisión general ya repetida y contenida en el artículo 1.319 del mismo texto legal. Por su parte, la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (113) ha admitido la actuación de la Sindicatura por mayoría de sus miembros (dos de ellos), que pueden, además, otorgar Poderes para Procuradores ya de forma conjunta o separada. Más recientemente la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (114), ha resaltado cómo la legitimación de la Sindicatura proviene del mandato legal, de modo que no se precisa acuerdo alguno de la Junta de acreedores atinente al ejercicio de las acciones de retroacción, así como ha matizado el alcance de la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993, en lo que respecta a la necesidad de autorización del Comisario de la quiebra, puesto que en tal litigio se ejercitaba una acción revocatoria ordinaria del artículo 1.111 CC, aunque por nuestra parte consideramos que el Tribunal Supremo quiso extender tal requisito de procedibilidad a las demandas de retroacción, englobando dentro de ellas las demandas de retroacción en sentido estricto; ello aparte de que el artículo 1.091 C. Com. de 1829 hace una referencia muy ge-

(110) Así se declaró expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1988/709), comentada por Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, «Legitimación ...», ... *ya cit.*, pp. 435-437. Se señala por Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, p. 1.123, que «... esta acción (se refiere a la de retroacción) no se concede a nadie que no sea acreedor, ni a ningún acreedor aislado, sino a la masa de acreedores ...».

(111) *Vid.* Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 116.

(112) Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; Aranzadi 1987/7.295.

(113) Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935.

(114) Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355.

neral en cuanto a las acciones de la Sindicatura que requieren previa autorización del Comisario, al englobar dentro de las mismas a aquellas que den lugar a cualquier «procedimiento judicial por negocios o intereses de la quiebra».

En cuanto a la legitimación pasiva, habrán de ser demandados los terceros que contrataron con el quebrado y que se podrán ver, por tanto, directamente afectados por la retroacción, tal y como por ejemplo proclama, al estimar la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1980 (115), a propósito de la necesidad de demandar a los avalistas del quebrado frente al Banco respecto del cual se pretendía declarar la nulidad de los reembolsos efectuados al mismo por parte del deudor quebrado. En relación con la pretendida nulidad de una hipoteca concertada en el período de retroacción se hace un completo estudio de quiénes habrían de ser demandados en la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (116), incluyendo a los quebrados, a los copropietarios de la finca hipotecada, a la entidad prestamista que a la vez fue adjudicataria de la finca, y a los terceros compradores.

A ello se suma la fundamentación registral de la necesidad de llevar a cabo tales notificaciones para lograr la cancelación de los títulos de los terceros que hubiesen accedido al Registro de la Propiedad, pues para que tal cancelación tenga lugar, como señala el artículo 82.1 LH, será preciso que tales terceros hayan sido demandados en Juicio en el que recaiga una resolución judicial que ordene la práctica de la cancelación (117). También sirve de base a esta misma conclusión la aplicación de los artículos 20, 40 y 83 de la Ley Hipotecaria, 174 del Reglamento Hipotecario y 1.186 LEC (118). Consecuentemente, si en tal procedimiento

(115) Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Gallardo Ros, Aranzadi 1980/3.809. Se supera de esta forma la, a nuestro juicio, incorrecta tesis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1974, ya citada en este trabajo, donde se consideró innecesario demandar a los herederos del quebrado fallecido que había otorgado la compraventa cuya nulidad se pretendía.

(116) Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro Pulido López; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935.

(117) Vid. Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999). Con carácter más general, pero también relacionado con una quiebra, se manifestó la Resolución DGRN de 17 de septiembre de 1992 (Aranzadi 1992/6.913).

(118) Vid. Resolución DGRN de 7 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312). Al respecto de una anotación preventiva de la demanda de nulidad de actos afectados por la retroacción de la quiebra, se pronunció en el mismo sentido la Resolución DGRN de 19 de enero de 1993 (Aranzadi 1993/444), con apoyo expreso en los artículos 40.II.d LH, 38.II LH. En la «Jurisprudencia Menor», puede verse la cita del artículo 40.II.d LH, en los Autos de la Sala 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de febrero de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 525, junio 1988, pp. 3.920-3.922), y de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 1991 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8928-8930).

judicial se obtiene la nulidad del acto de disposición que accedió al Registro de la Propiedad celebrado en período de retroacción, se procederá a la cancelación de la inscripción registral que hubiese tenido lugar (119), con independencia de las tesis que tienden a la protección de los terceros hipotecarios que analizamos separadamente en este mismo trabajo, pues ahora sólo nos estamos ocupando de cuestiones procesales dentro de la teoría clásica de la retroacción.

En cuanto a la necesidad de demandar o no al propio quebrado, se muestra radicalmente contrario Francisco RAMOS MENDEZ (120), con cita de FENECH, al afirmar que «la traída al proceso de la entidad en quiebra como demandada es arbitraria y absurda jurídicamente ...». A nuestro juicio el quebrado carece en realidad de interés legítimo en los «pleitos de retroacción», puesto que lo único que puede ocurrir es que, de resultar victoriosa la Sindicatura de la quiebra, se incremente su masa activa a la vez que se incrementa su masa de acreedores, pero sin que en nada más le afecte el resultado del repetido procedimiento de retroacción, puesto que en ningún momento se ha reconocido, por ejemplo, que el tercero que se ve afectado por el éxito de la retroacción pudiera reclamar una indemnización de daños y perjuicios del quebrado, por no haber sido advertido de su previa situación de sobreseimiento general en los pagos, que repercutiese negativamente en el propio quebrado.

En el Auto de la Sección 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de octubre de 1988 (121) se ha tratado acerca del interesante tema de la adopción de medidas cautelares dentro del procedimiento seguido para hacer efectiva la retroacción de los actos del quebrado comprendidos dentro de dicho período, considerándose que no habrá que estar a la aplicación del precepto general previsto para las medidas cautelares en la LEC (artículo 1.428), sino que serán de aplicación los preceptos especiales previstos en tal texto legal para la administración de la quiebra (artículos 1.350 y ss. LEC), y en especial el artículo 1.353 LEC, atinente al depósito de los rendimientos de los bienes afectos a la masa de la quiebra, citando también en apoyo de esta misma tesis la aplicación del artículo 1.081 C. Com. de 1829.

Por lo que se refiere a la imposición de costas en estos procedimientos, Luis VACAS MEDINA (122) se muestra partidario de la sujeción a las reglas generales en materia de costas procesales, pese a que se requiera

(119) *Vid.* Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de diciembre de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 535, abril 1989, pp. 2282-2285), con cita de los artículos 33, 79, números 2.º y 3.º, 82 y 136 de la Ley Hipotecaria.

(120) *Vid.* Francisco RAMOS MÉNDEZ, «Las acciones ...», ... ya *cit.*, p. 721, Nota (48).

(121) «Revista General del Derecho» n.º 532-533, enero-febrero 1989, pp. 457-458.

(122) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... ya *cit.*, pp. 398-399.

la antes señalada autorización del Comisario de la quiebra, puesto que tal autorización ni prejuzga el éxito de la demanda, ni debe servir, a su juicio, de escudo contra una posible imposición de costas ni contra ulteriores acciones que se pudiesen seguir contra la Sindicatura para exigir las indemnizaciones por los perjuicios que se hubiesen podido ocasionar, recordando, por nuestra parte, la tesis de la ya citada Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de abril de 1993 que se puede trasplantar a este punto en cuanto a la actuación en interés general de la masa de la Sindicatura de la quiebra, como criterio justificativo de la no imposición de costas procesales en caso de derrota.

VI. EL PERJUICIO DE LA MASA COMO CRITERIO CORRECTOR DE LA NULIDAD DEL ARTICULO 878.2 C.COM.

Aunque en principio el artículo 878.2 C. Com. de 1885 se limite a proclamar, sin más, la nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el quebrado dentro del período de retroacción, es lo cierto que la doctrina y la Jurisprudencia, más la primera, han tendido a reducir su extensión, de manera que en la actualidad es mayoritaria en exigir que tales actos sean lesivos intrínsecamente para la masa de acreedores, con independencia de que exista intención fraudulenta en ambas partes o en una sola de ellas (123).

(123) *Vid.* Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 61-65, hace hincapié en que no se conoce ningún caso de pretensión de la Sindicatura de hacer valer la retroacción frente a actos beneficiosos para la masa; Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 71-72; Andrés RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 222, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/709) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185); SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8701; tal y como ya habían señalado anteriormente Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 410, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1928 y 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675) y JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1123-1126, pues estima que de lo contrario (admitir la retroacción de actos beneficiosos para la masa de acreedores) resultaría que la Sindicatura carecería de «interés de obrar», al pedir la nulidad de lo que no haya perjudicado a los acreedores, lo que le hace concluir que nos encontramos más que ante una nulidad ante una rescisión por lesión, que no por fraude, a los acreedores, afirmando que «la lesión ha de ser objetiva, basta con que se haya producido y no se requiere el *animus*», así como que «... la quiebra —insolvencia declarada— exime por definición de la prueba de que no hay otros medios de hacer efectivos los créditos ... (el requisito de la subsidiariedad del artículo 1.294 CC)». Anteriormente Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 59, mostró que el conocimiento de la causación de perjuicios como consecuencia de la contratación en período de retroacción no es requisito para que la misma opere, pues lo hace incluso en los casos de quiebra fortuita del artículo 887, que se produce «por infortunios que deban estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil».

Pero esa posición no ha sido clásica en nuestra doctrina y Jurisprudencia. Baste ver en este sentido la síntesis que, por ejemplo, hace Luis VACAS MEDINA (124), quien recoge las opiniones doctrinales y jurisprudenciales hasta la década de los cincuenta favorables a una nulidad absoluta de los actos patrimoniales del quebrado en período de retroacción, por considerar, como ya hemos visto, que se trata de actos realizados por el quebrado inhabilitado (la declaración de quiebra lleva consigo la inhabilitación del quebrado, artículo 878.1 C. Com., por lo que la retroacción lleva tal inhabilitación a la fecha en que se fija la misma).

Se ha superado, eso sí, la consideración de que los actos nulos en período de retroacción habrían de serlo sólo aquéllos celebrados en connivencia fraudulenta con el quebrado o que supusiesen un pago anticipado, pues tales requisitos son exigidos en los artículos 879 a 882 C. Com. para los actos realizados antes de la fecha de retroacción (125).

Ya clásicamente, incluso por quienes defendían la aplicación literal de la Ley (nulidad de los actos en período de retroacción) se mantenía un cierto recelo hacia la rigurosidad de esa conclusión. Así, RAMÍREZ (126), se planteaba entre otras preguntas «¿cómo entender, pues, y, sobre todo, justificar, que quien adquirió de un propietario libre de disponer de sus bienes, pueda ver revocado su acto dispositivo? ¿Cómo restar eficacia, por ejemplo, a la prenda o hipoteca concertada por quien, además de ser propietario de la cosa dada en prenda o en hipoteca, tenía la libre disposición de sus bienes, cumpliéndose así los requisitos exigidos para la validez de aquellos contratos de garantía en el artículo 1.857 del Código Civil?». Pero pese a esas dudas se manifestaba partidario de la nulidad radical.

Pero también se levantaron voces críticas, como es el caso de la visión hipotecarista de ROCA SASTRE (127), para quien la declaración de nulidad de los actos de administración y disposición realizados por el comerciante quebrado, antes de la declaración de quiebra, supone la actuación de una incapacidad en un tiempo en que tal incapacidad no

En la práctica reciente, por su completa síntesis jurisprudencial, *Vid.* Sentencias de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de febrero («Tribunales de Asturias» VIII, 1994-1995, 3.439) y de 21 de marzo de 1995 («Tribunales de Asturias» VIII, 1994-1995, 3.461), donde se cita la interpretación flexible de la retroacción (sólo de los actos lesivos o perjudiciales para la masa) de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1960, 23 de febrero de 1990 y 12 de marzo de 1993.

(124) *Vid.* Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, pp. 404-406.

(125) Cita en este sentido Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, p. 410, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1928 y 25 de mayo de 1944 (Aranzadi 1944/675). A esta doctrina tanto científica como jurisprudencial se refiere con detalle la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647).

(126) *Vid.* José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 348.

(127) *Vid.* Ramón M.^a ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», ... *ya cit.*, pp. 595-596.

existía realmente, lo que perturba la seguridad jurídica «constituyendo una rémora para el tráfico jurídico». Para salvar este problema ROCA SASTRE propuso utilizar el criterio de la acción pauliana, de manera que sólo deviniesen ineficaces los actos de administración o disposición concertados con terceros que tuviesen conocimiento de la situación de bancarrota del transferente.

Los orígenes de la matización de los efectos de la retroacción por la aplicación de los principios hipotecaristas, fundamentalmente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se encuentran en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909 (128), que prontamente fue abandonada en la doctrina del Tribunal Supremo hasta tiempos muy recientes. Muestra de tal abandono se puede apreciar de manera expresa en la Sentencia de 17 de marzo de 1958 comentada por TORRES DE CRUELLS (129).

Ello no es obstáculo para que en la doctrina se haya defendido su aplicación, así por ejemplo por parte de Tomás OGAYAR Y AYLON (130), aunque reducido al caso del tercero subadquirente, y partiendo de la base, como establece con acierto Antonio BILBAO ARISTEGUI (131), de que se debe tratar de un acto de adquisición de derechos sobre bienes inmuebles (ya se trate de la adquisición de la propiedad o de la constitución de un gravamen real) a título oneroso. Actualmente la importancia de la normativa hipotecaria es enorme en la quiebra, frente a

(128) Citada, entre otros, por E. JARDI, «La Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 184; Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 76, de pasada, sin detenerse a intención en el mismo, se refiere también a este problema del «choque brutal entre los preceptos del Código de Comercio y los de la Ley Hipotecaria, el primero fijando su atención en el propio quebrado y sus acreedores (a nuestro juicio, más en estos últimos), y la segunda observando y protegiendo al adquirente». Por su parte, Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, pp. 95-98, se detiene en esta Sentencia de 17 de febrero de 1909, para considerar que la misma sólo contiene el argumento de la mala fe del adquirente del quebrado y titular registral como argumento a mayor abundamiento, que no rompe con la radical interpretación de las consecuencias de la retroacción frente a terceros adquirentes del quebrado como nulidad radical.

(129) *Vid.* Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, especialmente pp. 196-197, que toma apoyo en ROCA SASTRE y añade que como el artículo 37.4 LH establece la no protección frente a la acción pauliana, con mayor razón, a su juicio, ello habrá de ocurrir con la retroacción, que para él entraña la nulidad absoluta y radical.

(130) *Vid.* Tomás OGAYAR Y AYLON, «Fijación de la Fecha ...», ... *ya cit.*, p. 677, fundándose para ello también en el artículo 37 LH. También es favorable a la protección del adquirente registral de buena fe, en virtud del artículo 34 LH, Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 79-81, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2.067), y 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433), que considera contienen el mejor criterio. En apartado independiente, dentro de este trabajo, analizaremos con detalle la incidencia del Derecho Registral Inmobiliario en la retroacción de la quiebra.

(131) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Actuación ...», ... *ya cit.*, p. 1300.

la importancia secundaria que en su día le atribuía VACAS MEDINA, porque ¿qué comerciante cuando tiene dificultades de liquidez, que pueden conducir a una cesación de pagos, no concierta créditos hipotecarios, pudiendo ser ejecutados y adjudicados los bienes hipotecados al propio acreedor o adquiridos por terceros?, así como ¿cuántas no han sido y son las empresas constructoras dedicadas a la venta de viviendas y locales de negocio que devienen a la situación de quiebra siendo posible la incidencia de su retroacción sobre los adquirentes y subadquirentes registrales de los mismos? Ello nos pone fácilmente sobreaviso acerca de la importancia y volumen que tiene actualmente este particular sector de la retroacción de la quiebra, por lo que nos detendremos más adelante en el mismo.

Otro ejemplo de matización de la aplicación de la retroacción por parte de nuestros Tribunales puede verse en el tratamiento del descuento de letras efectuadas por entidad bancaria, tal y como señala Angel ROJO (132) con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1975 —Aranzadi 1975/2.053, con cita de la de 21 de junio de 1963 (Aranzadi 1963/3.465)—, 10 de marzo de 1976 (Aranzadi 1976/1.176) —que puntualiza que el dinero abonado por la Caja quebrada y descontante al cliente descontatario en su cuenta corriente nunca pasó a ser propiedad de la entidad quebrada, por lo que no se retrotrajeron las disposiciones efectuadas por el cliente de dicha cuenta en período de

(132) Vid. Angel ROJO. «Introducción ...», ... *ya cit.*, p. 81, Nota (49). José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES, «El Contrato Bancario de Descuento», «Centro de Documentación Bancaria y Bursátil», Madrid, 1990, pp. 831-841, quien a las Sentencias citadas por ROJO añade la de 28 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2.062) —que destaca cómo el hecho de que el numerario recibido, vía descuento, por los luego quebrados del banco descontatario fue debido a la actuación de los quebrados y no del banco—, para concluir con que «... ni el descontatario sufre una pérdida patrimonial, pues el descuento no representa un negocio ruinoso para él (a pesar de la detracción de intereses), ni tampoco la experimenta el banco, que adquiere un crédito que le atribuye el derecho a percibir una suma dineraria superior a la cantidad efectivamente desembolsada, a la par que se ve garantizado por la posibilidad de tener acceso, como mínimo, a dos patrimonios de ejecución (el del descontatario y el del deudor descontado), el contrato objeto de nuestro estudio no debe resultar afectado por los efectos de la retroacción de la quiebra, sea absoluta o relativa». FÍNEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 170-171, excluye también de la retroacción los actos del quebrado que recaigan sobre bienes excluíbles del patrimonio concursal o tengan por objeto la satisfacción de las necesidades vitales del quebrado y su familia, a lo que ya se refirió en la práctica la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de junio de 1982 («Revista General del Derecho» n.º 462, marzo 1983, pp. 434-435) al excluír aquellos actos del luego quebrado que no hubieran supuesto trasvase patrimonial. Respecto del descuento apunta DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 22, que tal posición no se mantiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, Aranzadi 1991/9.405), cuando el quebrado es el descontatario, como también lo ha destacado la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez, «Tribunales de Asturias» 1993-III/1.355,) respecto de los pagos realizados durante el período de retroacción dentro del marco de un contrato de descuento bancario. En la «Jurisprudencia Menor» se cita, *obiter dicta*, la excepcionalidad de los descuentos y cuentas corrientes bancarias en la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio; «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9609).

retroacción—, 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/3.960) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185), por causa justamente de que en el descuento bancario realizado en condiciones normales, el cobro del *interussurium* por parte del Banco descontante al descontatario no implica perjuicio alguno para la masa de acreedores.

En la práctica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1963 (Aranzadi 1963/5.612) ha mantenido también la no aplicación del artículo 878.2 C. Com. a aquellos actos realizados en parte por el quebrado en período de retroacción, que fueron después complementados por la Sindicatura de la quiebra, solicitando y obteniendo el despliegue normal de sus efectos en lugar de instar su nulidad.

Más matizada era aún la posición *de lege ferenda* de GARRIGUES, quien proponía una reforma de la legislación (ya que su posición *de lege data* siempre fue, en aplicación de la normativa vigente, la de mantener la nulidad radical y de pleno derecho, para solamente declarar nulos los actos a título gratuito y anular sólo los actos a título oneroso que fueron fraudulentos. A esta tesis de GARRIGUES, se sumaba, como propuesta de reforma legislativa, RAMÍREZ (133) partidario de una «nulidad relativa, tanto en el aspecto objetivo (limitada a los actos que tuvieran una repercusión real sobre la masa de la quiebra, aumentando o disminuyendo el activo se excluirían, por tanto, las obligaciones estrictamente personales y las adquisiciones hechas por el deudor), como en el aspecto subjetivo (sólo podría hacerse valer por los acreedores, en cuyo interés exclusivo se establece, no por el quebrado, ni por el que contrató con él)». En esa línea se movió el elogiado Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, suprimiendo la retroacción absoluta, que sustituía por un sistema de acciones de impugnación (134).

(133) Vid. José A. RAMÍREZ, «La Quiebra», ... *ya cit.*, p. 354.

(134) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 58 y 95, que calificaba dicha reforma proyectada de «un paso adelante» y señalaba, p. 106, de forma sintética las acciones de impugnación previstas en el mismo: «así, serán nulas las donaciones y las deudas satisfechas antes de su vencimiento (artículos 33 y 34), son anulables los actos que suponen una diversidad de trato entre los acreedores y los que aumentan la insolvencia del concursado (artículos 35 y 36), y rescindibles los sometidos a la acción pauliana y los simulados (artículos 38 y 40). Esta diversificación supone un gran avance respecto del sistema vigente, pues cada acto es sometido a un tratamiento distinto y tiene efectos diferentes según cuál sea su naturaleza», para entender, p. 108, que el sistema proyectado respondería mejor a la búsqueda de «... un punto de armonía entre los intereses afectados por un procedimiento concursal que satisfaga a todos ellos del mejor modo posible»; recoge Martín IBARRA FRANCO, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 162-163 la composición de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos que se encargó de la redacción de dicho Anteproyecto: Joaquín GARRIGUES, Manuel DE LA PLAZA, Rodrigo URÍA, Luis VACAS MEDINA, Pío CABANILLAS, Manuel OLIVENCIA y Luis Díez-PICAZO, haciendo mención dicho autor a que con el citado Anteproyecto, al suprimir la retroacción, «... la legislación española sobre quiebras ... creemos olvidará para siempre el peligroso párrafo segundo del artículo 878 de nuestro Código de Comercio»; Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 83-84.

Para Angel ROJO (135) estamos ante una nueva doctrina científica y jurisprudencial consolidada (nulidad sólo de los actos de administración

(135) *Vid.* Angel ROJO, «Introducción ...», ... *ya cit.*, pp. 71-72, con cita especialmente, Notas (31) y (32), de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (Aranzadi 1976/3.960) y 12 de noviembre de 1977 (Aranzadi 1977/4.185). Anteriormente, también Antonio SOTILLO NAVARRO, «El Principio Pauliano ...», ... *ya cit.*, p. 551, con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1958 y RAMÍREZ, defendieron la proyección de los efectos de la ficción legal que es la retroacción sólo sobre aquellos actos del quebrado «... que, ejecutados antes de que la quiebra fuere declarada, resultaron perjudiciales para sus acreedores, como perpetrados en su daño y fraude ...». Posteriormente, Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1124-1125, destaca cómo el artículo 1.366 LEC, en cuanto que precepto adjetivo, matiza el artículo 878.2 C. Com., al reducir su ámbito de actuación a los actos del quebrado en perjuicio de la masa de acreedores; especial hincapié en la incidencia del artículo 1.366 LEC se hace por MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, pp. 67-69, si bien este autor para configurar la acción de retroacción ejercitada sólo por los Síndicos como de rescisión por fraude acreedores; rotundo es en defensa de esta tesis Agustín MADRID PARRA», «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1164, para quien «carecería, por tanto, de sentido que se declarasen nulos negocios jurídicos sin que ello reportase beneficio alguno a la masa activa o, lo que sería peor aún, que la nulidad implicase un perjuicio para la masa y, por tanto, para los acreedores»; Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 22, para quien sería absurdo incluir en la retroacción las operaciones beneficiosas para la masa activa, pues respecto de las mismas a la masa no le queda otra opción lógica que congratularse de su conclusión; este mismo autor, en p. 23, llega a la misma conclusión sobre la base de la interpretación del artículo 878.2 C. Com. a la luz del artículo 1.366 LEC, que exige el perjuicio para la quiebra para que se pueda ejercitar la acción que el mismo denomina de «retroacción» y no de nulidad, puesto que el mismo habla de «pedir la retroacción de los actos» y no de pedir su nulidad; José Manuel FÍNEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 171-172; Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, primero de pasada en p. 8695 y luego con mayor detalle en p. 8702, considera que el artículo 1.366 LEC «... mitiga así el enérgico y absurdo tenor literal del artículo 878 del Código de Comercio ...»; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 22-24, quien es partidario de dicha limitación, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1988/709), que lo admite indirectamente al señalar que habrán de ser los Síndicos de la quiebra los que ponderando la existencia o no de perjuicios para la masa decidan el ejercicio de las acciones de retroacción, de 13 de abril de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso; Aranzadi 1988/3.146) que cita a la anterior, y de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956), que lo rechaza sin dejar claro si ello fue por falta de prueba o por una exclusión generalizada de tal requisito —a nuestro juicio esta Sentencia destaca más bien la necesidad de que el tercero acredite que no se perjudica con el acto de disposición o administración a la masa de la quiebra, partiendo, pues, de la presunción de perjuicio por la fecha en que se celebró el acto—, para más adelante, pp. 28-31, referirse a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, Aranzadi 1993/1.793) que *obiter dicta* vuelve a dejar abierta la puerta de la exigencia del perjuicio para la masa de acreedores, como requisito de operatividad del artículo 878.2 C. Com. Igualmente, también apunta a la relevancia del perjuicio en el éxito del artículo 878.2 C. Com. la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba; Aranzadi 1990/712). En la «Jurisprudencia Menor» más rotundos, aunque también *obiter dicta*, son los Autos de la Sección 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de febrero de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 525, junio 1988, pp. 3920-3922) y de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 1991 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8928-8930), que califican la acción de retroacción como acción rescisoria; Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; «Revista General del Derecho» n.º 580-581, enero-febrero 1993, pp. 644-646); Sentencia de la Sección 13.^a

y dominio en período de retroacción que resulten perjudiciales para la masa) a la que se llega por la interpretación sistemática de los artículos 878.2 C. Com. (que no dice nada al respecto) y 1.366 LEC (que sí que matiza los actos de administración y dominio del quebrado afectados por la retroacción, para reducirlos a «los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil»), considerando además que la carga de la prueba reside en el tercero que contrató con el quebrado, de manera que no recae sobre la Sindicatura la acreditación del perjuicio de la masa (perjuicio económico, entendemos nosotros, de disminución del valor de la misma), sino que recae sobre los terceros la invocación y prueba de que el acto no ha perjudicado a la masa.

Indirectamente, también se acoge a esta nueva visión de la retroacción Francisco VICENT CHULIA (136), si bien el mismo desde la particular perspectiva de calificar la nulidad de la retroacción como subsanable o convalidable por los Síndicos y respecto de aquellos actos que sean favorables para la masa, sin que ello le lleve a calificar el supuesto de anulabilidad, por las dificultades que tendría de incardinarse en las normas de ésta, fundamentalmente en el plazo de prescripción de CUATRO AÑOS sin tener un claro *dies a quo* para computarlo (artículos 1.299 y 1.301 CC). Para alcanzar esa opinión VICENT CHULIA se fundamenta en los artículos 909 y 919 C. Com., que permiten a los Síndicos asumir las compras del quebrado en curso de ejecución y amortizar anticipadamente un préstamo garantizado con prenda para traer a la masa la cosa pignorada, sin que se establezca que ello sólo pueda afectar a contratos celebrados fuera del período de retroacción.

A la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989, DELGADO ECHEVERRÍA (137) se cuestiona que, de admitirse

de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1994 («Revista General del Derecho» n.º 598-599, julio-agosto 1994, pp. 8.485-8.486); Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240); una batería de recientes Sentencias de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo sigue también esta doctrina, son las de 24 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; «Tribunales de Asturias» VII, 1994, 3.004), de 29 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sra. D.ª M.ª José Pueyo Mateo; Inédita) y de 30 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio García Lagares; «Tribunales de Asturias» VII, 1994, 3.015), y el Auto de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de noviembre de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Sánchez Álvarez; «Tribunales de Asturias» VII, 1994, 3.012), con el fin de no extender la nulidad indiscriminada, señalan a título indicativo, a todos los pagos realizados a proveedores o los verificados a los trabajadores.

(136) *Vid.* Francisco VICENT CHULIA, «Compendio ...», ... ya *cit.*, p. 882, a quien sigue Manuel BROSETA, «Manual ...», ... ya *cit.*, p. 676, Nota (5).

(137) *Vid.* Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... ya *cit.*, p. 24. La misma tesis de la presunción, salvo prueba en contrario, del perjuicio derivado del acto realizado en el período de retroacción sólo por haberse realizado en ese período puede verse en la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2.193), que hace recaer en el tercero que contrató con el luego quebrado la carga de probar que tal acto no era perjudicial para la masa de la quiebra; la misma doctrina se repite en las ya

el requisito del perjuicio para la masa de la quiebra, habrá de plantearse quién correrá con la carga de la prueba del mismo, toda vez que en dicha Sentencia se parte de una presunción *iuris tantum* de perjuicio de todo acto de administración y disposición en período de retroacción, que haría recaer la carga de probar el no perjuicio en los terceros que contrataron con el luego quebrado, sin llegar, por lo demás a pronunciarse el propio DELGADO ECHEVERRÍA, tras reconocer que si se admite la no restitución a los terceros de la contraprestación que realizaron a favor del quebrado, todos los actos de administración y disposición perjudicarán a la masa de acreedores, puesto que ésta siempre, *a contrario*, se beneficiará con la retroacción al aumentar la masa de la quiebra con los bienes y derechos que salieron de su patrimonio en virtud del acto retrotraído, mientras que la misma no sufrirá una paralela disminución al someter a los terceros a la ley del dividendo de la quiebra.

Manteniéndose esta concepción matizada de la nulidad del artículo 878.2 C. Com., degradada a rescisión por lesión, cabe plantearse cuál es el momento en el que se debe producir tal perjuicio, pudiendo, pues, entenderse con JUSTE IRIBARREN (138) que tal momento habrá de serlo aquél en el que se concertó el acto de administración o disposición durante el período de retroacción, y no en el que se declaró la quiebra, pues entre tales momentos pueden haber influido circunstancias aleatorias (pensemos en una importante expansión económica), que conduzcan a que el valor dado a la transacción haya quedado desfasado respecto del actual y ello en hipotético perjuicio de la masa de acreedores.

Es interesante moncionar la enumeración que se hace por M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO (139) acerca de cuáles serán estos actos perjudiciales o lesivos intrínsecamente para la masa de acreedores, enumeración en la que, a nuestro juicio, se incluyen todos los posibles supuestos de actos lesivos: «... acto oneroso económicamente desequilibrado en perjuicio del quebrado, un acto gratuito de éste, un pago a un acreedor que le coloque en posición ventajosa frente a los demás».

Para RECALDE CASTELLS (140) nuestra legislación más moderna va por esta configuración de la acción de retroacción como acción de rescisión por lesión (a su juicio lesión al principio de la *pars conditio creditorum* que produce el acto que se pretende revocar), sien-

citadas Sentencias de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 28, 29 y 30 de noviembre de 1994.

(138) Vid. Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... ya *cit.*, p. 1135, que dice: «Sólo se pueden rescindir los actos que perjudiquen a los acreedores, pero ese perjuicio debió existir al realizarse el acto, no debe derivar de circunstancias extrínsecas y posteriores».

(139) Vid. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya *cit.*, p. 254.

(140) Vid. RECALDE CASTELLS, «Retroacción ...», ... ya *cit.*, p. 223.

do plasmación de ello el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, sobre el que nos detendremos específicamente, y que establece la necesidad de que la Sindicatura acredite la existencia de fraude en la conclusión de los actos realizados y dejando siempre a salvo los derechos del tercero adquirente del titular inscrito que no hubiera sido cómplice en tal fraude, por lo que estimamos más acertada la opinión de AYA ONSALO (141), para quien en estos casos especiales no estamos ya ante una acción de rescisión por lesión, sino, más aún, por fraude en la constitución de la hipoteca y dejando expresamente a salvo al tercero de buena fe, esto es al que no tuviese conocimiento de tal fraude. Respecto de la no exigencia de fraude para la operatividad de nuestra retroacción en general, Joaquín TORRES DE CRUELLES (142), llamando, al tiempo, la atención acerca de la configuración como *probatio diabolica* de la acreditación de tal fraude. En contra, tanto MASSAGUER FUENTES como VICENT CHULIA, que le sigue (143), han defendido que la interpretación del artículo 878.2 C. Com. debe ir por ese camino, presumiendo el perjuicio por la simple situación de insolvencia del deudor, ya que estiman que el texto del artículo 878.2 C. Com. no se ajusta ni a la nulidad radical en el sentido de contravención de normas imperativas o prohibitivas, ni a la anulabilidad por falta de capacidad o vicios del consentimiento del quebrado, encontrando la mayor posibilidad de acomodación dentro de la rescindibilidad. Destacar que MASSAGUER FUENTES parte, con indudable lógica, de la aplicación de los artículos 2 y 50 C. Com. que remiten a la aplicación supletoria del CC, por lo que si el artículo 878.2 C. Com. no contiene un regulación detallada y particularizada de una ineficacia especial de los actos celebrados en período de retroacción, deberá procederse a in-

(141) Vid. Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 24, apoyándose en el artículo 25.5 del Real Decreto de 17 de marzo de 1992, que contiene el desarrollo de la Ley del Mercado Hipotecario y, más en concreto, de su artículo 10.

(142) Vid. Joaquín TORRES DE CRUELLES, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 194-195. En el mismo sentido José Luis GARCÍA-PITA y LASTRES, «El Contrato ...», ... *ya cit.*, p. 838, para quien debe polarizarse toda la atención en la determinación de la existencia o inexistencia de un empobrecimiento en el patrimonio del quebrado afecto a la satisfacción de sus acreedores, congruente con su defensa de la tesis de la necesidad de concurrencia del perjuicio patrimonial, con lo que la buena o mala fe del tercero, su ánimo fraudulento devienen irrelevantes.

(143) Vid. Francisco VICENT CHULIA, «Compendio ...», ... *ya cit.*, pp. 884-885, y José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, pp. 59-62, —con carácter general— y más en particular, como propuesta, en pp. 65-73, que remiten la acción de retroacción a los artículos 1.295 a 1.299 CC, con la especialidad de la legitimación restringida a los Síndicos, presunción del perjuicio y del fraude, sometiéndola a un plazo de prescripción de CUATRO AÑOS desde la toma de posesión de los Síndicos y obligando al adquirente del quebrado a restituir como deudor de mala fe de acuerdo con el artículo 1.295 CC. Crítica, a nuestro juicio con acierto, a MASSAGUER, FINEZ RATÓN, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 170, porque si se presume el perjuicio por la situación de insolvencia se desvirtúa la propia acción rescisoria por fraude comprendida en el artículo 1.291.3.º CC.

cardinar la misma dentro de alguna de las tres categorías propias del CC: nulidad, anulabilidad o rescisión, debiendo tener en cuenta que, como sabemos, sólo son categorías legales en nuestro CC la anulabilidad y la rescisión, habiendo sido la nulidad objeto de construcción doctrinal. Para alcanzar su propuesta toma, además, apoyo MASSAGUER FUENTES en la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, que más adelante analizaremos con detalle, que si hace una referencia expresa a la necesaria concurrencia de fraude para que tenga éxito la impugnación de la hipoteca constituida a su amparo dentro del período de retroacción; asimismo destaca, sobre todo, la importancia de la referencia al perjuicio que se contiene en el artículo 1.366 LEC, y concluye señalando que la retroacción supone la siguiente presunción que determina la rescindibilidad de los negocios efectuados dentro del período de retroacción: «se presume, con carácter absoluto, celebrado en fraude de acreedores todo negocio jurídico concluido por el deudor dentro del tiempo a que se extiende la retroacción, si de él se deriva un perjuicio para la masa de acreedores», presumiéndose tanto el *consilium fraudis* con el tercero como la *participatio fraudis* del mismo, y haciendo recaer en el tercero la carga de la prueba de la ausencia de perjuicio para la masa del acto del quebrado, pese a que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976, que cita, pareció establecer la necesidad de que los Síndicos acreditasen con su demanda de retroacción la producción del perjuicio para la masa de la quiebra. A nuestro entender, en último término, como defiende M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO (144) no cabe plantear discusión alguna acerca de si los actos afectados por la retroacción han de ser perjudiciales para la masa o en fraude de acreedores exclusivamente, puesto que «... resulta difícil imaginar la coexistencia entre el equilibrio patrimonial inherente al acto y el ánimo fraudulento común a las partes».

En cualquier caso, frente a las opiniones doctrinales anteriormente referidas, tendentes todas ellas a limitar el alcance tradicional de la retroacción, recientemente el Tribunal Supremo ha vuelto a dejar a un lado el requisito del fraude para que triunfe la acción de retroacción del

(144) Vid. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... ya cit., p. 254, que, en último término, se inclina por el carácter absolutamente imprescindible del perjuicio para el éxito de la impugnación por retroacción, dejando el fraude como elemento modalizador del tipo de ineficacia, «... que debe ser más grave cuando el ánimo de los interesados fuera claramente de burla de los acreedores»; afirma más adelante, p. 258, que se trata de una rescindibilidad especial porque sólo requiere la lesividad objetiva del acto afectado por la retroacción, lesividad que se presume por su ubicación dentro del propio período de retroacción (se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989), y en la que si hay connivencia defraudatoria de los intervinientes, estima que se está ante una nulidad *ipso iure* por falta de causa (artículo 1.275 CC).

artículo 878.2 en la Sentencia de 11 de noviembre de 1993 (145), al referirse a que el ánimo defraudatorio que se pretendía acreditar no haber existido por el tercero que contrató con el luego quebrado «... no revisite verdadera trascendencia, dado que la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se basó, sustancialmente, en el artículo 878 del Código de Comercio ... y es más, al incluir bajo su órbita la cesión de crédito impugnada, llegó a decir: «con independencia de que no mediare en ella mala fe ni tuviere por objeto el fraude de terceros o sustraerse a la *pars conditio creditorum*...».

De mantenerse esta tesis jurisprudencial nos encontramos con que, una vez declarada judicialmente la nulidad del acto afectado por la retroacción y producida la reintegración a la masa de los bienes que hubiesen salido de la misma como consecuencia de tal acto, el tercero con quien el mismo se celebró deviene en acreedor de la quiebra por el importe que hubiese perdido a causa de la retroacción, importe en el que no se incluirán ni intereses ni costas judiciales del procedimiento judicial que para tal declaración se pueda haber seguido (146).

Pese a tan rotunda Sentencia del Tribunal Supremo expuesta en último término, nos detendremos a continuación con detalle en otros criterios que se han ido decantando, por la doctrina principalmente, como mecanismos de atenuación del crudo rigor de la doctrina y Jurisprudencia clásicas de la nulidad radical de la retroacción, más acordes con la realidad social actual en que nos toca aplicar el artículo 878.2 C. Com.

VII. LA ADECUACION A LA CONSTITUCION DE LA RETROACCION COMO NUEVO CRITERIO CORRECTOR

Ya planteamos al tratar en general de la retroacción y su fundamento y referimos, en concreto, a la tensión entre el interés de la seguridad jurídica y el interés de los acreedores, cómo José Manuel GARCIA

(145) Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo Figueroa, «Actualidad Civil» 1994/276. Es interesante consultar los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de esta Sentencia, puesto que en los mismos se exponen los argumentos del recurrente que se corresponden con los antes vistos en este mismo trabajo (de flexibilización de la retroacción por la vía de la asimilación a la rescisión por perjuicio a la masa de acreedores) y que se verán (extensión de la aplicación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario), y el rechazo, incluso por omisión de alguno de ellos, que se sigue haciendo de los mismos por el Tribunal Supremo.

(146) Así, Luis VACAS MEDINA, «Consideraciones ...», ... *ya cit.*, pp. 408-409, quien además estima que a ese tercero, nuevo acreedor, no le será necesario acudir a un procedimiento declarativo para que se le reconozca su condición de tal, siendo bastante con que se dirija al Juez de la quiebra para que por Auto haga el reconocimiento y graduación de su crédito, puesto que cuando terminó el pleito de retroacción lo normal es que ya se haya celebrado la Junta de Reconocimiento y Graduación de Créditos dentro del Juicio Universal de la quiebra.

GARCIA defiende la primacía de la seguridad jurídica, por imperativo constitucional del artículo 9.3 de la Constitución, y considera que la aplicación de la retroacción como nulidad absoluta crea inseguridad jurídica y está no ya próxima a la inconstitucionalidad, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael PEREZ GIMENO, Aranzadi 1985/1.198) —y reiteraron las Sentencias de 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210) y de 12 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Aranzadi 1993/1.793), como había hecho antes en la «Jurisprudencia Menor» la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 30 de enero de 1990 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; «Revista General del Derecho» n.º 559, abril 1991, pp. 3468-3469), respecto de la que resolvió su Recurso de Casación la Sentencia del Tribunal Supremo últimamente citada, y reiteró luego la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2.193)—, sino enmarcada dentro de ella, sin que se vea mitigada la misma ni por la posibilidad de impugnar la fecha de retroacción ni por la supuesta no pérdida de derechos económicos derivada de la inclusión del tercero afectado como acreedor de la masa, cuando todos sabemos que, por regla general, escasa es la proporción en la que los acreedores recuperan sus créditos en las quiebras (147).

El propio José Manuel GARCIA GARCIA (148) plantea otros preceptos constitucionales que deben incidir en la interpretación del artículo 878.2 C. Com., haciendo que la misma se modifique en clave constitucional, para evitar la contradicción con tales preceptos:

(147) *Vid.* José Manuel GARCIA GARCIA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, pp. 1364-1365. A la inseguridad jurídica que crea la retroacción como nulidad absoluta *ipso iure* de los actos afectados se refiere, también, Eduardo AYA ONSALO, «Reflexiones ...», ... *ya cit.*, p. 21, quien, además, añade la pugna con la justicia de dicha nulidad absoluta. Para DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, p. 12, de acuerdo con esa proximidad a la inconstitucionalidad de la nulidad radical y absoluta de los actos afectados por la retroacción, hubiera sido más acertado interpretar el artículo 878.2 C. Com. de modo que ni siquiera se aproximase a tal inconstitucionalidad. Este mismo autor, p. 13, llama la atención acerca de la vuelta que da a los argumentos constitucionales la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa; Aranzadi 1989/...), al considerar que se vulnerarían los principios de legalidad y seguridad jurídica si se interpretase de forma distinta a la nulidad radical el artículo 878.2 C. Com. así como cita, p. 29, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, que con apoyo en la de 17 de marzo de 1988 rechaza expresamente la inconstitucionalidad de la inseguridad jurídica que, reconoce, produce la nulidad *ipso iure* de los actos afectados por la retroacción.

Desde una perspectiva general se apunta por María Isabel CANDELARIO MACÍAS, «Una visión ...», ... *ya cit.*, p. 2, el atentado contra intereses protegidos por la Constitución económica por parte de la actual legislación concursal.

(148) *Vid.* José Manuel GARCIA GARCIA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, pp. 1365-1366. Con menor extensión e interés plantea dudas acerca de la adecuación constitucional de los efectos de la retroacción de la quiebra Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8695-8696.

a) El derecho fundamental de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, que considera se ve infringido por este privilegio del gremio de los comerciantes frente a consumidores y propietarios que adquieren pisos para viviendas o locales.

A nuestro juicio, no cabe hablar en este punto de tal privilegio de los comerciantes, pues, en todo caso, la finalidad de la retroacción es la de proteger a los acreedores del comerciante quebrado, no al propio comerciante quebrado, de manera que tal privilegio puede afectar no sólo a comerciantes acreedores del quebrado sino también a cualesquiera terceros que sean acreedores. Por eso, en este punto discrepamos de GARCIA GARCIA y consideramos que no hay contradicción con el derecho fundamental a la igualdad, pues no hay tal privilegio para los comerciantes.

Ello aparte de que si se entiende que se crea una desigualdad entre los nuevos acreedores (terceros que contrataron con el quebrado en el período de retroacción) y los antiguos acreedores del quebrado, se puede buscar una justificación para esa desigualdad aparente, con el fin de garantizar la efectiva igualdad entre todos los acreedores del quebrado posteriores a la quiebra de hecho de éste, convirtiendo así a los terceros que contrataron con el quebrado en dicho período en acreedores, mediante la reintegración de lo recibido del quebrado a la masa de la quiebra y su conversión en tales acreedores.

Otra particular visión de la incidencia del derecho fundamental de igualdad en la retroacción se ha apuntado por MASSAGUER FUENTES (149), quien con base en este derecho fundamental y en la regulación especial de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, que más adelante veremos, considera que la retroacción lleva consigo la rescisión, que no la nulidad, de los actos del quebrado en el período de retroacción siempre que concurra una fraude de acreedores en los mismos, puesto que extiende el ámbito del artículo 10 de dicha Ley especial a todos los actos del quebrado «si no se quiere atentar a la norma constitucional de igualdad de trato consignada en el artículo 14 de la Constitución». Este argumento de MASSAGUER vino a ser literalmente invocado, en la práctica, por parte del recurrente en casación en el litigio resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 (150), en el que el Alto Tribunal ni siquiera se

(149) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 66-67.

(150) Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276. A tenor de la citada Sentencia el recurrente dijo que «Tras la promulgación de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, cuyo artículo 10 exige que para que unas determinadas hipotecas puedan ser afectadas por la retroacción deben ser impugnadas por la Sindicatura, hay que entender extensiva esta norma a todos los demás supuestos en que pudiera resultar de aplicación, pues lo contrario supondría una contravención del artículo 14 de la Constitución».

llega a ocupar del mismo para desestimarlos, cosa que hace, consagrando la tradicional doctrina de la nulidad absoluta y radical de la retroacción.

b) Mayor fundamento se puede dar a la posible lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, al estimar que se está haciendo recaer a los terceros que contrataron con el quebrado en período de retroacción en situación de indefensión, de declarar la nulidad de tales contratos, toda vez que tales terceros desconocían la situación de quiebra del otro contratante y la fecha de retroacción (151). Es cierto que a salvaguardar este derecho fundamental se dirige la interpretación que exige el seguir un determinado procedimiento judicial para que se pueda declarar la nulidad de los actos afectados por la retroacción, pero lo cierto es que de mantenerse la doctrina de la nulidad radical y absoluta, nula efectividad tendrá para el tercero que contrató con el quebrado el personarse en dicho procedimiento, al quedar prácticamente maniatadas sus posibilidades de defensa a la acreditación de que el acto de dominio y administración del quebrado tuvo lugar antes de la fecha de retroacción, que no contrató con el quebrado o que el acto en sí carecía de trascendencia patrimonial.

c) En la conclusión de su estudio, sin mayor detenimiento ni argumentación, el mismo José Manuel GARCÍA GARCÍA (152), desde una

(151) A esta posible indefensión se refiere la Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999) —luego reiterada en la Resolución DGRN de 7 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312), que invoca expresamente el artículo 24 de la Constitución—, citada por José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1366, pero la misma más bien, se refiere, a nuestro juicio, a la necesidad de que para la cancelación de la titularidad registral de los terceros afectados por la retroacción haya de seguirse un procedimiento judicial, en el que tengan audiencia, en el que se declare la nulidad del título por el que devinieron en titulares registrales y se ordene su cancelación, con independencia de la solución que deba darse a tal litigio. Desde esta última perspectiva se ha considerado por Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 463, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno; Aranzadi 1985/1.198) y 17 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1988/2.210) —esta última cita, a su vez, también la de 22 de febrero de 1963 (Aranzadi 1963/1.128)—, que no existe tal indefensión desde el momento en que los terceros afectados pueden pedir la modificación de la fecha de retroacción. Por su parte, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, destaca también la importancia de este precepto constitucional como principio a salvaguardar por cualquier interpretación que se haga del artículo 878.2 C. Com. En la práctica menor, la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874) entendió que no había tal lesión al derecho a la tutela judicial efectiva por considerar que los terceros demandados pueden defenderse en juicio, así como también debe protegerse el mismo derecho de los acreedores del quebrado.

(152) *Vid.* José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1369. A tenor de los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística no son muchos los casos de quiebras de empresas de construcción o que actúen el sector inmobiliario, pues entre los meses de enero a octubre de 1993 hubo seis quiebras de empresas del grupo F de

perspectiva fundamentalmente de la quiebra de empresas inmobiliarias, entiende que también existen fricciones de la aplicación de la nulidad absoluta de la retroacción con preceptos constitucionales atinentes a la protección de la propiedad (debe entenderse derecho constitucional a la propiedad previsto en el artículo 33.1 de la Constitución), a la vivienda digna (principio rector de la política social y económica establecido por el artículo 47 de la Constitución) y protección de los consumidores inmobiliarios (otro principio rector de la política social y económica establecido en el artículo 57.1 de la Constitución). Se trata, a nuestro juicio, no ya de que haya una colisión directa de la retroacción con tales derecho y principios rectores, pero sí una fricción que se puede solventar con una interpretación flexible del artículo 878.2 C. Com., que pondere los intereses en juego protegiendo a los terceros que de buena fe hayan adquirido bienes o derechos del quebrado durante el período de retroacción de la quiebra.

Para SANCHEZ CALERO y MADRID PARRA, a quienes cita SASTRE PAPIOL (153), uno de los citados principios constitucionales rectores de la política social y económica (el del derecho a una vivienda digna), es el que ha inspirado imperativamente al legislador español a aprobar la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981 (Aranzadi 1981/900, Ley 2/1981) y su desarrollo posterior en el Real Decreto 665/1982, de 17 de marzo, titulado de Desarrollo y Regulación de la Ley del Mercado Hipotecario (Aranzadi 1982/902), cuyos artículos 10 y 25.5 analizaremos con detalle en el apartado siguiente, y que han supuesto un importante paso en la modernización de nuestra retroacción, debido a la incidencia que tales preceptos tienen en la misma.

Como conclusión cabe extraer, a nuestro juicio, que en la actualidad no podemos decir que la retroacción, en cuanto que nulidad absoluta judicialmente declarada en caso de discordancia, entre en colisión directa con ningún derecho fundamental o principio rector de la política social y económica, salvo con el derecho fundamental a la seguridad jurídica, estando pendientes de que el Tribunal Supremo dé un paso más en la reinterpretación del artículo 878.2 C. Com. de acuerdo con el artículo 9.3 de la Constitución. De esta forma, los demás derechos y principios rectores que hemos referido deben servir como indicativos constitucionales de una nueva realidad social en la que se inserta la retroacción, y (que) deben servir también para que la aplicación práctica

la clasificación de actividades económicas (construcción), y ninguna en el grupo K (actividades inmobiliarias y de alquiler; servicios prestados a las empresas). Posteriormente, se llegó en 1994 a un total de 98 quiebras en el sector de construcción y 68 en el sector de actividades inmobiliarias, número bastante más elevado. En 1995, durante su primer trimestre hubo 20 quiebras de empresas de construcción y 12 de empresas de actividades inmobiliarias (Fuente: Instituto Nacional de Estadística).

(153) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8694.

de la retroacción se vea atenuada en sus radicales efectos por nuestros Jueces y Tribunales, aparte de que la pugna con la seguridad jurídica debería motivar, por sí sola, un cambio radical hacia tal atenuación y hacia la superación, en suma, de la tradicional tesis de la nulidad radical y absoluta.

VIII. LA ESPECIAL SITUACION DE LOS ACTOS DE DISPOSICION REALIZADOS POR EL QUEBRADO CON TRASCENDENCIA REGISTRAL

Ya hemos señalado anteriormente cómo uno de los problemas que, en la práctica, más se vienen planteando, En relación con el juego de la retroacción, viene dado por la posibilidad de que el quebrado haya concertado durante el tiempo de retroacción actos de disposición de sus bienes inmuebles (en sentido lato, como ya vimos, no consistentes sólo en la transmisión de su propiedad, sino incluyendo también los de constitución de gravámenes reales), que acceden al Registro de la Propiedad.

Así, se ha ocupado con detalle de esta cuestión, en la doctrina, en primer lugar, Antonio BILBAO ARISTEGUI (154), quien ha diferenciado hasta tres tipos de actos, atendiendo al tiempo de su conclusión y acceso registral, siempre, por supuesto, dentro del período de retroacción, puesto que ningún problema existe respecto de aquellos actos otorgados e inscritos antes de la fecha de retroacción, salvo en lo que se refiera a la posible aplicación de los artículos 879 a 882 C. Com. o, con carácter más general, del artículo 1.291.3 CC (155), así como respecto de los actos celebrados fehacientemente antes de la

(154) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... *ya cit.*, pp. 1304 y ss., que además, reconoce expresamente, pp. 1310-1311, que su opinión se veía contradicha por la doctrina jurisprudencial del TS, que daba primacía a la nulidad del artículo 878.2 C. Com. sobre la protección dispensada por el artículo 34 LH, incluso en el caso de que se tratase de un tercero subadquirente, con vulneración, a su juicio, de dicho precepto así como del artículo 38 LH.

(155) Así, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 241-243, incluso respecto de la hipoteca que constituida antes de la fecha de retroacción es ejecutada después, durante el período de retroacción; esta autora también excluye las hipotecas constituidas después de la declaración de quiebra, que serán nulas, si bien quedará protegido el tercero subadquirente del crédito hipotecario siempre antes de la anotación registral de la declaración de quiebra, y las hipotecas constituidas en período de retroacción pero inscritas después de la inscripción de la declaración de quiebra, inscripción que para IGLESIAS MAYORALGO debe permitirse, pero condicionada al resultado del pleito entablado por la Sindicatura para obtener su ineficacia.

fecha de retroacción aunque inscritos dentro del período de retroacción (156).

En primer término, hemos de citar la situación que concurre cuando se celebra una compraventa que es presentada para su inscripción en el Registro de la Propiedad, y en el interin entre el otorgamiento y la inscripción de la compraventa se declara la quiebra del transmitente, que incluye en su período de retroacción la fecha de celebración de la compraventa y dicha declaración de quiebra y de fecha de retroacción son presentados para su inscripción en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso, con independencia de las consecuencias que la retroacción pueda desencadenar en el tercero, la doctrina de la DGRN viene entendiendo que deberá admitirse la inscripción posterior de la compraventa. Así, destacamos la Resolución DGRN de 1 de junio de 1993 (Aranzadi 1993/4.979), que dice: «Se trata, pues, de una cuestión similar a la decidida por este Centro directivo en Resolución de 2 de octu-

(156) En este sentido, *Vid.* la reiteración que, *obiter dicta*, hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1990/7.591), de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/3.980), al respecto incluso de la hipoteca otorgada en Escritura Pública de fecha anterior a la retroacción pero inscrita dentro del período de retroacción, pues la Sentencia de 13 de julio de 1984 respecto de una hipoteca cuya Escritura Pública se había otorgado antes de la retroacción, dijo que dicho otorgamiento «... tuvo lugar en los días (31 de enero y 15 de marzo de 1974) anteriores al momento de retroacción de la quiebra (15 de septiembre de 1974) y aparecen por lo tanto otorgadas dichas Escrituras en tiempo en que o cuando la Sociedad estaba capacitada no sólo para obligarse a constituir la hipoteca sino también para facultar a la Caja prestamista al efecto de que, obrando por sí misma y por lo tanto en cualquier momento posterior a la fecha de retroacción de la quiebra, completara la creación del derecho de hipoteca, como así lo hizo, ciertamente con posterioridad respecto de dicha fecha de retroacción de la que erróneamente se pretende deducir la nulidad que la Sentencia de instancia declara y el recurso combate, pugna que debe resolverse en favor de éste, ya que el contrato de hipoteca quedó perfeccionado en la fecha de las escrituras e inmune desde entonces a la sobrevenida incapacidad de la Sociedad prestataria, pudiendo ser inscrito por la Caja con autonomía respecto de la Sociedad y a favor de lo que dispone el artículo sexto de la Ley Hipotecaria conforme al cual la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente tanto por quien adquiere como por quien transmita el derecho o por quien tenga interés en asegurar el derecho que se inscriba anteriormente; por contra, la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874) había tomado, de acuerdo con el artículo 2.2 LH, como fecha decisiva para incluir en el período de retroacción a una hipoteca la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad y no la del otorgamiento de escritura pública que había tenido lugar varios años antes. Por su parte, destaca la relevancia de la escritura de constitución de la hipoteca, para subsumirla en el período de retroacción el Auto de la Sala 1.^a de la Audiencia Territorial de Sevilla de 22 de junio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 540, septiembre, 1989, pp. 6014-6015), que hace abstracción de la existencia de préstamos anteriores a la fecha de retroacción.

Para un caso de un derecho real de prenda ordinario, que no precisa de su inscripción registral para su constitución, se deberá tomar en cuenta la fecha del otorgamiento de Escritura Pública («ex artículo» 1.865 CC), para determinar si se incluye o no en el período de retroacción, tal y como ha señalado la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993 («Revista General del Derecho» n.º 594, marzo 1994, pp. 2.743-2.747).

bre de 1981 (Aranzadi 1981/4.081) y, como en esa ocasión, debe accederse ahora a la inscripción debatida dado el alcance del principio de prioridad básico en un sistema registral (*vid.* artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley Hipotecaria), conforme al cual, la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulta de ese título y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro (*vid.* artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), sin que puedan obstaculizar a su inscripción, títulos incompatibles posteriormente presentados», haciendo también hincapié en la ausencia de firmeza del auto judicial presentado en el Registro, el carácter provisional de la fecha de retroacción y la ausencia de intervención en las actuaciones judiciales de los compradores. Idéntica doctrina se reitera en las Resoluciones DGRN de 2, 3, 4, 5 y 7 de junio de 1993. De aplicarse la nulidad absoluta y radical del acto de disposición, conforme al artículo 33 LH la inscripción en el Registro de la Propiedad no sanaría dicha nulidad, que accedería al Registro de la Propiedad mediante la cancelación de la inscripción de la nueva titularidad, tal y como dispone el artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria.

En el caso de que cuando accede al Registro de la Propiedad el acto del quebrado con el tercero de trascendencia registral no constase en dicho Registro la declaración de quiebra del transmitente y la fecha de retroacción de dicha quiebra, para BILBAO ARISTEGUI juega la protección dispensada por el artículo 34 LH al tercero registral de buena fe, toda vez que cuando el tercero ha adquirido su derecho real del quebrado, titular inscrito, éste era el titular registral del inmueble afectado y su quiebra no sólo no estaba inscrita sino que ni siquiera se había declarado. Ello frente a la opinión de ROCA SASTRE y SAENZ (157),

(157) *Vid.* Ramón M.^a ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», ... *ya cit.*, p. 594 y pp. 596-597, donde destaca la buena fe del subadquirente, que no se dará en los supuestos de doble venta sucesiva, venta seguida de hipoteca u «... otra combinación entre ambos actos adquisitivos dirigida a eludir los efectos nocivos de una quiebra posible ...». También niegan la condición de tercero hipotecario al primer adquirente del luego quebrado, Joaquín TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, pp. 196-197, Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 78; Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... *ya cit.*, pp. 92-94 -radical, en principio, al decir que «... la nulidad de los actos comprendidos en el período de retroacción se produce con absoluta independencia del juego de los principios registrales», para luego matizarla, en el sentido de que «... la nulidad de tales actos en nada afecta a la protección de terceros adquirentes, es decir, de los que fueron partes en sucesivas transmisiones, en las que ya no intervino el quebrado. Estos subadquirentes, si reúnen requisitos de terceros hipotecarios, encontrarán la protección de la fe pública y deberán ser mantenidos en su derecho», opinión en la que vuelve al insistir en p. 98, en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1909, en p. 102, al ocuparse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1927, donde se justificó la desprotección del subadquirente por aplicación del artículo 37 LH, al entender acreditada su mala fe por ser cómplice en el fraude y en pp. 107-109, al comentar la Sentencia del

para quienes el tercero hipotecario protegido lo es sólo el subadquirente

Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, donde diferencia la situación del adquirente directo del quebrado, que no es tercero hipotecario y al que se aplica el artículo 33 LH, de la del subadquirente, desprotegido también en dicha Sentencia lo que es motivo de crítica por parte de OLIVENCIA, al entender que tal subadquirente a título oneroso y de buena fe sí queda protegido por el artículo 34 LH; anteriormente se opuso a la aplicación del artículo 34 LH la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1933 (Aranzadi 1933/1.602)—; José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... ya *cit.*, pp. 87-88, con cita de Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1901, 21 de abril de 1961, 15 de junio de 1966 y 1 de febrero de 1974) y refiriéndose al subadquirente como causahabiente; Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... ya *cit.*, p. 676; Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... ya *cit.*, pp. 8704-8705, proyectado especialmente sobre los subadquirentes hipotecarios de hipotecas constituidas después de la declaración de quiebra pero antes de la anotación de la misma en el Registro de la Propiedad, con cita de la Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999)—que entiende enervada la buena fe de los subadquirentes por la anotación de la demanda de declaración de quiebra— y con carácter más general en p. 8707, respecto de todos los subadquirentes que reúnan la condición de terceros hipotecarios del artículo 34 LH, con cita —Nota (48)— de las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1960 (Aranzadi 1960/2.067); que deniega la protección para el tercero subadquirente de la condición de acreedor hipotecario, por virtud de su mala fe), y 1 de febrero de 1974 (Aranzadi 1974/433, que niega tal condición de tercero respecto del mismo acreedor hipotecario del quebrado). Más reciente, la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerada y Gómez; Aranzadi 1989/6.956) deniega la protección del tercero hipotecario por su mala fe (dada la identidad entre dos personas jurídicas acreedora hipotecaria y adjudicataria en la subasta de la hipoteca de fecha de constitución, domicilio social, objeto social y composición de sus órganos de dirección), si bien llega incluso más allá al decir que «... en todo caso, al declararse por la eficacia automática, la nulidad de la escritura de hipoteca, 19 de septiembre de 1980, al ser alcanzada por el impacto de la retroacción declarada judicialmente, es claro, ..., que todas las demás actuaciones y efectos jurídicos derivados, entre los que se engloban los resultados del Juicio especial del artículo 131 LH, devienen igualmente nulos de pleno derecho ...», siendo tal Sentencia seguida inmediatamente por la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 1990 (Ponente: Ilmo. Sr. Corvo Aparicio; «Revista General del Derecho» n.º 565-566, octubre-noviembre 1991, pp. 9606-9609), que reproduce amplios fragmentos de la misma, y por la de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín de Oro-Pulido López; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935), que declaró la nulidad de una hipoteca y su inscripción en el Registro de la Propiedad, el procedimiento sumario de su ejecución, la adjudicación resultante del mismo y las ventas a terceros por parte del adjudicatario. Un completo estudio de la ausencia del carácter de tercero hipotecario, aun cuando concurriese la adquisición de su derecho a título oneroso, de buena fe y del titular registral, en quien adquiere directamente del quebrado puede verse en la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de mayo de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 544-545, enero-febrero 1990, pp. 805-808)—la misma conclusión se había alcanzado, con mucha menor extensión argumentativa, en la Sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Valencia de 16 de julio de 1987 («Revista General del Derecho» n.º 519, diciembre 1987, pp. 6871-6874) en la que incluso faltaba la buena fe del tercero adquirente de la condición de acreedor hipotecario, por conocer la situación económica del luego declarado en quiebra—. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de junio de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Cañameres Pabolaza; «Revista General del Derecho» n.º 553-554, octubre-noviembre 1990, pp. 8622-8624) incidió en la ausencia de buena fe de los subadquirentes porque su adquisición fue posterior al acceso registral de la resolución declaratoria del estado de quiebra y de fijación de la fecha de retroacción.

pero no el que adquiere directamente del titular registral (158), pues BILBAO ARISTEGUI, a quien más tarde sigue José Manuel GARCÍA GARCÍA (159), proclama la condición de tercero protegido registralmente no respecto del contrato de traslación de dominio o constitución del derecho real por el quebrado sino respecto de las relaciones entre el quebrado y la masa de acreedores, así como acude al estudio de las razones que llevaron a la Reforma de la Ley Hipotecaria

Ha vuelto sobre la cuestión la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1994 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1994/8.144), en la que se parte de la mala fe del primer adquirente de la S.A. quebrada y de los subadquirentes de aquél, que ya de por sí haría inaplicable la protección registral al tercero de buena fe; pero, *obiter dicta* dicha Sentencia va más allá, pues, con independencia de que en el caso litigioso al tiempo de efectuarse las siguientes transmisiones del adquirente a los subadquirentes ya constaba nota marginal en el Registro de la Propiedad de la retroacción de la quiebra, siguiendo la más rígida doctrina de preferencia del artículo 878.2 C. Com. sobre los preceptos registrales, dice: «“Y en cuanto a los actuales recurrentes subadquirentes) que se dicen desconocedores de las vicisitudes fácticas y jurídicas de la primera transmisión, es de observar con la Sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1989 (Aranzadi 1989/3.878), sin duda inspirada en el aforismo y principio de derecho *resoluto jure dantis, resolvitur ius concessum* que el contenido registral por el que entra en juego la protección del artículo 34 no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan en su caso con presunción *iuris et de iure* que el Registro es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad extrarregistral, consecuencia no originada en esta litis por lo expuesto, y por la tajante norma del artículo 878 párrafo 2 del Código de Comercio que afecta de nulidad por sí sola a todas las ventas discutidas. De esta doctrina se deduce el vicio adquisitivo de las ahora recurrentes, apoyadas en la venta de la entidad quebrada a la denominada «Zaraor, S.A.», cuyo vicio de origen no se subsana en las posteriores sino que se arrastra y las vicia igualmente; todo ello aun sin tener en cuenta, como ya observó la Sala de instancia, que ambas adquisiciones posteriores no confieren la condición de tercero a los respectivos adquirentes. ... debe tenerse en cuenta, como decisivo en esta litis, la citada norma del artículo 878 párrafo 2 del Código de Comercio, que no hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral”».

(158) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, pp. 1306-1308, y p. 1310, cuando entiende que respecto de los subadquirentes ya no existen los problemas antes citados, pues los mismos quedarán protegidos en cualquier caso que se cumplan los cuatro requisitos de aplicación del artículo 34 LH y, especialmente, que no se pueda acreditar su conocimiento de la existencia de una demanda judicial de quiebra no anotada preventivamente o que la misma haya sido anotada preventivamente ya; para José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... ya *cit.*, pp. 1367-1368, la protección del subadquirente viene también de la inatacabilidad de su posición por causa de no resultar comprendido en el artículo 878.2 C. Com., que abarca sólo a los actos de administración y dominio del quebrado, pero no a los concertados por el adquirente del quebrado con el subadquirente.

(159) *Vid.* José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... ya *cit.*, pp. 1362 y 1368-1369, con cita expresa de BILBAO ARISTEGUI, considerando que los adquirentes del quebrado son terceros respecto de la declaración de quiebra y la fijación de la fecha de retroacción. En la práctica jurisprudencial mayor se ha protegido a los terceros adquirentes del quebrado, con base en la aplicación, entre otros argumentos, del artículo 34 LH, únicamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647).

de 1944, donde se tenía que haber sustituido la expresión «tercero» por la de «adquirente», cosa que no se hizo debido a la inercia histórica del empleo de la misma. En este caso, defiende BILBAO ARISTEGUI la protección del adquirente *ex artículo* 34 LH, cuando se cumplan los cuatro requisitos del juego de dicho precepto, consistentes en la inscripción previa a favor del transferente, inscripción posterior a favor del transmitente, buena fe del adquirente (ignorancia de la situación de cesación de pago del quebrado transmitente), y carácter oneroso del título adquisitivo. Completa Miguel JUSTE IRIBARREN (160), la fundamentación hipotecarista de la protección del tercero adquirente con el artículo 38 LH, que obliga a seguir un procedimiento judicial para declarar la nulidad de la transmisión en el que se acredite la mala fe del adquirente, pues al ser dicho precepto posterior y especial respecto del artículo 878.2 C. Com., este último queda matizado por el primero; de este modo, concluye JUSTE IRIBARREN, «... no sólo se oponen al juego absoluto del artículo 878 los principios sustantivos hipotecarios de fe pública y legitimación, sino también los adjetivos de prioridad, tracto sucesivo e inscripción», consagrados estos tres últimos principios en los artículos 17, 20 y 37 LH. Pero, más aún, el propio JUSTE IRIBARREN (161) defiende esa protección a los terceros de buena fe, desde una perspectiva más amplia de interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de permitir la protección de la buena fe y de la seguridad jurídica, teniendo en cuenta, además, el respeto que del tercero se hace tanto por el artículo 908 C. Com., en materia de quiebras, como por la Ley Hipotecaria, y buscando, en fin, evitar que se produzca una extensión de la quiebra, ya que de aplicarse rígidamente la nulidad de la retroacción frente a todos los que contraten con el quebrado en el período de retroacción se podría extender el temor generalizado, de manera que ante las dificultades económicas de un comerciante nadie contrataría con él, conduciéndole así a una situación de crisis económica total y acelerando o provocando su quiebra.

En contra de todos ellos, Rafael JIMENEZ DE PARGA (162), defiende la operatividad de la nulidad absoluta de la retroacción frente

(160) *Vid.* Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1133-1134.

(161) *Vid.* Miguel JUSTE IRIBARREN, «Notas ...», ... *ya cit.*, pp. 1136-1137. Ya anteriormente el mismo autor, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 64, se había mostrado partidario de interpretar restrictivamente las medidas excepcionales de la quiebra, para no perturbar con las mismas a terceros.

(162) *Vid.* Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 464. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Lopez Vilas; Aranzadi 1990/5.794), mantiene la misma tesis, al declarar la nulidad de una hipoteca constituida en período de retroacción, de las inscripciones practicadas en el Registro, con la oportuna cancelación de los asientos, del procedimiento sumario iniciado en base al título hipotecario y de las posibles adjudicaciones que se hubieran podido efectuar en razón del procedimiento sumario, condenando a los posibles adquirentes a reintegrar las fincas hipotecadas a la

a todos, sean adquirentes o subadquirentes de buena fe, con apoyo en el artículo 33 LH, la preferencia del interés común de la masa de acreedores y el principio de *par conditio creditorum* frente al interés del tercero, así como con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985 —en realidad se trata de la Sentencia de 22 de marzo de 1985 (Aranzadi 1985/1988), ya citada—, que defendió que tal nulidad no generaba una pérdida de derechos económicos para el tercero, algo que ha sido criticado por José Manuel GARCIA GARCIA, pues dichos daños se producen desde el momento en que se defiende la no restitución al tercero de su contraprestación, sino su inclusión en la masa de acreedores, donde, por lo común, sufrirá una pérdida derivada de la ausencia de bienes en el patrimonio del quebrado para hacer frente a todas sus deudas y su sumisión a la ley del dividendo.

Por nuestra parte, entendemos que de conformidad con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre el sentido del artículo 34 LH, con base en dicho precepto solamente se puede defender la protección frente a la retroacción de los subadquirentes, esto es, de aquéllos que adquirieron un derecho de propiedad o un derecho real limitativo del dominio a título oneroso de quien, a su vez, adquirió y registró su adquisición del que luego fue declarado quebrado y que llevaron a cabo la inscripción de su titularidad en el Registro de la Propiedad. Citamos al pie (163)

masa de la quiebra. Con posterioridad se reitera en la Sentencia de 15 de noviembre de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1991/8.406). A esa misma conclusión parece que se podría llegar con la síntesis de Jurisprudencia que se hace por la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller, «Aranzadi Civil» 1993/2.193), que sostiene la inaplicación de los preceptos hipotecarios y el desconocimiento de la condición de tercero hipotecario frente a la retroacción.

(163) Verdadera doctrina jurisprudencial ha creado al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; Aranzadi 1989/6.928), luego citada en otras posteriores, que al respecto del tercero hipotecario dijo: «c) Validez del acto adquisitivo. Para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría entonces el artículo 33 LH, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la LH de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley actual». Por citar sólo las Sentencias más recientes en el mismo sentido, que contienen, a su vez, síntesis jurisprudencial, cabe referirse a la Sentencia de 8 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1993/2.052), para declarar la nulidad del título de los adjudicatarios de una subasta de bienes embargados que no eran propiedad del deudor, quien los había vendido en documento privado aun cuando mantenía la titularidad registral de los mismos, que se ve contradicha por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Grani-zo Fernández; Aranzadi 1993/2.999) —donde sí se consideró tercero hipotecario al Banco adjudicatario de los bienes embargados a su deudor de los que éste era titular registral pero que había vendido anteriormente a tercero en documento privado—, volviendo posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López; Aranzadi 1993/3.563) a la misma conclusión al denegar la condición de tercero hipotecario al Banco adjudicatario del Procedimiento Judicial Sumario del Artículo 131 LH seguido contra quien sabía dicho Banco que no era propietaria de la finca hipotecada, puesto que la nulidad afectaba al mismo procedimiento

una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo reciente, relativa a la consideración como terceros hipotecarios únicamente de los subadquirentes, de la que sólo se aparta la Sentencia de 13 de abril de 1993 aun cuando a la misma no le hubiera hecho falta su aplicación, para proteger la situación de quien había adquirido la propiedad del Banco adjudicatario de la subasta de bienes embargados a su deudor que en realidad eran propiedad real de un tercero, pese a estar inscritos registralmente como de la propiedad de tal deudor.

Partiendo, pues, a nuestro juicio, de la premisa expuesta en cuanto a la defensa sólo de los subadquirentes con base en la normativa hipotecaria, GARCIA GARCIA (164), destaca el carácter de disposición especial y posterior respecto del artículo 878.2 C. Com. que reviste el artículo 34 LH, lo que, a su entender, motiva que deba primar el precepto hipotecario citado.

En el caso de que el acto dispositivo tuviese lugar en período de retroacción y tras la presentación de la demanda de quiebra, pero antes de su anotación en el Registro de la Propiedad (165),

judicial sumario del que nacía el título de propiedad del adjudicatario, y reiterando literalmente los argumentos de la antes citada de 8 de marzo de 1993 en la de 21 de julio de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; Aranzadi 1993/6.273), que estimó válido el título de propiedad (adjudicación en subasta del artículo 131 LH) por no resultar afectado de vicio alguno el procedimiento judicial sumario referido. Por citar algún ejemplo en la «Jurisprudencia Menor», que manifiesta la conciencia de la existencia de una doctrina jurisprudencial al respecto, Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Toledo de 26 de enero de 1993 (Ponente: Ilmo. Sr. Tasende Calvo; «Actualidad Civil» 1993-I, 883).

(164) *Vid.* José Manuel GARCÍA GARCÍA, «La Seguridad Jurídica ...», ... *ya cit.*, p. 1367 y anteriormente José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, p. 88, que añade la interpretación literal del artículo 878.2 C. Com. y la exclusión del ámbito de los actos del quebrado de los celebrados entre el adquirente del quebrado y el subadquirente, si bien luego, p. 89, en congruencia con su configuración de la retroacción como rescisión por fraude de acreedores, considera que la protección del subadquirente viene dada por el artículo 37 LH. En contra, TORRES DE CRUELLS, «Comentario ...», ... *ya cit.*, p. 194, consideró que el artículo 878 C. Com. y el artículo 34 LH regulan materias especiales y distintas, no estableciendo, pues, la relación de especialidad de la LH respecto del tratamiento de los titulares registrales.

(165) Cuando se pretenda la anotación preventiva de la demanda de quiebra o, en su caso, la inscripción de la propia declaración de quiebra en el Registro de la Propiedad y ya se hubiese inscrito la nueva titularidad a favor del tercero, señala Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 77, Nota (34), que «... el Registrador denegará la anotación por no figurar la finca a nombre del quebrado». Por contra, M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 259-260, defiende tal anotación preventiva de la declaración de quiebra por las siguientes consideraciones: 1.^a) No se vulnera la salvaguardia jurisdiccional de los asientos, por cuanto se actúa en virtud de una declaración judicial, media, pues, el mismo control jurisdiccional que en sede de anotaciones de demanda, las cuales son ordenadas sin necesidad de previa audiencia del demandado (artículo 139 RH). 2.^a) Se trata de una declaración por la que se inicia el juicio universal de quiebra, ... por sí sola ya produce efectos tanto respecto

BILBAO ARISTEGUI (166) llega a la misma conclusión que la antes expuesta, pues el adquirente seguirá confiando de buena fe en un Registro de la Propiedad que no le indica que haya restricción alguna al derecho del que aparece como titular el transmitente. Por nuestra parte, en congruencia con la opinión que también expusimos, tal protección habría de quedar limitada, con base en las normas de la LH, a los subadquirentes que inscribiesen su adquisición de buena fe y onerosa en tal período de tiempo.

Una vez anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda solicitando la declaración de quiebra (artículos 42.5 LH y 142 RH), se desmonta ya todo el sistema de protección registral, porque ya no cabe hablar de buena fe del adquirente, pues éste conoce la situación de cesación de pagos, al menos pretendida, en aquel respecto del que se insta su declaración en quiebra, se habría producido la inhabilitación *ex lege* (artículo 878.1 C. Com.) del mismo, por lo que pese a que accediese al Registro de la Propiedad la nueva titularidad real porque, por ejemplo, no se hubiese aún anotado preventivamente la declaración de quiebra del deudor titular de los bienes transmitidos o gravados, se puede perfectamente declarar, por vía judicial, su nulidad (167).

del quebrado como de sus acreedores y, también respecto de los terceros que contrataron con aquél en los momentos inmediatamente anteriores a la declaración ... 3.^a) ... deberá ser título más que suficiente para fundar la adopción de medidas, como la ahora examinada, que tiendan a evitar los perjuicios irreparables que pueden sobrevenir a los acreedores durante la tramitación procedimental. 4.^a) ... con dicha constatación registral de la declaración de quiebra únicamente se pretende enervar la fuerza protectora de la fe pública durante el lapso procedimental indicado, pero se respeta en lo demás, la eficacia propia de las titularidades registrales adquiridas del quebrado en el Período de Retroacción, y no se cierra el Registro a los actos dispositivos emanados de esas titularidades, al igual que ocurre con la anotación preventiva de la demanda según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria». Con carácter más general, interpretando los artículos 142 y 166 RH, Manuel OLIVENCIA RUIZ, «Publicidad ...», ... ya *cit.*, especialmente, p. 83, defiende la anotación preventiva tanto de la solicitud de quiebra como de la declaración de quiebra aún no firme, y de la declaración de quiebra que haya obtenido firmeza, si bien más adelante, p. 84, muestra sus dudas acerca de la conveniencia de la anotación preventiva por su limitada duración de 4 años, susceptible de prórroga a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que la decretaron (artículo 86 LH), debido a la larga duración de los procedimientos concursales, así como a la imposibilidad de rehabilitación del quebrado fraudulento (artículo 920 C. Com.) y la situación del quebrado que no llegó a un convenio con sus acreedores, que sólo puede obtener la rehabilitación mediante la probanza de haber satisfecho íntegramente las obligaciones que pesaban sobre su patrimonio y fueron reconocidas en el procedimiento por lo que apunta que sería más adecuada la técnica de las inscripciones.

(166) *Vid.* Antonio BILBAO ARISTEGUI, «Adecuación ...», ... ya *cit.*, p. 1309.

(167) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8704, Nota (42), con cita de ROCA SASTRE en el mismo sentido, pero reduciendo la opinión de este último sólo a los actos posteriores a la declaración de quiebra sin proyección hacia los actos en período de retroacción. Por su parte, Manuel OLIVENCIA, «Publicidad ...», ... ya *cit.*, pp. 86-87, consideró, mucho más radicalmente, que la anotación preventiva de la declaración de quiebra actuaba como cierre registral para todas las inscripciones de actos del quebrado realizados con posterioridad al momento de retroacción.

Cabe sí, como señala SASTRE PAPIOL (168), la posibilidad de que el otorgamiento del acto constitutivo de un derecho real tenga lugar con anterioridad al período de retroacción pero su inscripción tenga lugar después de que acceda al Registro de la Propiedad la anotación preventiva del auto de declaración de quiebra, en cuyo caso el propio SASTRE PAPIOL considera, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 (Aranzadi 1984/3.980), que rectifica la anterior de 20 de febrero de 1974, que dicha inscripción registral debe tener lugar, incluso en el caso de una hipoteca, cuya inscripción tiene efecto constitutivo (artículos 1875 CC y 145 y 159 LH). Por su parte, IGLESIAS MAYORALGO (169) es también favorable a la inscripción de la hipoteca constituida en Escritura durante el período de retroacción pero presentada en el Registro después de la anotación preventiva de la quiebra por las siguientes razones: «a) que el acto, en principio, es válido, reúne todos sus requisitos legales, al menos, los que el Registrador puede apreciar en su calificación; es el Juez el que puede destruirlo *a posteriori*; b) que de otro modo, se decidiría por vía registral lo que compete resolver a los tribunales; invirtiendo la carga de la iniciativa procesal; c) que la declaración de quiebra no implica una impugnación ya en marcha de la hipoteca sino su posible impugnabilidad; d) que se trataría de una inscripción subordinada que ningún perjuicio provoca a la masa acreedora». Por nuestra parte, defendemos estas posiciones doctrinales de admitir la inscripción de la hipoteca o de cualquier otra nueva titularidad real, si bien se produce la salvedad de la desprotección por el artículo 34 LH, y se fundamenta la misma en que estamos ante una mera anotación preventiva, como hemos visto, que hará recaer sobre los terceros hipotecarios, en sentido lato y estricto, las consecuencias que de tal anotación preventiva se puedan derivar, en concreto, la impugnación, por retroacción, del acto de administración o disposición del quebrado que accedió posteriormente al Registro de la Propiedad.

Rastreando la Jurisprudencia de los últimos años DELGADO ECHEVERRÍA (170), con quien estamos de acuerdo, encuentra que

(168) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8704, que sigue en este punto a M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 242. Posteriormente ratifica la Sentencia de 13 de julio de 1984 la de 10 de octubre de 1990 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1990/7.591).

(169) *Vid.* Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 260-261. Se suma literalmente Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8705-8706, con base en los artículos 1, 38, 40 y 82 LH.

(170) *Vid.* Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad ...», ... *ya cit.*, pp. 25-28, con especial atención a las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/2.211) y de 15 de noviembre de 1991 (Aranzadi 1991/8.406), así como destacando, con la Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 (Aranzadi 1986/999), que los Registradores sólo podrán denegar la cancelación de las titularidades registrales de esos terceros registrales cuando no se les haya demandado para solicitar la declaración de nulidad de su título y la cancelación de la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

cabe hablar de una doctrina que extiende la nulidad absoluta a los terceros adquirentes y subadquirentes del quebrado, centrándose luego en la protección de los subadquirentes de buena fe respecto de los que considera gravemente errónea su desprotección y apoya, por contra, su protección en la necesaria aplicación del artículo 34 LH en algo que no previó en su día el artículo 878 C. Com.

Frente a toda la inercia de una Jurisprudencia de más de OCHENTA AÑOS negando toda relevancia a la protección registral del tercero hipotecario (la anterior Sentencia en que hemos citado que puede atisbarse una protección al tercero hipotecario se encuentra en la ya citada de 19 de febrero de 1909) nos encontramos con dos importantísimas Sentencias del año 1993.

En primer lugar, aparece la contradictoria Sentencia de 12 de marzo de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Aranzadi 1993/1794), que analiza DELGADO ECHEVARRIA, en la que se apunta, *obiter dicta*, a la protección de los subadquirentes de buena fe no sólo registrales sino extrarregistrales, al decir que «Sin embargo, el principio de retroacción absoluta y nulidad radical que el artículo 878 C. Com. parece proclamar, no debe ser tan imperante y automático que no permita contemplar situaciones que puedan estar fuera del mismo, con subsistencia y eficacia jurídica suficiente, en cuanto afectan a subadquirentes totalmente ajenos a las maniobras de desposesión de bienes llevadas a cabo por el quebrado y que con toda buena fe compran bienes que en su día pertenecieron a aquél, asistiéndoles plena creencia legítima de obrar conforme a la legalidad». Después de mantener esta aperturista visión, lo cierto es que la Sentencia concluye con la reiteración de la doctrina clásica de nulidad radical y absoluta y desprotección de terceros adquirentes y subadquirentes, incluso registrales, de buena fe, lo que desorienta a DELGADO ECHEVERRIA acerca de cuál sería el camino a seguir en el futuro por la Jurisprudencia, aun cuando en ese caso el núcleo fundamental de la argumentación estribó en la mala fe de los subadquirentes, pues los tratos de la compraventa se habían llevado a cabo directamente entre el subadquirente y el quebrado, si bien actuando éste, en algunas ocasiones, por medio de su esposa y en la referida venta por medio de su yerno titular registral de la finca.

Ese camino a seguir fue el de la aplicación del artículo 34 LH, por vez primera en nuestro Tribunal Supremo, como barrera a la aplicación del artículo 878.2 C. Com. en la Sentencia de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647), sobre la que nos detendremos en el apartado siguiente a la hora de analizar la incidencia de la Ley del Mercado Hipotecario, si bien en este momento ya destacamos que nos encontramos ante el mismo desconcierto que planteaba DELGADO ECHEVERRIA a la hora de cuestionarse cuál será el futuro camino a seguir por nuestra práctica jurisprudencial, pues la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de

11 de noviembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo Figueroa; «Actualidad Civil» 1994/276) vuelve a la doctrina de la nulidad absoluta, si bien en ella no hubo oportunidad de pronunciamiento sobre la incidencia del artículo 34 LH al no referirse la retroacción a actos con trascendencia registral, aun cuando la reiteración que hace de la doctrina jurisprudencial clásica nos lleve a pensar que su fallo hubiera sido el mismo aunque afectase a terceros hipotecarios.

Nos encontramos, pues, ante un momento de inflexión en la doctrina jurisprudencial, en la que la decisión del Tribunal Supremo en las próximas ocasiones en que tenga ocasión de conocer de la cuestión tendrán una incidencia clave en la evolución del tratamiento práctico de la retroacción, en espera de la siempre ansiada reforma legislativa.

Un cierto paso atrás en la evolución apuntada viene dado, a nuestro entender, por la Sentencia de 16 de marzo de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; «Actualidad Civil» 1995/620), pues si bien la *ratio decidendi* de la misma es la existencia de mala fe en el adquirente y los subadquirentes posteriores de unas naves en período de retroacción e incluso después de haber accedido al Registro de la Propiedad la nota marginal en la que se hace referencia a la retroacción de la quiebra, *obiter dicta* y *ab abundantiam* afirma como argumento para estimar la nulidad de dichas ventas que «“...por la tajante norma del artículo 878, párrafo 2 del Código de Comercio que afecta de nulidad por sí sola a todas la ventas dicutidas”», remachando más adelante que «“...debe tenerse muy en cuenta, como decisivo en esta “litis” la citada norma del artículo 878, párrafo 2, del Código de Comercio, que no hace distinción alguna ni excepciones de su imperatividad al régimen registral”».

Tales altibajos en la doctrina jurisprudencial hacen que la «Jurisprudencia Menor» siga apegada, en parte, a la rígida estimación de la eficacia de la retroacción, aun reconociendo que «“la absoluta indiscriminación puede producir situaciones injustas o vulneradoras de la seguridad jurídica ...»», como reconoce la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 1995 (Ponente: Iltrna. Sra. Alegret Burgués; «Actualidad Civil» 1995/1.290), que, después de resaltar el paso atrás que supuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 respecto de la de 12 de marzo y 20 de septiembre del mismo año, termina por justificar la aplicación de la retroacción a unas escrituras de hipoteca y posterior dación en pago de deudas otorgadas durante el período de retroacción, porque «“No obstante la polémica doctrinal o fluctuación jurisprudencial que se observa en esta materia, lo que no se altera es el principio o finalidad de las normas reguladoras de los efectos de la retroacción de la quiebra, aplicable en este caso, toda vez que los actos dispositivos del quebrado que ahora se enjuician, constitución de escrituras de hipoteca y dación en

pago tanto más cuando el valor fijado por las partes de todos los bienes entregados superaban la cuantía de los créditos ... perjudican claramente a la masa de la quiebra en tanto estos bienes fueron sustraídos de la misma para satisfacer los intereses de uno solo de los acreedores, T., S.A., con quiebra del principio de la *pars conditio creditorum* ...»». Se interpreta, pues, en esta Sentencia que la ruptura del principio de *pars conditio creditorum* es signo inequívoco de perjuicio a la masa de la quiebra.

Dentro del tratamiento de las relaciones entre la retroacción de la quiebra y el Registro de la Propiedad reviste especial interés la situación de las hipotecas constituidas en el período de retroacción, ya con el propio quebrado ya con el tercero adquirente del quebrado y afectado por la retroacción. Existen posiciones muy restrictivas en la doctrina, como es el caso de la de Fernando LAGUNA IBÁÑEZ (171), que incluso niegan la condición de tercero hipotecario, a los efectos del artículo 34 LH, al acreedor hipotecario del adquirente del quebrado, por entender que en la constitución de la hipoteca no media el trámite de adquisición a título oneroso que exige el referido artículo 34 LH, por lo que concluye en que «si quiebra el comerciante que realizó la primera transmisión, no cabe duda de que se aplicará el artículo 878 C. Com., y que al ser reintegrado a la masa el inmueble nos encontraremos ante dos patrimonios perjudicados: el del adquirente y el de su acreedor hipotecario, que habiendo confiado en los datos del Registro decidió llevar a cabo una operación de crédito (hipoteca)». Por nuestra parte, discrepamos de tal argumentación, porque la adquisición del derecho de acreedor hipotecario no puede decirse que no sea una adquisición a título oneroso, pues la misma proviene de un desembolso realizado por tal acreedor: el préstamo que se hace al deudor hipotecante y para cuya garantía de devolución se constituye la hipoteca, por lo que tal tercero, que es acreedor hipotecario de quien adquirió del deudor luego quebrado, queda perfectamente subsumido en la condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH (172).

También reviste interés el estudio de la incidencia de la retroacción sobre aquellas hipotecas cuya ejecución sumaria, en virtud del artículo 131 LH, se encuentra en trámite ya desde el período de retroacción y

(171) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, pp. 78-79.

(172) En este sentido, Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; «Revista Jurídica Española LA LEY» 1990-1/10.447), que claramente reconoce la condición de tercero hipotecario al acreedor hipotecario, dado que estima que la adquisición de la condición de tal en virtud de la hipoteca se hace a título oneroso.

antes de la declaración de quiebra (173). En este caso se ha admitido mayoritariamente por la doctrina y Jurisprudencia (174), de acuerdo con el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que la declaración de quiebra no suspende dicho procedimiento, con independencia de las consecuencias que luego se propugnen respecto de la validez de la subasta y adjudicación de la finca propiedad del quebrado e hipotecada.

Frente a dicha opinión, Rafael JIMENEZ DE PARGA CABRERA (175), entiende que cuando el artículo 132 LH se refiere a la no incidencia de la quiebra del deudor hipotecario como causa de suspensión del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, «... se está refiriendo a la ejecución de garantías hipotecarias que no estuvieran afectadas por la fecha de retroacción de la quiebra del deudor ...». Distinta es la admisión que hace IGLESIAS MAYORALGO (176) de la única

(173) Las que no hubiesen iniciado su ejecución antes de la declaración de quiebra no podrán hacerlo después, según señala M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 261, por aplicación de los artículos 912 y 914 C. Com., que otorgan preferencia a los créditos hipotecarios, pero dentro de la quiebra, no a través de la ejecución judicial o extrajudicial sumaria separada. Más *in extenso*, pero en el mismo sentido Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8707-8709.

(174) *Vid.* Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «En Torno ...», ... *ya cit.*, p. 70. M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 244 y 262. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8694. En la Jurisprudencia, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño; Aranzadi 1985/4.738), que más adelante referiremos *in extenso*, en la que se dice «... el cual (se refiere al Juicio concursal), ni siquiera suspende el procedimiento, pues la regla general que para los juicios ejecutivos determina el artículo 127 párrafo último LH tiene su aplicación concreta, para estos supuestos, en el artículo 132.1 de la misma Ley, al establecer que "el procedimiento sumario que establece el artículo precedente no se suspenderá ... y por la declaración de quiebra de cualquiera de ellos" ...», justificando tal tratamiento especial de dicho procedimiento, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1961 («Colección Legislativa de España» 1961, n.º 637, pp. 371-377 —que ya había denegado tal acumulación con base en los artículos 166 LEC y 132 y 135 LH, siguiendo la tesis defendida ante la Sala por Rafael PÉREZ ESCOLAR—), por ser «... abreviado, sencillo y económico de ejecución, que simplifica el ejecutivo ordinario, suprimiendo la fase declarativa y conservando la de apremio, para evitar todo lo que se ponga a que, de modo expedito, se haga efectiva la hipoteca inscrita con las seguridades que esto proporciona ...».

(175) *Vid.* Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Suspensión ...», ... *ya cit.*, p. 464, que por ello mismo elogia el Auto de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1989, que comenta y que admitió la suspensión, por entender que la hipoteca constituida en período de retroacción es nula de pleno derecho y frente a ella no juega el artículo 132 LH, que sí lo haría frente a hipotecas que pudieran declararse nulas por alguno de los cuatro supuestos que contempla dicho precepto.

(176) *Vid.* M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 261-262. Le sigue SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8708-8710, quien considera que si el procedimiento de ejecución especial ya se inició antes de la declaración de quiebra del deudor «... la Sindicatura puede y debe: a) iniciar, conforme prevé el artículo 132 LH, el procedimiento declarativo impugnatorio de la hipoteca, intentando su rescisión, y anotando la demanda en el Registro

posibilidad de suspensión del procedimiento especial de ejecución de hipoteca afectada por el período de retroacción, en curso durante la tramitación de la quiebra, para el caso de que la misma se hubiese iniciado una vez ya declarada la quiebra pero sin que tal declaración hubiese accedido al Registro de la Propiedad, pues en ese caso estima que falta la existencia de un título con fuerza ejecutiva exigido conforme al artículo 132.2.^o LH, siendo la única excepción de suspensión del procedimiento especial del artículo 131 LH fuera de los casos tasados por el artículo 132 LH, ya que entiende que, de no suspenderse el procedimiento, el Registrador debería, en último término, denegar, por iguales razones, la inscripción a favor del adjudicatario.

Una vez admitida la imposibilidad de suspensión del procedimiento de ejecución sumaria del artículo 131 LH se plantea, en un paso más, si dicho procedimiento habrá de ser acumulado al Juicio Universal de quiebra. Destaca con rotundidad y extensión de argumentos el propio SASTRE PAPIOL (177) la imposibilidad de llevar a cabo tal acumulación, como se desprende de los artículos 166 LEC y 133.5.^o LH.

Denegación de tal acumulación procesal podemos verla con detalle en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (178), con aplicación de los artículos 161, 164 y 166 LEC y 135.3 LH.

de la Propiedad al amparo del artículo 42.1.^o LH. Procedimiento que se podrá suspender si, por parte de quienes se hallen legitimados, se pretende, a su vez, la revisión del período de retroacción, como presupuesto ineludible para que prospere aquella pretensión si la declaración judicial de quiebra no alcanza la fecha de constitución del gravamen; b) Comparecer en los autos de ejecución hipotecaria, solicitando que el precio que se obtenga del remate quede a resultas del procedimiento enablado, acreditada que haya sido la postulación anterior».

(177) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, pp. 8712-8713.

(178) *Vid.* la Sentencia con la totalidad de sus resultandos y considerandos y Comentario a la misma de José Luis VÁZQUEZ SOTELO, «Acumulación ...», ... *ya cit.*, pp. 146-156. La referida Sentencia se ocupa del intento de acumulación al Juicio Universal de Quiebra de un Juicio Sumario del artículo 131 LH de ejecución de una hipoteca constituida dentro del período de retroacción de dicha quiebra. Por contra y anteriormente, aun cuando referido a un Juicio ejecutivo fundado en una póliza de fianzamiento de operaciones mercantiles suscrita por el deudor quebrado ante un Banco, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1984 sí admitió su acumulación al Juicio Universal de quiebra. Posteriormente, se siguió la misma tesis contraria a la acumulación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz; Aranzadi 1986/1.171), que añade como argumento legal la aplicación del artículo 1.173 LEC, referente al concurso de acreedores y aplicable a la quiebra en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.379 LEC. Se niega, igualmente, tal acumulación en los Autos de la Sección 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de febrero de 1988 («Revista General del Derecho» n.º 525, junio 1988, pp. 3920-3922) —con cita expresa y extensa de la señalada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985—, de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de febrero de 1989 («Revista General del Derecho» n.º 537, junio 1989, pp. 4061-4063) y de 27 de diciembre de 1991 (Ponente: Iltr. Sr. D. Javier Ferrer Mora; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8928-8930), salvo en el caso de que se hubiese cancelado la hipoteca como consecuencia de un pleito de retroacción, supuesto que se engloba dentro de la causa 3.^a del artículo 132 LH de suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH; ya citada Sentencia de la Sección 2.^a

Visto lo expuesto, tenemos ya iniciado un procedimiento de ejecución sumaria del artículo 131 LH de una hipoteca constituida en el período de retroacción y que no puede ser suspendido ni acumulado al Juicio Universal de Quiebra, por lo que el siguiente problema consiste en analizar la situación del adjudicatario de la subasta frente a la retroacción de la quiebra. Existe tal problema, pues señala IGLESIAS MAYORALGO (179) que la proyección literal de la nulidad radical y absoluta sobre los adjudicatarios «... conduce a consecuencias paradójicas que no aseguran la debida armonía y equilibrio entre todos los intereses concurrentes, sino que, en beneficio exclusivo de la masa acreedora: a) menoscaban las no menos legítimas posiciones de los terceros que contrataron con el quebrado de buena fe sin conocer su situación de desarreglo económico; b) desacreditan la seriedad de los procesos judiciales, y c) comprometen innecesariamente los principios generales de las diversas normas del Ordenamiento jurídico implicadas en el tema».

Por ello, se plantea esa misma autora, desde una visión eminentemente registral, coherente con su profesión de Registradora de la Propiedad, dos hipótesis, atendiendo a que cuando llegue al Registro el mandamiento del Juzgado para llevar a efecto la inscripción de la adjudicación o, en su caso, la Escritura otorgada de conformidad con el artículo 236.I.1 del Real Decreto 290/92, de 27 de marzo, de modificación del Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, se encuentre o no anotada preventivamente la declaración de quiebra. Si no hay tal inscripción, considera dicha autora (con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1932, 31 de mayo de 1960, 1 de febrero de 1974, 28 de enero y 22 de marzo de 1985 y 24 de octubre de 1989 y las Resoluciones DGRN de 20 de enero de 1986 y 22 de noviembre de 1988) que tendrá lugar la inscripción de la titularidad a favor del adjudicatario, que queda protegido, además, como tercero hipotecario. Por otra parte, si la inscripción de la titularidad del adjudicatario tiene lugar después de la anotación preventiva de la declaración de quiebra que abarca en su período de retroacción a la hipoteca objeto de ejecución, defiende IGLESIAS MAYORALGO (180) que también tendrá lugar la inscripción de la

de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522); también el Auto de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de marzo de 1994 («Actualidad Civil» 1995/177), con base en los artículos 166 LEC y 127, 132 y 135 LH.

(179) *Vid.* M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, p. 244.

(180) *Vid.* M.^a Carmen IGLESIAS MAYORALGO, «Hipoteca ...», ... *ya cit.*, pp. 263-269. Se reiteran las opiniones de esta autora por SASTRE PAPIOL, «La Retroacción ...», ... *ya cit.*, p. 8709.

nueva titularidad, pero sin que la misma suponga protección alguna para el adjudicatario, considerando que no es aquí aplicable el artículo 131.17.^a LH (referente a la cancelación de todos los asientos posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas), si bien para que le afecte el resultado de la impugnación del acto de constitución de la hipoteca será preciso, que se siga un nuevo procedimiento contra el adjudicatario a instancia de la Sindicatura de la quiebra, o bien haber anotado preventivamente la demanda de impugnación y que tal anotación haya tenido lugar antes de la adjudicación judicial o extrajudicial hipotecaria, pues en este último caso devienen aplicables los artículos 1.252.2.^o CC y 198.2 RH, que dispone: «La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no sólo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba, extendido en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación». En este sentido se han pronunciado las Resoluciones DGRN de 7 y 14 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.312 y 1990/9.320, respectivamente), al denegar la cancelación de la inscripción de la declaración de quiebra que ponía en cuestión la hipoteca hasta tanto no se acordase por resolución judicial tal cancelación, al igual que en la Resolución DGRN de 8 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.313), que se ocupó específicamente de la no cancelación, por la inscripción de la adjudicación hipotecaria, del asiento de declaración de quiebra del deudor hipotecario y de la simultánea admisión de la inscripción del auto de adjudicación, porque aunque la declaración de quiebra que subsume en su retroacción la fecha de constitución de la hipoteca cuestiona la validez de dicha hipoteca, la misma todavía sigue viva. Mientras que en la Resolución de 8 de noviembre de 1990 la anotación de la declaración de quiebra tuvo lugar con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas del artículo 131.4 LH, en la de 14 de noviembre de 1990 tuvo lugar después, sin que ello afectase a la idéntica solución alcanzada en ambas, concretando además esta última que la cancelación del asiento de declaración de quiebra sólo puede tener lugar por resolución (Providencia, concreta) del Juez que conoce de la quiebra, en aplicación de los artículos 83 y 84 LH, siendo ratificada íntegramente su doctrina en la Resolución de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3.146), que tuvo las mismas partes y el mismo objeto de debate. La doctrina registral de las citadas Resoluciones de 8 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1991, se recoge *obiter dicta* en el Auto de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de marzo de 1994 («Actualidad Civil» 1995/177). La importancia que IGLESIAS MAYORALGO da a la anotación preventiva de la demanda de impugnación de la hipoteca en retroacción es tal, que de la misma hace depender también la cancelación de la inscripción de la hipoteca siempre que tal anotación sea anterior a la fecha del remate que haya tenido lugar en la ejecución de dicha hipoteca.

Nos interesa puntualizar, respecto de la tesis de IGLESIAS MAYORALGO, pues no pudo haberse pronunciado sobre ello, que la misma se puede ver hoy apoyada por el ya citado Real Decreto 202/92, de 27 de marzo, sobre ejecución extrajudicial de hipotecas, en cuanto que su artículo 236.1.3 dice: «La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca». De este precepto cabe hacer una interpretación estricta, como la sostenida por José LOPEZ LIZ (181), de manera que la adjudicación de la subasta extrajudicial o notarial de la hipoteca no cancelaría la anotación preventiva de la demanda de impugnación de la hipoteca concertada en el período de retroacción del deudor hipotecante, o mantener una posición más amplia, que consideramos defendible, de estimar que tampoco se cancelará la anotación preventiva de la declaración de quiebra en la que se contenga una fecha de retroacción anterior a la de constitución de la hipoteca, toda vez que se trata de un asiento ordenado por la autoridad judicial (Auto de declaración de quiebra) que pone o puede poner en litigio la vigencia misma de la hipoteca a tenor del artículo 878.2 C. Com. y de la interpretación radical del mismo que se haga.

IX. LA ESPECIAL PROTECCION DE LAS HIPOTECAS SUBSUMIDAS EN LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO

Especial interés reviste el último objeto de atención del presente trabajo: la situación frente a la retroacción de las hipotecas constituidas de conformidad con la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, ya referida en este trabajo, y en su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo y su modificación parcial por Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, y sujetas, por tanto, a la aplicación del artículo 10 de dicha Ley («Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2 **sólo podrán ser impugnadas** al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando **en todo caso** a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél»), desarrollado por el artículo 25.5 del

(181) Vid. José LÓPEZ LIZ, «El Procedimiento Extrajudicial-Notarial de Ejecución Hipotecaria», «Bosch, Casa Editorial, S.A.», Barcelona, 1993, pp. 371-373.

Reglamento («Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades que puedan participar en el Mercado Hipotecario **sólo podrán ser impugnadas** por causa de quiebra del hipotecante cuando se hubieran formalizado en época posterior a la fecha a que se hayan retrotraído los efectos de la quiebra. La acción de impugnación sólo podrá ser ejercitada por los Síndicos de la quiebra, demostrando la existencia de fraude en la constitución del gravamen. **En todo caso** quedará a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice del quebrado fraudulento»).

La razón de ser de esta nueva normativa, a juicio de SASTRE PAPIOL (182), se encuentra en «... facilitar la financiación necesaria para la promoción inmobiliaria con fines que facilitaran también la adquisición de la vivienda a los ciudadanos», influida, a su juicio, por el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que reconoce el artículo 47 de la Constitución. Por contra, José MASSAGUER FUENTES (183), entendió que la finalidad de la Ley del Mercado Hipotecario tenía por objeto únicamente el fortalecimiento del sector económico de la construcción. Fernando SANCHEZ CALERO (184), defiende ambas finalidades antes expuestas, al considerar que con la Ley del Mercado Hipotecario se buscó tanto «... el impulso del sector de la construcción, que se ha visto especialmente afectado por la crisis económica que padecemos y que repercute en muchas otras actividades industriales que son complementarias» como el dar satisfacción a una «... preocupación de carácter estrictamente político y social, que se articula como un derecho del individuo cual es el referente a disfrutar de una vivienda digna», encuadrando la Ley del Mercado Hipotecario «... dentro de estas normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho ...». Para Agustín MADRID PARRA (185), sintéticamente, cabe hablar de una triple finalidad: objetivo social de dar satisfacción al derecho establecido por el artículo 47 de la Constitución, mediante la canalización de fondos para la financiación de la construcción inmobiliaria, movilización de los créditos hipotecarios y puesta de la función financiera, intrínseca y específica del mercado hipotecario, al servicio de un determinado objetivo económico. Para Tomás

(182) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...» ... *ya cit.*, p. 8716. Anteriormente, como ya vimos, en p. 8694, con cita de MADRID PARRA y SÁNCHEZ CALERO, defendió la misma tesis. Se trata de una norma excepcional, como señala Tomás RUBIO GARRIDO, «La Propiedad Inmueble y el Mercado Hipotecario», «Editorial Montecorvo, S.A.», Madrid, 1994, p. 351, que prevé no la revocación sino sólo la anulación de los negocios que, amparados por la referida legislación, quede fehacientemente probado su fraude.

(183) *Vid.* José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, p. 42.

(184) *Vid.* Fernando SÁNCHEZ CALERO, «El Mercado de Títulos Hipotecarios: Líneas Esenciales de su Regulación en España», «Revista de Derecho Bancario y Bursátil» n.º 7, pp. 572-574.

(185) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 524-526.

RUBIO GARRIDO (185 bis), críticamente, la finalidad de dicha Ley fue la de proteger a las entidades financieras, respecto de las que considera existente «“otro privilegio”», que indirectamente protege a los inversores «“pues la solvencia de la entidad financiera sufrirá mellas si desaparece o se reduce la base objetiva que sustenta la emisión”», a la vez que destaca que indirectamente «“se está sacrificando el interés de otro tercero, que curiosamente ningún autor menciona: los demás acreedores que tiene el quebrado, que ven cómo, por una ígnota razón, cuando conforman la masa pasiva de la quiebra con una entidad de las que participan en el mercado hipotecario, ésta escapa a la aplicación de las normas de retroacción de la quiebra y de reintegración de la masa activa”».

La movilización de los títulos creados dentro del mercado hipotecario (bonos, cédulas y participaciones hipotecarias) con el amparo de las hipotecas constituidas dentro de su marco regulador haría que, de aplicarse rígidamente la tesis clásica de la nulidad radical *ex artículo 878.2 C. Com.* de las hipotecas constituidas durante el período de retroacción de la quiebra del deudor hipotecario, la inseguridad jurídica generada por la retroacción se proyectase sobre las entidades participantes en el mercado hipotecario y, en último, término sobre los tenedores de los señalados títulos hipotecarios, que verían, de esta forma, disminuida la garantía de sus títulos, pues, como señala MADRID PARRA (186), a los mismos les conviene la permanencia de la garantía hipotecaria que respalda los créditos de cobertura. El mismo MADRID PARRA (187), considera que la solución dada por el legislador en esta Ley especial es más equilibrada y más justa que la que dio en 1885, al dotar de mayor protección a los acreedores hipotecarios debido a la mayor seguridad requerida por los participantes en el mercado hipotecario.

Nos encontramos, pues, ante una normativa especial cuya aplicabilidad viene determinada por circunstancias subjetivas, finalistas y objetivas.

A) Así, subjetivamente, los acreedores hipotecarios sólo podrán serlo entidades autorizadas para participar en el Mercado Hipotecario, que conforme al artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario y su desarrollo en el artículo 2 del Reglamento, modificado por el Real Decreto 1.289/1991, de 2 de agosto, ha quedado redactado así: «Las Entidades financieras que pueden participar en el mercado hipotecario son:

a) El Banco Hipotecario de España y las restantes Entidades de crédito de capital público estatal.

(185 bis) *Vid.* Tomás RUBIO GARRIDO, «La Propiedad ...», ... *ya cit.*, pp. 352-353.

(186) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1163.

(187) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1169.

- b) Los Bancos privados.
- c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros.
- d) La Caja Postal de Ahorros.
- e) Las Entidades de financiación reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo.
- f) Las Entidades cooperativas de crédito.
- g) Las Sociedades de crédito hipotecario que cumplan los requisitos exigidos por este Real Decreto.».

B) Desde una perspectiva finalista nos encontramos ante actos del quebrado consistentes en la constitución de préstamos hipotecarios que gravan los bienes del mismo, susceptibles de incorporarse a la masa de la quiebra, que se encuentran comprendidos en el artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario, esto es, «La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley serán las de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad».

La lectura del reproducido artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario plantea, a nuestro juicio, serias dudas acerca de la delimitación de las hipotecas protegidas por dicha Ley especial, toda vez que cuando se enumera el destino del dinero prestado, garantizado por la hipoteca, en un principio parece claro que se trata de préstamos para financiar la construcción en un sentido lato (ya sean viviendas, obras de urbanización, equipamiento social, etc. ...), pero el precepto termina con un último inciso, cuando menos, enigmático «... y cualquier otra ... actividad» (188). Esa «cualquier otra actividad» puede ser interpretada en un doble sentido, ya como cualquier otra actividad de naturaleza constructiva o bien como cualquier otra actividad *lato sensu*, al margen de la construcción (189). Por nuestra parte, nos inclinamos a entender que dado que

(188) Incluso refiriéndose también a «cualquier otra obra», señala MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, p. 471, que dichas palabras finales del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario «... presentan un área de indeterminación en las actividades a que se pueden dedicar los préstamos del mercado hipotecario». Ya anteriormente, Fernando SÁNCHEZ CALERO, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, p. 576, atisbaba los problemas interpretativos que dicha expresión «cualquier otra obra o actividad» iba a plantear, señalando que «... parece admitirse que el destino del préstamo hipotecario sea el de una actividad diversa de la inmobiliaria».

(189) *Vid.* la síntesis que hace MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, pp. 529-530, de las opiniones de José María DE PRADA, BENAVIDES DEL REY, DURÁN HERRERA y SANTILLANA DEL BARRIO acerca de la interpretación extensiva del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario, al considerar que dentro de la misma quedarán abarcados cualesquiera préstamos con garantía hipotecaria que, no destinados al consumo, se destinen a financiar cualquier obra o actividad.

se habla en la Ley de «obra o actividad», lo más coherente con la lógica interna de la Ley especial en que se inserta será pensar que debe tratarse de cualquier otra actividad constructiva del prestatario que constituye la hipoteca sujeta a la Ley especial. En este sentido, nos puede servir de iluminación la brevísima especie de Exposición de Motivos del Reglamento de Mercado Hipotecario, que dice «La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, establece una estructura completa para la financiación de **determinadas actividades** ...», donde se puede apreciar que se entiende que la finalidad de la norma es favorecer la financiación sólo de algunas actividades, no de cualesquiera actividades, como se derivaría de mantener una interpretación extensiva del artículo 4 de la Ley de Mercado Hipotecario. Por su parte, MADRID PARRA (190) estudia el *iter* legislativo del artículo 4 en el trámite parlamentario, así como su inserción en la finalidad de la legislación especial del mercado hipotecario, para concluir en que mantener la interpretación abierta del tan citado inciso final del artículo 4 haría la norma totalmente superflua, aunque reconoce que luego, una vez que se hubiese hecho constar expresamente en la Escritura Pública de constitución de la hipoteca que el destino del dinero prestado sería la financiación de la construcción, el prestatario podrá dedicar el capital recibido a cualquier actividad, siendo muy difícil para la entidad prestataria controlar el destino de dicho capital prestado (fuera del caso de las hipotecas, que destinadas a financiar la construcción, requieren para que el prestamista vaya realizando sucesivos desembolsos la acreditación técnica, vía certificaciones de obra, de las distintas fases de construcción que se vayan ejecutando). Además, la práctica nos viene demostrando que, con frecuencia, hipotecas constituidas para obtener fondos destinados no a la inversión en construcción del prestatario, sino a cualesquiera otras finalidades comerciales del mismo se vienen sujetando expresamente por los contratantes (prestatario y entidad de las recogidas en el artículo 2 del Reglamento de Mercado Hipotecario) a la Ley de Mercado Hipotecario, con lo que es claro que la aplicación de la Ley, por sus indudables ventajas para las entidades prestatarias, se ha venido expandiendo fuera del cauce estricto de la construcción en sus diversas facetas. Todo ello nos plantea una duda en relación con la materia objeto de este trabajo, cual es la de si también estas hipotecas sujetas a la Ley especial, ya voluntariamente ya a consecuencia de una interpretación laxa de la «cualquier otra actividad», gozarán también de la protección especial proporcionada por la Ley del Mercado Hipotecario frente a los acreedores del deudor prestatario quebrado.

En la práctica jurisprudencial y registral la escasísima aplicación que se ha hecho del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario no

(190) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... ya *cit.*, pp. 530-534.

arroja demasiada luz sobre su ámbito de actuación. Únicamente apuntar que en la Resolución DGRN de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3.146), si bien se invocó dicho precepto por el Registrador de la Propiedad Número 4 de Barcelona, considerando que la Ley del Mercado Hipotecario no se refería a todas las hipotecas constituidas a favor de las Entidades relacionadas en su artículo 2 (como pretendía el Letrado de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona»), sino «sólo a las incardinadas a la garantía de una remisión de títulos —artículos 1 y 5 de dicha Ley— y que en este caso no consta en su inscripción que la hipoteca se constituyese con sujeción a esa Ley especial», luego la DGRN no es rotunda en sus afirmaciones, pues se limita a decir que el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario «... enerva los radicales efectos del artículo 878.2 del Código de Comercio en cuanto a los préstamos hipotecarios otorgados por las Cajas de Ahorros ...», con lo que se podría defender una interpretación, forzada, de concepción amplia de las hipotecas especialmente protegidas por razón solamente del acreedor hipotecario (entidad de las comprendidas en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria), de acuerdo con la literalidad, además, del artículo 10 de la tan citada Ley especial.

Restrictiva ha sido la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522), al entender que «“... hemos de partir de que la norma general es el artículo 878.2 C. Com. por lo que los supuestos contemplados en el artículo 4 de la Ley, con la especialidad señalada en el artículo 10, deben ser objeto de interpretación restringida, so pena de incluir en este precepto la generalidad de las hipotecas constituidas por las entidades mencionadas en su artículo 2.”», lo que lleva en el caso concreto enjuiciado a excluir del paraguas protector de la legislación especial del mercado hipotecario a una hipoteca constituida para hacer frente a la situación de efectos impagados y devoluciones del hipotecante y, conforme a la tesis defendida en la propia Sentencia de la nulidad radical y absoluta derivada de la retroacción, declarar la nulidad de la hipoteca constituida con independencia de que hubiese o no terceros de buena fe. Más restrictiva aún es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de julio de 1994 («Aranzadi Civil» 1994/1.240), que radicalmente defendió «“Que la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, artículo 10, no se opone a los efectos que se derivan del artículo 878.2 del Código de Comercio ...”», con una argumentación carente, a nuestro juicio, de sentido puesto que sigue haciendo mención a la legitimación del depositario, en tanto no haya Síndicos, para ejercitar la acción de retroacción.

Si subsumimos la concepción amplia de las hipotecas sujetas a la Ley especial del Mercado Hipotecario en su protección particular obtendremos que la mayoría de las hipotecas constituidas en la actualidad (que lo son a favor de las entidades descritas en el artículo 2 del Reglamento del Mercado Hipotecario) quedarían protegidas frente a la quie-

bra de los prestatarios, resultando prácticamente inoperante en este importante campo el período de retroacción de dicha quiebra.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley del Mercado Hipotecario quedan también subsumidas en el mismo las hipotecas inmobiliarias constituidas con arreglo a los demás requisitos exigidos en la propia Ley y en contragarantía del aval prestado por alguna de las entidades ya referidas para garantizar la devolución de préstamos ajenos del prestatario que constituye tal hipoteca, de manera que si el prestatario cumple con su obligación frente a su prestamista, la hipoteca no llega a surgir, pues se considera que se trata de una hipoteca que garantiza una obligación futura (la que nacería frente al avalista) o sometida a una condición suspensiva (incumplimiento de la obligación del prestatario, cumplimiento del avalista y nacimiento, pues, de la hipoteca frente al avalista que cumplió, entidad financiera de las del artículo 2 del Reglamento del Mercado Hipotecario ya referido). Puntualiza además, SASTRE PAPIOL (191), que de conformidad con el artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario, el préstamo al que sirve de cobertura el aval garantizado con la hipoteca sujeta a esta Ley especial, «... ha de ser “finalista” (artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario y 33.1 del Reglamento del Mercado Hipotecario) concedido por “cualquier intermediario financiero, promotor, constructor persona o empresa, partícipe o no en el mercado hipotecario” (artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario) —expresión más amplia que en el supuesto de concesión de préstamo hipotecario— y ha de tratarse de una operación de préstamo —y no de un “crédito” como se refiere el propio artículo 33.2 del Reglamento del Mercado Hipotecario, a diferencia del artículo 6 de la Ley del Mercado Hipotecario—».

C) Objetivamente, del antes señalado artículo 4 de la Ley del Mercado Hipotecario podemos extraer que sólo se protegen especialmente las hipotecas inmobiliarias, quedando fuera de protección las hipotecas mobiliarias, navales o las constituidas como superposición de garantías de otras obligaciones ya existentes, como señala SASTRE PAPIOL (192), basándose en que todas estas últimas no podrán servir de cobertura a la emisión de títulos en el mercado hipotecario, que regula la propia Ley del Mercado Hipotecario.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley del Mercado Hipotecario y su desarrollo en el artículo 26.1 del Reglamento, en redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, el importe del préstamo no puede superar el 70% del valor de tasación del bien hipotecado, salvo para la financiación de la construcción, rehabilitación o adquisición

(191) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8719.

(192) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8718.

de vivienda, en cuyo caso el tope máximo del préstamo se eleva hasta un 80% del valor de tasación, tasación que deberá hacerse de conformidad con lo previsto en los artículos 38 a 40 del Reglamento del Mercado Hipotecario. En la práctica destaca la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil») 1993/2.522) cómo solamente deberá ponderarse el importe del préstamo, sin tener en cuenta las cantidades de las que responde la finca hipotecada en concepto de intereses, costas y gastos.

Por otra parte, el artículo 31 del Reglamento del Mercado Hipotecario excluye de la susceptibilidad de hipoteca los siguientes derechos sobre inmuebles y bienes inmuebles: derecho de usufructo, concesiones administrativas, derechos de superficie, pastos, aguas, leños y semejantes, edificios e instalaciones fuera de ordenación urbana sobre los que se hubieran autorizado obras de carácter provisional.

Finalmente, la hipoteca *per se* debe reunir los siguientes caracteres, que sintetiza SASTRE PAPIOL (193):

a) Debe ser primera hipoteca y recaer sobre la totalidad de la finca, posponiendo o cancelando antes de su constitución cualesquiera otras hipotecas, prohibiciones de disposición, condiciones resolutorias o limitaciones del dominio (artículos 5.1 de la Ley de Mercado Hipotecario y 27.1 de su Reglamento).

b) Si son varios los titulares de la finca o fincas hipotecadas, la hipoteca deberá estar constituida por la totalidad de los comuneros, lo mismo que si fuesen varios los derechos integradores del dominio, en cuyo caso deberán intervenir todos los titulares de tales derechos, para que de esta forma la hipoteca recaiga sobre la totalidad de la finca (artículos 217 RH y 27.2 del Reglamento de Mercado Hipotecario).

c) La finca hipotecada debe estar inscrita en el Registro de la Propiedad sin contradicción alguna y sin limitación por razón de inmatriculación o por tratarse de inscripciones practicadas con arreglo al artículo 298 RH (artículo 25.1 Reglamento de Mercado Hipotecario).

d) Una vez constituida la hipoteca, de existir bonos o participaciones hipotecarias no podrá ponerse en peligro la garantía mediante la posposición de la misma, sin tener consentimiento de los tenedores de bonos, o de todos los partícipes del crédito. Tampoco podrán cancelarse voluntariamente las hipotecas, renunciar o transigir sobre ellas, novarlas, condonarlas o prorrogarlas y, en general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del crédito (artículo 25.3 y 4 del Reglamento de Mercado Hipotecario).

(193) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya *cit.*, p. 8720.

Por último, para concluir con el análisis de los requisitos objetivos de estas hipotecas especialmente protegidas, señala SASTRE PAPIOL (194), siguiendo a MADRID PARRA, que no es necesario que se hubiesen emitido las cédulas, bonos o participaciones hipotecarias que pueden movilizar el crédito territorial para que devenga aplicable el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, ya que estima que la emisión de títulos y la regulación de un mercado, primario o secundario, de los mismos es una forma de facilitar la obtención del capital necesario para conceder nuevos préstamos, así como porque el juego del artículo 10 se reduce a la quiebra del deudor hipotecante, sin extenderse a la quiebra de la Entidad hipotecaria emisora de los títulos ni a la del transmitente de los mismos en tal mercado.

Dejamos apuntada, además, otra interpretación más extensiva del ámbito de protección de los artículos 10 de la Ley del Mercado Hipotecario y 25.5 de su Reglamento de desarrollo, puesto que si atendemos a su literalidad observamos que sólo se establece una doble condición de aplicación de dicho precepto:

- a) Que la hipoteca se encuentre inscrita. Hay que sobreentender que en el Registro de la Propiedad.
- b) Que el titular de la hipoteca sea alguna de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario (entidades del artículo 2 de la Ley y Reglamento de Mercado Hipotecario).

Ahora bien, en ningún momento dice ninguno de los tan citados preceptos que las hipotecas deban cumplir los demás requisitos exigidos para que las mismas se consideren constituidas al amparo de la Ley del Mercado Hipotecario, pues hubiera sido muy fácil que el legislador hubiera dicho «Las hipotecas constituidas al amparo de la presente Ley ...», en lugar de «Las hipotecas inscritas a favor de ...», que es lo que dijo. Es cierto que la subsunción de tales preceptos en el marco normativo especial del mercado hipotecario hace suponer que se está tratando de hipotecas sujetas a dicha legislación especial, pero no hay obstáculos que impidan expandir su aplicación a las hipotecas constituidas a favor de las Entidades autorizadas para intervenir en el mercado hipotecario, fuera del que se podría invocar desigualdad en favor de tales acreedores hipotecarios, que difícilmente se justificaría al margen de los motivos (la finalidad) que justificaron la aprobación de la tan citada legislación especial del mercado hipotecario. Así y todo, si analizamos, por ejemplo, el estudio que hace Agustín MADRID

(194) *Vid.* Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8722-8724, donde además analiza la situación especial de los tenedores de tales títulos frente a la entidad emisora de los mismos declarada en quiebra. Sobre la misma cuestión *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 1173-1174, donde destaca la conversión de los tenedores de los títulos hipotecarios en acreedores ordinarios de la quiebra.

PARRA (195), del artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario, cuando se ocupa de los «elementos o requisitos» del supuesto de hecho del mismo, en ningún momento menciona que la hipoteca especialmente protegida deba reunir los requisitos de las hipotecas sujetas a la legislación especial del mercado hipotecario, sino simplemente que tal hipoteca esté inscrita a favor de las entidades emisoras de títulos hipotecarios.

Las consecuencias (196) que se extraen de esta nueva normativa cara a la retroacción de la quiebra son las siguientes:

a) Queda claro que la eficacia de la retroacción requiere una intervención judicial a instancia de la Sindicatura de la quiebra. Se hace referencia a la necesidad de ejercicio de una acción de impugnación por parte de los Síndicos de la quiebra, siendo el objeto de dicha acción no la nulidad sino la «impugnación» de las hipotecas constituidas al amparo de esta Ley dentro del período de retroacción.

Se despejan de esta forma, en este punto, las dudas que acerca de la operatividad directa de la retroacción como nulidad absoluta ya hemos expuesto que existieron desde GARRIGUES.

b) Es evidente que la retroacción no determina *per se* la nulidad de las hipotecas constituidas al amparo de esta Ley del Mercado Hipotecario dentro del período que medie de la fecha de retroacción a la declaración de quiebra, puesto que, aparte de que ni el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario ni, congruentemente, el artículo 25.5 de su Reglamento de desarrollo, hacen en ningún momento referencia a la nulidad de las mismas (a diferencia, recordamos, del artículo 878.2 C. Com.), sino que se refieren a la impugnación, se introduce el elemento determinante del éxito de tal impugnación: el fraude en la constitución del gravamen hipotecario, lo que supone, como señala muy gráficamente Agustín MADRID PARRA (197), que «... lo que hace el legislador

(195) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, p. 1168.

(196) *Vid.* José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración ...», ... *ya cit.*, p. 42. Más adelante p. 73, estima que la novedad del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario frente a su interpretación de la retroacción del artículo 878.2 C. Com., como acción de rescisión por fraude de acreedores con presunción del fraude, estriba en que la primera norma «... no supone más privilegio que el de considerar que en los casos de que se trata los requisitos necesarios para la aplicación de la sanción *ex art.* 878.2 del Código de Comercio no vienen aportados por la propia Ley, correspondiendo al Síndico la prueba de la concurrencia de los mismos».

(197) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 1168-1169.

Destaca, así, la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 («Aranzadi Civil» 1993/2.522) cómo el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario «“...consagra un supuesto, ya no de nulidad sino de rescisión, pues como señala la doctrina ya no se habla de hipotecas que pueden ser anuladas sino impugnadas, precisando la demostración de la existencia de fraude en la constitución del gravamen, fuera de toda presunción, supuesto similar a la rescisión en fraude de acreedores y dejando a salvo el tercero adquirente de buena fe a título oneroso”».

de 1981 es acumular al artículo 878, párrafo 2.º, del Código de Comercio el requisito del fraude, que con carácter general exige el artículo 1.111 del Código Civil para la acción pauliana». Para Sebastián SASTRE PAPIOL (198) el fraude puede consistir en la simulación o suposición de hipoteca o en que el gravamen no se constituya para las finalidades previstas y con las condiciones exigidas por la legislación del mercado hipotecario, en congruencia este último criterio con el de necesidad de subsunción de la hipoteca en el marco de la precitada Ley especial para gozar de la protección del artículo 10 de la misma.

Se hace, pues, abstracción de que nos encontremos ante una hipoteca perjudicial o no para la masa de acreedores, desplazándose el elemento decisivo hacia el fraude en la constitución de tal hipoteca, donde, a nuestro juicio, deben incluirse aquellos supuestos en los que la hipoteca se hubiera constituido para garantizar una deuda del luego quebrado con el acreedor hipotecario inferior a la que en realidad se hizo constar.

c) Se establece con claridad y rotundidad la protección del tercero de buena fe, entendiendo en este sentido la buena fe como la ausencia de participación en el fraude.

Dentro de estos terceros de buena fe cabe incluir, por ejemplo, a los tenedores de los títulos hipotecarios o a los adquirentes de los bienes hipotecados en virtud de la subasta llevada a efecto en la ejecución de la hipoteca constituida dentro del período de retroacción.

Respecto de los tenedores de los títulos hipotecarios señala SASTRE PAPIOL (199), siguiendo a MADRID PARRA (200), que su protección se limita a los mecanismos de restablecimiento de la proporción previstos en los artículos 18 de la Ley y 60 del Reglamento de Mercado Hipotecario.

d) No hay duda de que la quiebra frente a la que resulta, en principio, inmune la hipoteca inmobiliaria, no fraudulenta y sujeta a la Ley especial, es la del hipotecante, pues además así lo establece literalmente el artículo 25.5 del Reglamento de Mercado Hipotecario, integrando la laguna que en este punto presentaba el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario. SASTRE PAPIOL (201) extiende el ámbito de la Ley de Mercado Hipotecario a la quiebra del que transmitió la finca al hipotecante, si bien en tal caso, como el propio autor reconoce, la protección al acreedor hipotecario vendría dada ya por su condición de subadquirente, en aplicación del artículo 34 LH.

(198) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8727.

(199) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, pp. 8724-8725.

(200) Vid. Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 477-479, y pp. 1170-1172, donde señala con detalle los problemas que se pueden derivar para los tenedores de los títulos hipotecarios como consecuencia de la nulidad por fraude de la hipoteca de cobertura, que incluso puede arrastrar a la quiebra de la entidad emisora.

(201) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... *ya cit.*, p. 8721.

A juicio de MASSAGUER FUENTES (202), en la doctrina, dicha regulación especial del Mercado Hipotecario debe ser en la actualidad extendida a todos los actos realizados por el quebrado dentro del período de retroacción, como ya hemos citado, en aras del respeto al derecho fundamental a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, con lo que hoy estaríamos configurando, en todo caso, la acción de retroacción como acción de rescisión por fraude de acreedores.

Esa propuesta de José MASSAGUER FUENTES ha alcanzado plasmación práctica, por vez primera en nuestra Jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe; Aranzadi 1993/6.647), que, además, es la primera Sentencia del Tribunal Supremo que cita en esta materia el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario. Anteriormente, encontramos referencias a la posible aplicación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario en la defensa de su nota de calificación por el Registrador de la Propiedad Número 2 de Almería, que dio lugar a la Resolución DGRN de 14 de noviembre de 1990 (Aranzadi 1990/9.320), sin que se ocupase de tal argumentación la DGRN, y ya en el cuerpo, incluso en el Fundamento de Derecho independiente (el Tercero), de la Resolución DGRN de 12 de abril de 1991 (Aranzadi 1991/3.146), aunque no lleva a efecto su aplicación práctica, que remite al Juicio en el que se pudiera discutir la validez de una hipoteca otorgada dentro del período de retroacción del deudor hipotecario. En la «Jurisprudencia Menor» se negó la aplicación de la Ley del Mercado Hipotecario en la Sentencia de la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Joaquín de Oro Pulido López; «Revista General del Derecho» n.º 576, septiembre 1992, pp. 8932-8935), por ser los hechos debatidos anteriores a su entrada en vigor, por lo que no se hizo más análisis sobre el juego de la misma y posteriormente en la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de noviembre de 1993 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; «Aranzadi Civil» 1993/2.193), porque no se estaba debatiendo en el caso la retroacción de un préstamo con garantía hipotecaria sino de una compraventa y un contrato de leasing, sin concretar para nada si el alcance de la Ley del Mercado Hipotecario requería el cumplimiento de más requisitos en el préstamo con garantía hipotecaria para quedar el mismo bajo su paraguas protector. Por su parte, el Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 1994 cita, *obiter dictum*, la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 —al tiempo que reconoce que la Sentencia de 11 de noviembre de 1993, que más adelante veremos, se aparta de la misma— para sostener que «...el le-

(202) Vid. José MASSAGUER FUENTES, «La Reintegración...», ... ya *cit.*, pp. 66-67.

gislador se ha hecho eco de la inviabilidad de sistema de la nulidad radical de todos los actos de dominio y administración de quien posteriormente quiebra, citándose en la Sentencia de septiembre de 1993 lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, a los que debemos añadir en estas fechas la previsión contenida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, que atribuye a los síndicos el ejercicio de la acción cuando se demuestre la existencia de fraude en la constitución o afectación de valores y efectivo como garantía de las operaciones de mercado «al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio»». En efecto, la referida Disposición Adicional Séptima.2 de la Ley 3/1994 (Aranzadi 1994/1.094), dispone: «En caso de quiebra de un miembro o de un cliente de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, la constitución o aceptación de valores y efectivo como garantía de las operaciones de mercado sólo será impugnabile al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra **en la que se demuestre la existencia de fraude** en la constitución o afectación de valores y efectivo como garantía de las operaciones del mercado»». Se aprecia, pues, en tal precepto, de un lado, la exigencia de que la producción de efectos propios de la retroacción requiere el ejercicio de acciones judiciales por parte de los síndicos de la quiebra, así como, de otro lado, la proyección de la exigencia expresa del fraude en los actos afectados por la retroacción, que se había contenido anteriormente en la Ley del Mercado Hipotecario. Estamos, por tanto, ante una evolución legislativa en el sentido de exigencia de fraude como presupuesto para la operatividad de la retroacción, camino que habrá que esperar a ver si el legislador se dice a continuar en la reforma legislativa del Derecho Concursal.

Posteriormente, en la Sentencia de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1995 («Actualidad Civil» 1995/1.284) excluye expresamente la aplicación de la invocada Ley de 25 de marzo de 1981, basándose en la apreciación de la existencia de fraude en la constitución de préstamo hipotecario, puesto que su «...fraudulencia se infiere no sólo del hecho de que el inmueble hipotecado es, juntamente con otro, el elemento patrimonial más importante del quebrado, sino también de que tal préstamo se concierta por quien presumiblemente conocía la real situación del quebrado (véase la absolución de posiciones del demandado y ténganse en cuenta las máximas de experiencia relativas al funcionamiento bancario ordinario) y cancelando así un anterior crédito de inferior importe (realmente se produce una verdadera novación objetiva)»».

Para dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, el mencionado artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario es la plasmación de la doctrina científica y jurisprudencial que había venido matizando el alcance de la retroacción con la exigencia de que los actos afectados por la misma fuesen perjudiciales para la quiebra, sosteniendo que «... buena prueba del giro que se está produciendo incluso en la *mens legis* es lo dispuesto en el artículo 10 por la Ley de 25 de marzo de 1981 (Ley 2/1981) de Regulación del Mercado Hipotecario sobre el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 878.2.^o del Código de Comercio, lo que nos impele a la adecuación normativa imperada en el artículo 3 del Código Civil».

Se aprecia pues cómo, por vez primera, el Tribunal Supremo viene a emplear el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario como muestra de un cambio en la mentalidad del legislador, acerca de la necesidad de corregir las gravísimas consecuencias derivadas de la aplicación de la retroacción como nulidad absoluta y radical, lo que viene a significar un cambio en el contexto y en la realidad social del tiempo en que se está aplicando actualmente, pasados ya más de cien años, el artículo 878.2 C. Com. de 1885, que motiva la necesidad de proceder a su reinterpretación.

Adicionalmente, hace aplicación dicha Sentencia del artículo 34 LH, que considera plasmación en el ámbito inmobiliario del Principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, respecto de los adquirentes directos del quebrado, pues en el caso debatido en la referida Sentencia se había celebrado una compraventa y constitución de usufructo vitalicio. A nuestro juicio, esta argumentación resulta más discutible y debe entenderse dentro de un razonamiento *ab abundantiam* dado que la ausencia de fraude justifica por sí sola, en aplicación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, la protección de los actos con trascendencia registral en el período de retroacción, algo que opera al margen de la protección del tercero hipotecario que se hace por el artículo 34 LH.

El hecho es que la esperanza en una evolución de la Jurisprudencia que hizo surgir la repetida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, se ha venido, en parte, abajo con la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993 (203), la cual, lejos de consolidar la evolución apuntada y constituir doctrina jurisprudencial en la materia, ha hecho caso omiso de la invocación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, que se hizo por el recurrente para fundamentar una interpretación más avanzada de la retroacción

(203) Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; Aranzadi 1993/8.960. *Vid.* la puesta de manifiesto de la contradicción señalada en la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 1995 («Actualidad Civil» 1995/1.290).

hacia su configuración como rescisión por fraude, siendo absolutamente ignorada tal fundamentación del recurso de casación por la Sala enjuiciadora, que ni siquiera razona sobre su inadmisión, para volver a reiterar, como ya hemos visto en este trabajo, la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la retroacción como nulidad absoluta y radical. Es cierto que en el caso debatido en esta última Sentencia citada la cuestión presentaba una más leve conexión con la Ley del Mercado Hipotecario que en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, puesto que se trataba de retrotraer a la masa de la quiebra un pago efectuado por el quebrado en el período de retroacción sin ninguna trascendencia registral, pero lo cierto es que se ha perdido una buena oportunidad para consolidar *obiter dicta* la interpretación expansiva del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario. A nuestro juicio, podemos, en tanto no recaigan nuevas Sentencias que confirmen una línea evolutiva firme, tratar de cohonestar las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre y 11 de noviembre de 1993, en el sentido de considerar que deberá exigirse el fraude para el éxito de las acciones de retroacción contra actos de disposición (ventas, constitución de hipotecas u otros derechos reales) del luego quebrado que hayan tenido trascendencia registral y se hayan otorgado a favor del tercero por el luego quebrado cuando éste resultaba, sin mácula alguna, titular registral del bien inmueble dispuesto, en tanto que cuando se siga tratando de otros actos de disposición sin trascendencia registral (fundamentalmente pagos) se seguirá aplicando la doctrina jurisprudencial reiterada y constante de la retroacción como nulidad absoluta y radical, o, en su caso, matizada con la introducción del requisito del perjuicio para la masa de acreedores.

Sería necesario que la interpretación del artículo 878.2 C. Com. a la luz del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, fuese muy expansiva para que la exigencia del fraude en los actos afectados por la retroacción comprendiese a todos los actos del quebrado, recayesen o no sobre bienes inmuebles y tuviesen o no acceso al Registro de la Propiedad.

Por su parte, Sebastián SASTRE PAPIOL (204) añade otra consecuencia de esta regulación especial en relación con la incidencia que en la misma presenta la retroacción de la quiebra del deudor hipotecante, cual es la de que podrá iniciarse la ejecución sumaria de la hipoteca aunque ya se hubiese declarado la quiebra del deudor hipotecante y señalado la fecha de retroacción en un instante anterior al de formalización de dicha hipoteca.

(204) Vid. Sebastián SASTRE PAPIOL, «Aspectos ...», ... ya cit., p. 8726.

Destacar, por último, que, como señaló MADRID PARRA (205), el artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario es una especie de faro que guía la futura regulación de la reintegración de la quiebra en nuestro Derecho Concursal, como de hecho ocurrió en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y como esperamos que ocurra con la Ley que en su día, esperamos que no tarde mucho una vez reformado nuestro Derecho Societario, se apruebe para regular de nuevo esta materia.

(205) *Vid.* Agustín MADRID PARRA, «El Mercado ...», ... *ya cit.*, pp. 1172-1173.

Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento

ESTHER MUÑIZ ESPADA
Doctora en Derecho
Profesora ayudante de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Composición del caudal hereditario. II. Cuestiones preliminares sobre el contrato de seguro de vida. III. Naturaleza jurídica: A. Antes de la Ley 50/1980 del Contrato de seguro.— a) Doctrina.— b) Jurisprudencia.— B. Tras la Ley 50/1980 del Contrato de seguro.— a) Doctrina.— b) Jurisprudencia. IV. La configuración del tercero beneficiario.— A. Nombramiento: Instrumentos de designación.— Modos de designación.— Reglas para su delimitación en caso de nombramiento genérico.— Ausencia de designación de beneficiario.— B. Sobre el derecho que adquiere el tercero beneficiario. V. La influencia del derecho del beneficiario en la herencia: a) Consideraciones generales.— b) Sobre la colación del resultado del seguro estipulado.— c) La intangibilidad de la legítima: conflicto de intereses con legitimarios.— d) La impugnación del seguro de vida como negocio jurídico otorgado por el estipulante en fraude de sus legitimarios. VI. Referencia a la legislación fiscal. Crítica a la tributación del seguro en el Impuesto de Sucesiones.

I. COMPOSICION DEL CAUDAL RELICTO

La muerte de una persona origina la necesidad de determinar y decidir el destino de sus titularidades y relaciones patrimoniales activas y pasivas; la negación de la sucesión hereditaria constituiría un obstáculo insuperable para el tráfico jurídico, defendiéndose «la necesidad de

perpetuar los patrimonios más allá de los límites de la vida humana», fundado, a su vez, en la necesidad de dar estabilidad a la propia familia y en la utilidad de dar fijeza a la economía social (1); reconociéndose el desarrollo de la propiedad individual como forma más ventajosa para la comunidad; por lo que se afirma al mismo tiempo la dependencia entre ésta y el Derecho hereditario (2); como también desde otros puntos de vista, sociológico, moral o político, se funda la utilidad de la sucesión hereditaria (3). Así, se admite la sucesión *mortis causa* basada, a grandes rasgos, en la heredabilidad general de los derechos patrimoniales no personalísimos, en la intervención más o menos amplia de la voluntad del causante y en el llamamiento de los familiares, comenzando por los más próximos parientes.

Y a los efectos de que tal sucesión tenga virtualidad, de que el heredero o sucesor sustituya de una manera general en las relaciones del *de cuius*, tanto activas como pasivas, transmisibles *mortis causa*, salvo en los bienes especialmente destinados, es preciso, *a priori*, la delimitación de las posiciones que comprende el caudal relicto, en el que entrará la persona llamada a sustituirle. De tal modo, y como se percibe ya intuitivamente, la regulación que se ocupa de este fenómeno posee una inalterable unidad, mucho mayor que cualquier otra rama del Derecho Civil, en cuanto que provee a las consecuencias de un único hecho, que es la muerte de una persona, ocupándose de las relaciones jurídicas del causante y la entrada en ellas de otra persona, que será su sucesor, agrupándose sus normas en torno al fenómeno central de la herencia (4).

Reconocida, entonces, la importancia y necesidad de fijar el contenido de la masa hereditaria, paralelamente el legislador no se ocupa de delimitar cuáles son tales posiciones heredables, el art. 659 C.c. tan sólo preceptúa que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte», (como conforme al art. 818 C.c. «quedaren a la muerte del testador»),

(1) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil, común y foral* 1.^o, 9.^a ed. rev. y puesta al día por Castán Vázquez y Montero-Ríos, Madrid, 1989, pp. 49 y ss.

(2) Vid. a este último respecto BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. de la 2.^a ed. alemana y anotado conforme al Derecho español por Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953, pp. 1 y ss.

(3) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Madrid, 1982, pp. 23 y ss. Del mismo autor, «Significado jurídico-social de las legítimas y libertad de testar», *A.D.C.*, 1965, pp. 3 y ss. Al fundamento jurídico-político de la sucesión *mortis causa* se refiere MASIDA MIRANDA, *Legítima del cónyuge supérstite*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, pp. 13 y ss. SALINAS QUIJADA, «La libertad de disposición *mortis causa* en el Derecho foral navarro», *A.D.C.*, 1983, pp. 421 y ss. Puede verse también DORAL, «Titularidad y patrimonio hereditario», *A.D.C.*, 1973, pp. 392 y ss.

(4) Como manifiesta LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, t. V, Barcelona, reimpresión 1992, pp. 10 y ss.

dejando pendiente cuáles son tales derechos y obligaciones, porque ni el heredero ocupa todas las relaciones, ni siempre corresponde en la misma forma en que le pertenecían a aquél, tanto en cuestiones de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

Ante la ausencia de reglas específicas y, aún más, generales sobre la heredabilidad de ciertos elementos habría que considerar «la finalidad de cada uno de ellos, su contenido social y la apreciación que en casos semejantes hace la ley» (5), como sirve de punto de orientación la tan citada sentencia del T.S. de 11 de octubre de 1943, una de las primeras en ocuparse del tema (6), en uno de sus considerandos declaraba textualmente «que si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y a las declaraciones legales y convencionales que le afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos y circunstancias que sólo se dan en el titular —*ossibus inhaerent*—, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona; siendo significativo el hecho de que ni en el concepto ni en la enumeración de derechos intransmisibles esté comprendido el de impugnación de negocios jurídicos que lesionen la legítima».

Resulta, pues, —afirma SANCHEZ CALERO— que «integran la herencia, principalmente, relaciones jurídicas patrimoniales, tanto las de naturaleza real como de crédito, activas o pasivas, excluyendo las personalísimas y las que tienen su duración limitada a la vida de su titular. Pero, aparte de las relaciones patrimoniales del causante subsistentes a su muerte, componen también la herencia algunas de sus relaciones extrapatrimoniales y otras que surgen nuevas por causa de la muerte. Además, hay que advertir que algunas de las relaciones que

(5) LACRUZ BERDEJO, *Elementos ... t. V, Derecho de sucesiones, cit.* p. 38.

(6) (Ar. 1034).

sobreviven al difunto no forman parte de la herencia y pasan a otras personas, no por sucesión, sino por atribución de la ley» (7).

En este sentido, no se incluyen aquellas relaciones que se extingan por la muerte, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, se entiende; tampoco los derechos de tipo político o de carácter público o corporativos, tales como el derecho de sufragio, los derechos derivados de la nacionalidad o vecindad civil, o derechos administrativos; sí son heredables ciertos derechos patrimoniales administrativos como las concesiones, salvo que en ellas se refiera lo contrario. Los bienes y derechos de la personalidad, inherentes a la persona, de los que se dice que son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, en consecuencia, no son incluidos en la herencia, aunque puede sucederse en las acciones de reparación por daños causados a los mismos, por ejemplo, el derecho de exigir a los demás el respeto a la memoria de la esfera personal del difunto (8). Tampoco serían transmisibles los derechos personalísimos, pero acertadamente se concede, en determinados supuestos, una continuación que atienda a la protección del interés, origen del derecho subjetivo, al fallecimiento de su titular, así el derecho moral de autor (*vid.* art. 15 de la Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987, *vid.* también art. 42 de la misma Ley «los derechos de explotación de la obra se transmiten *mortis causa*, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho», las posibles nuevas transmisiones *mortis causa* no tienen otra limitación que la de la duración de los derechos de explotación (arts. 26 y 27.1)). También otros derechos de la personalidad, como el derecho al nombre (o a los apellidos) se adquiere conforme a las reglas de la filiación, otro tema es cuando se trata de un comerciante, cuyo nombre por ir vinculado a su empresa tiene un valor patrimonial o de tráfico y como tal es susceptible de transmisión hereditaria, juntamente con ella. Como las consiguientes modalidades de la llamada propiedad industrial (9). Por regla general, también se incluyen todos los derechos reales, excepto el usufructo o el uso y la habitación, respectivamente por su carácter vitalicio

(7) SÁNCHEZ CALERO, Comentario al art. 659 C.c., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. IX, vol. 1.º, Madrid, 1990, p. 21.

(8) La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen declara que «aunque la muerte del sujeto de Derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de este último, que debe también ser tutelada por el Derecho», *vid.* art. 4.º de esta Ley. En la doctrina ver el estudio de DE CASTRO Y BRAVO, «La indemnización por causa de muerte», *A.D.C.*, 1956, pp. 449 y ss.

(art. 513 C.c., no obstante ver lo dispuesto en el art. 640 C.c. en relación con el art. 781 C.c.) y personalísimo (arts. 525 y 526 C.c.), y las servidumbres constituidas a favor de una determinada persona. Sobre la posesión nos dirá el art. 440 C.c. que el heredero la adquiere sin interrupción desde la muerte del causante, «en el caso de que llegue a adirse la herencia». En cuanto a las relaciones obligatorias, son objeto de sucesión hereditaria tanto en su lado activo como en el pasivo (arts. 661, 1112 y 1257 C.c.), excluyéndose las que se extingan por la muerte del acreedor o deudor debido a su carácter personalísimo (*vid.* en este sentido los arts. 150, 152, 1595, 1739 C.c. ...), o aquéllas en que para la efectividad o cumplimiento del crédito o de la deuda las personas del acreedor o deudor son insustituibles, como dice el art. 1161 C.c. con referencia a las obligaciones de hacer («cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación»). Por otra parte, la condición de socio de una sociedad no es, en principio, heredable (10) (11).

Aparte del conjunto de relaciones jurídicas integrantes de la herencia y respecto de las cuales se produce la delación, hay otras situaciones jurídicas titularidad del difunto que se adjudicarán a un titular, la ley las atribuye a ciertas personas por razón de parentesco o de otras circunstancias consideradas por la propia ley, pero se adquirirán con independencia del fenómeno sucesorio, con independencia de que quien lo reciba sea o no su sucesor; es el caso de la sucesión en los títulos nobiliarios, que se transmiten por causa de muerte conforme a una legislación especial, alejándose de la composición de la masa hereditaria (12), también en el ámbito de los derechos arrendaticios de inmuebles urbanos o rústicos regulados por su propia normativa. Como hay otros derechos que surgen nuevos también con ocasión del fallecimiento, siendo adjudicados a determinada o determinadas personas por otro mecanismo que no es el de la sucesión hereditaria, en este caso, las pensiones de viudedad u orfandad, que se originan a favor de los beneficiarios. La legislación española, la doctrina en su mayoría y la jurisprudencia en las escasas oportunidades que ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto consideran, además, incluíble, en esta categoría, a las prestaciones derivadas de los seguros de vida para caso de fallecimiento y por lo tanto ajenos al planteamiento de la sucesión hereditaria, en cuanto que se defiende su no pertenencia al patrimonio del causante y en consecuencia su no pertenencia a la herencia.

(9) *Vid.* ROCA SASTRE, Anotaciones a la trad. del *Derecho de sucesiones* de KIPP, t. V, vol. 2.^o, 2.^a ed., 1976, p. 93.

(10) Esta idea es desarrollada ampliamente por KIPP, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. 2.^o, 2.^a ed., Barcelona, 1976, pp. 78 y ss. PALA MEDIANO, «Los problemas de la sucesión en los derechos del socio», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Colegio Notarial de Barcelona, 1946, pp. 112 y ss.

(11) Más ampliamente sobre la composición del activo bruto hereditario VALLET DE GOYTISOLO, «Aspecto cuantitativo de las legítimas», *A.D.C.*, 1971, pp. 7 y ss.

(12) *Vid.* VALTERRA FERNÁNDEZ, *Derecho nobiliario español*, Granada, 1989.

El problema no carece de interés si a poco se reconoce la importancia práctica y teórica de la delimitación exacta de la composición de la herencia que deja la persona fallecida a los efectos de su transmisión y el elevado porcentaje de seguros que en la vida real se estipulan sobre este tipo. Comprobándose que la sucesión testada o intestada no es el único medio de atribución por causa de muerte y que en buena parte la transferencia de capital, de posición de poder o de control de recursos opera fuera de las previsiones hereditarias y de atribuciones *mortis causa*.

La calificación de la naturaleza jurídica del seguro de vida y su posible imputación en el as hereditario ha preocupado a la doctrina desde que esta figura recibió carta de naturaleza en las leyes, ya tardíamente, pero la importancia de resolver con seguridad dicha cuestión sigue hoy de igual modo presente, como es oportuno un replanteamiento a la vista de la actual legislación.

La aceptación del moderno seguro sobre la vida no tiene unos antecedentes remotos, las vicisitudes y su proyección histórica además revelan su importante función social y económica, y, en este sentido, animan a que se reitere el interés por el análisis de un aspecto concreto del mismo de gran trascendencia, cual es el destino de la atribución del beneficio del seguro de vida y más específicamente del seguro de vida para caso de fallecimiento, y, en particular, como posible materia de disposición testamentaria. De igual modo, manifestó TORNE ALERANY al decir que entre los diversos aspectos y relaciones que presentan estos tipos de contratos «ninguna tan interesante como la que se contrae a la propiedad y percepción del capital asegurado» porque sintetiza la íntegra realización del seguro, condensa su genuina finalidad y envuelve por tanto el fundamento racional, la íntima esencia y el título jurídico de la operación» (13).

II. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA

Tan sólo hace poco más de un siglo se discutía la licitud de esta institución, el ambiente de la época hacía derivar los cálculos de la previsión en un juego de especulación sobre la vida ajena. Las ordenanzas de todos los países prohibían expresamente que los seguros sobre ries-

(13) TORNE ALERANY, «Seguro de vida para caso de fallecimiento: atribución del beneficio», *R.J.C.*, 1896, p. 513.

gos comprendiesen la vida humana; en concreto, se estimaba contrario a la beneficencia y la honestidad poner precio a la vida de los hombres. Tan sólo existieron en la antigüedad —como cita GARRIGUES— (14) asociaciones para compensar los gastos de entierro, «y por tanto se asemejaban a las modernas compañías de seguro de enfermedad y entierro. Se fija en el año 1650 el origen de las asociaciones (fundadas por el italiano LORENZO TONTI) como agrupaciones de personas cuyas aportaciones van ingresando en un fondo común que se reparte entre los sobrevivientes».

El moderno seguro sobre la vida nace en Inglaterra a principios del siglo XVIII (15). Describe aquel autor como en 1761 se creó la primera compañía siendo reconocida su licitud por la *Gambling Act* de 1774, que señala el principio del extraordinario desarrollo que tuvo el seguro sobre la vida en aquel país. Así se imita en Francia donde se crea la *Compagnie Generale D'assurances* a finales del siglo XVIII, suprimidas posteriormente por la revolución francesa y renaciendo a principios del siglo XIX para su explotación. También surgen en esta época en Italia las primeras compañías de esta clase, el Código de comercio de 1882, colmando la laguna en este punto del Código de 1865, formula varios preceptos que regulan algunos puntos concretos de este tipo de seguros, completado por el Código civil de 1942. La Ley alemana de 1908 y la austriaca de 1958 contienen una reglamentación aún más amplia del seguro sobre la vida, como la legislación suiza y la de otros países hacia los que se extiende la realidad de esta figura. En España la regulación legal data de 1885, básicamente, el Código de comercio destinó los arts. 416 a 431 (derogados por la Ley 50/1980, sobre el contrato de seguro), justificado por el impulso de sociedades extranjeras que extendieron sus operaciones en el ámbito de la península, estimulando y fomentando la creación de otras sociedades españolas que pronto alcanzaron una gran difusión (16). En la Exposición de Motivos del proyecto de Código de comercio de 1882 se señala su origen en el antiguo censo vitalicio, «notablemente desarrollado en los tiempos modernos, merced a las variadas, ingeniosas y fecundas combinaciones debidas a la influencia simultánea del espíritu de previsión y del afán de lucro».

(14) GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973, pp. 554 y ss., (hay 2.^a ed. de 1983).

(15) Bajo un doble impulso —especifica DONATI, *Los seguros privados*, trad. y notas de Visal Solá, Barcelona, 1960, pp. 447 y 448— «por un lado la agrupación de la empresa, utilizando un nuevo instrumento, la sociedad por acciones, por otro, el factor técnico constituido por la elaboración de la primera tabla de mortalidad y por la aplicación al seguro de la nueva ciencia sobre el cálculo de probabilidades». Vid. también TORNE ALERANY, «Seguro de vida...», *cit.* p. 512.

(16) Ampliamente sobre los antecedentes históricos, evolución legislativa y doctrinal vid. SÁNCHEZ-VENTURA Y PASCUAL, «Hacia un concepto internacional y unitario del seguro», *R.D.N.*, 1963, pp. 125 y ss. También puede verse CARBONELL PUIG, *Los contratos de seguro de vida*, Barcelona, 1994, pp. 115 y ss.

En definitiva, su vasta función social y financiera, a través de sus múltiples manifestaciones, ha consolidado su desarrollo evolutivo, confirmándose su utilidad y necesidad. El seguro de vida es un procedimiento de ahorro y previsión, permitiendo a los asegurados obtener una capitalización futura en favor propio o de familiares o allegados; también puede utilizarse como instrumento de garantía; o como medio de pago; teniendo en cuenta «la posibilidad de poder lograr, mediante su juego, la reintegración al patrimonio de una compañía o empresa industrial el valor que para la misma representa la actividad especial, de un técnico, en cuyas dotes particulares se pensó, previniendo de este modo las consecuencias dañosas que había de representar la muerte prematura de aquél sobre cuya capacidad y aptitudes se fijó el éxito de la empresa»... (17). La exposición de motivos del Código de comercio, a la que antes se ha hecho referencia, resume su función destacando que «aunque el fin principal del seguro sobre la vida consiste en procurar, mediante la entrega de un premio o capital, algún alivio o socorro material a la familia del asegurado, que le compense en parte de la desgracia que ha de experimentar por el fallecimiento del que es tal vez su único sostén y apoyo, suele también celebrarse con otros fines análogos, como, por ejemplo, procurarse al asegurado o a un tercero una pensión anual durante su vida, crear un capital para los herederos del mismo asegurado o de un extraño que asegure el porvenir de las personas a quienes se quiere beneficiar, o constituir una garantía real y positiva en favor del que sólo cuenta, para hacer frente a sus obligaciones, con la que ofrecen sus cualidades personales, constantemente expuestas a desaparecer con nuestra efímera existencia».

El seguro de vida es aquel contrato de seguro —define DONATI— por el cual el asegurador se obliga a pagar un capital o renta al producirse la muerte o la sobrevivencia, a término señalado, del asegurado o bien a un término fijo, cesando en tal caso, cuando se verifique la premoriencia, la obligación del pago de la prima, o más brevemente como el seguro contra la incertidumbre de la duración de la vida humana» (18); o, como dice URÍA de forma más amplia respecto a la esencia de todo seguro, aquél en el que una persona, el asegurador, se obliga a cambio de una prestación pecuniaria (prima) a indemnizar a otra, asegurado, dentro de los límites convenidos los daños sufridos por la realización de un evento incierto (19). *Vid.* también el art. 1, de la Ley 50/1980 del Contrato del Seguro (20).

(17) Sobre las diversas finalidades de este tipo de seguros puede verse RIERA AISA, «El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y a las relaciones jurídicas familiares sucesorias y obligaciones del que lo contrató», *A.A.M.N.*, t. VII, pp. 276 y ss.

(18) DONATI, *Los seguros privados*, cit. p. 450.

(19) URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1992, p. 693.

(20) De forma extensa trata el concepto y los elementos del contrato de seguro

El seguro sobre la vida, pues, se estructura en varias especies y subespecies que pueden ser clasificadas según numerosos criterios y que se interrelacionan entre sí, dando lugar a diversas combinaciones aseguradoras, en cuanto que las entidades aseguradoras han procurado adaptar los contratos a las diversas necesidades de los posibles contratantes, teniendo en cuenta su edad, situación familiar, social, económica, etc...

El art. 416 del C. de c., ya derogado, lo conceptuaba indicando las posibles agrupaciones que caben en este seguro, declarando, en este sentido, la exposición de motivos del Código válidas todas las combinaciones que puedan hacerse, pactando entregas de capital a cambio de disfrute de una determinada renta vitalicia, percibo de capitales al fallecimiento de una determinada persona, a favor del asegurado, de sus herederos o de un tercero, y cualquier otra combinación análoga o semejante, por una o más vidas, sin exclusión de edad o por otras circunstancias, libertad concedida a los particulares para contratar sobre estos seguros a los fines que se crean convenientes, siempre que sea conforme con la naturaleza del mismo contrato.

Ahora, el actual art. 83 de la L.C.S. alude a las formas clásicas y fundamentales (21), distinguiendo los seguros de vida para caso de muerte, en el que el asegurador se obliga a pagar una suma, única o por fracciones, cuando se produzca la muerte del asegurado, cualquiera que sea el momento en el que ésta sobrevenga, o tan sólo si ésta se produce dentro de un plazo o período determinado (seguro temporal o de tiempo determinado); seguro de vida para caso de supervivencia, en el que el asegurador se obliga a pagar una suma (seguro de capital) o una renta periódica (seguro de renta) si el asegurado sobrevive a una determinada edad o supera sin perder la vida un determinado plazo contado a partir de la estipulación del contrato; seguro mixto, en el que el asegurador debe prestar capital o renta, alternativamente, si el asegurador muere dentro de un plazo o sobrevive a una edad determinada (22) (23).

SÁNCHEZ-VENTURA Y PASCUAL, «Hacia un concepto internacional y unitario del seguro», *cit.* pp. 69 y ss. y sobre estas cuestiones en la jurisprudencia pp. 145 y ss. *Vid.* También RUIZ SALAS, «Conceptos afines al seguro. El contrato de seguro y su contenido: interpretación; las declaraciones del asegurado», *R.D.P.*, 1944, pp. 685 y ss.

(21) «El seguro puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia o ambos conjuntamente» (Primer párrafo).

(22) Como expone BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, 9.^a ed., Madrid, 1991, p. 580.

(23) Esto atendiendo al riesgo; en función de las personas puede ser el seguro sobre una cabeza o sobre varias, seguro sobre la propia vida del contratante o sobre la de un tercero; si se atiende a la duración, puede ser temporal o de vida entera y referirse bien al riesgo o al tiempo de pago de las primas; si se atiende a la prestación puede ser, en función del asegurador, seguro de capital o seguro de renta y en función de la del asegurado, seguro a prima única o a prima periódica. *Vid.* DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, t. II, Madrid, 1993, pp. 381 y ss.

En cualquiera de ellos siempre deben concurrir cuatro elementos o requisitos esenciales para su validez -como explicaba la exposición de motivos-: la existencia de una persona, cuya vida sirva de base para el seguro; valor previamente fijado de esta vida; persona beneficiaria; y entrega de un premio o capital como precio del seguro. Destacándose, porque no sólo constituye una disquisición de tipo teórico, sino que influye en las conclusiones que se puedan obtener y en consecuencias prácticas, que se trata de seguros de suma, difiriendo de los seguros contra daños y, por lo tanto, ajenos a la función indemnizatoria de estos últimos. La prestación del asegurador consiste en una suma de dinero arbitrariamente fijada por el contrato, que no necesita guardar ninguna relación con un daño y su reparación; pueden servir para subsanar el daño o la necesidad que puede originar un siniestro, por ejemplo, la muerte, la consideración de la misma ha podido servir de justificación para la contratación, pero, también, puede utilizarse, como ya se ha manifestado, para la obtención de una prestación, aunque aquel hecho no produzca ningún daño, y así se fija el *quantum* a que asciende el importe del beneficio con independencia de la cuantía que el daño pueda ocasionar. La existencia de daño efectivo y su valor son irrelevantes para el régimen jurídico de estos seguros, para algunos no se incluye en su concepto el elemento del interés. Constituyendo, sin duda, a pesar de esto, un verdadero contrato de seguro, porque se basa en la existencia de un riesgo, como es la mayor o menor duración de la vida humana y, en ocasiones, es suficiente la garantía de un riesgo financiero, garantía de la conservación del capital o prima aportada y el otorgamiento de un interés mínimo (24).

Ofreciendo este tipo de contrato de seguro sobre la vida la singularidad de que suele constituirse a favor de una tercera persona, encontrando aquí su principal campo de actuación; modalidad a la que se refiere la presente exposición, al seguro en caso de fallecimiento estipulado sobre la vida propia a favor de un tercero, centrándose la cuestión, en concreto, como ya se ha anunciado, en el objeto de las prestaciones derivadas del mismo en relación con los derechos sucesorios del estipulante, contrayente titular del interés asegurado.

En los seguros a favor de tercero, el beneficiario es la persona a favor de la cual se contrata el seguro, la que percibirá en su día del asegurador el capital o renta fijada *a priori* cuando se desencadene el hecho que da lugar a la percepción de las mismas; es seguro a favor de tercero en sentido técnico, define DONATI, aquél en el que el contrayente ti-

(24) Vid. RIERA AISA, «El llamado derecho propio ...», *cit.*, pp. 278 a 281. BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, *cit.*, p. 579. OSSORIO Y GALLARDO, «El seguro de vida y las normas ordinarias del Derecho civil», *R.C.D.I.*, 1930, p. 531. Puede verse también ALVAREZ VIGARAY, «Los contratos aleatorios», *A.D.C.*, 1968, pp. 607 y ss.; SANTOS BRIZ, «El contrato de seguro privado», *R.D.P.*, 1974, pp. 477 y ss.; otras cuestiones, también de interés, son tratadas por VALLVE, «El seguro como contrato de buena fe», *R.D.P.*, 1946, pp. 841 y ss.

tular del interés asegurado no se destina asimismo el derecho a la prestación del asegurador, se distingue por tanto, del seguro a favor del titular del interés asegurado, por cuenta propia o por cuenta ajena (25). También concurre la figura del tomador o contratante: que es la persona que estipula el contrato con el asegurador y firma la póliza, asumiendo tanto las obligaciones que éste le impone, fundamentalmente la de pagar la prima, como una serie de derechos: modificación del beneficiario, el rescate, reducción, pignoración de la póliza, o no pagar las primas renunciando al contrato; en el supuesto concreto que se contempla coincide en él la condición de asegurado, pues se asegura su propia vida, la persona cuyo fallecimiento obliga al asegurador a satisfacer el capital o renta asegurado. Si fuesen distintas la persona del asegurado y tomador o estipulante en los seguros para caso de fallecimiento sería preciso el consentimiento escrito de aquél, «salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro», en cualquier caso «no se podrá contratar un seguro para caso de fallecimiento sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados (art. 83 L.C.S.). El asegurador tiene como obligación entregar el capital del seguro a la persona designada por el estipulante y a exigir entre tanto el pago de las primas; en el momento de ocurrir el siniestro o riesgo asegurado otorgará la prestación convenida, que en los supuestos de seguro de vida para caso de fallecimiento el riesgo para el asegurador es la muerte prematura del asegurado que le obligaría a pagar el capital garantizado sin haber recibido el número suficiente de primas. Producido el mismo se comunica a la compañía aseguradora, acreditándose la realización del riesgo, cuya prueba ordinaria la constituye el certificado de defunción, también suele exigirse certificado médico acreditativo de la causa de fallecimiento (*vid.* art. 93 LCS). El reclamante justificará su derecho mediante la póliza o apéndice o complemento de la misma, testamento del estipulante-asegurado, o acreditando su condición de heredero por medio de copia auténtica del testamento o declaración notarial de heredero abintestato (26). Pagando la entidad aseguradora, reconocida la personalidad del beneficiario, la determinada cuantía a la que se obligó en la póliza, capital o renta, aunque podría experimentar alguna variación, como añade ESCUDERO DEL CAÑO, «si el seguro es con participación en los beneficios y éstos no han sido liquidados, si existen primas pendientes de pago, si se habían

(25) DONATI, *Los seguros privados*, *cit.*, p. 454.

(26) *Vid.* Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, por la que el art. 979 de la L.E.C. queda redactado del siguiente modo: «la declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa».

concedido anticipos,...También puede realizar su prestación () bajo las formas de reducción o rescate» (27). Y concurre el beneficiario, que recibirá en su día del asegurador el capital o rentas aseguradas. Esta especial y singular posición que ocupa el beneficiario en estos contratos, de los que no es parte, suscitó desde que se concedió validez a los mismos a través de las diversas legislaciones, vivas discusiones en torno a su naturaleza jurídica, con importantes consecuencias prácticas en el derecho del beneficiario.

III. NATURALEZA JURIDICA

A. Antes de la reforma de la Ley 50/1980 del contrato de seguro

a) *Doctrina*

De ellas, de las distintas posiciones doctrinales en torno a este fenómeno, da debida cuenta RIERA AISA, cuya exposición se toma, sólo en parte, para referir las mismas. Así, destaca de especial consideración, por el desarrollo que tuvo, la doctrina de la gestión de negocios, según la cual el estipulante al contratar el seguro gestionaba los negocios del beneficiario y esta gestión encontraba su complemento en la ratificación llevada a cabo por aquél, al aceptar su designación como beneficiario o al percibir la suma asegurada. Aunque sometida a severas críticas, en cuanto que su construcción no se conciliaba con los derechos de que estaba investido el estipulante, tuvo el mérito, importante a los efectos que aquí interesa, de defender que el derecho al capital que integra el patrimonio del beneficiario no supone una transmisión del estipulante a él, sino que nace directamente en su esfera jurídica y por tanto debe estudiarse al margen de las relaciones económicas, fiscales y crediticias del asegurado. Otras posiciones acudieron más específicamente a «una gestión de negocios de tipo irregular». O a la defensa encaminada a considerar la institución sobre la base de que el verdadero gestor no sería precisamente el estipulante, sino el grupo asegurador. Para la teoría de la oferta, lo que sucede a través de este contrato es que el estipulante ofrecía al beneficiario el premio debido por el asegurador. Si aceptaba, lucraba la suma asegurada, el contrato se dividiría en dos actos: por una parte existiría la relación bilateral entre estipulante y asegurador y, por la otra, el acto de aquél, extraño a la compañía aseguradora, en méritos del cual se transmitiría al beneficiario el derecho al capital. Con ello, explica aquel autor, el capital del seguro es recibido por el beneficiario no directamente del asegurador sino del estipulante, destruyendo la tesis del derecho directo a la suma

(27) ESCUDERO DEL CAÑO, *Derecho español de seguros*, cit., p. 392.

asegurada y con ello la protección jurídica de que se rodea a esta atribución, ya que al percibir el capital de manos del estipulante no es posible justificar las medidas de garantía que frente a acreedores y herederos otorga la ley. Lo que suscitó numerosas variantes que en nada resolvieron este problema. También se intentó clasificarlo como un contrato *sui generis*, como una obligación alternativa, se defendió la teoría de la voluntad unilateral, y representacional, e incluirlo en la especie de contratos bímembres caracterizados por agrupar en una de sus partes dos sujetos que no están ligados frente a la otra con los mismos derechos y obligaciones ya que uno de ellos, el estipulante en este caso, tendría determinadas facultades y el otro, el beneficiario, derechos distintos (28).

MANENTI (29), a quien de modo especial conviene destacar aquí, considera la figura fuera del campo contractual, construyéndola sobre el derecho sucesorio testamentario. Critica las concepciones de PACCHIONI sobre el contrato a favor de tercero, el contrato de seguro de vida y el de transporte parecen un contrato a favor de tercero —manifiesta— sin que ni uno ni otro lo sean, en el primero si existe la intención de favorecer al tercero falta efectivamente el contrato en relación con el tercero. Si como reconoce VIVANTE —dice— quien estipula un seguro sobre la vida designando o no un beneficiario sigue siendo dueño del asunto, *dominus negotii*, por toda su duración porque se reserva el derecho ilimitado de disponer de él (puede ceder el crédito del capital asegurado, rescatar la póliza, reducirla, darla en prenda, revocar al beneficiario ya designado y sustituirlo por otro, sin que el beneficiario designado pueda impedirle el ejercicio de estos derechos), esto significa que el tercero no tiene ningún derecho, «¿qué extraño contrato a favor de tercero es este en el que el tercero no sólo no adquiere ningún derecho sobre el beneficio sino que no adquiere ningún derecho de acceder al contrato ni aceptar el beneficio» (30). «Su derecho al beneficio —explica— y por consiguiente contra el asegurador surge solamente con la muerte y por el mismo hecho de la muerte del asegurado y es un derecho tal que tiene precisamente la misma naturaleza de los otros derechos sucesorios, que competirán a los mismos herederos en cuanto tales y porque tales; tanto que si ellos reclaman el capital asegurado esto implica la aceptación de la herencia y si renuncian a esto pierden todo derecho al capital porque dejan de ser herederos, mientras que no podrían ser considerados como legatarios para atribuirlos el

(28) Resume RIERA AISA, «El llamado derecho propio...», *cit.*, pp. 282 y ss. Una exposición de estas teorías también puede verse en DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», *R.G.L.J.*, 1923, pp. 208 y ss.

(29) MANENTI, «Il contratto di assicurazioni sulla vita con designazione de un terzi beneficiario», *Rev. de Diritto Civile* 1989, pp. 589 y ss.

(30) *Ibidem*, p. 591, *vid.* también pp. 594 y 595.

beneficio del seguro sin violar la expresa voluntad del difunto» (31). Sin embargo, reconoce la existencia de una doctrina más piadosa que protege con mayor eficacia el «fin benéfico y providente del contrato de seguro», doctrina que concede al Juez la facultad de atribuir a los parientes y herederos del contratante, especialmente a los hijos, un derecho propio sobre el capital asegurado, cuando las circunstancias convezan de que el contratante tuvo la intención de beneficiarlos con exclusión de los acreedores (argumento que no le parece del todo infundado). «Pero si la fuente generatriz del contrato —se cuestiona— es la voluntad del contratante, una voluntad ambulatoria hasta la muerte y que sólo por efecto de la muerte se hace definitiva e irrevocable y causa eficiente de consecuencias jurídicas, de atribución de derechos por ella designados, entonces, ¿cómo hablar de contrato a favor de tercero?, «los pretendidos derechos del beneficiario, mientras vive el asegurado son una mera apariencia, una sombra, un fantasma jurídico sin consistencia».

Retomando el hilo conductor de los razonamientos precedentes y de las observaciones hechas, afirma que incluso el contrato de seguro de vida entera a favor de los propios herederos o de una persona determinada (beneficiario) no es efectivamente un contrato a favor de tercero, en el sentido de que en virtud de un contrato concluido entre dos personas, una tercera, completamente extraña a él adquiera, aun permaneciendo tal, un derecho desde el momento de la conclusión del contrato y por simple efecto de éste (32). En definitiva, niega la apariencia de un verdadero contrato: que deriva del hecho de que la designación del beneficiario constituye una verdadera y propia disposición de última voluntad; tal designación es un acto unilateral de la voluntad del asegurado que tiene su causa en la consideración de la muerte y en el intento de beneficiar después de la propia muerte a una determinada persona. «Tal disposición es revocable hasta el mismo momento del desenlace de la vida y que por esto el beneficiario antes de la muerte del disponente no puede intervenir ni siquiera con su propio consentimiento. Esto que aleja, que diferencia esta figura jurídica de las donaciones para aproximarlas a las instituciones testamentarias, porque mientras para las donaciones es necesario la aceptación por parte del donatario o de otros en su lugar (en este caso) tal aceptación, como es característica de las disposiciones de última voluntad, no puede ser hecha por el beneficiario sino después de la muerte del disponente». Para este autor se trata de una verdadera disposición de última voluntad, incluye el seguro de vida en la definición de testamento, reconociendo en tal designación una forma de testamento «que añadir a las establecidas y reconocidas por el Código civil () de las sucesiones testamentarias».

(31) *Ibidem*, p. 592.

(32) *Ibidem*, pp. 601 y 604.

A juicio de RIERA AISA, «sugestionado por el influjo que la muerte del asegurado ejerce sobre la atribución del capital del seguro, no acertó a comprender la diferencia fundamental que separa aquellos supuestos en los que la muerte es causa de la adquisición de aquellos otros en los que no señala más que el tiempo en el que la misma va a tener lugar. El heredero recibe el caudal hereditario a causa de la muerte del causante y al tiempo de la misma; pero el beneficiario de un seguro —continúa este autor— no lo recibe por causa del fallecimiento, aunque sí en su momento, ya que como dice STOLFI, el negocio se ha perfeccionado *ante mortem*, mientras en el testamento se perfecciona por la muerte del testador. (Concluyendo que) los razonamientos fundamentales del autor italiano, que se apoyaban en que el beneficiario no adquiere derecho hasta la muerte del estipulante, y que, por lo tanto, no se puede hablar de contrato, cuando éste va a producir sus efectos, precisamente al fallecer una de las partes, no tienen, a pesar de que de momento puedan impresionar, trascendencia jurídica alguna». Quedando sin justificación —dice STOLFI— la atribución del capital del seguro en los casos en los que en vez de tratarse del fallecimiento del asegurado se tratase de supuestos de supervivencia (33). Por su parte VALLET DE GOYTISOLO (34), aceptando para este caso el razonamiento de POLACCO, manifiesta que equivale la tesis de MANENTI a poner al legislador en contradicción consigo mismo, por cuanto en esta nueva forma de testamento para la que bastaría la simple suscripción de la póliza por parte del disponente la ley habría renunciado a todo el aparato de formalidades exigidas bajo pena de nulidad en el Código civil con el fin de garantizar la seriedad de querer del testador.

Vigente la anterior regulación de los contratos de seguros, ya se admitía casi de manera unánime, en la doctrina, tal variedad encuadrable en los contratos a favor de terceros (35); «vínculo que se da cuando

(33) STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Milano, 1937, pp. 41 y ss.

(34) VALLET DE GOYTISOLO, «La donación *mortis causa* en el Código civil español», *A.A.M.N.*, t. V, p. 812.

(35) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1977, p. 255; ROCA SASTRE, Anotaciones a KIPP, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, t. II, ed. de 1951, p. 58; AVILÉS Y SANZ, «Los derechos del beneficiario en el contrato de seguro de vida», *R.J.C.*, 1950, p. 426; RIERA AISA, «El llamado derecho propio del beneficiario...», *cit.*, p. 282; MARTÍNEZ DE LA FUENTE, «La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria», *A.A.M.N.*, t. VIII, p. 278; COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1924, p. 648.

CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de supervivencia», *R.D.P.*, 1952, pp. 378 y ss., reconoce que la sustancia más característica que informa la categoría de los negocios jurídicos en favor de terceros es la figura del contrato de seguro y dentro de él, por su importancia, la modalidad del seguro de vida para caso de fallecimiento, no obstante *vid.* su completa exposición.

se estipula que una de las partes contratantes realizará una prestación en provecho de un tercero extraño a la conclusión del contrato y que no esté representado en él, pero que a virtud de esta estipulación queda incorporado al contrato como acreedor de esta prestación» (36). Y en este sentido, por lo tanto, ajenos al ámbito del Derecho de sucesiones, en la medida que una tercera persona, el beneficiario, es el acreedor del derecho a la prestación del asegurador y no el asegurado contratante, en este caso también causante, por lo tanto, mal podría formar parte de su patrimonio y, en consecuencia, ser heredable.

Sustituida la regla *nemo alteri stipulari potest*, que defendió el Derecho romano (37), por la eficacia de cualquier prestación a favor de tercero, por cualquier título y mediando cualquier correspectivo (38),

Algunos autores de nuestra doctrina tradicional sostuvieron la limitación de la estipulación a favor de tercero, aludida en el art. 1257 C.c., a los casos en que el contrato contenga diversas estipulaciones a favor de las partes, al lado de las cuales figura alguna otra en provecho de un tercero, entendiendo que cuando el contrato no contenga otra cosa que lo pactado en favor de tercero debe ser de aplicación el art. 1259, relativo al contrato celebrado en nombre de otro. *Vid.* DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», *R.G.L.J.*, 1923, pp. 222 y ss., y en *Notas a Colin y Capitant*, Manual de Derecho civil, t. III, *cit.* p. 673; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid, 1937, pp. 286 y 287; NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *A.A.M.N.*, t. V, 1950, manifiesta, en la p. 470, que «el contrato de seguro de vida no es tampoco, pues, un contrato a favor de tercero, sino a nombre de tercero. Y esta conclusión y sus premisas valen también para el contrato a favor de tercero».

(36) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral*, t. 3, rev. y puesto al día por García Cantero, Madrid, 1992, pp. 747 y 748.

Vid. BONET, «Algunas figuras afines al contrato de mandato», *R.G.L.J.*, 1948, p. 640, insiste en su definición, que su derecho no puede ser considerado como un derecho antecedente que corresponde al promisorio contrayente y sólo en su lugar es ejercitado por el tercero o a éste cedido».

(37) Una perspectiva histórica y de Derecho comparado ofrece BONET RAMÓN, «Los contratos a favor de tercero», *A.A.M.N.*, t. XII, pp. 216 y ss.; DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», *R.G.L.J.*, 1923, pp. 195 a 208 y pp. 217 a 221; MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pp. 39 y ss.; específicamente sobre la situación en el Derecho romano ofrece una amplia bibliografía FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 233, que también dedica una exposición al tema, más ampliamente lo hace PACCHIONI, *Contratti a favore dei terzi*, Milano, s/d, pp. 1 y ss.

(38) El principio del poder creador de la libre voluntad, siempre que persigue un resultado lícito, basta para justificar la posibilidad de tal sanción, y es que las obligaciones también pueden producirse por declaraciones unilaterales de voluntad. La verdad consiste en que la obligación del promitente procede de su voluntad de obligarse respecto del beneficiario, la voluntad unilateral del deudor puede, lo mismo que los contratos, ser una fuente de obligaciones, *vid.* COLIN Y CAPITANT, *Curso ...*, *cit.* p. 655. *Vid.* también en este último sentido DE BUEN, «La estipulación...», *cit.* p. 216, quien citando a Worms, *De la volonté unilaterale considerée comme source d'obligations*, señala que el contrato que por sí mismo vincula al promitente con el estipulante encierra en sí una declaración unilateral de voluntad del promitente que vincula a éste con el tercero.

contenido en el Código civil en el art. 1257.2 (39), la variedad más frecuente es dicho seguro sobre la vida en caso de fallecimiento, designando como beneficiario de la indemnización a la persona a quien se desea favorecer. «Es la importancia siempre creciente de este contrato lo que explica la que ha adquirido en la doctrina moderna la teoría de la estipulación por otro» (40).

Si se conceptúa la sucesión como «la sustitución de una persona en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles, que correspondían, al tiempo del fallecimiento a otra, o en bienes y derechos determinados dejados por el difunto» (41), la posición que va a disfrutar la persona beneficiaria con motivo del fallecimiento del causante, contratante-asegurado, no deriva de su propio patrimonio, dejado a su fallecimiento, no se trata de ninguna sustitución en una relación jurídica preexistente que se encontrase en el patrimonio del difunto, sino por la específica designación que se le hace en el contrato, es decir, no adquiere por vía hereditaria sino *iure stipulationis*.

Añadiendo NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *A.A.M.N.*, t. V, p. 456, que «el criterio general permisivo de la estipulación a favor de tercero es el resultado de la elaboración de los pandentistas, forjada sobre el Derecho común que, a su vez, había ampliado tan extraordinariamente aquellas aparentes excepciones al principio prohibitivo romano (sin desviar su esencia), que parecieron dejarlo inoperante. No percibieron —dice— que tales excepciones eran, meramente, aparentes; y que si realmente suponían una insuficiencia funcional de la contratación romana, no constituían sino brotes de la representación directa ... Las estipulaciones en favor de tercero —manifiesta— no son sino un reflejo de la luz de la representación directa: un paso adelante en el camino de su teoría, que la doctrina, equivocadamente, bifurcó. Por otra parte, los pandentistas del siglo pasado se apoyaron, además, para reforzar la defensa del criterio permisivo, en consideraciones de indole práctica, fundadas en las exigencias económicas de la vida moderna, que jurídicamente tomaban cuerpo, no sólo en el tradicional contrato de renta vitalicia cuando el beneficiario es un extraño, sino, sobre todo en el mismo caso del seguro de vida...». Puede verse también PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1978, pp. 278 y ss.

(39) «Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada». De esta redacción literal no resulta que se halle previsto un contrato enteramente en favor de tercero, textualmente se refiere a la posibilidad de que la obligación asumida por el promitente haya sido la exclusiva finalidad del contrato, de tal modo que durante algún tiempo la doctrina mantuvo que la estipulación a favor de tercero sólo puede existir como contrato parcial, o como estipulación entre otras del contrato celebrado; comprensión que cambia a partir de la sentencia del T.S. de 9 de diciembre de 1940 (Ar. 1131), admitiendo que la promesa de la prestación al tercero puede ser el contenido único y exclusivo del contrato celebrado entre promitente y estipulante o promisario.

(40) COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental...*, cit. p. 643 y p. 648.

(41) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. 1.º, 9.ª ed., rev. y puesta al día por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 43.

Precisamente, ha sido fundamental para el desarrollo de esta figura el reconocimiento del derecho directo e inmediato del beneficiario, sin transmisión desde el patrimonio del estipulante, dejándolo a salvo de participaciones o de reclamaciones de acreedores del estipulante, cónyuge o herederos, en cuanto que la previsión del contratante tiene por objeto mantener indemne el capital de cualquier contingencia, permaneciendo la asignación realizada. Insiste RIERA AISA en que «es fundamental y no conviene perder de vista el hecho de que el éxito de la institución depende necesariamente de que el derecho del beneficiario sea por completo independiente del estipulante y que, por tanto, pueda permanecer al margen de cualquier consecuencia de tipo económico o jurídico a que podría estar afecto si procediese de su patrimonio... Queda, por tanto, la suma asegurada al margen de cualquier contingencia que, derivada de la persona del estipulante, pudiera ejercitarla ...Si el estipulante que contrata un seguro a favor de (un tercero) no tuviese la completa seguridad de que por encima de los vaivenes económicos iba a permanecer la asignación realizada, el contrato no se ejecutaría». Las pretensiones a una parte de lo asegurado, con apoyo en las clásicas disposiciones del Derecho civil, produjo un movimiento de paralización de este contrato, cuya recuperación coincide con el desarrollo de la tesis del derecho directo (42).

Así aparecía constatado legalmente en el derogado art. 428 del Código de comercio al decir que «las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada, en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del que hubiere hecho el seguro a favor de aquélla».

b) *Jurisprudencia*

En el mismo sentido discurre la jurisprudencia, que participa de la idea de la formación de una masa con características propias a favor de la exclusiva propiedad del beneficiario designado en la póliza, adquiriendo un derecho propio a las ventajas del seguro.

(42) Expone RIERA AISA, «El llamado derecho propio del beneficiario...», *cit.* pp. 288 y 289. En el mismo sentido BONET, «Algunas figuras afines al contrato de mandato», *cit.* p. 645, en cuanto a los efectos, respecto al derecho del tercero, mientras algunos quieren atribuirle una naturaleza especial y autónoma, siendo para ellos el derecho del tercero un derecho propio que surge en su persona con un contenido propio, otros quieren ver en él el mismo derecho del promisorio traspasado de algún modo —en virtud de una cesión fingida o de un presunto *mandatum ad agendum*— a la persona del tercero. (Pero, desde luego, para que pueda alcanzar la finalidad a que tienden algunos de ellos, es necesario atribuirles al tercero un derecho propio e independiente: tal sucede con el contrato de seguro de vida)».

Entre las primeras sentencias del T.S. que se ocuparon del tema, la resolución de 22 de octubre de 1927 (43) analiza con amplitud, resolviendo diversos aspectos técnicos. En concreto, el recurso versaba sobre si el art. 428 del C. de c. permitía el pago al beneficiario del importe de la póliza del seguro de vida judicialmente embargada en procedimientos seguidos contra la persona que contrató el seguro, sin afectar al cesionario o beneficiario sustituido que debe recibir el valor de la póliza. Declarando de manera inconcusa que el texto del precepto citado «no da lugar a duda racional respecto de que su finalidad fue establecer un excepcional y privilegiado título de dominio en favor de la persona asegurada, sin que contra su derecho puedan prevalecer las reclamaciones de los acreedores del que contrató el seguro, ni aun la fundada en título de tan notoria eficacia jurídica, como el de proceder de los herederos legitimarios». «...Que los categóricos términos, de dicho precepto, denotan que se quiso crear y se creó un derecho de tan singular índole que fuese verdaderamente inatacable e indiscutible para el ejercicio de acción alguna ni de procedimiento de ninguna clase proveniente de obligaciones del que contrató el seguro». Alegándose y confirmando el tribunal que el beneficiario de dicho seguro no sólo adquiere un derecho de propiedad, sino un derecho de propiedad privilegiado, cuya efectividad no puede entorpecer ningún género de reclamaciones, ya provengan de los hechos del que asegura, ya de sus acreedores, de cualquier clase que sean, y así tiene que ser dada la naturaleza del contrato de seguro sobre la vida y la necesidad de sus aplicaciones prácticas más usuales, utilizándose muy comúnmente como elemento preciso para auxiliar el crédito y para ello precisa que constituya un derecho en realidad privilegiado e inatacable, porque en cuanto no fuese así, en cuanto el derecho del beneficiario estuviese pendiente de cualquier reclamación o traba procedente de la persona que contrató el seguro, de sus herederos o de sus acreedores, la garantía se suprimiría y los beneficios que se trata de afirmar y obtener desaparecerían con detrimento del crédito, confirmando la doctrina expuesta la misma exposición de motivos del Código de comercio; en consecuencia, al vencimiento del plazo estipulado en la póliza, forzoso es llegar a la conclusión —se afirma— de que el derecho derivado de la misma en favor del demandante (beneficiario) puede y debe hacerse efectivo, ya que los embargos de la póliza judicialmente decretados y en que la compañía demandada se funda para oponerse al pago, no puede en modo alguno judicialmente afectar al derecho del demandante (beneficiario del seguro), de tal modo que no refiriéndose a relaciones jurídicas en las que el beneficiario estuviese personalmente obligado por actos propios suyos, y cualquiera que pudiera ser el efecto de dichas trabas respecto a derechos del concursado (contratante) no puede perjudicar

(43) *Jurisprudencia civil*, t. 177, n.º 115, pp. 558 y ss.

el indiscutible y reconocido del beneficiario en la póliza, porque otra cosa a tanto equivaldría como a desnaturalizar la peculiar índole del privilegiado título de propiedad, absoluto e incondicional.

Doctrina que asevera y manifiesta rectamente interpretada la sentencia del T.S. de 24 de enero de 1928 (44), planteado un caso de impugnación de operaciones testamentarias, en el que se aludía a un seguro de vida contratado por el causante cuyo capital fue cobrado por los beneficiarios y herederos, no siendo incluido en el inventario perjudicando a una menor toda vez que el importe de este seguro, se alegaba, estaba constituido por los bienes propios de la finada; el protutor de aquélla presentó escrito manifestando su no conformidad al inventario y cuaderno particional por no haberse incluido en el mismo, ni cobrado la huérfana, por tanto, la parte proporcional del seguro de vida.

Con la misma teoría se presenta la sentencia del T.S. de 22 de diciembre de 1944 (45), en la que se declaraba, entre otras circunstancias, que «el derecho del beneficiario trae causa directa del asegurador y no del asegurado»; (a la par que alude a diversos matices que serán tenidos en cuenta en una posterior exposición). Dicha sentencia planteó en nuestro Ordenamiento un problema que apenas se había estudiado entonces, la relación entre el seguro de vida para caso de fallecimiento contratado por uno de los cónyuges en favor del otro y cuyas primas se pagan con fondos comunes existente la sociedad de gananciales. Dilucidando tal sentencia la titularidad del contrato de seguro cuando éste se celebra y el importe de la indemnización cuando llega el momento de pagarla, así como si el consorcio tiene derecho a recuperar las cantidades satisfechas a su costa para pago de las primas (46).

La sentencia del T.S. de 8 de mayo de 1957 (47) ratifica el parecer de la doctrina declarando y reconociendo la estipulación a favor de tercero en estos contratos, la póliza de seguro «constituye una forma especial de estipulación a favor de tercero». El problema particular presentado consistía en precisar si la que fue primera designada en la póliza, nombrada por su esposo en el seguro contratado por éste con la compañía aseguradora, adquiere un derecho irrevocable desde el momento del contrato a percibirlo a la muerte del constituyente, o tienen derecho a ello los posteriormente designados (formalizado en una cláusula testamentaria), por lo tanto, modificándose aquella primera previsión. «No puede prescindirse —se declara— de la naturaleza especialísima del contrato de seguro sobre la vida, que () se admite la posibilidad harto frecuente de que el beneficiario sea persona distinta del

(44) *Jurisprudencia civil*, t. 180, n.º 95, pp. 581 y ss.

(45) Ar. 1392.

(46) Tema que estudia LACRUZ BERDEJO, «Los seguros sobre la vida y la comunidad de ganancial en el nuevo régimen», en el *Libro homenaje al prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 361 a 370.

(47) Ar. 1611.

asegurador y del asegurado, con lo cual establece inequívocamente, como reconoce la doctrina más autorizada, una estipulación a favor de tercero (siendo) recusable (en varios aspectos) la opción mantenida por algún sector doctrinal según la cual el contrato de seguro de vida hecho a favor de un tercero no es, en el fondo, sino a manera de una disposición de última voluntad, que por serlo es revocable hasta que se produzca la muerte del asegurado, lo cierto es que por la índole propia del seguro sobre la vida, el beneficiario por el hecho de hacerse una estipulación a su favor adquiere un derecho a percibir el importe del seguro convenido, pero ello no pasa de ser una expectativa hasta el momento en que por la muerte del asegurado se consolida su derecho sin que, como en el caso, haya mediado aceptación, porque hasta entonces subsiste la posibilidad de revocación...», otorgando, en consecuencia, a los últimos designados el importe del seguro.

También, en el ámbito de los seguros sociales el T.S. ha declarado, como puede verse en la sentencia de 2 de enero de 1978 (48), que «existen derechos no incorporados a la herencia por estar atribuidos a determinadas personas al fallecer el causante, es decir, que no son atribuidos a los herederos en cuanto que tales: así ocurre con la muerte del estipulante respecto al beneficiario, quien...percibirá la indemnización *iure stipulationis* y no por el mecanismo de la sucesión hereditaria», encerrándose una estipulación a favor de tercero.

B. A raíz de la nueva Ley 50/1980, del contrato de seguro

a) *Doctrina*

La nueva regulación de seguros, que derogó los arts. 380 a 438 del C. de c. a través de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, modificada en parte por la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de seguros privados sigue esta misma línea y se limita a insistir en esta doctrina y a completar ciertas reglas que se echaban de menos en la vieja normativa. En particular, destina los arts. 83 a 99 a la reglamentación del seguro sobre la vida. Y, en concreto, su art. 88 consagra el derecho inmediato y directo que tiene el beneficiario al capital asegurado, diciendo textualmente que «la prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro...»; también aludido en el art. 85 último inciso al decir que «...los beneficiarios que sean herederos conservarán dicha condición aunque renuncien a la herencia».

(48) Ar. 121. Social.

En la doctrina, de igual modo se sigue manteniendo el hecho de que una persona ajena al contrato de seguro adquiere un derecho autónomo frente al estipulante, predominando la calificación de la construcción como una estipulación o contrato a favor de tercero.

De forma casi unánime manifiesta toda la doctrina su exclusión del mecanismo sucesorio: LACRUZ BERDEJO declara, en cuanto al seguro de vida para caso de fallecimiento, su no pertenencia a la herencia, «tiene vida propia y no forman parte del caudal relicto. El beneficiario percibe no por el mecanismo de la sucesión hereditaria, sino *iure stipulationis*» (49).

ROCA SASTRE MUNCUNILL (50), LOPEZ Y LOPEZ (51) y LLEDO YAGÜE (52) manifiestan que no se trata en estos casos —con palabras de este último— de ninguna sustitución en una relación jurídica preexistente (lo que significa Derecho de sucesiones), sino que la posición que va a disfrutar la persona beneficiaria, con motivo de la muerte de otra, surge de manera autónoma en él sin que antes se encontrase en el patrimonio del difunto; no hay aquí sucesión de ningún tipo». Igual SANCHEZ CALERO (53).

LACRUZ BERDEJO (54), CASTAN TOBEÑAS (55), ALBALADEJO (56) hacen referencia al mismo, igual que casi toda la doctrina, como una de las aplicaciones de los contratos a favor de tercero.

En la misma dirección se manifiesta MARTIN BERNAL (57), reconociendo que el tema del seguro de vida ha preocupado a la doctrina jurídica «cuando al tratar de decantarlo como estipulación a favor de tercero, observa que sus características, peculiares y hasta su autonomía, rompen con los moldes clásicos que creemos únicamente en abstracto y por exigencias del propio derecho, se aproximan al tipo más o menos puro que el legislador y el autor se forjan *in mente* al pretender desenvolver la estructura y los efectos de una institución, en nuestro caso la estipulación a favor de tercero. Ello sucede —afirma— con el contrato de seguro de vida, hasta el extremo de que muchos tratadistas, cuando enumeran categorías jurídicas o establecen un *numerus apertus*

(49) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *Derecho de sucesiones*, cit. p. 41.

(50) ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. I, Barcelona, 1989, p. 43.

(51) LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho de sucesiones*, vol. col. Valencia, 1992, p. 54.

(52) LLEDO YAGÜE, *Derecho de sucesiones*, vol. I, Bilbao, 1989, p. 29.

(53) SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. IX, vol. 1.^o, cit. p. 34.

(54) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2 Barcelona, 1987, p. 328.

(55) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. 3, cit. p. 748.

(56) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II, Barcelona, 1994, p. 430.

(57) MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pp. 341 y ss.

en los contratos en los que la estipulación pueda moverse, ni siquiera lo enuncian. Y no es de extrañar si se piensa que tal seguro no ha recibido hasta muy tarde carta de naturaleza en las leyes...Es posible que la dificultad resaltada se deba de una parte, a razones de método, a que todavía se discute la naturaleza jurídica del mismo contrato de seguro de vida, que puede llegar hasta confundir su propio concepto». La doctrina moderna se inclina con preferencia a la estipulación a favor de tercero, el asegurador al tiempo que recibe las primas, se obliga directamente frente al tercero designado en el contrato y que no es parte en él a abonarle el capital convenido cuando ocurra la muerte del suscriptor. No se trata el beneficiario de un sucesor ni de un cesionario del tomador del seguro. «Al adquirir el crédito contra el asegurador, adquiere también los deberes y se somete a los requisitos que la ley o el contrato imponen al titular de este crédito para poder hacerlo efectivo». «Con la estipulación a favor de tercero, y a la vista de las consideraciones relativas (que hace) sobre la posición jurídica del beneficiario, tiene de común el dato de que un extraño al contrato obtiene un derecho contractual, sin adquirir a cambio ninguna obligación: no se trata de una estipulación dentro de un contrato que alguien concluye para sí (según redacción literal del párr. 2.º del art. 1257 de nuestro Código civil). Es más bien un contrato dirigido exclusivamente al beneficiario del contratante; (donde) el tercero adquiere no un derecho derivado del derecho del estipulante (tomador del seguro) sino un derecho propio, como si el asegurador se lo hubiese atribuido directamente () en la estipulación, el promitente resulta obligado para atribuir de forma directa e inmediata el beneficio al tercero. (De tal modo que) el beneficiario puede defender su crédito contra los acreedores o los herederos legítimos del estipulante» (58).

En esta línea continúa TIRADO SUAREZ (59), comenta que la creación de la institución del beneficiario «fue obra de la práctica en el seguro de vida para caso de fallecimiento para lograr finalidades perentorias de previsión fuera de los esquemas típicos de la sucesión *mortis causa*. Se logra, así, una posición diferenciada del beneficiario, que no recibe la suma asegurada del estipulante, sino del asegurador (promitente), que venía obligado al cumplimiento directo de la prestación frente al beneficiario, ajeno a los posibles derechos de terceros. La configuración doctrinal de esta posición —manifiesta— hunde sus raíces en la figura del contrato a favor de tercero, perfectamente elaborada en la doctrina germánica, a la que pertenecen los primeros monumentos históricos-legislativos que reconocen el derecho propio del beneficiario frente al asegurador. Corriente recogida por la praxis y legislación

(58) Del mismo autor puede verse «La causa, el interés, y la equidad en la estipulación a favor de tercero», *R.D.N.*, 1978, p. 174.

(59) TIRADO SUÁREZ, *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, t. XXIV, pp. 210 y 213 y ss.

española. «A través de esta construcción el derecho del beneficiario surge directamente del contrato de seguro, de modo que desde el patrimonio del asegurador pasa al del beneficiario sin que en ningún momento pase la suma asegurada por el patrimonio del tomador del seguro, a pesar de que las primas pagadas para alimentar al sinalagma contractual hayan surgido de este patrimonio, de la misma manera que viene atribuida al tomador la facultad de designación y revocación del beneficiario. Se trata, pues, de una adquisición originaria y no derivativa, de forma que la posición jurídica del beneficiario es autónoma e independiente respecto a la del tomador, salvo las prescripciones contractuales que perfilan su derecho».

De entre las diversas teorías que históricamente han dado una explicación desde el punto de vista de la técnica del hecho de que una persona ajena al contrato de seguro adquiriera un derecho autónomo frente al estipulante, predomina actualmente la calificación de la construcción como una estipulación o contrato a favor de tercero, defensa que es seguida en este trabajo.

VALLET DE GOYTISOLO (60) tampoco integra en la herencia, por tener un destino propio, el capital del seguro estipulado por el causante sobre su propia vida a favor de tercero. Pero califica dicho contrato de donación *mortis causa* (61). «Entre las donaciones *mortis causa* indirectas, sin duda, las más interesantes son las que se verifican a través de los contratos y estipulaciones a favor de tercero». «Tales hipótesis de contrato a favor de tercero () implican una donación *mortis causa* indirecta a través del promitente, hecha por el estipulante a favor del beneficiario». Sucederá así —afirma— en el seguro de vida a favor de un tercero, salvo en los casos excepcionales en los que existe un substrato oneroso («y aun en ellos —dice— no dejamos de pensar en la figura del legado de deuda, que bien pudiera mirarse como paralela suya»). Manifiesta que frente a la consideración de que el contrato de seguro de vida para caso de muerte sea una verdadera y propia disposición de última voluntad (MANENTI), tampoco es aceptable la posición de quienes colocándose en el extremo opuesto opinan que el seguro de vida es una estipulación a favor de tercero que crea, mediante la aceptación de éste, y tan pronto como dicho hecho se produzca, un derecho actual e irrevocable a favor del mismo, «pues ello —afirma— va contra la finalidad social de la institución y la misma voluntad del estipulante, que nombra beneficiario sólo para después de su muerte sin querer atribuirle derecho alguno actual». «Ciertamente no nos hallamos ante una donación *mortis causa* directa», pero sí indirecta, «in-

(60) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de sucesiones*, t. I, Madrid, 1982, p. 48.

(61) En su trabajo «Las donaciones *mortis causa* indirectas en el Derecho civil y en el mercantil», *A.A.M.N.*, t. V, pp. 798 y ss.

discutiblemente se trata de una disposición para después de la muerte del estipulante, hecha en acto *inter vivos* y verificada normalmente a título lucrativo para el beneficiario»; pero, sin aplicar con todo su rigor las consecuencias de la calificación de «donación *mortis causa*» en defensa del desarrollo del tipo de contrato (62).

b) *Jurisprudencia*

Tampoco la jurisprudencia ha cambiado el criterio originario, en la sentencia del T.S. de 1 de diciembre de 1987 (63) sobre indemnización por muerte, se declara que «la pretensión ejercitada no tiene por objeto un derecho que se hubiera previamente incorporado al patrimonio de la trabajadora fallecida, sino que, por el contrario, y como se desprende de lo dispuesto en los arts. 85 y 88 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, se trata de un derecho que surge, directamente y al margen de aquella sucesión, de la condición de beneficiario de la póliza...». Versando la mayoría de resoluciones a partir sobre todo de 1980 de otras cuestiones, como nulidad por declaración inexacta en cuanto al estado de salud del asegurado, aun existiendo buena fe, es decir al art. 89 de la L.C.S., o sobre el art. 93, riesgo de suicidio, que sobre la especial problemática del art. 88, ya pacífica en la doctrina jurisprudencial (64); teniendo siempre presente que «la póliza del seguro es la única base a la que deben atenerse los tribunales para resolver ciertas dudas o cuestiones surjan sobre la interpretación de lo estipulado en ella», «en el contrato de seguro el contrato de la póliza es la ley fundamental que regula las obligaciones contractuales de las partes y a ella hay que atenerse cuando se trata de examinar el alcance y cumplimiento de lo libremente convenido» (65).

IV. LA CONFIGURACION DEL TERCERO BENEFICIARIO

A. **Nombramiento: Instrumentos de designación**

Reconocido el derecho directo del tercero a la suma pactada, como titular de la prestación asegurada en el momento que se produzca el

(62) Sobre estas donaciones *vid.* ORTEGA PARDO, «Donaciones indirectas», *A.D.C.*, t. II, fasc. III, pp. 918 y ss.

(63) Ar. 8804. Social.

(64) Ejemplo de esto son las sentencias del T.S. de 29 de febrero de 1984 (Ar. 816), 9 de marzo de 1987 (Ar. 1362. Social), 12 de noviembre del mismo año (Ar. 8376), 10 de febrero de 1988 (Ar. 936), 15 de diciembre de 1989 (Ar. 8831), 22 de febrero de 1991 (Ar. 1608), 18 de mayo de 1993 (Ar. 3567).

(65) *Vid.* sentencias del T.S. de 17 de marzo de 1949 (Ar. 423) y 29 de febrero de 1984 (Ar. 816).

hecho causante de la misma, la actual regulación de los contratos de seguros, representada por la Ley de 8 de octubre de 1980, dedica, además, buena parte de sus preceptos dentro de la sección 2.^a del título III a su configuración legal, posición y designación del beneficiario.

El nombramiento de este beneficiario compete al *dominus negotii*, tomador del seguro, en este caso también asegurado (art. 84.1 L.C.S.), determinándose a quien pagará el asegurador la suma asegurada, aunque no exige la normativa ni previene que al menos sea conocido, por tanto, para exigir aquel primero su derecho bastaría la presentación del documento en el que se contiene tal estipulación, y de conformidad con el art. 1164 del C.c. «el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor».

El art. 84 de la L.C.S. completa su redacción refiriéndose a las formas de mención del beneficiario en el contrato, siendo la más usual la designación hecha en la propia *póliza*, documento que contiene la perfección del negocio, «y la que más favorece al asegurador desde la perspectiva de la seguridad en el cumplimiento» (66). Indicación que se hará refiriendo el nombre, apellidos o denominación social, si se tratase de una entidad jurídica, su domicilio, como todas aquellas indicaciones que sean precisas para que el reconocimiento del beneficiario sea exacto (*vid.* art. 8.1 L.C.S. cuyo último párr. advierte que «si el contrato de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la entidad aseguradora en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación se estará a lo dispuesto en la póliza...»).

La designación puede efectuarse en el momento de la suscripción de la póliza, como es posible que se realice en un momento posterior, mediante una simple declaración escrita comunicada al asegurador por cualquier medio que permita su efectivo conocimiento. *La ratio* de esta específica exigencia —justifica TIRADO SUÁREZ— «quizá se encuentre en los posibles conflictos latentes de intereses entre las partes contratantes y los terceros afectados negativamente por la designación del beneficiario, fundamentalmente los acreedores y herederos del estipulante, y a que la oralidad puede provocar más fácilmente situaciones conflictivas frente a la certeza del documento escrito rubricado por el estipulante. Sin embargo, un contrato de seguro de vida que permitiera la declaración oral para la designación de beneficiario sería válido, conforme al art. 2 de la L.C.S., ya que sería una cláusula más beneficiosa para el estipulante, ya sea tomador del seguro, ya sea asegurado» (67).

(66) Como reconoce TIRADO SUÁREZ, *Comentarios al Código de comercio y Legislación mercantil especial*, t. XXIV, vol. 3.^o, cit. p. 150.

(67) TIRADO SUÁREZ, *Comentarios al Código de comercio y Legislación mercantil especial*, cit. p. 152. *Vid.* también SÁNCHEZ CALERO, en el vol. 1.^o de esta misma obra, pp. 44 y ss.

La *fórmula testamentaria* es otro instrumento que, con acierto, recoge expresamente la Ley como medio de nombramiento de este tercero, sin que ello transforme la designación y el derecho del beneficiario en un acto de diversa naturaleza a la que se ha defendido (68). «Como medio de autorregular los propios intereses, no se puede impedir al testador utilizar el testamento para disponer de los que estime oportuno, con independencia de la naturaleza que posean» (69), toda vez que el testamento aun integrado básicamente por disposiciones de naturaleza patrimonial, «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos» (art. 667 C.c.), no se agota en ellas, teniendo plena eficacia y validez la disposición *mortis causa* que sólo contiene cláusulas en las que el contenido económico no aparece; supuesto que para el causante pueden gozar de igual trascendencia sus intereses inmediatamente económicos y aquéllos que no lo son, o aún mayor; por otra parte, deducir la ausencia de intención de testar de la falta de patrimonialidad en la disposición sería negar el fundamento último del Derecho de sucesiones (*vid.* art. 764 del C.c. primer inciso) (70).

(68) *Vid.* RIERA AISA, «El llamado derecho propio del beneficiario...», *cit.* p. 296, quien manifiesta que «no es justo sostener que por este simple hecho, el capital del seguro pasa al patrimonio del heredero, y de él al del beneficiario. Nada hay que abone esta doble transmisión, al menos que del propio testamento se deduzca lo contrario. Ha quedado, por tanto, aislado y sin más valor que el de simple recuerdo histórico aquella sentencia francesa (24 de octubre de 1902) que decía: “considerando que, si cuando el beneficio de un seguro se atribuye a un tercero designado por contrato, éste por su aceptación es acreedor de la prestación, y recoge la suma asegurada en virtud de un derecho propio ha de ser cosa distinta cuando el beneficio le viene, no de un contrato, sino de un testamento hecho por el estipulante. El derecho al capital asegurado, forma parte, entonces, del patrimonio del testador, hasta su muerte, y en este momento nace el derecho del beneficiario al indicado capital”. La designación en testamento no debe alterar la naturaleza del beneficiario». De igual modo DONATI, *Los seguros privados*, *cit.* p. 455, manifiesta que cualquier modo de designación, su naturaleza y efectos son siempre los mismos, cualquiera que sea el acto que lo contenga, la fuente siempre es única: el contrato de seguro. La designación del nombre es un acto en sí unilateral, también cuando se efectúa por testamento es un acto *inter vivos*. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, *cit.* pp. 66 y ss. y 72 y ss., también declara que la designación en testamento no asume la naturaleza del documento en que va inserta y que aun contenida en un acto unilateral es siempre contractual, en el sentido de que debe seguir la suerte del contrato de seguro (concluyendo que en consecuencia no debe sufrir las consecuencias de la ineficacia del testamento, a menos que ésta sea debida a nulidad por falta de voluntad del estipulante).

(69) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «Los límites de la autonomía privada en el testamento», A.C., 1987, p. 92.

(70) *Vid.* a este respecto BELTRÁN DE HEREDIA, «Reconocimiento de hijo natural en testamento», *R.D.P.*, 1965, pp. 193 y ss.; JORDANO BAREA, «Teoría general del testamento», *Estudios de Derecho público y privado*, I, Valladolid, 1965, pp. 437 y ss.; CICU, *El testamento*, trad. por Fairén Martínez, Madrid, 1959, pp. 10 y ss.; OSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1956, pp. 28 y ss.; BIONDO BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. por Fairén Martínez, Barcelona, 1960, p. 184, «cualquier voluntad del disponente, con tal de que fuera lícita, directa o indirecta, era productora de efectos jurídicos».

Por eso, la amplitud y flexibilidad que concede el precepto a la hora de dicho nombramiento y además mediante una plasmación expresa parece más que oportuno.

La afirmación de que en nada modifica la naturaleza del contrato de seguro, es un simple instrumento de designación y nombramiento de beneficiario, tiene importantes consecuencias en materia de incapacidades para suceder. Teniendo en cuenta exclusivamente esto un notario podría autorizar, si fuera el caso, el testamento donde se le hiciera atribución del beneficio del seguro, pues el art. 754 C.c. prohíbe disponer de todo o parte de su herencia a favor del notario que autorice su testamento y el capital asegurado no forma parte de su herencia; como un enfermo en trance de muerte podría revocar la cláusula beneficiaria y efectuar una nueva atribución a través de testamento en favor del sacerdote que recibiera su última confesión (art. 752 C.c.). Así resultaría de la interpretación literal y estricta de ambos preceptos, del carácter de instrumento de ejecución del contrato que tiene en este caso el testamento, es decir, medio para el nombramiento del beneficiario, como de la doctrina de la estipulación por tercero, la independencia del contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento y la suma asegurada del fenómeno sucesorio. Sin embargo, se cuestiona MARTÍNEZ DE LA FUENTE si en efecto los notarios autorizarían un testamento donde se les hiciera atribución del beneficio del seguro, como a nadié se le escapará la posibilidad de que ese precepto, el art. 752 C.c., tenga aplicación al caso (71).

La peculiaridad de esta circunstancia es que hasta la muerte del causante, en este caso tomador del seguro y asegurado, no sería conocida su voluntad, a no ser que de algún modo, comunicase esta intención, además, tanto al beneficiario como al asegurador, lo que en caso contrario podría dar lugar a problemas de seguridad en el pago por parte del asegurador.

Dicha cláusula testamentaria seguiría paralelo el destino del testamento, sería nula, entiendo, si lo es el testamento por falta de capacidad del disponente o por falta de solemnidad y requisitos previstos en la ley, a no ser que faltando algún requisito formal sirva como otro tipo de testamento del que se tenía propuesto, o anulable si su voluntad estuviera viciada, por haberlo otorgado con violencia, dolo o fraude (art. 673 C.c.), lo mismo si caduca el testamento, como prescribe, con carácter general, el art. 704 del C.c., o si se revocase el mismo, a no ser que se dejase, expresa o tácitamente, subsistente tal cláusula. No cuando lo sea una disposición testamentaria concreta (72) (73).

(71) MARTÍNEZ DE LA FUENTE, «La atribución del beneficio...», *cit.* pp. 291 y 292.

(72) No creo que sea ajena a las vicisitudes del testamento al que se ha incorporado por aplicación analógica del art. 741 C.c., pues como manifiesta O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Madrid, 1990, p. 180, refiriéndose a la designación de tutor por medio de testamento, a la cláusula tutelar, «el supuesto del art. 741 es excepcional y no cabe analogía ni interpretación extensiva», no se aprecia *eadem ratio* que permita la analogía, pues el fundamento de la excepción que contiene el art. 741 está en que ese reconocimiento crea un estado civil, y como cuestión de orden público está sustraída a la autonomía de la voluntad, no tiene carácter dispositivo.

(73) Por el contrario, manifiesta TIRADO SUÁREZ, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 153 y 154,

La designación hecha en testamento puede ser revocable, pues esencialmente revocable es el testamento y cualquier disposición testamentaria (*vid.* arts. 737 y ss. del C.c.), siendo el titular del derecho de crédito el último nombrado en su disposición de última voluntad; revocación y modificación que, por otra parte, es posible cualquiera que sea la forma e instrumento que se elija, que puede ser otra de los que enuncia el art. 84.2, como se desprende de su propia redacción, y ello sin necesidad de consentimiento del asegurador, como concede el art. 84 primer párrafo y como con mayor amplitud refiere el art. 87 de la L.C.S.

MODOS DE DESIGNACIÓN. REGLAS PARA SU DELIMITACIÓN EN CASO DE NOMBRAMIENTO GENÉRICO

Los designados de este modo pueden ser uno o varios, de forma nominal, *intuitu personae*, expresando el nombre, apellidos y condiciones del beneficiario, determinándole de modo indudable (*vid.* el derogado art. 419 del C. de c. y el actual art. 772 C.c. que se refiere a la institución de heredero, se nombrará por su nombre y apellidos «y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido» —primer párrafo—, o como si lo designare de modo que no pueda dudarse quien sea el instituido —párr. 2.^o—); el nombramiento también puede realizarse de forma genérica, con posibilidad de ser determinable en un momento posterior, existiendo en la disposición contractual elementos suficientes para poder determinarlo con posterioridad de cualquier modo; como puede dejarse la determinación al arbitrio de circunstancias futuras o se realiza mediante circunstancias indirectas. No es indispensable, como se ve, que el estipulante designe inmediatamente al beneficiario, reservándose este derecho hasta un momento ulterior, pero, entonces, la importante consecuencia es que el estipulante es el único acreedor, y el crédito pertenece a su patrimonio, respondiendo de sus deudas, al alcance de sus acreedores, como, en su caso, al de sus herederos; parte de cuyos inconvenientes, salvando las funciones y objetivos inherentes y esenciales a dichos contratos, pueden resolverse concediendo carácter retroactivo a la posterior o definitiva

pensando en un ejemplo concreto: en una declaración del seguro de vida contenida en un testamento ológrafo suscrito por el testador de su puño y letra, pero que adolece de la falta de fecha, el testamento no sería válido, dice, pero, la designación del beneficiario podría valer como declaración escrita, que ulteriormente sería llevada a conocimiento del asegurador.

DONATI, *Los seguros privados*, cit. p. 455, declara, como se ha hecho en el texto, que «el acto de designación debe tener todos los requisitos de validez que le son propios: así, la forma testamentaria no es válida si el acto no tiene todos los requisitos del testamento válido».

designación de beneficiario. De esta manera, es válida la mención de persona o personas tanto ciertas como futuras, sin que se exijan determinados requisitos de capacidad; como dice LACRUZ BERDEJO (74) si el beneficiario no interviene en el contrato no es preciso que sea capaz, la operación se ha practicado prescindiendo de su voluntad, no es preciso que exista en el momento de la celebración, nada influye su existencia actual (como cuando se nombra beneficiario del seguro de vida a favor de los hijos, no sólo se comprendería a los nacidos al hacerse la estipulación, sino también al *nasciturus*, como a los que tuviese con posterioridad en el momento de exigirse el beneficio o capital del seguro), pero al tiempo de recibir la prestación es necesario, con determinadas especialidades (menores e incapacitados), que se tenga capacidad para la adquisición de los derechos con los que se la atribuye.

La actual regulación de contratos de seguros de 1980 contiene, además, reglas específicas para la delimitación de los beneficiarios en caso de utilización por parte del tomador del seguro de expresiones genéricas o en ausencia de una determinación clara y precisa de la mención del tercero o terceros en favor de los cuales se estipula, reglas para la interpretación de la voluntad del estipulante cuando no se ha establecido una nominación clara de los titulares de la suma asegurada al vencimiento del contrato o fallecimiento del asegurado. Sustituyendo dichas normas el recurso a la aplicación analógica, en algún supuesto, de los preceptos sobre interpretación de los testamentos o de los contratos; teniéndose en cuenta, en todo caso, que tales disposiciones, en aras al principio de autonomía de la voluntad que inspira la teoría general de los contratos, tienen carácter supletorio de la voluntad expresa determinada o determinable del estipulante, pero dado el carácter imperativo de estos artículos a tenor de lo dispuesto en el art. 2 L.C.S. no son posibles interpretaciones contrarias del modo que establecen estos preceptos.

«En caso de designación genérica de los hijos de una persona como beneficiarios, se entenderán como hijos todos sus descendientes con derecho a herencia» (art. 85 primer párrafo de la L.C.S.). Con plena equiparación entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos (art. 39.2 de la Constitución y 108 del C.c.), a no ser que el estipulante limite el beneficio expresamente a los hijos habidos con una determinada persona, pero en este caso sería más que dudable la aplicación de este precepto, pues se utiliza una cierta especificación. La redacción extiende el beneficio a todos los hijos que tuvieran dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado, fórmula que incluiría a los concebidos y no nacidos, conforme a los arts. 29 y 30 del C.c., en relación con el art. 745 el C.c., pues el concebido se tiene por nacido a los efectos que le sean favorables.

(74) LACRUZ BERDEJO, *Elementos... cit.* p. 257.

Y si la designación se hiciese «en favor de los herederos del tomador, del asegurado o de otra persona, se considerarán como tales los que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado. Si la designación se hace en favor de los herederos sin mayor especificación, se considerarán como tales los del tomador del seguro que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado» (art. 85 L.C.S.). Expresión «herederos» que se refiere tanto a los testamentarios como a los legales (*vid.* art. 913 del C.c.), por lo que el Estado puede asumir tal cualidad (75); condición que habrá de demostrarse ante el asegurador, si de la voluntad del estipulante no se deduce opción por unos u otros. Insistiendo, como se ha dicho, que aunque el nombramiento se deduzca por vía hereditaria, el contrato sigue siendo *inter vivos* y opera su eficacia con independencia del mecanismo sucesorio, sin que pueda afirmarse, continuando con la naturaleza que aquí se ha defendido del contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento, que en este supuesto no se adquiriría un derecho propio sobre la base del contrato sino que llega al beneficiario en su cualidad de heredero, integrando, por tanto, el capital asegurado el as hereditario, porque esto sólo es una forma de nombramiento y delimitación del beneficiario en provecho del cual se estipula, condición de beneficiario que surge de la póliza al margen de aquella sucesión. En consecuencia, los herederos que sean beneficiarios conservarán dicha condición, de beneficiarios, a pesar de que renuncien a la herencia.

Aunque, se mantiene a ultranza la independencia del contrato de seguro de vida del acervo hereditario no sería irrelevante la desheredación testamentaria legítimamente fundada, ya que entonces la persona afectada perdería el carácter de beneficiario, éste ya no sería un heredero del causante, el estipulante-asegurado en el contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento; como ocurre con el incapaz o indigno para suceder.

«La designación del cónyuge como beneficiario atribuirá tal condición igualmente al que lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado» (inciso final del art. 85 L.C.S.). Por lo tanto, se trata de la persona con la que estaba unida en matrimonio válido, reconocido legalmente, sin reconocimiento de uniones o convivientes *more uxorio*. Ineficaz en el caso de premoriencia de éste, divorcio o nulidad del matrimonio, sin que en este caso, a tenor de lo dispuesto en este precepto, pueda aprovechar al cónyuge anterior, si lo hubiera, porque el precepto opta o da preferencia al cónyuge posterior o último, al que permaneciese al tiempo de fallecimiento del asegurado.

(75) *Vid.* DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La sucesión *abintestato* en favor del Estado», A.D.C., 1965, pp. 393 y ss. HIDALGO GARCÍA, *La sucesión por el Estado*, Barcelona, 1995.

Si fueren varios los beneficiarios «la prestación convenida se distribuirá, salvo estipulación en contrario, por partes iguales» (art. 86 primer inciso de la L.C.S.), que no será de aplicación en el caso de designaciones sucesivas o subsidiarias, para casos de muerte o repudiación del beneficiario o revocación por parte del estipulante, ni para el supuesto de nombramientos alternativos, sino, simplemente, cuando se designen cobeneficiarios conjunta y simultáneamente. Entregando el asegurador a cada cobeneficiario, salvo pacto en contrario, porque el estipulante haya adoptado otra medida de reparto, la parte que resulte de dividir la suma asegurada entre el número de beneficiarios en partes iguales. En el caso de renuncia por parte de alguno acrecerá a los demás, derecho de acrecer inusual cuando se trata de actos *inter vivos*, que operará si en estos supuestos el estipulante no ha previsto algo distinto o contrario para la vacante de uno de los beneficiarios (76).

«Cuando se haga en favor de los herederos, la distribución tendrá lugar en proporción a la cuota hereditaria, salvo pacto en contrario», de igual modo «la parte no adquirida por un beneficiario acrecerá a los demás» (art. 86 último inciso de la L.C.S.). Habida cuenta de la independencia de este contrato de seguro y la sucesión hereditaria, si el beneficiario-coheredero no aceptara la herencia en cuanto que no pierde su cualidad de beneficiario ¿en qué proporción recibiría el capital asegurado?, si el estipulante hubiese previsto una proporción determinada, distinta de la cuota hereditaria, a ella habría de atenerse el asegurador para el reparto, pero, entonces, no entraría en juego la previsión específica que contiene este precepto. A juicio de TIRADO SUÁREZ, que comenta tales disposiciones de la Ley del contrato del seguro, caben dos opciones: de una parte, la posible percepción de una cantidad equivalente a la que hubiera recibido si hubiera aceptado la herencia o de otra parte, equipararlo a aquel heredero que menor proporción hereditaria perciba sobre la base del art. 1289.1 del C.c.. Como este autor, entiendo que partiendo del principio de independencia del contrato de seguro frente a las reglas hereditarias no se debe empeorar la condición del beneficiario porque no haya aceptado la herencia, por lo que parece acertada la posición que otorga al beneficiario la misma participación en el seguro que tendría en la herencia si la hubiera aceptado, y si ninguno de los herederos acepta la herencia entrará en juego el principio igualitario contenido en el párrafo primero del precepto que se examina. Sin que se otorgue, tampoco, un trato diferenciado al cónyuge, cuando viene designado genéricamente con los restantes herederos, de manera que la distribución de la suma asegurada se va a realizar en la misma proporción que la prevista testamentariamente para el reparto del caudal hereditario, y, en su defecto, por las reglas de la sucesión intestada basadas en el principio de igualdad y de grado. Por consiguien-

(76) Vid. sobre estas cuestiones TIRADO SUÁREZ, *Comentarios...*, cit. pp. 180 y ss.

te, en el presente supuesto, concluye este autor que al cónyuge viudo le corresponde un derecho de usufructo de parte de la herencia, conforme a los arts. 834 y ss. del C.c., también tendrá un derecho de usufructo sobre la parte del capital asegurado, con independencia de la posibilidad de pago en metálico en determinadas circunstancias (77). Norma interpretativa, esta última, que en nada favorecería al esposo separado legalmente, porque el cónyuge que al morir su consorte se hallare separado no tendría derecho a recibir ninguna parte de la herencia (art. 834 del C.c. *a sensu contrario*), no siendo heredero no concurrirá en el reparto de la suma asegurada; por el contrario, si se hubiera expresado una mención genérica del mismo se consideraría beneficiario, puesto que la separación no rompe el vínculo matrimonial, a diferencia del divorcio o de la nulidad.

AUSENCIA DE DESIGNACIÓN DE BENEFICIARIO

Hasta aquí, ninguno de estos supuestos modifica el derecho del destinatario de la prestación destruyendo la tesis sostenida del derecho directo del beneficiario. La forma de designación no tiene otra trascendencia que la de establecer un procedimiento especial para identificar al tercero en provecho del cual se estipula, sin que cualquiera de éstos altere su posición jurídica. Sin embargo el último inciso del art. 84 de la L.C.S. prescribe que «si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación el capital formará parte del patrimonio del tomador». Circunstancia que puede obedecer a diferentes causas, como a la no simple designación de ningún beneficiario, muerte prematura del beneficiario o del estipulante antes de formalizar la atribución, conmorriencia de estipulante y beneficiario, o ineficacia del nombramiento hecho.

La verdad, es que como dice MARTÍN BERNAL, «carece de sentido, al menos práctico, una indeterminación inicial y final del tercero, en un instituto en el que precisamente se trata de favorecer al mismo con una prestación, () ya que la indeterminación supondría de forma indirecta escapar a la estipulación a favor del mismo. Es quizá por ese motivo por el que la jurisprudencia y algunas leyes de seguros tratan de inspirarse con un criterio amplísimo a la hora de caracterizar al tercero para que la prestación o el crédito le aproveche y entre en su patrimonio y no se desvirtúe la figura de la estipulación a favor de tercero» (78). Cuando ni siquiera esto sea posible sería oportuno,

(77) TIRADO SUÁREZ, *Comentarios...*, cit. pp. 184 y 185.

(78) MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, cit. p. 186.

expone TORNE ALERANY, presumir «que el que contrató obró en interés de sus herederos; y en cuanto a las facultades que han de reconocerse a los acreedores, se considera, por regla general, el capital del seguro en idénticas condiciones que los bienes que constituyen la herencia del deudor» (79).

Por su parte, MARTINEZ DE LA FUENTE (80), manifiesta que la decisión de su resolución por las normas de la sucesión en caso de vacante de beneficiario tiene su fundamento en que si no hay beneficiario no existe la estipulación por tercero, existe la presunción de que quien estipula se supone que lo hace por sí o por sus herederos y causahabientes (81).

Igual destino que lo previsto en el último párrafo del art. 84 L.C.S. supone la designación como beneficiaria a la propia herencia. En este caso el derecho directo del tercero tampoco aparece, «toda vez que de esta forma de designación se desprende que la voluntad del estipulante ha sido que el capital del seguro integre el caudal relicto, y, por tanto, al percibirlo en su día el heredero, no lo recibirá a título de beneficiario con derecho directo» (82).

B. Sobre el derecho que adquiere el tercero beneficiario

Excepción hecha de este supuesto anteriormente presentado, la especialidad de la figura, como se ha visto, reside en la atribución a un tercero de un derecho propio, que adquiere directamente por la celebración del contrato de seguro de vida y la facultad para exigir en su propio nombre el cumplimiento de lo pactado a su favor, y todo ello se consigue sin que el tercero forme parte del contrato del que deriva su derecho. Pero, en cuanto que el art. 87 de la L.C.S. admite la revocación de la designación de beneficiario ¿cuál es la naturaleza del derecho que adquiere este tercero?, el precepto postula que «el tomador del

(79) TORNE ALERANY, «Seguro de vida...», *cit.* p. 525.

(80) MARTÍNEZ DE LA FUENTE, «La atribución del beneficio...», *cit.* pp. 296 y 297.

(81) *Vid.* también CALVO SORIANO, «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», *cit.* pp. 380 y 381, «en definitiva en cualquiera de los casos en que no tuviera efectividad la adquisición del tercero, también por su renuncia, como simplemente por su no designación, el capital del seguro pasa a la herencia del asegurado o estipulante, pero los herederos de éste no reciben el mismo como terceros beneficiarios, sino que al desaparecer el presupuesto triangular de la estipulación a favor de tercero se impone ese resultado por pura causalidad económica para mantener la equidad y evitar el enriquecimiento torticero que se provocaría en caso de retener el asegurador ese capital o ser aprovechado por los herederos del designado, contra la presumible voluntad del suscriptor de la póliza a costa de cuyo patrimonio se sostuvo el seguro».

(82) «Esto en líneas generales, porque, naturalmente, habrá que tener presente en cada momento las circunstancias del caso» dice RIERA AISA, «El llamado derecho propio del beneficiario...», *cit.* p. 298.

seguro puede revocar la designación del beneficiario en cualquier momento, mientras no haya renunciado expresamente y por escrito a tal facultad. La revocación deberá hacerse en la misma forma establecida para la designación. El tomador perderá los derechos de rescate, anticipo, reducción y pignoración de la póliza si renuncia a la facultad de revocación». Según tal declaración ¿cuál es el momento en que nace el derecho de este tercero?, ¿nace al perfeccionarse el contrato que contiene la estipulación?, ¿cuándo es necesaria la aceptación del beneficiario? ¿qué valor tiene la misma?, la respuesta será distinta según la naturaleza jurídica que se atribuya a dicho contrato.

DE BUEN analizando las diversas teorías que intentan explicar el proceso jurídico que en la estipulación en provecho de tercero produce el derecho de beneficiario manifiesta, sobre la naturaleza del acto del tercero que declara querer aprovechar el resultado de la estipulación, que si se admite la teoría de la oferta hecha por el promitente o por el estipulante, la declaración de voluntad de este tercero es una aceptación; si se admite la teoría de la gestión de negocios, es una ratificación; y admitiendo la teoría de la creación directa, lo que hace el tercero —dice— es reconocer la existencia de un derecho a su favor. «Algunos autores alemanes emplean las palabras «acto de apropiación», pero en realidad la apropiación es anterior a tal acto; el tercero no se apropia: confirma o reconoce su adquisición en los términos que se le haya concedido» (83).

Ya han quedado descartadas para determinar la naturaleza jurídica de este contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento las dos primeras teorías, pero se puede aprovechar para insistir en su invalidez desde otro punto de vista, pues como explican COLIN Y CAPITANT, para la primera resultaría que el derecho de crédito del tercero contra el promitente no nacería hasta el momento en que aceptase la oferta del estipulante. Si, por lo tanto, el estipulante muriese antes de la aceptación, ésta no sería ya posible, pues según la doctrina clásica, la oferta desaparece con su autor. De tal modo que el derecho de crédito pertenece al estipulante hasta el día de la aceptación del tercero, si hasta entonces forma parte de su patrimonio, sus acreedores pueden embargarlo para cobrar sus créditos, efecto contrario al que se busca con dicho contrato que es procurar recursos a los beneficiarios designados por él. Defendiéndose la teoría de la gestión de negocios, «el estipulante realiza con su estipulación una gestión de negocios en provecho del tercero beneficiario», la aceptación del beneficiario constituye una ratificación que transforma la operación —dice— en mandato *ratihabitio mandato aequiparatur*, por consiguiente, el tercero beneficiario se reputa que

(83) DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», *cit.* pp. 216 y 217.

ha contratado por sí igual con su deudor, lo que explica que su derecho se considere nacido el día de la estipulación (84).

Como se ha defendido que se incluye en la estipulación en favor de tercero, podría traerse a estas líneas lo que sobre estas cuestiones dispone para los contratos en favor de tercero, el art. 1257.2 del C.c.: «si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada». Ello no supone que la aceptación del tercero forme parte integrante del contrato y que constituya el requisito de perfección del mismo, de tal manera que se convierta en plurilateral. Ni dicho precepto tampoco considera la aceptación del beneficiario como *conditio iuris* de la adquisición por éste de su derecho (85). «Lo esencial del instituto —aclara LACRUZ BERDEJO— según parece desprenderse de la voluntad de las partes, es que la promesa al beneficiario produce efectos antes de aceptarla éste: el derecho a la prestación del promitente compete inmediatamente a dicho beneficiario, sin pasar por el patrimonio del estipulante (el cual ha contratado una prestación para otro y no para él) y, por tanto, antes de la aceptación: en realidad el art. 1257 —dice— ni trata de ella, ni mucho menos, la convierte en una *conditio iuris* de la adquisición del derecho por el beneficiario, limitándose el precepto a precisar la eficacia de la puesta en conocimiento de la aceptación, hecha por aquél, en orden a impedir la revocación del beneficio» (86).

Pensando, en particular, en el contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento, en su caso, la aceptación del beneficiario será posterior al vencimiento de la obligación del asegurador, que coincide con la muerte del asegurado. Si se concediese valor a la emitida con anterioridad se negaría el derecho de disposición sobre el contrato que tiene el contratante del seguro y le privaría de la facultad de modificar a su arbitrio la dirección del beneficiario, circunstancia que en ningún modo sería compatible con la finalidad y configuración que tiene dicho contrato, como han hecho saber COLIN Y CAPITANT no hay que olvidar que la obligación del promitente nace del contrato celebrado entre éste y el estipulante y que es este contrato el que determina su naturaleza y validez, a éste se debe que la voluntad del estipulante ejerza influencia sobre el derecho del tercero, por esta razón el estipulante puede por su sola voluntad revocar el derecho y atribuirse el beneficio o transportarlo a otro, y por esta misma razón también «el promitente podría oponer a la persecución del tercero beneficiario todos los medios de defensa procedentes del contrato, por ejemplo, las causas de

(84) COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, *cit.* pp. 653 y 654.

(85) Declara Díez-PICAZO, *Comentarios al Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 436.

(86) LACRUZ BERDEJO, *Elementos... cit.* p. 257.

nulidad de dicho contrato, la falta de cumplimiento de la obligación aceptada a su vez por el estipulante, sobre todo, en los seguros sobre la vida, la falta de pago de las primas» (87). Cuando acontece la condición bajo la que se hubiese constituido el seguro, o, mejor, al momento de su vencimiento, que en este caso coincide con la muerte del asegurado aparecen con toda claridad los efectos de la estipulación a favor de tercero (88), pudiendo éste, demostrando su cualidad, exigir de la compañía aseguradora el cumplimiento del contrato, declarando que quiere aprovecharse de la estipulación; su derecho de crédito, condicionado por las facultades del estipulante, nace directamente en el mismo momento en que el promitente se obliga y por el solo hecho de su promesa, haciéndose efectivo, en todo caso, al tiempo del fallecimiento del asegurado, pues así se ha determinado en el contrato por voluntad del promitente y estipulante (89). La expresión utilizada, muy intencionada, «haciéndose efectivo al tiempo de fallecimiento de asegurado», permite mantener la afirmación precedente de la no transmisión a sus herederos de su derecho de crédito en el caso de premoriencia sobre el asegurado, cuando, además, el estipulante designa *intuitu personae*, otorga a la persona concreta a la que quiere favorecer, por lo que no hay por que presumir que en este caso desearía que el beneficio pasase a los herederos de aquél, a no ser que así lo estipulase expresamente, en cuyo caso se trataría de un nombramiento subsidiario (90).

Respetando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el art. 1255 C.c. en sede de teoría general de los contratos, y en concreto la configuración y finalidad propia de este tipo de contratos, sin afectar a la consideración del derecho directo del tercero sobre el capital asegurado, se organiza la designación y modificación de la ya realizada por el estipulante como una declaración unilateral, siendo irrelevante la intervención del asegurador como la aceptación del beneficiario.

(87) COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, cit. p. 655.

(88) Como manifiesta MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, cit. p. 360.

(89) Puede verse la opinión de VALLET DE GOYTISOLO, en «La donación...», cit. pp. 812 y ss.

(90) De forma distinta argumenta y entiende para este caso VALLET DE GOYTISOLO, «La donación...», cit. pp. 823 y 824, «cabe plantear, si en el caso de que el beneficiario, a pesar de sobrevivir el asegurado, fallece antes de aceptar el seguro estipulado a su favor, transmite algún derecho a sus herederos. Para resolverlo, hay que partir de que, una vez fallecido el asegurado, el derecho destinado a aquél ya está creado, aunque transitoriamente tenga su sujeto incierto, pendiente de la aceptación del beneficiario. Por eso, no nos resulta violento pretender que dicha facultad del beneficiario de incorporar el derecho ya creado a su patrimonio, sea transmisible a los herederos del mismo. Es más, arguyendo el carácter de donación *mortis causa* de la relación entre el beneficiario y el estipulante, podríamos añadir como argumento, a través de la llamada del art. 620 a las reglas de la sucesión testamentaria, el refuerzo positivo de la aplicación al caso en cuestión del art. 1006 y especialmente del 881, ambos del Código civil».

El art. 87 de la L.C.S. insiste en la línea trazada por el art. 84 párr. 1.º, advirtiendo que la revocación, en todo caso, se realizará en la misma forma establecida para la designación. La revocación podría ser total o parcial, en este último caso cuando se reduce el beneficio patrimonial al cambiar las proporciones o al concurrir con más beneficiarios, como podría únicamente destituirle sin nombrar un nuevo beneficiario, todo ello sin necesidad de manifestar paralelamente una causa justificada. Validez y eficacia de la declaración de voluntad en que consiste la revocación que no exige ni la comunicación al asegurador ni la comunicación al beneficiario anterior ni del nuevo en su caso, eso sí, precisa que la nueva designación se haga del mismo modo a través de cualquiera de los medios admitidos para ello: en un suplemento de póliza, mediante una simple declaración escrita al asegurador, o en testamento ..., sin que la desafortunada redacción del párr. 1.º del art. 87 L.C.S. implique que la revocación se efectúe necesariamente por el mismo medio que se hizo aquella primera designación (91), por lo tanto, puede hacerse de cualquier forma y en cualquier tiempo. Aunque, en cualquier caso aconsejable sería su conocimiento por parte del asegurador, para impedir un doble pago, y del tercero beneficiario, para que cuando se produzca el siniestro tome la iniciativa de comunicárselo a aquél en orden a la reclamación del capital asegurado.

El derecho de revocación que se reconoce al estipulante es además un derecho personalísimo, como se desprende de la regulación legal; sólo a éste compete su modificación, siendo el único en determinar si conviene o desea continuar con su primera declaración de voluntad. No compete ni a acreedores, ni mucho menos a sus herederos, que estarían interesados frecuentemente en revocar la estipulación para aprovecharla personalmente, ni tampoco en caso de fallecimiento del estipulante, pues ésta determina el momento en que el beneficiario adquiere el derecho a reclamar del asegurador la suma asegurada, este especial destino está determinado por un interés de afección que delimita el tomador del seguro, es él quien estipula, interés que podría no coincidir con el que tuviesen los herederos o acreedores (92).

Efectuada la revocación, como explican COLIN y CAPITANT (93),

(91) Ahora bien, como repara TIRADO SUÁREZ, *Comentarios ...*, cit. p. 196, si la designación se ha hecho en testamento la revocación debe hacerse también por testamento, siendo inoperantes las declaraciones escritas de revocación realizadas al asegurador, aunque sean de fecha posterior al otorgamiento testamentario, dado que el mismo carece de eficacia hasta el momento del fallecimiento del causante.

(92) DONATI, *Los seguros privados*, cit. p. 457, no corresponde a los herederos porque no pueden disponer después de la muerte del *de cuius* de un derecho que no está en el patrimonio transmitido *iure hereditario*, porque desde aquel momento ha sido adquirido directamente por el tercero.

(93) COLIN Y CAPITANT, *Curso...*, cit. p. 658.

«el derecho del beneficiario primeramente se borra y es transportado, ya al estipulante (si no se hace nueva mención y así permanece hasta la muerte del estipulante) (*vid.* art. 84 párr. 3.^o de la L.C.S.) o ya al nuevo beneficiario. Y en este último caso debe considerarse que ha adquirido desde el principio un derecho personal y directo contra el promitente, como si hubiese sido designado primero en el contrato. Esta solución —la única conforme a las intenciones de los contratantes— encuentra su aplicación más ordinaria en materia de seguros sobre la vida».

Además, el estipulante podría anular la obtención de la suma asegurada por parte del beneficiario ejercitando, como alude el art. 87 párr. 2.^o, los derechos de rescate, reducción y pignoración de la póliza; esto como aquello, claro está, siempre que no hubiese renunciado a la facultad de revocación hecha expresamente y por escrito.

La principal obligación del tomador del seguro es el pago de las primas acordadas, prima que puede ser única, pagada de una sola vez, o periódica, de forma fraccionada por períodos de tiempo,...; su cuantía depende de las tarifas aprobadas por la Administración pública, y es que el Estado, en garantía de los intereses de los aseguradores y el asegurador, no puede abandonar la vigilancia y reglamentación precisa del ejercicio de este comercio (94). Cuyo incumplimiento produce, a tenor del art. 15 de la L.C.S., la suspensión de la cobertura y si transcurren más de seis meses la caducidad del vínculo contractual (95). Y el art. 95 L.C.S. permite, si hay falta de pago, la reducción de la suma asegurada una vez satisfechas dos anualidades de primas o el período inferior fijado convencionalmente, «una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo segundo del art. 15 sobre falta de pago de la prima. A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza (párr. 1.^o). La reducción del seguro se producirá igualmente cuando lo solicite el tomador, una vez transcurrido aquel plazo» (2.^o párr.). En todo caso, declara el párr. 3.^o que «el tomador tiene derecho a la rehabilitación de la póliza, en cualquier momento, an-

(94) «Ordinariamente, el importe de las primas se calcula en los seguros según la probabilidad en la producción del siniestro. Precisamente, por ello, la prima pagada en los seguros de vida para caso de fallecimiento deberían crecer progresivamente conforme aumenta la edad del asegurado, haciéndose cada vez más gravosa para éste. Para evitarlo se calcula y se paga inicialmente una prima superior, con cuyos excesos se integra una reserva (reserva matemática), a cuyo cargo se cubren los defectos de percepción de los últimos años, en los que por aumentar la probabilidad del siniestro deberían incrementarse las primas. La existencia de esta reserva determina el posible rescate o reducción de la póliza», dice BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, cit. p. 581.

(95) TIRADO SUÁREZ, *Comentarios...*, cit. pp. 199 y 200, defiende la posibilidad de que el pago lo asume el propio beneficiario.

tes del fallecimiento del asegurado, debiendo cumplir para ello las condiciones establecidas en la póliza»; aunque en este caso más que una revocación tácita del beneficio del tercero en provecho del cual se estipula sólo habría una disminución de la suma que recibiría en su día. Tampoco supondría, a juicio de TIRADO SUAREZ (96), el fin del contrato el anticipo de la suma asegurada, no es una prestación que ponga fin al contrato porque el anticipo —dice— puede ser devuelto por el estipulante e incluso por el beneficiario (*vid.* art. 1158 C.c.), en concreto el art. 97 L.C.S. dice que «el asegurador deberá conceder al tomador anticipos sobre la prestación asegurada, conforme a las condiciones fijadas en la póliza, una vez pagadas las anualidades a que se refiere el artículo anterior».

También se reconoce al estipulante la posibilidad de rescate de la póliza, liquidándose el contrato de seguro de vida mediante el pago por parte del asegurador del valor de «rescate» previsto en la póliza; el art. 96 L.C.S. así prescribe que «el tomador que haya pagado las dos primeras anualidades de la prima a la que corresponda el pago inferior previsto en la póliza podrá ejercitar el derecho de rescate mediante la oportuna solicitud (por lo tanto, se trata de una rescisión unilateral por parte del estipulante), conforme a las tablas de valores fijadas en la póliza» (97).

El art. 99 de la L.C.S. desarrolla la facultad que tiene el estipulante para constituir una garantía real sobre la prestación asegurada en orden al cumplimiento de una concreta obligación, en cuanto dispone que «el tomador podrá, en cualquier momento, ceder o pignorar la póliza, siempre que no haya sido designado beneficiario con carácter irrevocable. La cesión o pignoración de la póliza implica la revocación del beneficiario. Si la póliza se emite a la orden, la cesión o pignoración se realizará mediante endoso. El tomador deberá comunicar (dice el último párrafo) por escrito fehaciente al asegurador la cesión o pignoración realizada». En este caso, aclara TIRADO SUAREZ que «aunque la prenda de la póliza no supone la extinción del contrato de seguro, sino su afectación a una finalidad distinta, el párr. 1.º, *in fine* (del art. 87), proclama que la pignoración de la póliza implica la revocación del beneficiario. La *ratio* de la norma (es) evitar la inseguridad jurídica de una doble designación de beneficiario al mismo tiempo, el beneficiario

(96) *Ibidem*, p. 201 y pp. 373 y ss.

(97) Si la muerte del estipulante y asegurado sobreviene entre la falta de pago de alguna prima y alguna de estas consecuencias previstas legalmente, como la reducción, suspensión de cobertura, resolución del vínculo, ..., habrá que plantearse, en orden al cumplimiento de aquéllas, la responsabilidad de los herederos, considerándose deudas del causante (*vid.* arts. 1082 y ss. del C.c.). Al respecto, sobre el tema *vid.* PEÑA B. DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, Madrid, 1967; ALBALADEJO GARCÍA, «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición», *A.D.C.*, 1967, pp. 479 y ss.; MARÍN G.² DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

originario y el acreedor pignoraticio. Así, pues, —concluye— el beneficiario que quiera permanecer en plenitud de expectativas sólo le resta satisfacer la deuda garantizada antes de la formalización de la prenda» (98); de tal modo que cumplida la obligación y dejada sin efecto la constitución de la prenda el estipulante si quisiera de nuevo contratar en favor de aquel tercero deberá de nuevo hacerlo constar así, en cuanto que el legislador supuso la revocación del mismo (99).

V. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DEL BENEFICIARIO EN LA HERENCIA

a) *Consideraciones generales*

CONDOMINES VALLS desde hace tiempo se cuestionó si en nuestro Derecho y en nuestras costumbres existirían formas nuevas de suceder que impusieran una revisión de la clasificación del art. 658 del C.c. o si por el contrario debería seguirse aceptando en su simplicidad. Precisamente, es en el propio Código civil —dice— donde se encuentra una notable suma de excepciones al principio que se quiere presentar como general o fundamental, señalando, en particular, como forma cada vez más extendida de sucesión paccionada el contrato de seguro: «el contrato de seguro es una de las manifestaciones más claras e ingeniosas —opina— con que los interesados buscan por vericuetos y atajos lo que no les está permitido hallar por un camino anchuroso y directo. Es decir: tratan de pactar, de una forma velada y semiclandestina, la sucesión de sus bienes, cuando la ley lo prohíbe. (Entre la diversidad de tipos de seguro sobre la vida) la fórmula más frecuente con que se encubre la sucesión contractual consiste en la designación de un beneficiario. Si el seguro, o mejor dicho, la prima periódica que por él se paga es calculada de tal manera que llega a absorber por completo la capacidad de ahorro del contratante, es evidente que éste, al designar beneficiario, pacta sobre su sucesión en el patrimonio total que va construyendo con el pago de las primas. Todavía se llega a más, puesto que para evitar la sujeción a las elevadísimas tarifas del impuesto de derechos reales para la sucesión entre extraños o determinadas categorías de parientes, se invierten los términos poniendo como contratante a la persona que se desea beneficiar, con lo cual ésta percibe el seguro por acto que no exige liquidación del impuesto... La protección a los beneficiarios del seguro es de tal naturaleza que el art. 428 del C. de c.

(98) TIRADO SUÁREZ, *Comentarios...*, cit. p. 201.

(99) Sobre reducción, rescate, anticipos, póliza como garantía o seguro con participación en los beneficios, vid. DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, cit. pp. 395 y ss.

(hoy derogado sustituido por el art 88 de la L.C.S.) preceptúa que las cantidades son propiedad del asegurado, aun contra la reclamación de los herederos legítimos; y la jurisprudencia, a vuelta de ciertas vacilaciones, consagra este derecho que califica como inatacable e indiscutible. No hay necesidad de advertir que con él quedan burladas las limitaciones que a la facultad de disponer por causa de muerte oponen nuestras leyes vigentes... (Concluyendo que debe contestarse negativamente a la pregunta planteada de si debe mantenerse o no en la ley y en la ciencia la actual clasificación de las fuentes sucesorias)...las nuevas formas de convivencia social rompen los moldes anacrónicos y sitúan la cuestión en el campo de la sucesión pactada, esto es, de la manifestación de voluntad del interesado en actos de convención que implican la bilateralidad al margen de la fuente primaria y máxima de los derechos, que era el testamento» (100).

Teniendo en cuenta lo que se ha defendido hasta aquí ni siquiera esta construcción es una forma de recordar que históricamente las disposiciones por causa de muerte nacieron de disposiciones entre vivos; el antiguo testamento romano consistía originariamente en que el causante transmitía su patrimonio a un fiduciario, el *familiae emptor*, y al propio tiempo le instruía sobre lo que debía hacer con él después de su muerte (101). «Pero tiempo ha que se han constituido —manifiesta en el Derecho alemán KIPP— las formas de disposición específicamente sucesorias y la ordenanza sucesoria que para ellas rige. (Aunque) también en el Derecho moderno existe técnicamente la posibilidad de obtener mediante negocios jurídicos *inter vivos* efectos muy próximos a los de las disposiciones por causa de muerte». Entre las formas típicas que parecen llegar a una reversión a las más antiguas y primitivas etapas de la evolución del Derecho al lado de los negocios sucesorios tan cuidadosamente elaborados, y que ha sido objeto de una viva discusión en el Derecho civil alemán, sitúa los actos en favor de tercero. En estos casos, se hacen atribuciones por causa de muerte que implican un sacrificio propio del atribuyente, sin observar las formas del Derecho sucesorio; además, si las atribuciones por causa de muerte se disfrazan de negocios jurídicos entre vivos la ordenación de rango, tan precisa en el ámbito de sucesiones, respecto a los derechohabientes en relación con acreedores y legitimarios, queda puesta en peligro. Si tales negocios —continúa este autor— se consideran como donaciones, queda menguada la protección del acreedor privilegiado; si son concebidos de forma que los objetos atribuidos no son contados en absoluto como

(100) CONDOMINES VALLS, «Formas nuevas de sucesión en la vida moderna», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Barcelona, 1946, pp. 129 y ss.

(101) Vid. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milano, 1963; BIONDO BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, TORRENT, *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966; AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, Firenze, 1966.

pertenecientes al caudal relicto (así en especial el contrato a favor de tercero) quedan totalmente sustraídos a la acción de los acreedores del caudal relicto y de los legitimarios. También tales negocios ponen en peligro la sucesión unitaria, tal y como viene impuesta en nuestro Derecho por el principio de la sucesión universal, y favorecen la formación de una sucesión disgregada en partes singulares del caudal relicto. A su juicio no existe motivo para que el ahorro en forma de seguro de vida deba tener, frente a otras formas de ahorro, el privilegio de estar a cubierto de los acreedores, y menos todavía al sostener la doctrina dominante que dicho privilegio debe también darse cuando el beneficiario en virtud del contrato de seguro no es pariente próximo del asegurado, por consiguiente, la pretensión a la suma asegurada que surge en favor del favorecido, y al ser pagada, la suma misma, debe ser tratada como parte integrante del caudal relicto (102) (103).

Sin embargo, aunque se impongan dichos contratos por la realidad y necesidades prácticas, como es estimable su función económica-financiera y social que ampara hasta estos límites el principio de la autonomía de la voluntad, no se desconocen derechos e intereses de terceros y se impide todo abuso que perjudique a los mismos, evitándose aquellos peligros que ponen de relieve estos autores; en concreto, el art. 88 de la L.C.S., después de aludir al derecho directo del beneficiario aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro, no obstante, unos y otros —declara— podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos y «cuando el tomador del seguro sea declarado en concurso o quiebra, los órganos de representación de los acreedores podrán exigir al asegurador la reducción del seguro» (2.º inciso).

Como el beneficiario —explica LACRUZ BERDEJO— adquiere el derecho a la prestación directamente del promitente, sin mediación del patrimonio del estipulante y desde el día del contrato, el derecho a la prestación, en cuanto tal, se halla a salvo de la agresión de los acreedores y legitimarios del estipulante, que no pueden alegar derechos sobre el capital del seguro de vida, ahora, sí será impugnabile, en su caso, en cuanto lesiva a los derechos de unos y otros, la atribución del estipulante al promitente, en la cuantía que tenga la misma, y no en la prestación del promitente al tercero, considerándose el importe de las primas pagadas a la compañía aseguradora, y no el capital asegurado a

(102) KIPP, *Derecho de sucesiones*, vol. 1.º, 2.ª ed., trad. de la 11.ª ed. de H. Coing, estudios de comparación y adaptación a la legislación española por Roca Sastre, 2.ª ed. a cargo de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1976, pp. 701 y ss.

(103) Ya se ha visto la diversa naturaleza y postulados que se defienden en este trabajo.

favor del beneficiario, el capital pertenecerá siempre al beneficiario con independencia de la sucesión (104).

En este sentido manifiesta DONATI que este contrato «nace de un conflicto de intereses y de ahí sus límites: por una parte el interés del beneficiario de que su derecho quede eximido de las pretensiones de los acreedores del estipulante y, dentro de ciertos límites, de las de los herederos; por otra parte, el interés opuesto de los acreedores del estipulante de que ninguna parte del patrimonio de éste desaparezca para la satisfacción de sus créditos y el de los herederos de que una parte importante no desaparezca del haber hereditario. Entre las dos opuestas tendencias, el derecho objetivo, al objeto de dar impulso al espíritu de previsión, ha dado preferencia a la primera, reconociendo plena validez a las estipulaciones a favor de tercero y al beneficiario un derecho autónomo, con determinadas cautelas a favor de los acreedores y de los herederos» (105) (106). Más que una defensa a ultranza de una u otra posición, el problema requeriría la armonización de los derechos en presencia, atendiendo a la función y naturaleza de cada una de estas instituciones.

Siendo relevantes a estos efectos, sobre posibles reclamaciones de legitimarios o herederos forzosos, la causa de la relación entre el tercero y el estipulante; la denominada relación de valuta, que actúa como razón de la atribución patrimonial que el tercero recibe, puede responder a diversas causas: *causa solvendi*, por la que el estipulante pagaría una deuda al tercero mediante la atribución de la prestación del promitente; *causa credendi*: en virtud de la cual la cantidad percibida por el tercero es un préstamo que le hace el estipulante; o *causa donandi*: mediante cuyo contrato el estipulante quiere hacer una liberalidad al tercero. La atribución patrimonial que recibe el beneficiario por este medio deberá ser gratuita, si existiese una causa onerosa las prescripciones del art. 88 *in fine* no entrarían en juego, pensando en los legitimarios, puesto que el patrimonio del estipulante habría perdido de una u otra forma dicha contraprestación, es decir, de igual modo se vería disminuido su caudal patrimonial en la determinada cuantía. Los desplazamientos patrimoniales a título oneroso nada tienen que ver con la herencia, pero si son a título gratuito dichas disposiciones sí que dejan un rastro en ella.

(104) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit. p. 261.

(105) DONATI, *Los seguros privados*, cit. pp. 454 y 455.

(106) Precisar, además, en estos momentos, como se podría haber hecho antes, que no es objeto de este estudio todos los factores que puedan incidir sobre dichos contratos, aunque interesante sea la cuestión del conflicto de intereses de acreedores frente a la intangibilidad del capital asegurado o su ejecución sobre las primas del seguro. La finalidad del objeto propuesto impone una especialización, centrándonos sólo en los aspectos relacionados con los herederos, legitimarios y la herencia.

Si no se expresa la causa hay que presumir *prima facie* que la relación jurídica que no la expresa ¿la tiene onerosa o bien lucrativa?, en principio, el art. 1277 del C.c. manifiesta que «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario»; si no es conocida la contraprestación de aquella disposición directa o indirecta, la defensa «de los sagrados intereses —manifiesta VALLET DE GOYTISOLO—, de la mujer casada», y por lo que aquí interesa, de los legitimarios y la represión del fraude civil inclina a considerar que se ha verificado *animus donandi* (107), y mucho más —añade— «si tratándose de indagar la relación causal entre el estipulante y el tercero se observa que el derecho que se concede a éste no es un derecho actual, sino sólo en potencia, para el futuro y fuera del alcance de su voluntad, supeditado a un hecho puramente objetivo, como la muerte del estipulante, y entre tanto, pendiente del arrepentimiento del mismo»; en todo caso, el que pretenda que la causa sea la que alega deberá demostrarlo (108).

La estipulación a favor de tercero es una operación bilateral en su formación y trilateral en sus efectos, encierra dos actos de disposición cada cual con su título o fundamento jurídico correspondiente, relaciones que tienen trascendencia para resolver diversos conflictos de intereses, destacando los originados con los legitimarios. Entre el estipulante y el promitente la relación se establece a título oneroso, lo que no prejuzga la causa por la que el estipulante desea desviar la prestación al tercero; la promesa de la prestación en favor del beneficiario a cargo del promitente se ha convenido a título oneroso, prometiéndose la prestación a cambio de una contraprestación a cargo del estipulante consistente en el pago de las primas acordadas. La relación entre el estipulante y el beneficiario, que es irrelevante para el promitente, actúa como causa de la atribución que el tercero recibe, la razón por la que el estipulante desea que la prestación del promitente se realice en favor o en provecho del tercero, determinándose las consecuencias que el negocio produce entre ambas partes, estipulante y beneficiario (109). Normalmente, a través de este contrato de seguro, el interés del estipulante se cifra o busca una liberalidad en provecho del tercero por él designado, se propone únicamente beneficiar al tercero, proporcionándole la operación una ventaja gratuita, aunque no es raro que el seguro de vida

(107) VALLET DE GOYTISOLO, «La donación *mortis causa* en el Código civil español...», *cit.* pp. 807 y 808 y 814 y 815.

(108) Ahora, también podría pensarse que la causa de la relación entre asegurado y beneficiario está fuera del contrato en virtud del cual el capital asegurado es atribuido al beneficiario mismo, y puede ser *causa solvendi* o *credendi* mientras que el contrato es indudablemente un contrato a título oneroso.

(109) Si la causa no existiese, añade PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.^o Barcelona, 1978, p. 288, o desaparece el beneficiario recibiría una atribución patrimonial sin causa, con la consecuencia normal de disponer el estipulante de una acción de restitución fundada en el enriquecimiento injusto.

se otorgue a favor de un acreedor en garantía de su crédito. Cuando el estipulante obra *animo donandi*, con el propósito de proporcionar un beneficio puramente gratuito al beneficiario, en favor de éste disminuye su patrimonio en la cuantía de las primas que paga al asegurador, «estas primas —observan COLIN y CAPITANT— (110) son las que representan la disminución del patrimonio del disponente, y, por tanto, son ellas las que determinan la importancia de la (liberalidad)», nunca el propio capital o cantidad asegurada, en cuanto que se ha concebido como un derecho autónomo y propio del tercero, que nace en su propio patrimonio, como principio esencial que mantiene la subsistencia y desarrollo de este tipo de contrato (111). Igual insiste MARTÍN BERNAL declarando que este beneficio se ha formado fuera del patrimonio del estipulante, quien jurídicamente no ha hecho ningún sacrificio en favor del tercero sino es en lo que concierne a las primas satisfechas al asegurador, las mismas, desde luego, han salido del patrimonio del asegurado, en esta medida, dice, podrían plantearse los problemas de colación y de reducción de las primas, es así como, dentro de ciertos límites los intereses de los herederos continúan protegidos (112).

b) *Sobre la colación del resultado del seguro estipulado en favor de tercero*

Entre las medidas protectoras y cautelas a las que se refieren estos autores ¿se encontraría la colación de la liberalidad resultante del seguro estipulado en su favor?

Igual que no fue unánime la valoración de la naturaleza jurídica del derecho que adquiriría el tercero en provecho del cual se estipula en este contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento, como se ha visto, tampoco fue fácil decantarse entre los clásicos principios igualitarios del Derecho sucesorio que pugnaban a toda costa por mantenerse frente a la inatacabilidad del derecho directo del beneficiario, imprescindible para la subsistencia de este seguro de vida, cuya inmunidad arranca de sus fines de previsión y de su necesidad práctica. RIERA AISA pone de manifiesto la evolución que sufrió el seguro de vida en este sentido, alguna resolución francesa (de 8 de febrero de

(110) COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. IV, 1925, p. 619.

(111) VALLET DE GOYTISOLO, «La donación...», *cit.* p. 818, manifiesta que «el empobrecimiento del estipulante, correlativo en más o menos parte con el enriquecimiento del beneficiario, es el producido en su patrimonio por el pago de las primas. Y éstas, por lo tanto, son lo único que, en buena técnica y perfecta justicia debe considerarse donado por el estipulante a los efectos de su computación para determinar el capital de la sociedad conyugal y para fijar la cifra base del cálculo de las legítimas.

(112) MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, *cit.* pp. 320 y 321.

1868) defendiendo aquellos principios llegó a afirmar que el capital del seguro constituye una verdadera liberalidad a la que son aplicables las leyes de colación, tanto si se trata de asegurar la igualdad entre coherederos, como de determinar el derecho de los legitimarios. «La alarma sentida ante el temor de que mediante el seguro pudiesen restablecerse los antiguos privilegios de primogenitura y se convirtiesen en un arma que en manos de un padre poco escrupuloso sirviese para destruir la igualdad entre los hijos, no tuvo consecuencias inmediatas. Muchos otros procedimientos tiene a su alcance el padre que quiere romper dicha igualdad, y sobre todo no puede perderse de vista que muchas veces la verdadera igualdad consiste en tratar de forma desigual a quienes no son iguales, y para ello el seguro de vida proporciona un procedimiento adecuado... El riesgo de utilizar mal las atribuciones paternas no es exclusivo del contrato de seguro. Muchos otros procedimientos más cómodos y rápidos que éste se han de encontrar» (113).

Perdida, así, la batalla de la colación del capital en beneficio de aquéllos, pues el desplazamiento patrimonial no se produce desde el estipulante hacia el beneficiario, sino que nace en éste como un derecho autónomo, la cantidad pagada por el promitente sale de su patrimonio, no del caudal del estipulante, la estipulación por otro origina, no lo olvidemos, un derecho de crédito directo del tercero beneficiario contra el promitente, se intenta un proceso contra las primas pagadas estipuladas en el contrato (114).

La colación supone, según CASTAN TOBEÑAS, «la agregación que deben hacer a la masa hereditaria los herederos forzosos que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, donación u otro título lucrativo, para computarlos en la cuenta de la partición» (115).

Si el tercero beneficiario fuese un heredero forzoso quizá podría defenderse la exención de colacionar en la herencia la liberalidad resultante del seguro estipulado en su favor, determinada por el importe total de las primas satisfechas por el asegurado a la compañía aseguradora, porque a través del seguro de vida para caso de fallecimiento el estipulante se propone conseguir unos fines determinados de previsión a favor del porvenir económico de la persona o personas a quienes desea proteger, acude a la garantía de una póliza de seguro, tomando sobre sí la carga y el sacrificio del pago de unas primas, que ahorra de su

(113) Manifiesta RIERA AISA, «El llamado derecho propio...», *cit.* pp. 331 y ss.

(114) Sobre esto *vid.* WAHL, «L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses», *R.T.D.C.*, 1902, pp. 20 y ss.

(115) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil común y foral, Derecho de sucesiones*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1989, p. 376. *Vid.* MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 1900, pp. 586 y ss.; MARÍN LÁZARO, *La colación hereditaria*, *R.G.D.*, 1944, pp. 3 a 9.

propio peculio, para lograr con ellas que el beneficiario o beneficiarios disfruten en su día de las ventajas que proporciona el seguro y sus peculiaridades; «parte la ley de una presunción lógica y que además es básica tratándose de esta clase de contratos, cual es la de que con la intención de lograr los aludidos fines se sometió el asegurado a la disciplina y sacrificio de pagar las primas en favor de aquél» (116), si hubiese pensado en dejarle heredero de ello o que tal cantidad le sirviese como anticipo de lo que va a recibir en la herencia, (anticipo en vida del causante al que se refiere el art. 1035 C.c. que no procede en el caso contemplado, no produce efecto en vida del causante, porque lo recibe también en el momento del fallecimiento del asegurado), no precisaría de la suscripción de dicha póliza de seguros, ni estaría justificada su existencia; se entendería más bien que quiso que además de la herencia tuviese en su día el «pleno» disfrute del capital o renta a que el contrato de seguro en favor suyo le da pleno derecho. Si el heredero forzoso tuviese que descontar del capital del seguro recibido la cuantía de las primas, estimadas como liberalidad, y colacionarlas, en muchas ocasiones, el beneficio obtenido por éste sería realmente más que escaso (117), incompatible con la finalidad y función tradicional asumida por este específico seguro, cual es procurar un alivio o retribución material y económica que compense de la muerte al que de algún modo de él depende (118) o se quiere proporcionar una mejor subsistencia al hijo más necesitado ... En este sentido, explica LACRUZ BERDEJO (119) que «la colación aunque se practica entre legitimarios prescinde de los derechos de éstos a una parte de los bienes del causante (legítima), y se limita a conseguir que, como acto previo a la división del caudal relicto entre todos los herederos, se forme contablemente una masa o cúmulo en la que a los bienes existentes se añaden, hipotéticamente, los que el causante regaló a sus ascendientes y descendientes: como si no se los hubiera dado entonces, y los obtuvieran ahora, integrando su cuota al partir el caudal; o bien como si los hubieran recibido a modo de anticipo de lo que, con arreglo a su cuota sucesoria, les correspondería en la herencia. O sea, que en virtud de la colación el donatario tiene que contar en su parte los bienes que en vida le donó el causante, con lo cual la liberalidad acaso no le proporcione ventaja sustancial sobre colegitimarios () no donatarios, pues lo que en vida de su ascendiente o descendiente recibe de más, ahora lo recibirá de menos». Y si el total de las primas fuese superior al capital en que el seguro consiste y se con-

(116) Con palabras de AVILÉS Y SANZ, «Los derechos del beneficiario...», *cit.* p. 432, dilucidando otra cuestión.

(117) Aunque en todo caso el art. 1036 C.c. dispone que «la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos ... si el destinatario repudiare la herencia, salvo caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa».

(118) *Vid.* Exposición de Motivos del Código de comercio.

(119) LACRUZ BERDEJO, *Elementos ... Derecho de sucesiones*, *cit.* p. 190.

sidera a éstas límite de la donación, debiendo ser colacionado, el tercero en favor del cual se estipula el contrato no se ve realmente favorecido por ello, en cuanto que su derecho a este crédito lo recibirá de menos en la herencia, y esto no parece que sea lo que pretende el estipulante a la hora de contratar el seguro, ni esta concreta situación defiende y hace intocable la prestación derivada del seguro, vital y esencial en el desarrollo de esta figura. Además, si se tuviese que devolver el capital recibido es que sería procedente del caudal del testador, llevándose a colación como si siguiera formando parte del haber hereditario.

Cabría la suposición de que las liberalidades otorgadas por el causante en vida lo hayan sido a cuenta de lo que éste tendría derecho a recibir por herencia o a cuenta de la herencia, pero cuando a la muerte misma del causante se obtiene un capital ya no se está en el caso de formular suposiciones; como cuando se dispone en testamento (*vid.* que el art. 1037 C.c. prescribe que «no se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando a salvo en todo caso las legítimas»), toda desigualdad que estable el causante entre sus coherederos responde a la voluntad definitiva del testador, ya que lo dispone en un acto destinado a valer como su última voluntad, a valer a partir del momento de su muerte.

Sobre todo esto será así cuando el importe de las primas, la prestación realizada por el estipulante a la entidad aseguradora, son módicas y usuales, respondiendo al normal deber moral y social de asegurar la subsistencia adecuada de determinadas personas en relación con la fortuna y economía del estipulante, y ello cualquiera que sea la procedencia del dinero con que se paguen las primas, como si deriva de determinadas rentas de bienes.

En este mismo sentido RIERA AISA da cuenta del mismo parecer de algunos autores; cómo perdida la batalla de la colación del propio capital que recibe el tercero, como no podría ser de otro modo, «en cuanto surgen del patrimonio del causante las primas que encierran en el fondo un acto de liberalidad» (si se diesen aquellas condiciones *supra*). Pues bien mirado suponen la contraprestación del estipulante a la entidad aseguradora a cambio del riesgo y cobertura que le dispensa ésta) su importe intentan algunos que se colacione por el legitimario que percibió el capital, circunstancia que no se desprende fácilmente de la literalidad del art. 1035 C.c. Así cita cómo VIGIE desestima tal posibilidad, en cuanto que no se podría colacionar más de lo que se ha recibido y como quiera que las primas han enriquecido al grupo asegurador pero no al beneficiario no deben ser objeto de colación, además, como se ha señalado, es menester para que surja la obligación de colacionar, el que la cosa haya sido recibida en vida del causante y precisamente en este supuesto la adquisición se realiza después de su muerte. Además, se argumentaba que por el hecho de designar un beneficiario entre los herederos legitimarios se exteriorizaba la voluntad de que

aquél no colacionase el importe de la prima, el causante —se decía— que ha querido beneficiar a uno de sus legitimarios ha querido, precisamente, que ese beneficio fuese el capital del seguro, todo lo que trata de mermar este capital es ir contra esa voluntad, en la que de un modo tan claro se establece en forma indirecta la dispensa de la obligación de reintegrar; al menos debe concederse —se propone— una fuerte presunción en favor de la dispensa de colación, el que está dispuesto a pagar las primas en provecho de una persona determinada, no tiene la intención de hacerlo en beneficio de su herencia, presumir tal intención es sustituir el dominio de los hechos por el de las hipótesis y aun por el de las hipótesis menos presumibles. Concluyendo RIERA AISA, en su opinión, que no puede establecerse *a priori*, con carácter general, ni la obligación de colacionar ni el derecho a no hacerlo, dependiendo, en todo caso, de las circunstancias que concurran en el caso presentado (120).

El sujeto a colacionar ha de ser un heredero con derecho a participar en el caudal hereditario, un legitimario que tome parte en la herencia junto con otros herederos forzosos «que concurran a partir» (121) (122). Siendo objeto de colación cualesquiera liberalidades *inter vivos*, el art. 1035 C.c. habla de traer a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos del causante por «dote, donación u otro título lucrativo», para computarlos en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición. En cuanto a las liberalidades *mortis causa*, no se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas (art. 1037 C.c.). Son colacionables, como enumera LACRUZ BERDEJO (123), las atribuciones gratuitas hechas en cualquier forma, («válidas o no, e igualmente —dice— cuando la invalidez proviene de vicios materiales»); las hechas en cualquier época por remota que sea; y lo mismo si consisten en bienes muebles que inmuebles, derechos reales o de crédito, donaciones disimuladas o encubiertas bajo la forma de contrato oneroso (124);

(120) RIERA AISA, «El llamado derecho propio...», *cit.* pp. 334 a 337.

(121) Como de forma completa expone PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. III, Barcelona, 1984, p. 561, «para que la colación proceda han de concurrir varios herederos que además sean legitimarios, en vida de éste, bienes o valores por algún título lucrativo, sin que el testador les haya dispensado de colacionar. Es preciso, además, que no repudien la herencia, que hereden conjuntamente con otros y que no sufra perjuicio la legítima del colacionante».

(122) En principio, uno colaciona lo dejado al mismo, no a otro, no obstante *vid.* DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 214. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, *cit.* pp. 779 y ss.. A tenor del art. 1038 se colacionan las donaciones hechas al representado, *vid.* también art. 1040 del C.c.

(123) LACRUZ BERDEJO, *Elementos, ... Derecho de sucesiones*, *cit.* pp. 192 y 193.

(124) Con otro criterio PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, *cit.*, pp. 568 y 569, estima que son absolutamente nulas, por lo tanto deberá devolverse a la masa el objeto de la donación por nulidad absoluta del acto, sin que tengan que actuar las reglas de la colación.

las indirectas y, en general, aquellas atribuciones que tienen la impronta del espíritu de liberalidad, siquiera no puedan encontrarse en el esquema típico de la donación; por su evidente condición de liberalidades: regalos de boda, lo dado al hijo o hija en joyas, vestidos y equipo, a ello se refiere el art. 1044 del C.c.: «los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos ...» (si bien, específicamente lo reconduce al tema de la imputación); sin embargo, como manifiesta el prof. DE LOS MOZOS «entre ambos esquemas regulativos puede utilizarse mutuamente la analogía, y, además, porque su carácter colacionable responde por entero a la uniforme tradición jurídica de la institución que hay que considerar inalterada, en este punto, por la regulación vigente» (125). El art. 1043 C.c. expresa colacionable también «las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldados, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos», «de donde se deduce —aclara LACRUZ BERDEJO— la necesidad de colacionar cuanto dio el padre para conseguir al hijo cualquier cargo o plaza económicamente útil o gravosa; o, junto a las deudas pagadas *animo donandi* por el padre, aquéllas que, satisfechas sin aclarar en qué concepto, en un momento de necesidad del hijo, o incluso a título de préstamo, luego no se hacen efectivas realmente, habiendo una especie de condonación tácita suficiente para que el hijo no pueda, en su caso, ampararse en la prescripción, y para que los otros legitimarios puedan optar por la colación». Especificando, por otra parte, el art. 1046 C.c., que «la dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia» (126).

Otras atribuciones como «gastos de alimentación, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre» son colacionables (art. 1041 C.c.). Y tampoco se traerán a colación, prescribe el art. 1042 C.c., salvo cuando el padre así lo disponga o perjudiquen a la legítima «los gastos, que éste hubiese hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística, pero cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres», diferenciando, como se ve, el Código civil entre gastos de aprendizaje, que no son colacionables, de los originados para la realización de una carrera profesional o artística, a no ser que se ordenase lo contrario expresamente.

También estiman algunos autores, como ALONSO PEREZ, que siguen el régimen de exención las donaciones remuneratorias, servicios o merecimientos del heredero forzoso que provocaron en el causante un deber de gratitud o de reconocimiento que le mueve a

(125) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *La colación*, cit. p. 228.

(126) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* t. V, *Derecho de sucesiones*, cit. pp. 192 y 193.

anticipar en vida del mismo una parte del acervo hereditario para recompensarlos, cuyo valor no es deducible *post mortem*, «a no ser que neguemos los caracteres esenciales de la donación remuneratoria — en su aspecto general y específico— y apoyemos la liberalidad en un engaño o en un puro mito». Interpreta el silencio del código civil en orden a la colación de donaciones remuneratorias en un sentido negativo, excluyéndola de la fórmula amplia utilizada por el art. 1035 C.c., «el deber de gratitud por unos servicios o la admiración por unos méritos, impulsos del móvil remunerador, desaparecerían —y con ellos la propia donación remuneratoria— si la recompensa por los mismos se diera en un momento anterior y se quitara en otro posterior». «Excluidas las donaciones remuneratorias de la revocación por ingratitud y supervivencia de hijos y no considerándolas el legislador fraudulentas e ineficaces respecto de los acreedores del quebrado, al contrario que lo que sucede con las demás donaciones (entiende) aplicable, por analogía, este régimen a favor de las donaciones remuneratorias que el causante haga en vida a sus herederos, quedando exentas de colación» (127).

En el caso presentado se parte de que el tercero beneficiario sea un heredero forzoso, elemento subjetivo de la colación, y si recibe la prestación como liberalidad, por diversos fines, no con causa *credendi* o *solvendi*, se ha visto como la doctrina estima que son las primas las que representan la disminución del patrimonio del disponente y las que determinan la importancia de la liberalidad y el art. 1035 del C.c. declara colacionables, en principio, cualesquiera liberalidades «recibidas del causante de la herencia en vida de éste», y tal tercero en provecho del cual se contrata el seguro de vida para caso de fallecimiento lo recibe precisamente a la muerte del asegurado, la prestación derivada del seguro la obtiene dicho tercero de la entidad aseguradora cuando se produce el riesgo, *certus an incertus quando*, que se asegura, el hecho de que está pendiente el devengo de aquella prestación es la muerte del asegurado.

La peculiar evolución histórica de la colación ha transcurrido considerándose que lo que había recibido gratuitamente el heredero forzoso del causante cuando éste vivía lo obtendría tan sólo como una especie de anticipo de lo que por sucesión habría luego de recibir, con lo cual cada uno de ellos al heredar tiene que contar en su parte frente a los restantes legitimarios lo que en vida le otorgó el causante. Sin olvidar esta implicación histórica la doctrina la atribuye diverso fundamento; en efecto, de una parte, la presunción de voluntad de que el causante al conceder ciertos bienes en vida gratuitamente a uno de los herederos forzosos lo hace como anticipo de lo que en la herencia le

(127) ALONSO PÉREZ, «La colación de las donaciones remuneratorias», *R.C.D.J.*, 1967, p. 1073, *vid.* pp. 1067 y ss.

corresponderá; de otra parte, la voluntad del legislador que quiere objetivamente que todos los herederos tengan iguales expectativas sobre el patrimonio familiar, y entre ellos una igualdad proporcional. Viene a ser esta teoría —explica el prof. DE LOS MOZOS— «una derivación en cierto modo (de la voluntad presunta del causante) al responder a la pregunta de cuáles han sido los motivos del legislador para establecer la regla de la colación ... esta tendencia no responde al resultado práctico de la colación, ya que la igualdad entre los herederos depende de la entidad de las donaciones colacionables en relación con la distribución que el testador haya hecho de las respectivas cuotas; no explica más que una orientación de principio que, de forma permanente, late en la configuración del instituto de la colación pero que no se instrumenta, fuera de una línea hipotética, con la vivacidad que adquiere la realidad objetiva de su regulación» (128). Ya se ha comentado como tales circunstancias no se adecuaban a los objetivos y finalidades que se propone el seguro de vida para caso de fallecimiento, ni tampoco si se apoya la tesis de «la copropiedad familiar» y «el superior interés familiar». En virtud de la primera, explica DE LOS MOZOS, cada miembro de la familia tendría un equivalente derecho de goce y una idéntica expectativa respecto de la participación en la herencia futura, salvo la facultad reservada al padre, de imponer dentro de ciertos límites su voluntad para el reparto del patrimonio, en manera diversa y para dispensar al descendiente donatario de la colación; teoría que sólo tiene valor indicativo de tipo sociológico, inspirada —argumenta— en la obligación moral para el descendiente de llevar a cabo una distribución justa de su patrimonio *post mortem*, lo que naturalmente no puede servir para fundamentar la colación. Como tampoco la teoría del «superior interés familiar» que podría traducirse en la defensa de la legítima, y con ello confundir el concepto y ámbito de la colación. Concluyendo que no queda más que buscar su fundamento en el propio juego de la norma dispositiva que la establece (129) (130).

El propio DE LOS MOZOS (131) da cuenta de la situación al respecto en el Derecho francés e italiano, en este último la generalidad de la doctrina se pronuncia por la colación de las mismas (132); más

(128) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *La colación*, cit. p. 159.

(129) *Ibidem*, pp. 160 y ss.

(130) Sobre el fundamento de la colación también puede verse VASALLI, *La collazione*, Padova, 1988, pp. 1 y ss.

(131) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Ibidem*, pp. 240 y 241.

(132) Puede verse con detalle el parecer de los siguientes autores: FORCHIELLI, *La collazione*, Milano, 1958; ANDREOLI, *Contributa alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942; BRUNELLI, G. ZAPULLI, C., *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940 1.^a ed., 1951 2.^a ed.; AZZARITI F.S.— MARTÍNEZ G.— AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1959.

oportuno considero lo defendido en el Derecho francés en su primer postulado que seguidamente se expresa y que el mismo autor analiza, comentando que la jurisprudencia francesa había manifestado la tendencia a considerar que no estaban sujetas a colación las primas del seguro cuando se tratara de cantidades módicas en relación con la renta anual, acabando por prevalecer que en otro caso, efectivamente eran colacionables, a no ser que la suma de las primas fuera superior al capital asegurado, en cuyo caso el heredero no quedaba obligado a colacionar más que su importe, añadiendo que la Ley de 13 de julio de 1930 sobre el contrato de seguro ha sancionado por disposiciones expresas los resultados obtenidos por la jurisprudencia.

El mismo autor (133), planteado el supuesto de heredero forzoso designado beneficiario de un seguro de vida, defiende la colación en cuanto donación indirecta (134). También para ROCA SASTRE «las primas satisfechas por el causante por razón de un seguro de vida cuyo beneficiario señalado sea alguno de los herederos legitimarios sujetos a colación, han de estimarse colacionables, sin que la circunstancia de tratarse de una estipulación a favor de tercero entrañe dispensa tácita de colación, ya que esta dispensa ha de ser expresa» (135), al que parece seguir PUIG BRUTAU (136), y de igual modo manifiesta SARMIENTO RAMOS: «las primas correspondientes sí han de ser colacionadas por el beneficiario» (137).

Si bien estos autores forman parte de la doctrina más autorizada, no me parece tal solución la más propia para el desarrollo de esta figura, del contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento, ni encuadrable en su finalidad esencial.

VALLET DE GOYTISOLO, por su parte, considera que este criterio sólo se aplicaría cuando las primas satisfechas no excedan del capital percibido y sólo en aquellos casos en los cuales no pueda calificarse de donaciones usuales o comprenderse entre los deberes de previsión, jurídicos o meramente morales, en atención a su cuantía y a

(133) DE LOS MOZOS, *Ibidem*, pp. 240 a 242.

(134) Sobre el tema de las donaciones indirectas puede verse FUENMAYOR CHAMPIN, «La deuda alimenticia del donatario», *R.D.P.*, 1942, p. 178. ORTEGA PARDO, «Donaciones indirectas», *A.D.C.*, t. III, fasc. III, pp. 918 y ss.

(135) ROCA SASTRE, *Anotaciones a KIPP, Derecho de sucesiones*, t. V, vol. 2.^a, Barcelona, 1951, p. 28.

(136) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. III, *cit.* p. 569.

(137) SARMIENTO RAMOS, *Comentarios al Código civil*, t. I, vol. col., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 244.

la fortuna del estipulante, como atendiendo a las circunstancias del caso (138) (139).

Para este caso, parece más conveniente el contenido del art. 140 de la Compilación de Aragón: «la colación de liberalidades no procede por Ministerio de la ley, mas pues puede ordenarse en testamento u otro documento. Quedan a salvo las normas sobre inoficiosidad». Igual hace la Ley 332 de la Compilación del Derecho navarro: «la obligación de colacionar no se presume, sólo tendrá lugar la colación cuando expresamente se hubiera establecido, o cuando, tratándose de coherederos descendientes, se deduzca claramente de la voluntad del causante. En todo caso, esta voluntad deberá constar en el mismo acto de liberalidad o en otro acto distinto cuyos efectos hayan sido aceptados por el que recibió aquella liberalidad. Aunque la liberalidad —se dice en el último párrafo— se hubiera hecho con obligación de colacionar, el causante podrá dispensar de dicha obligación en acto posterior *inter vivos* o *mortis causa*». En cuanto que la designación del beneficiario puede hacerse constar en testamento, podría el testador aprovechar, además, dicha ocasión para manifestar su voluntad dispensando expresamente de la colación a tales cantidades, eliminando todas las dudas que al respecto se podrían plantear, si tal es su intención y compatible con la finalidad que se le quiso atribuir, y aunque no utilizase el testamento para el nombramiento del tercero en favor del cual estipula, en todo caso sería conveniente alguna mención en dicho instrumento de esta cuestión, o realizarlo en un acto posterior o en el momento de contratar el seguro de vida. Parece más acertada la regulación que sobre este aspecto contienen estas legislaciones forales que la específica normativa de la colación del Derecho común intentando suplir la voluntad expresa del causante, regla inspirada al legislador sobre la base de una serie de presunciones.

(138) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. II, Madrid, 1984, p. 789.

(139) La sentencia del T.S. de 22 de diciembre de 1944, ya citada, a propósito de un seguro de vida cuyas primas eran satisfechas con dinero ganancial, alude a la colación de la mitad de dichas primas, el cuarto considerando expresa textualmente que «el quinto motivo del recurso plantea un interesante tema sobre procedimiento de colacionar en la liquidación de la sociedad de gananciales, incrementando el as hereditario del cónyuge premuerto, las primas pagadas con cargo al fondo común en un seguro de vida contratado por los dos esposos conjuntamente en provecho del que sobreviva....», declarándose en el último considerando que «las primas deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de su liquidación para que el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto que están legitimados para la impugnación, tomen la parte que en derecho les corresponda, evitándose así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales que en definitiva, por medios indirectos como el del seguro de vida o el de renta vitalicia, se tradujera en institución mutua de herederos en los bienes gananciales, total o parcialmente, defraudando la ley y lesionando el derecho de legitimarios y acreedores».

Téngase en cuenta que en este momento existía la prohibición de donaciones entre cónyuges.

En concreto, en la Ley de 30 de diciembre de 1991 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña en su art. 43, sobre la colación, se hace constancia de forma diversa a lo estipulado en el Derecho común y en estas legislaciones forales: «el descendiente que como heredero concorra con otro descendiente también heredero en la sucesión de un ascendiente común sólo tendrá que colacionar, a los efectos de partición de la herencia, salvo voluntad contraria del causante expresada en testamento o codicilo, o al otorgar la donación o liberalidad, los bienes que haya recibido de dicho causante por acto entre vivos a título gratuito para pagarle la legítima o cuando en el otorgamiento de la liberalidad se establece expresamente que sea colacionable» (párr. 1.^o).

c) *La intangibilidad de la legítima: conflicto de intereses con legitimarios*

En cualquier caso, la contratación del seguro de vida para caso de muerte no podría vulnerar la intangibilidad de la legítima, en otro caso, prescribe el inciso final del primer párrafo del art. 88 L.C.S. que los legitimarios podrían exigir el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante si se hubiesen hecho en fraude de sus derechos.

Diversas consideraciones podrían hacerse en torno a la cuestión de la reducción de la liberalidad hecha por el causante al atribuir el capital del seguro a una tercera persona al margen de los legitimarios; siendo tan extensa la variedad de aspectos y cuestiones jurídicas que presenta el tema de la legítima (140), desechando un estudio genérico de su totalidad que no responde a los objetivos del caso, sólo se destacarán aquéllos que presenten mayor relieve e incidencia con la específica problemática que se intenta dilucidar planteada de aquel modo.

Reconocido el desplazamiento patrimonial hacia el tercero beneficiario en provecho del cual se estipula, defendido como un derecho propio autónomo e independiente, a salvo de reclamaciones de herede-

(140) Apuntaba ROCA SASTRE, «La naturaleza jurídica de la legítima», *R.D.P.*, 1944, pp. 185 y 186, que «una de las causas que entorpecen la exacta configuración de la legítima es que la misma constituye una figura jurídica producto de una lenta evolución histórica, que al ser recibida casi completamente formada en el Derecho intermedio e introducirse antes en el Derecho bárbarico, sufrió el contacto con la reserva germánica, influyéndose recíprocamente y provocando un hibridismo que ha subsistido en la fase codificadora, culminando en los códigos civiles francés e italiano. El Código civil se ha resentido de ello a pesar de responder fundamentalmente al tipo legitimario romano». De igual modo *vid.* PORPETA CLERIGO, «Naturaleza jurídica de la legítima», *Estudios de Derecho sucesorio*, Colegio Notarial de Barcelona, 1946, pp. 150 y 163 y ss.

ros legitimarios como de acreedores de cualquier clase del tomador del seguro, por las razones tantas veces expuestas, sobre todo en orden a no frustrar las finalidades esenciales de la institución, no hay que olvidar que las legislaciones no amparan el fraude, excluida, entonces, la obligación de restituir el capital, se plantea el problema circunscrito a la reducción del importe de las primas en el caso que proceda; como se ha dicho, los legitimarios pueden exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos.

El art. 806 C.c. expresa que «la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (141).

En el sistema legitimario —declara ROCA SASTRE (142)— a que responde en definitiva el Código civil, la legítima confiere por ministerio de la ley a los legitimarios el derecho de obtener en la sucesión de su causante un valor patrimonial en propiedad y en la cuantía resultante de aplicar el tipo o cuota fijada por la ley sobre el importe líquido de la herencia, incrementado, en su caso, con el de las liberalidades hechas en vida por aquél, y cuya fracción de valor patrimonial es percibido por los legitimarios mediante las atribuciones que por cualquier título les otorgue el causante, y caso de no otorgarles ninguna atribución o en lo que les falte para cubrir tal valor, lo perciben los legitimarios con la oportuna adjudicación de los bienes hereditarios realizada conforme a las reglas de la partición, o también, si es preciso, con la correspondiente reducción de donaciones inoficiosas, y siempre salvo que por preterición de legitimarios en línea recta se abra con todas sus consecuencias la sucesión intestada.

En este caso se entiende la legítima como una *pars valoris bonorum*: titularidad sobre parte de valor económico de los bienes de la herencia, como derecho real de realización de valor (143). Constatándose, destaca O'CALLAGHAN, que hoy la teoría más admitida por la doctrina y la más moderna jurisprudencia concibe la legítima como una *pars bonorum*, como una parte de los bienes relictos que por cualquier

(141) Vid. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, t. V, cit. pp. 320 y 321 comentando y corrigiendo tal definición. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral, Derecho de sucesiones*, t. VI., vol. 2.º, Madrid, 1979, cit. pp. 480 y 481. VALLET DE GOYTISOLO, «Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima», *A.D.C.*, 1966, pp. 3 y ss.

(142) ROCA SASTRE, *Anotaciones a KIPP, Derecho de sucesiones*, vol. II, cit. p. 283.

(143) *Ibidem*, p. 284; del mismo autor «La naturaleza jurídica de la legítima», cit. p. 187 y 209.

título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que en ciertos supuestos reciba su valor económico (144).

La legítima se configura como una parte del patrimonio o el valor de esta parte que necesariamente es adquirida por los denominados legitimarios (parientes próximos y cónyuge del causante (145)), respecto de la cual el causante carece de toda posibilidad o facultad de disposición, es un simple condicionamiento legal a la libertad testamentaria del causante que deja legitimarios; constituye, por tanto, su normativa un cuerpo de derecho imperativo o de *ius cogens* justificado en diversos principios (146). De este modo, el art. 813 C.c. prescribe que el testador no podrá privar a los herederos (legitimarios) de su legítima, sino en los casos expresamente determinados por la ley, y por parte de los legitimarios la sustracción de la disponibilidad de su legítima queda plasmada en el art. 816 C.c., al indicarse que «toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción» (147).

Impera, en consecuencia, el principio de intangibilidad legitimaria, tanto cuantitativa como cualitativa (148). La intangibilidad cuantitativa de la legítima —expone ROCA SASTRE MUNCUNILL— obliga al causante a atribuir bienes en pago de la misma —dice— y le prohíbe que lesione actos o disposiciones que impidan percibirla en la cuantía

(144) O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, cit. p. 322. Vid. también VALLET DE GOYTISOLO, «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil», *A.D.C.*, 1970, pp. 9 y ss.; del mismo autor *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, pp. 40 y ss.; *Limitaciones del Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, *Las legítimas. Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, Madrid, 1974, pp. 180 y ss. MASIDA MIRANDA, *Legítima del cónyuge superstite*, Madrid, 1989, pp. 36 y ss. PORPETA CLERIGO, «Naturaleza jurídica de la legítima», cit. pp. 149 y ss.; PEÑA B. DE QUIRÓS, «La naturaleza de la legítima», *A.D.C.*, 1985, pp. 849 y ss.

(145) MASIDA MIRANDA, *Legítima del cónyuge superstite*, cit.; REAL PÉREZ, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Madrid, 1988.

(146) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, «Significado jurídico social de las legítimas y de la libertad de testar», *A.D.C.*, 1965, pp. 23 y ss.

(147) Vid. O'CALLAGHAN, «La renuncia a la legítima», en *Libro homenaje a ROCA SASTRE*, t. III, Madrid, 1976, pp. 332 y ss.

(148) Sobre las precisiones en el Derecho catalán, Vizcaya y Alava, vid. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La legítima en el Derecho civil de Cataluña y en los derechos forales de Vizcaya y Alava, después de la últimas reformas», *R.D.P.*, 1993, pp. 903 y ss.; DEL MOLINO Y NÚÑEZ, «La legítima en el Derecho civil foral en Vizcaya y en el Derecho civil de Cataluña», *R.D.P.*, abril, 1993, pp. 315 y ss. Anteriormente ROCA DE LAQUE, «Configuración jurídica de la legítima en el Derecho catalán», *R.J.C.*, 1971, pp. 7 y ss., y en concreto sobre las garantías de los legitimarios pp. 53 y ss. O'CALLAGHAN, «Acción de legitimarios en el Derecho civil catalán de reclamación de legítima, antes de la aceptación de la herencia por el heredero», *R.J.C.*, 1971, pp. 57 y ss.

o medida fijada por la ley. Mientras que la intangibilidad cualitativa legitimaria obliga al causante a atribuir la legítima en la expresión patrimonial querida por la ley y le prohíbe que lesione mediante actos o disposiciones que impidan percibirla en tal forma, dentro de los límites y tolerancias establecidas por la propia ley (149). Esta última se expresa en la prohibición de gravar la misma, recogida en el art. 813 párr. 2.º del C.c., en todos estos casos que recoge el gravamen sería nulo permaneciendo la atribución de la legítima. A salvo lo dispuesto en el párr. 3.º del art. 820 del C.c., la denominada *cautela socini*, «cláusula testamentaria en virtud de la cual se grava o condiciona de algún modo la legítima, pero dejando al legitimario la facultad de optar entre recibir la legítima con tales límites y además lo que a su favor establece el causante en una disposición complementaria; o contentarse con la cuota estricta, perdiendo los beneficios que el testador le atribuye bajo condición». Considerando la mayoría de la doctrina que en nada atenta a los derechos de los legitimarios por cuanto se da libertad para un rechazo de la oferta y percibir sin limitación alguna su legítima estricta (150).

En este supuesto, el problema no se relaciona con la lesión cualitativa de la legítima, sino en todo caso con la primera de aquéllas; aunque no es la situación del testador que incurre en preterición, regulado en el art. 814 del C.c., ni cuando el testador deshereda injustamente o sin causa, en cuyo caso se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, «pero valdrán —dice el art. 851 del C.c.— los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima». La cuestión más bien se plantea en el sentido siguiente o se piensa específicamente en que el testador haya realizado actos de disposición inoficiosos que priven a los legitimarios de todo o parte de lo que les corresponde por tal concepto, decretándose su nulidad o reducción a instancia de los perjudicados. Y, además, si el causante realiza actos de disposición simulados en fraude de los legitimarios, éstos podrían ejercitar la correspondiente acción de simulación.

Ello exige, primero, el cálculo de la legítima material, para lo que se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador («que no se extingan por su muerte» art. 659 C.c.), cuyo valor será referido al momento de la muerte del causante, con deducción del valor

(149) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. II, Barcelona, 1991, p. 85.

(150) Vid. FUENMAYOR CHAMPIN, *Intangibilidad de la legítima*, cit. pp. 67, 63 y ss. También REAL PÉREZ, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, cit.; VALLET DE GOYTISOLO, «Cautelas de opción compensatoria de la legítima», *R.D.N.*, 1964, pp. 9 y ss., del mismo autor «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», *A.D.C.*, 1963, pp. 281 y ss., y «La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia y sobrepasa la porción disponible», *A.D.C.*, 1962, pp. 589 y ss.

de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento (art. 818.1 C.c.); si no hay caudal relicto, porque el pasivo es superior al activo, y no se han hecho donaciones de las que se cuentan en la reunión ficticia, no hay legítima, a falta de caudal sobre el cual los legitimarios puedan hacer efectivas sus eventuales pretensiones, recordando que dentro de este caudal no se computará la indemnización o suma derivada del estipulado seguro de vida para caso de fallecimiento, a no ser que no se hubiese designado beneficiario o se hubiera nombrado a la propia herencia.

Calculado y valorado el *relictum* se sumará el valor del *donatum* (151), como prescribe el 2.º párr. del art. 818 C.c. «se agregará el de las donaciones colacionables» y liberalidades realizadas (152), que se valorarán al momento de la apertura de la sucesión según el estado de las cosas en el tiempo en que se celebró (*vid.* art. 1045 C.c.); agregación que se denomina «reunión ficticia», como «operación que de momento —explica LACRUZ BERDEJO— no prejuzga la validez o invalidez de las liberalidades computadas, pero las inventaría y, tiene en cuenta, a fin de conocer ahora la hipotética suma que alcanzaría el causante si no las hubiera realizado, y en una fase ulterior, para reducir o anular en beneficio del legitimario las hechas a extraños que no quepan en la parte libre; o para estudiar si se han de contar como satisfacción anticipada de la legítima, o como mejora, o con cargo a la parte libre reduciendo, en su caso, aun las hechas a legitimarios» (153). Precizando el art. 1041 del C.c. que no serían objeto de reunión «los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre» (154), excluyendo, además —explica LACRUZ BERDEJO— lo pagado para cumplir un deber moral o social, por tanto, según esto, no se computarían en el *donatum* las primas del seguro pagadas por el asegurado si constituyen donaciones usuales o respondiesen a un deber moral y social de asegurar la

(151) Sobre la computación del *donatum* *vid.* ampliamente VALLET DE GOYTISOLO, «Aspecto cuantitativo de las legítimas», *A.D.C.*, 1971, pp. 57 y ss.

(152) Se valorarán todas las donaciones y liberalidades colacionables o no, es decir, lo computable para el cálculo de la legítima. En este sentido alude PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, *cit.* pp. 121 y 122, «el precepto usa la palabra colación en sentido impropio, no en el sentido técnico del art. 1035», como de igual modo expresan VALLET y ROCA SASTRE como cita el propio autor, este último en «Naturaleza jurídica de la legítima», *cit.* p. 207, n. 72, argumenta que «la colación es un concepto extraño a la regulación de las legítimas, pues es institución relativa a la partición entre herederos y de derecho no coactivo, (ya que se basa —dice— en una presunta intención igualitaria del *de cuius*)».

(153) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* t. V, *cit.* p. 509.

(154) De igual modo CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, *cit.* pp. 512 y 513, expresa que no son computables «las donaciones *minutim parvae quantatis*, las donaciones usuales o regalos de costumbre, a que alude el art. 1041 *in fine*», —«las liberalidades módicas»— dice ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la legítima», *cit.* p. 207, n. 72.

subsistencia adecuada de determinada persona o personas delimitadas como beneficiarias, perteneciendo siempre el capital del seguro al beneficiario con independencia de la sucesión; en este sentido manifiesta RIERA AISA (155) que éstas, las primas, serán computables cuando representen una vulneración de los derechos que merezcan ser reconocidos, no como regla general, o si es excesivo el importe de las primas pagadas atendiendo a la potencialidad económica del causante; como VALLET DE GOYTISOLO (156) que expresa que «las primas satisfechas no deben computarse cuando se las pueda considerar comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión jurídicos o meramente morales ya sea debido a su modicidad, o por la razón de la persona y circunstancias del beneficiario y a los deberes morales que para con éste tuviera el estipulante». Entonces, salvo las liberalidades módicas hay que computarlas todas, no sólo cuando sean inoficiosas ¿porque cómo se sabrá si es inoficiosa o si vulnera exactamente o no la legítima si previamente no se computa para calcular la misma?

Computada la legítima, cuya cuantía no es la misma para todos los legitimarios, depende de con quienes se concurra, su imputación consistirá en colocar a cuenta de la legítima lo que ha recibido un legitimario como heredero, legatario o donatario (157) (si el beneficiario designado en el contrato de seguro coincidiera con uno de los legitimarios, que no es el caso del que se ha partido en este epígrafe, y excediese la cuantía de las primas de aquella medida expresada, usuales y módicas que respondan a un deber moral y social, se tendría en cuenta a la hora de efectuar la distribución hereditaria). Cualquiera de estos títulos son idóneos para que el causante cumpla con su deber, si sólo cumple en parte, si lo han verificado en cuantía que no cubre el *quantum* legal tiene derecho a completar su porción legitimaria bien por vía de suplemento, bien por vía de reducción de donaciones inoficiosas. El causante no puede privar a sus legitimarios de todo o parte de su legítima, el legitimario perjudicado cuantitativamente podría ejercitar diversas acciones, consecutivamente, de suplemento, a la que mayoritariamente se la atribuye una naturaleza real, o reducción para ver satisfecha la *portio debita*.

Como expresa LACRUZ BERDEJO (158) de las acciones de defensa cuantitativa de la legítima unas se dirigen a obtener sin más de los herederos la parte que falta por percibir al legitimario y son las de suplemento y otras tienen por objeto los bienes precisos para comple-

(155) RIERA AISA, «El llamado derecho propio...», *cit.* p. 314.

(156) VALLET DE GOYTISOLO, «Aspecto cuantitativo de la legítima», *cit.* p. 26 y 75.

(157) Puede verse VALLET DE GOYTISOLO, «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», *A.D.C.*, 1972, pp. y ss.

(158) LACRUZ BERDEJO, *Elementos... t. V*, *cit.* pp. 528 y 529.

tar la asignación insuficiente a través de una disminución de los legados dispuestos en testamento (que, por tanto, se lleve a efecto). Son las acciones de reducción de legados y en último extremo tiene el legitimario una acción de recuperación de las donaciones realizadas por el causante durante su vida: «acción muy distinta de las anteriores porque sale del marco del testamento y el caudal relicto, de los herederos y legatarios, para ir a incidir en personas acaso extrañas al fenómeno sucesorio» (como es el caso presente tal y como se ha planteado y supuesto). Son acciones distintas, aunque su nombre es poco significativo —continúa—, porque cualquier acción de reducción es, por su propia naturaleza, de suplemento, en cuanto supone una legítima insuficiente «tratándose de alcanzar el nivel debido a costa de disminuir la cuantía de las pretensiones ajenas sobre el caudal relicto, o detraer bienes del causante ya adquiridos por otro; mientras la exigencia de un suplemento lleva consigo una reducción de la cuantía de los derechos sucesorios de quien suple, o a cuya costa se suple», por lo tanto lo que las diferencia no es el aspecto de subsidio a la *portio debita* del heredero forzoso, sino el objeto de la reducción: en la llamada «de suplemento» del art. 815 C.c. será la institución de heredero, y en la del art. 820 C.c. serán precisamente los legados, desde luego a falta de institución y fuera del ámbito de las disposiciones *mortis causa* queda la acción de reducción de donaciones subsidiaria de las otras dos.

Por tanto, siguiendo esto el legitimario perjudicado cuantitativamente en su legítima, no preterido ni injustamente desheredado, podría ejercitar, para la satisfacción de la misma, la denominada acción de suplemento prevista en el art. 815 C.c. frente a los herederos instituidos y dirigida a la reducción de la institución de heredero, con cargo a los bienes que se le hubieren deferido (159); en su defecto, en lo que a ésta no alcance, si hubiese legados procedería la reducción de los mismos frente a los legatarios, regulado en el art. 820 C.c. (160); si el beneficiario del seguro fuese un tercero ajeno y las primas que otorgase el asegurado se hubiesen considerado, al ser valoradas en el *donatum*, inoficiosas, en cuantía superior a la parte de libre disposición (*vid.* art. 819.2 C.c.), perjudicando la legítima podrían los legitimarios solicitar la reducción de las mismas hasta la cuantía que permita satisfacer la *portio debita*. No se duda —diría STOLFI— de que el beneficiario adquiere el capital de la compañía porque el asegurado ha pagado las primas y en consecuencia debe restituir las primas mismas a los reservatarios si pagándolas el

(159) Ampliamente sobre esta acción puede verse VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit. pp. 65 y ss., sobre la que aquí no se desarrolla en cuanto no incide ni afecta de forma especial en la cuestión planteada.

(160) *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio cit.* pp. 84 y 85.

difunto disminuye indebidamente la legítima debida a sus herederos necesarios (161). A la acción de reducción están sujetas las primas pagadas por el asegurado sea por lo dispuesto en el art. 88 L.C.S. (con las condiciones que establece —en fraude de sus derechos—, y teniéndose en cuenta lo dicho sobre la modicidad de las mismas —inoficiosidad—), sea porque el tercero en provecho del cual se estipula el contrato se considera que adquiere gratuitamente del estipulante si no viene designado *credendi* o *solvendi causa*, el cual de manera directa o indirecta se enriquece a expensas del *de cuius* sin contrapartida; no podría hablarse de reversión de capital en cuanto que no ha formado parte del patrimonio del causante (162).

Así, el mayor problema consistiría en dilucidar cómo operaría la reducción, si las diferentes primas satisfechas constituyen una sola liberalidad o si por el contrario se está en presencia de liberalidades independientes. Argumenta RIERA AISA que «la reiteración en el pago de las primas, la consideración del contrato como de prestación continuada (inclinaria) en el sentido de que el conjunto de primas forman una sola unidad y como tal debe ser calculada, en su integridad, en cuanto a su posible reducción» (163). Salvo cuando el seguro es cumplimiento de una obligación natural de asistencia. Por su parte LACRUZ BERDEJO estima que en el pago de las primas del seguro (o entidades análogas) ha de entenderse que existen tantas donaciones como pagos de primas, cada una en su fecha (164). Si éste fuese el único

(161) STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore de terzi*, cit. p. 175.

(162) Para STOLFI, *ibidem*, p. 168, si el patrimonio del *de cuius* ha sido disminuido por efecto del negocio por él concluido con la compañía, la disminución ha sido provocada solamente por el pago de las primas, y en consecuencia sólo respecto a éstas se concibe a cargo del tercero la obligación de verse reducido, porque con respecto a éstas —dice— es un verdadero donatario (aunque sea indirecto).

Como parte de la doctrina española, ROCA SASTRE, *Anotaciones a KIPP, Derecho de sucesiones*, ed. de 1976, cit. pp. 155 y 156 y 728, expone que ha de recibir el tratamiento de donación, a efectos de computación y reducción, el pago de las primas o cantidades análogas, por el causante, en virtud de seguros de vida que atribuyan un capital o una renta a un beneficiario designado. Evidentemente —dice— el capital o rentas aseguradas pasan a ser propiedad del beneficiario, pero el importe de las primas y otras cantidades análogas satisfechas por el tomador del seguro han de reputarse como donaciones otorgadas por éste al beneficiario y por tanto han de ser tenidas en cuenta para comprobar si son inoficiosas y reducirlas en lo menester si resultaren serlo, conclusión que funda además en la sentencia del T.S. de 22 de diciembre de 1944. Reconociendo, en todo caso, que el derecho de los legitimarios cedería ante un seguro de vida respecto de cuyo beneficiario cubre o desempeña una garantía de un crédito propio de éste, las primas pagadas por éste sí quedan sujetas a estas normas por ser causa jurídica de la obligación para cuya titularidad activa el asegurado designó libremente al beneficiario.

(163) RIERA AISA, «El llamado derecho propio...», cit. p. 338.

(164) LACRUZ BERDEJO, *Elementos... t. V*, cit. p. 539 (de la reimp. de 1990).

negocio que realizado por el causante perjudicase las legítimas siendo las primas constituidas del mismo montante, abonándose en la misma cuantía periódicamente, es indiferente que en la práctica de la reducción se comenzase suprimiéndose por la última o por la primera; incluso también parece poco relevante considerarlas como liberalidad independiente o única liberalidad, en este último caso en cuanto que además si el asegurado hubiese satisfecho su deuda de una sola vez el tercero hubiera recibido de la compañía el mismo capital que si se hubiese pagado la suma en diversos plazos; pero si el causante en vida hubiera llevado a cabo diversos negocios, en caso de un exceso de disposiciones gratuitas, si no cupieren todas en la parte disponible la regla bien puede ser la reducción en sentido inverso hasta que se reconstruya la legítima, comenzando por la última y terminando por la primera de las liberalidades efectuadas de cualquier naturaleza, estimando cada prima como liberalidad independiente, pues ocurrirá normalmente que la primera liberalidad no ha contribuido en la disminución de la legítima y en cambio lo han hecho aquéllas cuando el patrimonio del *de cuius* estaba ya reducido por negocios jurídicos anteriormente formados (165); pero, quizá, beneficie más al tercero en favor del que se estipula el contrato de seguro atender al momento en que se ha celebrado, sobre todo si se ha concertado como uno de los negocios hechos por el causante sucediendo a éste el resto de otras disposiciones gratuitas, considerándolo además como una liberalidad única, en cuanto que es uno de los de prestación sucesiva dependientes de un único contrato, se ejecuta periódicamente con el pago de varios plazos a los vencimientos convenidos siendo el título de adquisición único (166).

También se puede hacer alguna referencia en torno a la posición del beneficiario designado en sustitución de otro, respecto a la posible reducción de las primas satisfechas durante el período en que el tercero nombrado como beneficiario era distinto del que en definitiva adquiere a la muerte del asegurado el capital, concluyendo, en coherencia con la defensa de la tesis del derecho directo y lo dicho sobre la naturaleza y el momento de la adquisición de tal derecho, que en nada afecta al problema de la posible reducción de primas un cambio de beneficiario, el último designado asume su derecho como si hubiese estado con-

(165) Expresa CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1959, p. 255, n. 1, que «siendo de igual fecha por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 820.2 C.c. podrían reducirse a prorrata, a menos que el donante al otorgarlas hubiese determinado otra cosa».

(166) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit. pp. 545 y 546, expresa que atendiendo a que corresponde a las fechas de empobrecimiento del causante acepta a referir como fecha distinta para cada prima la de su respectivo pago. Criterio —dice— que está de acuerdo con la consideración de que sólo las primas pagadas y no el capital pueden ser computables en su caso. Añadiendo que la computación e imputación de las primas pagadas tiene el tópe máximo del capital asegurado, «Aspecto cuantitativo de las legítimas», cit. p. 25.

templado desde el momento de la estipulación, e igual cuando es el nombramiento dispuesto no inmediatamente a la celebración del contrato.

La posibilidad de reconducir a los legitimarios las liberalidades excesivas realizadas por el causante en perjuicio suyo es consustancial con la legítima. Un poder ilimitado de disposición —reconoce BINDER (167)— del causante entre vivos, era también difícil de conciliar con el derecho legitimario romano, ya que podía conducir al resultado de que el causante por medio de negocios jurídicos entre vivos dejase vacío de objeto el derecho de los legitimarios. Así diversas acciones se organizan enfrentando a los legitimarios con el que ha recibido la atribución entre vivos y sus herederos y se dirigen al suplemento de la legítima. Presupone, por tanto esta acción, que el actor sea un legitimario, es una acción individual de cada legitimario, que no aprovecha ni a los acreedores del difunto (168) ni a los que estrictamente no sean legitimarios, pues es una medida encaminada a salvaguardar sus derechos (169), a quien le compete existiendo liberalidades que perjudican su concreta legítima y no habiendo bienes bastantes para cubrir el importe de la misma recuperar la porción que le corresponde como cuota de reserva por parte de los que recibieron del *de cuius* más de lo disponible por donación, por lo tanto contra cualquiera que hubiera recibido o hubiese sido designado en el contrato de seguro (170), a través de la denominada

(167) BINDER, *Derecho de sucesiones*, cit. p. 304.

(168) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit. p. 544.

(169) «El derecho de reducción se concede para dejar a salvo las legítimas y, por consiguiente, sólo los herederos forzosos o legitimarios podrán hacer uso de aquel derecho. De la parte que a éstos corresponde no puede disponer el testador, y si dispuso, pueden invalidarlo en cuanto les perjudique; no existiendo herederos forzosos, puede disponer con entera libertad, y si dispuso de ellos, claro es que ya no puede disponer por segunda vez en favor de los herederos voluntarios y legatarios. Estos tomarán lo que haya en la herencia y nada más. El origen (de la consideración del derecho a pedir la reducción los legatarios que lo sean de parte alicuota de la herencia es explicable por no haber copiado bien los modelos de los Códigos francés e italiano) reconociéndose en el Código italiano una cuota en usufructo al cónyuge, decía: los legitimarios y los que tienen derecho a parte alicuota de la herencia (); y esto el legislador español lo refirió a los legatarios de parte alicuota» CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...* t. II, cit. p. 254, n. 1. También puede verse PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. III, cit. pp. 157 y ss.; ALBALADEJO, «La reducción de las donaciones», A.C., 1985, pp. 9 y ss.

(170) Sobre las consecuencias de la insolvencia del donatario vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit. p., 550, del mismo autor «Los complementos de la legítima», A.D.C., 1973, pp. 155 y ss., aunque en el caso presente, en principio, no parece muy probable, porque el beneficiario recibe la suma derivada del contrato de seguro en el mismo momento de la muerte del asegurado, estipulante y causante.

acción de reducción de donaciones inoficiosas (171), la llamada *querelae inofficiosae donationis vel dotis* del Derecho romano, formada con arreglo al patrón de la *querela inofficiosi testamenti* (172).

La acción de reducción de donaciones tiene como finalidad la satisfacción o el complemento de la legítima a costa de los bienes donados, a readquirir lo donado, sin que en este supuesto se plantee los problemas del reintegro *in natura* o en valor. Sobre ella ha escrito ROCA SASTRE (173) que los efectos de la reducción de donaciones por inoficiosidad son los propios de la rescindibilidad por lesión entre personas que, como en la acción pauliana, no están vinculadas contractualmente entre sí (174). Y es además una acción subsidiaria, transmisible a los herederos de los legitimarios y a sus causahabientes, cuya prescripción es discutida, si el plazo es el de 4 años de las acciones rescisorias (art. 1299 C.c.) o el de 15 de las que no tienen señalado otro específico, conforme al art. 1964 C.c., en ambos casos a partir de la apertura de la sucesión; si se estima que tiene efectos similares a la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos sería más propia la aplicación del art. 646 C.c., de 5 años (175).

d) *La impugnación del contrato de seguro de vida como negocio jurídico otorgado por el causante en fraude de las legítimas*

Como se ve, no quedan burladas a través del contrato de seguro todas las limitaciones que a la facultad de disponer por causa de muerte oponen nuestras leyes, como se temía CONDOMINES VALLS (176). Respetando el espíritu, finalidad y configuración del propio contrato de seguro de vida para caso de fallecimiento, como expresa DE CASTRO Y BRAVO (177), no pueden entenderse en contradicción con las normas básicas del ordenamiento sobre legítimas y responsabilidades respecto a los acreedores.

(171) Sobre esta acción en el Derecho italiano puede verse PORCELLA, *La tutela dei legittimari*, Milano, 1969, pp. 190 y ss.; COVIELLO, *Successione legittima enecessaria*, Milano, 1937, pp. 363 y ss.; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1943, pp. 273 y 274.

(172) Vid. DERNBURG, *Pandette*, vol. III, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, 1.^a trad. de la 6.^a ed. di Cicala, Torino, 1905, pp. 553 y ss.

(173) ROCA SASTRE, *Anotaciones a KIPP, Derecho de sucesiones*, cit., 1.^a ed. vol. II p. 351, 2.^a ed. vol. I.^o p. 162.

(174) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones a Binder, Derecho de sucesiones*, cit. p. 306.

(175) Dichas divergencias son recogidas por ALBALADEJO, «La reducción de donaciones», cit. pp. 15 y ss.

(176) CONDOMINES VALLS, «Formas nuevas de sucesión...», cit. p. 137.

(177) DE CASTRO Y BRAVO, «La indemnización por causa de muerte», A.D.C., t. IX-I, pp. 484 y 485.

Además de esto, como las liberalidades, son también impugnables todos los negocios jurídicos otorgados por el causante en fraude de las legítimas. Si el contrato de seguro aparece como un medio de pago o garantía para la obtención de un crédito y se demuestra la desviación o el negocio indirecto que disimula la realidad podría ser impugnado. Por lo tanto, otro posible ataque a la legítima es la realización por el causante de contratos onerosos simulados; «es una consecuencia evidente —indica LACRUZ BERDEJO— de la llamada “sucesión forzosa”, a la cual podría vaciarse de sustancia mediante tales actos» (178).

Si la simulación fuese total: apariencia de un acto jurídico que no encierra en sí negocio alguno, se estaría en presencia de un negocio inexistente (*vid.* arts. 1261 y 1275 C.c.), siendo las cosas distintas si la simulación fuese relativa, porque existiría, por una parte, un negocio encubierto, disimulado y otro meramente aparente: apariencia de un negocio jurídico que contiene en su seno otro distinto, en este caso el negocio simulado sería nulo y el negocio encubierto sería válido, así lo determina el art. 1276 C.c. al decir que «la expresión de una causa falsa en los contratos daría lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita» (179).

Los efectos de la impugnación son semejantes a los de la reducción de donaciones en tanto pueda demostrarse que el negocio simulado escondía una liberalidad (180), estrictamente aquéllos que bajo la apariencia de un contrato oneroso se dirigen a proporcionar un beneficio gratuito, y en tanto en cuanto perjudiquen la legítima.

Esta acción de impugnación de actos simulados otorgados por el causante en perjuicio de las legítimas también es ejercitable por los herederos de los legitimarios, que se les transmite hereditariamente, como la acción de reducción de donaciones corresponde a los legitimarios y a sus herederos o causahabientes (181).

En la jurisprudencia, entre las sentencias más destacadas, la de 20 de diciembre de 1985, del T.S. (182), citando la sentencia de 20 de octubre de 1961 (183), declaró nulas, por ilicitud de la causa, las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios («la tesis que propugna el recurrente de que el negocio jurídico simulado encubría una donación válida y eficaz, es inadmisibles

(178) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* t. V, *cit.* p. 542.

(179) *Vid.* FUENMAYOR CHAMPIN, «Intangibilidad de la legítima», *cit.* pp. 49 y ss.
Vid. también la sentencia del T.S. de 29 de noviembre de 1989 (Ar. 7921).

(180) LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones al Derecho de sucesiones de Binder*, *cit.* p. 308.

(181) *Vid.* ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp, Derecho de sucesiones*, t. V, vol. 1.^o, 2.^a ed., p. 161.

(182) Ar. 6604.

(183) R. 3607.

en casos como el que ha sido objeto de la presente controversia»), con lo cual los bienes pasarían a formar parte del *relictum* y no habría lugar a cuestionarse si es o no inoficiosa (sentencia del T.S. de 27 de enero de 1989 (184)) (185). Por su parte, la sentencia del T.S. de 14 de noviembre de 1986 (186) ha considerado válida y eficaz la donación que un contrato de compraventa encubre, en tanto no perjudique los intereses de legitimarios, en cuanto que los legitimarios -dice- sólo podrían impugnar los actos del causante en perjuicio de su legítima, distinto del heredero que podría impugnar los actos que le correspondían al causante. Y la sentencia del T.S. de 29 noviembre de 1989 (187) distinguiendo entre simulación absoluta y relativa, admite la validez de una donación remuneratoria disimulada, entendiéndose que en este caso existiría una causa verdadera y lícita.

VI. REFERENCIA A LA LEGISLACION FISCAL. CRITICA A LA TRIBUTACION DEL SEGURO EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES

La nueva Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de 18 de diciembre de 1987 esclarece, con respecto a la regulación anterior, el marco impositivo de las adquisiciones realizadas por los beneficiarios de pólizas de seguros sobre la vida, en su art. 3 c) se dice de forma expresa que constituye el hecho imponible a los efectos de este impuesto «la percepción de cantidades por los beneficios de contratos de seguros sobre la vida cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario», frente a la legislación anterior, donde sólo por vía de deducción (obtenida de los actos exentos y bonificados) se desprendía la sujeción de las citadas adquisiciones; en el precedente Texto Refundido de 1967 estaban sujetas las adquisiciones por herencia o legado de bienes, derechos y acciones, sin alusión dentro del ámbito del hecho imponible a las percepciones de cantidades de los beneficiarios de un seguro de vida, no obstante los arts. 19 y 20 del mismo establecían unos beneficios tributarios que afectaban a los contratos de seguros sobre la vida.

(184) Ar. 131.

(185) Es importante *vid.* el comentario que hace LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* t. V, *cit.* p. 544, sobre estos problemas, quien se cuestiona la validez de la calificación del acto como nulo y la supuesta «ilicitud de causa», lo que implicaría su impugnabilidad por cualquiera y la invalidez absoluta en las transmisiones sucesivas a adquirentes de buena fe —dice—. «En otro aspecto resultaría ilógico que los contratos en fraude de acreedores fueran meramente rescindibles, mientras el fraude de un derecho más débil, como el del legitimario, diera lugar a la nulidad absoluta o inexistente».

(186) Ar. 6392.

(187) Ar. 7921.

PASTOR VINARDELL (188) da cuenta de los diversos textos legislativos en los que por virtud del Impuesto de Sucesiones quedaba gravado el seguro de vida, por lo que, hoy, las previsiones de la nueva Ley, en torno a esta específica cuestión, no resultan en modo alguno una novedad.

La inmediata regulación anterior a la Ley actual de 1987 se refería a la tributación de estas cantidades, señalando las exenciones y bonificaciones que le serían aplicables (189), el Texto Refundido del Impuesto General sobre las Sucesiones de 6 de abril de 1967 se refería a los seguros de vida en sus arts. 19.1.3, 20, 22 b), 17.1 c), 142.3, 144.1, regulando las condiciones en las que serán de aplicación aquellos beneficios fiscales, los responsables subsidiarios del pago de este impuesto, la colaboración de las compañías de seguros, etc. En todo caso, reputado insuficiente, creando una confusa situación sobre el alcance y la verdadera tributación por este impuesto de las cantidades derivadas de dichos seguros ante la ausencia de una clara y expresa referencia, por lo que desde diversos sectores doctrinales se venía reclamando un nuevo sistema de tributación que se ocupase con mejor criterio de la regulación de los seguros de vida evitando las disparidades y discrepancias surgidas (190).

A estos problemas trata de dar respuesta la actual Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, constatando el preámbulo de la misma cómo una de las delimitaciones de mayor mérito a que atiende, junto con otras referencias, es la mención específica de las adquisiciones realizadas por los beneficiarios de pólizas de seguros sobre la vida, a cuya regulación destina en particular los arts. 3 c), 5, 8 y 9 (191).

(188) PASTOR VINARDELL, «Los seguros de vida ante el Impuesto de Sucesiones», en *Impuestos sobre sucesiones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, Estudios de hacienda pública*, Ministerio de Hacienda, vol. 1, 1977, pp. 789 a 792. Vid. también MIR DE LA FUENTE, «El seguro de vida en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *Impuestos*, 1989, pp. 83 y ss.; CAZORLA SALVADOR MONTEJO, *El Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, Madrid, 1991, pp. 83 y ss.

(189) MIR, «El seguro de vida ...», *cit.* pp. 86 y ss., CAZORLA SALVADOR, *El Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, *cit.* pp. 18 y ss.

(190) PASTOR VINARDELL, *Ibidem*, p. 823, manifestaba que es insuficiente la actual normativa tributaria reguladora del gravamen por el Impuesto de Sucesiones de las sumas aseguradas derivadas de pólizas de vida, lo que hace necesario acudir a una constante interpretación jurídica de los textos normativos para salvar las lagunas existentes, por ello es urgente una regulación detallada de todas las cuestiones que en el ámbito del impuesto plantea el seguro de vida, contemplado en él sus distintas variedades y las funciones que cada una de ellas cumple en el tráfico jurídico, pero dada la naturaleza de las lagunas existentes y en virtud del principio de reserva legal esta regulación no debe realizarse en un futuro reglamento del impuesto, sin que el cumplimiento de dicho principio exija una normativa con rango de ley formal.

(191) Sobre las principales aportaciones de este texto *vid.* CAZORLA SALVADOR MONTEJO, *El Impuesto de Sucesiones...*, *cit.* pp. 29 y ss.

Su art. 3 c) dispone, como ya se ha recogido, que el hecho imponible de este impuesto también está constituido por las percepciones de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario, «luego, según el tenor literal de este precepto, los casos en que el contratante y beneficiario sean la misma persona, no están sometidos a sujeción, ya que la exigencia de que haya una disparidad personal entre contratante y beneficiario es la que justifica la incidencia sobre esta materia del Impuesto sobre Sucesiones, porque el legislador estima que se produce una estipulación en provecho de tercero, por virtud de la cual el beneficiario adquiere un determinado caudal sin ningún sacrificio económico de su parte, es decir, de una forma totalmente gratuita. Lo que no implica que aquella operación esté exenta de gravamen: cuando una persona recibe un acervo económico como consecuencia de haber contratado una póliza en su propio beneficio, en ese momento se produce una plusvalía en su patrimonio, que lógicamente debe estar sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, es decir, la diferencia entre la indemnización percibida y las primas pagadas, en su caso actualizadas, tributarán como incremento patrimonial a título oneroso en el Impuesto sobre la Renta» (192); el art. 5 c) desde el punto de vista de los sujetos pasivos y responsables, señala que están condicionados al pago del impuesto a título de contribuyentes «en los seguros sobre la vida, los beneficiarios»; siendo subsidiariamente responsables del pago del impuesto en las entregas de cantidades a quienes resulten beneficiados como herederos o designados en los contratos, las entidades de seguros que las verifiquen (art. 8 b)); constituyendo la base imponible del impuesto, especifica el art. 9 c), «en los seguros sobre la vida, las cantidades percibidas por el beneficiario; en todo caso, «las cantidades percibidas por razón de seguros sobre la vida se liquidarán acu-

(192) Expresa MALDONADO LOZANO, «La tributación del seguro en el Impuesto de Sucesiones», *Impuestos*, n.º 13, julio 1989, pp. 8 y 9; *vid.* también MENÉNDEZ, «Breve repertorio del nuevo Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *Impuestos*, 1989, pp. 17 y 18. Añadiendo el primero que como la Ley no distingue entre los seguros de vida quedan sujetos al impuesto los seguros de vida para caso de fallecimiento, en que el evento del que depende el pago de la indemnización es el fallecimiento del asegurado, como los seguros para caso de vida, en que el pago de la indemnización depende de la supervivencia del asegurado en fecha determinada. Por el contrario, SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, Centros de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1988, p. 39, basándose en una interpretación sistemática de los arts. 9, 20 y 24 de la Ley entiende que sólo resultarían gravados los seguros de vida para caso de fallecimiento. También puede verse MARTÍN MORENO, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Granada, 1989, p. 17; PEÑA ALONSO, *Las adquisiciones por herencia y donaciones sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1992, pp. 194 y ss.; ARIAS VELASCO-RODRÍGUEZ ROJO, *Manual del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Barcelona, 1988, p. 24. Sobre la determinación de cuál sea el ámbito de la nueva Ley en materia de seguros se pronuncia también La Circular 2/1989, de 22 de noviembre.

mulando su importe al del resto de los bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario cuando el causante sea a su vez, el contratante del seguro individual o el asegurado en el seguro colectivo»; completado con las normas generales sobre liquidación, reducciones,... y lo preceptuado por la Disposición Transitoria 4.^a, teniéndose en cuenta que quedan sujetas al impuesto los seguros de vida tanto si las cantidades que percibe el beneficiario lo son en forma de renta o pensión, temporal o vitalicia.

Como se ve, el legislador a través de diversos preceptos, parte de una aparente similitud (artificial y falsa, que, por otra parte, no es nueva) entre estas prestaciones y el fenómeno sucesorio, *vid.*, entre otros, los arts. 9 c) o 20 según el cual la base imponible «en las adquisiciones *mortis causa*, incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros de vida...», o el art. 24 «en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida el impuesto se devengará...».

Defendida la exclusión del capital asegurado de la herencia, y el derecho propio y autónomo del beneficiario respecto del patrimonio del estipulante-asegurado a todas luces parece impropio e incorrecto la sujeción de estas cantidades a un Impuesto de Sucesiones, o el tratamiento conjunto de éstas y el caudal hereditario, aunque la Circular 2/1989 sobre el tratamiento del contrato de seguro en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones explique que «si en la normativa del Texto Refundido de 1967 el hecho imponible estaba constituido por la adquisición de bienes y derechos por herencia o legado () y si estaba sujeta la percepción de cantidades como consecuencia de seguros sobre la vida, parece claro que ello obedecía a que en estos casos se producía una adquisición *mortis causa*. Pero, en la normativa de la nueva Ley, el camino para la sujeción del seguro sobre la vida para caso de muerte es distinto, ya que, con independencia de que en las letras a) y b) del art. 3 se sigan gravando las adquisiciones por herencia, legado o donación, aparece otro hecho imponible con sustantividad propia: la adquisición de cantidades derivadas de un contrato de seguro sobre la vida, que queda sujeta al Impuesto, aunque no se asimile a una adquisición por herencia o legado, cuando el evento cuyo riesgo se asegura esté constituido por el fallecimiento del asegurado».

Si la cuantía derivada del seguro de vida, pensando además en concreto, para caso de fallecimiento, es independiente, como se ha fundamentado, de todo fenómeno sucesorio, no sustraído del patrimonio del estipulante ni asegurado, cuya naturaleza es la de un contrato a favor de tercero, no una disposición de última voluntad *mortis causa*, el sistema fiscal debe respetar la verdadera naturaleza jurídica de los hechos y actos que sujeta a imposición. El tratamiento que se da al contrato de seguro constituye un verdadero *ius singulare* en favor del mismo en atención a la especial intención del asegurado o contratante manifestada en el modo de designación del beneficiario, pudiéndose exigir solamente, y si procede, el reembolso de las primas pagadas en

fraude de los legitimarios (o de acreedores), a los efectos de respetar otras previsiones legales aceptadas, pero el capital asegurado, a través de este negocio, se configura, conforme a su naturaleza, al margen del as hereditario de la persona cuya muerte origina el devengo del mismo, el derecho del beneficiario fijado en la póliza no deriva de la transmisión sucesoria del causante; en consecuencia, no parece exacto el marco impositivo que le ha dispensado la Ley de 1987. Excepción hecha, claro está, de la ausencia de designación de beneficiario, en cuyo caso pasaría la suma asegurada a la herencia del causante, del asegurado, o cuando éste nombrase como beneficiaria a la propia herencia, en estos casos las cantidades derivadas de los seguros de vida forman parte del caudal hereditario y se someten a gravamen como el resto de los bienes dejados por el causante sin ninguna especialidad, se gravan en concepto de herencia por la letra a) del n.º 1 del art. 3, en otro caso no deben ser asimilados a la sucesión (193).

Las consecuencias de la reforma en esta materia han sido objeto de diversas críticas al tiempo de la aprobación de la Ley y durante los debates parlamentarios (194). La contemplación de los seguros de vida ha sido una de las causas (195), son fuentes distintas de renta, de un lado la sucesión y de otro el seguro, que no es sino un contrato que toma en consideración, en el supuesto de seguro de vida para caso de fallecimiento, el hecho de la muerte. Incluso atendiendo al criterio economicista y anti-inflacionista, se ponen de manifiesto diferencias radicales que deberían ser tenidas en cuenta por el legislador fiscal, pues éste es un medio de ahorro que implica la desposesión por el ahorrador de sus bienes y desde el punto de vista del asegurado un canal de inversión, ya que las compañías de seguros son intermediarias financieras en el mercado de capitales, rígidamente controladas por el Estado en cuanto a la forma y destino de sus inversiones. Por ello no cabe una posible relación de sustitución entre la herencia y el seguro de vida, lo que impide que pueda buscarse este último medio como técnica de fraude de la ley fiscal en aquellos casos en que la tributación del seguro de vida es más favorable que la de la herencia (196).

(193) Vid. la opinión particular de TEJERIZO LÓPEZ, «El hecho imponible en el Impuesto sobre Sucesiones», *La fiscalidad de las sucesiones y las donaciones*, vol. col., Valladolid, 1989, pp. 50 y ss.

(194) Vid. CAZORLA SALVADOR MONTEJO, *El Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, cit. pp. 91 y ss.

(195) Crítica a la que alude también BALLESTER GINER, *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, Madrid, 1988, p. 329. Vid. *Comentarios a la nueva Ley del impuesto de sucesiones y donaciones*, Madrid, 1988, p. 29; otras cuestiones problemáticas de esta Ley son tratadas por MENÉNDEZ, «Aspectos problemáticos de la nueva Ley del Impuesto sobre las Sucesiones», *Rev. de Derecho financiero y de Hacienda pública*, 1988, pp. 1103 y ss.

(196) Palabras tomadas de PASTOR VINARDELL, «Los seguros de vida ante el Impuesto de Sucesiones», cit. p. 787. Vid. también SIMÓN ACOSTA, «Base liquidable, tipos de gravamen y deudas tributarias», en *La fiscalidad de las sucesiones y las donaciones*, vol. col., Valladolid, 1989, pp. 205 y ss.

Con la regulación anterior (Texto Refundido) —expone MARTIN MORENO— se entendió que los seguros de vida gravados por el impuesto se asimilaban a la donación *mortis causa*. La tan citada sentencia del T.S. de 16 de febrero de 1970 (197) en esta sede declaró que «en el fondo de la cuestión y en obviación de disquisiciones confundentes, debemos atenernos, como la única fuente útil perseguible, a discernir si, calificase técnicamente el concertado seguro del modo que se prefiera en el terreno de la temática jurídica mercantil, ha habido o no una real transmisión sucesoria de bienes; pues esto y no otra cosa es la que a la Ley y al Reglamento del Impuesto de Sucesiones interesan. Si la razón —continúa aquel autor— del gravamen sobre estas cantidades no era otra que la posición especial del beneficiario y la tributación de su adquisición lucrativa se estaría dando pie a la consideración de cualquier seguro de vida con beneficiario tercero dentro de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Los partidarios del gravamen generalizado de los seguros sobre la vida por la Ley del impuesto encontrarían una segunda vía de acceso al hecho imponible, en la criticada expresión de la letra b): «cualquier otro negocio a título gratuito e *inter vivos*».

Según esto y otro datos, el legislador fiscal poco preocupado por la verdadera calificación jurídica de los actos que somete al impuesto, pensando en este caso concreto, ante una disposición patrimonial abstracta presume que su causa es gratuita, como en la mayoría de los casos así será, para no liberarle de la tributación; en defensa de los intereses de la Hacienda pública presume que hay un incremento patrimonial gratuito para el beneficiario; parte y considera la premisa de que el beneficiario, porque exige que el contratante sea persona distinta del beneficiario, adquiere esta suma de una forma lucrativa, salvo que se demuestre su onerosidad, que el beneficiario ha verificado una contraprestación o se ha obligado a realizarla, entonces, sería un supuesto de no sujeción de las cantidades percibidas por el beneficiario de un contrato de seguro de vida celebrado con el objeto de garantizar el pago de una deuda anterior del asegurado, cuando el beneficiario sea el acreedor y así conste en la póliza (198).

Sometiendo a este impuesto el beneficio que recibe el tercero en provecho del cual se estipula el seguro de vida para caso de fallecimiento, bien porque considere que tales seguros cobijan una forma sutil de herencia o bien porque simplemente tenga en cuenta que se produce un incremento patrimonial gratuito para el beneficiario, el resultado —como afirma MENENDEZ HERNANDEZ— es que en realidad se va a perseguir a un contrato aleatorio y oneroso, perfectamente regulado en el Código civil que cumple una importante función social,

(197) Ar. 867, Contencioso-administrativo.

(198) Como reconoce MALDONADO LOZANO, «La tributación del seguro en el Impuesto de Sucesiones», *cit.* p. 8.

puestos a justificar —dice— estos negocios jurídicos aleatorios, más ortodoxo resultaría gravar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a los perceptores de premios de juegos de azar, lo que no es sino una de las grandes contradicciones del legislador fiscal. No es lógica la postura que adopta el legislador, gravando a los beneficiarios de las pólizas de seguros sobre la vida por el hecho de que realizan una adquisición gratuita, porque se fija en el beneficio y olvida el carácter sinalagmático del contrato de seguro (cuando en el contrato aleatorio de juego que ostenta la misma naturaleza contractual la política legislativa no ha sido la misma), en estos casos la compañía de seguros, ocurrido el evento, entrega al beneficiario la suma asegurada en cumplimiento de la obligación de pago asumida en el pasado cuando suscribió el seguro. La Ley del impuesto se fija con exclusividad o toma en cuenta la fase de ejecución del contrato: el pago o cumplimiento de la obligación del asegurador, parece que lo que determina la sujeción del gravamen es el hecho material de la entrega de dinero y el verdadero hecho imponible en el Impuesto sobre Transmisiones es el acto o negocio jurídico que sirve de título para que la entrega tenga lugar. No obstante, dice, en la base de la tributación está el contrato de seguro, el que la Ley se refiera a las percepciones de cantidades de él derivadas no es otra cosa que una estratagema desorientadora para mantener la imposición deseada, cuando, en realidad, el contrato de seguro constituye un negocio jurídico totalmente ajeno a los planteamientos sucesorios (en su opinión el contrato de seguro debería tributar por el IVA y nunca por el Impuesto de Sucesiones, o bien por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, porque las cantidades que perciben los beneficiarios constituyen la prestación específica de la compañía aseguradora, no son el resultado de una transmisión *mortis causa* sino que representan el objetivo propio de un contrato o acto entre vivos, nunca tales prestaciones deberían constituir materia tributable del Impuesto de Sucesiones, en tal caso de los impuestos citados en cuanto que inciden sobre la contratación entre vivos. No tiene ninguna lógica —dice el autor citado— que se incluya en el área imponible del Impuesto sobre Sucesiones a las adquisiciones que se generan a favor de los beneficiarios de dichas pólizas, porque el proceso adquisitivo derivado de un contrato de seguro es materia totalmente extraña a las premisas caracterizadoras de tal impuesto, el beneficiario se lucra, si es el caso, de las prestaciones derivadas de un contrato oneroso, aleatorio e *inter vivos* que nada tiene que ver con los mecanismos propios de las herencias. No es propio que la Ley del Impuesto de Sucesiones al beneficiario de una póliza de seguro al percibir la indemnización consecuente al fallecimiento del asegurado deba satisfacer la cuota correspondiente del impuesto hereditario.

En consecuencia, como reclama este autor, se hace preciso una modificación de los perfiles fiscales para poner de acuerdo la legislación tributaria con la legislación sustantiva y evitar que los impuestos desafinen cuando interpretan el Código civil y demás

leyes sustantivas, abogando en un futuro texto del Impuesto de Sucesiones por la supresión o sujeción de estas cantidades (199).

La verdad, es que el tratamiento de esta cuestión y la raíz de este problema no es nuevo, el planteamiento diferenciado de las cantidades percibidas como consecuencia de un contrato de seguro de vida para caso de muerte es un problema debatido desde hace tiempo, su consideración obligada aquí deriva de la relación directa con el tema propuesto. No han faltado opiniones en un sentido y en otro, se ha defendido, incluso, la supresión de los beneficios fiscales en favor de las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida, en consideración a que desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del seguro no hay nada —se ha dicho— que lo diferencia de una donación, pues la entrega de capital que realiza la compañía de seguros supone un consiguiente enriquecimiento gratuito del beneficiario; el tomador del seguro contribuye con la entrega de las primas a hacer efectivo dicho enriquecimiento, guiado por un propósito de simple liberalidad, la muerte no es sino —se ha manifestado— la condición y el hecho determinante de la posibilidad de cobro del seguro.

Pero, en buena técnica jurídica, esto no parece demasiado correcto, el grupo asegurador no atribuye una liberalidad al beneficiario otorgándole la suma asegurada, cantidades que son, según el art. 9 c) de la Ley, gravadas por este impuesto como base imponible, por otra parte, ya se ha comentado, que son las primas, si la relación de valuta entre estipulante y beneficiario tiene *causa donandi*, las que representan la disminución del patrimonio del contratante, y por tanto son ellas las que determinan, en tal caso, la importancia de la liberalidad. Y aquí lo que hay es un contrato oneroso y aleatorio, eso sí, que origina aquella ejecución, sobre el que debe recaer en su caso el gravamen, la compañía aseguradora no realiza un acto de liberalidad respecto del beneficiario designado, que es contraprestación de las primas entregadas por el contratante, ni el derecho del tercero deriva del patrimonio del estipulante, ni hay una transmisión desde su patrimonio a este tercero, y cuya relación con el beneficiario puede responder a una *causa donandi* o no, *solvendi* o *credendi*, pero no considerar liberalidad al capital del seguro, hecho imponible de este impuesto, que ni se transmiten desde el patrimonio del estipulante, ni son un acto gratuito otorgado por el grupo asegurador, que no actúa como sujeto con ánimo de liberalidad. Hay notables diferencias entre este hecho y las adquisiciones a título lucrativo en virtud de una donación, aunque en este caso el tercero, que no es parte en el contrato pero cuyo derecho deriva de lo estipulado en él adquiera la suma asegurada porque el estipulante quiera beneficiarle, y mucho más se encuentra separado de la herencia, incluso podría

(199) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *El nuevo Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Valencia, 1988, pp. 49 y ss.

decirse que la diferencia entre estas dos situaciones es un falso problema porque implican situaciones distintas, aunque pudiera verse una aparente semejanza con la sucesión *mortis causa*, porque un tercero adquiere una cantidad o un derecho a la muerte de una persona, en este caso del asegurado. En consecuencia, no es muy acertada la inclusión de la adquisición que se genera a favor de los beneficiarios de las pólizas de seguros en el área impositiva de este Impuesto sobre Sucesiones, este contrato en el juego recíproco de prestaciones y contraprestaciones es materia extraña a las premisas caracterizadoras de tal impuesto.

DICTAMEN

Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho (*)

MIQUEL MARTÍN CASALS
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Girona

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 1.1. Los denominados «Registros Municipales de Uniones Civiles». 1.2. Las Proposiciones de Ley sobre las parejas de hecho. 1.3. Algunos datos sobre la pareja de hecho. 2. PAISES SIN REGULACION ESPECIFICA. 2.1. Francia. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) Subrogación en el arrendamiento de la vivienda. (bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. 2.2. Italia. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. c) Otros sectores. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda. (bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. 2.3. Inglaterra. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. c) Otros sectores. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda. (bb) Indemnizaciones por muerte. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. (aa) Derechos sucesorios del conviviente supérstite. 2.4. Alemania. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. c) Otros sectores. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) La vivienda arrendada. (i) Titularidad conjunta de los convivientes. (ii) Titularidad exclusiva de uno de los convivientes. (bb) Indemnizaciones por muerte. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. (aa) En particular, la vivienda en propiedad. (bb) En particular, los bienes del ajuar doméstico. (cc) Derechos sucesorios del conviviente supérstite. 3. PAISES CON REGULACION ESPECIFICA. 3.1. Suecia. A. Antecedentes. B. La Ley

(*) Este trabajo tiene su origen en un informe del mismo nombre elaborado por encargo del *Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya*, que fue entregado a primeros de junio de 1995. Para su reelaboración se contó con el apoyo de la *Universitat de Girona* y de la CICYT. A todos ellos, gracias. En todo caso, *las opiniones que en él se manifiestan reflejan exclusivamente las de su autor.*

(1987:232) sobre el hogar común de los convivientes de hecho. a) Ambito de aplicación. aa) Ambito personal. (bb) Ambito material: bienes comprendidos. b) Régimen de la vivienda y del ajuar doméstico. (aa) Límites a la libertad de disposición. (bb) División y liquidación de los bienes. (cc) El derecho a continuar en la vivienda común. 3.2. Australia. A. Antecedentes. B. La regulación de Nueva Gales del Sur. a) Requisitos para que exista «pareja de hecho». b) La compensación patrimonial. (aa) La compensación de patrimonio («property») en sentido estricto. (bb) La compensación de medios: la pensión compensatoria. c) La pensión alimenticia. d) Otros aspectos: el cese de la convivencia de hecho por muerte. (aa) Derechos hereditarios del conviviente supérstite. (bb) Derecho a obtener una pensión con cargo a la herencia. (cc) Indemnizaciones por causa de muerte. (dd) Pensiones de viudedad. 3.3. Canadá. A. Antecedentes y figuras generales. a) El recurso a las figuras generales en las jurisdicciones del *Common Law*. (aa) El *constructive trust*. (bb) El *resulting trust*. (cc) La doctrina del *Quantum meruit*. b) El recurso a las figuras generales en la jurisdicción del *Civil Law*. B. Las soluciones legislativas. En especial, la regulación de Ontario. a) Requisitos para que exista «pareja de hecho». b) La pensión compensatoria. c) La atribución del uso de la vivienda familiar. 4. EPILOGO: ALGUNAS LINEAS GENERALES DE UNA POSIBLE REGULACION CATALANA. 4.1. Pleno respeto a la libertad matrimonial. 4.2. La división y la distribución de los bienes adquiridos por ambos convivientes. 4.3. La compensación de las contribuciones económicas indirectas y de la dedicación al hogar y a los hijos para evitar el enriquecimiento injustificado. 4.4. La exclusión de pensiones alimenticias. 5. BIBLIOGRAFIA CITADA.

1. ANTECEDENTES

A principios de 1994, el Tribunal constitucional resolvió el recurso de amparo presentado por una mujer que había convivido 55 años sin contraer matrimonio y a quien tras la muerte de su compañero le fue denegada la pensión de viudedad que solicitaba; ambos convivientes eran solteros, habían tenido hijos a los que habían dado sus apellidos, pero no se habían casado por el rechazo que la institución matrimonial —por sus profundas convicciones anarquistas— había provocado desde siempre al conviviente premuerto. La STC 66/1994, de 28 de febrero —que negó el amparo— reiteraba la doctrina tradicional del Tribunal, según la cual no son necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE ni con el principio de igualdad las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato diferente y más favorable a la unión familiar que a otras unidades de convivencia, ni tampoco aquellas otras que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre que con ello no se coarte ni se pongan dificultades irrazonables al hombre y a la mujer que deciden convivir *more uxorio*. El alto

tribunal añadía que «no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer vínculo matrimonial» (1).

La sentencia reavivó el debate sobre la convivencia de hecho y, junto a numerosos artículos periodísticos, provocó dos fenómenos que conviene mencionar: la eclosión de Plenos municipales que aprobaban entusiásticamente los llamados *Registros Municipales de Uniones Civiles* y la presentación en el Parlamento de Cataluña de dos proposiciones de Ley que, afortunadamente, nunca llegaron a convertirse en Ley. A ambos fenómenos me voy a referir brevemente, centrándome en todo caso en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

1.1. Los denominados «Registros Municipales de Uniones Civiles»

De marzo a setiembre de 1994 se adoptaron acuerdos para la creación de *Registros Municipales de Uniones Civiles* en al menos 22 municipios de Cataluña (2).

El principal argumento que se aducía para su creación era «... la inquietud social que ha surgido últimamente respecto a que las parejas de hecho vean garantizado su derecho a la no discriminación social con base a lo que establece el art. 14 de la Constitución española». Los acuerdos que crean los registros parten aparentemente de dos modelos que van corriendo de municipio en municipio y se observan en su redacción síntomas evidentes de precipitación cuando no de verdadera chapuza jurídica. En ocasiones, establecen los requisitos para poder registrarse como pareja de hecho, en otras prefieren señalar que éstos se establecerán reglamentariamente y, finalmente, en otras olvidan algunos de los que podrían ser más elementales, como por ejemplo estar empadronado en el municipio en el que se pretende realizar la inscripción; por regla general, requieren que aquellas personas que quieran inscribirse sean mayores de edad o menores emancipados, y establecen que tendrán acceso al registro tanto las parejas heterosexuales como las del mismo sexo. También suelen impedir que se puedan inscribir

(1) STC 66/1994, de 28 de febrero, Sala Segunda, Ponente Luis López Guerra, BOE núm. 71, 24-3-1994, FJ 3.º.

(2) De los que el autor de este trabajo ha tenido conocimiento, por orden alfabético y con indicación de la fecha de adopción del acuerdo: Amposta (30-05-1994); Cadaqués (25-07-1994); Calldetenes (31-05-1994); Castellbisbal (30-05-1994); Esplugues (21-07-1994); Igualada (19-04-1994); La Llagosta (28-04-1994); La Sènia (4-07-1994); Martorelles (25-04-1994); Parets del Vallès (13-05-1994); Polinya (12-05-1994); Prat de Llobregat (02-06-1994); Sabadell (30-03-1994); Sant Feliu de Llobregat (26-05-1994); Sant Sadurní d'Anoia (29-04-1994); Santa María de Palau Tordera (28-04-1994); Tàrraga (5-05-1994); Torelló (5-07-1994); Torroella de Montgrí (28-04-1994); Ulldecona (16-05-1994); Vacarisses (6-05-1994) y Vilasar de Mar (21-07-1994).

los parientes por consanguinidad, sin indicar el grado o bien indicando que en la línea colateral la prohibición llega hasta el segundo grado. A veces exigen un período de convivencia previa de dos años, otras que no haya vínculo matrimonial subsistente; en alguna ocasión llega a afirmarse, sin más, que el acceso al registro se extenderá a aquellas personas «que no tengan relaciones matrimoniales sino de convivencia». No es necesario insistir en que tales registros no establecen ninguna relación con el Registro Civil ni tampoco entre ellos mismos, con lo cual pueden no sólo publicar algo que sea contrario a lo que consta en aquél sino permitir que quien hoy se inscribe en un registro como pareja de hecho con su vecina pueda ir mañana a otro municipio a inscribirse con su sobrina y, pasado mañana, a un tercero para hacerlo con su propia mujer, sin necesidad de haberse dado de baja ni del primero ni del segundo y, tal vez, sin necesidad de estar empadronado en ninguno de los tres municipios.

¿Hubiera sido conveniente recordar a los ilustres munícipes que las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas se han inscrito tradicionalmente en el Registro Civil, registro que —como es bien sabido— es muy complejo y que, aunque se pueda estar de acuerdo en que podría incluir nuevas figuras, es más que respetable? ¿Acaso también que el art. 325 CC aún dice que los actos relativos al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado a este efecto y que, de acuerdo con el art. 1 LRC, este registro es el Registro Civil en el que «...se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley»? Un estudiante de los primeros cursos de cualquiera de las múltiples Facultades de Derecho que existen en nuestra vasta geografía sabe perfectamente que con ello se pretende dar seguridad y certeza al tráfico jurídico en el que la eficacia de los actos y de los negocios jurídicos depende fundamentalmente del estado civil de las personas, en la medida en que determina su capacidad de obrar; que por esas razones, se inscribe en el Registro Civil la celebración del matrimonio y, a su margen, las sentencias sobre divorcio, nulidad y separación matrimonial (arts. 69 y 76 LRC); que la inscripción constituye la prueba de los hechos inscritos (art. 2 LRC) y da fe de aquello que en ella consta; que constituye también título de legitimación del estado civil, que hace posible el ejercicio de las facultades y derechos que forman su contenido y, finalmente, que el Registro es público (art. 6 I LRC) y ampara a aquellos terceros que actúen en la confianza de lo que publica.

Dadas esas circunstancias, resulta obvio que la acreditación o presunción de la situación de pareja de hecho no puede hacerse al margen del Registro Civil o, al menos, mediante la inscripción en un registro que ignore su existencia. El establecimiento de esos registros y su necesaria coordinación con el Registro Civil no dejan de ser problemáticas:

a) En primer lugar, porque de acuerdo con el art. 149.1.8.^a CE, parece que la potestad legislativa en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos está reservada en exclusiva al Estado.

b) En segundo lugar —y si por alguna razón que no se me alcanza pudiera superarse la primera dificultad— porque la coexistencia de unos registros relativos a la pareja de hecho con el Registro Civil no podría permitir que dos registros oficiales diferentes proclamasen realidades contradictorias. Una situación de ese tipo minaría gravemente la seguridad del tráfico jurídico y la función de protección de terceros que ejerce el Registro.

Parece claro, pues, que esos pretendidos registros municipales, a imitación de los que en momentos de exaltación han proliferado en otros países —como en el caso de Francia— tienen un valor puramente testimonial y simbólico y no resisten el más mínimo análisis jurídico. Esas mismas consideraciones son aplicables a los dos Proposiciones de Ley que fueron presentadas en el Parlamento de Cataluña en 1994.

1.2. Las Proposiciones de Ley sobre las parejas de hecho

En 1994 se presentaron en el Parlamento de Cataluña las Proposiciones de Ley del Grupo Parlamentario de *Iniciativa per Catalunya* (en adelante, PIC) y del *Grup Socialista* (en adelante, PGS) con el propósito de regular las relaciones de la pareja de hecho (3). En la práctica, ambas proposiciones venían a regular una especie de matrimonio aforal que creaba un nuevo status entre los convivientes y que, sin temor a equivocarse, podía considerarse como una suerte de matrimonio paralelo y de segunda clase.

Antes de entrar en consideraciones sobre ese nuevo tipo de matrimonio, debe apuntarse la duda de si la Generalidad de Cataluña hubiera tenido competencia para regularlo. Como es conocido, en el marco de competencias legislativas establecido por el art. 149.1 8.^a CE y el art. 9.2 EAC, relativo a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán, quedan excluidas las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio». El artículo ha sido objeto de diversas interpretaciones. Según la que más restringiría la competencias del Parlamento de Cataluña, reservaría al Estado la competencia exclusiva de todo aquello que afecta a las relaciones personales entre cónyuges, mientras que el *Parlament* sólo podría legislar en los aspectos patrimoniales de la relación conyugal. Según la interpretación más amplia, también discutible, más favorable a la competencia legislativa del Parlamento de Cataluña y sostenida por algún sector de la doctrina catalana, la competencia del Estado se limitaría a la constitución del vínculo conyugal y la expresión «formas del matrimonio» se referiría a la

(3) *Proposició de Llei de les parelles de fet*, presentada por el Grupo parlamentario de *Iniciativa per Catalunya* (BOPC núm. 228, 16-5-1994, p. 14484-14485) y *Proposició reguladora de les parelles de fet*, presentada por el *Grup Socialista al Parlament de Catalunya* (BOPC núm. 260, 27-9-1994, p. 16409-16412).

celebración del matrimonio en forma civil y en forma religiosa y a la inscripción de una y otra forma en el Registro Civil.

A la duda competencial, debe añadirse que el derecho a casarse establecido en la Constitución comporta también el derecho a no hacerlo. El art. 32 CE atribuye al Estado una especial protección del matrimonio que no puede exigir la pareja de hecho porque precisamente no es o no puede ser matrimonio. En este sentido, el art. 32 CE justifica un trato diferenciado del matrimonio y de la pareja de hecho que es perfectamente compatible con el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE. Ello no significa que el art. 32 CE impida que se puedan dictar normas para las parejas de hecho u otras relaciones análogas; de todos modos, la libertad matrimonial (art. 32.1 CE) y el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) exigen una cierta prudencia en la regulación que se establezca para evitar que el conviviente de hecho se encuentre inmerso, de modo insospechado, dentro de las relaciones propias de un matrimonio que no ha deseado.

En efecto. El art. 32 CE reconoce el derecho a contraer matrimonio (*ius connubii*) con carácter de regla que vincula a todos los poderes públicos, y su desarrollo —que está reservado a la Ley— debe respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Ese derecho tiene un aspecto de libertad positiva: impide que el legislador ordinario pueda poner obstáculos irrazonables, dilaciones innecesarias o costos excesivos a su realización; le impide también que pueda condicionar la celebración del matrimonio a requisitos personales, sociales o económicos que no estén directamente relacionados con datos fundamentalmente biológicos y físicos, como por ejemplo la edad o la capacidad; finalmente, impide que pueda asociar al matrimonio la aplicación de sanciones o consecuencias jurídicas perjudiciales y discriminatorias.

Como otra cara de la moneda, ese derecho tiene también un aspecto de libertad negativa o, dicho de un modo más llano: contraer matrimonio es un derecho, no un deber u obligación. La proposiciones de Ley presentadas vinculaban al mero hecho de la convivencia, mantenida durante un tiempo determinado, todos los efectos propios del matrimonio; incluso, al establecer que la suerte de matrimonio aformal que pretendían regular se imponía por el simple hecho de tener un hijo (art. 1 PIC y art. 1 PGS) resucitaban de algún modo el antiguo matrimonio del raptor, en una versión remozada que lo ponía al día. Al no vincular a ninguna declaración de voluntad los efectos que establecían (arts. 1 y 2 PIC y PGS), dichas proposiciones eran necesariamente contrarias al principio de libertad matrimonial contenido en el art. 32 CE; al tener unos efectos que se imponían con independencia de la voluntad de los convivientes (art. 5 II PIC y art. 4 II PGS), creaban una especie de «matrimonio a la fuerza», también contrario al principio de libre desarrollo de la personalidad establecido en el art. 10 CE.

Probablemente, para conseguir ese resultado ni tan sólo era necesaria una regulación de la extensión de las que se proponían. Habría bastado un solo artículo que hubiera dicho que las parejas de hecho se equiparaban a las matrimoniales.

No obstante, no parece que fuera ese el propósito de las proposiciones de Ley que se presentaban; parecía más bien que quisieran crear una nueva forma de matrimonio que gozara de los mismos efectos mientras se mantenía la convivencia, pero sin los inconvenientes de someterlo al enojoso trámite de un divorcio en caso de que se quisiera disolver la unión.

En un análisis algo más detallado de las propuestas de regulación, puede observarse que lo que pretendían era convertir la pareja de hecho en un fenómeno que fuera a la vez espejo y espejismo del matrimonio. Pareja de hecho y matrimonio estaban cortados por el mismo patrón y, por ello —y al igual que las parejas matrimoniales— las parejas de hecho se hallaban con:

a) limitaciones del poder de disposición de la vivienda habitual y de sus muebles de uso ordinario (art. 6 PIC y art. 5 PGS) (equivalentes a lo que dispone el art. 9 de la Compilación catalana (CDCC) para las parejas matrimoniales);

b) deberes de contribución a los «gastos convivenciales» (art. 6 PGS) y posible compensación al conviviente menos favorecido (art. 9 PIC y art. 6.3 II PGS) (equivalentes a lo que disponen los arts. 8.3 y 23 CDCC para las parejas matrimoniales);

c) ejercicio de la potestad doméstica (arts. 6.6 y 6.7 PGS) (equivalente, éste último, al art. 8.4 CDCC);

d) libertad de contratación y una especie de presunción muciana (art. 7 PGS) (equivalente al art. 18 CDCC);

e) posibilidad de pactar compraventas con pacto de sobrevivencia (art. 8 PGS) (equivalente a los arts. 24 y 25 CDCC);

f) usufructo viudal (art. 8 PIC y art. 9 PGS) (equivalentes al art. 331 CS);

g) *any de plor* (art. 8 PIC y art. 12 PGS) (equivalentes al art. 11 CDCC);

h) cuarta viudal (art. 14 PGS) (equivalente a los arts. 379 y siguientes CS);

i) atribución de los bienes del ajuar doméstico (art. 7 PIC y art. 13 PGS) (equivalentes al art. 10 CDCC);

j) derechos en la sucesión intestada (art. 13 PIC y art. 10 PGS) (equivalentes a los arts 322 y siguientes CS), etc.

Uno de los principales problemas que planteaba el intento de regulación era la definición de la pareja de hecho. Así, por ejemplo, el art. 1 PIC prescindía de toda definición y hablaba únicamente de «la pareja que haya convivido en unión estable», con lo cual, al no indicar ni siquiera que se refería a «personas», podía predicarse de la unión de

cualquier tipo de seres vivos susceptibles de convivir; el art. 1 PGS, en cambio, definía la pareja de hecho como la «formada por aquella persona que convive maritalmente o en una relación análoga de afectividad con otra persona...». Esta segunda definición, que tiene una cierta semejanza con la que se incorpora en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (4), podía parecer que incluía, además de las parejas heterosexuales, a la parejas homosexuales, las parejas del mismo o de otro sexo que forman personas de la tercera edad para procurarse atención y compañía mutuas, tal vez también las formadas por aquellas personas relacionadas por vínculos de parentesco muy cercanos y, en general, todas aquellas situaciones imaginables en que pudiera existir una relación de afectividad análoga al matrimonio. Sorprende, como mínimo, que ese abanico de situaciones tan distintas se quisiera regular unitariamente y reproduciendo, además, la regulación del matrimonio. Como se verá en el núcleo central de este trabajo, tanto un extremo como el otro no tienen precedentes de Derecho comparado en los países de nuestro ámbito cultural.

Debe tenerse presente que, incluso en la situación nuclear de la pareja de hecho, es decir, la formada por un hombre y una mujer que constituyen una unión análoga a la de un matrimonio al que sólo le falta la celebración formal, se parte de situaciones muy diversas. Esa pareja puede estar constituida por personas sin vínculo matrimonial previo o por personas que, una de ellas o ambas, ya han contraído un matrimonio que aún no se ha disuelto, y que se puede encontrar en un estadio de separación judicial o de hecho. Las regulaciones propuestas podían crear por ello conflictos irresolubles entre el conviviente de la pareja de hecho que está casado, su cónyuge y el otro conviviente de hecho y, al otorgar un trato más favorable a las parejas de hecho, podían comportar también una discriminación en contra de las parejas matrimoniales. Por poner sólo algunos ejemplos:

a) El art. 25.1.3r. CDCC prevé que en las compraventas con pacto de sobrevivencia el pacto será ineficaz «cuando se declare la nulidad del matrimonio, la separación judicial o el divorcio», con lo cual, según el art. 8 PGS —que lo extendía a la pareja de hecho— el cónyuge separado de hecho que conviviera como pareja de hecho con otra persona hubiera podido mantener situaciones de compraventa con pacto de sobrevivencia tanto con su cónyuge como con su conviviente pareja de hecho.

(4) La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos*, habla de «...persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual» (art. 12.4, 16.1.b) y art. 24.1), con lo cual incluye también las parejas homosexuales pero parece excluir otros modos de convivencia que estén al margen de todo tipo de relación sexual.

b) Una situación análoga se podía dar en relación con la cuarta viudal prevista para la pareja de hecho (art. 14 PGS). El cónyuge sobreviviente que se hubiera hallado conviviendo de hecho con otra persona hubiera tenido derecho a detraer la cuarta viudal tanto en la sucesión de su cónyuge como en la de su conviviente de hecho, siempre que hubiera resultado que estaba separado de su cónyuge judicialmente o de hecho por una causa que no le era exclusivamente imputable a él (art. 381.1r. CS, a contrario).

c) Una situación parecida se hubiera dado también en la sucesión intestada del cónyuge viudo por parte del cónyuge supérstite que venía conviviendo de hecho con otra persona, siempre que éste no estuviera separado de hecho de su cónyuge «por consentimiento mútuo expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio» (art. 334.2.^a CS). Como quiera que el simple cese de la convivencia no es causa de divorcio hasta transcurridos cinco años (art. 86.4.^a CC), el cónyuge sobreviviente que antes de ese plazo hubiera constituido una pareja de hecho (durante dos —art. 1 PGS— o tres —art. 1 PIC— años, o de «manera automática» al haber tenido un hijo) hubiera podido tener derecho a suceder tanto a su cónyuge como a su conviviente de hecho (arts. 13 PIC y art. 10 PGS). A la inversa, si quien hubiera convivido en una unión de hecho hubiera sido el cónyuge premuerto, el art. 13 PIC, al no regular esa situación, presuponía la concurrencia del conviviente de hecho con el cónyuge en la sucesión intestada. Debe reconocerse que el art. 10 PGS salvaba esa situación de conflicto («siempre que no sea llamado el cónyuge viudo en los casos previstos por la Ley»), pero no evitaba la primera situación de doble sucesión.

Ambas proposiciones de Ley establecían que la convivencia se podía acreditar «por cualquier medio admitido en derecho» y que la inscripción «en cualquier registro público creado al efecto» era un medio más de acreditación (art. 2 PGS) o presuponía «la existencia de pareja de hecho» (art. 2 PIC). Con esas normas, de gran impericia técnica, se pretendía legitimar a golpe de precepto legal la alocada actuación de aquellos Ayuntamientos que de manera precipitada habían creado los registros antes mencionados. Resulta obvio que la acreditación o presunción de la situación de pareja de hecho no se puede hacer mediante la inscripción «en cualquier registro público» que ignore la existencia del Registro Civil. Por otra parte, si la situación de pareja de hecho se hubiera podido acreditar «por cualquier medio admitido en derecho, incluido la inscripción en cualquier registro público creado al efecto» (art. 2 PGS), la inscripción en el Registro Civil hubiera perdido su carácter de título de legitimación y de título de prueba privilegiado, así como su función de protección a terceros, con lo cual, al poder contradecirse sus inscripciones por cualquier otro medio de prueba, hubiera dejado de tener sentido.

1.3. Algunos datos sobre la pareja de hecho

A modo de colofón de esta introducción, conviene apuntar algunos datos estadísticos sobre el alcance del fenómeno de la pareja de hecho.

En el ámbito europeo los datos en materia de convivencia de hecho tienden a ser escasos y derivan normalmente de encuestas llevadas a cabo para elaborar informes (5); a pesar de esa circunstancia, KIERNAN y ESTAUGH consideran que se puede establecer una división de los países europeos en tres grupos, según si la convivencia de hecho se encuentra consolidada, es un fenómeno emergente, o se halla todavía poco extendido:

a) Dentro del primer grupo de países se encuentran Suecia, Dinamarca e Islandia; en este grupo la convivencia de hecho llega a constituir la mayor parte de las uniones existentes entre convivientes jóvenes (p. ej., en Suecia, el 90% de uniones entre jóvenes de 16 a 19 años en 1989), y disminuye muy sensiblemente a medida que aumenta la edad de los convivientes (p. ej., en Suecia sólo el 21% entre los 35 y 39 años). Tiene, por esta razón, un carácter de convivencia prematrimonial. En Suecia casi el 50% de los hijos nacen de uniones de hecho, si bien la mayor parte de las parejas contraen matrimonio después de haber tenido uno o dos hijos (6).

b) En los países del segundo grupo (como por ejemplo Alemania, Austria, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Holanda y Noruega) se concibe la convivencia de hecho como una fase de corta duración —y, normalmente, sin hijos— que acostumbra a preceder al matrimonio. Así, por ejemplo, la duración media de esas uniones es de tres años en Francia y de dos en la Gran Bretaña, y el porcentaje de uniones de hecho es inferior al 10% de todas las uniones entre convivientes de 30 o más años, a excepción de Finlandia (12%).

c) Finalmente, en relación a los países del tercer grupo, en el que se sitúa España junto a Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y países del Este, los datos estadísticos son muy escasos y se estima que el porcentaje de uniones de hecho es sensiblemente inferior (7).

En relación a España es difícil disponer de datos fiables sobre el peso específico de la pareja de hecho como forma de convivencia. A la dificultad de definir qué se entiende por pareja de hecho se añade la imperfección de los datos estadísticos. Así, el Anuario de 1993 del Ins-

(5) Kathleen E. KIERNAN/Valerie ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital child-bearing and social policy*, London, Family Policy Studies Center, 1993, p. 61.

(6) Cfr. KIERNAN/ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital childbearing and social policy*, cit., p. 61 y ss., en especial la Tabla 9.1 de la página 61.

(7) Cfr. KIERNAN/ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital childbearing and social policy*, cit., p. 62.

tituto Nacional de Estadística nos indica en la clasificación de la población censal por estado civil (p. 84, nota 2) que en los censos de 1960, 1970 y 1981 se computaron como casadas las personas unidas de hecho de forma estable, mientras que hasta 1950 y, de nuevo, en el año 1991, se incluían únicamente las casadas legalmente.

Mucho más completos son los datos elaborados por el *Institut d'Estadística de Catalunya*, a petición del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, a partir del censo de población de 1991 (8), que aquí, de modo muy simplificado, se dividen en tres bloques:

Parejas matrimoniales y no matrimoniales en Cataluña

Datos extraídos del Censo de 1991

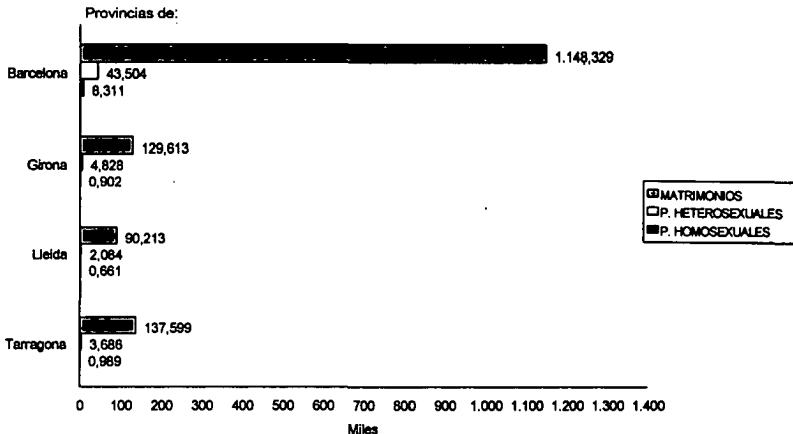


Figura 1

1) En un primer bloque, a partir de la información contenida en el censo de la población de 1991, se indica el número de parejas matrimoniales existentes en Cataluña, distribuidas por provincias.

2) En un segundo bloque, a partir del tratamiento estadístico de la información censal, se hace una aproximación a los núcleos de parejas formados por personas de distinto sexo y no casadas entre sí que conviven en Cataluña. Esta aproximación se refiere a los hogares en los que la persona «principal» y la persona que se ha declarado como «cónyuge o pareja» no han declarado que estaban casadas entre sí,

(8) Los datos se hallan en poder del autor de este trabajo aunque, al parecer, no han sido publicados.

mientras que, por otra parte, consta el estado civil de cada uno de los declarantes como solteros, casados, separados, divorciados o viudos. En ese sentido —y con todas las prevenciones necesarias— debe subrayarse que se trata de lo que se ha declarado en el cuestionario que se rellena por respuesta directa del informante y sin que, por lo tanto, haya existido ningún tipo de contraste con el documento nacional de identidad ni ningún otro documento oficial.

3) Finalmente, en un tercer bloque, también a partir del tratamiento estadístico del Censo de población de 1991, se hace una aproximación a los núcleos de parejas formados por personas del mismo sexo en los que la persona «principal» y la persona «cónyuge o pareja» se han declarado del mismo sexo en el cuestionario censal. Aquí también es obligado recordar que se trata del sexo que se ha declarado en el cuestionario que se rellena por respuesta directa, y que esa respuesta no ha sido objeto de ningún tipo de contraste con documentos oficiales.

Según los datos anteriores (que se pueden apreciar mejor en la Figura 2), existían en Cataluña en 1991 54.102 parejas que habían declarado estar formadas por personas de distinto sexo y 10.863 que habían declarado estar formadas por personas del mismo sexo. De esta segunda cifra, 4.750 (el 43,7%) eran parejas formadas por hombres y 6.113 (el 56,3%) eran parejas formadas por mujeres.

Parejas de hecho heterosexuales y homosexuales en Cataluña

Datos extraídos del Censo de 1991

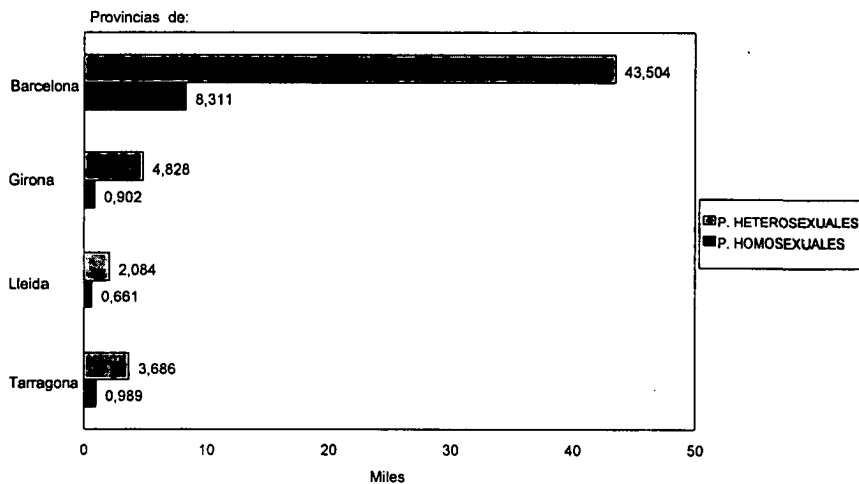


Figura 2

Según esos datos, existía en 1991 por cada mil habitantes de Cataluña una tasa de 8,83 parejas formadas por personas de distinto sexo y de 1,79 parejas formadas por personas del mismo sexo, lo cual representa exactamente el doble de personas (108.204 personas, equivalentes a una tasa del 17,66 por mil habitantes y 21.726 personas, equivalentes a una tasa del 3,58 por mil habitantes, respectivamente). En relación al total de parejas existentes, según los datos que se reflejan en las figuras 1 y 2, el número de parejas formadas por personas de distinto sexo era del 3,46%, mientras que el de parejas de personas del mismo sexo era del 0,69%.

Parejas de hecho heterosexuales en Cataluña por grupos de edad

Datos extraídos del Censo de 1991

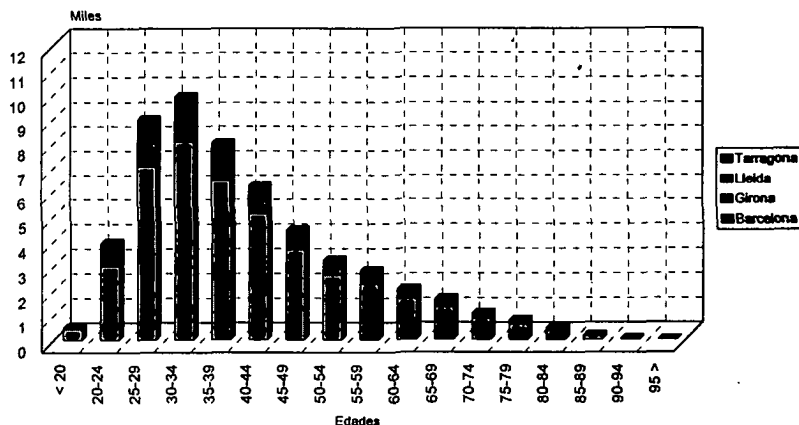


Figura 3

Finalmente, si en relación a las parejas de hecho de distinto sexo se analiza como se distribuyen por grupos de edad, puede comprobarse que el grupo de edad más numeroso es el de personas entre los 25 y los 29 años, seguido del grupo comprendido entre los 30 y los 34 años, y con el grupo de personas entre los 35 y 39 años situado en tercer lugar. De aquí resulta que 26.854 parejas (es decir, el 49,63%) las componen personas comprendidas entre los 25 y los 39 años y, como también puede comprobarse, la disminución en edades más avanzadas es muy considerable.

La problemática de la pareja de hecho heterosexual y la de la homosexual es muy distinta, entre otras muchas razones, tan sólo porque el argumento de que existe ya una institución paralela reconocida por

el Estado no puede utilizarse en relación a esta última. Por esa razón, en este trabajo se pretende abordar el estudio de la regulación de ese primer tipo de unión y sólo ocasionalmente se apuntan referencias relativas al segundo. En la línea de otros trabajos clásicos (9), y aunque de modo mucho más modesto, se pretende analizar en el apartado siguiente las líneas generales del trato jurídico que recibe la pareja de hecho en algunos países europeos que no cuentan con una legislación específica (Francia, Italia, Inglaterra y Alemania), para tratar en un apartado posterior —y antes de unas breves reflexiones que, a modo de epílogo, cierran este trabajo— algunas de las regulaciones específicas que el autor considera más significativas (Suecia, Australia, en especial la de Nueva Gales del Sur, y Canadá, en especial la de Ontario).

2. PAISES SIN REGULACION ESPECIFICA

2.1. Francia

Tradicionalmente, las uniones compuestas por convivientes de hecho se han denominado en Francia *concubinage*; más modernamente, esta denominación —que pone el acento sobre el elemento material, el *cum cubare*— ha sido sustituida por la de *unión libre*, que hace recaer el acento en el elemento intencional de una unión sin formalidades y, sobre todo, sin un vínculo, lo cual permite que pueda ser rota libremente.

Entre los diversos tipos de convivencia de hecho, la forma que actualmente se halla en mayor expansión es la convivencia prematrimonial («matrimonio a prueba»), en la que suele reservarse la celebración del matrimonio a una edad más avanzada y, principalmente, al momento en el que la pareja tiene un hijo. Así, por ejemplo, de los aproximadamente 280.000 matrimonios contraídos en Francia en 1991, 70.000 o, lo que es lo mismo, uno de cada cuatro, eran de parejas con un hijo como mínimo. No obstante, en los últimos años se observa una tendencia de los convivientes de hecho a excluir el matrimonio incluso en los

(9) Por su concisión y profundidad, la mejor visión general comparada continúa siendo, a pesar de los años transcurridos en una materia tan cambiante, la de Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1989, p. 252-290. Muy notables, también, las diversas recopilaciones dirigidas por Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, como *Les concubinages en Europe. Aspectes socio-juridiques*, París, CNRS, 1989 y *Les concubinages dans le monde*, París, CNRS, 1990. No obstante, y a pesar de la valiosa guía de esas aportaciones, para la confección de este trabajo se ha preferido el análisis de los materiales legislativos y jurisprudenciales de los diversos países y de su respectiva bibliografía general y específica.

casos de superveniencia de hijos, lo cual se traduce en una cierta desafección a la institución matrimonial y comporta un incremento del número de nacimientos de hijos no matrimoniales. Así, según se afirma, entre los convivientes actuales sólo un 45% tiene la intención de contraer matrimonio; ello, unido al hecho de que el 30% del total mantiene una convivencia estable por un período de más de 5 años, muestra una tendencia clara al incremento del número de convivientes de hecho. Se constata, además, una disminución de las intenciones de volver a contraer matrimonio entre los cónyuges divorciados: así, mientras que entre 1950 y 1960 un 80% de los divorciados volvió a contraer matrimonio, a mediados de los años 80 la cifra se redujo hasta el 40% y llegó a ser inferior al 20% en 1990 (10). Por consiguiente, también en buen número de cónyuges divorciados que vuelven a establecer una nueva relación sin contraer matrimonio pasan a engrosar el colectivo de parejas de hecho.

Debe destacarse que en Francia por pareja de hecho se entiende únicamente la pareja heterosexual. En este sentido, el Tribunal de Casación francés ha declarado que, a los efectos que le pueda atribuir el ordenamiento, por *concubinage* se entiende únicamente la situación «de dos personas que hayan decidido vivir como esposos pero sin unirse en matrimonio, lo cual sólo puede referirse a la pareja constituida por un hombre y una mujer» (11). A pesar de ello, la Asamblea Nacional, con ocasión de una reforma puntual del Derecho de familia, aprobó en diciembre de 1992 la regulación de un «contrato de unión civil», dirigida principalmente a las parejas homosexuales, que no llegó a convertirse en Ley por la oposición del Consejo de Estado fundada, aparentemente, en cuestiones puramente procedimentales.

También se ha extendido en el país vecino la práctica de los llamados *certificats de concubinage* o *attestations d'union libre* que expiden algunos ayuntamientos sin ningún tipo de valor jurídico (12). Consultado el gobierno sobre la oportunidad de institucionalizar esa práctica —a la que algunos municipios son reticentes— respondió que ese tipo de documentos, limitados a menudo a contener las declaraciones hechas por testigos, no constituyen más que una información entre otras y que conferirles un valor superior implicaría la necesidad de que los alcaldes llevaran a cabo las correspondientes verificaciones y constituiría el inicio de un estatuto jurídico inoportuno (13).

(10) Datos extraídos de Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 5^è ed., París, LITEC, 1993, p. 26-27.

(11) En este sentido dos sentencias de 11 de julio de 1989, JCP90, II, 21553. Vide el comentario de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI en Rev. trim. dr. civ. 1990, p. 53-63.

(12) La práctica de los *certificats de concubinage* (o *attestation d'union libre*) se han extendido recientemente a las parejas homosexuales tras la decisión pionera del Ayuntamiento de Saint-Nazaire (Loire-Atlantique) de 14 de setiembre de 1995. Vide *Le Monde*, N.º 15751, de 16 de setiembre de 1995, p. 10 y 6.

(13) Vide Rép. min. à QE n.º 25678: JCP 80, IV, 408.

Por lo que se refiere a los efectos jurídicos de la convivencia de hecho, si bien no existe una regulación específica, pueden hallarse referencias puntuales en distintos ámbitos.

A. *Derecho público*

a) DERECHO SOCIAL

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha seguido una clara tendencia en favor del reconocimiento de la situación de los convivientes de hecho que se ha encaminado a otorgar a los «compañeros» o a las «personas a su cargo» derechos idénticos a los de los cónyuges: así, después del reconocimiento del derecho a la pensión correspondiente a las viudas de guerra (Ley de 12 de noviembre de 1955), los convivientes de hecho han obtenido de la Seguridad Social el derecho a un subsidio por salario único (D. 29 de junio de 1972) o a un capital por muerte (por cambio jurisprudencial impuesto por la Asamblea Plenaria del Tribunal de Casación de 30 de enero de 1970), y los derechos a los beneficios del seguro de enfermedad y baja por maternidad (Ley 2 de enero de 1978, art. 13; Código de la Seguridad Social art. L. 161-4). Otros organismos, como las cajas de seguros por jubilación e incluso organismos semi-públicos, como la compañía nacional de ferrocarriles [SNCF] o *Air France*, prevén una equiparación similar. No obstante, esa equiparación no se da con otras prestaciones como, por ejemplo, las pensiones por invalidez o las prestaciones por accidente laboral.

A pesar de todo, el Consejo Económico y Social, en un informe de 25 de enero de 1984 ya se manifestaba en el sentido de que se admitía demasiado a la ligera la equiparación del conviviente del hecho al cónyuge, a menudo con base a las simples declaraciones de los interesados, y observaba que «se conceden a las parejas de hecho numerosos derechos y beneficios sociales, que pueden comportar garantías y sumas substanciales, sin que se determine legalmente la veracidad de su situación». Por otra parte, en el ámbito de lo social la jurisprudencia no suele extender esa asimilación a aquellos otros supuestos en que no esté expresamente establecida por el texto de una norma (14).

b) DERECHO FISCAL

El derecho fiscal ignora la convivencia de hecho. Así, mientras que los cónyuges, incluidos los casados en régimen de separación de bienes, constituyen una unidad de tributación, los convivientes de hecho

(14) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 33-34.

tributan por separado. Si bien esa situación no les es beneficiosa en lo que se refiere al tipo imponible, en otros aspectos les beneficia en comparación con los cónyuges, especialmente en lo que se refiere a ciertas deducciones que sólo pueden aplicarse una vez por unidad de tributación y que, por lo tanto, los convivientes de hecho pueden aplicar por partida doble. Las donaciones y los legados entre convivientes de hecho están sujetos al mismo tipo impositivo que rigen entre extraños, es decir, el 60% (15).

B. Derecho privado

a) RELACIONES CON TERCEROS

En el ámbito del Derecho de Familia, la modificación más importante en las relaciones de los convivientes de hecho con sus hijos ha tenido lugar mediante la reforma del art. 372 C. civ. llevada a cabo por la Ley 93-32, de 8 de enero de 1993, relativa a la potestad de los padres. Hasta la reforma llevada a cabo en 1987, incluso cuando ambos progenitores habían reconocido al hijo no matrimonial, sólo la madre tenía el ejercicio de la patria potestad; a partir de 1987 los padres convivientes de hecho podían obtener el ejercicio conjunto de la potestad emitiendo una declaración ante el juez de menores (art. 374.1 C. civ.), quien debía limitarse a recibir la declaración sin poder oponerse a ello. Esta medida tuvo poco éxito en la práctica, bien porque los padres la desconocían, bien porque si la relación no era problemática se consideraba innecesario recurrir a una declaración formal (16).

En el transcurso de la elaboración de la regulación actual, la Asamblea Nacional había propuesto extender el principio de ejercicio conjunto a los padres no casados; la propuesta halló una fuerte oposición en el Senado y dio lugar a una solución de compromiso que fue la que finalmente se adoptó. El actual art. 372.2 C. civ. hace depender el ejercicio conjunto de una triple condición: 1) Que ambos progenitores hayan reconocido al hijo voluntariamente. 2) Que ese reconocimiento se haya producido dentro del año a contar desde la fecha del nacimiento; la prontitud del reconocimiento, se afirma, tiene por objeto dejar de manifiesto que los padres se interesan por el hijo. 3) Finalmente, se re-

(15) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 33; Jean HAUSER/Daniele HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, 2è. ed., París, LGDJ, 1993, p. 811-812; Jean CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille*, 16è ed., París, PUF, 1993, p. 339.

(16) *Vide* Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Une importante réforme en droit de la famille: la loi N.º 93-22 du 8 janvier 1993*, JCP 1993, 3659 y ss., y Françoise FURKEL, *Die wichtigsten Änderungen im französischen Familienrecht durch das Gesetz vom 8. Januar 1993*, FamRz 1994, p. 1084 y ss.

quiere que los progenitores convivan en el momento del reconocimiento conjunto o bien, en los supuestos de reconocimiento sucesivo, que lo estén haciendo en el momento del segundo reconocimiento (17).

La reforma ha sido criticada, entre otras razones, porque obliga a los padres a convivir si quieren ejercer conjuntamente la potestad sobre el hijo; o, dicho al revés, a que si no se pueden llevar lo suficientemente bien como para vivir juntos tampoco pueden ejercer conjuntamente la potestad por mucho que así lo deseen tanto ellos mismos como su hijo (18).

(aa) Subrogación en el arrendamiento de la vivienda

En la legislación arrendaticia, a diferencia de lo que sucede con la convivencia matrimonial (cfr. art. 1751 C. civ.), la convivencia de hecho no permite extender el contrato de arrendamiento de vivienda a otro conviviente. A pesar de ello, desde que la Ley de 1 de setiembre de 1948 extendió el derecho a continuar en la vivienda después de la muerte del arrendatario a toda «persona a su cargo» bajo la condición de un mínimo de seis meses de vida en común (art. 5), todas las leyes que se han dictado con posterioridad para regir los arrendamientos de vivienda (la última de 6 de julio de 1989) han previsto la continuación en el arriendo, en caso de muerte o abandono del domicilio del arrendatario, en beneficio del *concubin notoire* que hubiera convivido como mínimo durante un año en la vivienda (art. 14) (19).

En cambio, si en lugar de ser arrendatario el conviviente es propietario, el otro no gozará de ningún tipo de protección (20).

(bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho

En materia de indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho es bien conocida la evolución jurisprudencial francesa que lleva a otorgar también al conviviente de hecho del difunto las indemnizaciones que corresponderían al cónyuge. Así, después de años de una jurisprudencia de la Cámara civil —que la denegaba— enfrentada a una jurisprudencia de la Cámara Penal —que la otorgaba—, la Sentencia

(17) Cfr., por todos, CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille*, cit., p. 341-342.

(18) Vide FURKEL, *Die wichtigsten Änderungen im französischen Familienrecht...*, cit., y allí más referencias.

(19) BENAVENT, *Droit civil. La famille*, cit., p. 34; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 811-812; CARBONNIER, *Droit civil. t. 2. La famille*, cit., p. 339.

(20) HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 811.

de 27 de febrero de 1970 de la Cámara Mixta puso fin a la disparidad de trato al reconocer la indemnización *iure proprio* del conviviente de hecho (21). Actualmente es ya una regla consolidada que para indemnizar un daño debe atenderse únicamente a su existencia e importancia, sin que sea necesario un vínculo jurídico preexistente entre el difunto y aquella persona que solicita la indemnización. La convivencia de hecho puede ser suficiente para justificar que se ha sufrido un daño, dado que el conviviente de hecho supérstite habrá sufrido un daño moral y, en la mayoría de ocasiones, también un daño patrimonial, que a menudo se concretará en el hecho de que el conviviente difunto subvenía las necesidades materiales del supérstite y en que, aunque no tuviera la obligación de hacerlo, parece probable que hubiera continuado subviniéndolas. Excepcionalmente, el conviviente supérstite no tendrá derecho a la indemnización si la convivencia «no ofrecía perspectivas de estabilidad», circunstancia que corresponderá apreciar a los tribunales (22).

La jurisprudencia de mediados de los 70 precisa que el hecho de que la convivencia hubiese sido adúltera no impide el nacimiento de ese derecho de indemnización. La situación adulterina podría ser objetada por el cónyuge supérstite, pero no puede beneficiar al causante del daño con la consagración de su impunidad (23). Se ha llegado a admitir, incluso, que si el difunto contribuía, a la vez, al sostenimiento de su esposa, de la que estaba separado, y al de su conviviente de hecho, ambas tenían derecho a recibir la indemnización (24). En ocasiones, ni tan sólo era necesaria la convivencia, siendo suficiente la vinculación afectiva a condición de que fuera estable y exclusiva (25).

b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

Por lo que se refiere a las relaciones de Derecho privado entre los convivientes de hecho —y también en las relaciones con terceros— debe destacarse, en primer lugar, la falta de un estatuto global previo. Así, no existen obligaciones personales ni aquellas otras patrimoniales que puedan asemejarse a las de un régimen económico primario. No

(21) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 34-35; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 810-811; CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 339-340.

(22) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 35; CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 339-340.

(23) Crim., 19 de junio 1975: D. 1975, 679; Crim. 3 mayo 1977: Bull. crim. n.º 150, p. 373.

(24) Crim, 9 nov. 1978: JCP 79, 11, 19107.

(25) Crim., 2 de marzo 1982: JCP 83, 11, 19972; Crim., 8 de enero 1985: JCP 86, II, 20588, que rechaza la indemnización simultánea a dos concubinas.

obstante, a pesar de que no existen entre los convivientes de hecho deberes como los de fidelidad, asistencia o socorro mutuo, la jurisprudencia considera que entre ellos, como en toda relación que se da entre personas, existe un cierto deber de lealtad y de actuar de acuerdo con la buena fe; esa lealtad y ese respeto a la buena fe pueden comportar la obligación de indemnizar al conviviente abandonado en circunstancias tales como, por ejemplo, cuando un conviviente rompe la relación de modo injustificado después de haber provocado que el otro abandonara su trabajo o cambiara de residencia y tras haberse comprometido a mantenerle (26). En el ámbito patrimonial, y a diferencia del cónyuge, el conviviente de hecho no tiene, por ejemplo, el deber de contribuir a los gastos que genere la convivencia (27), ni tampoco está sometido al régimen de responsabilidad solidaria que el art. 220 Cod. civ. dispone para las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica (28).

La manifestación práctica de esa jurisprudencia que establece entre los convivientes de hecho una obligación de lealtad o de buena fe y una cierta comunidad de intereses se manifiesta esencialmente en el momento de la ruptura o de la liquidación de la convivencia mediante el recurso a instrumentos técnicos de carácter general. Tanto la jurisprudencia como la doctrina insisten en que los instrumentos técnicos que deban aplicarse a las parejas de hecho han de responder a un triple criterio: 1) ser instrumentos técnicos que no pertenezcan a la regulación matrimonial; 2) que no pretendan obtener resultados equivalentes, y 3) que no tengan por objetivo la elaboración de un estatuto de la convivencia de hecho (29). No obstante, puede ponerse en tela de juicio que en la práctica se cumpla realmente ese último requisito: si bien es cierto que se aplican soluciones técnicas del Derecho privado general, no es menos cierto que la repetición de decisiones en un mismo sentido suele conducir a un núcleo de soluciones tan previsibles como las que por ley se establecen para el matrimonio.

Entre esos instrumentos técnicos generales debe destacarse la aplicación de las reglas de los cuasi contratos. A veces, para rectificar *a posteriori* las consecuencias más perjudiciales de la falta de reglas sobre la contribución a los gastos de la comunidad de vida, especialmente en aquellos casos en que uno de los convivientes ha aportado su trabajo o su dinero al negocio del otro y de lo que se trata es de evitar el enriquecimiento de un conviviente en perjuicio del otro (enriquecimiento sin causa).

(26) Cass. civ. 1re., 29 noviembre 1977; JCP 1978, IV, 38. En relación a ese deber de lealtad, *vide* HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 799 y ss.

(27) Cass. civ. 1re, 19 marzo 1991, Rép. Defrénois, 1991, 942.

(28) Cass. civ. 1re, 11 enero 1984; D. 1984, I. R. 275.

(29) *Vide* en este sentido, HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 801 y allí más referencias.

En otras ocasiones, son necesarias para posibilitar que uno de los convivientes pueda gestionar los asuntos necesarios y urgentes que pueda comportar la convivencia (gestión de negocios ajenos sin mandato) (30).

También se ha planteado la aplicación de la figura de la sociedad de hecho, si bien se reconoce que para ello no es suficiente el simple hecho de la convivencia sino que se requiere que concurren los elementos esenciales de toda sociedad, como la intención de asociarse, la existencia de aportaciones por parte de ambos convivientes, y la participación de ambos tanto en las pérdidas como en las ganancias (31).

Finalmente, si de lo que se trata es de evitar que uno de los convivientes pueda reclamar al otro las prestaciones hechas durante la convivencia se recurre a la figura de la obligación natural, para obtener así el efecto de la irrepitibilidad de las prestaciones ya realizadas (32).

Algunos de los aspectos más tratados en relación a las parejas de hecho, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesas, son las donaciones entre convivientes y la contratación que llevan a cabo entre ellos, en especial, las adquisiciones con cláusula *tantiniere* o de acrecimiento, que recuerdan la compras con pacto de supervivencia del Derecho catalán.

a) Por lo que se refiere a las donaciones entre convivientes, en principio no están sujetas a prohibición alguna; al recibir el tratamiento de donaciones entre extraños, tienen incluso mayor firmeza que las donaciones entre cónyuges, que siempre son revocables (cfr. art. 1096 Cod. civ.) y sólo pueden llegar a ser nulas si son simuladas o hechas mediante persona interpuesta (cfr. art. 1099 Cod. civ.). De todos modos, una jurisprudencia bastante antigua subordina la validez de cada una de ellas al resultado del análisis de los móviles que la han inspirado. CARBONNIER lo expone de un modo muy gráfico:

Las sentencias llevan a cabo una distinción moralizante. Si la liberalidad tiene por objeto comprar la mujer, llevarla a que establezca o prolongue las relaciones irregulares, aparece como el salario del vicio, y debe ser anulada. En cambio, si la intención del amante, una vez ha cesado el concubinato, no ha sido otra que la de reparar el perjuicio moral o material causado por la seducción o, incluso, la de asegurar los días de vejez de su antigua compañera, se trata entonces de móviles morales que, de algún modo, purifican la liberalidad y no procede la anulación. (33)

(30) HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 801-802 y 808-809.

(31) Vide CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 337-338 y 350-351. También HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 810.

(32) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 38.

(33) CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 338.

La doctrina más moderna propugna el abandono de esa jurisprudencia amparada en una pretendida causa inmoral e ilícita del acto (cfr. arts. 1131 y 1133 Cod. civ.). Considera que establece una distinción sutil y poco practicable que implica un análisis psicológico muy incierto; fundamentalmente, porque a menudo se llevará a cabo muchos años después de realizada la donación, una vez ya cesada la convivencia por ruptura o incluso por muerte de uno de los convivientes; es más: el conviviente donatario no tendrá normalmente ante sí a un donante arrepentido sino más bien a unos herederos del conviviente difunto que pretende obtener el máximo caudal relicto mediante el total desconocimiento de las relaciones de convivencia de hecho que tuvo el causante en vida (34).

A pesar de todo lo dicho, la aceptación de la plena validez de las donaciones entre convivientes topa con un obstáculo práctico difícilmente superable: fiscalmente reciben el mismo trato que las donaciones entre extraños (tributan el 60%), lo cual actúa como un importante factor de disuasión (35).

b) En relación a la contratación a título oneroso entre convivientes de hecho, no existe ni ha existido nunca ningún tipo de prohibición. Tradicionalmente, el derecho civil francés ha sometido a los cónyuges a un régimen más riguroso que el aplicado a los convivientes de hecho, diferencia que se ha ido atemperando con el transcurso de los años hasta desaparecer de modo definitivo con la reforma del Código introducida por la Ley de 23 de diciembre de 1985. La práctica ha consagrado las adquisiciones por ambos convivientes con pacto de indivisión o el sistema de las llamadas «adquisiciones cruzadas», en las cuales cada uno de ellos adquiere una mitad indivisa en nuda propiedad y la otra en usufructo (36). También la práctica ha propugnado la utilización de una cláusula *tontiniere* o de acrecimiento, es decir, una compra hecha en común por ambos convivientes con la estipulación de que tras la muerte de uno de ellos el bien pertenecerá en su totalidad al sobreviviente; el pacto también puede referirse únicamente al derecho de habitación, circunstancia que lo acercaría a la llamadas «adquisiciones cruzadas». En todos esos casos, se entiende que la cláusula comporta una doble condición resolutoria y suspensiva y es válida siempre que

(34) Cfr. BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 31; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 804; J. RUBELLIN-DEVÉCHI, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, n.º 21, p. 405; *Rev. trim. dr. civ.* 1987, p. 753, obs. MESTRE.

(35) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 39.

(36) Cfr. HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 806-807.

conlleve una verdadera aleatoriedad aunque las aportaciones de cada parte no sean equivalentes (37).

En relación a la contratación laboral entre convivientes, la jurisprudencia ha aplicado a menudo unas reglas similares a las que se aplican a las liberalidades entre convivientes, lo cual ha permitido declarar nulo el contrato laboral en el que se pactaba una duración excepcional (15 años) o que comportaba para el «asalariado» unas ventajas también excepcionales, y que venía determinado por el interés de continuar manteniendo la relación de convivencia (38).

2.2. Italia

No existe en Italia una regulación que discipline de modo unitario las relaciones de la pareja de hecho. No obstante, han existido diversos proyectos —en realidad, proposiciones de Ley— que no han llegado a convertirse en Ley (39). Uno de esos proyectos, el llamado Proyecto «Capiello», fue presentado a la Cámara de Diputados el 12 de febrero de 1988. El proyecto consideraba como parejas de hecho aquellas que habían convivido durante tres años como mínimo y que, o bien se habían inscrito en un registro especial o bien habían manifestado su condición en documento público (art. 1.1); no obstante, si la pareja había tenido hijos, se aplicaba la regulación con independencia de la duración de la convivencia (art. 1.2) (40).

Debe hacerse hincapié, por una parte, en que la definición que daba el art. 1 no excluía expresamente del ámbito de la Ley la convivencia homosexual y, por otra, que hacía depender el reconocimiento de los derechos previstos en la Ley no sólo de la convivencia mantenida durante el tiempo establecido sino también del requisito formal de su inscripción en un registro o de su constancia en un documento público. El

(37) No habría aleatoriedad si existiera una desproporción entre las aportaciones que, unida a la gran diferencia de edad entre los convivientes, provocara la desaparición de la incertidumbre respecto a quien de ellos resultará finalmente beneficiado. Entonces la pretendida compra debería calificarse como liberalidad, con todas las consecuencias civiles y fiscales que pueda comportar esa calificación. *Cfr.* BENAVENT, *Droit civil. La famille*, cit., p. 31; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, p. 807-808.

(38) *Vide* BENAVENT, *Droit civil. La famille*, cit., p. 32.

(39) *Nuove norme in materia di diritto di famiglia*, presentado a la Cámara el 9 de octubre de 1987, n.º 1647 («Proyecto Calvanese»), proveniente del PCI, y *Disciplina della famiglia di fatto*, presentado a la Cámara el 12 de febrero de 1988, n.º 234 («Proyecto Capiello»), proveniente, fundamentalmente, del PSI.

(40) *Vide* Mauro BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, CEDAM, 1992, p. 172 y ss., y Hans-Wolfgang STRÄTZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag zur Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens*, FamRZ 1988, p. 897-902.

art. 2 regulaba con más detalle el registro, estableciendo que los municipios de lugar de residencia de los convivientes estaban obligados a expedir, a instancia de éstos, un *certificato di stato di famiglia* que documentara la relación de convivencia; el único requisito que preveía para poder otorgar ese certificado era la declaración conjunta de la realidad de la convivencia de hecho ante el funcionario del registro civil (41). Seguidamente, el proyecto hacía una regulación detallada y paralela a la del matrimonio y a la de la familia matrimonial: obligaciones de contribución a los gastos familiares, deberes de alimentos análogos a los existentes entre cónyuges y entre parientes, extensión a los convivientes de hecho de los derechos previstos en materia de empresa familiar, subrogación arrendaticia e indemnización por causa de muerte —si bien, en este último caso, se configuraba como un derecho del conviviente supérstite contra la herencia, que se modulaba atendiendo a la cuantía total de la indemnización recibida por los herederos, la duración de la convivencia y la necesidad del conviviente supérstite (cfr. art. 7)—, etc. (42).

El proyecto, según la doctrina italiana, daba la impresión de ser un remedio peor que la enfermedad: reflejaba una óptica estatista que, al posibilitar que dos personas pudiesen encontrarse unidas por vínculos cuasi-matrimoniales sin haberlo deseado (por ejemplo, por el simple hecho de convivir y tener un hijo), conculcaba valores garantizados constitucionalmente, como podía ser el caso de la libertad individual; el proyecto también daba carácter legal y, por lo tanto, general, a situaciones concretas extraídas de la experiencia jurisprudencial; finalmente, la introducción de un requisito formal —el registro o el documento público— daba a esa convivencia de hecho el carácter de un matrimonio de segundo grado (43).

Evidentemente, el hecho de que en la actualidad no exista en Italia una regulación específica no significa que la convivencia de hecho sea un fenómeno jurídicamente ignorado. Tras la Segunda Guerra Mundial han existido intervenciones puntuales del legislador en diversos ámbitos, y de los problemas que ella plantea también se ha ocupado a menudo la jurisprudencia.

(41) BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 173 y ss., y STRAÄZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag*, cit., p. 901.

(42) BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 173 y ss., y STRÄTZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag*, cit., p. 900 y *passim*.

(43) *Vide* esas y otras críticas en BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., *ibidem*, y allí más referencias.

A. Derecho público

a) DERECHO SOCIAL

Durante los años 60 y a principios de los 70 se produce una serie de intervenciones en el campo de las prestaciones económicas y sanitarias para equiparar, en aspectos concretos, las parejas de hecho a las matrimoniales; por ejemplo, en las prestaciones en supuestos de desgracias (d.p.r. 30 de junio 1965, n. 1124, art. 85) o en las normas sobre el tratamiento de la jubilación de los funcionarios civiles y militares del Estado (d.p.r. 29 de diciembre 1973, n. 1092, in part. art. 82, comma 2.o). A finales de los años 70, la Ley n. 194/1978, sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, prevé la participación «de la persona indicada como padre del concebido» (art. 5) con independencia, por lo tanto, de la existencia de vínculo matrimonial. Por su parte, la Ley n. 45/1981, que institucionaliza la figura del consultor familiar, establece el servicio de consulta y asesoramiento como destinado «a la resolución de los problemas de la pareja (art. 2), sin que se realice ningún tipo de distinción entre pareja fundada en el matrimonio y pareja de hecho (44).

b) DERECHO FISCAL

El derecho fiscal ignora a los convivientes de hecho y los hace tributar como entre extraños. Sólo en un punto, la pareja matrimonial y la de hecho han sido objeto de un trato distinto, que ha beneficiado a esta última, y que ha suscitado una seria reflexión sobre la fiscalidad en el matrimonio y la reforma de la legislación anteriormente vigente. Hasta el año 1976 los cónyuges tenían el deber de realizar una declaración de renta conjunta, mientras que la pareja de hecho obtenía un trato fiscal más favorable al no topar con ningún obstáculo que le impidiese la declaración por separado. La sentencia del Tribunal constitucional italiano de 12 de enero de 1976 entendió que existía una discriminación injustificada en perjuicio de la familia legítima y declaró inconstitucional la regulación (45). Esta sentencia comportó la adopción de un sistema individual de declaración de renta que es el que rige en la actualidad (46).

(44) Vide BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1993, vol. I.1, p. 757-802, p. 772 y ss.

(45) Corte cost. 12 de enero 1976, n. 179, *Foro it.* 1976, I, c. 2035.

(46) Vide BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto...*, cit., p. 776-777.

c) OTROS SECTORES

En el ámbito penal, la nueva Ley de Procedimiento Penal exime del deber de declarar a «aquella persona que a pesar de no ser cónyuge del imputado conviva con él con esa condición» (art. 199), con lo cual, y a pesar de la incorrección léxica (¿como se puede hablar de «convivencia conyugal» en relación a aquellos que no son cónyuges?), se equipara el conviviente de hecho al cónyuge (47). En otros ámbitos no se han confirmado legislativamente las interpretaciones extensivas de determinadas normas penales mediante las cuales la jurisprudencia equipara las relaciones familiares y las «relaciones de hecho análogas» para poder extender así un tipo delictivo a la comunidad de vida basada en la convivencia de hecho como ocurre, por ejemplo, en materia de malos tratos familiares (art. 572 c.p.), o de eximentes en delitos cometidos contra el patrimonio de los familiares (art. 384.1 c.p.). (48)

B. *Derecho privado*

a) RELACIONES CON TERCEROS

Por los que se refiere a la patria potestad de los convivientes de hecho sobre el hijo nacido de su unión, desde la reforma del Derecho de familia del año 1975 corresponde a ambos si lo han reconocido. Ahora bien: después de hacer esa declaración de principio, el art. 317 bis c.c. regula una serie de supuestos en los que juega un papel fundamental la continuación de la convivencia, tanto en relación a los convivientes como en relación al hijo, y de los que se desprende que, en principio, sólo existirá un ejercicio conjunto de la patria potestad cuando exista convivencia. Así, si el reconocimiento ha sido hecho por ambos progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde también a ambos si continúan conviviendo; si ya no conviven, corresponde al progenitor con quien el hijo conviva; si ninguno de los progenitores convive con el hijo, corresponde a aquél que primero lo haya reconocido. De todos modos, y a pesar de estas disposiciones, se admite que el Juez pueda disponer de otro modo en atención al interés del

(47) BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 36 y ss. BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia difatto...*, cit., p. 777.

(48) Vide BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 40 y ss., *passim*. BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto...*, cit., p. 777.

hijo y que incluso pueda llegar a excluir a ambos progenitores y nombrar tutor (49).

Por lo que se refiere a las relaciones patrimoniales de los convivientes de hecho con terceros, la jurisprudencia ha analizado tradicionalmente dos cuestiones: a) la extensión al conviviente de hecho de la prórroga legal del contrato de arrendamiento de vivienda que la Ley establece en beneficio del cónyuge y b) la posibilidad de indemnizar al conviviente supérstite por la muerte del otro en los supuestos generales de responsabilidad civil ex. art. 2043 c.c.

(aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda

El art. 6 de la Ley n. 392/1978 dispone que en caso de muerte del arrendatario le suceden en el contrato de arrendamiento el cónyuge, los herederos y los parientes consanguíneos y afines que habitualmente conviven con él. Como puede observarse, ese grupo de legitimados no se establece únicamente en atención al vínculo personal por razón de matrimonio o de parentesco—incluso por afinidad—o la relación hereditaria, sino que debe concurrir la existencia de una cierta comunidad de vida manifestada mediante la convivencia en una misma vivienda familiar. Durante años la jurisprudencia ordinaria se debatió entre la inclusión y la exclusión del conviviente de hecho en ese grupo de legitimados. Una primera sentencia del Tribunal Constitucional de 1980 declaró que la exclusión era constitucional (50); ocho años más tarde, una nueva sentencia declaraba expresamente la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley arrendaticia especial. El Tribunal consideraba que entre los sucesores en el contrato de arrendamiento por muerte del arrendador se debía incluir también el conviviente de hecho y que, en caso de cese de la convivencia acaecido no por muerte sino por ruptura, también se debía entender comprendido el otro conviviente si éste se había quedado en la vivienda conviviendo con hijos comunes (51). A raíz de esta sentencia, el Tribunal de Casación ha declarado que en caso de ruptura de la convivencia de hecho por parte del arrendatario, sea cual sea el motivo—en el caso en cuestión, porque el conviviente produjo la ruptura para contraer matrimonio con otra mujer—el conviviente *more uxorio* que permanece en el mismo inmueble con la prole natural habida de esa unión tiene el derecho a suceder en el contrato,

(49) *Vide* por todos Michele GIORGIANNI, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1992, vol. IV, p. 338 y ss.

(50) Corte cost. 14 abril 1980, n. 45, *Foro it.* 1980, I, c. 1504.

(51) Corte cost. 7 abril 1988, n. 404, *Foro it.* 1988, I, c. 2515.

aunque la convivencia se haya originado después de iniciado el contrato de arrendamiento y sin que el arrendador haya tenido conocimiento de ello (52).

(bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho

En relación a las indemnizaciones por causa de muerte, con una intransigencia duramente criticada por la doctrina, la jurisprudencia excluye al conviviente supérstite de toda indemnización. Los argumentos originarios para denegar esas indemnizaciones, de carácter ético y moralizante, han sido sustituidos por argumentos de carácter práctico, principalmente, por la dificultad en determinar cuál sería el daño indemnizable en una convivencia que institucionalmente está marcada por su precariedad (53).

Se perfilaba una posible solución de compromiso que era la que intentaba dar el Proyecto de Ley —aprobado en 1992 por las dos cámaras, pero no promulgado por el Presidente de la República— relativo a la modificación de la regulación del seguro obligatorio por la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor y de naves (54). Este proyecto disponía que en caso de muerte también tenía derecho a obtener una indemnización por daños, tanto patrimoniales como morales, el conviviente de la víctima que demostrara la existencia de la unión, de la comunidad de vida, del mutuo afecto y de la recíproca asistencia moral y material por un período no inferior a los cinco años. El proyecto de regulación había sido duramente criticado en la medida en que llevaba fuera del ámbito general de la responsabilidad civil un supuesto que en muchos otros ordenamientos se resuelve sin excesiva dificultad mediante la regulación general (55).

(52) Cass., 25 mayo 1989, n. 2524, *Arch. locazione* 1989, c. 686. Sobre esta cuestión vide BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 774 y ss. y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 119 y ss.

(53) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 787-788 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 69 y ss. Vide también Giacomo OBERTO, *Illecito civile e convivenza «more uxorio»*, Resp. civ. prev. 1991, p. 1 y ss.

(54) Proyecto de Ley aprobado por el Parlamento italiano el 29-1-1992 (*Modificazioni alla disciplina della assicurazione obbligatorie per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti ed altre norme in materia di assicurazioni private*).

(55) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 787-789 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 72 y ss. Vide también Giacomo OBERTO, *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, FamRZ 1993, p. 1-12, p. 5.

b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

Para intentar resolver los conflictos que plantean las relaciones entre convivientes de hecho, la doctrina y la jurisprudencia italianas, como en otros países, han de recurrir a figuras generales del Derecho civil.

Una de las primeras cuestiones que se plantea en la vida en común es la de calificar aquellas atribuciones patrimoniales hechas entre convivientes y dirigidas a sostener los gastos que esa vida en común genera. Dado que entre convivientes de hecho, a diferencia de lo que sucede entre cónyuges, no existe el deber de contribuir, originariamente esas atribuciones se calificaron como donaciones. Esas donaciones, que tanto en Derecho romano como en el *ius commune* habían sido consideradas válidas —a diferencia de las hechas entre cónyuges, para las cuales regía la más estricta prohibición— pasan a ser consideradas contrarias a la moral y, por lo tanto, nulas a partir de la codificación. Posteriormente, se modificó la calificación y se reservó la nulidad únicamente para aquellos supuestos en que tenían por objeto remunerar prestaciones sexuales ya realizadas o propiciar su continuación (56). La admisión, con ese carácter general, de la validez de las donaciones entre convivientes de hecho dio lugar a la intervención del Tribunal Constitucional para salir al paso de la discriminación que se producía en contra de los cónyuges y a que éste declarara la inconstitucionalidad de la prohibición de donaciones entre cónyuges ex art. 781 c.c. porque les situaba en peor posición que a aquellos (57).

También se fue difundiendo la calificación de esas atribuciones patrimoniales como obligaciones naturales (art. 2034 c.c.), con la correspondiente consecuencia de la irrepetibilidad de las ya realizadas. Esta calificación se aplicaba originariamente sólo a las prestaciones patrimoniales hechas en cumplimiento de obligaciones de resarcimiento del daño derivado de la ruptura de la relación y a las prestaciones alimenticias que se realizaban en virtud de esas circunstancias; más tarde se fue extendiendo a todas las atribuciones patrimoniales llevadas a cabo durante la convivencia por motivo de los gastos generados por la vida en común. Se afirmaba así, de modo general, la relevancia de «deberes morales y sociales» que derivaban de la convivencia de hecho y que estaban destinados a proteger al conviviente más débil (58).

(56) Vide OBERTO, *Partnervertrage in rechtsvergleichender Sicht...*, cit., p. 4. También BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 102 y ss.

(57) Corte cost. 27 junio 1973, n. 91, *Giur. cost.* 1973, p. 935. Cfr. BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 783 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 102 y ss.

(58) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 783-784 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 111 y ss. Con mayor detalle, Giacomo OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 83 y ss.

Ahora bien: llevada a sus últimos extremos, esa calificación provocaría que todas aquellas prestaciones que hace un conviviente en favor del otro, como por ejemplo la contribución en trabajo o en dinero a la construcción o adquisición de un inmueble de titularidad exclusiva de éste, o la contribución en la empresa o en la profesión del otro, sean irrepetibles, con lo cual se perjudicaría al conviviente de hecho más débil y se iría así en contra de esos «deberes morales y sociales» que quiere tutelar el art. 2034 c.c.

Originariamente, la jurisprudencia presumía que esas prestaciones se realizaban «*affectione vel benevolentiae causa*» y, por lo tanto, las reputaba realizadas a título gratuito. Después de la introducción por reforma de 1975 del art. 230 bis c.c., relativo a la empresa familiar, que establece el derecho de participación en las ganancias de los miembros de la familia unida por vínculos matrimoniales que han aportado su trabajo, la jurisprudencia se ha replanteado la presunción de gratuidad referida a los convivientes de hecho y ha entendido que esa regulación contiene un principio general que se podría extender, a pesar de que el legislador aún no lo haya considerado oportuno, a los convivientes de hecho (59). La doctrina también ha intentado encontrar la solución en la existencia de un contrato de base asociativa, como por ejemplo una sociedad de hecho cuyos términos no se han pactado expresamente, o bien, en otros casos, ha recurrido a la doctrina del enriquecimiento injustificado (60). No obstante, la jurisprudencia aún no ha llevado a la práctica esas propuestas doctrinales (61).

Tampoco han tenido reconocimiento práctico aquellas propuestas doctrinales que pretenden extender a los convivientes de hecho los derechos que tiene el cónyuge superviviente en la sucesión intestada (arts. 565 y ss. c.c.). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la constitucionalidad de la normativa que únicamente reconoce derechos sucesorios al cónyuge superviviente, si bien ha apuntado que de *lege ferenda* se podría reconocer, en relación al uso de la vivienda familiar, desde un derecho real de habitación —más restrictivo del derecho de propiedad de los herederos— hasta un derecho personal de uso temporalmente limitado (62). En cambio, en el ámbito de la empresa familiar, el legislador italiano ya ha tenido en cuenta al conviviente de

(59) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 784-785 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 115 y ss. Com más detalle, Giacomo OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 83 y ss.

(60) BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 117-118. OBERTO, *I regimi patrimoniali...*, cit., p. 105 y ss.

(61) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 785-786.

(62) Corte cost. 26 de mayo 1989, n. 310, *Foro it.*, 1991, I, c. 446. BUSNELLI / SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 787 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 7 y ss.

hecho en el derecho a substituir el socio difunto de la cooperativa de propiedad indivisa «en defecto de cónyuge y de hijos menores» (art. 17.2 y 3 de la Ley 179/1992) (63).

2.3. Inglaterra

En Inglaterra el término *cohabitation* denota la relación de la pareja de hecho heterosexual que, sin estar casada, convive «como marido y mujer» (64). Aunque no es fácil determinar de modo preciso su significado, esa última expresión no ha causado dificultades en la práctica judicial (65). Se considera que la cuestión importante es el modo como conviven y la intención que subyace tras esa convivencia, es decir, que tengan la intención de convivir juntos como si fueran marido y mujer. Para que exista pareja de hecho se considera importante que los convivientes pongan en común recursos económicos, compartan una vida social y tengan relaciones sexuales —a pesar de que la ausencia de ese tipo de relaciones no es determinante—. También constituye un elemento importante para determinar la existencia de pareja de hecho que los convivientes tengan hijos comunes o tengan la intención de contraer matrimonio. La relación —se afirma— debe estar también caracterizada por la nota de una cierta estabilidad: así, en principio, no se puede considerar que conviven «como marido y mujer» ni el hombre y la mujer que viven juntos durante las vacaciones, ni los estudiantes que lo hacen durante el curso. La convivencia «como marido y mujer» implica además una convivencia del día a día, razón por la cual difícilmente podría decirse que vive de ese modo el hombre que convive habitualmente con su esposa y que visita regularmente a otra mujer; más dudoso sería el supuesto en que un hombre, que vive con su esposa en una ciudad, pasa parte considerable de su tiempo en otra por razón de sus negocios y vive allí habitualmente con otra mujer (66).

En relación a la convivencia de hecho, el Derecho inglés ha adoptado una posición de compromiso y sólo la ha equiparado al matrimonio en algunos aspectos aislados. A efectos expositivos, debe distinguirse también aquí entre el ámbito del Derecho público y el del privado.

(63) Vide BERNARDINI, *La convivencia...*, cit., p. 59 y ss.

(64) Vide, para las diversas variantes terminológicas, Martin PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, 3rd. ed., London, Sweet and Maxwell, 1993, p. 1-2.

(65) En el que aún es el *leading case* sobre la materia, la *House of Lords* habla de una «ama de casa no casada» o de «compañeros no casados». Vide *Davis v. Johnson* [1979] AC 264, [1978] 1 All ER 1132 HL.

(66) Cfr., a pesar de todo, *Watson v. Lucas* [1980] 2 All ER 647, en el que se consideró que a los efectos de la *Rent Act 1977*, un hombre podía ser miembro de dos familias simultáneamente. Vide P. M. BROMLEY/N. V. LOWE, *Family Law*, 8th. ed., London, Butterworths, 1992, p. 7-8.

A. *Derecho público*

a) DERECHO SOCIAL

El Derecho social británico acostumbra a tratar a los convivientes de hecho de un modo independiente e individual en las pensiones contributivas mientras que en las asistenciales aplica la llamada *cohabitation rule*, que tiene por objeto evitar que la pareja de hecho reciba un trato más favorable que la pareja casada.

Por lo que se refiere a las pensiones contributivas, el matrimonio es un requisito de la pensión de viudedad, de tal modo que el conviviente viudo no tienen derecho a percibir pensión. En cambio, sí que se tiene en cuenta, a los efectos de pérdida del derecho, si el cónyuge viudo pasa a establecer una relación de convivencia de hecho. La convivencia de hecho tampoco da lugar a otras pensiones, como por ejemplo, de jubilación, paro o enfermedad, que sí tienen derecho a obtener los convivientes casados cuando concurren los requisitos que establece la Ley (67).

En el ámbito de las pensiones asistenciales destacan las que tienen por objeto garantizar un nivel mínimo de renta (como por ejemplo las conocidas como *income support*, *family credit*, *disability working allowance*, *housing benefit* y *council tax benefit*). Solamente un miembro de cada unidad familiar tiene derecho a percibir cada una de esas pensiones; la Ley trata las rentas y el capital de cualquier miembro de la familia como rentas y capital de la persona solicitante (68). La regla sirve no sólo para computar el nivel de renta que no se puede sobrepasar para tener derecho a percibir la pensión sino que también provoca que durante el mismo período en que la obtiene un miembro de la unidad familiar los demás queden excluidos (69).

Esta regla, en virtud de otra denominada *cohabitation rule*, se extiende a la pareja no casada (*unmarried couple*) si concurren los requisitos que prevé la Ley. La regla presupone que cualquier ingreso que perciba un miembro de la familia repercute en beneficio de todos, y su extensión a la pareja de hecho es ciertamente criticable, porque parte de unos deberes de contribución a las cargas familiares establecidos legalmente para los cónyuges y que, en cambio, no existen entre convivientes de hecho. Así, puede resultar que si un conviviente de hecho

(67) Vide Stephen PARKER, *Cohabitees*, 3rd. ed., London, Longman, 1991, p. 31 y ss.; Jacqueline PRIEST, *Families Outside Marriage*, 2nd. ed., Bristol, Jordan, 1993, p. 96-97, y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 93-94.

(68) Cfr. Sec. 134(2) *Social Security Contributions and Benefits Act 1992*, si bien existen algunas excepciones.

(69) Vide PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 91 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 80 y ss.

que percibe *income support* (70) o *family credit* (71) se lo queda todo para sí mismo, el otro no sólo no puede reclamarle ni la contribución a las cargas ni alimentos, sino que tampoco puede solicitar los subsidios que el primero percibe (72). Por esta razón, adquiere una importancia fundamental determinar qué entiende la legislación social por «pareja no casada» (*unmarried couple*).

La nueva *Social Security Contributions and Benefits Act 1992* mantiene la definición tradicional en materia de pensiones asistenciales según la cual son «pareja no casada» «un hombre y una mujer que no están casados entre sí, pero que viven juntos como marido y mujer, excepto en circunstancias especiales» (73). Según la jurisprudencia y las directrices del Departamento de la Seguridad Social, son indicios de que existe ese tipo de convivencia: a) la convivencia heterosexual; b) la existencia de una vivienda familiar común; c) la estabilidad que, de modo especial, puede estar indicada por la existencia y atención de hijos comunes; d) el apoyo económico mutuo o de uno de ellos al otro; e) la existencia de relaciones sexuales —como un indicio más, no como un requisito imprescindible— y f) el tratamiento público como marido y mujer (74).

b) DERECHO FISCAL

En el ámbito del Derecho fiscal, la reforma llevada a cabo por la *Finance Act 1988* tuvo por objeto introducir la posibilidad de que los cónyuges pudieran hacer la declaración de renta por separado y modificar, en general, todas aquellas normas que al tratar a los convivientes de hecho como a extraños les beneficiaban fiscalmente en comparación con los matrimonios. La tendencia actual continua siendo la de suprimir tanto los desincentivos fiscales al matrimonio como los incentivos fiscales a la convivencia de hecho (75).

(70) Prestación que tiene por objeto mantener un nivel mínimo de subsistencia, definido por el Estado, y a la que tienen derecho aquellas personas que no tienen trabajo o no obtienen ingresos suficientes y que reúnen los requisitos establecidos por la Ley. Vide por todos, PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 86-87.

(71) Prestación a la que tiene derecho quien trabaja pero tiene un nivel de ingresos bajo y forma parte de una unidad familiar en la que, como mínimo, hay un hijo. Vide por todos, PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 86-88.

(72) PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 92; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 81.

(73) Cfr. *Social Security Contributions and Benefits Act 1992*, Sec. 137.

(74) Cfr. PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 92-94; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 81-86. También PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 23-28, en relación a los mismos criterios antes de la reforma.

(75) Vide con mayor detalle PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 34-43 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 95-100.

El impuesto de donaciones es más favorable a la pareja matrimonial, ya que trata a los convivientes de hecho como a extraños; el mismo trato se da en el impuesto de sucesiones, si bien en este caso es menos problemático ya que las primeras 150.000 libras esterlinas (datos de marzo de 1992) están exentas de tributación (76).

c) OTROS SECTORES

En el ámbito de los tratos familiares vejatorios, la *Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act* 1976 permite impedir el acceso a la vivienda familiar al causante de malos tratos y, en general, extiende a las parejas de hecho la protección que, en estos casos, otorga a las matrimoniales (77).

B. Derecho privado

En el ámbito del Derecho privado, y en relación a la patria potestad, la regla tradicional del *Common Law* consideraba al hijo no matrimonial como «hijo de nadie» y, por lo tanto, no le atribuía una relación jurídica con su madre ni, mucho menos, con su padre. A pesar de ello, la jurisprudencia y diversas leyes especiales fueron otorgando a la madre una potestad parecida a la del padre del hijo matrimonial. Hasta 1959 el padre del hijo no matrimonial únicamente podía obtener la guarda bajo la protección de los tribunales, circunstancia que le permitía —como a cualquier otro padre— la guarda legal o, como mínimo, el derecho de comunicación con el hijo, pero no el ejercicio conjunto con la madre de la patria potestad sobre el hijo, a pesar de que así los desearan tanto los dos progenitores como el propio hijo. La *Family Reform Act* 1987 equiparó los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, con la única diferencia de que si los progenitores no estaban casados entre sí se atribuía la patria potestad, de modo automático, únicamente a la madre. La nueva *Children Act* 1989 dispone ahora que «a petición del padre, el tribunal podrá ordenar que éste tenga la potestad sobre el hijo» (78). Otro procedimiento por el que el padre puede adquirir la potestad sobre el hijo no matrimonial es mediante un acuerdo sobre patria potestad que puede firmar con la madre

(76) Vide PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 101-103. También PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 43-47.

(77) Vide PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 59-79 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 159-173.

(78) *Children Act* 1989, Sec. 4(1)(a).

y que deberá cumplir los requisitos de forma establecidos reglamentariamente (79).

En relación a la adopción, los convivientes de hecho, como cualquier otra persona que reúna los requisitos legalmente establecidos, pueden adoptar por separado, pero sólo pueden adoptar conjuntamente las parejas matrimoniales (80).

En el campo de las relaciones patrimoniales, conviene distinguir las relaciones de los convivientes de hecho con terceros de las relaciones de los convivientes de hecho entre sí.

a) RELACIONES CON TERCEROS

(aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda

La convivencia de hecho no da lugar a ningún derecho en relación a la vivienda arrendada por uno de los convivientes; la Ley les da el mismo trato que a los que la comparten sin ser convivientes. Así, si el titular del derecho de arrendamiento es sólo uno de los convivientes y, por alguna razón, se rompe la convivencia, el otro no tiene derecho a subrogarse. Mientras que la *Matrimonial Homes Act* 1983 dispone que la ocupación de la vivienda por parte del cónyuge no arrendatario le da derecho a continuar en el arriendo, no hay ninguna disposición legal que reconozca ese derecho al conviviente de hecho, ni tampoco lo hace la jurisprudencia (81).

Esta situación de desamparo del conviviente de hecho cuando la convivencia se rompe en vida de ambos contrasta con el derecho que tiene el conviviente de hecho supérstite a continuar en el arrendamiento de vivienda en caso de muerte del conviviente arrendatario. Aunque el conviviente premuerto hubiera sido titular único del derecho arrendaticio sobre la vivienda, el supérstite tiene derecho a subrogarse. La regulación es distinta para la vivienda privada y la pública. En el primer caso, la subrogación se rige por la *Housing Act* 1988, que al definir

(79) Cfr. *Children Act* 1989, Sec. 4(1)(b) y Stephen M. CRETNEY, *Elements of Family Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 224; Brenda HOGGETT, *Parents and Children*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 32 y ss. También PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 167-170 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 116-136.

(80) Cfr. *Adoption Act* 1976, Sec. 14(1), en su redacción actualmente vigente, y Stephen M. CRETNEY, *Elements of Family Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 236; Brenda HOGGETT, *Parents and Children*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 240. También PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 217-222 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 138-141.

(81) Vide PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 101 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 45 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 57-64.

la expresión «cónyuge» del arrendatario como persona que podrá subrogarse en el arrendamiento añade que «la persona que estaba conviviendo con el arrendatario como marido o como mujer será considerado como cónyuge del arrendatario» (82). En el sector público, la *Housing Act 1985* restringe el concepto de «cónyuge» a su sentido estricto, pero llega al mismo resultado al considerar como «otro miembro de la familia del arrendatario» premuerto a la persona que ha convivido con él «como marido y mujer». Tanto en el sector público como en el privado sólo se acepta una subrogación (83).

(bb) Indemnizaciones por muerte

La *Fatal Accidents Act 1976*, tras la modificación de 1982, dispone que si un acto ilícito causa la muerte de una persona, las que de ella dependían pueden solicitar al causante del daño las indemnizaciones correspondientes. La Ley incluye entre las personas dependientes a aquella que «(i) convivía en el mismo hogar inmediatamente antes de la fecha de la muerte, (ii) había convivido con el difunto en el mismo hogar durante, al menos, dos años antes de aquella fecha, y (iii) convivió durante la totalidad de aquel período como marido o mujer del difunto» (84).

Esta definición no sólo tiene en cuenta la situación de dependencia sino también la de status (dos años de convivencia), razón por la cual excluye convivencias que, a pesar de haber sido estables, no han podido tener aún esa duración mínima; también, como en todos los casos en que se habla de convivencia «como marido y mujer» excluye la convivencia homosexual. La acción tiene por objeto solicitar la indemnización por el daño que la muerte del conviviente de hecho ha causado a las personas que dependían de él en relación a las expectativas del beneficio patrimonial razonable que les hubiera podido reportar la continuación de su vida. Por esta razón, para poder determinar el *quantum* de la indemnización, el tribunal deberá formarse inevitablemente un criterio sobre cuál hubiera sido la probable duración de la relación en caso de que no se hubiera producido la muerte. Debe destacarse aquí que la acción tiene por objeto compensar exclusivamente la pérdida de sostenimiento económico y que, por esta razón, la indemnización no

(82) *Housing Act 1988*, Sec. 17(4).

(83) Vide Brenda HOGGETT/David S. PEARL, *The Family Law and Society. Cases and Materials*, 3rd. ed., London, Butterworths, 1991, p. 362 y ss. Con más detalle, PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 101 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 45 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 222-228.

(84) *Fatal Accidents Act 1976*, Sec. 1(3)(b).

comprende los llamados daños de aflicción (*damages for bereavement*) —que consisten en una indemnización alzada de unas 7.500 libras esterlinas por los diversos daños morales— y que, en cambio, si que se conceden al cónyuge superviviente (85).

b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

Los conflictos patrimoniales que se plantean entre los convivientes de hecho aparecen en situaciones de ruptura de la convivencia, especialmente en relación a la atribución de la vivienda familiar y de los bienes del ajuar doméstico, y se intentan resolver de acuerdo con los principios de *equity*. Para desarrollar y aplicar esos principios se analiza caso por caso la conducta y las intenciones de los convivientes de hecho y se recurre a figuras de carácter general.

En materia de vivienda familiar, la diferencia fundamental entre pareja matrimonial y pareja de hecho se halla en que en el primer caso se aplican las reglas del Derecho matrimonial, orientadas a determinar quien tiene derecho a continuar en la vivienda familiar, mientras que en el segundo se aplican las reglas generales del Derecho de propiedad, orientadas a determinar en qué medida es propietario cada uno de los convivientes de hecho en atención a las diversas contribuciones que hayan realizado a la comunidad de vida creada por la convivencia. En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado que:

Si [las partes] hubieran estado casadas, la cuestión de la propiedad hubiera sido poco relevante, porque actualmente cuando la Ley trata las consecuencias económicas del divorcio adopta una perspectiva que mira hacia el futuro y en la que las cuestiones de propiedad se subordinan a las exigencias superiores de relacionar los medios de ambas partes con las necesidades de cada una de ellas, teniendo en cuenta, ante todo, el bienestar de los hijos. Como quiera que los convivientes no contrajeron matrimonio no les es aplicable la flexibilidad que establecen esas normas, excepto la facultad de realizar disposiciones patrimoniales en favor de sus hijos. En general, sus derechos patrimoniales se deben determinar de acuerdo con las titularidades estrictas según *equity*, un proceso que en ningún caso mira hacia el futuro sino que, por lo contrario, comporta una visión retrospectiva dolorosamente detallada (86).

(85) Cfr. Brenda HOGGETT/David S. PEARL, *The Family Law and Society*, cit., p. 355. Con más detalle, PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 189 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 150 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 230-231, con cita de otras disposiciones que también atribuyen indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho.

(86) *Hammond v. Mitchell* [1991] 1 W.L.R. 1127, p. 1129.

Para desarrollar esos principios de *equity* y encontrar una solución para resolver el caso concreto se utilizan las figuras generales del *trust* (sea *resulting*, *implied* o *constructive trust*) y del *estoppel*.

Tradicionalmente, regía de modo generalizado en el *Common Law* el régimen de separación de bienes absoluta entre cónyuges (*separate property régime*); en relación a su patrimonio, los cónyuges eran tratados como extraños y no adquirirían ningún derecho sobre el patrimonio del otro. Para mitigar la dureza que comportaba la separación de bienes para aquel cónyuge que, sin incrementar el patrimonio propio, había contribuido a incrementar el del otro, se aplicaban principios de *equity*. De acuerdo con el derecho de los *trusts*, la propiedad —de un modo desconocido en nuestro derecho— se desdoblaba entonces en una propiedad jurídico-formal (*legal titel*) de su titular y una propiedad jurídico-material (*beneficial interest*) de aquél que había contribuido a la adquisición del patrimonio. El titular del derecho formal administraba fiduciariamente el patrimonio hasta que, en caso de conflicto matrimonial, debía transmitir una parte al titular del derecho material como compensación por su contribución. Con esa construcción se compensaba la participación económica directa de uno de los cónyuges en la adquisición de bienes inmuebles por parte del otro (87).

Si las contribuciones no consistían en una participación económica directa sino únicamente en que el cónyuge había contribuido a la adquisición del patrimonio mediante sus prestaciones de trabajo, la existencia de una compensación económica dependía de las intenciones de las partes. Aquel que quería hacer valer su *beneficial interest* en la propiedad del otro debía probar que se había acordado una compensación a su favor en atención a ese tipo de prestaciones (88).

Desde la *Matrimonial Causes Act 1973*, los tribunales tienen en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio unas amplias facultades para distribuir los bienes entre los cónyuges en el marco de las directrices que marca la Ley y, por esta razón, sólo en casos excepcionales se utilizan todavía la reglas de los *trusts* para resolver los conflictos patrimoniales entre cónyuges (89). Estas reglas, en cambio, al ser normas generales de Derecho de propiedad, siguen aplicándose con regularidad a los convivientes de hecho.

Así, por ejemplo, en el caso *Grant v. Edwards* el Tribunal de Apelación utilizó la figura del *constructive trust* para otorgar una cuota de la vivienda adquirida por el otro conviviente a una mujer que, además

(87) Vide por todos, CRETNEY, *Elements of Family Law, cit.*, p. 89 y ss. y *passim* y PARKER, *Cohabitees, cit.*, p. 130 y ss.

(88) CRETNEY, *Elements of Family Law, cit.*, *ibidem*, PARKER, *Cohabitees, cit.*, *ibidem*.

(89) Vide los supuestos enumerados por CRETNEY, *Elements of Family Law, cit.*, p. 91-92.

de ocuparse del hogar y de la educación de los hijos, había contribuido con sus ingresos al sostenimiento de las cargas familiares. El Tribunal afirmó que no se podía presumir razonablemente que la mujer hubiera hecho una contribución tan substancial si no «hubiera confiado en que existía una intención común del demandado y de ella misma para que adquiriera algún tipo de derecho en la propiedad de la casa» (90).

Como en los casos de los cónyuges, esa «intención común» (*common intention*) no se puede probar simplemente por la dedicación al hogar o a los hijos. Lo que resulta decisivo es que el demandante demuestre que las contribuciones indirectas eran «substanciales» para adquirir la propiedad, es decir, que excedían de la simple contribución a los gastos ordinarios o a la cooperación normal que se presupone que los convivientes casados —y también los de hecho— se prestan mutuamente de modo gratuito.

Estas consideraciones pueden extenderse a todos los bienes adquiridos durante la convivencia de hecho. Si se demuestra que uno de los convivientes tiene derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro, no existirá una presunción de que las adquisiciones se hayan hecho a partes iguales y, entonces, será determinante analizar y valorar las contribuciones de cada uno de ellos. Los tribunales ingleses tienden a realizar un análisis individualizado de cada bien y la mayoría de las peticiones que se aceptan suelen desembocar en algún tipo de participación en la vivienda familiar. (91)

Una figura alternativa a la del *trust* es la del *estoppel*. Permite enervar la posibilidad de que el propietario legal pueda oponerse a la convicción que tenía el demandante de que obtendría algún derecho en el bien en cuestión.

Para que pueda prosperar la acción es necesario que concurren los requisitos siguientes:

- a) que el demandante haya incurrido en error respecto a los derechos que legalmente le corresponden;
- b) que el demandante haya realizado gastos o desplegado alguna actividad en virtud de esa creencia errónea;
- c) que el demandado conozca la existencia de su propio derecho y que éste es contrario a lo que el demandante reclama;
- d) que el demandado conozca la creencia errónea del demandante, y
- e) que haya alentado al demandante a realizar los gastos o las actividades que se han llevado a cabo, bien de modo directo o bien absteniéndose de afirmar el derecho que legalmente le corresponde.

(90) *Grant v. Edwards* [1986] Ch. 638, [1986] 2 All ER 426, [1986] WLR 114. El caso puede consultarse también en Brenda HOGGETT/David S. PEARL, *The Family Law and Society*, cit., p. 338-340.

(91) PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 151-152; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 21-24; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 29-31.

Una vez se ha determinado la concurrencia de los requisitos previstos, el demandante tiene derecho a que se satisfagan esas expectativas en su aspecto patrimonial si, atendidas las relaciones entre las partes, existe alguna medida para hacerlas efectivas. Esa medida puede comportar tanto la atribución de un derecho de propiedad como la de un derecho de uso (92).

Así, por ejemplo, en el caso *Pascoe v. Turner* ([1979] 1 W. L. R. 431), la Sra. Turner se fue a vivir a casa del Sr. Pascoe en calidad de ama de llaves. Poco después, Pascoe y Turner empezaron a vivir juntos como marido y mujer. Transcurridos algunos años, el Sr. Pascoe se fue a vivir con otra mujer pero, antes de partir, le dijo a la Sra. Turner: «la casa es tuya, y también todo lo que hay en ella». No obstante, nunca le transfirió la propiedad. Con el conocimiento y aprobación del Sr. Pascoe, la Sra. Turner gastó 230 libras esterlinas y, aproximadamente, una tercera parte de su capital, en reparaciones y mejoras de la casa. Tras una pelea, el Sr. Pascoe le reclamó la casa. La Sra. Turner se opuso alegando que tenía la casa en *trust* o, alternativamente, que había obtenido autorización para habitarla de por vida. El Tribunal de Apelación consideró que de los hechos expuestos no podía derivarse la existencia de un *constructive trust*, pero invocó la doctrina del *estoppel*, en atención al hecho que la Sra. Turner se había visto perjudicada por los gastos efectuados en el inmueble con el conocimiento y el estímulo del Sr. Pascoe. El Tribunal condenó a este último a cumplir su promesa de donación y a realizar las formalidades legales necesarias para hacerla efectiva.

Cuando se trata de determinar a quién pertenecen los bienes del ajuar doméstico se suma a menudo la dificultad de que no existen documentos que establezcan la titularidad. La regla general sobre esos bienes es que son propiedad de cada uno de los convivientes los que ya les pertenecían en el momento de iniciarse la convivencia, así como los objetos de uso personal y los regalos personales que hayan recibido del otro conviviente. Con relación a los demás bienes, si no se demuestra la titularidad exclusiva de uno de ellos, también se puede recurrir a alguna de las modalidades de la figura del *trust* (*resulting, implied o constructive trust*) para determinar si debe atribuirse alguna participación al otro (93). Respecto a los bienes muebles se ha afirmado que:

A pesar de que nadie afirma que el derecho inglés reconozca o deba desarrollar una doctrina de comunidad de bienes en relación a los bienes del ajuar doméstico de aquellos convivientes que esta-

(92) PARKER, *Cohabitees, cit.*, p. 155-157; PRIEST, *Families Outside Marriage, cit.*, p. 32-34; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation, cit.*, p. 37-41.

(93) Vide PARKER, *Cohabitees, cit.*, p. 162 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage, cit.*, p. 86-90; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation, cit.*, p. 41-43.

blecen una unión no matrimonial, las partes deben esperar que en los casos normales el tribunal sea firmemente leal a la máxima «igualdad es equidad», aunque ello sólo en aras a cumplir la máxima —igualmente saludable— de «*sit finis litis*» (94).

(aa) Derechos sucesorios del conviviente supérstite

El conviviente supérstite, al igual que el cónyuge, tampoco es legítimo en la sucesión testada del premuerto y, a diferencia del cónyuge, no tiene derecho alguno en la sucesión intestada. En la sucesión intestada el cónyuge ocupa un lugar preeminente; el conviviente de hecho, en cambio, no ocupa lugar alguno (95).

No obstante, y a pesar de la regulación general de la sucesión testada e intestada, el conviviente de hecho supérstite que obtenía su sostenimiento del conviviente premuerto puede tener derecho, de acuerdo con la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, a una pensión con cargo a la herencia si no ha recibido nada en la sucesión testada o intestada de éste (96). Conviene subrayar que ese derecho tiene su origen en la situación de dependencia del conviviente, no en su status y, por lo tanto, para poder obtenerlo deben concurrir los requisitos siguientes:

a) Que el conviviente supérstite haya recibido del premuerto su sustentación, en todo o en parte, durante el tiempo inmediatamente anterior al óbito. La existencia de dependencia económica es, pues, indispensable (97).

b) Que el conviviente premuerto no haya hecho al supérstite ninguna otra atribución patrimonial de entidad razonable mediante disposición testamentaria o que éste tampoco la haya recibido en la sucesión intestada. El supérstite deberá probar la inexistencia de esa atribución patrimonial.

En relación a ese extremo, conviene clarificar las diferencias que separan al cónyuge del conviviente de hecho. El cónyuge recibe el mismo trato que si el matrimonio se hubiera disuelto por divorcio y, en ese sentido, la atribución patrimonial de una entidad razonable significa que el beneficio recibido, tenga o no el carácter de alimenticio, debe ser proporcionado a las circunstancias económicas del premuerto, per-

(94) *Hammond v. Mitchell* [1991] 1 W.L.R. 1127, p. 1138.

(95) *Vide* CRETNEY, *Elements of Family Law*, cit., p. 108 y ss.

(96) *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, Sec 1(1) y 1(3). *Vide* CRETNEY, *Elements of Family Law*, cit., p. 111 y ss.; PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 174 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 142 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 210 y ss.

(97) Por todos, PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 211-215.

mitiéndole así una participación en su patrimonio. El conviviente de hecho supérstite, en cambio, sólo tiene derecho a una congrua sustentación. Si la herencia del conviviente es insuficiente para satisfacer tanto los derechos de un cónyuge supérstite que ya dispone de medios necesarios para garantizar su subsistencia como la congrua sustentación del conviviente de hecho, prevalen los derechos de éste (98).

c) Que el tribunal considere que no se ha hecho ninguna otra atribución para proveer al sostenimiento del conviviente supérstite y que valore cual es la adecuada, en atención a las circunstancias del caso. En este tema, el tribunal tendrá en cuenta, entre otros aspectos, los medios económicos y las necesidades que el conviviente supérstite tiene en aquel momento y que previsiblemente puede tener en el futuro, así como los medios y las necesidades, actuales y previsibles, de cualquier otro familiar que tenga derecho a ser alimentado con cargo a la herencia aunque no lo haya solicitado; las obligaciones y las deudas que el premuerto tenía en relación a cualquier solicitante o beneficiario; el volumen y la naturaleza de los bienes y derechos del caudal relicto; las eventuales deficiencias de carácter físico o psíquico del solicitante o beneficiario y, en general, cualquier otra circunstancia, incluida la conducta del solicitante o de cualquier otra persona que pueda ser relevante para el caso (99).

d) Que el tribunal adopte alguna medida concreta en favor del conviviente supérstite. Esta medida sólo podrá estar orientada a proveer la congrua sustentación del conviviente, si bien podrá adoptar diversas formas: así, tanto podrá consistir en una pensión pecuniaria periódica, como en una suma alzada —pagada de una sola vez o a plazos—, como en la atribución en propiedad o usufructo de determinados bienes que, o bien ya forman parte del caudal relicto, o bien se adquieren con cargo a la herencia (100).

2.4. Alemania

El artículo 6 de la Ley Fundamental (en adelante, GG —*Grundgesetz*—) atribuye al Estado la especial protección del matrimonio y de la familia. Esta protección especial no la puede pretender la pareja de hecho. Es más: el art. 6 GG justifica un trato diferenciado del matrimonio y de la pareja de hecho, de tal modo que el tratamiento desigual en

(98) Cfr. PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 216.

(99) Vide PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 217-219.

(100) Cfr. PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 219-221.

favor del matrimonio que puede hallarse en diversas regulaciones no lesiona el principio de igualdad contenido en el art. 3 GG (101).

No obstante, la protección que el art. 6 GG otorga al matrimonio no prohíbe que se adopte una regulación para la pareja de hecho e, incluso, en determinados casos, puede ser indicado adoptarla. De todos modos, tanto el principio de libertad matrimonial (art. 6 GG) como el de libre desarrollo de la personalidad (art. 2 GG) exigen del legislador una cierta prudencia para evitar que el conviviente de hecho se vea abocado a una especie de «matrimonio a la fuerza» (102). De acuerdo con ese marco constitucional, toda legislación que se adopte debe estar presidida por dos criterios: 1) no puede colocarse a la pareja de hecho en una situación más favorable que la del matrimonio ya que, a diferencia del matrimonio, la pareja de hecho no goza de una protección constitucional específica; 2) deriva del carácter de garantía institucional que tiene el art. 6 GG que el matrimonio, en cambio, sí puede situarse en una posición más favorable que la de la pareja de hecho; finalmente, 3) la regulación que se establezca no puede comportar directa o indirectamente una coerción a la celebración del matrimonio: por esta razón, no se puede tratar a la pareja de hecho de un modo más desfavorable que a la matrimonial y, al mismo tiempo, más desfavorable que a las personas que no conviven (103).

Por todas esas razones, y a la vista de las diversas manifestaciones y modalidades de la pareja de hecho, la doctrina alemana excluye de manera prácticamente unánime todo intento de establecer una regulación específica de la pareja de hecho (104).

(101) Cfr. Manfred LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?*, Gutachten A für den 57. DJT, München, Beck, 1988, p. A25; Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4A, München, Beck, 1994, p. 649.

(102) Cfr. LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft...*, cit., p. A26; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 649.

(103) Fundamentales, en este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional alemán BVerfG, FamRZ 1990, 728 y FamRZ 1993, 1419 = NJW 1993, 3058. Para una visión más detallada de la situación jurisprudencial actual vide Herbert GRZIWOTZ, *Rechtssprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1994, p. 1217-1226.

(104) Vide por todos LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft...*, cit., p. A27; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 650, y Christiane SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Bestandaufnahme, Rechtsvergleich, Gestaltungsvorschläge*, München, Tehle-Rehm, 1995, p. 44 y ss.

A. Derecho público

La doctrina y la jurisprudencia alemanas admiten con carácter general que, en virtud del deber constitucional de protección del matrimonio que impone el art. 6 GG, el Estado puede hacer depender la realización de determinadas prestaciones o el reconocimiento de beneficios fiscales de la existencia de matrimonio, sin que ese trato diferenciado sea contrario al principio de igualdad (art. 3 GG). Afirman también que la arbitrariedad y la inseguridad jurídica que podría generar el reconocimiento de las mismas prestaciones o de los mismos beneficios a la pareja de hecho refuerzan ese distinto trato. Por un lado, si bien es cierto que se podría pensar en incluir la convivencia de hecho en el supuesto de hecho de la norma que da derecho a la prestación o beneficio, también es cierto que el Estado debería asegurarse, entonces, de que la situación de convivencia de hecho es real y no ficticia, con lo cual se vería obligado a llevar a cabo un tipo de investigaciones que, además de poder ser difíciles y costosas, podrían suponer una intromisión ilegítima en la esfera más íntima de la vida privada de los ciudadanos. Por otro lado, si a pesar de todo la existencia de una situación de convivencia de hecho fuera comprobable, se debería garantizar que esa situación —que es requisito de la prestación o beneficio— se continúa manteniendo en el momento de la petición y en cada momento posterior en que deban hacerse efectivas las sucesivas prestaciones o deban otorgarse nuevos beneficios (105). Por todas esas razones, el reconocimiento de la convivencia de hecho, sea legislativo sea jurisprudencial, es fragmentario y se limita a determinados aspectos, entre los que destacan los que se exponen a continuación dentro de cada uno de sus ámbitos respectivos.

a) DERECHO SOCIAL

En el ámbito del Derecho social, la regla general es que los convivientes de hecho reciben el mismo trato que los no convivientes. En los pocos casos en que se tiene en cuenta la situación de convivencia de hecho se hace así para evitar que ésta reciba un trato más favorable que la convivencia matrimonial. Así, por ejemplo:

a) el § 122 del *Bundessozialhilfegesetz* (BSHG), equipara la pareja de hecho a la matrimonial al efecto de computar los ingresos de los

(105) Vide por todos GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 650 y ss y, con mayor detalle, Dagmar COESTER-WALTJEN, *Die Lebensgemeinschaft-Strapazierung des Parteiwillen oder staatliche Bevormundung?*, NJW 1988, p. 2085-2090.

convivientes para determinar si existe o no una situación de necesidad que pueda dar lugar a la percepción de prestaciones sociales (106);

b) la *Arbeitsforderungsgesetz* (AFG) también otorga ventajas —y a veces cargas— a la pareja matrimonial, algunas de las cuales se extienden por disposición expresa del legislador a la pareja de hecho. Así, por ejemplo, el § 137 IIa AFG extiende de modo expreso a la pareja de hecho el criterio de computar parte de los ingresos del otro cónyuge para dilucidar si existe la situación de necesidad que da derecho a percibir prestaciones de desempleo y para determinar su cuantía (107);

c) por lo que se refiere a las subvenciones de ayuda a la vivienda, y aunque no hable expresamente de convivientes de hecho, el *Wohn-geldesgesetz* (WoGG) tiene en cuenta los ingresos de las personas que sin ser familiares conviven en la misma vivienda al efecto de excluir la ayuda (§ 18 WoGG) y evitar así dispensar un trato más favorable a otras comunidades de vida que a la comunidad de vida matrimonial (108);

d) en cambio, la Ley que prevé la concesión de becas y otras ayudas al estudio (*Bundesausbildungsförderungsgesetz*, BAföG) discrimina a la pareja matrimonial al tener en cuenta los ingresos del cónyuge del estudiante para determinar si procede la concesión de la ayuda y no, en cambio, los que pueda obtener el conviviente de hecho. Sin lugar a dudas, ello contribuye a desincentivar el matrimonio de aquellas parejas en las que uno de los convivientes estudia (109).

b) DERECHO FISCAL

En el ámbito del Derecho fiscal el legislador favorece claramente a la pareja matrimonial y trata la pareja de hecho con los mismos criterios generales que aplica a los extraños. Así, por ejemplo, los convivientes de hecho no pueden hacer la declaración de renta conjunta y en los impuestos de sucesiones y de donaciones tributan lo mismo que entre extraños (110). Ello comporta que mientras que la sucesión entre

(106) Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 66 y ss.

(107) Cfr. Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 7 A, München, Beck, 1993, p. 346 y SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 70 y ss.

(108) Cfr. SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 69-70.

(109) Cfr. Siegfried DE WITT/Johan Friedrich HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, 2A, München, Beck, 1986, p. 149-153; Bernd von MAYDELL, *Referat*, 57 DJT, cit., I 49; SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 68-69.

(110) Cfr. DE WITT/HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 143-145.

cónyuges tributa el 3% (por un caudal hereditario de 50.000 DM), se mueve entre un 5 y un 10% con un caudal hereditario entre los 150.000 y 1.000.000 DM, hasta llegar a un 35%, por el importe superior a los 100 millones de DM, la sucesión entre convivientes de hecho comporta, en los mismos casos, un importe del 20 %, que se mueve entre el 28 y el 48%, y que alcanza hasta el 70% (111).

c) OTROS SECTORES

En el ámbito del Derecho penal se plantea si debe incluirse el conviviente de hecho en aquellas numerosas disposiciones en que se tiene en cuenta la condición de familiar bien para beneficiar bien para perjudicar al agente o a sus familiares. Así, por ejemplo, se considera como atenuante la provocación de la víctima dirigida contra el agente o sus familiares en el delito de homicidio (§ 213 StGB), atenuante que se estima también si quien ha sido objeto de provocación era el conviviente de hecho del agente. En cambio, no se consideran aplicables al conviviente de hecho las disposiciones que excluyen, en determinados casos, la sanción a los familiares por no haber denunciado que el agente preparaba la comisión de determinados delitos (§ 139 StGB) o por haber cometido perjurio para protegerle (§ 157 StGB) (112). También en el ámbito del Derecho procesal penal se consideran aplicables al conviviente de hecho determinadas normas como, por ejemplo, el derecho a no declarar contra el cónyuge o familiares acusados (113).

B. Derecho privado

En relación a la patria potestad de los convivientes de hecho sobre el hijo nacido de la unión, el Derecho alemán actual la atribuye únicamente a la madre (§ 1705 BGB) con total postergación del padre, el cual tampoco puede adquirirla por disposición judicial ni por acuerdo con la madre. Como señala la doctrina más autorizada, en relación al hijo no matrimonial «el padre puede ser tutor, y también guardador, pero nunca titular de la patria potestad» (114). A diferencia del padre

(111) Puede consultarse la tabla que establece el § 19 ErbStG en Heinrich LANGE/Kurt KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 3.A., München, Beck, 1989, p. 1066-1067.

(112) Para un tratamiento con mayor detalle vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 51-55.

(113) Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 55-64.

(114) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 930.

matrimonial (§ 1634), tampoco tiene ningún tipo de derecho de comunicación con el hijo. En todas estas materias la doctrina alemana actual coincide de modo unánime en que se impone una reforma urgente que permita al padre acceder a la patria potestad sobre el hijo no matrimonial (115).

a) RELACIONES CON TERCEROS

(aa) La vivienda arrendada

En el caso de la vivienda arrendada, la doctrina y la jurisprudencia alemanas distinguen el supuesto en que ambos convivientes son titulares del derecho arrendaticio de aquel otro en que sólo lo es uno de ellos.

(i) *TITULARIDAD CONJUNTA DE LOS CONVIVIENTES*

En este primer supuesto, los convivientes de hecho son acreedores solidarios de la prestación arrendaticia (§ 432 BGB) y deudores solidarios de la renta (§ 421 BGB). Como que el cese de la convivencia no modifica por sí mismo la relación arrendaticia, puede crear diversos problemas como, por ejemplo, que el ex-conviviente que no se queda en la vivienda continúe obligado a pagar la renta o que, si ambos quieren continuar disfrutando de la vivienda arrendada, no exista una solución clara para determinar a cuál de ellos debe corresponder.

En relación al primer problema, puede resultar que por la falta de cooperación de uno de los ex-convivientes no pueda el otro extinguir válidamente el contrato de arrendamiento y continúe por ello obligado a pagar la renta, incluso en el supuesto en que ninguno de los dos habite ya la vivienda arrendada; para solucionar ese problema, la doctrina y la jurisprudencia consideran que puede derivarse de la relación interna existente entre ex-convivientes que uno de ellos está obligado a emitir la declaración de voluntad dirigida a extinguir el contrato de arrendamiento que el otro le reclama, sea por aplicación de las reglas de la sociedad civil (§ 723 BGB), sea por aplicación de las de la comunidad (§ 749 BGB). Resulta entonces que si uno de los ex-convivientes incumple su deber de cooperar en la extinción del contrato, los

(115) En los últimos años se han repetido las propuestas de modificación. Vide HINZ/Münchener Kommentar, *Familienrecht*, § vor 1705, p. 805 y ss.; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 930-933; SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 170-172.

tribunales pueden resolver que el otro quede liberado y que se centre la obligación de pagar el alquiler en el ex-conviviente incumplidor (116).

En relación al segundo problema, el de quién está legitimado para continuar en el uso de la vivienda común tras el cese de la convivencia, se discute la aplicación analógica del § 1361b BGB, que dispone para la pareja matrimonial —y con carácter general, es decir, no limitando la regla a los supuestos de titularidad arrendaticia— que si los cónyuges viven separados o si uno de ellos quiere separarse puede solicitarse al otro la cesión total o parcial de la vivienda conyugal «en la medida en que sea necesaria para evitar una situación de extrema dureza (*schwere Harte*)». La doctrina mayoritaria considera que el precepto, que sólo permite una atribución provisional mientras se tramita la disolución del matrimonio, no puede aplicarse analógicamente a la convivencia de hecho, porque en ella no podrá acordarse una medida provisional de ese tipo al no existir un momento que determine el fin de la provisionalidad (117). Un sector minoritario y alguna sentencia aislada han aplicado analógicamente el § 1361 b BGB a los convivientes de hecho, argumentado que el sentido de la disposición no es regular la ruptura de la convivencia sino evitar una situación de extrema dureza que también puede darse en este otro tipo de convivencia (118).

(ii) TITULARIDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CONVIVIENTES

La primera cuestión que se presenta en el supuesto de un contrato de arrendamiento concluido tan sólo por uno de los convivientes es la de determinar si el arrendador tiene el deber de tolerar dicha convivencia y, si es así, en qué casos. De acuerdo con la opinión dominante, la cuestión se resuelve por analogía con lo que dispone el § 549 BGB para el subarrendamiento: el arrendatario necesitará obtener la autorización del arrendador. Si la convivencia de hecho se origina después de haberse concluido el contrato de arrendamiento, el arrendatario puede exigir que el arrendador le otorgue esa autorización si demuestra que existe el «interés atendible» que prevé el § 549 II BGB; la jurisprudencia entiende que el arrendatario debe exponer sus razones y que el

(116) Vide Gerd BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft?*, FamRZ 1994, p. 208, y allí más referencias.

(117) En este sentido BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 213. Vide también SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 352, y LG Hagen FamRZ 1993, 1987.

(118) Cfr. LG München MDR 1990, 1014 = NJW-RR 1991, 834 y, también en favor de este criterio, SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 115.

interés en convivir en la vivienda debe haberse originado con posterioridad a la celebración del contrato, ya que si no fuera así se podría entender que el arrendatario ha intentado burlar por esa vía la oposición conocida o presumible del arrendador. El arrendador podrá denegar su autorización en determinados supuestos (§ 549 II 1 BGB) (119) o hacerla depender de la aceptación de un incremento del alquiler por parte del arrendatario (§ 549 II BGB) (120).

Ante actuaciones por vía de hecho que comportan la expulsión del conviviente (por ejemplo, cambiar la cerradura en su ausencia), se hace hincapié en la condición de coposeedor que adquiere el conviviente no arrendatario, la cual le otorga la protección posesoria incluso ante el conviviente arrendatario (cfr. §§ 858, 861 y 866 BGB) (121). Por otra parte, para evitar situaciones de extrema gravedad, como por ejemplo las que se dan cuando el arrendatario pretende dejar en la calle al otro conviviente y a los hijos comunes, y poder limitar su poder de actuación, se acude al principio general de la buena fe (§ 242 BGB) (122).

En caso de muerte del arrendatario se ha discutido si el conviviente supérstite no arrendatario tiene o no tiene el derecho a subrogarse que el § 569a II BGB reconoce a los familiares (*Familienangehörigen*). La sentencia del Tribunal Supremo Federal de 13 de enero de 1993 (123) se

(119) Por ejemplo, si concurre en la persona del conviviente no arrendatario alguna razón importante que justifique la negativa; si las características de la vivienda no admiten su ocupación por otro inquilino —por ejemplo, habitación individual amueblada—; o si ello no les resulta exigible «por otras razones». En relación a esas «otras razones», la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar la contraposición del interés del arrendador —que por razones morales o éticas no quiere tolerar en su inmueble una comunidad de vida no matrimonial— con el interés del arrendatario —que quiere actuar libremente en su domicilio— atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como la ubicación urbana o rural de la vivienda, o el hecho de si el arrendador vive o no en el mismo edificio. Así, por ejemplo, ha denegado a la Iglesia católica el derecho a oponerse a la convivencia de hecho del arrendatario en virtud de que la vivienda que aquella alquilaba se hallaba en un entorno social en el que era plenamente aceptable ese tipo de convivencia y no se ponía en peligro la credibilidad de la Iglesia (OLG Hamm, NJW 1192, 51). En cambio, en otro caso parecido, se reconocía al arrendador el derecho a oponerse en atención al entorno social en el que se encontraba la vivienda y su proximidad a una iglesia (LG Aachen, NJW 1992, 2897). Cfr. SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 84.

(120) Vide SCHWAB, *Familienrecht...*, cit., p. 351; SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 82 y ss.

(121) Cfr. SCHWAB, *Familienrecht...*, cit., p. 351; BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 209-210; SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 117-118.

(122) Y no a la aplicación analógica de lo que dispone el § 1361b BGB para los cónyuges (LG Hagen FamRZ 1993, 187).

(123) BGH FamRZ 1993, 533 = NJW 1993, 999 = FuR 1993, 156 m. Anm. Finger.

ha encargado de cerrar la polémica. El Tribunal considera que el § 569a BGB no es directamente aplicable porque el conviviente de hecho no es un familiar, pero admite que es posible la aplicación analógica en atención a la similitud existente entre la comunidad de vida matrimonial y la que se crea con la convivencia de hecho y considera que, por el número de parejas de hecho y por su aceptación social, no puede continuar ignorándose un problema que no pudo prever el legislador (124).

(bb) Indemnizaciones por muerte

El § 844 II BGB reconoce el derecho a reclamar indemnización por la muerte de una persona a aquellas otras que tenían el derecho a obtener de ella alimentos legales aunque no los percibieran efectivamente (125). La cuantía de la indemnización se determina en atención a los ingresos del premuerto y a su presumible esperanza de vida.

La norma establece, pues, un criterio mucho más restrictivo que el que sigue la jurisprudencia española: limita estrictamente el círculo de personas legitimadas a aquellos parientes a los que la Ley reconoce el derecho legal de alimentos: los parientes en línea recta (§ 1601 BGB); el hijo no matrimonial en relación a su padre (§§ 1615 y ss BGB) y a su madre (§§ 1705, 1606 III 2 BGB), el hijo adoptado y los padres adoptivos, entre ellos (§ 1754 BGB), y los cónyuges (§§ 1360 y ss. BGB). En la medida en que los convivientes de hecho no tiene un derecho legal de alimentos entre sí, también están excluidos de las indemnizaciones que se deriven de la muerte de uno de ellos. (126)

No obstante, se ha apuntado que podría existir una excepción en favor de la conviviente de hecho madre de un hijo común, dado que el § 16151 BGB otorga a la madre no matrimonial un derecho legal de alimentos, en el sentido del § 844 II BGB, a cargo del padre, y por un período que va desde la seis semanas anteriores al parto hasta las ocho semanas posteriores y que, en determinadas circunstancias, puede llegar a tener una duración de 16 meses. (127)

(124) La constitucionalidad de esta interpretación del § 569a BGB ya había sido apuntada anteriormente por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 3 de abril de 1990 (BVerfG 82, 6 = FamRZ 1990, 727 = NJW 1990, 1593). Sobre el significado y alcance de esa sentencia *vide* F. W. BOSCH, *Bundesverfassungsgericht und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1991, p. 1-8.

(125) En el mismo sentido, la legislación especial de daños: § 311 HaftpflG, § 1011 StVG, § 3511 LuftVG y 2811 AtomG.

(126) *Cfr.* DE WITT/HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, *cit.*, p. 100-102.

(127) En este sentido, SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, *cit.*, p. 96.

b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

También en Alemania la mayor parte de los problemas patrimoniales que se plantean en la convivencia surge tras la ruptura, fundamentalmente, cuando un conviviente ha realizado atribuciones patrimoniales que han engrosado el patrimonio del otro, o cuando lo que se reclama es una compensación por las prestación de servicios en la empresa del otro o por la dedicación a la casa y a los hijos comunes. La doctrina intenta resolver esos problemas echando mano de la normativa general de las donaciones, la sociedad, el mandato o el enriquecimiento injustificado. La jurisprudencia, más cautelosa, considera generalmente que no pueden ser objeto de compensación aquellas contribuciones que se han realizado para posibilitar la convivencia (p. ej., contribuciones al sostenimiento, a la cofinanciación de bienes del ajuar doméstico, financiación de un automóvil usado por ambos, etc.), ni tampoco aquellos sacrificios o servicios personales que ha hecho uno de los convivientes en beneficio del otro; admite, en cambio, la posibilidad de otorgar compensación en aquellos supuestos en que el uso del patrimonio de uno de ellos ha comportado un enriquecimiento del otro.

Así, se ha planteado la posibilidad de otorgar una compensación, fundamentada en la doctrina de la desaparición de la base del negocio, en los supuestos de adquisición o construcción de inmuebles en los que, a pesar de adquirirse el edificio o el solar conjuntamente y por mitad, o bien el precio de compra procede tan solo de uno de los convivientes, o bien se construye en el solar del otro o se contribuye a la edificación con prestaciones de trabajo. La misma cuestión se ha planteado en aquellos otros supuestos en que un conviviente realiza prestaciones destinadas a asegurar una vida o una vejez en común, como por ejemplo el pago de primas de seguros de vida o de cantidades para la constitución de un fondo de pensiones (128). En relación a los cónyuges, el Tribunal Supremo Federal ha considerado, desde principios de los 70, que esas prestaciones no tiene el carácter de donaciones sino que son «atribuciones inominadas» (*unbennante Zuwendungen*), que no pueden considerarse ni gratuitas ni onerosas y que se fundamentan en un negocio jurídico-familiar *sui generis* al cual se le puede aplicar la doctrina de la base del negocio para reclamar la restitución en caso de ruptura de la convivencia (129). En cambio, en relación a los convivientes de hecho, los tribunales alemanes son poco proclives a

(128) Vide Rainer HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich*, München, Beck, 1989, p. 320-340.

(129) Vide BGH 7-1-1972 FamRZ 1972, 201 = NJW 1972, 580.

aplicar esa misma doctrina (130); además, el interés por utilizar esta vía ha decaído recientemente al considerar el Tribunal Supremo Federal que esas «atribuciones inominadas» tributan como donaciones a pesar de que civilmente no lo sean (131).

Si se llega a determinar que lo que existe entre los convivientes es una donación, el donante podrá revocarla si concurren los requisitos establecidos para las causas generales de revocación (§§ 528 y ss BGB). En ese contexto una importante causa de revocación puede ser la ingratitud (§§ 530, 531 BGB). La jurisprudencia no considera, sin embargo, que la simple ruptura injustificada de la convivencia sea causa de ingratitud que permita revocar la donación; se requiere algo más, como podría ser que el cese de la convivencia se produzca de un modo que comporte una infracción grave a la confianza mutua debida (p. ej., que el donatario acepte la donación cuando ya ha tomado la decisión de poner fin a la convivencia) (132). Además, se deberá tener en cuenta que el § 534 dispone que están excluidas de la revocación aquellas donaciones que obedecen a un deber moral (*sittlichen Pflicht*) o que constituyen regalos al uso; el deber moral podría justificar, incluso en la actualidad, la irrevocabilidad de las donaciones hechas por el hombre a la mujer en el momento del cese de la convivencia de hecho (133); la irrevocabilidad de los regalos hechos de acuerdo con el uso, en cambio, no sería obstáculo a la revocación de aquellas donaciones que tengan por objeto bienes inmuebles. (134)

Otras instituciones a las que se recurre para resolver las relaciones patrimoniales tras el cese de la convivencia de hecho son:

(130) Así, no la aplica la sentencia del Tribunal Supremo Federal de 24-3-1980 (FamRZ 1980, 664 = NJW 1980, 1520). El único supuesto de aplicación que cita la doctrina es la sentencia del OLG Hamm de 28-1-1983 (FamRZ 1983, 494), en la que el tribunal admitió la compensación equitativa de uno de los convivientes de hecho, de acuerdo con los principios de la desaparición de la base del negocio, por sus contribuciones dinerarias y en trabajo a la construcción de una vivienda destinada a la vida en común. Cfr. HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 327 y ss.

(131) A partir del 31 de mayo de 1994. Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 153.

(132) Cfr. HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 163 y ss.; SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 153 y ss.

(133) Así la sentencia OVG Schleswig (NJW 1992, 258), que mantiene el mismo criterio que ya mantenía el *Kammergericht* a principios de siglo (25-2-1909, OLG 22, 138 y ss.). Vide también HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 180 y ss. SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 8 y p. 155-156.

(134) Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 156.

a) La sociedad civil, en la que resulta decisivo determinar en qué medida la convivencia sin matrimonio puede dar lugar a la existencia de una sociedad que, a falta de contrato expreso, derivaría de la voluntad de los convivientes de hecho manifestada mediante actos concluyentes. Ciertamente, el aspecto personal de la relación no podría ser objeto del contrato de sociedad; si que se podrían considerar, en cambio, algunos aspectos patrimoniales, especialmente en aquellos casos en que los convivientes contribuyen a la creación de un patrimonio y presuponen no sólo que podrán disfrutarlo conjuntamente mientras dure la convivencia, sino también que deberá repercutir en beneficio de ambos. Los casos más frecuentes son aquellos en los que la contribución conjunta de trabajo e ingresos comportan únicamente el incremento del patrimonio de uno de los convivientes, como por ejemplo el desarrollo de una empresa que es propiedad privativa de uno de los convivientes mediante la contribución personal y económica del otro (135), o la construcción de una casa en un solar que es propiedad exclusiva de uno de ellos con la contribución personal y económica del otro (136). En estos casos, no obstante, la jurisprudencia se halla dividida, principalmente porque en alguno de ellos (p. ej., en el de la construcción de la vivienda) puede llegarse a considerar que la razón de la actuación conjunta se encuentra precisamente en hacer posible la continuación de la relación, sin que ninguna de las dos partes espere participar en beneficio alguno (137).

b) Finalmente, otras figuras a las que se recurre, argumentando la existencia de un contrato tácito establecidos por actos concluyentes, son el mandato (especialmente en relación a la corresponsabilidad de un conviviente por las obligaciones que ha contraído el otro y que en parte le han beneficiado) (138), o bien el contrato de arrendamiento de servicios (siempre que no se trate de aquellas prestaciones personales propias de la comunidad de vida que genera la convivencia, como por ejemplo la dedicación al hogar o a los hijos, o el cuidado del conviviente enfermo) (139). También se ha recurrido a la figura del enriquecimiento injustificado en los casos en que la prestación que ha llevado a cabo uno de los convivientes se ha reflejado en el patrimonio del otro como un enriquecimiento que continúa subsistente en el momento de la ruptura de la convivencia (140).

(135) BGH 12-7-1982 FamRZ 1982, 1065 = NJW 1982, 2863 = JuS 1983, 145 (Ingeniero que había construido una empresa de aparatos electrónicos en un solar propiedad de la mujer con la que convivía y en la que ésta no sólo había contribuido con su trabajo sino que había aportado capital para ampliarla).

(136) BGH FamRZ 1985, 1232 = NJW 1985, 1841.

(137) Cfr. HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 200 y ss., p. 212-213.

(138) HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 184 y ss.

(139) HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 123 y ss.

(140) HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 281 y ss.

(aa) En particular, la vivienda en propiedad

No plantea problemas especiales la vivienda que es propiedad de ambos convivientes; de acuerdo con la regulación general, ambos tienen la condición de copropietarios (§ 741 BGB), y cualquiera de ellos puede solicitar en todo momento la división de la cosa común (§743 I BGB) o intentar ponerse de acuerdo con el otro conviviente sobre el destino de la vivienda (§ 745 II BGB) (141).

Si la vivienda es propiedad exclusiva de uno de los convivientes de hecho, puede ser que el otro tenga algún derecho en ella por aplicación de las figuras jurídicas vistas con anterioridad; si no es así, el titular podrá pedir al otro que la abandone (§ 985 BGB) y éste no podrá pretender el ejercicio de un derecho de retención sobre ella (§ 273 BGB). A falta de acuerdo, la única medida de protección del conviviente no propietario es la obtención de un plazo para desalojar la vivienda que sea razonable, atendidas las circunstancias, y que en ningún caso podrá exceder al año (§ 721 ZPO) (142).

(bb) En particular, los bienes del ajuar doméstico

Cada conviviente de hecho es propietario exclusivo de los bienes del ajuar doméstico que aporta a la convivencia. En caso de conflicto, el problema principal será determinar la titularidad; a falta de inventario, se discute si es aplicable por analogía la presunción que el § 1362 II BGB establece para los cónyuges y según la cual, tanto entre cónyuges como frente a terceros, se presume que las cosas destinadas al uso exclusivo de uno de los cónyuges sólo le pertenecen a él (143). No parece aplicable, en cambio, la regla de subrogación real que establece el § 1370 BGB para el régimen legal de participación (144).

Mayores problemas plantean los bienes adquiridos una vez iniciada la convivencia. En primer lugar, no se admite la aplicación analógica a los convivientes de hecho de las reglas sobre la potestad doméstica establecidas en el § 1357 BGB: el conviviente de hecho que realiza negocios para atender las necesidades ordinarias de la comunidad de vida no vincula el patrimonio del otro conviviente, excepto en los supuestos

(141) BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 207-216, p. 208.

(142) BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 210.

(143) Extiende la presunción a la pareja no matrimonial la sentencia del AG Eschweiler (FamRZ 1992, 942).

(144) Vide SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 133-134, y allí más bibliografía.

generales de actuación representativa y en aquellos otros en que se haya creado la apariencia de matrimonio y sea necesario proteger la confianza de la otra parte contratante (145). En segundo lugar, en los casos de duda sobre a cuál de ellos pertenece la titularidad, existe en favor del que demuestra la coposesión la presunción de copropiedad que en favor de todo coposeedor establece el § 1006 BGB, y se cuestiona, entonces, como puede destruirse esa presunción. Se ha apuntado que pueden considerarse comunes aquellos bienes del ajuar doméstico que han sido adquiridos con cargo al dinero puesto en común o a una cuenta conjunta, y aquellos otros que lo han sido mediante adquisiciones en las que ambos aparecen como deudores; en caso de duda sobre las respectivas cuotas, se estima que han sido adquiridos por mitad. En cambio, se consideran privativos lo que adquiere exclusivamente uno de ellos con cargo a su propio patrimonio (146).

No existe un procedimiento que regule la distribución de los bienes del ajuar doméstico en caso de ruptura de la convivencia; la distribución de los bienes comunes se realiza por las reglas generales de la división de la comunidad por cuotas (§§ 749 y ss BGB) (147).

(cc) Derechos sucesorios del conviviente supérstite

En Derecho alemán tienen derecho a la sucesión intestada los parientes que determina el § 1924 BGB y los cónyuges (§ 1931 BGB). La práctica judicial y la mayor parte de la doctrina han desatendido sistemáticamente todo intento doctrinal aislado de extender a los convivientes de hecho los derechos sucesorios que el § 1931 BGB atribuye a los cónyuges (148).

En la sucesión testada se ha superado, a partir de los 70, la jurisprudencia que, por la mera existencia de convivencia de hecho, consideraba contrarias a la moral y a las buenas costumbres las disposiciones

(145) Vide GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 642; SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 353 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*., cit., p. 90-92.

(146) En este sentido SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 353. En contra de que se puedan deducir estas reglas del estado actual de la jurisprudencia, SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*., cit., p. 135, quien señala que la situación jurídico-real de los bienes dependería del modo como se lleva a cabo la convivencia, de su duración, y de sus objetivos.

(147) Vide GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 661-662; SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 354.

(148) Vide por todos Heinrich LANGE/Kurt KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 202 y nota 50. En favor de la extensión, SCHWENZER, *Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, JZ 1988, p. 781-832, p. 786.

testamentarias hechas entre convivientes (149). Sin embargo, todavía se mantiene en la jurisprudencia reciente el criterio de que esas disposiciones serán nulas, por ser contrarias a la moral, si tienen por objeto principal perjudicar al cónyuge o a un hijo matrimonial del causante (150).

A diferencia de los cónyuges, los convivientes de hecho no pueden hacer testamento mancomunado (§ 2265 BGB): el testamento mancomunado de los convivientes de hecho es, pues, nulo en principio, si bien se puede producir una conversión del negocio testamentario nulo en dos testamentos simples válidos si concurren los requisitos necesarios para ello (151). En cambio, pueden celebrar un contrato sucesorio (§§ 2274 y ss BGB), si bien en este caso no se aplicarán aquellas disposiciones referidas específicamente a los cónyuges como, por ejemplo, las relativas a los distintos requisitos de capacidad (cfr. § 2275 II BGB) o a la invalidez de las disposiciones hechas en favor de uno de los cónyuges que, en caso de duda, provoca el divorcio (cfr. §§ 2077 y 2279 BGB) (152).

También se plantean dudas sobre si los convivientes de hecho gozan de algún beneficio viudal, como por ejemplo el *Dreißigste* que la Ley otorga al cónyuge supérstite. El *Dreißigste* es un legado legal por el que el heredero queda obligado a prestar alimentos, y a permitir que continúen en la vivienda durante treinta días, a aquellos parientes que en el momento del óbito percibían alimentos del causante y convivían con él (§ 1969 BGB) (153). Un sector de la doctrina niega la extensión de la institución a la pareja de hecho (154), mientras que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria incluyen a los convivientes de hecho dentro del grupo de parientes a los que se refiere el texto legal (155). Existe, en cambio, un consenso generalizado en que no se puede extender a la pareja de hecho el derecho de predetracción (*Voraus*)

(149) A partir de la sentencia BGHZ 53, 369 = FamRZ 1970, 368 = NJW 1970, 1273.

(150) Vide Hebert GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1994, p. 1217-1226, p. 1219 y p. 1226 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 157-158.

(151) Vide Othmar JAUERNIG (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, 7. A.*, München, Beck, 194, § 2265 BGB, p. 1884, GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, cit., p. 1226 y BVerfG NJW 1989, 1986.

(152) Cfr. GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, cit., p. 1226 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 159-160.

(153) Vide LANGE/KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 272-273.

(154) Así, p. ej. STEINERT, *Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheireter*, NJW 1986, p. 683-689, p. 686; JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 1969, p. 1735.

(155) Vide por todos OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566, LANGE/KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 272 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 163-164 y allí más referencias.

referido a los bienes del ajuar doméstico y a los regalos de boda que establece el § 1932 BGB en beneficio del cónyuge supérstite heredero en la sucesión intestada (156).

3. PAISES CON REGULACION ESPECIFICA

3.1. Suecia

A. Antecedentes

Como se ha indicado, la mayoría de los países europeos ha optado por no regular la pareja de hecho, ni tan solo de un modo parcial. Incluso se ha resistido a legislar sobre la materia, por el deseo de preservar la institución matrimonial, un país como Dinamarca, que desde el 1 de octubre de 1989 (157) cuenta con una institución equiparable al matrimonio homosexual y admite que estas parejas puedan inscribirse oficialmente para obtener así unos derechos análogos a los que la ley reconoce al matrimonio heterosexual (pensiones, derechos sucesorios y derecho a la vivienda familiar) (158). Suecia, en cambio, con ocasión de las reformas del Derecho matrimonial llevadas a cabo a partir de la segunda mitad de los años 80, ha desarrollado una regulación parcial y específica que data de principios de los 70 y que, aún hoy, se refiere exclusivamente a la atribución y al reparto de la vivienda común de los convivientes de hecho y de su correspondiente ajuar doméstico. El resto de cuestiones relativas a las parejas de hecho se deduce de la mención esporádica y puntual que se encuentra en leyes generales o del silencio de éstas. Así, por ejemplo, el Código de la Propiedad Inmobiliaria dispone que el arrendador está obligado a aceptar como arrendatario al conviviente de hecho que continúa en la vivienda común tras el

(156) Vide por todos LANGE/KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 210 y ss. y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*., cit., p. 164 y allí más referencias.

(157) Fecha de entrada en vigor de la Ley n.º 372, de 7 de junio de 1989, de convivencia.

(158) El tratamiento de la pareja homosexual excede el marco de este trabajo. Sobre la legislación danesa en esta materia vide Andreas WACKE, *Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Danemark*, FamRZ 1990, p. 347-351 (reproduce en alemán el texto de la ley); Linda NIELSEN, *Family Rights and the «Registered Partnership» in Denmark*, International Journal of Law and the Family, 4, 1990, p. 297-307; Marianne Hojgaard PEDERSEN, *Denmark: Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce*, Journal of Family Law, 1991/1992, p. 289-293, p. 292 y Henning BECH, *Report from a rotten State: «Marriage» and «Homosexuality» in Denmark*, en Ken PLUMMER (Ed.), *Modern Homosexualities*, London/New York, Routledge, 1992, p. 134-147.

cese de la convivencia. De diversas normas se deduce también que entre convivientes de hecho no rige la presunción de paternidad, que no existe un deber de alimentos, ni tampoco el derecho a usar el apellido del otro. A diferencia de los cónyuges, los convivientes de hecho tampoco tienen derechos sucesorios recíprocos ni pueden adoptar conjuntamente (159).

B. *La Ley (1987:232) sobre el hogar común de los convivientes de hecho*

La Ley (1987:232) sobre el hogar común de los convivientes de hecho (160), que entró en vigor el 1 de enero de 1988, regula exclusivamente el destino de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico que sean comunes, y deja al margen de la regulación tanto el resto de relaciones patrimoniales como el bloque de relaciones personales entre convivientes. En este sentido, el § 1 I dispone:

Esta Ley regula todo lo referido a la vivienda y a los bienes que componen su ajuar doméstico.

Para entender el verdadero alcance de la Ley, debe situarse previamente en el marco del régimen económico matrimonial sueco que, a diferencia de lo que ocurre en otros países como el nuestro, es único —por lo que no tiene sentido hablar de régimen económico legal— si bien las partes pueden introducir modificaciones en capítulos (161). Como es bien sabido, pertenece a los llamados regímenes nórdicos, introducidos en los años 20 además de en Suecia, en Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega, y es un régimen de participación, pero con unas características muy especiales que lo alejan de otros como los regulados en los códigos alemán, español, francés o suizo. De un modo similar a lo que sucede en esos otros regímenes, el régimen de participación sueco funciona como un régimen de separación durante el matrimonio; cada cónyuge administra sus bienes y no vincula los del otro por las deudas

(159) Cfr. Michael BOGDAN/Ann NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, en *Centenario del Código civil*, Pinoso, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1989, p. 47-65, p. 60-61 y Goran HÅKANSSON, *Die rechtliche Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 9-20, especialmente p. 13 y ss.

(160) Lag (1987:232) *om sambors gemensamma hem*.

(161) Para un tratamiento en detalle, *vide* por todos Anders AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 83-115.

que contrae; sin embargo, a diferencia de los regímenes mencionados, en el régimen de participación sueco el derecho a participar no se limita exclusivamente a las ganancias, sino que se extiende a la totalidad del patrimonio neto del otro cónyuge, valorado en el momento de la disolución, e incluye tanto los bienes adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio, como los adquiridos con posterioridad por donación, título sucesorio o, en general, por cualquier otro. No existe, pues, una deducción de lo que se podría llamar «patrimonio inicial»: todo el patrimonio de cada uno de los cónyuges es, por consiguiente, objeto del derecho eventual de participación, con la única excepción de aquellos bienes que, por disposición expresa contenida en capitulaciones matrimoniales, hayan sido calificados como privativos y que, por lo tanto, se hayan excluido de la eventual participación (162).

La Ley sobre el hogar común de los convivientes de hecho parte de esos mismos presupuestos y, en general, sigue muy de cerca la regulación del régimen económico matrimonial con la notable diferencia, no obstante, de que limita los bienes objeto de participación a la vivienda común y a los bienes que componen su ajuar doméstico. Con todo, la regulación no tiene carácter imperativo: las parejas de hecho que no deseen la protección que les brinda la Ley puede excluir, mediante convenio, su aplicación (§ 5) (163). Este convenio se asimila así a aquellas capitulaciones matrimoniales en las que los cónyuges atribuyen a determinados bienes el carácter de privativos para excluirlos así del régimen de participación (164).

a) AMBITO DE APLICACIÓN

(aa) Ambito personal

Uno de los aspectos más problemáticos de la Ley se halla en la determinación de su ámbito de aplicación personal. El § 1 II dispone que:

(162) Cfr. Anders AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, cit., p. 84 y ss. Vide también Anders AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, FamRZ 1990, p. 817-822, p. 819-820.

(163) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 51 y Anders AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, FamRZ 1990, p. 817-822, p. 819-820. Vide también Christoph SPINDLER, *Aktuelle Neuregelungen des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, FamRZ 1988, p. 913-915 y Ulrike RADAU, *Die Gesetzgebung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, MDR 1989, p. 703-706.

(164) En este sentido, AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820.

La regulación de esta Ley es aplicable a las relaciones de convivencia en las que una mujer no casada y un hombre no casado viven juntos en condiciones análogas a las del matrimonio.

La doctrina sueca critica este aspecto de la Ley y señala que incluso si los convivientes son juristas profesionales les resultará difícil llegar a saber con toda seguridad si la Ley les es aplicable o no (165). De todos modos, en la interpretación del precepto anteriormente mencionado se destaca que:

a) Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley las parejas homosexuales. No obstante, esta exclusión carece de importancia porque otra norma, la Ley 1987:814 sobre los convivientes homosexuales, extiende la regulación a esas otras parejas (166). Esta segunda Ley consta sólo de unos cuantos párrafos que se limitan a establecer que también se aplicarán a las parejas homosexuales determinadas disposiciones referidas a las parejas de hecho, incluidas las de la Ley sobre el hogar común, pero sin indicar que en estos casos exista una situación análoga a la del matrimonio. Por esta razón, todo lo que se apunta a continuación vale *mutatis mutandi* para los convivientes de hecho homosexuales.

b) Del texto legal anteriormente citado se desprende también que, para evitar colisiones con la legislación matrimonial, la normativa de la pareja de hecho no es aplicable a aquellas parejas en las que al menos uno de los convivientes está casado con un tercero (167).

c) En virtud de la referencia a que esa convivencia debe ser «en condiciones análogas a las del matrimonio», y de lo que resulta de los materiales prelegislativos, la doctrina considera que también ha de quedar excluida del ámbito de la Ley la convivencia entre padres e hijos, entre hermanos y, en general, entre aquellas personas entre las cuales exista algún impedimento para contraer matrimonio (168). Aunque no haya quedado reflejado en el texto de la Ley, de los trabajos preparatorios se desprende también que el legislador partía de una relación

(165) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 53. Vide también AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 819-820.

(166) *Lag (1987:813) om homosexuella sambor*. Existe una nueva ley referida a las parejas homosexuales aprobada por el Parlamento sueco en agosto de 1994 y en vigor desde el 1 de enero de 1995 que permite el registro de las parejas homosexuales, con plenos efectos civiles, y que sigue muy de cerca el modelo danés y la ley noruega de 30 de abril de 1993.

(167) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 51. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820.

(168) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 52-53.

entre hombre y mujer que comportaba una cierta estabilidad (como mínimo, de seis meses) y, normalmente, una economía y un hogar comunes, además de la existencia de relaciones sexuales; la existencia de hijos comunes era un indicio claro de la existencia del tipo de convivencia requerido por la Ley. (169) La convivencia «en condiciones análogas al matrimonio» comporta también una cierta exclusividad que dejaría fuera del ámbito de la Ley los supuestos de convivencia simultánea con diversas personas (170).

(bb) Ambito material: bienes comprendidos

De acuerdo con lo que dispone el § 1 I, la Ley se aplica únicamente a la vivienda que los convivientes han destinado a vivienda común y a su correspondiente ajuar doméstico. El § 4 explicita que no es aplicable a una segunda residencia ni a su ajuar.

La vivienda común puede ser propiedad de uno solo de los convivientes o de ambos (§ 2, 1); también puede ser objeto de un derecho real de goce o de un derecho de crédito del cual son titulares ambos convivientes o sólo uno de ellos (§ 2, 2-4). Se consideran bienes del ajuar doméstico «...los muebles, las máquinas y algún otro utensilio del que se disponga en régimen de uso común en la vivienda» (§ 3 I); no lo son, en cambio, «...todos aquellos que sean de uso privativo de uno solo de los convivientes» (§ 3, II). De estos y de otros preceptos resulta que:

a) Los bienes han de estar destinados al ajuar doméstico (§ 3). No se incluyen otros bienes (como por ejemplo, el automóvil común), aunque sean de utilización conjunta, ni tampoco aquellos bienes que aunque por su naturaleza podrían ser destinados al hogar común (por ejemplo, una máquina de coser) se utilizan para el ejercicio de una actividad profesional (171).

b) Del § 5 resulta que la Ley se aplica exclusivamente a la vivienda y a aquellos bienes del ajuar doméstico adquiridos durante la convivencia o poco antes para ser utilizados conjuntamente. La doctrina considera que aunque la Ley no se aplique a la vivienda adquirida antes de iniciarse la convivencia y sin intención de ser utilizada conjuntamente, si se aplicará a la nueva vivienda adquirida durante la

(169) Vide AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820.

(170) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 53.

(171) Cfr. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 819.

convivencia para sustituirla (172). En estos casos, para evitar una participación por mitad que podría resultar injusta atendidas las circunstancias, la aplicación de la regla de equidad prevista en el § 9 permitirá, como se verá más adelante, una participación desigual (173).

b) RÉGIMEN DE LA VIVIENDA Y DEL AJUAR DOMÉSTICO

(aa) Límites a la libertad de disposición

Los §§ 17 a 19 limitan la libertad de disposición sobre la vivienda común y su ajuar doméstico. El principio general es que el titular no puede disponer sin el consentimiento del otro conviviente; si lo hace, el acto de disposición será anulable a instancia del conviviente de hecho perjudicado, con la debida salvaguarda de los derechos de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (§ 19 II). Estos límites a la libertad de disposición tienen por objeto proteger el derecho eventual del otro conviviente a participar en estos bienes tras el cese de la convivencia.

(bb) División y liquidación de los bienes

Las normas de división y liquidación establecidas en los §§ 5 a 15 no son imperativas. Tan sólo se aplican en defecto de lo que los convivientes puedan haber pactado en un convenio de convivencia de hecho (§ 5 II).

Dichas normas, circunscritas a una determinada masa de bienes pero muy parecidas a las establecidas para los cónyuges, disponen que en primer lugar deben calcularse las partes que corresponden a cada uno de los convivientes (§ 6). El momento relevante para determinar qué bienes quedan incluidos y su valor es aquél en el que la convivencia de hecho se haya dado por finalizada (§ 14 II). En la valoración de la parte de cada conviviente se debe descontar el importe de las deudas que gravan la vivienda o los bienes que componen el ajuar doméstico y el de otras deudas contraídas por razón de esos bienes (§ 7 I). El resto

(172) Aquí, a diferencia de lo que sucede en el régimen económico matrimonial, la distinción entre bienes incluidos y bienes excluidos obliga a recurrir al mecanismo de la subrogación real. Cfr. AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, cit., p. 87 y ss., AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 821 y BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 55.

(173) Cfr. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 821.

de deudas, es decir, las que no gravan el bien y las que no tienen ninguna relación con los bienes en cuestión, sólo se podrán descontar cuando el titular de los bienes no pueda hacer frente a ellas de ningún otro modo (§ 7 II). Lo que queda del valor de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico de cada uno de los convivientes después de haber deducido las deudas mencionadas, se suma y se divide entre ellos por mitad (§ 8).

Este principio de distribución a partes iguales quiebra por razones de equidad en determinados supuestos. Así, el § 9 abre la posibilidad a que la duración de la convivencia, la situación económica de los convivientes u «otras circunstancias» justifiquen una distribución desigual. Por ejemplo, en el supuesto de concurso de uno de los convivientes, cada uno de ellos puede retener los bienes propios en concepto de participación para excluirlos así de la masa concursal (§ 9 *in fine*). También en el supuesto de cese de la convivencia por muerte de un conviviente el § 12 garantiza al supérstite una participación mínima equivalente al doble del importe básico establecido por la Ley de Seguro Colectivo que, según datos de 1989, se situaba entorno las 55.800 coronas suecas (174).

Por lo que se refiere a la concreta distribución de los bienes, el § 10 establece el principio de que el conviviente más necesitado tiene derecho a que se le asigne la vivienda y los bienes del ajuar doméstico que precise, si bien deberá completar su valor en dinero cuando así proceda (§ 11). Si no existe esa situación de necesidad, cada conviviente podrá retener los bienes propios y pagar al otro en dinero la diferencia de valor (§ 11).

(cc) El derecho a continuar en la vivienda común

El § 16 establece la posibilidad de que uno de los convivientes pueda continuar en la vivienda común tras el cese de la convivencia a pesar de que el inmueble no se halle comprendido entre los bienes que prevé la Ley, bien por no haber sido adquirido durante la convivencia, o bien porque, aunque fue adquirido poco antes, lo fue sin el propósito de destinarlo a vivienda común.

Los requisitos necesarios para poder reclamar esa cesión de vivienda son o bien tener la condición de conviviente más necesitado o bien que «esa cesión, en atención a otras circunstancias, pueda considerarse justificada». La única de esas «otras circunstancias» que la Ley

(174) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 58. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820. HÄKANSSON, *Die rechtliche Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Schweden*, cit., p. 11-13.

menciona es que los convivientes hayan tenido hijos comunes (§ 16 I); cualquier otra circunstancia se considera sólo de modo muy excepcional. En esos supuestos, la cesión de vivienda no tiene carácter gratuito ya que la Ley establece la obligación del cesionario de compensar económicamente al titular cedente (§ 16 II).

La Ley prevé también la adopción de medidas provisionales mientras se decide sobre la división y atribución definitiva de la vivienda común y de su ajuar doméstico. Las medidas las adoptan los mismos tribunales competentes en asuntos matrimoniales (§ 23) y pueden ser modificadas en cualquier momento (§ 24 IV). Permiten otorgar provisionalmente la vivienda a uno de los convivientes mientras dura el procedimiento y obligan al otro a trasladarse inmediatamente tan pronto como se haya adoptado esa medida (§ 24 III).

3.2. Australia

A. Antecedentes

Como en otros países, también en Australia se ha producido a partir de los años 70 un incremento muy considerable del número de parejas de hecho. En el año 1971 dicho número no superaba el 0,6% de todas las parejas familiares existentes, mientras que en el año 1982 alcanzaba ya el 4,7%. El censo de 1986 indicaba que de los 3.575.072 parejas familiares que existían en el país, 204.946 (aproximadamente el 6%) eran parejas de hecho. De acuerdo con los datos contenidos en un informe que se realizó en 1982, el 59% de las parejas de hecho había mantenido su relación entre 2 y 5 años, un 28% había convivido entre 5 y 10 años, y un 8% había mantenido su relación durante 10 o más años; sólo en el 5% de los casos restantes se trataba de una unión de menos de 2 años.

Ese incremento del número de parejas de hecho iba acompañado de un incremento de la aceptación social de ese tipo de convivencia y así, mientras que en 1971 sólo lo aprobaba un 53% de la población, en 1982 lo hacía ya un 66% (175).

Antes de que se aprobaran las diversas regulaciones actualmente en vigor, la jurisprudencia australiana adaptaba a la pareja de hecho los principios de resolución de disputas patrimoniales entre cónyuges que había desarrollado el *Common Law* y que ya se vieron al tratar el tema en el apartado correspondiente a Inglaterra (176). En ausencia de una

(175) Vide H. A. FINLAY/A. J. BRADBROOK/R. J. BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, 2nd. ed., Sydney, Butterworths, 1993, p. 681.

(176) Vide Anthony DICKEY, *Family Law*, Sydney, The Law Book Company, 1990, p. 505 y ss.

regulación específica, la jurisprudencia australiana había aplicado esos criterios para la compensación patrimonial de los convivientes de hecho.

En la *leading decision* del Tribunal de Apelaciones de Nueva Gales del Sur, *Allen v. Snyder* ([1977] 2 N.S.W.L.R. 685) (177), una mujer casada y un hombre soltero habían convivido durante 13 años, 8 de los cuales los habían pasado en una casa propiedad del hombre y que éste había adquirido con la ayuda de un préstamo por servicios de guerra. La mujer no había hecho ninguna aportación económica para contribuir a la adquisición. En 1974 los convivientes se separaron y la mujer se quedó en la casa hasta el año 1977, fecha en la que el hombre inició el procedimiento para obtener su deshaucio. La sentencia de Primera Instancia restituyó al hombre en la posesión de la casa. La mujer apeló, pero el Juez desestimó la apelación. El Juez de Apelación consideró que no había existido una intención o un propósito común entre las partes (*common intention*) del que pudiera desprenderse que la mujer llegaría a adquirir la mitad de la casa (*beneficial interest*).

De un modo similar se pronunció pocos años después el Tribunal Superior de Victoria (*Kardynal v. Dodek* [1980] FLC 90-823 (Vic Sup Ct)) al no reconocer a una mujer ningún derecho en el inmueble adquirido por el hombre con quien convivía; si bien la mujer había hecho mejoras menores, no había contribuido económicamente a su adquisición (178).

En la práctica, salvo contadas excepciones, la acción del conviviente de hecho por la que reclamaba una compensación se había visto frustrada por la exigencia de que hubiera existido una contribución económica previa o, en su defecto, una manifestación expresa o unos actos concluyentes de los que se pudiera deducir el acuerdo de compensar contribuciones indirectas mediante un *beneficial interest*.

Una de esas raras excepciones se dio en el caso *Hohol v. Hohol* ([1981] VR 221). Los convivientes de hecho era emigrantes europeos que habían llegado a Australia en 1951 sin ningún patrimonio. Con el transcurso de los años el hombre había ido adquiriendo diversos inmuebles; la mujer, en cambio, no percibía ingreso alguno y se dedicaba exclusivamente a atender la casa y a cuidar de los cuatro hijos que habían nacido de aquella unión. En el momento de la separación, en 1970, la mujer reclamó una parte de los inmuebles adquiridos. El Juez O'Bryan desestimó todas sus peticiones excepto la referida al inmueble denominado «Parcela 180», que correspondía a una parcela adquirida por el hombre en 1961.

(177) Se puede consultar en FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 711-712.

(178) *Ibidem*, p. 713-714.

Antes de adquirir dicha parcela, la mujer y los hijos habían ido a visitarla y en el transcurso de la conversación que se produjo durante la visita el hombre había afirmado, dirigiéndose a su mujer, que «[T]odo esto es para nosotros, para ti y para mí». La pareja vivió en condiciones precarias en aquella parcela durante varios años hasta que, finalmente, pudo construir en ella una vivienda.

El Juez O'Bryan consideró que los convivientes tenían la intención de que la «Parcela 180» se convirtiera en su residencia familiar, intención común que había de inferirse, en parte, de la conversación que habían mantenido y, en parte, de las circunstancias del caso. Afirmaba también que para que existiera un *constructive trust* se requería que concurrieran los tres elementos siguientes: 1) que las partes tuvieran una intención común (*common intention*) en relación a la adquisición de un *beneficial interest*; 2) que la parte que reclamaba el *beneficial interest* en la propiedad hubiera actuado de un modo que le hubiera comportado algún perjuicio; 3) que el hecho de negar ese *beneficial interest* hubiera comportado algún tipo de fraude o engaño (*fraud*) para el demandante. En principio, la *common intention* debía ser objeto de una declaración expresa, pero la simple conducta también podía ser suficiente. No era necesario, en cambio, demostrar que se había contribuido económicamente a la adquisición del inmueble (179).

A parte del *trust*, otras doctrinas de la *equity*, como por ejemplo el *proprietary estoppel*, la *contractual license* o la del *quantum meruit*, tampoco han sido de gran utilidad para obtener unos resultados más justos en la compensación de las contribuciones indirectas entre convivientes de hecho. La Comisión de Reforma de Nueva Gales del Sur había estimado que las doctrinas de la *equity* eran injustas porque se concentraban en la *common intention* de las partes y en la contribución económica directa realizada para adquirir los bienes, y recomendaba que se elaborara una regulación relativa a los conflictos patrimoniales entre convivientes de hecho «para permitir que el Tribunal pudiera tener en cuenta un abanico más amplio de contribuciones hechas por cada parte en la adquisición, conservación o mejora de los bienes y en el bienestar del otro conviviente o, en general, de la familia» (180).

En la actualidad no existe en Australia una regulación uniforme de la pareja de hecho. Ello se debe a la peculiar distribución de competencias entre la *Commonwealth* y los diversos Estados y Territorios; mientras que aquella tiene atribuida la competencia legislativa en materia matrimonial, se considera que corresponde a éstos la referida a la pareja de hecho; resulta así que junto a un número creciente de Estados que la regulan existen otros que todavía siguen aplicando los principios clásicos del *Common Law*.

(179) Vide FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 714-715.

(180) Cfr. FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 753.

Sin lugar a dudas, la legislación pionera —y la que más influencia ha tenido— ha sido la *De Facto Relationships Act* de 1984 de Nueva Gales del Sur, que ha sido seguida muy de cerca por la *Property Law (Amendment) Act* 1987 de Victoria y la *De Facto Relationships Act* 1991 del Territorio del Norte. Los modelos legales no son idénticos —la regulación de Victoria, por ejemplo, es más restrictiva— pero tienen muchos rasgos comunes. Aquí nos centraremos en el modelo de Nueva Gales del Sur.

B. La regulación de Nueva Gales del Sur

La *De Facto Relationships Act* de 1984 (DFRA) se elaboró por indicación expresa de la *New South Wales Law Reform Commission* para hacer frente a las graves deficiencias que provocaba la aplicación estricta de los principios de derecho matrimonial económico a las disputas patrimoniales entre convivientes de hecho y que, de modo especial, perjudicaban gravemente a la mujer que se había dedicado a atender la familia y a las tareas domésticas. La Ley establece unos criterios, acompañados de unos principios de equidad, para guiar la decisión judicial sobre la distribución del patrimonio de la pareja de hecho y sigue bastante de cerca el modelo que ya establecía para los cónyuges en esta materia la *Family Law Act* 1975.

La Ley establece las bases legales de la compensación que debe producirse entre los convivientes de hecho una vez ha cesado la convivencia y se ocupa fundamentalmente de tres aspectos: 1) del derecho de alimentos del conviviente de hecho; 2) de la compensación patrimonial por la contribución al incremento del patrimonio inmobiliario del otro conviviente de hecho y 3) de la pensión compensatoria por la contribución al incremento, en general, de las expectativas en el patrimonio del otro conviviente (181).

(181) Sobre la regulación que establece la *De Facto Relationships Act* 1984, además de las obras citadas en las notas anteriores, pueden consultarse las monografías de Carol FOREMAN/Stephen O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act New South Wales*, Sydney, Butterworths, 1985 y de Sigrid DIENST-ROHLÖFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in New South Wales/Australien*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 1989. Desde una perspectiva comparada, Sabine VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag für die vermögens- und unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland nach dem Beispiel des De Facto Relationships Act 1984 von Neusudwales/Australien*, Berlín, Duncker und Humblot, 1993. Vide también Gisela SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien —Unter besonderer Berücksichtigung des De Facto Relationships Act 1984 (New South Wales)—*, FamRZ 1987, p. 14-23.

a) REQUISITOS PARA QUE EXISTA «PAREJA DE HECHO»

La sección 3 DFRA define lo que ésta entiende por «convivientes de hecho» (*de facto partners*). Establece que lo son:

(a) en relación a un hombre, la mujer que vive o ha vivido con el hombre en un hogar común (*on a bona fidei domestic basis*) como su mujer pero sin estar casado con él;

(b) en relación a una mujer, el hombre que vive o ha vivido con la mujer en un hogar común como su marido pero sin estar casado con ella;

«convivencia de hecho» —añade el precepto— significa la relación entre dos convivientes de hecho que consiste en vivir o haber vivido juntos como marido y mujer en un hogar común pero sin estar casados entre sí.

Por lo tanto, los convivientes de hecho se definen como a) compañeros de distinto sexo, b) que viven o han vivido juntos como marido y mujer, c) en un hogar común (*on a bona fidei domestic basis*) (182) y d) sin estar casados entre sí.

La Ley no fija ningún período mínimo de convivencia para que las partes puedan ser consideradas con carácter general como «convivientes de hecho». No obstante, la Sec. 17 dispone que para poder obtener la compensación económica que establece la Ley será imprescindible que la convivencia se haya mantenido como mínimo durante dos años ininterrumpidos. Este requisito no será necesario si los convivientes han tenido un hijo, si quien solicita la compensación ha hecho contribuciones esenciales del tipo que especifica la Ley o que no se podrían compensar adecuadamente de otro modo, o si tiene a su cargo un hijo del otro conviviente (Sec. 20(1) (a) y (b) DFRA). En todos estos casos, el tribunal valorará si el hecho de denegar la petición de compensación económica puede dar lugar o no a una situación injusta para el solicitante.

Aunque la Ley no especifica qué elementos se tendrán en cuenta para apreciar si existe pareja de hecho, la doctrina considera que son relevantes, entre otros, la existencia de un comportamiento similar al que observan las parejas matrimoniales en materias como la atención que los convivientes dedican a los hijos comunes y no comunes; la contribución a los gastos del hogar y de mantenimiento; la distribución de las tareas domésticas; el grado de comunicación entre las partes; la

(182) Sobre el significado de la expresión *on a bona fidei domestic basis*, DICKKEY, *Family Law, cit.*, p. 197 indica que, de acuerdo con la interpretación que ha dado la jurisprudencia, significa que los convivientes viven en un hogar común, con unos gastos también comunes, y a cuyo sostenimiento contribuyen —cada uno a su manera— tanto el hombre como la mujer. Se afirma entonces que no se podrá afirmar que una pareja de hecho vive *on a bona fidei domestic basis* si mantiene domicilios familiares separados.

existencia de relaciones sexuales, o la intención que tengan las partes de establecer y continuar una convivencia de hecho. Respecto a las relaciones sexuales se subraya, no obstante, que no son imprescindibles para que se pueda considerar que existe pareja de hecho. En relación al elemento intencional, se afirma que los tribunales indagarán si las partes reconocieron recíprocamente su situación de convivientes de hecho, si públicamente se comportaron como tales y si entre ellos existía una actitud de asociación y protección mutuas manifestada, por ejemplo, mediante visitas regulares al hospital con ocasión de la enfermedad del otro, por el otorgamiento de una disposición testamentaria en favor del otro conviviente, o por el uso de la mujer —como lo haría una esposa— del apellido del hombre con el que convivía. (183)

b) LA COMPENSACIÓN PATRIMONIAL

(aa) La compensación de patrimonio («property») en sentido estricto

La Sec. 20 DFRA dispone que:

(1) Si de acuerdo con lo que establece este capítulo un conviviente de hecho pide que se dicte una orden de compensación patrimonial en relación al patrimonio de los convivientes de hecho o de cualquiera de ellos, el tribunal puede dictar una orden de ese tipo que compense los intereses patrimoniales en la medida en que le parezca justo y equitativo, teniendo en cuenta:

(a) las contribuciones económicas o no económicas hechas directa o indirectamente por uno de los convivientes de hecho, o a cargo de uno de ellos, para la adquisición, conservación o mejora de cualesquiera bienes comunes o privativos del otro, o las destinadas a incrementar los recursos económicos de los convivientes o del otro y

(b) las contribuciones, incluyendo las relativas a la dedicación al hogar o a los hijos, hechas por cualquiera de los convivientes de hecho al bienestar del otro o al de la familia compuesta por los convivientes de hecho y una o más de las personas que se enumeran a continuación:

(i) un hijo de los convivientes

(ii) un menor aceptado por los convivientes de hecho o por uno de ellos en el hogar de los convivientes, tanto si es hijo de cualquiera de ellos como si no lo es.

.....

(183) Vide Carol FOREMAN/Stephen O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act New South Wales*, cit., p. 15-17; DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales*, cit., p. 174 y ss.; VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag*, cit., p. 19-25.

La disposición es muy parecida a la que establece la Sec. 79a de la *Family Law Act* 1975 para los cónyuges, si bien, a diferencia de ésta, sólo tienen en cuenta las contribuciones pasadas, sin referirse para nada a las futuras necesidades de sostenimiento (184). Con base en una equidad judicial controlada, la Ley permite, pues, una distribución patrimonial «justa y equitativa» entre los convivientes de hecho con independencia de las titularidades jurídico-reales formales. La distribución patrimonial se fundamenta en la valoración de las respectivas contribuciones hechas por los convivientes para la adquisición del patrimonio. Se han de considerar tanto las contribuciones económicas directas como las indirectas que hayan servido para la adquisición, conservación o mejora de los bienes o para cualquier otro incremento patrimonial de los convivientes. Además de ese tipo de contribuciones, tienen que considerarse también las consistentes en la atención al hogar o a la educación de los hijos y de aquellos menores que han convivido en el hogar común, y que han propiciado la buena marcha de la comunidad y de la familia que los convivientes hayan formado (185).

Para que pueda producirse la compensación se requiere, no obstante, que la convivencia de hecho se haya mantenido como mínimo durante dos años, o bien que los convivientes de hecho sean padres de un hijo común. En defecto de tales requisitos —y como puerta abierta a la equidad— será necesario que uno de ellos haya hecho contribuciones esenciales a la adquisición de patrimonio hecha por el otro, que no haya obtenido ninguna otra compensación, y que la eventual denegación de la compensación conduzca a un resultado injusto (cfr. Sec. 17 (1) y (2) DFRA). De acuerdo con la Sec. 38 DFRA, el Juez puede ordenar que la compensación de uno de los convivientes se verifique tanto mediante la atribución de un bien determinado o de una cuota de bienes, como mediante el pago en dinero; incluso puede ordenar la venta judicial de bienes para pagar con el importe obtenido la cuota correspondiente.

Como era de esperar de esa formulación tan vaga de la Ley, la jurisprudencia no ha llegado a una interpretación unitaria sobre qué deba entenderse por compensación «justa y equitativa» y, como en los supuestos establecidos en la Sec. 79a de la *Family Law Act* 1975 para las parejas matrimoniales, ha sido y continúa siendo fuente de una cierta inseguridad jurídica. Una de las dificultades principales ha

(184) Para las diferencias entre la regulación que establece la *Family Law Act* 1975 para las parejas matrimoniales y la de la *De Facto Relationships Act* 1984 para las parejas de hecho, vide DICKEY, *Family Law*, cit., p. 613 y ss. y 630-632.

(185) Además, y con carácter secundario, el tribunal podrá tener en cuenta otras circunstancias concretas del caso. Cfr. DICKEY, *Family Law*, cit., p. 631.

sido la valoración de la contribución a la atención del hogar o de los hijos (186) que, si bien ha sido reconocida en diversas sentencias, ha sido muy poco valorada hasta fecha reciente.

Probablemente, el punto de inflexión lo marca *Dwyer v. Kaljo* ([1992] DFC 95-127). En este caso, la mujer, demandante, había convivido con su compañero, demandado, durante seis años y medio. El compañero, 25 años mayor que ella, era un hombre rico con un patrimonio aproximado de 11 millones de dólares australianos (AUS\$). Durante la convivencia la mujer se había dedicado a llevar la casa, a gestionar los asuntos domésticos, a ayudarlo en los actos de la vida social y en la educación del hijo que él había tenido en un matrimonio anterior a la convivencia y a actuar, en general, como compañera. La mujer, que durante los años de convivencia había recibido un coche, pieles y joyas, abandonó el hogar común en 1985 y, fundamentando su derecho en la contribución que había realizado al bienestar del demandado y al del hijo de éste, reclamó judicialmente la pensión compensatoria que prevé la Sec. 20 DFRA. El Juez Hodgson partió de la base que era muy difícil valorar esas contribuciones; en primer lugar, aunque consideró que la contribución tenía que valorarse más, tuvo en cuenta que si quien hubiera hecho un trabajo similar durante los casi siete años hubiera sido una empleada, ésta habría cobrado una cantidad que oscilaba entre los 40.000 y los 50.000 AUS\$. Después de valorar la vida de lujo y comodidades que la demandante había disfrutado durante aquel tiempo y el importe de lo que había recibido del demandado (en joyas y objetos de valor, entre 13.000 y 15.000 AUS\$; para la adquisición de un automóvil, 7.600 AUS\$; para la instalación de un negocio, 10.000 AUS\$), le otorgó la suma de 50.000 AUS\$.

La demandante no quedó satisfecha con la sentencia y la apeló. El Juez Handley, del Tribunal de Apelación de Nueva Gales del Sur, entre otras consideraciones, destacó que la potestad que la Ley confiere a los tribunales para compensar los intereses de los convivientes de hecho les autoriza a poner remedio a las injusticias que de otro modo sufrirían debido al quebranto de su confianza razonable en la relación (*reliance interest*) o a la frustración de sus expectativas razonables (*an expectation interest*). La disposición también autorizaría a restituir al solicitante los beneficios que hubiera procurado al otro durante la relación o su valor (*restitution interest*). En virtud de esos criterios, se tenían en cuenta las circunstancias de que la demandante había pasado los mejores años de su juventud conviviendo con el demandado, que éste era considerablemente rico, y que la contribución realizada por la demandante durante los años en que duró la convivencia de hecho no

(186) Por ejemplo, se ha compensado la contribución en *D v. McA* (1986) 11 FamLR 214; *Roy v. Sturgeon* (1986) 11 Fam LR 271; *Dwyer v. Kaljo* (1987), 11 FamLR 785, posteriormente recurrida; *Watt v. Watt* (1988) 12 FamLR 689; *McCormick v. Garlick* (1988) 12 FamLR 432. El resumen de esas y otras sentencias puede consultarse en VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag...*, cit., p. 183-187.

se podía valorar en relación a la de una empleada. Por mayoría, el tribunal resolvió incrementar la compensación hasta alcanzar la cifra de 400.000 AUS\$ (187).

(bb) La compensación de medios: la pensión compensatoria

El derecho a obtener una pensión compensatoria, como separado de la compensación patrimonial anteriormente descrita, se debe a la distinción entre «patrimonio» (*property*) y «medios económicos» (*financial resources*).

La compensación patrimonial vista anteriormente se ocuparía del «patrimonio», entendido como el conjunto del patrimonio mobiliario e inmobiliario y todo derecho sobre esos bienes, ya sea actual, futuro o condicionado. También pertenecen al «patrimonio», en el sentido que aquí interesa, el dinero en metálico y los derechos de crédito (incluidos los correspondientes a indemnizaciones de daños corporales).

La pensión compensatoria, en cambio, se ocupa de aquellos activos patrimoniales que no son «patrimonio» en el sentido indicado, sino que tan solo se consideran «medios económicos» (*financial resources*), como por ejemplo pensiones de jubilación y, en general otras pensiones, o bienes y rentas que, en beneficio de uno o ambos convivientes, se hallen afectados a finalidades determinadas (188). Entonces, el derecho a esa pensión compensatoria debe:

a) Situarse entre la compensación por el patrimonio que la pareja ha contribuido a acumular, que mira hacia el pasado, y la prolongación de la solidaridad económica mediante el establecimiento de una pensión alimenticia, que mira hacia el futuro.

b) Calificarse, por un lado, como participación en el patrimonio futuro, a cuyo incremento ha contribuido indirectamente el conviviente de hecho que ha asumido la dirección del hogar y ha permitido así al otro que progrese en su actividad laboral o profesional remunerada. Por otro lado, calificarse también como compensación por el hecho de que deja de participar en el disfrute de unos determinados ingresos —los del otro conviviente de hecho, con actividad remunerada— y porque se producen unas determinadas circunstancias que formarían parte del supuesto de hecho de una prestación alimentaria legal o de hecho (189).

(187) La sentencia puede consultarse en FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 773-779.

(188) Cfr. sec. 3 DFRA y FOREMAN/O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act...*, cit., p. 19-22 y VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag...*, cit., p. 177 y ss.

(189) En este sentido, SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 20.

A pesar de la separación entre la compensación del patrimonio, referida al «patrimonio» y la pensión compensatoria, referida a los «medios económicos», el derecho a obtener una pensión compensatoria puede ya ser tenido en cuenta en el momento de llevar a cabo la compensación del patrimonio para otorgar así al conviviente que tenga derecho a reclamar la pensión una participación mayor en la propiedad inmobiliaria del otro. En cambio, si el derecho a obtener la pensión compensatoria es el único activo patrimonial, la *De Facto Relationships Act 1984* prevé dos procedimientos para distribuir las expectativas:

a) Según el primero, se puede aplazar el derecho a obtener una participación en la distribución del patrimonio si es previsible que en un tiempo razonable se materialicen las expectativas del titular y que, por lo tanto, lleguen a existir ya bienes a repartir.

b) De acuerdo con el segundo, y con carácter alternativo, el tribunal puede también aplazar la ejecución del título que da derecho a obtener una cantidad alzada para liquidar el derecho de alimentos si las expectativas del titular se materializan en un breve espacio de tiempo (vide Sec 21 y 23 DFRA). Así, en los supuestos en que, excepcionalmente, uno de los convivientes tiene derecho a obtener una pensión alimenticia, se podrá tener en cuenta la existencia del derecho a obtener una pensión compensatoria para otorgar una cantidad alzada global.

c) LA PENSIÓN ALIMENTICIA

El *Common Law* no reconoce un deber recíproco de alimentos entre convivientes de hecho. Por esta razón, el derecho de alimentos durante la relación o una vez ésta ya ha cesado debe hallarse establecido por ley. Antes de la entrada en vigor de la *De Facto Relationships Act 1984*, Tasmania era el único estado federal australiano que contaba con una disposición legal que establecía el derecho de alimentos en favor de un conviviente no matrimonial. La regulación legal de Tasmania, que se remonta a 1837, época en que Australia era una colonia penitenciaria, requiere que la convivencia de hecho haya durado un mínimo de doce meses (190). Otro requisito es que la conviviente de hecho haya sido abandonada sin justa causa o, cuando haya sido ella quien haya roto la convivencia, que la ruptura se haya producido por circunstancias tales como el alcoholismo de su compañero, su actitud violenta, o cualquier otra conducta igualmente grave que haga que ya no sea razonable esperar que la mujer continúe conviviendo con él. La acción de reclama-

(190) Sec. 16(1), *Maintenance Act 1967* (Tas), actualmente todavía en vigor. Vide DICKEY, *Family Law*, cit., p. 461 y ss. y FINLAY/BRADBROOK/ BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 682-683.

ción de alimentos ha de presentarse dentro de los seis meses posteriores al cese de la convivencia o antes de que transcurran seis meses desde la interrupción del pago de la pensión por parte del conviviente obligado a ello. La cuantía de la pensión se determina en atención a los medios de cada uno de los ex-convivientes y tomando en cuenta también el nivel de vida que usualmente mantuvieron durante la convivencia. A pesar de sus orígenes, sorprende que aún hoy sea una pensión alimenticia establecida sólo en favor de la mujer y fundamentada en la culpa del conviviente de hecho varón, a diferencia de la pensión alimenticia que la *Family Law Act* 1975 reconoce a cualquiera de los cónyuges o ex-cónyuges tras el cese de la convivencia y que se fundamenta exclusivamente en la necesidad de sostenimiento. (191)

La obligación de alimentos que la *De Facto Relationships Act* 1984 de Nueva Gales del Sur reconoce a los ex-convivientes de hecho opta, en cambio, por una vía intermedia entre la posición del conviviente de hecho en el *Common Law* y la regulación del deber de alimentos entre cónyuges. Antes que nada, debe destacarse que la Sec. 26 DFRA establece de modo claro y preciso el principio general de que no existe un deber de alimentos entre convivientes de hecho; dicho deber sólo se reconoce en dos tipos de supuestos excepcionales que se regulan en la Sec. 27 DFRA y en los cuales se parte de una situación de necesidad que tiene su origen en la convivencia. Estos supuestos son:

a) En primer lugar, si el solicitante no puede procurarse un sostenimiento adecuado porque debe dedicarse a atender un hijo común o del demandado, y siempre que el hijo sea menor de 12 años o, si fuera deficiente físico o psíquico, menor de 16.

Ante la contraposición de intereses entre el conviviente de hecho que tiene el hijo a su cargo y el obligado a pagar, el legislador opta de un modo salomónico por fijar un límite de edad absoluto, llegado el cual se extingue el derecho de alimentos (Sec. 30 (1) DFRA). La doctrina se refiere a este grupo de casos como supuestos de «sostenimiento para la atención del hijo» (*child-care maintenance*), que no deben confundirse con la pensión alimenticia para el sostenimiento del hijo (192).

b) En segundo lugar, también está legitimado para reclamar una pensión alimenticia aquel conviviente de hecho que no puede sostenerse de modo adecuado con sus propios medios debido a que su capacidad para obtener ingresos se ha visto mermada por las circunstancias de la relación de convivencia y, en opinión del tribunal, el otorgamien-

(191) Cfr. DICKEY, *Family Law*, cit., p. 462, CHAITE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 14 y FINLAY/ BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., con cita del correspondiente texto legal.

(192) DICKEY, *Family Law*, cit., p. 463.

to de una pensión alimenticia o bien incrementaría esa capacidad al permitirle seguir un curso o programa de formación, o bien resulta razonable en atención a todas las circunstancias concurrentes. En estos casos la doctrina habla de un «sostenimiento de rehabilitación» (*rehabilitative maintenance*) (193) y lo limita al período que resulte ser más corto entre los dos siguientes: a) 3 años, a contar desde el momento de la concesión del derecho de alimentos, o b) 4 años, a contar desde el día del cese de la convivencia de hecho (Sec. 30 (2) DFRA).

El importe de la pensión se determina por los criterios que prevé la Sec 27 (2) DFRA: los ingresos, bienes y recursos de cada uno de los convivientes de hecho (incluyendo las pensiones y subsidios sociales que perciban o tengan derecho a percibir) y la capacidad física y psíquica de cada uno de ellos para obtener un trabajo remunerado apropiado; las necesidades económicas y las obligaciones de cada conviviente; los deberes de sostenimiento que tenga cada uno de ellos con relación a terceras personas; el otorgamiento a uno de los convivientes de la compensación que establece la Sec. 20 de la propia Ley en favor del conviviente que ha contribuido al incremento patrimonial del otro y, finalmente, cualquier otra atribución que haya obtenido para subvenir el sostenimiento de sus hijos. El Juez podrá determinar que el pago de la pensión se verifique bien mediante pensiones periódicas bien de una sola vez con un único pago de un tanto alzado (cfr. Sec. 38 (1) DFRA).

De acuerdo con la Sec. 32(1) DFRA, el derecho de alimentos se extingue por muerte de cualquiera de los ex-convivientes y por el matrimonio del ex-conviviente acreedor. También, según dispone la Sec. 29 DFRA, deberá extinguirse (ya que incluso excluye que pueda solicitarse) si el ex-conviviente acreedor inicia una nueva convivencia de hecho con otra persona. En el primer grupo de casos mencionado (sostenimiento por la atención al hijo), además de los supuestos generales y de la llegada del término final señalado, también se extingue cuando el ex-conviviente acreedor deja de tener el menor a su cargo por cualquier causa (cfr. Sec. 33 DFRA).

d) OTROS ASPECTOS: EL CESE DE LA CONVIVENCIA DE HECHO POR MUERTE

(aa) Derechos hereditarios del conviviente supérstite

Antes de la reforma introducida en Nueva Gales del Sur en 1984, el estado de Australia del Sur era el único que equiparaba el conviviente

(193) Cfr. DICKEY, *Family Law*, ibidem. Con más detalles, DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales*, cit., p. 161 y ss.; VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag*, cit., p. 153-160.

de hecho al cónyuge en la sucesión intestada. La *Family Relationships Act 1975* (S.A.) había creado el status de «cónyuge putativo» (*Putative Spouse*), que se vincula al mantenimiento de la relación por un período mínimo de 5 años o al nacimiento de un hijo común de los convivientes. La propia Ley, en cambio, no atribuye ninguna consecuencia jurídica a ese estado; para que produzca los efectos que otras disposiciones le dispensan se requiere la confirmación judicial del estado de conviviente de hecho, a instancia de cualquiera de ellos, y se puede presentar la solicitud incluso tras la muerte de uno de ellos. Todos los efectos jurídicos que derivan de ese estado se refieren a los derechos sucesorios del conviviente supérstite. En la sucesión intestada la legislación de Australia del Sur lo equipara al cónyuge supérstite; en caso de conflicto entre uno y otro, la Ley dispone que el patrimonio del causante se divida por mitad (194).

En Nueva Gales del Sur la regulación de la sucesión intestada ha sido completada a propuesta de la *Law Reform Commission*, de tal modo que en la actualidad se equipara el conviviente de hecho al cónyuge si concurren determinadas circunstancias. Tales circunstancias se refieren a la concurrencia o no concurrencia del conviviente supérstite con el cónyuge o con hijos matrimoniales del causante y a la duración de la convivencia. Así, si el conviviente de hecho no concurre ni con el cónyuge ni con hijos matrimoniales, ocupa el lugar del cónyuge en la sucesión intestada; en cambio, si concurre con el cónyuge o con hijos matrimoniales, para ocupar el lugar del cónyuge se requiere también que la convivencia se haya mantenido durante el período mínimo de los dos años inmediatamente anteriores a la muerte. En los supuestos de concurrencia con el cónyuge se requiere, además de esos dos años de convivencia inmediatamente anteriores a la muerte del causante, que éste no haya reanudado sus relaciones conyugales en ningún momento durante ese período (195).

(bb) Derecho a obtener una pensión con cargo a la herencia

A diferencia de la mayor parte de los ordenamientos continentales, el *Common Law* no protege a los supervivientes que dependían del causante mediante una cuota legitimaria fija, sino que les otorga acciones contra la herencia que tiene un alcance diverso según los casos. Las acciones corresponden a las deudas alimenticias legales y de hecho

(194) Cfr. FOREMAN/O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act...*, cit., p. 70 y SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21.

(195) Cfr. FOREMAN/O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act...*, cit., p. 70-71; DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in New South Wales*, cit., p. 199 y ss. y SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21.

que tenía el causante en vida, y no sólo limitan la libertad de testar sino que consisten en correcciones de aquellas situaciones que, de acuerdo con la regulación de la sucesión intestada, podrían resultar especialmente gravosas o injustas. Diversos estados australianos, como por ejemplo *Queensland*, Australia del Sur y el Territorio del Norte regulan por ley la situación del conviviente supérstite y, con excepción de Australia del Sur —donde los derechos del conviviente supérstite se vinculan al mal llamado estado de «cónyuge putativo» ya mencionado— tienen como requisito común la existencia de una situación de dependencia de hecho del sostenimiento del causante. En Nueva Gales del Sur la *Family Provision Act 1982* otorga al conviviente supérstite, entre otros, un derecho de sostenimiento con cargo a la herencia siempre que testamentariamente no se hayan adoptado las previsiones necesarias para garantizarlo (196).

(cc) Indemnizaciones por causa de muerte

Como es bien sabido, en los supuestos de muerte o de lesiones causadas dolosa o culposamente, las indemnizaciones contra el causante del daño por los daños patrimoniales y morales suelen regirse en los países del *Common Law* por las correspondientes legislaciones sobre *Fatal Accidents*. En la legislación de los diversos estados y territorios australianos, las indemnizaciones que por muerte de un cónyuge se otorgan al supérstite suelen extenderse también al conviviente de hecho (197).

(dd) Pensiones de viudedad

En materia de pensión de viudedad existe también una tendencia generalizada a equiparar al conviviente de hecho al cónyuge, siempre que haya convivido con el premuerto de modo ininterrumpido durante un período mínimo inmediatamente anterior a la muerte y que acostumbra a ser de tres años (198).

(196) Cfr. SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21.

(197) DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales*, cit., p. 202 y ss. y SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21-22.

(198) Cfr. SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 22.

3.3. Canadá

A. Antecedentes y figuras generales

En los últimos treinta años se ha producido en la diversas jurisdicciones canadienses un progresivo reconocimiento de la pareja de hecho, sin que ni los distintos legisladores ni los más variados tribunales hayan pretendido su equiparación con la pareja matrimonial; mientras éstos han avanzado en la aplicación de figuras generales —como el *constructive* o el *resulting trust* o la doctrina del *quantum meruit*, en la jurisdicciones del *Common Law*, y la sociedad, el enriquecimiento injustificado o el *contrat de prête-nom*, en la del *Civil Law*— algunas provincias y territorios han abordado legislativamente algunos aspectos de la convivencia de hecho mediante la peculiar técnica legislativa de la definición estipulativa para establecer que, en determinados aspectos, cuando se habla de «cónyuge» debe entenderse comprendido también el conviviente de hecho que cumple determinados requisitos (199). Veamos en primer lugar la aplicación jurisprudencial de esas figuras generales para, a continuación, pasar a analizar las características generales de la legislación relativa a la pareja de hecho, con especial atención a la contenida en la *Family Law Act* 1986 de Ontario (en adelante FLA).

a) EL RECURSO A LAS FIGURAS GENERALES EN LAS JURISDICCIONES DEL *COMMON LAW*

(aa) El *constructive trust*

A finales de los años 70 se empieza a aplicar la figura general del *constructive trust* para paliar situaciones de enriquecimiento injustificado de uno de los cónyuges en detrimento del otro. La figura se extiende a la pareja de hecho en dos sentencias que marcarán su desarrollo futuro:

a) En el caso *Petrus v. Becker* (200) se trataba de una pareja de hecho que se separó tras 18 años de convivencia. La mujer corría con los gastos ordinarios, mientras que el hombre ahorraba la mayor parte de sus ingresos. La pareja inició un negocio de cría de abejas adquiriendo para ello varios terrenos. El capital inicial de la inversión procedía de los ahorros que él había amasado durante todo ese tiempo y,

(199) Vide para una visión general Winifred H. HOLLAND, *Cohabitation and Marriage-A Meeting at the Crossroads?*, 7 Canadian Family Law Quarterly (1991), p. 31-58.

(200) *Petrus v. Becker* [(1980) 2 SCR 834, 19 RFL (2d) 165].

aunque ambos habían trabajado en el negocio, éste estaba sólo a nombre de él. El Tribunal Supremo del Canadá consideró que, al posibilitar que se generaran esos ahorros, la mujer había contribuido indirectamente a la adquisición del negocio y aplicó la figura del *constructive trust* para otorgarle la mitad de lo adquirido.

Consideraba el Alto Tribunal que la finalidad del *constructive trust* es evitar el enriquecimiento injustificado; para que éste existiera debía darse un enriquecimiento, un correlativo empobrecimiento y la ausencia de causa (*juristic reason*) que los justificara. Se indicaba además que para aplicar la figura del *constructive trust* una parte debía aceptar sufrir un perjuicio ante una expectativa razonable de recibir algo a cambio y la otra debía aceptar libremente los beneficios que se le proporcionaban en unas circunstancias en las que conocía o debería haber conocido la existencia de tal expectativa. También era necesaria la presencia de un nexo causal (*casual connection*) entre la contribución y la adquisición de los bienes en cuestión, pero no era imprescindible que esa contribución fuera directa (201).

b) En el segundo caso, *Sorochan v. Sorochan* (202), se trataba de una pareja que había convivido durante 42 años. Al iniciarse la convivencia el hombre era propietario de una granja que explotó durante los años que duró la relación. La pareja tenía seis hijos y la mujer, además de ocuparse de ellos y del trabajo doméstico, dedicaba una parte considerable de su tiempo a los trabajos de la granja. Tras la separación, la mujer solicitó obtener una compensación y el Tribunal Supremo del Canadá le otorgó un tercio de la granja y la suma de 20.000 dólares canadienses.

De esta sentencia deben destacarse dos aspectos importantes. En primer lugar, el nexo casual entre la contribución y los bienes en cuestión, reconocido anteriormente en relación a la adquisición de los bienes, se extiende a la conservación y mejora de los mismos. En segundo lugar, se declara que puede tratarse tanto de una contribución directa (p. ej., el trabajo en la granja) como indirecta (p. ej., la dedicación a las tareas domésticas). El Tribunal hace hincapié en este segundo tipo de contribución y, en especial, en el reconocimiento del trabajo doméstico, en la medida en éste había permitido al otro conviviente disponer de tiempo y energías para dedicarse a la conservación y mejora de los bienes (203).

(201) Para un tratamiento del caso con detalle *vide* Nicholas BALA/Marlene CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada: Common Law and Civilian Approaches to Living Together*, 4 Canadian Family Law Quarterly (1989), p. 147-222, p. 152 y ss.

(202) *Sorochan v. Sorochan* [(1984), 44 RFL (2d) 144 (Alta. C. A.), rev'd (1986), 2 RFL (3d) 225 (SCC)].

(203) Con mayor detalle, BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 155 y ss.

(bb) El *resulting trust*

En líneas generales, existe un *resulting trust* cuando un bien se halla a nombre de una persona que lo ha adquirido con fondos propios y de un tercero con el propósito común de compartirlo. Las doctrinas de la *equity* consideran que aquél que contribuye a que otro adquiera un bien no tiene la intención de donar y, ante la ausencia de donación, presume la existencia de un *resulting trust*. Según la formulación clásica, el *resulting trust* requerirá una contribución y, como mínimo, el indicio de la existencia de una intención común. No obstante, en las relaciones entre convivientes, la jurisprudencia canadiense admite que pueda existir un *resulting trust*, aunque no exista contribución, por el simple hecho de que un conviviente adquiera un bien con la intención de compartirlo con el otro (204).

(cc) La doctrina del *quantum meruit*

El remedio del *quantum meruit* se suele reconocer en la actualidad como un remedio alternativo al *constructive trust* en situaciones de enriquecimiento injustificado. Comporta, en teoría, la determinación del valor de los servicios prestados una vez deducido el valor del sostenimiento recibido y, a diferencia del *constructive trust* que se dirige contra los bienes, es una acción personal. Se utiliza cuando a pesar de existir enriquecimiento no se puede establecer el nexo causal requerido entre la contribución y unos bienes concretos (205).

b) EL RECURSO A LA FIGURAS GENERALES EN LA JURISDICCIÓN DEL *CIVIL LAW*

La jurisprudencia del Quebec ha adoptado unas soluciones muy parecidas a las ya vistas en Francia: el enriquecimiento sin causa, la obligación natural y la sociedad de hecho limitada a los bienes que se consideren pertenecientes a la misma, y sólo en los casos en que concurren los elementos propios de toda sociedad (aportaciones de todos los socios en dinero, bienes o trabajo, participación en pérdidas y ganancias y existencia de *affectio societatis*) (206). A diferencia de Francia,

(204) *Vide*, con referencias jurisprudenciales, BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 172-175.

(205) *Vide*, con mayor detalle, BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 167-172.

(206) Monique OUELLETTE, *Droit de la Famille*, 2è. ed., Montreal, Themis, 1991, p. 257 y ss. y Mireille D. CASTELLI/Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec. Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, Sante-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 416 y ss., p. 419.

se ha utilizado en alguna ocasión la figura del *contrat de prête-nom*, contrato por el cual las partes acuerdan que sólo una de ellas figurará formalmente como titular en las actividades que se lleven a cabo aunque actuará por cuenta de ambos. La parte que actúa en nombre propio es utilizada por la otra como *prête-nom* para contratar, y esta otra recibe la denominación de *mandator*. Por ello, si un conviviente de hecho quiere reclamar su participación en los bienes adquiridos durante la convivencia deberá probar que fue *mandator* en los términos específicos de ese contrato —que no requiere forma escrita— y que, por ello, encargó al otro, que «presta su nombre» (*prête-nom*), que adquiriera para él los bienes en cuestión. Esa prueba le permitirá, según los casos, obtener la totalidad de los bienes o sólo una parte (207).

El legislador quebequés no ha aprovechado la oportunidad que le brindaba la redacción del nuevo Código civil de 1991 para regular la pareja de hecho. La Oficina de revisión del Código civil así lo sugirió pero, por razones políticas, se consideró imprudente oficializar el *concubinage* elevándolo a rango legal; se consideró, además, que la intervención legislativa podía eliminar la libertad de elegir un modo de vida defendido por diversos sectores e imponer un régimen jurídico a quienes, precisamente, querían prescindir de él (208). No obstante, de la nueva regulación pueden extraerse algunas consecuencias que, por su carácter general, también benefician a los convivientes de hecho. Así, por ejemplo, el art. 1938 CcQ permite que el conviviente de hecho del arrendatario pueda reclamar el derecho a continuar en el inquilinato que se reconoce a toda persona que haya convivido con el arrendatario un mínimo de seis meses antes de la ruptura de la convivencia o de la muerte de éste; para hacerlo efectivo se requiere que se notifique su ejercicio antes de transcurridos dos meses (209). Por otra parte, el nuevo art. 1457 CcQ (equivalente, en parte, a nuestro 1902 CC), aunque sin referirse expresamente al conviviente de hecho, permite que pueda continuar aplicándose la jurisprudencia tradicional que le concede indemnización por los daños sufridos por el otro conviviente en un accidente no mortal (210); a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior (211), el silencio de ese mismo artículo debe permitir también la indemnización por muerte del conviviente de hecho.

(207) Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 179-180.

(208) Vide OUELLETTE, *Droit de la Famille*, cit., p. 257 y ss.

(209) Vide CASTELLI/DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, cit., p. 423.

(210) CASTELLI/DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, cit., p. 419.

(211) El apartado primero del art. 1056 del Código civil del Bajo Canadá disponía que «[D]ans tous les cas ou la partie contre qui le délit ou quasi délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année seulement a compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-intérêts résultant de tel décès». Vide también CASTELLI / DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, cit., p. 422.

B. *Las soluciones legislativas. En especial, la regulación de Ontario*

a) REQUISITOS PARA QUE EXISTA «PAREJA DE HECHO»

Como se ha indicado, es una peculiaridad de la legislación canadiense que la regulación de determinados aspectos de la convivencia de hecho se lleve a cabo por el simple expediente de redefinir el término «cónyuge» añadiendo el conviviente de hecho que cumple determinados requisitos. Así, por ejemplo, la *Ontario Family Act* 1986 actualmente en vigor, de un modo análogo a la previgente *Family Law Reform Act* 1978, se divide en diversos Títulos (*Parts*) que se inician con una o varias disposiciones dedicadas a las definiciones. La Parte Tercera de la Ley, bajo el epígrafe de «obligaciones de sostenimiento» (*support obligations*), define en la Sec. 29 lo que a los efectos de ese título se entiende por cónyuge (*spouse*). La doctrina interpreta que, a los efectos del deber de sostenimiento, se establecen cuatro categorías distintas de cónyuges. Las dos primeras se refieren a aquellos que han contraído matrimonio —válido en un caso, nulo y en beneficio del contrayente de buena fe, en el otro— mientras que las dos últimas se estipulan para incluir a aquellas parejas que no han contraído matrimonio pero que reúnen los requisitos especificados respectivamente en los apartados (a) y (b) de la Sec. 29 FLA (212) siguientes:

«cónyuge» significa cónyuge, según se define en la subsección 1(1), e incluye adicionalmente al hombre y a la mujer que no están casados entre sí y que han convivido:

(a) de modo continuado por un período no inferior a los tres años, o

(b) en una relación de cierta permanencia (*some permanence*), si son padres naturales o adoptivos de un menor.

Por regla general, existen en Canadá dos tipos de definición de pareja de hecho —o más bien, como indica la doctrina, de «cónyuge» en sentido amplio— que suelen darse de modo alternativo: a) el que se basa exclusivamente en la convivencia mantenida durante un período mínimo, y b) el que parte de la existencia de un hijo unida a una situación de convivencia estable.

a) El primero suele fijar de modo taxativo el período mínimo de convivencia. No obstante, éste varía de modo considerable en las distintas legislaciones. Así, es de un año, en Nueva Escocia; de dos, en la

(212) Cfr. T. W. HAINSWORTH, *Ontario Family Law Act Manual*, 2nd. ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1992, p. 29-1 y ss. y James MACDONALD/Ann WILTON, *The 1995 Annotated Ontario Family Law Act*, Toronto, Carswell, 1994, p. 183 y ss.

Columbia Británica; de tres, en Ontario y New Brunswick y de cinco en Manitoba. Sólo el Territorio de Yukon opta por no determinar expresamente ese período mínimo al exigir tan sólo que la relación de convivencia tenga «una cierta permanencia» (213). La legislación de Newfoundland, en cambio, no admite este primer tipo de definición de «cónyuge» en sentido amplio basado exclusivamente en la convivencia durante cierto tiempo (214).

A diferencia de lo que sucede en la convivencia matrimonial, no juega a favor de la de hecho la presunción de convivencia. Por esta razón, el conviviente que pretenda fundamentar en ella algún derecho deberá probar su existencia y, además, que se mantuvo de modo continuado durante el período legalmente requerido. En Ontario, la Sec. 1 FLA define convivir (*cohabit*) como «vivir juntos en una relación conyugal, tanto fuera como dentro del matrimonio». La doctrina indica que el uso del término «conyugal» (*conjugal*) sugiere que los acuerdos que gobiernan la comunidad de vida que se ha establecido deben ser similares a los del matrimonio (215). Aunque la Ley no defina el término «conyugal», la jurisprudencia ha entendido que indica el modo como dos personas «viven juntas fuera del matrimonio en una relación análoga a éste» y a menudo ha examinado los diversos aspectos de la relación entre los convivientes para determinar si existe esa convivencia análoga a la del matrimonio (216). En este sentido es perfectamente claro que todas las referencias a la pareja de hecho o «cónyuge» en sentido amplio se hacen a la pareja heterosexual y que se prescinde de modo absoluto de la homosexual.

Incluso, en el caso *B v. A* [(1990), 1 OR (3d) 569, 29 RFL (3d) 258 (Master)], el tribunal declaró que en el supuesto de transexualidad de una mujer esta continuaba siendo mujer y que, por ser del mismo sexo, no podía reclamar pensión alguna a la mujer con la que había convivido.

No queda nada claro, en cambio, si puede considerarse que existe convivencia (*cohabitation*) entre un hombre y una mujer, en el sentido de la definición legal, cuando no existen relaciones sexuales entre ellos, ni tampoco si éstas son o no suficientes para incluir una pareja en la definición legal. En este último caso, la jurisprudencia parece

(213) «[A] man and a woman who have cohabited in a relationship of some permanence». Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 191-192, con cita de los respectivos textos legislativos en las notas 86 a 89.

(214) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 201.

(215) MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 11.

(216) Cfr. MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 11 y BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 196 y ss., con referencias jurisprudenciales.

inclinarse a favor de considerar insuficientes las relaciones sexuales; deberán considerarse otros aspectos, como la existencia de una relación de asistencia mutua, en el aspecto económico, o de proyección de una comunidad de vida análoga a la del matrimonio, en el aspecto social y psicológico (217).

Así, por ejemplo, en el caso *Stoikiewicz and Filas Re* [(1978, 21 OR (2d) 717, 7 RFL (2d) 366, 92 DLR (3d) 129 (UFC)] se trataba de un hombre que había dado un anillo de compromiso a una mujer al conocer que ésta estaba embarazada. El hombre había vivido con ella en el mismo apartamento —aunque no en la misma habitación— y había mantenido relaciones sexuales con ella de modo esporádico. Ella, por su parte, limpiaba y cocinaba para él de vez en cuando y le pagaba un alquiler por la vivienda. El tribunal consideró que la pareja nunca había convivido en el sentido de la Ley; aunque de vez en cuando tenían relaciones sexuales, las pruebas demostraban que mantenían economías separadas y que cualquier dedicación a las tareas domésticas de la demandante era en compensación de una parte de la renta de la vivienda, sin que, además de ese acuerdo arrendaticio poco habitual, las partes se proporcionaran asistencia mutua o velaran el uno por el otro. El tribunal declaró también que no se podía considerar que estén conviviendo personas no casadas a menos que cada una de ellas haya asumido la obligación de sostener al otro y de velar por él del mismo modo como están obligados a hacerlo los «cónyuges casados» de acuerdo con lo que dispone la Sec. 15 de la Ley (hoy, Sec. 30 FLA) (218).

Otras legislaciones, como las de New Brunswick y Manitoba, intentan matizar de modo restrictivo esa relación de convivencia exigiendo para que ésta exista que una persona haya «dependido de modo sustancial» del sostenimiento de la otra (219).

b) El segundo tipo de definición requiere que los convivientes tengan un hijo. A ello se suma el requisito ulterior de que exista una convivencia estable que, generalmente, no se somete a una duración temporal determinada. Así, como se ha visto, la Sec. 29 (b) FLA de Ontario requiere la convivencia «en una relación de una cierta permanencia si [el hombre y la mujer que no están casados] son los padres

(217) *Vide* MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act, cit.*, p. 10 y ss. y 184.

(218) *Vide* para más detalles y otros casos BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 194 y ss. y MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act, cit.*, *ibidem*.

(219) Aunque no queda claro qué grado de dependencia debe probarse y sin que exista jurisprudencia que haya aclarado el alcance de la misma. *Cfr.* BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 199.

naturales o adoptivos de un hijo». De un modo análogo —aunque con exclusión de los hijos adoptivos— la legislación de New Brunswick se refiere a la convivencia «en una relación de cierta permanencia si ha nacido un hijo del que ellos sean sus padres naturales» (220).

Sin lugar a dudas, en esos casos las principales dificultades de interpretación se plantean a la hora de determinar cuál debe ser el grado de permanencia o estabilidad de la relación para que exista un «cónyuge» en el sentido amplio de conviviente de hecho. La doctrina y la escasa jurisprudencia sobre la materia entienden que hay tres elementos que deben guiar la interpretación: a) la duración de la relación (a mayor duración menos dudas planteará su «permanencia»); b) la conducta de las partes a lo largo de la relación y c) la intención o *animus* de las partes durante la misma (221).

Así, por ejemplo, en el caso *Rook v. Mahoney* [(1983), 21 ACWS (2d) 78 (Prov. Ct.)], aunque la convivencia sólo duró nueve meses y la separación se produjo antes del nacimiento del hijo común, se estimó que existía una cierta permanencia debido a que los convivientes habían adquirido conjuntamente una vivienda para su uso común y habían decidido tener un hijo y considerado la posibilidad de contraer matrimonio cuando uno de ellos obtuviera el divorcio.

En algunos casos, se ha indicado que la relación de una cierta permanencia es aquella que se opone a la ocasional o temporal, y que puede ser permanente aunque los convivientes se separen periódicamente (222). Que la conducta y la intención son elementos tanto o más determinantes que la duración de la convivencia es algo que ya había puesto de manifiesto la jurisprudencia bajo la legislación anterior, análoga a la actual en éste aspecto.

Así en el caso *Re Labbe and McCullough* [(1979), 23 O R (2d) 536 (Prov. Ct.) —criticado por el peso excesivo que el tribunal dio a esos elementos— se trataba de una mujer que había mantenido una relación de convivencia durante nueve meses en su propio piso con un hombre que viajaba a lo largo del país y que nunca se mudó a él con sus pertenencias. La pareja concibió un hijo y, aunque sólo había convivido de modo efectivo durante un período de dos semanas y otro de cuatro, el tribunal estimó que había establecido una relación de «cierta permanencia» y otorgó a la mujer una pensión

(220) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 202, con cita textual de las disposiciones legales.

(221) Cfr. HAINSWORTH, *Ontario Family Law Act Manual...*, cit., p. 29-5.

(222) Vide MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 185.

durante doce meses atendiendo, fundamentalmente, al hecho de que habían considerado la posibilidad de contraer matrimonio algún día (223).

Para evitar la dificultad que ofrece todo concepto jurídico indeterminado, otras legislaciones prefieren fijar la permanencia de esa convivencia mediante un límite temporal concreto. Así, por ejemplo, en Manitoba, este segundo tipo de definición de «cónyuge» en sentido amplio se refiere al que se halla en una relación de convivencia en la que existe «un hijo de la unión», siempre que ésta se haya mantenido como mínimo durante un año. De un modo análogo se manifiesta la legislación de Newfoundland (convivencia de un año más el nacimiento de un hijo fruto de la misma) (224).

La mayor parte de las legislaciones establece un plazo para la reclamación de los derechos que esa condición de conviviente concede. Así, por ejemplo, en la legislación del Territorio de Yukon se establece que la pensión debe solicitarse antes de que hayan transcurrido los tres meses a contar desde el cese de la convivencia; las de Columbia Británica, Manitoba, New Brunswick y Newfoundland alargan el plazo a un año (225). Por su parte, en Ontario la Sec. 50 FLA dispone que la acción para reclamar la pensión deberá interponerse antes de que transcurran dos años, a contar desde el cese de la convivencia, a menos que las partes hayan pactado la pensión en un convenio de separación, en cuyo caso el plazo de los dos años empezará a correr a partir de su incumplimiento (226). En supuestos excepcionales (si *prima facie* se aprecian razones fundadas para acceder a la solicitud, si el retraso se produjo de buena fe y si no se perjudica a tercero) el tribunal podrá ampliar el plazo de presentación de la solicitud (227).

No obstante, debe llamarse la atención sobre el hecho de que todas esas definiciones de «cónyuge» en sentido amplio son *ad hoc*, es decir, se establecen únicamente a efectos de las pensiones entre convivientes, razón por la cual la condición de conviviente de hecho varía no sólo entre las legislaciones de las distintas provincias y territorios sino también, dentro de un mismo territorio, entre los distintos ámbitos jurídicos.

(223) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit. 203 y MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 185.

(224) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 201-204.

(225) Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 204.

(226) Vide MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 272-273.

(227) Esos supuestos excepcionales se hallan tasados en la Sec. 2(8) FLA. Vide por todos MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 14-16.

Así, por ejemplo, la *Worker's Compensation Act* 1980 de Ontario, a los efectos de la indemnización del cónyuge supérstite por muerte del otro en accidente laboral, define «cónyuge» como «tratándose de un hombre y una mujer, el que en el momento de la muerte del que era trabajador estaba conviviendo con éste y resultara que (i) estaban casados entre sí, o (ii) no estaban casados entre sí y (A) habían convivido durante un año como mínimo, (B) eran padres de un hijo común o C) habían suscrito uno de los acuerdos de convivencia establecidos en la Sec. 53 de la *Family Law Act* 1986» (228).

b) LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Como se ha indicado, la equiparación de los convivientes de hecho a los cónyuges sólo se produce, por regla general, con relación a la obligación de sostenimiento. La *Family Law Act* 1986 de Ontario regula la pensión compensatoria de los cónyuges, en sentido amplio, juntamente con el deber de alimentos entre parientes, lo cual repercute en una cierta confusión en la doctrina a la hora de determinar la naturaleza de esa pensión. La opinión más extendida es que en ese ordenamiento, como en la mayoría de los occidentales, se ha pasado de una pensión indemnizatoria, en la antigua regulación, a una pensión alimenticia, es decir, determinada únicamente por la necesidad del acreedor y la capacidad del obligado, en la *Family Reform Act* 1978, para acoger finalmente, en la regulación actual, una pensión compensatoria, es decir, una pensión «que minimice en la medida de lo posible las consecuencias económicas de la ruptura de la relación» (229). La Sec. 33 (8) FLA indica cuáles deben ser los cuatro objetivos que debe conseguir esa pensión, sin que —como ha indicado la jurisprudencia (230)— ninguno de ellos pueda prevalecer sobre los demás:

(228) Vide HOLLAND, *Cohabitation and Marriage...*, cit., p. 37 y nota 26.

(229) En este sentido, *Pelech v. Pelech* [(1987) 1 SCR 801, 7 RFL (3d) 225, 38 DLR (4th) 641 (SCC)]. Se discute, no obstante, cual deba ser el nexo causal entre la necesidad que padece un «cónyuge» y el matrimonio o convivencia (*causal connection test*). La posición jurisprudencial actual parece apuntar más bien a la interdependencia económica, de tal modo que las necesidades que pueden dar lugar a una pensión entre «cónyuges» son las que derivan de los aspectos económicos de la división del trabajo efectuada durante la convivencia, no de la convivencia en sí mismo considerada. Vide HAINSWORTH *Ontario Family Law Act Manual...*, cit., p. 30-3 a 30-7 y MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 188-203.

(230) En este sentido *Moge v. Moge* [(1992), 43 RFL (3d) 345], en relación a las Sec. 15 (7) y 17 (7) de la *Divorce Act* 1985, con un tenor literal muy similar al de la Sec. 33 (8) FLA. Para un comentario detallado, vide MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 227-229 y *passim*.

- (8) La medida que acuerda el sostenimiento del cónyuge debe,
- (a) reconocer la contribución del cónyuge a la relación y las consecuencias económicas que ésta ha tenido para él;
 - (b) repartir de modo equitativo la carga del sostenimiento de un menor;
 - (c) tomar las medidas adecuadas para ayudar al cónyuge a adquirir la capacidad de contribuir a su propio sostenimiento;
 - (d) mitigar las dificultades económicas, si ello no se ha llevado a cabo ya mediante las medidas adoptadas de acuerdo con la Parte I (Patrimonio Familiar) y II (Vivienda Matrimonial).

La Sec. 33 (9) FLA dispone que para determinar el importe y la duración de la pensión, en relación a la necesidad del dependiente (231), el tribunal considerará «todas las circunstancias de las partes». El mismo precepto realiza una enumeración ejemplificativa, en la que se indican tanto las circunstancias generales como las particularmente referidas a los hijos y a los cónyuges en sentido amplio:

- (9) Al determinar el importe y la duración del sostenimiento en relación a la necesidad, si éste resulta procedente, el tribunal considerará todas las circunstancias de las partes, incluyendo,
- (a) el caudal y los medios económicos del dependiente y del obligado;
 - (b) el caudal y los medios económicos que el dependiente y el obligado tendrán probablemente en el futuro;
 - (c) la capacidad del dependiente de contribuir a su propio sostenimiento;
 - (d) la capacidad de proporcionar sostenimiento del obligado;
 - (e) la edad y la salud física y psíquica del dependiente y del obligado;
 - (f) las necesidades del dependiente. Para fijarlas el tribunal tendrá en cuenta el nivel de vida habitual que tenían las partes durante la convivencia;
 - (g) las medidas que pueden adoptarse para que el dependiente pueda proveerse su propio sostenimiento, y el tiempo y el coste necesarios para que éste pueda adoptarlas;

(231) La Sec. 29 define «dependiente» (*dependant*), a los efectos de la Parte III (*support obligations*) como «a person to whom another has an obligation to provide support under this Part». Por la peculiaridad de la regulación se prefiere este término al de «alimentista».

- (h) otras obligaciones alimenticias legales del dependiente y del obligado;
- (i) si es deseable que el dependiente o el obligado permanezcan en el hogar al cuidado de un hijo;
- (j) la contribución del dependiente a la actualización del potencial profesional del obligado;

.....

- (l) si el dependiente es un «cónyuge» (*spouse*),
 - (i) la duración de la convivencia entre dependiente y obligado;
 - (ii) el efecto de las responsabilidades asumidas durante la convivencia en la capacidad adquisitiva del cónyuge;
 - (iii) si el cónyuge ha tomado a su cargo el cuidado de un hijo de 18 o más años que es incapaz, por razón de enfermedad, discapacidad u otra causa, de dejar de estar a cargo de sus padres;
 - (iv) si el cónyuge se ha comprometido a asistir al seguimiento de un programa de educación por parte de un hijo de 18 años o más que es incapaz, por esa razón, de dejar de estar a cargo de sus padres;
 - (v) la dedicación al hogar, a un hijo menor o cualquier otro servicio doméstico llevado a cabo por el cónyuge para la familia, como si éste estuviera dedicando el tiempo empleado en tal servicio a un empleo remunerado y estuviera contribuyendo con esos ingresos al sostenimiento familiar;
 - (vi) el efecto en los ingresos del cónyuge y en su desarrollo profesional de la responsabilidad de tener a su cuidado un menor.
- (m) cualquier otro derecho legal de alimentos del dependiente que no sea a cargo de fondos públicos.

c) LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En relación a la llamada «vivienda matrimonial» (*matrimonial home*) la legislación de Ontario prevé tanto la posibilidad de restringir el poder de disposición del cónyuge propietario como la de atribuir su uso exclusivo al no propietario. Respecto a la primera cuestión, se desprende claramente de la regulación que esa restricción no se extiende al conviviente de hecho; mayores dudas suscita la segunda, la referida a si la normativa sobre la atribución del uso de la «vivienda matrimonial» es también aplicable a los convivientes de hecho.

En el caso *Czora v. Longeran* [(1987), 59 OR (2d) 402, 7 RFL (3d) 458 (Ont. Dist. Ct.) se planteó la cuestión de si un conviviente de hecho que reunía los requisitos para ser considerado «cónyuge», en el sentido amplio que establece la Ley, podía invocar a su favor la Sec. 34 (1) (d) FLA. Esta disposición se halla sistemáticamente en la Parte III referida a las obligaciones de sostenimiento y establece por remisión que, además de poder ordenar el pago de un tanto alzado o de una pensión periódica, los tribunales pueden adoptar la medida que atribuya el uso exclusivo de la «vivienda matrimonial» a uno de los «cónyuges» de acuerdo con lo establecido en la Sec. 24 (1) FLA (incluida sistemáticamente en la Parte II bajo el epígrafe «Vivienda matrimonial»).

El Juez consideró que un «cónyuge no casado» no podía obtener dicha medida, prevista en la Sec. 34 (1) (d) debido a que ésta remitía a la Parte II de la Ley, que no es aplicable a los convivientes de hecho. Indicaba que a falta de una definición amplia expresa que incluyera a los convivientes de hecho, el significado de la palabra «matrimonial» -referida a la vivienda- debía interpretarse según su significado usual, es decir, sólo en relación al acto o estado del matrimonio y que, por lo tanto, no se extendía a los convivientes no casados.

Mientras que algunos autores se manifiestan en favor de la solución dada por el tribunal en *Czora* (232), otros consideran que la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar puede darse también entre convivientes de hecho, ya que ésta es una más de las posibles medidas que el juez puede adoptar para el cumplimiento de las obligaciones de sostenimiento (233). Un problema interpretativo análogo presenta la legislación de New Brunswick, mientras que las de Columbia Británica y de Nueva Escocia tan sólo admiten la atribución de la vivienda a uno de los convivientes de hecho como medida provisional (234).

4. EPILOGO: ALGUNAS LINEAS GENERALES DE UNA POSIBLE REGULACION CATALANA

El fenómeno de la pareja de hecho es un tema complejo y, para intentar resolver los enormes problemas que plantea, debe abordarse por partes. Uno de los principales problemas de su regulación es la definición de pareja de hecho. Todo el mundo puede estar de acuerdo en que

(232) Así, MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 146-147.

(233) En este sentido BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 185-186.

(234) Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 186-188.

el núcleo esencial de la pareja de hecho lo constituye aquella vida en común, con una cierta estabilidad, de personas de distinto sexo, que comporta una unidad económica y de vivienda, así como, por regla general, relaciones sexuales. A medida que se va prescindiendo de alguno de los elementos que integran esa definición aumenta el número de situaciones comprendidas dentro de la figura «pareja de hecho» y, con ello, se incrementa también la dificultad de establecer una regulación unitaria y de llegar a un consenso social. Debe tenerse presente que incluso en la situación nuclear de la pareja de hecho, la formada por un hombre y una mujer que constituyen una unión análoga a la del matrimonio al que sólo le falta la celebración formal, puede partirse de situaciones muy distintas entre sí. Por ejemplo, esa pareja puede estar constituida por personas sin vínculo matrimonial previo o por personas que, una de ellas o ambas, ya han contraído un matrimonio que aún no se ha disuelto, y que se puede encontrar en un estadio de separación judicial o de hecho. Incluso, pueden existir entre los convivientes relaciones de parentesco que impedirían que pudieran contraer matrimonio.

La regulación que se proponga no podrá comportar en ningún caso conflictos irresolubles entre el conviviente de hecho que ya está casado, su cónyuge y el otro conviviente, ni tampoco una discriminación en contra de las parejas matrimoniales debida a un trato más favorable dispensado a las parejas de hecho. Debe evitar también, en la medida de lo posible, la discriminación de aquellas comunidades de vida familiar (como por ejemplo, la formada por hermanas de edad avanzada que conviven bajo un mismo techo) y que únicamente se diferenciarían por la falta de relaciones sexuales. Debe decirse de modo muy claro que si más allá del matrimonio se tutelan otras relaciones de pareja y no otras comunidades familiares o afectivas, se puede hacer primar la convivencia sexual por sobre de la que no lo es y obligar así al común de los ciudadanos a subvencionar con sus impuestos las pensiones, bonificaciones y exenciones que entonces sólo disfrutarían las convivencias afectivas basadas en la relación sexual.

En todo caso, una posible regulación catalana en el marco de un futuro Código de Familia debería plantear exclusivamente los aspectos civiles de las parejas de hecho y, en mi modesta opinión, debería orientarse de acuerdo con las líneas generales siguientes:

- 1) Pleno respeto a la libertad matrimonial
- 2) Justa división y distribución de los bienes adquiridos por ambos convivientes en ciertos casos y circunstancias.
- 3) Compensación de las contribuciones económicas indirectas y de dedicación al hogar y a los hijos para evitar el enriquecimiento injustificado de uno de los convivientes en perjuicio del otro cuando éste se haya producido efectivamente.
- 4) Exclusión de alimentos entre ex-convivientes fuera de alguna excepción puntual y claramente delimitada.

Sin pretensión de hacer una exposición exhaustiva —pretensión que en esta difícil materia además de una temeridad sería una intolerable petulancia— ni tan sólo detallada, permítaseme desarrollar brevemente algunos aspectos y hacer —no sin cierto ánimo de provocación— alguna aproximación a una propuesta de articulado.

4.1. Pleno respeto a la libertad matrimonial

El derecho a casarse establecido en la Constitución, como ya se ha indicado, comporta el derecho a no hacerlo y, sobre todo, a no hacerlo al margen de la voluntad de aquellas personas que simplemente deciden convivir. El art. 32 CE protege tanto el derecho a casarse como el derecho a no hacerlo (235) y justifica un trato diferenciado del matrimonio y de la pareja de hecho que es perfectamente compatible con el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE.

Todo ello no significa, sin embargo, que el art. 32 CE impida que se puedan dictar normas para las parejas de hecho o relaciones análogas; de todos modos, la libertad matrimonial (art. 32.1 CE) y el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) deben quedar salvaguardados y, para ello, en la regulación debe extremarse el cuidado para evitar que se puedan imponer al conviviente las relaciones propias de un matrimonio que no ha deseado.

Por estas razones, ningún intento de regulación debe pretender reproducir en pequeña escala la normativa matrimonial. Lo que debe procurar, en cambio, es resolver los graves problemas que se presentan fundamentalmente en el momento de la ruptura de la pareja y proteger la parte más débil, sea quien sea, pero que —por regla general, tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno— suele ser la mujer.

El respeto a la libertad matrimonial impide, pues, regular la relación entre convivientes de hecho como un «matrimonio de segundo grado» y a la fuerza. Debe comportar, también, el reconocimiento más amplio posible a los acuerdos y convenios entre los interesados, siempre que sus disposiciones no sean ilícitas, discriminatorias ni gravemente perjudiciales para uno de los convivientes.

Puede considerarse, además, la posibilidad de hacer depender el otorgamiento de esos derechos, o de alguno de ellos, de una vinculación especial entre los convivientes de hecho que venga dada por:

(235) *Vide*, recientemente, Víctor FARRERES COMELLA, *El principio de igualdad y el «derecho a no casarse»* (A propósito de la STC 222/1992), REDC 1994, p. 163-196, p. 170 y Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi Civil, núm. 6, junio 1995, p. 9-33, especialmente p. 21-33.

a) bien por una cierta duración de la relación que, en principio, debería ser corta (dos o tres años). Existe, no obstante, el problema de que el plazo que prevé el art. 86.4.º CC para solicitar el divorcio por cese efectivo de la convivencia es de cinco años, y tal vez, hasta que no se rebaje ese plazo, se debería mantener también para las parejas de hecho para no obligar a que entren en el ámbito de la regulación de la convivencia de hecho aquellos que, por no poder disolver aún el vínculo anterior de acuerdo con el art. 86.4.º CC, todavía no pueden casarse.

b) bien por una convivencia por un período menor unida al nacimiento de un hijo común; en este caso, la convivencia continuaría siendo determinante, con la diferencia de que ya no sería necesaria su prolongación durante el plazo legal exigido.

Se debería estudiar además la posibilidad de modular los derechos que se concedieran en función del grado de vinculación; en defecto de hijos comunes, la duración de la convivencia podría tener en este aspecto un papel fundamental.

Entre la multitud de posibles regulaciones, se podría pensar en una del tenor siguiente:

Artículo ... Convivencia de hecho

A los efectos de este Código se entiende por convivencia de hecho la que existe entre un hombre y una mujer que acreditan por cualquier medio una convivencia estable análoga a la del matrimonio y que además tienen un hijo común o, en su defecto, que iniciaron esa convivencia como mínimo 2 (3, 5) años antes.

En relación a los pactos entre convivientes de hecho podría pensarse, tal vez —en sede de disposiciones generales relativas a las capitulaciones matrimoniales— en un artículo del siguiente tenor:

Artículo ... Pactos entre convivientes de hecho

Los convivientes de hecho pueden establecer en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese por cualquier causa, con excepción de aquellos que sean contrarios a las leyes o gravemente perjudiciales para una de las partes.

4.2. La división y la distribución de los bienes adquiridos por ambos convivientes

En el momento del cese de la convivencia de hecho se debería prever la división y distribución de los bienes que se han adquirido mediante contribuciones económicas de uno de los convivientes que no se

han visto reflejadas en una participación en su titularidad. Algunos de estos, como la vivienda y los bienes del ajuar doméstico, podrían merecer una atención especial.

La división y la distribución de los bienes debería tener en cuenta las contribuciones económicas indirectas que han permitido, por ejemplo, que gracias a éstas, y debido a que mediante ellas uno de los convivientes ha hecho frente a los gastos de sostenimiento ordinario originados por la convivencia, el otro ha podido destinar sus rentas e ingresos a incrementar su propio patrimonio. También debería tener en cuenta, de un modo análogo, las contribuciones indirectas mediante la dedicación al hogar y a los hijos.

Se podría prever la posibilidad de que en esa distribución de bienes el Juez pudiera determinar la liquidación de la parte correspondiente en dinero. Se podría pensar, incluso, en una regla de acuerdo con la cual el conviviente que tiene hijos comunes a su cargo pueda solicitar la atribución de la vivienda en propiedad (mediando el pago del complemento de precio, en su caso), o en arriendo (hasta la mayoría de edad de los hijos menores).

4.3. La compensación de las contribuciones económicas indirectas y de la dedicación al hogar y a los hijos para evitar el enriquecimiento injustificado

Debe pensarse en un sistema que garantice que en el momento de la ruptura de la convivencia no se pueda perpetuar una situación clara de enriquecimiento injustificado de uno de los convivientes en detrimento del otro. La regulación debería prever con la amplitud suficiente las situaciones que durante la convivencia pueden haber comportado ese enriquecimiento. Si no se hiciera así sería mejor no establecer ninguna regla porque ello podría frustrar una línea jurisprudencial que tiene su máximo exponente en la STS 1.^a 11-12-1992, (La Ley 13.908) y que resuelve pasablemente el problema mediante la institución general del enriquecimiento injustificado. Debe recordarse, en este punto, que la institución del enriquecimiento injustificado es subsidiaria y que, por tanto, cualquier precepto legal sobre la materia puede evitar su aplicación futura.

La compensación para evitar el enriquecimiento injustificado debe tener por objeto compensar aquellas contribuciones que no hayan sido ya compensadas en el transcurso de la relación, ni que se hayan tenido en cuenta con ocasión de la división y distribución de los bienes. Así, puede referirse a las contribuciones económicas indirectas que han permitido, por ejemplo, que gracias a que un conviviente ha destinado sus ingresos a subvenir los gastos generados por la convivencia, el otro ha podido dedicarse a aumentar y mejorar su capacidad laboral o profesional (continuando, p. ej., su formación o sus estudios). La regula-

ción debería dedicar una atención especial a que se compensaran las contribuciones consistentes en la dedicación al hogar y a los hijos; por regla general, esas contribuciones comportan para el conviviente que las lleva a cabo —la mujer, normalmente— unos costes de oportunidad inmensos, y no sólo porque impiden, dificultan o reducen los ingresos que puede obtener sino también porque, al provocar que deje de trabajar, que lo haga con menor intensidad o que reduzca su jornada, perjudican sus posibilidades de promoción profesional o laboral futuras.

En relación a este apartado y al anterior, una posible regulación podría ir en la línea siguiente:

Artículo ... *La compensación económica en la convivencia de hecho*

1. Los convivientes de hecho no tienen derecho a reclamar la participación en las ganancias obtenidas durante el período de convivencia, excepto si así lo han pactado expresamente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el conviviente que haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro tiene derecho a una compensación económica, en el momento en que cese la convivencia por cualquier causa, si esa contribución ha generado una situación de desigualdad económica entre el patrimonio de ambos.

3. También tiene derecho a percibir una compensación económica en el momento del cese de la convivencia por cualquier causa el conviviente que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste, si ello ha generado una situación de desigualdad económica entre el patrimonio de ambos.

4. A falta de acuerdo en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, el Juez fijará equitativamente la cuantía de la compensación en atención a la duración de la convivencia y a las otras circunstancias del caso.

4.4. La exclusión de pensiones alimenticias

La convivencia de hecho, sea cual sea su duración, no debe ser una fuente de financiación en la que pueda arrellanarse uno de los convivientes para su sostenimiento futuro. Es bien conocida la tendencia actual de reducir o eliminar los derechos alimentarios entre ex-cónyuges, en favor de lo que la doctrina angloamericana denomina un *clean break*,

en aquellos países en que aún subsisten (236). La pensión alimenticia indefinida dificultaría que el obligado pudiera rehacer su vida después de la ruptura y, en los supuestos de fracaso de sucesivas relaciones de convivencia, incluso podría llegar a impedirlo.

Este principio general podría hallar su excepción en algún supuesto en que la situación de necesidad que daría derecho a reclamar la pensión hubiera sido generada precisamente por las características de la relación de convivencia ya acabada. Se puede pensar aquí en la posibilidad de otorgar una pensión porque quien la solicita la necesita para subvenir su sustentación debido a que ha de dedicarse a la atención de hijos comunes o del obligado; en este caso la pensión se devengaría hasta que los hijos llegasen a la mayoría de edad o hasta que cesara esa situación por cualquier otra causa. También en aquellos casos en que los costes de oportunidad laborales o profesionales han sido especialmente gravosos para uno de los convivientes y ello se ha traducido en un enriquecimiento del otro que no se ha podido compensar con ninguna de las acciones anteriormente mencionadas, se podría pensar en otorgarle una pensión durante un período breve (un, dos o tres años) para permitir que se recicle o que se reintegre en su actividad o profesión en unas circunstancias, si bien no totalmente iguales, si similares a las que se encontraría si no la hubiese abandonado temporalmente. Como puede observarse por la naturaleza de los supuestos excepcionales para los que se reserva, esa pensión tiene más carácter compensatorio que alimenticio.

Una de las muchas posibles regulaciones en la línea de lo que se acaba de decir podría ser la siguiente:

(En el Título relativo al derecho de alimentos)

Artículo ... *La pensión periódica de los convivientes de hecho*

1. Los convivientes de hecho no tienen el deber de alimentos entre sí, pero tienen el derecho a obtener una pensión periódica del otro o de sus herederos en el momento en que, por cualquier causa, cesa la convivencia si ésta ha generado una situación de desigualdad económica entre el patrimonio de ambos y el que la necesita no puede atender adecuadamente su sustentación por alguna de las razones siguientes:

a) Ha de dedicarse a atender a un hijo común o del conviviente obligado a prestarla.

(236) Vide, recientemente, el excelente libro de María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, especialmente p. 134 y ss.

b) Quiere invertir de modo razonable, atendidas las circunstancias, una parte substancial de su tiempo a incrementar su capacidad de obtener ingresos, siempre que la relación de convivencia la haya afectado negativamente en beneficio del otro conviviente.

2. La reclamación de la pensión periódica en los dos supuestos previstos en el apartado anterior es preferente al deber de alimentos establecido en el Título... [el relativo a los alimentos], pero no lo excluye, y debe formularse dentro del plazo de un año a contar desde el momento del cese de la convivencia.

Artículo... *La extinción del derecho a obtener la pensión periódica*

El derecho a obtener la pensión periódica que prevé el artículo anterior, además de por las causas generales previstas en el art.... [*Causas de extinción del derecho de alimentos*], se extingue:

a) En el supuesto en que se ha otorgado por la dedicación al hijo, cuando ésta cesa por cualquier caso y, en todo caso, cuando el hijo alcanza la mayoría de edad.

b) Si se ha otorgado para incrementar la capacidad de obtener ingresos, por el transcurso de dos (tres) años a contar desde la fecha del pago de la primera pensión.

5. BIBLIOGRAFIA CITADA

General

Henning BECH, *Report from a Rotten State: «Marriage» and «Homosexuality» in Denmark*, en Ken PLUMMER (Ed.), *Modern Homosexualities*, London/New York, Routledge, 1992, p. 134-147.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi Civil, núm. 6, junio 1995, p. 9-33.

María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995.

Víctor FARRERES COMELLA, *El principio de igualdad y el «derecho a no casarse» (A propósito de la STC 222/1992)*, REDC 1994, p. 163-196.

Kathleen E. KIERNAN / Valerie ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital childbearing and social policy*, London, Family Policy Studies Center, 1993.

Linda NIELSEN, *Family Rights and the «Registered Partnership» in Denmark*, International Journal of Law and the Family, 4, 1990, p. 297-307.

Marianne Hojgaard PEDERSEN, *Denmark: Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce*, Journal of Family Law, 1991/1992, p. 289-293.

Andreas WACKE, *Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Dänemark*, FamRZ 1990, p. 347-351.

Francia

Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*, 5è. ed., Paris, LITEC, 1993.

Jean CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille*, 16è ed., Paris, PUF, 1993.

Francoise FURKEL, *Die wichtigsten Änderungen im französischen Familienrecht durch das Gesetz vom 8. Januar 1993*, FamRz 1994, p. 1084 y ss.

Jean HAUSER/Daniele HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, 2è. ed., Paris, LGDJ, 1993.

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Une importante réforme en droit de la famille: la loi N.º 93-22 du 8 janvier 1993*, JCP 1993.

Italia

Mauro BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, CEDAM, 1992.

BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1993, vol. VI.1.

Michele GIORGIANNI, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1992, vol. IV.

Giacomo OBERTO, *Illecito civile e convivenza «more uxorio»*, Resp. civ. prev. 1991, p. 4 y ss.

— *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1991.

— *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, FamRZ 1993, p. 1-12.

Hans-Wolfgang STRÄTZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag zur Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens*, FamRZ 1988, p. 897-902.

Inglaterra

P. M. BROMLEY/N. V. LOWE, *Family Law*, 8th. ed., London, Butterworths, 1992.

Stephen M. CRETNEY, *Elements of Family Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1992.

Brenda HOGGETT, *Parents and Children*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993.

Brenda HOGGETT/David S. Pearl, *The Family Law and Society. Cases and Materials*, 3rd. ed., London, Butterworths, 1991.

Stephen PARKER, *Cohabitees*, 3rd. ed., London, Longman, 1991.

Martin PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, 3rd. ed., London, Sweet and Maxwell, 1993.

Jacqueline PRIEST, *Families Outside Marriage*, 2nd. ed., Bristol, Jordan, 1993.

Alemania

- F. W. BOSCH, *Bundesverfassungsgericht und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1991, p. 1-8.
- Gerd BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft?*, FamRZ 1994, p. 207 y ss.
- Dagmar COESTER-WALTJEN, *Die Lebensgemeinschaft-Strapazierung des Parteiwillen oder staatliche Bevormundung?*, NJW 1988, p. 2085-2090.
- Siegfried DE WITT/Johan Friedrich HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, 2A, München, Beck, 1986.
- Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4A, München, Beck, 1994.
- Herbert GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1994, p. 1217- 1226.
- Rainer HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich*, München, Beck, 1989.
- Othmar JAUERNIG (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. A., München, Beck, 1994.
- Heinrich LANGE/Kurt KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 3.A., München, Beck, 1989.
- Manfred LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?*, Gutachten A für den 57. DJT, München, Beck, 1988.
- Christiane SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Bestandaufnahme, Rechtsvergleich, Gestaltungsvorschläge*, München, Jehle-Rehm, 1995.
- Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 7 A, München, Beck, 1993.
- SCHWENZER, *Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, JZ 1988, p. 781-832.
- STEINERT, *Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheireter*, NJW 1986, p. 683-689.

Suecia

- Anders AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 83-115.
- Anders AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, FamRZ 1990, p. 817-822.
- Michael BOGDAN/Ann NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, en Centenario del Código civil, Pinoso, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1989, p. 47-65.
- Goran HÅKANSSON, *Die rechtliche Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 9-20.
- Ulrike RADAU, *Die Gesetzgebung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, MDR 1989, p. 703-706.
- Christoph SPINDLER, *Aktuelle Neuregelungen des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, FamRZ 1988, p. 913-915.

Australia

- Anthony DICKEY, *Family Law*, Sydney, The Law Book Company, 1990.
- Sigrid DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales/Australien*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtwesen, 1989.
- H. A. FINLAY/A. J. BRADBROOK/R. J. BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, 2nd. ed., Sydney, Butterworths, 1993.
- Carol FOREMAN/Stephen O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act New South Wales*, Sydney, Butterworths, 1985.
- Stephen PARKER/Patrick PARKINSON/Juliet BEHRENS, *Australian Family Law in Context. Commentary and Materials*, Sydney, The Law Book Company, 1994.
- Gisela SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien — Unter besonderer Berücksichtigung des De Facto Relationships Act 1984 (New South Wales—, FamRZ 1987, p. 14-23.*
- Sabine VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag für die vermögens- und unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland nach dem Beispiel des De Facto Relationships Act 1984 von Neusudwales/Australien*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.

Canadá

- Nicholas BALA/Marlene CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada: Common Law and Civilian Approaches to Living Together*, 4 Canadian Family Law Quarterly (1989), p. 147-222.
- Mireille D. CASTELLI/Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec. Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, Sante-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993.
- T. W. HAINSWORTH, *Ontario Family Law Act Manual*, 2nd. ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1992.
- Winifred H. HOLLAND, *Cohabitation and Marriage-A Meeting at the Crossroads?*, 7 Canadian Family Law Quarterly (1991), p. 31-58.
- James MACDONALD/Ann WILTON, *The 1995 Annotated Ontario Family Law Act*, Toronto, Carswell, 1994.
- Monique OUELLETTE, *Droit de la Famille*, 2è. ed., Montreal, Themis, 1991.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALONSO LEDESMA, Carmen: «La exclusión del derecho de suscripción preferente en Sociedades Anónimas», McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 127.

La vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1989, acorde con la derogada Ley de 1951, establece que la acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye, entre otros, el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones (art. 48 LSA). Por su parte, el art. 158 LSA reconoce este derecho en los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, a los antiguos accionistas y a los titulares de obligaciones convertibles.

Pero tal derecho de suscripción preferente no tiene un carácter absoluto, pues la propia Ley dispone que la junta general, al decidir el aumento del capital, «podrá» acordar la supresión total o parcial del indicado derecho, en los casos en que «el interés de la sociedad» así lo exija (art. 159.1 LSA). Además se recogen en el mismo precepto los supuestos en los que no habrá lugar al referido derecho (cuando el aumento del capital se deba a la conversión de obligaciones en acciones o cuando se deba a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad).

Pues bien, como indica la propia autora en la Introducción, en la presente obra (que se estructura en dos capítulos, publicados separadamente en dos libros-homenaje) no se trata de examinar, con carácter exhaustivo todos los aspectos de la figura de la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital de la sociedad anónima, sino que los asuntos fundamentales que se abordan se pueden concretar, en esencia, en el estudio de la cláusula del interés social como presupuesto habilitante de la supresión del referido derecho, de su modo de formalización en el acuerdo de la junta, de los supuestos de exclusión previstos en el art. 159.2 LSA, y de la supresión del derecho en la emisión de obligaciones convertibles.

Ciertamente, constituye una de las novedades más destacables de la nueva Ley, la competencia de la junta que decide el aumento del capital para excluir el derecho de suscripción preferente, con lo que se atenúa el rigor de la derogada Ley (ampliamente criticado por la doctrina), ajustándose nuestra legislación a las Directivas comunitarias sobre la materia (si bien es de destacar que nuestro legislador, sin alterar básicamente el espíritu del art. 29 de la 2.^a Directiva, ha exigido mayores requisitos para que pueda excluirse el derecho de suscripción preferente, en garantía de los derechos de los accionistas).

Tal facultad ha de calificarse de excepcional, y debe ser sometida a requisitos más o menos rigurosos al objeto de evitar arbitrarias decisiones de la mayoría en perjuicio de la minoría, pues no cabe duda que la supresión del derecho de suscripción preferente posibilita la alteración del nivel relativo de la participación social de los socios y de las legítimas expectativas de los obligacionistas convertibles.

Ahora bien, nuestro legislador realiza un llamamiento expreso al «interés de la sociedad» como causa determinante que permite la exclusión del derecho de suscripción preferente. Así, sólo cuando el interés de la sociedad lo exija, podrán sacrificarse los intereses individuales de los antiguos socios o de los titulares de obligaciones convertibles a no ver alterada su posición en la sociedad. Como dice la autora, ante la contraposición de dos intereses legítimos, el de los antiguos socios y los titulares de obligaciones convertibles a recibir las acciones de nueva emisión en proporción a las ya poseídas o a las que les corresponderían en el caso de ejercitar en ese momento la facultad de conversión, y el de la sociedad a realizar determinadas operaciones de aumento de capital ofreciendo las nuevas acciones a sujetos diversos de las anteriores, la Ley permite que pueda prevalecer este último sólo si efectivamente tal interés existe y en una determinada relación de causalidad con la supresión del derecho.

No obstante, plantea un pocas dudas la genérica expresión «interés social» que permite la supresión del derecho de suscripción preferente, semejantes a las que plantea el art. 2441.5 del Código civil italiano, precepto que, como apunta la autora, parece haber inspirado el art. 159.1 LSA, dada la coincidencia literal de ambos preceptos. Nuestro legislador, en la noción del interés social, parte de una línea contractualista, ya que en la Ley no se consagra, de modo general, la prevalencia de un interés social superior al interés común de los socios, y por exigencias de nuestro orden constitucional económico. Por otra parte no es posible determinar *a priori*, el contenido del interés social: sólo puede concretarse caso por caso.

La junta goza de discrecionalidad para suprimir o no este derecho, pero siempre sometida esa discrecionalidad a la existencia de un interés social, que es el presupuesto material u objetivo sobre el que descansa la facultad otorgada a la junta. El art. 159.1 LSA es una norma habilitante mediante la cual se atribuye una competencia facultativa sometida a condición. Permite que la competencia, aun dándose la condición, no se ejercite; pero obliga a que, si se quiere ejercitar, sólo pueda hacerse cuando se verifica el presupuesto de hecho habilitante previsto por la propia norma. De esto se deriva que, si no existe el interés social que exige la norma, y la junta acuerda la exclusión del derecho de suscripción preferente, los accionistas disidentes puedan impugnar el acuerdo; pero carecería de viabilidad el caso contrario, es decir, una posible impugnación porque, a pesar de concurrir el interés social, la junta no haya excluido el derecho de suscripción preferente.

La *ratio* de la norma radica en posibilitar que la sociedad pueda realizar determinadas operaciones de aumento de capital que en un determinado momento sean precisas, pero que sólo pueden llevarse a cabo si no opera, total o parcialmente, el derecho de suscripción preferente. No obstante, la ley, en protección de los legítimos intereses de los titulares del derecho, requiere, para que pueda llevarse a cabo esa supresión, que el interés social efectivamente lo exija. El nexo causal que debe mediar entre el interés social y la supresión del derecho, es de necesidad, en el sentido de que sólo a través de la supresión se puede realizar ese interés, es decir, la consecución del interés implica *necesariamente* la exclusión. Pero no cabe suprimirlo por razones de mera conveniencia u oportunidad.

Uno de los problemas más graves que se pueden plantear es el ámbito del control judicial sobre el acuerdo. Es decir, hasta qué punto puede el juez, si se impugna el acuerdo, constatar la existencia o no del interés social, y comprobar si tal

interés exige la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, sin que ello suponga una invasión del ámbito de decisión propio de la junta, llegando la autora en este punto a unas muy interesantes conclusiones.

En la segunda parte de la obra, y tras un detenido estudio del art. 159.1.b) LSA (es decir, los presupuestos formales a los que la ley somete la válida exclusión del derecho de suscripción preferente), se estudia el órgano competente para adoptar el acuerdo (únicamente puede serlo la junta), los casos de exclusión *ex-lege* del art. 159.2 LSA, y la exclusión del derecho de suscripción preferente establecida en el art. 10.6 del Real Decreto 1197/91, sobre OPAs (donde la autora plantea su posible ilicitud, entre otras razones, por el principio de jerarquía normativa, al suponer una modificación de la LSA de 1989; para encontrarle un apoyo legal acude la autora a la Ley del Mercado de Valores, entendiendo que no es el Decreto el que modifica la Ley de Sociedades Anónimas, sino la Ley del Mercado de Valores es la que realiza tal modificación). Concluye la obra con la supresión del derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles.

En definitiva, se trata de una interesante obra, que combina una especial claridad en el lenguaje con el rigor propio de una seria investigación.

JUAN POZO VILCHES

JESTAZ, Philippe: «Le Droit», 2.^a édition, *Connaissance du Droit*, Editions Dalloz, 1992.

La amabilidad del profesor Philippe Jestaz al dedicarme un ejemplar de la 2.^a edición de su estudio sobre «El Derecho» complace la atención con que he leído este trabajo. En la nota editorial del libro, tan breve como claro y sugerente, se anuncia el propósito del autor, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de París XII, y Director de la Revue Trimestrielle de Droit Civil, de destinarse a todos aquellos que deseen obtener un conocimiento global y explicativo de los avances del pensamiento jurídico más reciente. No deja de ser atrayente tal invitación, aparte la estima personal.

El profesor Jestaz distribuye la materia en torno a la pregunta fundamental ¿qué es el Derecho?, en siete capítulos (en conjunto ocupan la extensión de 123 páginas, incluido el índice alfabético). Dedicamos los primeros capítulos al análisis de los elementos de una definición: unos elementos que llama indispensables y otros «cuasi indispensables», para, ahondando en ellos, adentrarse en el orden jurídico, contenido y límites. Los últimos capítulos versan sobre la técnica del Derecho, los métodos y los objetivos en la búsqueda de explicaciones y soluciones, en las hipótesis en derecho; deja al lector la conclusión personal en torno a los juicios de hecho y de valor; *en y sobre el Derecho* (el Derecho mismo sometido a juicio).

Es, por tanto, mérito indudable del autor expresar la opinión en una breve exposición clara, fina, con humor, perspicaz, de una materia abarcante nada menos que la individualización de lo jurídico: las fronteras entre el derecho y el «no derecho»; los confines entre el Derecho y otros sistemas, densos y difusos; entre ellos la ética social y la ideología.

Con la perspectiva de los elementos *a priori* indispensables para definir el Derecho analiza tres aspectos del orden jurídico: una forma de poder social; fundada en el acuerdo de no recurrir a la fuerza pura; y erigido en

sistema (1). El Derecho como forma de poder social se distingue de otros poderes sociales por la originalidad del poder jurídico: el modo de organizar el funcionamiento de la sociedad civil y la manera de proceder, sin poner el acento en las conductas sino en las vías de Derecho: delimita, atribuye, organiza las reglas. El aparato judicial especifica el orden jurídico respecto de otros sistemas «densos»: político, política jurídica, y «difusos», la moral, la ideología de dicha fuerza socialmente canalizada a comunicación se produce a través de un fenómeno lingüístico: el lenguaje abstracto de la norma, concreto de la decisión, conciso de las reglas, el debate judicial (2); y una referencia moral, ya que la idea de lo justo es un hecho científicamente observable.

Todo Derecho es un sistema, compacto de reglas e instituciones, imbricado con otros sistemas sociales, es decir, un conjunto de elementos interactivos, coherentes.

1.— En realidad este sumario enlaza la idea fundamental con otras parciales, expuestas cada una de ellas ordenadamente según su relación lógica como corresponde al carácter sistemático del Derecho: todo derecho, dice, es un sistema con organización, contenido, técnica, efectos propios.

La idea fundamental descansa en la configuración del Derecho como forma de poder social, que se refleja en los objetivos y procedimiento lo que requiere encontrar la razón última en un acuerdo con las consecuencias de la fuerza inherente a la obligación jurídica, al deber. Esto exige unas manifestaciones externas: el fenómeno lingüístico, la instancia oficial que la recibe, y la referencia interna a una razón —referencia moral— que legitima el desenvolvimiento de lo jurídico.

Emplazado ya el Derecho en su sistema específico se ocupa del orden jurídico; en la vertiente externa, de organización, ordenamiento, e interna, donde se ubican el contenido y efectos propios.

Identificado el derecho puede volver otra vez, sobre el tema: ese derecho que es, cómo se valora; en definitiva, el juicio sobre el Derecho mismo.

No resulta hoy tarea sencilla presentar un diseño abarcante de los elementos de esa «forma de poder social» que caracterizan un sistema de Derecho, aquellos rasgos específicos que permiten distinguirlo de otros sistemas sociales, no tanto porque sea el de Derecho un término indefinible ¡que es el Derecho! sino porque su ámbito se mueve en un contexto de elementos irreductibles a un especial vocabulario. El sentido de los términos orden jurídico, contenido y límites, técnica y jurídica, ciencia jurídica, métodos y objetivos, no agotan la comprensión cabal del Derecho, aunque éstos sean los aspectos más salientes de toda concepción del Derecho.

(1) El Estado de derecho en un cierto grupo social implica que los miembros de éste grupo renuncian a la fuerza para regular sus diferencias. Aceptan en principio la aplicación del derecho, lo que no quiere decir que tienen todas las reglas por justas, ni que renuncian a cambiar el sistema. En su lugar los sujetos de derecho luchan con sus palabras (fenómeno lingüístico), en una instancia oficial y con una sentencia moral: el derecho es inseparable de la justicia.

(2) Las palabras de derecho no sirven para describir sino para hacer, deducir consecuencias particulares, pág. 81.

Con mayor motivo resulta difícil enjuiciar el Derecho ya que todo juicio lleva consigo la identidad, al menos formal, de la causa sujeta a la decisión.

Más difícil todavía tratar de estas cuestiones con claridad y brevemente, que no impide la visión de la realidad como tal realidad y como se representa al jurista: en la expresión del autor, sin resucitar la «quimera racionalista», que sería una insuficiencia del sentido histórico como lo fuera la pretendida universalidad *a priori* de los derechos del hombre o la omnipotencia del consensualismo.

2.— Entre los elementos «cuasi indispensables» figuran el juez, que *dice* el derecho, con deber de independencia, y la regla; ésta cuenta con dos elementos simples: el supuesto y la imputación de una consecuencia. Analiza el autor la estructura, fuentes, los destinatarios de la regla y la «constrainte», medidas coercitivas para reforzar la aplicación que no siempre son necesarias, para obligar a los particulares a respetar el Derecho.

Con estos presupuestos, que resumen el primer capítulo, define el derecho como forma de poder social erigido en sistema, que repudia la fuerza pura y la reemplaza, en el seno de una instancia oficial, por el discurso al sentido lingüístico del término así como por la referencia a la idea de justicia: éste poder supone ordinariamente la institución del juez, la formulación de las reglas y la utilización de una forma socialmente canalizada.

Es preciso distinguir el sistema de derecho de otros vecinos: sistemas sociales, sistema político. No es fácil discernir poder jurídico y político en razón de sus implicaciones. Aún las instituciones específicamente jurídicas son a la vez políticas y económicas. La democracia consiste en encerrar el poder político en los límites del Derecho; pero no en límites muy estrechos, que llevarían al gobierno de los jueces. (Pág. 29).

Las costumbres en todo caso las extrajurídicas (relación entre costumbre-derecho), completan el derecho o le corrigen, se inspiran en él o le inspiran, le preceden o siguen; las *bonnes moeurs* dejan entrever una connotación moral.

Las costumbres garantizan la efectividad de la Ley, como prueba la aplicación espontánea; una ley es más respetada como costumbre. (3) (*iquid leges sine moribus?*). La frontera entre Derecho y costumbre varía según las sociedades y las épocas.

La interacción entre política, costumbres, moral y derecho reaparece en las disposiciones injustas: la idea de lo justo es un hecho jurídicamente observable, y se demuestra la injusticia en los casos particulares. La solución jurídica injusta corresponde a una insuficiente moralización del derecho.

El Derecho con relación a otros sistemas difusos se refleja también en la ideología. Pero ésta tiende a desarrollar sistemas totalizantes. Las relaciones

(3) La costumbre es el mejor intérprete de las Leyes. Una regla consuetudinaria se respeta como tal sin intervención de los tribunales o muy esporádica de aplicación casi espontánea.

entre derecho-política, costumbres, moral, componen la base argumental del capítulo 2.^o («Droit et autres systemes sociaux»).

En el marco del contenido del Derecho se inscribe la perspectiva jurídica del libro, para dar una razón convincente de la simpleza de los intentos racionalistas que eluden lo que se puede ver de otra manera; los sistemas de Derecho en los grandes sistemas contemporáneos, familias jurídicas, y los particularismos; el libro se detiene en los arquetipos, nociones primordiales, lenguaje común en torno a la persona y familia, contrato y propiedad.

La vida jurídica y el «no derecho», como el aquende y el allende, son el sector de la vida social donde el derecho se aplica o no penetra.

Familia y domicilio cubren en buena parte espacios de «no derecho», pero hay otros campos como los regidos por las costumbres y situaciones de *amicitia* (4).

Entre los instrumentos de la técnica jurídica —capítulo 5— estudia el profesor Jestaz el lenguaje jurídico: las palabras de Derecho; el carácter funcional de los conceptos jurídicos y el razonamiento jurídico, con referencia a la lógica funcional y formal y los tipos de razonamiento; las construcciones jurídicas, con especial atención a las teorías y ficciones.

Las construcciones jurídicas se asientan en las teorías, ficciones y presunciones. La ficción es una variante de teoría que reposa una denegación deliberada de la realidad. La ficción más típica puede ser la retroactividad, que consiste en remontar el tiempo, lo que sólo es posible en el pensamiento.

Entre las misiones de la técnica jurídica, expuestas en el cap. 6, figuran estructurar la realidad social, racionalizar el sistema jurídico y adaptarlo a las necesidades; la estructuración procede por calificación: poner etiqueta a los hombres, a los actos y a las cosas; corresponde a la racionalización resolver las inevitables contradicciones del sistema, y a la adaptación aplicarla a las realidades nuevas. Entre todas ellas, la misión principal es traducir los hechos en lenguaje jurídico, al servicio de los fines que le asigna el poder social.

También tienen los recursos técnicos «efectos perversos», tales como la deformación, la ocultación y la rigidez, teorías inadaptadas, conceptos oscuros, ficciones inútiles.

La búsqueda de metodos y objetivos enlaza con el carácter científico del Derecho. Con relación al método, rechaza el idealismo —la «quimera racionalista»— y se centra en un método fundado en la observación del fenómeno social y el análisis del derecho como realidad propia. La elaboración de las soluciones jurídicas supone el conocimiento de los hechos. El Derecho es una realidad propia que permite con su conocimiento encontrar una buena solución de justicia, a la vez coherente y escrupulosa.

(4) El «no derecho» se caracteriza por las actividades que no son conformes, ni contrarias al derecho, sino exteriores a él. Y si el poder jurídico no interviene es porque estas actividades no presentan peligro social, p. 75. Si el derecho penetrara en todo el sistema vendría totalitario: la salud de una sociedad postula una dosis juiciosa de no derecho.

La hipótesis entre los objetivos de la ciencia del derecho toma la forma inicial de explicaciones y soluciones, en suma, las teorías, que son necesarias para comprender la innovación y hacer de ellas una juiciosa aplicación.

El quehacer del jurista consiste en encontrar soluciones para paliar el silencio, oscuridad e inadaptación de la ley. (5)

Entre las hipótesis «desafortunadas» sobre el Derecho, reprueba el determinismo: entender el Derecho es producto resultado de diferentes fuerzas sociales: antes bien la fuerza obligatoria se apoya en la fuerza de las cosas; y en la correlación entre sistema socio-económico y sistema jurídico: incluso la rutina, la inercia, el conformismo aseguran la supervivencia de ciertas reglas.

Finalmente, el capítulo 7 vuelve otra vez al tema para la conclusión sobre el juicio de hecho —el objeto observado—, y juicio de valor —crítica o elogio—, la respuesta a las preguntas fundamentales ¿existe el derecho? ¿qué es el derecho? ¿valor supremo o mal necesario? ¿instrumento favorable? ¿desfavorable?

La verdadera cuestión es saber si es mejor el Derecho que la ausencia de Derecho. Se puede formular como pregunta y dejar a cada uno libre en la respuesta.

Las concepciones del Derecho oscilan, desde un punto de vista global, entre si es un valor supremo o mal necesario. En definitiva, las relaciones entre contenido y forma.

El contenido —la justicia espontánea— y forma: una forma sin contenido no asegura la justicia, pero ésta no se reduce a «reglamentación»: la multiplicidad de soluciones se detalle.

La claridad es pensar con acierto, cosa que el profesor Jestaz logra en todo momento presentando la interacción de los distintos y opuestos: la vida social y la vida jurídica; política y derecho; moral y derecho; política y costumbres; moral e ideología (p. 36); sistemas jurídicos y sistemas sociales (p. 25); reglas que tienen y que no tienen carácter jurídico (p. 19).

Esta vía de análisis permite la delimitación del orden jurídico a partir de la estructura social, que enriquece la perspectiva estatalista del Derecho pero con merma de su exclusiva primacía: el Estado abierto a otros órdenes pre-nacionales y transnacionales, lo que incide en la cabal comprensión del «cuerpo jurídico», donde encuentran su lugar las fuentes: ley, costumbre, y sus complementos, modalidades intermedias: jurisprudencia, doctrina. (6)

(5) El arte del jurista se plasma en encontrar criterios, clasificar soluciones, descubrir las contradicciones del sistema. (Pág. 87).

(6) El Estado no es necesariamente el autor de todo el Derecho que se aplica; los Estados son más o menos «importadores» de Derecho. Los grandes feudatarios de nuestro tiempo, bancos, sindicatos, grupos de sociedades se dotan de un poder disciplinario.

En definitiva, este libro ayuda a entender al *jurista* la razón del *déclin du droit*, pero, sobre todo, apunta la dirección que debe tomar *le progrès du droit*, al menos guía el itinerario que sigue en la actualidad.

Salpimentan la exposición las instituciones civiles: contrato, propiedad, familia, herencia, con su particular reflejo en las costumbres, economía, jurisprudencia, lo que denota la especialidad del autor.

Este no es sin embargo un libro sobre materias propias de Derecho Civil, ni por su cometido ni por sus observaciones, que encaminan también otros campos: la crítica de encerrar el poder político en límites jurídicos muy estrechos; la politización de la justicia preludio de la politización del Derecho; no sacrificar la justicia a la eficacia; el juicio desfavorable a los sistemas jurídicos que erigen en principio de legislación la sumisión total a una ideología, sistema que deviene entonces oficial; la aculturación jurídica y el abandono de la ilusión de un modelo universal.

JOSÉ ANTONIO DORAL

Catedrático de Derecho Civil

HUCHA CELADOR, Fernando de la: «Introducción al régimen jurídico de las Haciendas forales», Ed. Cívitas/La Caixa, Madrid, 1995, págs. 147.

1. Abordar el estudio de los ordenamientos forales encierra el peligro de caer en posiciones sentimentales y condicionamientos políticos dejando en un segundo plano los aspectos jurídicos. No se ha incurrido en estos errores en la obra que comentamos. El autor se enfrenta con impecable técnica jurídica al intrincado, en ocasiones por desconocido, sistema tributario de Alava, Guipúzcoa, Vizcaya y de Navarra. Partiendo de la Constitución de 1978, el Estatuto de Autonomía del País Vasco y la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, esta monografía intenta explicar los principios básicos del régimen tributario específico de los territorios forales, deducibles del Concierto vasco de 1981 y del Convenio navarro de 1990. La novedad y el interés dogmático de la obra, no sólo para el tributarista sino también para el iusprivatista, reside en que el análisis se centra no en las cuestiones en torno al cupo a pagar al Estado por las Comunidades Forales —como es común entre los trabajos doctrinales que tratan el tema— sino en los criterios de armonización entre el régimen común y el foral. Criterios que el legislador extrae, en numerosas ocasiones, de instituciones jurídico privadas forales.

2. El trabajo se estructura en tres capítulos. En el primero —«La posición de las Haciendas Forales en el sistema constitucional»— el autor sienta las bases sobre las que se desarrolla el estudio. Parte, para ello, del reconocimiento constitucional de los derechos históricos y establece las diferencias jurídicas existentes entre los regímenes del País Vasco y Navarra que justifican su análisis por separado en los dos siguientes capítulos.

Visto el sencillo esquema de la obra, analizamos el contenido de la misma destacando y contrastando alguna de las opiniones del autor.

3. Al contrario que en la Constitución de 1931 en la que la autonomía regional se concede abstractamente «en la medida de su capacidad jurídica», la Constitución de 1978 directa y explícitamente «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» y secunda su actualización (Disposición Adicional Primera). De este modo, la validez y vigencia de los derechos históricos no deriva de su legitimidad histórica, sino de su reconocimiento y amparo constitucional. Partiendo de estas premisas Fernando de la Hucha, señala los dos presupuestos previos indispensables para acometer el tema principal: (1) La identificación actual de los territorios forales y (2) la inclusión de la potestad tributaria dentro de los derechos históricos de éstos.

(1) Con respecto al primer presupuesto hay que señalar que los territorios forales son fácilmente identificables: son los integrados por las provincias de Navarra, Alava, Guipúzcoa, Vizcaya. Sin embargo, mientras que la provincia de Navarra es a su vez Comunidad Autónoma, los otros tres territorios optaron por constituir la Comunidad Autónoma del País Vasco. Por ello, la Comunidad Autónoma del País Vasco no es propiamente una Comunidad foral sino una Comunidad de territorios forales. He aquí la primera de las divergencias que aboca a un examen diferenciado de tales territorios. Esta circunstancia es fundamental desde el punto de vista de la potestad tributaria por varios órdenes de consideraciones. En *primer* lugar, porque el derecho histórico que comporta el sistema de Concierto Económico del País Vasco lo es de los Territorios Históricos, no de la Comunidad Autónoma. En *segundo* lugar, porque el art. 41 de su Estatuto de Autonomía establece una armonización con el Estado y, además, una coordinación y armonización internas siguiendo las pautas que fija el Parlamento Vasco. He aquí la segunda de las diferencias que justifica su estudio por separado. Por último, en *tercer* lugar, porque el ejercicio de la potestad tributaria se materializa a través de normas que no son leyes desde el punto de vista formal dado que la CE no reconoce potestad legislativa a entidades que tienen naturaleza provincial (tercer elemento que justifica el estudio en capítulos distintos).

(2) El segundo presupuesto imprescindible para el posterior desarrollo del tema es la inclusión de la potestad tributaria dentro de los derechos históricos de los territorios forales. Frente a lo que sucede en el ámbito civil en que hay una explícita referencia a los derechos forales como históricos (art. 149.1.8), en el ámbito tributario ha de deducirse de la realidad jurídica histórica y el velado, pero indubitado, reconocimiento constitucional. En efecto, como señala el autor del libro que recensamos, la potestad tributaria como derecho histórico se extrae de la continuidad histórica del régimen fiscal de Convenios y Conciertos Económicos en Navarra y Alava. En el caso de los territorios históricos Guipúzcoa y Vizcaya se infiere de la Disposición Derogatoria Segunda de la CE a través de la cual se restablece el régimen tributario de estas provincias suprimido por el Decreto-Ley de 23 de julio de 1937.

4. El segundo capítulo comienza con una breve introducción en la que se apuntan las limitaciones a que está sometido el régimen fiscal navarro y las peculiaridades del Convenio Económico. Hay que destacar por su importancia el hecho de que el Convenio Económico se articula jurídicamente a través de una ley estatal. No obstante, es una ley «paccionada»: Las negociaciones se realizan entre el Ejecutivo estatal y el Ejecutivo foral y posteriormente se ratifican los acuerdos por los Parlamentos correspondientes siguiendo para la promulgación de la ley un procedimiento especial. Después del breve preámbulo el autor entra de lleno en el análisis de los criterios de armonización de

la Hacienda foral de Navarra. Los divide en criterios generales (art. 7 del Convenio) y los específicos de cada uno de los tributos respecto de los que la Comunidad Foral de Navarra ostenta potestad normativa (arts. 8 a 45 del Convenio). A su vez los criterios generales los subdivide en auténticos criterios armonizadores (art. 7.1) —adecuación a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos, presión fiscal global no inferior a la del resto del Estado, respeto a la libertad de circulación de personas, bienes, capitales y servicios e igual clasificación de actividades industriales, comerciales etc.— y criterio general de sujeción al poder tributario navarro (art. 7.2) —el domicilio fiscal. Determinado de este modo el marco de la investigación, de la Hucha analiza uno tras otro los criterios de armonización, comenzando por los generales y siguiendo con los específicos, si bien dedicando mayor número de páginas a aquellos criterios que presentan mayores problemas. Como es obvio no es éste el lugar adecuado para hacer un comentario de todos los criterios de armonización. Lo que sí creemos que puede resultar ilustrativo es hacer mención al tratamiento que el autor otorga a alguno de ellos. En concreto al domicilio fiscal y la residencia habitual como criterios básicos de sujeción a la Hacienda navarra en los impuestos directos a los que dedica el autor mayor atención.

El domicilio fiscal y la residencia habitual, como criterio de determinación de aquél para las personas físicas, son criterios de armonización tanto generales como específicos. El concepto de domicilio fiscal que se contiene en el artículo 7.2 del Convenio es general porque es aplicable a todos los tributos en los que se utiliza como criterio de sujeción a la Hacienda foral navarra, tanto para las personas físicas como para las jurídicas y tanto para la determinación de la ley aplicable como en el procedimiento de gestión tributaria. Por su parte, la residencia habitual es un criterio de armonización específico de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, y por remisión a aquél, del Impuesto sobre el Patrimonio y sobre las Sucesiones y Donaciones. Este criterio encierra una doble problemática. Por un lado, plantea problemas de deslocalización de contribuyentes porque en el IRPF navarro los tipos de gravamen son más bajos que los del territorio común y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones están exentas las transmisiones *mortis causa* de padres a hijos —exención que puede justificarse por el régimen foral sucesorio navarro—. Estas circunstancias favorecen que los contribuyentes establezcan residencias ficticias en Navarra para gozar de los beneficios fiscales que se generan. Por otro lado, la residencia habitual plantea problemas de constitucionalidad porque la sujeción al ordenamiento navarro se produce si es el cónyuge varón el que posee la residencia en dicho territorio en los supuestos de unidades familiares que opten por tributación conjunta en el Impuesto sobre la Renta. Desde el punto de vista del autor todos estos problemas se solucionan no por medio de la activación de mecanismos procesales por parte del Estado, porque estos criterios de armonización están recogidos en la propia ley —estatal— del Convenio, sino por la modificación del mismo.

5. El tercer capítulo analiza los criterios de armonización de las Haciendas forales del País Vasco. En la introducción se vuelve a abordar el trascendental tema de la naturaleza reglamentaria de las normas emanadas de los órganos de los Territorios Históricos, esta vez con mucha mayor profusión. Parece claro que la Disposición Adicional Primera CE que reconoce los derechos históricos de los Territorios Forales vascos ha de ser interpretada de tal

manera que no produzca una quiebra del sistema de fuentes en el ordenamiento (SSTC 123/84, 94/85), especialmente, como indica el autor, en el régimen infracciones y sanciones tributarias. Por ello, la solución se encontraría en interpretar la jerarquía normativa que se establece en el 31.3 CE desde una perspectiva material y no formal, como apunta el prologoista de la obra (Ramallo Massanet) y como puede desprenderse de la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional en el tema de las competencias autonómicas en derecho privado (SSTC de 5 de noviembre de 1981, 8/1982, 35/1982, 39/1982 ó 58/1982). En consecuencia, las normas reglamentarias emanadas por los Territorios Históricos vascos habrían de ser consideradas «disposiciones normativas con fuerza de ley» del artículo 161.a) CE, con todas las consecuencias que derivan de ello, sobre todo, desde el punto de vista impugnatorio. Entendemos, por tanto, que en este marco se plantean dos tipos de relaciones: a) las existentes entre la Ley del Concierto Económico y los «reglamentos» emanados de los Territorios Históricos y b) las que surgen entre los «reglamentos» entre sí. La primera relación descrita es de competencia, esto es, el Concierto y los «reglamentos» de los Territorios Históricos se tienen que ceñir a los márgenes materiales que les corresponde a cada uno, armonizar a uno y regular los tributos a otros. Por tanto, estos reglamentos son invulnerables a la Ley, estatal y autonómica (art. 25.1, *in fine*, del Estatuto) si ésta invade la materia que le corresponde a aquéllos y viceversa. La segunda relación, la de los «reglamentos» entre sí es puramente de jerarquía. Efectivamente, las normas jurídicas de los Territorios Históricos se ordenan con arreglo con la jerarquía propia del órgano que las produce: 1) Normas Forales de las Juntas Generales y Decretos Forales Normativos —éstas serían las «disposiciones normativas con fuerza de ley»—; 2) Decretos Forales de la Diputación; 3) Decretos Forales del diputado general; y 4) Ordenes Forales de los diputados titulares de los Departamentos.

Después de la introducción se inicia el estudio de los criterios de armonización siguiendo el mismo esquema que en el capítulo anterior. Un elemento distintivo del Concierto Económico es que en él existen criterios generales armonizadores *ad extra*, esto es, de los territorios históricos con el Estado (art. 3 del Concierto) y criterios generales armonizadores *ad intra*, de las tres Haciendas forales del País Vasco entre sí (art. 4 del Concierto). Los primeros son los mismos que existen en el Convenio Económico con Navarra. Los segundos, dada su especificidad requieren una mayor atención del autor, resaltando el carácter amplio, incluso en ocasiones ambiguo, de los términos en que se formulan. Con respecto a los criterios de armonización específicos, hay que destacar que tras la reforma del Concierto Económico operada en 1990, coincidiendo con la modificación del Convenio de Navarra, se homogeneizaron en gran medida los criterios de armonización de ambos regímenes tributarios. De ahí que el autor, para evitar reiteraciones innecesarias, realice continuas remisiones al capítulo segundo.

6. Como conclusión podemos afirmar que el trabajo del Catedrático de la Universidad Pública de Navarra Fernando de la Hucha es sugestivo y sugerente, imprescindible para iniciarse en el sistema tributario foral tanto para el teórico como para el práctico del derecho. Es de lectura fácil y la sencillez de la exposición no implica en absoluto ligereza en el trato de los temas. Sin embargo, el carácter introductorio de la obra hace que se

apunten los problemas que plantean los criterios de armonización aunque no se estudien todas las posibles soluciones. Pese a ello, es una obra necesaria que viene a cubrir una laguna en el ámbito de los estudios de los ordenamientos tributarios forales.

SUSANA BOKOBO MOICHE
Universidad Autónoma de Madrid

LASO MARTÍNEZ, José Luis y LASO BAEZA, Vicente: «El aprovechamiento urbanístico», Centro de Estudios Registrales de Cataluña y Marcial Pons S.A., Madrid, 1995, págs. 433.

Para comenzar el comentario de la obra objeto de presentación, de la cual es coautor una persona tan acreditada por su conocimiento del Derecho Urbanístico como Jose Luis Laso Martínez, y antes de adentrarnos en la glosa de su concreto contenido, hemos de destacar el hecho de que nos encontramos ante un manual dedicado al análisis de distintos aspectos relacionados con la gestión urbanística, en el panorama normativo derivado de la promulgación de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y de su correlato, el Texto Refundido de 1992; esta consideración preliminar nos parece importante porque el título del trabajo presentado parece sugerir la idea de que se trata de una monografía dedicada al análisis de la naturaleza y caracteres del aprovechamiento urbanístico como categoría jurídica, cuando en realidad, y como enseguida podremos comprobar, se ocupa de un conjunto de materias que sólo pueden agruparse en torno a un concepto mucho más amplio que el mencionado.

Una vez aclarado este aspecto, y continuando con las consideraciones generales, parece obligado aludir al valor que la obra tiene en tanto aportación autorizada al estudio de una materia tan singularmente necesitada de atención doctrinal, pese a su importancia y relación con la satisfacción de necesidades primarias del ser humano, como es el Derecho Urbanístico. En este sentido hemos de destacar que el trabajo objeto de presentación recopila las opiniones doctrinales manifestadas en relación con las materias abordadas, plantea algunos de los problemas que de la aplicación del nuevo régimen urbanístico pueden derivarse, y apunta las soluciones que, a juicio de los autores, se muestran más adecuadas para su tratamiento, pareciendo claro que nada más cabe exigir en la actual fase de aplicación del Texto Refundido de 1992 y ante la carencia de una casuística que haya podido ser objeto de la debida atención jurisprudencial.

Pasando ya al contenido concreto de la obra presentada, hay que señalar que se encuentra sistematizada en 19 capítulos, cuya autoría se distribuyen Laso Martínez y Laso Baeza, y a través de los cuales se procede al tratamiento de las siguientes materias:

— El capítulo I, rubricado por Laso Martínez, aborda el estudio del aprovechamiento urbanístico en el marco de la Ley 8/1990 y su Texto Refundido, refiriéndose a los diversos sentidos del término, a las diversas variedades de aprovechamientos contemplados en los referidos textos legales y a la

condición jurídica del aprovechamiento urbanístico. Quizá sea debido a las expectativas que el título de la obra sugiere y a la rapidez con que se solventa el problema relativo a la condición jurídica del aprovechamiento urbanístico, remitiéndose el autor a las consideraciones hechas en otro lugar, pero lo cierto es que este capítulo resulta algo decepcionante; además el capítulo comienza por poner de manifiesto la diversidad que el concepto «aprovechamiento urbanístico», adquiere en el nuevo régimen legal (donde se alude al aprovechamiento urbanístico apropiable, tipo, patrimonializable, etc.), y, sin embargo, luego habla de la condición jurídica del aprovechamiento como si esa diversidad no hubiera de tener reflejo alguno en relación con la misma, atribuyendo al derecho al aprovechamiento urbanístico el carácter de derecho real inmobiliario sin mayores precisiones.

En nuestra opinión la materia necesitaría de más extenso desarrollo habida cuenta de que es posible que el vocablo «aprovechamiento urbanístico», sin mayores precisiones, no tenga en el marco del Texto Refundido de 1992 más entidad que el litro, el metro, el gramo o la peseta, en tanto unidad de medida convencional de muy diversas situaciones y derechos que solamente aparecerán delineados cuando precisemos si el aprovechamiento es materializable, es un exceso de aprovechamiento apropiable sobre el materializable, o es el atribuido al que fuera propietario de un terreno objeto de ocupación directa.

No nos parece, siguiendo con esta línea de razonamiento, que pueda asimilarse la situación jurídica de quien es titular de 400 m² de aprovechamiento efectivamente materializable sobre una parcela determinada y concreta de su propiedad, con la del propietario de una parcela inedificable al cual el planeamiento atribuye la titularidad de 400 m² de aprovechamiento en virtud de su condición de propietario, ni que ambas situaciones tengan mucho en común con la del propietario de un suelo dotacional que ha sido objeto de ocupación directa y al cual le correspondieran también 400 m² de aprovechamiento. En el primer caso, el propietario está sometido al derecho-deber de materializar esos 400 m² en su parcela; en el segundo, y según se deduce del artículo 188.1 del Texto Refundido de 1992, el aprovechamiento mencionado (más bien el derecho que el aprovechamiento cuantifica), puede ser objeto de un acuerdo de cesión o distribución con otros propietarios; en el tercero, de acuerdo con el artículo 203.1 del propio Texto Refundido, esos 400 m² estarían cuantificando la situación jurídica de todo propietario de un terreno dotacional objeto de ocupación directa, configurada por «el derecho a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real».

Por lo tanto, y siempre según nuestra opinión, lo mismo que el litro puede ser medida de un derecho real o de un derecho crediticio (yo puedo ser propietario de 100 litros de vino o titular de un crédito para que me los entreguen), pero nunca un derecho en sí mismo ni real ni crediticio, el aprovechamiento urbanístico puede servir para cuantificar una diversa serie de situaciones jurídicas, cuya concreta naturaleza, en cuanto signifique titularidad de derechos, será la que pueda calificarse jurídicamente, pero siempre previo detenido análisis del verdadero ámbito de facultades que confiere a su titular y del modo en que ese titular puede satisfacer el interés subyacente a todo derecho subjetivo.

— El capítulo II, obra de Laso Martínez, se ocupa en especial de aprovechamiento tipo y de su cálculo, tanto en relación con el suelo urbano como con el urbanizable, programado o no, y con el suelo apto para la edificación;

en este capítulo se contienen además unas interesantes consideraciones en relación con el complejo proceso de aplicación del aprovechamiento tipo en los suelos urbanos.

— El capítulo III, firmado por Laso Baeza, se dedica al análisis de las áreas de reparto y, como el propio autor destaca, se propone estudiar la incidencia de la delimitación de áreas de reparto en el efectivo logro de la equidistribución que la Ley persigue. Se analiza así el concepto de área de reparto y las reglas para su delimitación, atendiendo a las peculiaridades planteadas por los municipios en los cuales el nuevo régimen legal no es de aplicación plena y a las planteadas por el suelo urbano.

— El capítulo IV, redactado por Laso Baeza, se ocupa de las unidades de ejecución como ámbitos de gestión urbanística y de la delimitación de estas unidades según las diversas clases de suelo, pero también aborda el espinoso problema planteado por el incremento del grado de discrecionalidad otorgado por el Texto Refundido de 1992 a la Administración para la elección del sistema de actuación, apuntándose una serie de factores que pueden contribuir a atemperar la discrecionalidad administrativa.

— El capítulo V, obra de Laso Martínez, tiene por objeto el estudio de algunos de los aspectos contenidos en la Ley 8/1990 en relación con el tratamiento del suelo destinado por el planeamiento a albergar los llamados sistemas generales, y más concretamente a la evolución seguida por el nuevo régimen legal en relación con la delimitación, obtención y modo de adquisición de estos sistemas, el aprovechamiento que les corresponde y su valoración a efectos expropiatorios.

— El capítulo VI, rubricado por Laso Baeza, se ocupa de las dotaciones locales, comenzando por destacar la diversidad de régimen jurídico existente entre estos suelos dotacionales y los sistemas generales; el factor diferencial entre ambas especies del género común a que pertenecen todos los suelos dotacionales se sitúa, como tradicionalmente venía haciendo la doctrina al caracterizar los sistemas generales, en la extensión del ámbito territorial al que la dotación prevista está llamada a prestar servicio. El autor también destaca la ampliación del deber de cesión impuesto a los propietarios de suelo urbano, que se refiere ahora a cualquier dotación pública y no exclusivamente a los suelos destinados a viales, parques, jardines y centros de EGB que presten servicio al polígono o unidad de actuación, como se establecía en el artículo 83.3 del Texto Refundido de 1976.

Además este capítulo aborda el interesante aspecto de las limitaciones al derecho de reversión de los terrenos expropiados introducidas por el artículo 225.2 del Texto Refundido de 1992, consistentes, como es sabido, en que la reversión no procede cuando el nuevo uso asignado a los terrenos sea también dotacional público o consista en la construcción de viviendas de protección oficial, y tampoco si el uso que motivó la expropiación hubiese sido implantado y mantenido durante el reducido plazo de ocho años. Lamentamos no estar de acuerdo con la opinión del autor según la cual las restricciones a la reversión introducidas por el Texto Refundido de 1992 se refieren expresamente a las actuaciones expropiatorias, y por lo tanto no son extensibles a los suelos obtenidos mediante cesión obligatoria; en este sentido hay que considerar que al fin y al cabo el propio derecho de reversión es una institución contemplada expresamente en relación con la expropiación forzosa (arts. 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa), y que si el mencionado derecho resulta aplicable a las cesiones obligatorias es, precisamente, por la faceta ex-

propiatoria que esas cesiones presentan, y como resultado de la remisión que tradicionalmente se ha venido haciendo a dicha normativa en los preceptos reguladores de la reparcelación, en tanto mecanismo orientado a la obtención de esas cesiones: así se dispone hoy en el artículo 170.2 del Texto Refundido de 1992, donde se dice que «se aplicarán supletoriamente a la reparcelación las normas de la expropiación forzosa», y así se establecía también tradicionalmente en nuestro derecho urbanístico histórico, hasta el punto de que autores de tanto prestigio como GUAITA vinieran a destacar la faceta expropiatoria ínsita en la reparcelación.

— El capítulo VII del Texto Refundido, a cargo de Laso Martínez, se dedica al estudio de la ocupación directa como mecanismo orientado a la obtención de terrenos dotacionales en general, y a la peculiar mecánica registral de esas operaciones (el aprovechamiento correspondiente a la parcela ocupada, por razones que nosotros entendemos de estricta simplificación de la información registral, abre folio en el Registro de la Propiedad), destacando el autor que el precedente inmediato de semejante técnica venía constituido por los artículos 52 y siguientes del RGU. Resulta sumamente interesante la consideración de que la privación de la posesión en la ocupación directa se hace «a cambio» del reconocimiento a su titular del derecho a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real, y la calificación de ese derecho como mero compromiso a la entrega de una prestación futura, lo cual, decimos nosotros, plantea la duda acerca de la indubitada calificación de semejante situación jurídica como derecho real. Sin embargo no compartimos las dudas del autor acerca de la diferencia existente entre el artículo 203.1 y el artículo 52.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, en tanto el primero sólo exige el reconocimiento del derecho del «ocupado» a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento y el segundo impone, además, que en esa unidad de ejecución (el RGU se refería al polígono) se haya iniciado ya el procedimiento de reparcelación o compensación; ambas redacciones son equivalentes, sin más que entender que el derecho del «ocupado» lo es a integrarse en una unidad de ejecución ya delimitada y habida cuenta de que esa delimitación es precisamente el término a partir del cual se entiende iniciado el expediente de reparcelación, salvo que se haya elegido el sistema de expropiación o compensación, en cuyo caso tal elección supondrá también la iniciación del expediente correspondiente (artículo 165 del Texto Refundido de 1992): resulta, en definitiva que la delimitación de la unidad de ejecución presupone la iniciación del procedimiento de reparcelación o compensación, excluyéndose así toda antinomia.

— El capítulo VIII, a cargo de Laso Baeza, se ocupa de las modalidades establecidas por el nuevo régimen urbanístico para la materialización del aprovechamiento urbanístico, diferenciándose entre los supuestos en que ese aprovechamiento va a convertirse en una edificación potencial (materialización física), de aquellos otros en los cuales esa materialización no resulta viable y el aprovechamiento, o parte de él, habrá de satisfacerse bajo la forma de una compensación económica (materialización económica). También se aborda el supuesto de no materialización de todo el aprovechamiento real atribuido por el planeamiento a una parcela, y las medidas establecidas por el Texto Refundido para la evitación de dicha posibilidad (establecimiento de condiciones mínimas de volumen o altura).

— Los capítulos IX y X, cuyo autor es Laso Martínez, se ocupan, respectivamente, de las transferencias de aprovechamientos y de su inscripción

registral, contemplando entre otros aspectos la enumeración de los concretos acuerdos agrupados por el legislador bajo la genérica denominación de transferencias de aprovechamientos, las relaciones entre el Registro Municipal de Transferencias de aprovechamientos creado por la Ley 8/90 y el Registro de la Propiedad, y la suerte que han de correr los derechos reales limitados constituidos sobre las parcelas implicadas en la transferencia del aprovechamiento.

En estos capítulos, y aunque en términos generales la aportación doctrinal puede calificarse como muy valiosa, se deslizan algunas afirmaciones aisladas cuyo alcance sería preciso matizar o que parecen necesitar una argumentación más profunda; así ocurre, por ejemplo, en la página 200, donde se dice que la venta directa de aprovechamientos por la Administración ha de realizarse mediante licitación entre los demandantes y al mejor postor, pese a que el artículo 195 del Texto Refundido de 1992 impone que la Administración transfiera esos aprovechamientos a solicitud de los interesados y «al precio resultante de la aplicación del valor urbanístico regulado en el artículo 53», en las páginas 204-205, donde el autor manifiesta su temor de que la Administración monopolice el mercado de aprovechamientos, dado que en tal caso el propietario que no pudiera disponer de sus aprovechamientos no materializables tampoco podría obtener compensación obligada por la Administración, a pesar de que el artículo 188 impone a esa Administración la expropiación del aprovechamiento susceptible de apropiación no materializable y que no haya sido transferido, o también en la página 210, donde se postula el carácter constitutivo de la inscripción de la transferencia del aprovechamiento en el Registro de la Propiedad, pese a que del artículo 309.3 del Texto Refundido se deduce que dichas operaciones acceden al Registro de la Propiedad mediante nota marginal, y pese a que el propio texto citado señala expresamente que dichas notas «no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiera el título que las originara».

— El capítulo XI, rubricado por Laso Martínez, lleva por título «La patrimonialización del aprovechamiento urbanístico», aún cuando su alcance es más general y se ocupa más bien del proceso escalonado de adquisición de facultades urbanísticas contemplado en la Ley 8/90 y en el Texto Refundido de 1992; destacan en este capítulo las acertadas consideraciones del autor acerca de lo discutible que resulta estimar las previsiones legales como absolutamente novedosas, habida cuenta de los precedentes existentes en la legislación anterior y en la jurisprudencia recaída en torno a la indemnización debida a los propietarios por la modificación sobrevenida del planeamiento; en este sentido, al decir que «Lo que la nueva Ley hace es una aportación efectiva en la cuantificación del incumplimiento de la función social desatendida y en la pretendida aplicación automática de los efectos de la expropiación o venta forzosa», Laso Martínez desvela con absoluta rotundidad el auténtico alcance de la Ley 8/90.

También resultan muy interesantes otros aspectos de este capítulo, tales como la aportación realizada para el esclarecimiento de la cuestión relativa a la patrimonialización de las edificaciones ilícitas, o las consideraciones relativas al interés de la constancia registral de la consolidación del aprovechamiento urbanístico apropiable, afirmando el autor que ese interés consiste en poner de manifiesto «que en la fecha en que se expide la certificación el aprovechamiento a que se refiere estaba consolidado; pero ello no da pie para entender necesariamente que en otro momento determinado tenga que mantenerse

en vigor ni para impedir su modificación, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias reguladas en los artículos 237 y siguientes del TRLS».

— El capítulo XII, a cargo de Laso Martínez, lleva por título «facultades y deberes urbanísticos», y en el mismo se trata de abordar el eterno problema teórico relativo a si en el marco del nuevo régimen legal las facultades urbanísticas son inherentes al dominio o constituyen más bien una atribución del planeamiento. En cuanto al alcance de las facultades o derechos urbanísticos, el autor se orienta por establecer una diferencia entre las meras expectativas o facultades, revocables sin indemnización, y los auténticos derechos, que nacen siempre en virtud de actividades-deberes previos, satisfactoriamente cumplidos.

— El capítulo XIII, obra de Laso Martínez, se dedica al estudio del proceso de urbanización y edificación, refiriéndose los requisitos exigidos por el Texto Refundido para el adecuado ejercicio de las facultades urbanísticas y para la consiguiente adquisición de los correlativos derechos. Especialmente interesantes son las consideraciones relativas al acceso al Registro de la Propiedad de las edificaciones concluidas, mostrándose el autor partidario de restringir la exigencia de acreditación del otorgamiento de licencia y de certificación extendida por técnico competente a las edificaciones verificadas en suelo urbano y urbanizable programado, y entendiendo que tampoco cabe exigir tales requisitos para el acceso al Registro de las edificaciones respecto de las cuales ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística por haber prescrito la infracción cometida, pero señalándose que, en este último caso, será necesario establecer algún tipo de colaboración entre Registro y Ayuntamiento para impedir el fraude.

— El capítulo XIV, a cargo de Laso Martínez, aborda el análisis de la extinción de las facultades dimanantes del cumplimiento del Plan. El autor analiza aquí el interesante aspecto planteado por el alcance de la subrogación del adquirente en la posición jurídica del transmitente de terrenos respecto de los que se ha producido la extinción de facultades urbanísticas, refiriéndose también a la causa, al procedimiento, y a los efectos de la mencionada extinción.

— El capítulo XV, titulado «La sustitución en el cumplimiento de los deberes urbanísticos» y obra de Laso Martínez, plantea la situación generada por la existencia de condominios, dominios desmembrados o condicionados, y dominios gravados con cargas o derechos de adquisición, en relación con la exigencia o incumplimiento de los deberes urbanísticos. Como el propio autor destaca, se intenta responder a los interrogantes que surgirán cuando tales situaciones concurren, y más concretamente a la determinación del sujeto contra el cual ha de dirigirse la Administración para exigir el cumplimiento de los deberes urbanísticos, y a las acciones que competen a los respectivos titulares para subrogarse en el cumplimiento de esos deberes.

— El capítulo XVI, a cargo de Laso Baeza, se ocupa de los supuestos en que, excepcionalmente, el Texto Refundido reconoce derechos indemnizatorios a los particulares, ya sea por la restricción del aprovechamiento urbanístico derivada de una alteración del planeamiento, o como consecuencia de una concreta determinación de ese planeamiento (vinculación singular).

— El capítulo XVII, rubricado por Laso Baeza, lleva por título «Las reservas de terrenos para la constitución o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo», y hace referencia a la evolución histórica de las mencionadas reservas y a su regulación en el derecho vigente, incluyéndose los aspectos re-

lativos al régimen legal aplicable a la delimitación, obtención y cambio de clasificación de los suelos incorporados al Patrimonio Municipal; también se abordan en este capítulo los problemas derivados de la eventual colisión entre la reserva municipal y la reserva llevada a cabo por las comunidades autónomas que hayan previsto la existencia de un Patrimonio Autónomo de Suelo, además de apuntarse algunos criterios tendentes a paliar la discrecionalidad derivada de la indeterminación con que el artículo 280.1.º del Texto Refundido se expresa al hacer referencia al destino de los terrenos obtenidos para el Patrimonio Municipal (usos «de interés social»).

— El capítulo XVIII, a cargo de Laso Baeza, viene dedicado al estudio del régimen transitorio del Texto Refundido de 1992 y de la Ley 8/90, haciendo especial hincapié en el planteamiento del difícil problema relativo al alcance del aprovechamiento apropiable por los propietarios afectados por planes no adaptados aún al nuevo régimen legal y que, por lo tanto, no contienen la definición del aprovechamiento-tipo. El autor entiende que el nuevo porcentaje no resulta de aplicación en tanto no se hayan establecido los aprovechamientos-tipo, ni tampoco en relación con las actuaciones que, en el momento de establecerse los referidos aprovechamientos-tipo, hubieran alcanzado la fase a que hace alusión la Disposición Transitoria primera, 3, de la Ley 8/1990, todo ello sobre la base de estimar que la redacción dada a la Disposición Transitoria primera del Texto Refundido supone una innovación no permitida al Ejecutivo en el ejercicio de su actividad refundidora.

— El capítulo XIX, a cargo también de Laso Baeza, destaca el diverso alcance de los preceptos del Texto Refundido, según resulten estos de aplicación plena, constituyan legislación básica, o sean de aplicación supletoria; se alude también en este capítulo a las especialidades de aplicación de la Ley, contempladas en la Disposición Adicional primera del Texto Refundido en atención a las características de los diversos municipios, y al aprovechamiento susceptible de apropiación privada en los municipios a los cuales no son de aplicación las normas sobre delimitación de áreas de reparto y cálculo del aprovechamiento-tipo.

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

PENDÁS GARCÍA, Benigno (coordinador): «Derecho de los contratos públicos», Editorial Praxis, S.A., Madrid, 1995, págs. 807.

Una de las novedades legislativas más importantes de los últimos años ha sido, sin duda alguna, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Su importancia radica, además de ser una de las materias más relevantes del Derecho Administrativo, en que va a regular, anualmente, transacciones por valor de muchos miles de millones de pesetas. Un volumen tan extraordinario, financiado con dinero público, exige un estricto cumplimiento de la ley, extremo que trata de garantizar la Disposición Adicional Quinta, al recoger las responsabilidades de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y de esta manera evitar al máximo los múltiples escándalos que, con origen en la contratación administrativa, salpican

diariamente los medios de comunicación social. Como se indica la Introducción de la obra, «la lucha contra la corrupción constituye el verdadero “espíritu y finalidad” de la Ley 13/95».

La primera novedad que se aprecia en la nueva legislación es su propia estructura. La vieja Ley de Contratos del Estado de 1965, y su Reglamento de 1975, regulaban de forma exhaustiva el contrato de obra pública, remitiéndose las demás figuras contractuales en lo no previsto con carácter específico, a la normativa de tal contrato. La nueva Ley obedece a otra estructura, con una *Parte General aplicable a todos los contratos*, y una *regulación específica de cada contrato administrativo*.

Muchas son las novedades de la reciente Ley. Entre ellas, la incorporación de nuevos contratos administrativos (que han perdido el carácter administrativo-especial que les otorgaba la vieja Ley), la figura de la garantía global, el cómputo de los intereses de demora a partir de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, la facultad otorgada al contratista de suspender la ejecución del contrato en los casos de falta de pago superior a cuatro meses, el derecho concedido al adjudicatario de resolver el contrato si el retraso en el pago es superior a ocho meses, la inclusión de un título dedicado a la contratación en el extranjero, la exigencia en el contrato de obras de un estudio geotécnico, la incorporación del contrato de concesión de obra pública, la existencia en las obras de una única recepción (suprimiéndose la distinción entre provisional y definitiva) y de una única liquidación (suprimiéndose igualmente la distinción entre provisional y definitiva), el aumento de la cuantía de los contratos menores, nuevas causas de resolución de los contratos...

Ahora bien, como se indica en la Introducción, la Ley adolece de algunos defectos, como falta de «finura gramatical», conteniendo expresiones incorrectas (e incluso ininteligibles), plantea problemas interpretativos su disposición derogatoria, respeta exageradamente, «incurriendo en temor reverencial», el tenor literal de las Directivas comunitarias, mientras que en aquellos casos en que no se encuentra presionada por el Derecho comunitario se limita a reproducir, con mínimos matices, la vieja Ley.

Quizá sea conveniente detenerse, en este breve comentario, en los procedimientos de adjudicación que establece la actual normativa, ya que ellos van a ser el cauce que concluirá con la adjudicación y formalización de un contrato administrativo, con el consiguiente reconocimiento por parte de la Administración de derechos económicos en favor del contratista.

La nueva Ley establece tres procedimientos de adjudicación (abierto, restringido y negociado), y dos formas de adjudicación (concurso y subasta). En la vieja legislación se establecían tres formas de adjudicación (subasta, concurso y contratación directa), admitiendo, en dos de ellas, dos procedimientos de licitación (en las subastas y en los concursos, se admitía el procedimiento abierto —con o sin admisión previa— y el restringido).

En el procedimiento abierto, todo empresario interesado puede presentar una proposición. Este procedimiento admite dos formas de adjudicación: la subasta y el concurso. La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte el precio más bajo. En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, en atención a los criterios que hayan

establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin atender exclusivamente al precio, y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.

En el procedimiento restringido, sólo pueden presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos. Y, al igual que en el procedimiento abierto, admite dos formas de adjudicación: la subasta y el concurso.

En el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios. Ahora bien, este procedimiento puede plantear graves problemas, al ser, según algunos autores, el sustituto de la criticada contratación directa de la legislación anterior.

La presente obra colectiva, elaborada por un prestigioso grupo de profesionales del Derecho, procedentes de muy diversos campos, realiza un estudio sistemático de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con los siguientes capítulos: «Administraciones públicas, contratos y contratistas: perspectivas polémicas de la LCAP», por Pendás García; «Evolución de la legislación sobre contratación administrativa», por Bassols Coma; «El Derecho Comunitario europeo y la LCAP», por Silva de Lapuerta y Calvo Díaz; «Aspectos constitucionales de la contratación administrativa. Especial referencia a la posición del Gobierno, de los Ministros y de la Junta Consultiva», por García Fernández; «La contratación de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional», por Lavilla Rubira; «Tramitación parlamentaria del proyecto de la LCAP», por Moreno Ara; «Ambito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», por Fernández Farreras; «Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión», por García-Trevijano Garnica (José Antonio); «Requisitos para contratar con la Administración (I): capacidad y solvencia», por Merino Merchán y Palma Fernández; «Requisitos para contratar con la Administración (II): clasificación y registro de contratistas», por Sala Arquer; «Garantías exigidas para los contratos administrativos», por Calvo Rojas; «Actuaciones relativas a la contratación: Pliegos de cláusulas. Perfección y formalización. Actuaciones preparatorias y tramitación de expedientes», por Fernández Fonteche; «Prerrogativas de la Administración en la contratación administrativa», por Sainz Moreno; «Invalidez de los contratos de la Administración», por Sainz Moreno; «La adjudicación de los contratos. Procedimientos, formas y criterios de adjudicación», por Santías Viada; «Ejecución de los contratos administrativos: especial referencia a la ejecución y extinción del contrato de obras», por García-Trevijano Garnica (Ernesto); «La extinción de los contratos administrativos», por Sánchez Blanco; «La cesión de contratos y la subcontratación», por Gil Ibáñez; «Contratos celebrados en el extranjero», por Prieto Gutiérrez; «El contrato de obras. Disposiciones generales», por Mestre Delgado; «El contrato de gestión de servicios públicos», por Baño León; «El contrato de suministro», por Suay Rincón; «Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», por Gutiérrez Vicén y Dorrego de Carlos.

Por último, destacar que la presente obra es, sin duda alguna, uno de los mejores trabajos que se han realizado, hasta el momento, sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «La imitación en el Derecho de la competencia desleal», ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 645.

La obra que se comenta acomete con ejemplar espíritu científico la exégesis del artículo 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal (LCD) sobre la imitación. Ya en las consideraciones generales el autor deja fijadas claramente las bases sobre las que asienta su estudio y los objetivos concretos que persigue. Es de agradecer que cumpla fielmente los propósitos iniciales que se ha trazado y que no haya caído en la fácil tentación de abarcar el estudio de otras figuras jurídicas afines a la imitación.

El trabajo consta de cinco capítulos en los que se desmenuzan los cuatro supuestos fundamentales de imitación desleal regulados en la LCD. Sistemáticamente se analizan la imitación desleal por explotación del esfuerzo ajeno, por obstrucción, por confusión y por aprovechamiento de la reputación ajena. Se puede adelantar desde ahora que la meta mediata que se pretende es la de averiguar si existe o no un verdadero derecho a imitar y para alcanzarla el autor es consciente de los pasos que tiene que seguir. Tal y como lo expone en sus primeras páginas, en primer lugar define el vasto fenómeno de la imitación y clasifica sus formas de aparición para determinar las que tienen o no relevancia para el Derecho de la competencia desleal. Posteriormente examina las doctrinas tradicionales para valorarlas críticamente a la luz de la nueva legislación y por último sienta la hipótesis con la que se va a trabajar. En este caso, ya se ha dicho, es la defensa de la libertad de imitación o derecho a imitar.

Portellano Díez parte razonándola de la idea de que es importante juzgar positivamente la imitación y configurar restrictivamente sus límites, en lugar de partir de una concepción negativa de la imitación y ofrecer a modo de concesión algunas excepciones. Para llegar a esta afirmación se guía por dos criterios esenciales: la racionalidad económica de la imitación, es decir, su funcionalidad respecto del sistema competitivo que la ley quiere promover y la racionalidad sistemática de la regulación de la imitación, es decir, su congruencia con las valoraciones legales del derecho de la competencia y sectores vecinos. Son estas dos preocupaciones las que alumbran constantemente todo el camino de la investigación. Racionalidad económica y racionalidad sistemática son las lentes con las que se ayuda para obtener un resultado satisfactorio a la demanda que se ha planteado: ¿conviene establecer un derecho a imitar?

Hay que resaltar la primera conclusión que el autor obtiene en este estudio: la imitación no desincentiva la inversión en innovación, puesto que la amortización de costes e incluso la obtención de beneficios casi siempre es posible gracias a los mecanismos que el propio mercado provee y que configuran su autoeficiencia, como son los retrasos normales en la imitación, ventajas competitivas del pionero, las barreras de entrada y de salida y movilidad del mercado. Pero además, en contra de lo que pudiera parecer, la imitación estimula la innovación debido al carácter acumulativo y autogenerativo de la tecnología.

El problema de la prohibición de la imitación que comporta un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 11.2 LCD *in fine*) se resuelve defendiendo, siempre desde la perspectiva económica y sistemática, la necesidad de restringir la interpretación de este veto legal únicamente a la

imitación por reproducción. Los argumentos tradicionalmente esgrimidos para fundamentar la deslealtad de la imitación eran la explotación de valores ajenos: el esfuerso y la reputación de otros. Sin embargo estos fundamentos deben considerarse insuficientes, además de estar lastrados por los tópicos sobre la imitación y por resabios del modelo corporativista de la disciplina de la competencia desleal (capítulo primero).

En el capítulo segundo se aborda el problema de la imitación desleal por obstaculización. Para el autor la única justificación racional para afirmar la deslealtad de la imitación es la obstruccionista. La prohibición de este tipo de imitaciones cuadra perfectamente con los objetivos que persigue la LCD tendentes a establecer las condiciones que posibiliten el surgimiento de una estructura de mercado que favorezca la inversión en investigación y desarrollo (I+D). Para alcanzar este objetivo resulta imprescindible la represión de la estrategia imitatoria continuada de *fast second* de las grandes empresas sobre las iniciativas de las de menor tamaño (táctica que consiste en que la gran empresa espera tranquilamente a que los competidores de menor tamaño y con menos recursos innoven e imitarles rápidamente). La prohibición es una regla eficiente para evitar que las pequeñas empresas se vean desencorajadas a la hora de invertir en I+D porque las grandes imitan sistemáticamente sus prestaciones e iniciativas que impiden su asentamiento en el mercado o el aumento de su cuota de mercado.

Los capítulos tercero y cuarto analizan detalladamente los aspectos problemáticos de la imitación confusoria (arts. 6 y 11.2 LCD). La confusión se produce a través de todas aquellas actividades que son idóneas para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia última del producto o servicio que se ofrece en el mercado. Este modo de imitación desleal, a juicio del autor, debe prohibirse porque es fuente de ineficiencias, porque perturba el funcionamiento competitivo del mercado que sólo puede funcionar si las ofertas están debidamente diferenciadas. El análisis de esta figura se aborda delimitando los dos tipos distintos de imitación por confusión que regula la LCD. La imitación de creaciones formales (signos distintivos) y de las creaciones materiales (innovaciones técnicas y estéticas).

En el último capítulo se abarca la cuestión de la imitación desleal por aprovechamiento de la reputación ajena. En principio debe juzgarse positivamente, desde el plano económico, la protección jurídica de la reputación, pero en su diseño debe tenerse en cuenta que la posesión de buena fama no excluye por completo la posibilidad de comportamientos oportunistas, es decir, que se engañe al consumidor mediante una alteración de la calidad de los productos o servicios ofrecidos. Además, la protección de la buena reputación no debe comportar el cierre del mercado a la entrada de nuevos competidores.

Hay que compartir necesariamente con el prof. Paz-Ares, prologuista de este libro y maestro de su autor, la opinión de que Portellano Díez ha sabido aunar en esta obra, con inteligencia y eficacia dos tradiciones culturales tan distintas como distantes —la procedente del *law & economics* y la procedente de la *Wertungsjurisprudenz*. El resultado final es una obra científica que, como todas las que verdaderamente merecen este nombre, es sugerente y cautivadora.

VERDERA SERVER, Rafael: «El cumplimiento forzoso de las obligaciones», Prólogo de Francesco Galgano, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, págs. 355. [Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, LXIV].

Este libro aborda un tema tan fundamenal como descuidado por parte de la doctrina: acaso por tratarse de una zona fronteriza entre el derecho civil sustantivo y el derecho procesal, que ha dado lugar a estudios procesalistas solo fragmentarios y olvido de los civilistas.

El autor procede a un estudio sistemático de diversos supuestos del cumplimiento forzoso, en función de la naturaleza (o contenido de la prestación) de la obligación: dar, hacer o no hacer, antecediendo dicho estudio concreto con el necesario análisis de los distintos medios de protección del crédito para poder contraponer el cumplimiento forzoso con otros mecanismos de tutela (especialmente el resarcimiento del daño). Al hilo de dicho estudio el autor va desentrañando zonas inadvertidas de temas tan clásicos pero tan cargados de lugares comunes en la doctrina.

La obra pretende una caracterización del cumplimiento forzoso en función de los siguientes rasgos; 1) por su autor, que será el juez o un tercero (en esto se diferencia del Cumplimiento Procesal Voluntario a cargo del propio deudor); 2) por su objeto, que es la obtención de la prestación debida (frente al resarcimiento del daño que acude a una nueva prestación pecuniaria); 3) porque supone la intervención jurisdiccional (distinguiéndose así de ciertas hipótesis de pago por tercero).

El libro aparece dividido en tres partes. La primera estudia el *Cumplimiento forzoso en el sistema de protección del crédito*. El autor subraya que la reacción del ordenamiento ante el incumplimiento del deudor no es siempre la misma. En función de los diversos presupuestos y efectos cabe distinguir entre tutela satisfactoria, resolutoria y resarcitoria.

El autor apunta nuevas perspectivas de la relación entre indemnización de daños y cumplimiento forzoso a partir de los criterios del análisis económico del derecho, en particular en torno al llamado incumplimiento eficiente: cuando incumpliendo su primer vínculo el deudor alcanza a obtener una contraprestación de un tercero que le permite resarcir al primer acreedor y mantener un margen de beneficio para él mismo. Especialmente interesantes son los conceptos manejados por la doctrina del *common law de uniqueness y adequacy* para valorar las relaciones entre el resarcimiento (*damages*) y el cumplimiento forzoso (*specific performance*).

A continuación el Dr. Verdera analiza la distinta función y distintos presupuestos de aplicación del resarcimiento y el cumplimiento forzoso. Sugiere que la función de la reparación *in natura* en el ámbito contractual no puede tener la misma transcendencia que en el ámbito extracontractual, habida cuenta de la existencia en aquél del mecanismo del cumplimiento forzoso.

Se estudia también la relación entre cumplimiento forzoso y resarcimiento del daño y se plantea la cuestión de su preferencia ¿existe jerarquía entre los diversos medios de protección del crédito? Doctrinalmente se ha defendido la preferencia de cada uno de dichos medios pero el autor advierte que entre tutela resarcitoria y tutela satisfactoria no debe establecerse una relación de jerarquía rígida; cada medida tiene distintos presupuestos que permiten una aplicación complementaria. En nuestro derecho el examen de los arts. 1096,

1098, 1101 del CC y 924 de la LEC proporciona suficientes argumentos para entender que la fungibilidad de la prestación determina la relación. Si la cosa es genérica o el hacer no es personalísimo, se ejecuta a costa del deudor, sin acudir al resarcimiento del daño. En cambio, si la cosa es determinada o el hacer es personalísimo, la ejecución a costa del deudor puede no satisfacer el interés específico del acreedor, de modo que se acude a la indemnización de daños. El carácter fungible de la prestación vincula tanto al deudor como al acreedor impidiendo a éste inclinarse inmediatamente por la obtención de una suma dineraria; con todo, el Dr. Verdera apunta cómo mediante el recurso a la resolución del contrato, en combinación con la indemnización de daños, se permite al acreedor evitar la realización de la prestación fungible debida y conseguir una prestación pecuniaria.

La segunda parte del libro, *Los caracteres del cumplimiento forzoso de las obligaciones*, comienza analizando cómo el Tribunal Constitucional se ha planteado el problema de adecuación constitucional de aquellas sentencias que no proporcionan al acreedor la prestación debida contractualmente. El Tribunal entiende que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación». Para el Tribunal Constitucional se trata de un problema de política legislativa.

A continuación el autor estudia el cumplimiento forzoso en función de la actitud del deudor; con especial atención a la ejecución voluntaria (cuando el deudor cumple voluntariamente la condena: «ejecución procesal voluntaria») y la llamada ejecución indirecta. Respecto a ésta última, nuestra LEC no prevé con carácter general mecanismos de coacción para que el deudor cumpla una prestación infungible. Pero, en este caso, el ordenamiento pone a disposición de los acreedores una amplia gama de medidas de protección de sus créditos que deben ser expresamente incorporadas al contrato mediante pacto. Critican el sistema legal aquellos acreedores que, no habiendo empleado esas garantías que el ordenamiento les brinda, lamentan entonces las carencias de la coacción pública: se trata de un problema de administración de los riesgos del contrato.

El capítulo siguiente está dedicado al estudio de los caracteres de la ejecución forzosa en función de su objeto donde el autor distingue entre ejecución específica y ejecución genérica atendiendo a la realización o no de la prestación originariamente debida, criterio más adecuado que el del carácter dinerario o no de la condena. El interés específico del acreedor en la obligación resulta satisfecho con la obtención de la prestación debida, con independencia de quien la realice.

Por último, se analiza el controvertido problema de determinar el criterio en virtud del cual se pasa de la pretensión de cumplimiento a la de resarcimiento pecuniario del daño. La mayoría de la doctrina lo identifica con la posibilidad de la prestación. Pero dicho criterio viene contradicho por el art. 924 LEC que prevé el resarcimiento aunque la prestación sea todavía posible, si el deudor se niega a cumplir la prestación personalísima. Esto llevó a cierta doctrina a considerar que el criterio debía ser la voluntariedad del deudor en cumplir; criterio demasiado estrecho, ya que sólo es aplicable a las prestaciones de hacer personalísimas o las prestaciones de no hacer. Con acierto el autor se inclina por el criterio de la fungibilidad de la prestación, valorando si el cumplimiento forzoso satisface o no el interés específico del acreedor.

En la tercera parte de la monografía se desciende al estudio concreto de *Los diversos supuestos de cumplimiento forzoso* en función de la naturaleza de la obligación. Previamente se destaca que el régimen normativo del cumplimiento forzoso se halla tanto en el CC como en la LEC; esta diversidad plantea ciertos problemas de coordinación. Ambos textos parten de la tripartición de las obligaciones en función de su naturaleza: dar, hacer o no hacer. Pero desde la perspectiva procesal se divide entre condenas pecuniarias y no pecuniarias (categoría esta última heterogénea, carente de un régimen unitario que obliga a un estudio autónomo de cada hipótesis, pues los problemas son distintos y también las soluciones). Las diferencias, pues, entre los diversos regímenes jurídicos, según su naturaleza, son profundas, de modo que la calificación resulta una cuestión decisiva.

Se consagra un capítulo al cumplimiento forzoso de la obligación de dar. Respecto a la obligación de entregar cosa específica, la LEC distingue entre cosa mueble o inmueble, aunque las diferencias son de escasa relevancia. La LEC establece que la entrega de la posesión ha de ser inmediata, excluyendo la concesión de plazos, que, sin embargo, otorgan los tribunales. Ante el fracaso de la condena a entregar esa cosa, el art. 926.III de la LEC prevé el resarcimiento de perjuicios (conforme a los arts. 928 y ss. LEC).

Respecto a la obligación de entregar cosa perteneciente a un género, no coinciden los criterios del CC y los de la LEC; el código (art. 1096.I) sanciona el cumplimiento a costa del deudor, la ley (para un supuesto concreto, el art. 947) ante la falta de cumplimiento de la condena al pago de una cantidad determinada de frutos, la convierte en su reducción a dinero, conforme a los valores de mercado, descartando la posibilidad de ejecutar específicamente dicha condena.

En el siguiente capítulo se estudia el cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer, donde la LEC diferencia entre hacer personalísimo y no personalísimo. La fungibilidad dependerá de la naturaleza material de la conducta en cada caso concreto. La distinción resultará más fácil respecto a obligaciones simples, pero comporta una dificultad añadida en las obligaciones complejas e inescindibles, compuestas por prestaciones fungibles y otras infungibles.

Si transcurrido el plazo judicial, no se cumple la condena de hacer no personalísimo la ejecución de la sentencia se hará a costa del deudor; un tercero realiza la prestación, y el deudor sufraga los gastos. Pero en la LEC no se establece cómo se designa a la persona que ejecuta la prestación y cómo se le remunera. Además, ¿con qué sujeto queda vinculado el tercero que realiza la prestación en lugar del deudor? A estas y otras cuestiones da el autor cumplida respuesta. El Dr. Verdura señala un orden correcto de ejecución, frente al orden seguido en la práctica: embargo preventivo, autorización judicial del tercero y del presupuesto, embargo ejecutivo, realización forzosa de los bienes y obtención de la suma de dinero, actuación del tercero y pago de la factura. Las dificultades de este cumplimiento forzoso suelen llevar al acreedor a preferir la indemnización para después contratar él directamente con un tercero la prestación del servicio debido.

Ante la falta de cumplimiento por el deudor de la condena de hacer personalísimo la LEC solo prevé el resarcimiento de perjuicios; el autor critica la débil posición en que se encuentra el acreedor pues la satisfacción de su interés específico queda al arbitrio del deudor. La ley procesal precinde de cualquier medida de coerción indirecta, asumiendo el principio *nemo ad factum*

praecise cogi potest. Ello obliga al acreedor a prever mecanismos de coerción privada ante el eventual incumplimiento, pues no puede esperar que el juez reconstruya el contrato incorporando unas cláusulas que las partes no establecieron.

Respecto al cumplimiento forzoso de la obligación de no hacer cabe destacar la notoria insuficiencia del régimen normativo (arts. 1099 CC y 925 LEC); su principal carencia consiste en la falta de toda previsión acerca de la conducta futura del obligado. La configuración de las condenas de no hacer es esencialmente represiva y no preventiva; de modo que entre los criterios de protección del crédito el legislador opta por la tutela resarcitoria y no por la satisfactoria.

En definitiva, la obra es merecedora de una atenta lectura y de un juicio muy positivo por la aportación de nuevas perspectivas (mediante los criterios del análisis económico del Derecho y del *common law*); de materiales (véase la imponente bibliografía) que por desgracia (pese a la trascendencia del tema) habían resultado ajenos a nuestra doctrina civilista; y del constructivo estudio de la jurisprudencia sobre la materia.

Como afirma en el Prólogo el Profesor Galgano, nuestro común maestro italiano: «el libro ofrece una significativa contribución al conocimiento de los problemas de la tutela del crédito y también útiles sugerencias para su solución. El autor afronta el estudio de este arduo tema con un sólido planteamiento, demostrando vasta cultura y notable finura intelectual».

Dr. JUAN A. FERNÁNDEZ CAMPOS
Universidad de Murcia

Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO
Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ
M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Alma M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN
Lis SAN MIGUEL PRADERA
Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la Persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones. 8. Varias.— II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.— Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. AGOSTINI: «Un decret d'application peut-il rétroagir?», RDS, 1995, núm. 26, págs. 372-373.

Nota a casación mercantil de 13 de diciembre de 1994 sobre aplicación de la ley en el tiempo. El decreto de 30 de enero de 1992. (ARANDA/SIERRA)

2. ALBERCHT HESSE, H/ KAUFFMANN, P.: «Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung», JZ, 1995, págs. 219-223.

La obligación de protección en la jurisprudencia de Derecho civil.

El artículo es uno más de los ya numerosos que ha suscitado la importante decisión del Tribunal Constitucional alemán de 19 de octubre de 1993. En ella se afirmó la obligación de los tribunales civiles de intervenir, controlar el fondo de los contratos

que gravan de forma dura inusual a una de las partes como resultado de un diferente poder de negociación estructural. Los mismas afirmaciones aparecen en otras decisiones, como la del Tribunal Constitucional alemán de 5 de agosto de 1994. La alta autoridad que dicta esta doctrina hace que sus consecuencias se proyecten sobre la propia idea de seguridad jurídica e, incluso, modula las tradicionales relaciones entre el legislador y el juez. El legislador pone de manifiesto cómo la opción por la protección y ayuda en el caso concreto lleva aparejada grandes dosis de particularismo y subjetividad contra los que la Ciencia del Derecho debe batallar. (M.P.G.R.)

3. BLANCHOT: «Sur l'application en droit interne économique des arrêts de la Cour européenne», GP, 1995, núm. 267-268, págs. 14-15.

Estudio de la jurisprudencia del Tribunal europeo en la materia. (ARANDA/SIERRA)

4. DECKERT, M.R.: «Zur Einführung: Die folgenorientierte Auslegung», IUS, 1995, págs. 480-484.

La autora introduce la exposición del tipo de interpretación, perteneciente a las modernas teorías de la argumentación, que puede denominarse «finalísticamente orientada» u «orientada a sus consecuencias». Analiza sus aspectos metodológicos y estructurales y los problemas que la misma plantea. (M.P.G.R.)

5. FRITZSCHE, J.: «Die Durchsetzung nachbarschützender Auflagen über zivilrechtliche Abwehransprüche», NJW, 1995, págs. 1121-1126.

A propósito de la armonización entre el Derecho civil y el Derecho público.

El artículo trata del progresivo acercamiento que el BGH ha realizado entre el Derecho civil y el Derecho público en el ámbito de la protección frente al derecho de no inmisión (Nachbar- und Inmisionsschutzrecht). Armonización fundamentalmente visible en el ámbito de los mecanismos de protección a través de la aceptación de los tipos ágiles del Derecho público para la tutela de típicos intereses privados. (M.P.G.R.)

6. HERMAN: «Historique et destinée de la codification américaine», RIDC, 1995, núm. 3, págs. 707-735.

Contexto americano en el s. XIX. Definición técnica del C.c. Modelo del C.c. como solución del Derecho. Negativa americana a la codificación. Derecho civil contra *common law* en Luisiana. Movimiento de David Dudley Feld. Las leyes uniformes y el *Código comercial uniforme*. (ARANDA/SIERRA)

7. SAMUEL: «Entre les mots et les choses: les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 509-526.

Razonamiento jurídico desde el punto de vista del derecho inglés. Contradicción entre el modelo de reglas (rule model) y las técnicas de razonamiento ontológico. (ARANDA/SIERRA)

8. SOTTILI, V.: «Ius superveniens e intervenuto giudicato: l'applicabilità dell'art. 5 bis legge n. 359 del 1992 ai giudizi in sede di legittimità —nota a Cass., sez. un., 22 novembre 1994 n. 9872», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1568-1579. (R.D.R.)

9. VECCHIO, G.: «I presupposti soggettivi della rappresentazione alla luce dei piú recenti interventi giurisprudenziali», NGCC, 1995, núm. 4, parte segunda, págs. 245-254.

Análisis del proceso evolutivo acerca del instituto de la representación en las sentencias dictadas en los últimos años (desde los tribunales de mérito hasta el propio Tribunal Constitucional). (A.R.G.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

10. ALPA, G.: «Lesioni del diritto alla vita e “danno biologico da morte”», NGCC, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 153-157.

Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de octubre de 1994 en materia de daño a la persona, en especial, el daño sufrido por los familiares a causa de la muerte del cónyuge. (A.R.G.)

11. ANDRÉ: «L'automobiliste et les droits de l'Homme», GP, 1995, núm. 235-236, págs. 2-5.

Errores cometidos por vehículo de motor. Alcoholemia e imprudencias. (ARANDA/SIERRA)

12. AUTERI, P.: «I nomi e i segni distintivi notori delle manifestazioni e degli enti sportivi fra la protezione del nome e quella del marchio», NGCC, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 102-113.

Comentario a las ordenanzas del Tribunal de Modena de 26 de junio de 1994 y de 19 de agosto de 1994 sobre la tutela del nombre y de los signos distintivos de los entes deportivos. (A.R.G.)

13. AUVRET: «Les sanctions du non-respect de la présomption d'innocence par les journalistes», GP, 1995, núm. 249-250, págs. 2-7.

Normas francesas. Relación entre derecho internacional y derecho interno. Efectos de la sanción penal. Desarrollo de medidas no represivas. (ARANDA/SIERRA)

14. BIONDI, A.: «Storie di giudici: *Tort of Libel, commom law* e diritti di libertà», RDC, 1995, núm. 4, parte prima, págs. 547-566.

Aproximación al derecho de daños por libelo o difamación. (R.D.R.)

15. BONAMORE, D.: «L'adozione speciale da parte del singolo nei meandri dell'opposizione — nota ad App. Roma, sez. min., 28 novembre 1994 (decr.)», GC, 1995, núm. 5, págs. I, 1355-1362. (R.D.R.).

16. BRIARD: «Loi FALLOUX: suite sans fin...», RDS, 1995, núm. 27, págs. 386-388.

Nota a CE de 22 de febrero de 1995 sobre enseñanza privada. Financiación de la enseñanza primaria. Subvenciones y contratos. (ARANDA/SIERRA)

17. CALABRESE, A.: «Cronaca giudiziaria e danno da lesione della reputazione e della credibilità economica dell'imprenditore», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 395-398.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Génova de 24 de noviembre de 1993 en relación a la tutela de la reputación empresarial. (A.R.G.)

18. CANZI POGGIATO, M.T.: «I bambini rwandesi in stato di abbandono permanenti in Italia sono sottratti alla nostra giurisdizione minorile?», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 638-651.

Comentario a la sentencia de 24 de septiembre de 1994 del Tribunal de menores de Brescia sobre menores en estado de abandono. (A.R.G.)

19. CENDON, P./ZIVIZ, P.: «Lesione della dignità del lavoratore e risarcimento del danno», NGCC, 1995, núm. I, parte primera, págs. 75-81.

Comentario a Pret. Ferrara de 25 de noviembre de 1993 sobre el daño a la persona en la relación laboral. (A.R.G.)

20. CHINDEMI, D.: «Sulla prova del danno biologico da morte "iure proprio"», *NGCC*, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 492-497.

Comentario a la sentencia de Apelación de Milán de 11 de octubre de 1994 en relación al daño biológico. (A.R.G.)

21. CIVININI, M.: «Sulla natura sostanziale o processuale della norma che impone la valutazione dell'interesse del minore all'esercizio dell'azione per la ricerca della sua paternità o maternità naturale (Nota a Cass, 10 de marzo de 1994, núm. 2346)», *FI*, 1995, núm.10, I, págs. 2978-2982.

Estudio del art. 273 c.c. que establece que el poder de representación de los padres comprende todos los actos, útiles para el hijo, y los que éste realizaría si fuese capaz, además de la tutela de los derechos de la personalidad y del ejercicio de las acciones sobre el estado civil en las que no exista conflicto de intereses con el menor. ¿Está legitimado el padre o madre del menor para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad? (G.D.-P.G.)

22. COLUSSI, V.: «Obbligo di residenza del fallito e ritiro del passaporto», *NGCC*, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 67-70.

Comentario a Cass. de 3 de marzo de 1994, n. 2080 en materia de efectos de la quiebra. (A.R.G.)

23. COSTANZO, A.: «Vicende di due pricipi costituzionalmente rilevanti e affini», *DFP*, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 1129-1163.

Son objeto de estudio dos principios normativos, la absoluta preeminencia del interés del menor sobre el interés de los padres y la reeducación del menor cuya conducta es gravemente irregular. (A.R.G.)

24. DE GIORGI, M.V.: «"Die arme Spielerin" (Suono di pianoforte e tutela della salute)», *NGCC*, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 329-332.

Comentario a la ordenanza del Pret. de Milano y a la sentencia de apelación de Torino de 23 de marzo de 1993 respecto a la tutela del derecho a la salud en casos de ruidos fuertes. (A.R.G.)

25. DETHLOFF, N.: «Doppelstaatsangehörigkeit und Internationales Privatrecht», *JZ*, 1995, págs. 64-73.

Doble nacionalidad y Derecho Internacional Privado.

Recientemente se ha discutido una reforma del Derecho de la nacionalidad alemana según la cual a los extranjeros de la segunda o tercera generación que viven en la República Federal Alemana se les debe permitir que adquieran la nacionalidad alemana. Las consecuencias internacional privatistas del incremento de los dobles nacionales alemán-extranjeros son el objeto del presente artículo. (M.P.G.R.)

26. DIMUNDO, F.M.: «Lo stato si salute... del danno alla salute: spunti giurisprudenziali per un tentativo di diagnosi», *NGCC*, 1995, parte primera, núm. 2, págs. 371-390.

Comentario a las sentencias del Trib. de Génova de 5 de julio de 1993 y del Trib. de Udine de 22 de noviembre de 1993 en relación al daño biológico. (A.R.G.)

27. DUFFAR: «La protection des droits économiques par la Convention européenne des droits de l'Homme», *GP*, 1995, núm. 267-268, págs. 7-12.

Protección de los derechos respecto de los bienes según el artículo 1 del Protocolo. Oposición a las ingerencias en los derechos económicos beneficiados de las reglas de equidad, en el ámbito civil y penal. (ARANDA/SIERRA)

28. EDELMAN: «Le conseil constitutionnel et l'embryon (decision n.º 94-343-344 DC du 27 juillet 1994)», RDS, 1995, núm. 27, págs. 205-210.

El embrión como objeto teórico y no como ser humano. Posición del legislador. Atentados al embrión. Su influencia en el Derecho de familia. (ARANDA/SIERRA)

29. GUIHO: «Caractère limitatif du champ d'application des assimilations de résidence et prévues para l'ancien article 78 du Code de la nationalité (art. 21-26 du code civil)», RDS, 1995, núm. 18, págs. 266-268.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París de 28 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

30. GUIHO: «La condition de résidence en France prévue à l'ancien article 54 du code de la nationalité et l'exercice conjoint de l'autorité parentale», RDS, 1995, núm. 26, págs. 375-377.

Nota a la Corte de apelación de París, de 21 de febrero de 1995 sobre la adquisición de la nacionalidad. Aplicación de los arts. 52 y 54 del Código de la nacionalidad modificado con la ley núm. 93-933 de 22 de julio de 1993. (ARANDA/SIERRA)

31. HÖFLING, W.: «Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben», JZ, 1995, págs. 26-33.

Acerca de la vida y de la muerte. Legislación sobre trasplantes y derecho fundamental a la vida.

Las exposiciones sobre las proyectadas normas legales de trasplante e implantación de órganos se concentran en el consentimiento del llamado donante. En el fondo todos los proyectos legislativos aceptan una idea básica: la tesis de que para la recepción del órgano la persona donante está muerta cuando se le diagnostica la muerte cerebral. El presente artículo somete esta concepción de la muerte cerebral a una crítica desde la perspectiva de los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente. (M.P.G.R.)

32. KOUBI: «Port de signes d'appartenance religieuse et troubles dans la vie de l'établissement scolaire», RDS, 1995, núm. 26, págs. 365-368.

Nota a la sentencia del Consejo de Estado de 10 de marzo de 1995. Exclusión de alumnos por llevar un pañuelo como signo aparente de su religión. Influencia psíquica en los demás. Justificación de la exclusión. (ARANDA/SIERRA)

33. LIOTTA, M.: «Il danno biologico da morte all'esame della Corte Costituzionale», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 457-478.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de octubre de 1994 n. 372 sobre la transmisión del resarcimiento del daño biológico a los herederos. (A.R.G.)

34. MANERA, G.: «Se il nostro ordinamento giuridico consenta l'adozione legittimante d'un minore anche alle persone singole —nota ad App. Roma, sez. mín., 28 novembre 1994 (decr.)», GC, 1995, núm. 5, págs. I, 1363-1370. (R.D.R.)

35. MATHIEU: «Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnel de droit de l'homme», RDS, 1995, núm. 27, págs. 211-212.

Protección de la persona mediante la declaración de derechos. Exigencias metodológicas presentadas a los jueces para esa protección ante los avances científicos. (ARANDA/SIERRA)

36. MATHIEU: «L'insuffisance des normes constitutionnelle face aux développements des sciences biomédicales», RDS, 1995, núm. 16, págs. 237-241.

Nota a la Corte constitucional de 27 de junio de 1994 sobre los nuevos principios aplicables en materia de bioquímica. Control operado por el Consejo constitucional. (ARANDA/SIERRA)

37. MINNECI, U.: «L'esecuzione forzata dei provvedimenti di affidamento dei minori», DFP, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 770-788.

Naturaleza de la ejecución: la ejecución en vía administrativa. La ejecución en vía jurisdiccional. La ejecución en vía breve como alternativa a la ejecución forzosa ex art. 616 y ss del CPC. El consentimiento del menor. (A.R.G.)

38. MODEEN: «La protection des droits de l'homme et le rôle des administrations en Finlande», RIDC, 1995, núm. 3, págs. 659-668.

El régimen institucional y constitucional. Evolución y reforma de 1993. Atentados a los derechos del hombre y su protección, análisis de su eficacia. (ARANDA/SIERRA)

39. MONTEIRO: «Insémination artificielle entre parents homosexuels: quid juris?», RDS, 1995, núm. 13, págs. 197-201.

La diferencia de la eventual ilicitud del convenio. Una filiación conforme a la verdad biológica. Una convención actualmente lícita. La eficacia del reconocimiento de paternidad: acto jurídico independiente de la convención. Una prueba paterna difícil de contestar. (ARANDA/SIERRA)

40. NAPOLI, E.V.: «La Betreuungsgesetz. Dagli Status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania», RDC, 1995, núm. 4, parte prima, págs. 539-545.

Revisión de los institutos de la tutela y la curatela para el incapaz con mayoría de edad, tras la Ley alemana de 12 de septiembre de 1990, por la que se introduce la *Betreuung* como nuevo y más flexible mecanismo de protección. (R.D.R.)

41. PELLONPÁÁ: «La convention européenne des droits de l'homme: quelques réflexions comparatives entre la Finlande et la France», RIDC, 1995, núm. 3, págs. 669-679.

El estatuto jurídico de la convención en el Derecho y en la práctica interna. Los estados francés y finlandés ante los órganos de Estrasburgo. Influencia de las decisiones del TCEE sobre el derecho interno. (ARANDA/SIERRA)

42. PETTIT: «Observaciones a la sentencia de la Corte europea de derechos del hombre de 24 de febrero de 1994», GP, 1995, núm. 316-318, págs. 18-21. (ARANDA/SIERRA)

43. PREVAULT: «Les dispositions légales sur l'insaisissabilité des biens mobiliers ne concernant que la protection des personnes physiques et non celle des personnes morales», RDS, 1995, núm. 13, págs. 207-208.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Lyon de 14 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

44. PRINZ, M.: «Der Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Verletzungen durch die Medien», NJW, 1995, págs. 817-821.

La protección de los derechos de la personalidad ante atentados a través de los medios de comunicación.

El autor analiza los atentados a los derechos de la personalidad en el contexto de la competencia y la lucha por una cuota de mercado. El análisis se fija en la jurisprudencia alemana de los últimos años, reparando en los problemas aún no resueltos: sim-

plificación del procedimiento para obtener la rectificación, reacción contra emisiones televisivas o publicación de fotografías, etc. (M.P.G.R.)

45. SAULLE, M.R.: «Diritti umani, familiari e sociali: principi giuridici fondamentali», DFP, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 1117-1128.

Derechos humanos. Los instrumentos internacionales concernientes a las personas en general. Las reglas estándar de las Naciones Unidas y los derechos familiares. Los derechos sociales. Normativa interna italiana. (A.R.G.)

46. SCHEINEN/ROSAS: «Les libertés fondamentales figurant dans la Constitution finlandaise», RIDC, 1995, núm. 3, págs 643-658.

Desarrollo constitucional antes de 1917. La Constitución de 1919 y su relación con Tratados internacionales. Proyecto 309/93 y su influencia en los derechos fundamentales. (ARANDA/SIERRA)

47. TAUPITZ, J.: «Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile», NJW, 1995, págs. 745-755.

La protección extracontractual del cuerpo humano y sus partes. El BGB, en su art. 823 I, comprende entre los bienes objeto de protección al cuerpo humano. La vida, la salud, la libertad, además de los llamados derechos de la personalidad, ofrecen una protección global que no impide la existencia de particularidades, diferencias y límites en relación con cada parte singularmente considerada. A raíz de la Sentencia del BGH de 9 de noviembre de 1993 (Sperma-Entscheidung), el autor incide en estos límites y diferencias. (M.P.G.R.)

48. ZACCARIA, A.: «Rappresentanza», RDC, 1995, núm. 4, parte seconda, págs. 351-363.

Revisión bibliográfica y jurisprudencial en torno a la figura de la representación. (R.D.R.)

49. ZAMBRANO, V.: «Diritto alla salute e condizione giuridica dello straniero extracomunitario», DFP, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 750-769.

Artículo sobre tutela de los derechos humanos ante el fenómeno cada vez más creciente de la inmigración. (A.R.G.)

50. ZIVIZ, P.: «Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 411-425.

Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de octubre de 1994 n. 372 en materia de resarcimiento del daño biológico «iure hereditario». (A.R.G.)

3. PERSONA JURIDICA

51. BASILE, M.: «Comitati duraturi e accertamento della titolarità degli acquisti immobiliari dei loro componenti», NGCC, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 33-44.

Comentario a Cass. de 23 de junio de 1994, n. 6032 sobre el concepto de «comitato», su consideración como sujeto de derecho y la consiguiente adquisición por el mismo de bienes inmuebles. (A.R.G.)

52. CAROTA, L.: «Il comitato ha, dunque, capacità immobiliare», CI, 1994, núm. 3, págs. 1090-1097.

Aborda el problema de la capacidad de las asociaciones de hecho de carácter temporal para ser titulares de bienes inmuebles. (G.D.-P.G.)

53. IORIO, G.: «Gli enti non lucrativi nell'ordinamento italiano: un recente convegno alla Bocconi», RDC, 1995, núm. 3, parte seconda, págs. 331-334.

Información sobre la presentación, por la Universidad Bocconi de Milán, de las conclusiones obtenidas en el estudio de entidades sin ánimo de lucro, desde varias perspectivas. (R.D.R.)

54. MOSCATI, E.: «Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza», NGCC, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 25-31.

Los objetivos persigue el artículo; por una parte, la comprobación de una posible utilización fiduciaria de asociaciones y fundaciones y, por otra, la exposición de los problemas que dicha utilización plantea en materia de asociaciones y fundaciones. (A.R.G.)

55. SANTUCCI, Gianni: «La *societas* nella casistica giurisprudenziale romana», Archiv. Giur., 1995, núm. 2-3, págs. 149-178.

Reflexiones surgidas a raíz del libro *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica* de Hernando Lera, Madrid, 1992. Consideraciones acerca de determinados aspectos relativos al contrato de sociedad en derecho romano, como son: la responsabilidad de los socios, la actividad del socio, el reparto de los beneficios y de las pérdidas soportadas, la tipología de la sociedad, las formas de extinción de la sociedad y por último, las características de los procesos sobre sociedades. (L.S.M.P.)

56. VOLPE PUTZOLU, G.: «Il giudice e le associazioni: un rapporto sempre difficile», CI, 1994, núm. 3, págs. 1053-1062.

Se pone de manifiesto el habitual rechazo de los Tribunales ordinarios y administrativos a decidir sobre las controversias internas de algunos tipos de asociaciones (en particular los partidos políticos) y la frecuencia con la que el juez desconoce su propio poder de decisión en presencia de cláusulas estatutarias que otorgan la facultad de resolver las controversias a los órganos internos de la asociación. (G.D.-P.G.)

57. ZOPPINI, A.: «Associazioni, fondazioni, comitati», RDC, 1995, núm. 4, parte seconda, págs. 325-344.

Información legal, doctrinal y jurisprudencial sobre la materia. (R.D.R.)

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

58. AAVV: «Droit des obligation», RDS, 1995, núm. 27, págs. 227-236.

Notas a sentencias de diversos tribunales franceses sobre obligaciones, contratos y responsabilidad civil. (ARANDA/SIERRA)

59. ABBATUCCI: «Solutions apportées dans les contrats-type de sous-traitance du BTP aux principaux problèmes que possent les relations de sous-traitance», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 247-262.

Transparencia del contrato de subcontrata. Aceptación por el dueño de la obra. Garantía del pago del subcontratista. Pago de penalización por retraso. Responsabilidad. (ARANDA/SIERRA)

60. AGASSE/FLEURANCE: «Faut-il soumettre la cession d'un contrat de crédit immobilier aux droits d'enregistrement proportionnels et á la taxe de publicité foncière?», GP, 1995, núm. 265-266, págs. 2-4.

Partiendo de la naturaleza de los derechos cedidos se estudia el régimen fiscal aplicable, llegando a la conclusión de la inaplicación del art. 725 del Código general de impuestos. En cuanto a la publicidad hay que tener en cuenta la del propio contrato y la del contrato de cesión. (ARANDA/SIERRA)

61. ALOISIO, R.G.: «Condizioni generali di contratto, diritto comunitario e leggi speciali (art. 1341 e 1342 c.c.)», GC, 1995, núm. 5, págs. II, 239-246.

Aproximación al tema de las condiciones generales de los contratos, relacionando los arts. 1341 y 1342 cc. con el Derecho comunitario y las leyes especiales, que se ocupan de la protección del contratante débil o adherente, frente a los posibles abusos de las grandes organizaciones productivas. (R.D.R.)

62. ALPA, G.: «L'uso giurisprudenziale della causa del contratto», NGCC, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 1-16.

Necesidad de la causa. Experiencias francesa e italiana al respecto. Intentos de búsqueda de una disciplina uniforme para los contratos comerciales internacionales y para un código europeo. (A.R.G.)

63. ANNUNZIATA, M.: «Proposta ed accettazione separate e formazione di contratto con ente pubblico — nota a Cass., sez. un., 30 marzo 1994 n. 3132», GC, 1995, núm. 5, págs. I, 1347-1349. (R.D.R.)

64. ATER: «Le caractère aléatoire du contract d'assurance», RDS, 1995 núm. 14, págs. 217-220.

Comentario a la sentencia de casación civil, sección 1.^a, de 8 de julio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

65. ATHIAS: «Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi)», RDS, 1995, núm. 17, págs. 125-128.

La prolongación de las obligaciones. La estabilidad del crédito, la promesa de estabilidad del empleo. Naturaleza del empeño: justificaciones generales, la justificación específica. (ARANDA/SIERRA)

66. AZZARO, A.M.: «Appunti in tema di irreparabilità del danno da demolizione di fabbricato — nota a Trib. Roma 20 marzo 1995 (ord.)», GC, 1995, núm. 10, págs. I, 2547-2554. (R.D.R.)

67. B.M.: «L'application des contrats types aux transports routiers de marchandises», RDS, 1995, núm. 13, págs. 206-207.

Nota a la sentencia de casación comercial de 28 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

68. BALDUZZI, M.: «La liberalizzazione delle tariffe relative alla assicurazione obbligatoria R.C. auto e natanti», NLCC, 1995, núm. 5, págs. 1128-1132.

Breve análisis de los arts. 6.3, 29, 39, y 57.1 de la Directiva 92/49/CEE, de 18 de junio de 1992, coordinada con el art 1.21 de la ley de 24 de diciembre de 1993, n. 537 y con el d.m. de 18 de febrero de 1994, en relación con la liberalización de las tarifas de los seguros obligatorios. (R.D.R.)

69. BARENGHI, A.: «Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 202-212.

Comentario a BVerfG de 19 de octubre de 1993, I BVR 567/89 y 1044/89 en materia de contratos. (A.R.G.)

70. BARONE, C.: «Esercitazioni scolastiche e arbitrato (osservaz. a Cass. 4 de ottobre de 1994, núm. 8046)», FI, 1995, núm. 5, I, págs. 1520-1526.

Crítica a la opinión jurisprudencial de que la validez del laudo arbitral no depositado en tiempo se puede salvar legitimando a la parte vencedora del conflicto a accionar el cumplimiento. (G.D.-P.G.)

71. BATTAGLIA, C.: «Rilievi critici in tema di mandato e regime di circolazione dei beni giuridici —nota a Cass. 7 dicembre 1994 n. 10522», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2166-2168. (R.D.R.)

72. BAUER, G.: «Die Rechtsprechung zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) im Jahre 1994», NJW, 1995, págs. 1390-1394, y 1464-1467.

La jurisprudencia sobre condiciones generales en materia de contratos de seguro, en el año 1994. (M.P.G.R.)

73. BELLANTUONO, D.: «Cessazione dell'attività di allevamento del bestiame da parte dell'affittuario, risoluzione del contratto di affitto per grave inadempimento e garanzia del soddisfacimento del credito del cedente (Nota a Cass. 28 marzo 1995, n. 3599)», FI, 1995, núm. 7-8, págs. 2128-2139. (G.D.-P.G.)

74. BELOT: «Baux professionnels. Sous-locations prohibées et cabinets groupés», GP, 1995, núm. 265-266, págs 6-11.

Estudia los motivos de la sentencia de la Corte de París, sala 6.^a B de 16 de diciembre de 1994, comparados con la jurisprudencia existente. (ARANDA/SIERRA)

75. BELVEDERE, A.: «Il fantasma della esposizione debitoria e il contratto "a danno di terzi"», NGCC, 1995, núm. I, parte primera, págs. 13-24.

Comentario a la sentencia de Apelación de Torino de 14 de junio de 1994 y a la sentencia del Tribunal de Briella de 13 de enero de 1993 sobre contratos, en concreto, el contrato a favor de tercero y su rechazo. (A.R.G.)

76. BENABENT: «Promesse de mariage: le dialogue préalable à la rupture n'est pas obligatoire», RDS, 1995, núm. 17, págs. 251-252.

Nota a casación civil sección 1.^a de 4 de enero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

77. BENATTAR-ANGIBAU: «Sur la limite des mesures prises par le locataire commercial susceptibles de faire échecs au droit de repentir du bailleur», RDS, 1995, núm. 22, págs. 314-315.

Nota a apelación de París de 20 de septiembre de 1994 sobre el art. 32 del decreto 53-960 de 30 de septiembre de 1953. (ARANDA/SIERRA)

78. BENATTI, F.: «Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali», FI, 1994, núm. 3, págs. 1101-1107.

A raíz de una sentencia inglesa de la Cámara de los Lores, se estudia la responsabilidad derivada del incumplimiento de los pactos convenidos en los tratos preliminares. (G.D.-P.G.)

79. BIANCA, C.M., GIARDINA, A. y OTROS: «Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», NLCC, 1995, núm. 5, págs. 901-1127.

Extenso comentario sobre las leyes aplicables a las obligaciones contractuales, con motivo de la Convención de Roma de 19 de junio de 1980, con la que se pretende la unificación de la normativa contractual, y salvar los conflictos de leyes.

Reflexiones en torno a la distinción de responsabilidad precontractual y concurso de responsabilidad contractual y extracontractual, y la importancia de la capacidad de las partes contratantes. Observaciones sobre los requisitos y diferentes cuestiones conexas a la obligación contractual, y el problema de aplicación de normas internacionales en consonancia con el Ordenamiento jurídico italiano: cuestiones de Derecho internacional privado. (R.D.R.)

80. BIANCA, M.: «Giornata di studio sul *trust*», RDC, 1995, núm. 3, parte seconda, págs. 335-336.

Nota informativa de la Jornada de estudio del *Trust*, realizada por el Instituto de estudios jurídicos de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Perugia. (R.D.R.)

81. BONOFILIO A.: «Il contratto d'albergo ed il contratto di deposito alberghiero —nota a Cass. 22 febbraio 1994 n. 1684», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2222-2227. (R.D.R.)

82. BONTEMPI, P.: «La responsabilità della banca per il fatto del dipendente e nelle operazioni di bancogiro», NGCC, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 778-784.

Comentario a Cass. de 9 de agosto de 1994 n. 7348 en materia de responsabilidad civil. (A.R.G.)

83. BOULANGER: «Le contrôle des comptabilités informatisées: éléments de responsabilité des utilisateurs et des experts-comptables», GP, 1995, núm. 298-299, págs. 14-19.

Régimen fiscal de las contabilidades informáticas. Modalidad de control. Responsabilidad del contable en la informatización de la empresa: supuestos. (ARANDA/SIERRA)

84. BOZZA, G.: «Le obbligazioni solidali e i crediti condizionali nel fallimento», CI, 1994, núm. 3, págs. 1221-1268.

Análisis de la disciplina de la solidaridad pasiva en la quiebra y de la normativa civil y mercantil que la regula, especialmente el régimen jurídico aplicable del fiador del quebrado (art. 63). (G.D.-P.G.)

85. BRANE/BRANE/KERLANN: «Squat et droit au logement», GP, 1995, núm. 251-255, págs. 3-8.

Nota a la sentencia de casación civil de 1 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

86. BRANLARD: «Menu correctionnel et de police», GP, 1995, núm. 316-318, págs. 2-7.

Confianza del cliente en la carta de los restaurantes, en cuanto a la calidad y origen de los alimentos. Problemas del error del consumidor. Abusos. (ARANDA/SIERRA)

87. BRAULT: «Baux commerciaux: sur la notion de bail à périodes et la validité d'une clause entraînant à défaut de congé la reconduction d'un bail de neuf ans par période triennale», LC, 1995, núm. 7-8, págs. 1-2.

La modificación del arrendamiento por períodos introducida por la ley de 12 de mayo de 1965. Su visión jurisprudencial. (ARANDA/SIERRA)

88. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 5 (avril), págs. 6-13.

Notas a diversas sentencias en la materia, con especial referencia a los problemas de estacionamiento y de reunión de dos locales aislados de dos arrendamientos diferentes. (ARANDA/SIERRA)

89. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 6, págs. 8-12.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Momento de contar el plazo de «forclusión» y la variación de más del 10%. (ARANDA/SIERRA)

90. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 10 (octubre), págs. 6-11.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Transformación de habitaciones en comedores en un arrendamiento mixto; retracto del arrendatario. (ARANDA/SIERRA)

91. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 3-4, págs. 10-14.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Especialmente relativas a la aplicación de la ley de 25 de enero de 1985 (art. 37) y trabajos realizados a cargo del futuro arrendatario. (ARANDA/SIERRA)

92. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 1, págs. 7-10.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios, con especial referencia a los criterios de distinción de estos arrendamientos y el plazo dado al arrendatario para pedir la suspensión de la cláusula resolutoria. (ARANDA/SIERRA)

93. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 2, págs. 6-11.

Notas a diversas sentencias en la materia, con especial referencia a los problemas de encargo de cobro de los arrendamientos vencidos por orden judicial y renovación después de solicitar la extinción. (ARANDA/SIERRA)

94. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 11, págs. 7-12.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Resolución judicial del arrendamiento. Indemnización por evicción al arrendatario. Resolución por falta de pago. (ARANDA/SIERRA)

95. BRAULT/MUTLLET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 7-8, págs. 8-14.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Indemnización por evicción en caso de transmisión del fundo; entrega de llaves; obligaciones del cedente de un arrendamiento. (ARANDA/SIERRA)

96. BRAULT/MUTELET: «Bail commercial», LC, 1995, núm. 9, págs. 6-10.

Notas a diversas sentencias sobre arrendamientos de local de negocios. Subarrendamiento. Notificación antes del desahucio. (ARANDA/SIERRA)

97. BREBAN: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París de 2 de febrero de 1995, sección 5.^ª A, sect. B», GP, 1995, núm. 298-299, págs. 23-26.

Nota a la sentencia citada sobre contrato de venta. Leasing. (ARANDA/SIERRA)

98. BRECCIA, U.: «Nozione di reciprocità e divieti di compensazione: fra dualità delle persone (pubbliche e private) e dualità dei patrimoni», NGCC, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 125-132.

Comentario a la sentencia de casación de 30 de mayo de 1994, n. 5273. Esfera de aplicación de la figura de la compensación como instituto del derecho civil común a sujetos públicos y privados. (A.R.G.)

99. BRUNETTA D'USSEAUX, F.: «Sulla responsabilità dell'albergatore per le cose portate in albergo», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 175-178.

Comentario a Cass. de 22 de febrero de 1994, n. 1684 sobre responsabilidad civil. (A.R.G.)

100. BRÜSSELBACH, CH.: «Vorvertragliche Rechtspflichten als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung», IUS, 1995, págs. 21-24.

Deberes jurídicos precontractuales como medida de efecto equivalente en el sentido del art. 30 del Tratado de la Comunidad Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 1993. (M.P.G.R.)

101. CANESSA, N.: «Donazione di azioni di s.p.a. non in forma scritta e sua configurabilità come donazione indiretta», NGCC, 1995, núm. 4, págs. 697-700.

Comentario a Cass. de 1 de agosto de 1994 n. 7160 sobre contrato a favor de tercero. (A.R.G.)

102. CAPECCHI, M.: «La gestione del maneggio e la responsabilità civile», NGCC, 1995, núm. 2, págs. 401-405.

Comentario a Cass. de 11 de febrero de 1994 núm. 1380 en materia de responsabilidad civil. (A.R.G.)

103. CAPORALE, F.: «Sulla impugnazione per errore del lodo arbitrale irriuale», CI, 1994, núm. 3, págs. 1204-1219.

El error que por regla general viene considerado por la jurisprudencia como causa de impugnación del laudo arbitral es únicamente aquél que versa sobre la percepción de los hechos por parte del árbitro. Asumen relevancia solamente los vicios relativos a la falsa representación de la realidad y no aquellos inherentes a la valoración de las pruebas realizada por el árbitro o a la oportunidad de las decisiones adoptadas para la solución de la controversia. (G.D.-P.G.)

104. CARBONE, L.: «Criteri di liquidazione delle competenze professionali (a carico del cliente e del soccombente); contributo integrativo ed imponible Iva) (Nota a Cass. 19 agosto 1994, n. 7438)», FI, 1995, núm. 4, I, págs. 1244-1250.

Análisis de la jerarquía de criterios existentes en el art. 2233 c.c. para determinar y liquidar los honorarios de los profesionales de la abogacía a cargo de los clientes y de la parte adversaria en el pleito. (G.D.-P.G.)

105. CARBONE, V.: «Rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario», C.I., 1994, núm. 3, págs. 1159-1178.

Análisis crítico de la Ley de 5 de enero de 1994, núm. 25 sobre el arbitraje privado y las relaciones entre el juicio arbitral y el juicio civil ordinario. (G.D.-P.G.)

106. CASINI, F.: «Una decisione innovativa della Cassazione sulla responsabilità degli insegnanti — nota a Cass. 3 marzo 1995 n. 2463», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2097-2100. (R.D.R.)

107. CASO, R.: «La Cassazione, la macchina del tempo e la risarcibilità iure ereditario del danno (biologico) da lesioni mortali (Nota a Cass. 27 dicembre 1994, n. 11169 e 6 ottobre 1994, n. 8177)», FI, 1995, núm. 6, I, págs. 1854-1865.

Comentario a la doctrina jurisprudencial reciente que asienta que es transmisible a los herederos el derecho al resarcimiento de los danos no patrimoniales, aún en el caso de que no sea punible el delito de lesiones, porque haber quedado absorbido por el de homicidio dada la posterior muerte del lesionado. (G.D.-P.G.)

108. CENNI, D.: «Il contratto preliminare ad effetti anticipati», *FI*, 1994, núm. 3, págs. 1108-1142.

Estudio de la naturaleza jurídica de frecuentes cláusulas que se vienen insertando en los contratos preliminares de compraventa de inmuebles según las cuales los contratantes se obligan a ejecutar inmediatamente las prestaciones que serán objeto del definitivo contrato (pago integral o parcial del precio pactado, puesta a disposición del futuro adquirente del bien prometido) y que la jurisprudencia italiana viene denominando «contratto preliminare ad effetti anticipati». (G.D.-P.G.)

109. CEROLINI, P.: «Sull'assunzione dell'impegno ad eliminare i vizi della cosa venduta —nota a Cass. 29 dicembre 1994 n. 11281», *GC*, 1995, núm. 9, págs. I, 2160-2163. (R.D.R.)

110. CHAROLLOIS: «Responsabilité civile du fait des choses et notion de transfert de la garde de la chose impliquée», *RDS*, 1995, núm. 22, págs. 315-317.

Nota sobre el Tribunal de gran instancia de Perigeux de 20 de julio de 1994 sobre extinción de la obligación contractual de garantía. Transmisión del deber de cuidado y falta de la víctima. (ARANDA/SIERRA)

111. CHARTIER: «Réparation de préjudice et fiscalité», *RDS*, 1995, núm. 14, págs. 220-221.

Nota a la sentencia de casación civil, sección 2.^a de 16 de noviembre de 1994 sobre responsabilidad civil. Perjuicio patrimonial. Reparación del daño y su evaluación. (ARANDA/SIERRA)

112. CHINÈ, G.: «Il mero "interessamento" all'acquisto come promessa del fatto del terzo ovvero in tema di rapporti tra promessa del fatto del terzo e contratti di garanzia —nota a Trib. Ancona 11 novembre 1994», *GC*, 1995, núm. 6, págs. I, 1658-1662. (R.D.R.)

113. CITARELLA, G. y ZIVIZ, P.: «Il danno per la morte dell'animale d'affezione», *NGCC*, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 786-790.

Comentario a Conc. Udine de 9 de marzo de 1995 sobre resarcimiento del daño sufrido por el propietario. (A.R.G.)

114. COLLART-DUTILLEUL/DERRUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», *RDIm.*, 1995, núm. 3, págs. 386-392.

Anotaciones a sentencias sobre el contrato de arrendamiento de vivienda y el de locales comerciales. (ARANDA/SIERRA)

115. CONIO, E.: «Effetti dell'applicazione del principio generale di correttezza e buona fede sull'estensione dei doveri professionali del notaio, con particolare riferimento all'obbligo di procedere alle misure ipotestali», *NGCC*, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 573-579.

Comentario a Cass. de 22 de marzo de 1994 n. 2699 sobre responsabilidad civil del notario. (A.R.G.)

116. CONSOLO, C.: «Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento», *RDC*, 1995, núm. 3, parte prima, págs. 299-345.

Tratamiento de la figura de resolución del contrato por incumplimiento del artículo 1453 c.c., en relación con la disciplina procesal, artículo 183 c.p.c. (R.D.R.)

117. CONTE, M.: «Dovere d'informazione e danno biologico: uno strano connubio», *DFP*, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 662-673.

Comentario a la sentencia 13 de diciembre de 1994 del Tribunal de Roma sobre responsabilidad del médico. (A.R.G.)

118. COSENTINO, N.: «Presupposizione e sopravvenuta inefficabilità dei suoli (Nota a Cass. 28 agosto 1993, n. 9125)», *FI*, 1995, núm. 5, I, págs. 1601-1609.

Análisis de la aplicación de la figura de la presuposición del contrato a los problemas de compatibilidad entre el programa contractual y el cambio sobrevenido del régimen de edificabilidad del suelo de que es objeto el contrato. (G.D.-P.G.)

119. COSTANZA, M.: «Vendita di sostanze alimentari e tutela del consumatore», *DFP*, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 742-749.

Texto desarrollado en el ámbito de un convenio dedicado a la tutela del consumidor en Fisciano los días 21 y 22 de octubre de 1994, relacionado con la legislación alimentaria. (A.R.G.)

120. COSTANZA, M.: «Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata — nota a Cass. 22 dicembre 1994 n. 11032», *GC*, 1995, núm. 5, págs. I, 1238-1239. (R.D.R.)

121. COSTANZA, M.: «Interpretazione del contratto», *RDC*, 1995, núm. 4, parte seconda, págs. 345-350.

Notas de información legal, doctrinal y jurisprudencial en torno a los criterios de interpretación contractual. (R.D.R.)

122. COSTANZA, M.: «L'assicurazione fideiussoria non è una fideiussione — nota a Cass. 4 aprile 1995 n. 3940», *GC*, 1995, núm. 10, págs. I, 2418-2421. (R.D.R.)

123. COSTANZO, P.: «Titolarità iure proprio e iure successionis del diritto al risarcimento del danno biologico da morte», *GC*, 1995, núm. 9, págs. II, 377-397.

Breve análisis del derecho de resarcimiento por daño biológico de muerte del cónyuge. Naturaleza jurídica y causa de la titularidad del derecho de resarcimiento. (R.D.R.)

124. COURTIEU: «L'assurance, au rapport!», *GP*, 1995, núm. 281-283, págs. 2-4.

Se intenta contestar a la pregunta de si la seguridad jurídica tiene un único sentido y si en la búsqueda de la seguridad jurídica la jurisprudencia no pasa de la simplicidad al simplismo. Puesta en jaque de la protección de los intereses de los particulares. (ARANDA/SIERRA)

125. CROZE/MOREL: «Nota a la sentencia de casación de 7 de diciembre de 1994, sección 2.º civil, sobre derecho de retracto. Gastos y mejoras», *GP*, 1995, núm. 300-301, pág. 21. (ARANDA/SIERRA)

126. DAGORNÉE-LABRE: «La clause prévoyant un minimum forfaitaire à la rémunération du factor n'est ni abusive, ni pénale», *RDS*, 1995, núm. 18, págs. 264-266.

Nota a la Corte de apelación de París de 13 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

127. DAGORNÉE-LABBE: «La résolution de la rente viagère et l'indemnisation du préjudice en résultant pour le credentier», *RDS*, 1995, núm. 29, págs. 405-406.

Nota a casación civil, primera, de 4 de enero de 1995. El juez debe apreciar si hubo o no retraso en el cumplimiento para conceder la resolución. (ARANDA/SIERRA)

128. D'AMICO, P.: «Danno biologico da morte e danno psichico», RDC, 1995, núm. 3, parte seconda, págs. 311-329.

Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano, sez. 12.^a civile, 2, settembre 1993, n. 8166.

Reflexión acerca de la responsabilidad por daño psicofísico y posibilidad de indemnización a favor del cónyuge. Resarcimiento del daño moral y del daño a la salud: Problemas de causalidad y de legitimación. (R.D.R.)

129. DAMIEN: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Versalles de 20 de setiembre de 1995», GP, 1995, núm. 321-322, págs. 22-24.

La responsabilidad profesional del abogado. (ARANDA/SIERRA)

130. DAMIEN: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Amiens, secciones 1.^a y 2.^a reunidas, de 28 de febrero de 1995», GP, 1995, núm. 321-322, págs. 14-22.

Sanción disciplinaria del abogado por interés contrapuesto con el cliente. (ARANDA/SIERRA)

131. D'AQUINO, F.: «Alienazioni in garanzia, schiaccianoci e patti commissori (nota a Cass. 28 settembre 1994, n. 7890 e 27 settembre 1994, n. 7438)», FI, 1995, núm. 4, I, págs. 1229-1239.

Se estudian las formas de desvelar los ocultos pactos comisorios en garantía del cumplimiento de determinados contratos, criticándose la idoneidad de la acción de simulación tan practicada. (G.D.-P.G.)

132. DE MARTINI, C.: «Determinazione o determinabilità del pegno e fallimento», CI, 1994, núm. 3, págs. 1269-1288.

Análisis del art. 1346 sobre los requisitos del objeto del contrato y su aplicación jurisprudencial al llamado «pegno omnibus» o prenda constituida por el deudor a favor del acreedor de determinados bienes para garantizar todas sus deudas presentes o futuras o de bienes indeterminados para garantizar una deuda concreta. (G.D.-P.G.)

133. DE MARZO, G.: «Debiti di valore e "overcompensation" (Nota a Cass. 17 febbraio 1995, n. 1712)», FI, 1995, núm. 5, I, págs. 14701473.

Desde 1990 el cálculo de los intereses de la deuda surgida de la indemnización de los daños se realizaba teniendo como criterio el día del hecho lesivo y aplicando las reglas de la devaluación año por año. Tras la entrada en vigor de la Ley 353 de 26 de noviembre que fija el interés en un 10%, el sistema tradicional del cálculo de los intereses es incongruente. (G.D.-P.G.)

134. DE MARZO, G.: «A proposito di un *obiter dictum* della sezione lavoro in tema di rivalutazione e interessi nei debiti di valore (Osservaz. a Cass. 19 maggio 1995, n. 5525)», FI, 1995, núm. 10, I, págs. 2830-2843.

Crítica a los intentos jurisprudenciales de unificar el tratamiento de las deudas de valuta y las de valor y del fundamento y las consecuencias económicas de la técnica tradicional de liquidación. (G.D.-P.G.)

135. DE TILLA, M.: «Mutamento d'uso e legittimo rifiuto del canone — nota a Cass. 16 maggio 1994 n. 4750», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1629-1631. (R.D.R.).

136. DEL BENE, F.: «Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti: l'ipotesi del fallimento del concedente nel contratto di leasing», GC, 1995, núm. 9, págs. II, 403-424.

Observaciones acerca de la regulación de los efectos producidos por la declaración de quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes, y en particular sobre los di-

ferentes supuestos de leasing. Determinación de la normativa aplicable y orientación jurisprudencial. (R.D.R.).

137. DELGA: «Le consommateur serait-il devenu moins intelligent?», GP, 1995, núm. 256-257, págs. 2-7.

Influencia del marketing en el consumidor. Extension de la noción de falta y de perjuicio en la jurisprudencia. El concepto de consumidor medio como destinatario. Indulgencia de los tribunales con las empresas. (ARANDA/SIERRA)

138. D'ERCOLE, S.: «Sull'alienazione in garanzia», CI, 1995, págs. 228-260.

Examen de las operaciones de garantía, especialmente de la figura de la enajenación (cesión) de derechos en garantía del cumplimiento de una deuda. Si la relación entre acreedor y deudor preexistía a la enajenación las partes pueden configurarla como una *datio in solutum* condicionada al cumplimiento de la obligación originaria, si no, pueden mantener la obligación garantizada considerando la transferencia del derecho como un acto traslativo dirigido a reforzar económicamente la posición del acreedor. (G.D.-P.G.)

139. DERRIDÁ: «Redressement et liquidation judiciaires: desaisi, le débiteur en liquidation judiciaire, n'a pas de droit propre pour former un appel nullité du jugement relevant de la fortclusion un créancier retardataire», RDS, 1995, núm. 26, pág. 373.

Nota a sentencia de casación comercial de 14 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

140. DION: «La responsabilité de l'exploitant d'un park de stationnement souterrain», RDS, 1995, núm. 14, págs. 214.

Nota a la sentencia de casación civil de 23 de febrero de 1994 sobre apreciación ambigua del riesgo aleatorio. El contrato aleatorio en su resultado. (ARANDA/SIERRA)

141. DREYER: «Le document: enfin un critère général d'assujettissement à l'obligation de dépôt legal?», GP, 1995, núm. 256-257, págs. 8-11.

El documento como soporte de información para el depósito legal. La ley de 20 de junio de 1992: su contenido, destino al público. (ARANDA/SIERRA)

142. ENGEL, CH.: «Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln», JZ, 1995, págs. 213-218.

El Derecho civil pretende establecer la justicia entre los ciudadanos. El legislador puede instrumentalizar algunos de los institutos, especialmente el Derecho de la responsabilidad, también con propósitos de política económica. Este artículo descubre cuándo este propósito es acertado y fija sus fronteras constitucionales. (M.P.G.R.)

143. FABIANI, M.: «Fallimento del promittente venditore, diritto a la casa y tutela dei creditori: un conflitto che non può essere mediato (Nota a Cass. 27 agosto 1994, n. 7544 e 26 agosto 1994, n. 7522)», FI, 1995, núm. 5, I, págs. 1540-1545.

En los últimos años se está asistiendo a un significativo aumento de quiebras de empresas de construcción y de sociedades inmobiliarias y en la ley sobre el procedimiento de quiebra no existe norma alguna que regule la suerte de los precontratos de compraventa cuando la quiebra del promitente vendedor sobreviene antes de perfeccionar el contrato definitivo. (G.D.-P.G.)

144. FERRANDO, G.: «Contratti collegati: il caso del credito al consumo», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 305-309.

Comentario a Cass. de 20 de febrero de 1994 n. 474 respecto al contrato de consumo. Efectos que el incumplimiento del vendedor y, por tanto la resolución del contrato de compraventa, provoca sobre el contrato de financiación. (A.R.G.)

145. FERRO, G.B.: «Il problema dell'etero-integrazione della disciplina positiva riguardante le cause di nullità del contratto», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 215-221.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Sanremo de 21 de febrero de 1995 sobre ilicitud de causa «contra legem». (A.R.G.)

146. FISCEL: «La rédaction d'actes par les experts-comptables», GP, 1995, núm. 309-311, págs. 6-7.

Obligación de los profesionales de actuar diligentemente en su actividad. Obligación de redactar un documento: información y sus formas. Actividades cubiertas por el seguro obligatorio y las no cubiertas. (ARANDA/SIERRA)

147. FREYRIA: «L'assurance de responsabilité civile du "management"», RDS, 1995, núm. 16, págs. 120-124.

La práctica de seguro de responsabilidad indirecta. Régimen de exclusiones del seguro. (ARANDA/SIERRA)

148. FRISON-ROCHE: «Remarques sur la distinction sur la volonté et du consentement en droit des contrats», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 573-578.

La distinción de la voluntad y el consentimiento permite la evolución del derecho de contratos. (ARANDA/SIERRA)

149. GANDOLFI, G.: «Interpretazione del bilancio e principio di conservazione», RDC, 1995, núm. 3, parte seconda, págs. 269-276.

Aproximación al principio de conservación de los contratos, con ocasión de la sentencia de la Corte de cass. de 28 de junio-21 de agosto de 1950, n. 2516, relativa a la interpretación de balances. (R.D.R.)

150. GATT, L.: «I donni fatti a causa della promessa di matrimonio: natura giuridica e limiti al diritto di restituzione», RDC, 1995, núm. 4, parte seconda, págs. 383-410.

Comentario a la Sent. Cass. I Sez. 8 de febbraio de 1994, n. 1260, afrontando el problema de los límites de la tutela restitutoria de los bienes donados por causa de matrimonio, y su naturaleza jurídica. (R.D.R.)

151. GAUTIER: «Contrats speciels», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 644-650.

Sentencias relativas al contrato de venta y al de mandato. (ARANDA/SIERRA)

152. GENGHINI, R.: «Patto commissorio e procura a vendere», CI, 1995, núm. 1, págs. 260-291.

Análisis de la venta *fiduciae causa* o con fines de garantía y su realización como negocio en fraude de la norma que prohíbe el pacto comisorio. (G.D.-P.G.)

153. GIOVANNUCCI ORLANDI, C.: «L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire», CI, 1994, núm. 3, págs. 1179-1203.

Reflexiones en torno a la deontología arbitral con especial referencia al tema de la imparcialidad del árbitro. (G.D.-P.G.)

154. GRIGOLI, M.: «In tema di innavigabilità della nave assicurata —nota a Cass. 10 maggio 1995 n. 5123», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2036-2037. (R.D.R.)

155. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, L.: «Sulla esperibilità della exceptio inadimpleti contractus da parte dell'appaltatore di opera pubblica —nota a Cass. 18 novembre 1994 n. 9794», GC, 1995, núm. 10, págs. I, 2491-2501. (R.D.R.)

156. GROSLIÈRE/SAINT-ALARY HOUIN: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 336-345.

El contrato preliminar de venta de inmueble. Promesa de venta. Notas jurisprudenciales. (ARANDA/SIERRA)

157. H.V.: «Nota a la sentencia de la Corte de casación, sección comercial, económica y financiera, de 1 de marzo de 1994», GP, 1995, núm. 256-257, págs. 12-13. (ARANDA/SIERRA)

158. HEINRICHTS, H.: «Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1994», NJW, 1995, págs. 1395-1403.

Exposición del desarrollo jurisprudencial en materia de condiciones generales de los contratos en el año 1994. (M.P.G.R.)

159. HEINRICHS, H.: «Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung», NJW, 1995, págs. 153-159.

Desarrollo de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores mediante la interpretación y ampliación del ámbito de aplicación del control sobre el contenido.

El artículo pone de manifiesto la polémica que en Alemania se ha desatado en torno al desarrollo o trasposición de la Directiva 93/13/CEE. La razón se encuentra en la existencia de una de las pioneras leyes sobre condiciones generales de los contratos que no se solapa fielmente con los objetivos de la Directiva. La opción entre una nueva ley sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o una forma de la actual AGBG parece en este momento inclinarse por la segunda de las alternativas. No obstante, y ante la ausencia de norma positiva, el autor pone de manifiesto los medios (fundamentalmente interpretativos) que están al alcance del jurista para respetar de facto y desde el 1 de enero de 1995 el contenido de la Directiva. (M.P.G.R.)

160. HINFRAY: «La réforme des procédures collectives: les nouveaux droits des créanciers», GP, 1995, núm. 216-217, págs. 3-7.

La reforma sufrida con la ley 94-475 de 10 de junio de 1994. Información de los acreedores. Declaración de créditos privilegiados y su pago. Cesión de bienes gravados con garantía. Persecución y venta. (ARANDA/SIERRA)

161. HONSELL, H.: «Produkthaftungsgesetz und allgemeine Deliktshaftung», IUS, 1995, págs. 211-215.

El artículo desarrolla las soluciones jurídicas de la Ley de Responsabilidad por los productos defectuosos («Produkthaftungsgesetz»), que está en vigor desde el 1 de enero de 1990, y los problemas que plantea la concurrencia de acciones entre las previstas en la misma y las soluciones genéricas de los §§ 823 y siguientes del BGB. (M.P.G.R.)

162. HORN, N.: «Culpa in contrahendo», IUS, 1995, págs. 377-387.

El artículo representa un acabado desarrollo de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes de la figura, muy importante en Derecho alemán, de la *culpa in contrahendo*. El autor parte del análisis de su concepto y fundamento jurídico, presenta los desarrollos dogmáticos de la doctrina y la jurisprudencia sobre la figura, así como sus consecuencias jurídicas. Expone lo que a su juicio son dos casos importantes de aplicación de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*: la responsabilidad personal del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada y la responsabilidad frente al inversor de un capital, y finaliza con la típica y debatida cuestión acerca de la naturaleza jurídica (contractual, extracontractual, responsabilidad por la confianza) de la *culpa in contrahendo*. (M.P.G.R.)

163. IOFREDI, V.: «Mancata apposizione del termine e obbligo di restituzione della cosa nel contratto di comodato», NGCC, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 468-471.

Comentario a Cass. de 22 de marzo de 1994 n. 2750 en materia de contrato de comodato. (A.R.G.)

164. IZZO, N.: «In tema di nullità parziale della locazione nel caso di patto in deroga stipulato senza l'assistenza delle organizzazioni sindacali di categoria —osservazione a Pret. Roma 27 de aprile de 1995 (ord) e Pret. Parma 6 de aprile de 1995», GC, 1995, núm. 10, págs. I, 2558-2560. (R.D.R.).

165. IZZO, N.: «La disdetta contestuale al contratto di locazione —nota a Cass. 15 maggio 1995 n. 5314», GC, 1995, núm. 10, págs. I, 2382-2384. (R.D.R.).

166. IZZO, N.: «Locazioni transitorie: la rilevanza della conoscenza del locatore e la compatibilità con i patti in deroga —nota a Cass. 13 giugno 1994 n. 5722, Cass. 29 dicembre 1993 n. 12947, Trib. Milano 12 gennaio 1995, Pret. Bologna 16 marzo 1995», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1613-1620. (R.D.R.).

167. IZZO, N.: «Verso una disciplina collettiva delle locazioni urbane?», GC, 1995, núms. 7-8, págs. I, 337-347.

Observaciones sobre la iniciativa parlamentaria de crear una nueva normativa colectiva de arrendamientos urbanos, que prevé la prórroga legal por un tiempo determinado de la duración del arrendamiento, y criterios generales de determinación del canon arrendaticio. (R.D.R.)

168. J.G.M.: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Versailles, sección 12, de 8 de diciembre de 1994», GP, 1995, núm. 309-311, págs. 14-17. (ARANDA/SIERRA)

169. J.P.S./F.D.: «Action directe ou cautionnement? Nature de la garantie financière incombant aux organismes professionnels», RDS, 1995, núm. 24, págs 346-347.

Comentario a la sentencia de casación civil, 2.ª, de 22 de febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

170. JAMIN: «La clause résolutoire insérée dans un contrat de prêt immobilière n'est pas acquise si elle est exécutée de mauvaise foi par le banquier», RDS, 1995, núm. 27, págs. 389-390.

Notas a la sentencia de casación civil, 1.ª, de 31 de enero de 1995 sobre el art. 1134-3.º del C.c.. Retardo en el cumplimiento. Intereses legales. (ARANDA/SIERRA)

171. JAMIN: «Cession de contrat et consentement du cédé», RDS, 1995, núm. 17, págs. 131-132.

Acerca de la cesión de contratos y el principio de solución. (ARANDA/SIERRA)

172. JÉGOUZO/LAMARQUE/JAMAY: «Environnement», RDim., 1995, núm. 3, págs. 286-294.

Notas a diversas sentencias sobre medio ambiente y polución. Protección del patrimonio artístico y cultural. Responsabilidad. (ARANDA/SIERRA)

173. JEOL: «La fin d'un débat bicentenaire: en cas de «palinodie judiciaire», pas d'intérêts moratoires sur les sommes déjà versées», RDS, 1995, núm. 17, págs. 251-252.

Nota a la casación civil, pleno, de 3 de marzo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

174. JOURDAIN: «Nouveaux développements de l'obligation de sécurité: obligation de sécurité extra-contractuelle et responsabilité contractuelle du fait des choses», RDS, 1995, núm. 25, págs. 350-355.

Nota a casación civil, 1.ª, de 17 de enero de 1995 sobre la responsabilidad del vendedor profesional por productos con defectos de fabricación. Su responsabilidad y la del fabricante. Subrogación. (ARANDA/SIERRA)

175. JOURDAIN: «Responsabilité civile», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 626-643.

Notas a sentencias sobre condiciones y seguro de responsabilidad civil. (ARANDA/SIERRA)

176. KANZLEITER, R.: «Der Blick in die Zukunft als Voraussetzung der Vertragsgestaltung», NJW, 1995, págs. 905-910.

La contemplación del futuro como presupuesto de la formación del contrato.

El artículo plantea el problema de la distinta metodología jurídica que comporta la labor de decisión o juicio sobre una situación jurídica (o de hecho, jurídicamente impregnada), estrictamente delimitada (actividad de decisión jurídica) y la labor de creación o formación de una realidad contractual con efectos pro futuro que implican una mayor atención a los acontecimientos inciertos. (M.P.G.R.)

177. KARILA DE VAN: «Le droit de nuire», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 533-558.

El derecho de dañar inherente a ciertas actividades. Prioridad sobre otros derechos. Análisis de diversas situaciones: fundamentos, límites y reparación. Ventajas teóricas y prácticas del reconocimiento de esos derechos. (ARANDA/SIERRA)

178. KARIMI: «Examen de 26 décisions judiciaires en matière de clauses abusives», GP, 1995, núm. 286-287, págs. 2-7.

Dentro de las decisiones que evocan el art. 35 de la ley de 1978, distingue las que de forma explícita manifiestan la inaplicabilidad de este artículo de las que hacen una interpretación extensiva de él y de los que lo invocan en ausencia de norma aplicable. Por otro lado, las decisiones que no evocan este artículo 35 las clasifica según declaren abusiva una cláusula contractual y las que dan un giro a la jurisprudencia anterior. (ARANDA/SIERRA)

179. KRAUSE, R.: «Haftung wegen Auflösungsverschuldens», IUS, 1995, págs. 291-296.

Responsabilidad causada por la resolución culpable del contrato. Comentario a la sentencia del BGH de 1 de diciembre de 1993. (M.P.G.R.)

180. LAMAZE: «Un Monopoly administratif saucé Morland», GP, 1995, núm. 309-311, págs. 8-10.

Transformación de casas en despachos. El art. 631-7 del Código de la construcción y de la vivienda. (ARANDA/SIERRA)

181. LAMAZÈRE: «L'intérêt général. Un test pour l'Europe des assurances», GP, 1995, núm. 281-283, págs. 5-9.

El interés general como noción múltiple. El orden público, disposiciones imperativas de interés general en Derecho interno. El orden público, leyes de policía e interés general en el Derecho internacional. El interés general en el Derecho comunitario. El interés general en las directivas sobre el seguro. La trasposición a los Derechos nacionales del interés general en el sentido de las directivas sobre el seguro. (ARANDA/SIERRA)

182. LAPOYADE DESCHAMPS: «La faute inexcusable d'in piéton», RDS, 1995, núm. 27, págs. 394-397.

Nota a la Corte de apelación de París de 6 de setiembre de 1994 sobre la falta inexcusable. Gravedad. Papel de la falta respecto de la responsabilidad civil. Conciencia o no de la falta. (ARANDA/SIERRA)

183. LEGUAY/DUBOIS: «Assurances», RDim., 1995, núm. 3, págs. 348-356.

Jurisprudencia sobre el seguro de responsabilidad profesional en la construcción. (ARANDA/SIERRA)

184. LEPRI, A.: «Nota a Cass. 29.1. 1994 n. 928», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 223-224.

Comentario a dicha sentencia sobre contrato preliminar. (A.R.G.)

185. LEVORGNIÉ: «Pour une nouvelle lecture des clauses d'inalienabilité», RDS, 1995, núm. 24, págs. 342-346.

Nota a la sentencia de casación civil 1.^a, de 15 de junio de 1994 sobre donación entre vivos. Cláusula de indisponibilidad. Carga de la prueba. El embargo. (ARANDA/SIERRA)

186. LITTBARSKI, S.: «Herstellerhaftung ohne Ende —ein Segen für den Verbraucher?», NJW, 1995, págs. 217-222.

Responsabilidad sin fin del fabricante. ¿Una bendición para el consumidor?

El autor pone de manifiesto los posibles efectos nocivos de una constante ampliación de la responsabilidad del fabricante, incluso para la posición económica y jurídica del consumidor. (M.P.G.R.)

187. LO CASCIO, G.: «L'esercizio di voto da parte dei creditori aventi un diritto di prelazione nel concordato fallimentare e la tutela giurisdizionale -nota a Cass. 15 febbraio 1995, n. 1631», GC, 1995, núm. 5, págs. I, 1185-1188. (R.D.R.)

188. LÜKE, G.: «Grundfragen des Zessionsrechts», IUS, 1995, págs. 90-96.

El artículo plantea cuestiones fundamentales relativas al derecho de cesión de contrato, cuya definición legal se hace en el § 398 del BGB. (M.P.G.R.)

189. MACARIO, F.: «Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva nel preliminare di vendita con consegna anticipata (Nota a Cass. 24 novembre 1994, n. 9991)», F.I., 1995, núm. 11, I, págs. 3263-3281.

Crítica a la doctrina jurisprudencial que mantiene que el promisorio que encuentra vicios después de haber sido puesto en posesión del inmueble objeto del precontrato, no puede ejercitar acumuladamente la acción de ejecución en forma específica del contrato definitivo y la de cumplimiento para lograr la corrección de los vicios encontrados. (G.D.-P.G.)

190. MALINVAUD: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», RDim., 1995, núm. 3, págs. 325-336.

Contratos celebrados por y entre estos profesionales. Su responsabilidad respecto a la obra. (ARANDA/SIERRA)

191. MARGEAT/FAVRE-ROCHEX/CERVEAU: «Assurances», GP, 1995, núm. 230-234, págs. 15-30.

Textos, bibliografía, doctrina, jurisprudencia y comentarios sobre seguros. (ARANDA/SIERRA)

192. MARINELLI, F.: «La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana», *GC*, 1995, núms. 7-8, págs. I, 327-335.

Observaciones en torno a los requisitos de causa y objeto del contrato, teniendo presentes las teorías subjetiva y objetiva de la causa, y su relación con el concepto de negocio jurídico y con el propio objeto del contrato como contenido. (R.D.R.)

193. MARTIN: «Du taux de l'intérêts conventionnel: énième épisode», *RDS*, 1995, núm. 14, págs. 213-214.

Responsabilidad civil contractual por estacionamiento de un automóvil en un parking. Cláusula limitativa de la responsabilidad y naturaleza jurídica de ésta. Incidencia de la cláusula. (ARANDA/SIERRA)

194. MARTIN: «Lieux de la signification d'une saisie-attribution sur les comptes de dépôts ouverts dans une banque», *RDS*, 1995, núm. 18, págs. 271-272.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Douai de 18 de noviembre de 1993. (ARANDA/SIERRA)

195. MARTIN: «L'avoir», *RDS*, 1995, núm. 17, págs. 129-130.

El tener es un poder. El tener es un valor. (ARANDA/SIERRA)

196. MAZEAUD: «Brèves remarqués sur la réforme du droit du surendettement», *RDIm.*, 1995, núm. 3, págs. 227-236.

Reforma de la ley de 31 de diciembre de 1989 por la ley 95-125 de 8 de febrero de 1995. Poderes de la comisión. Creación de una comisión de expertos económicos. Papel del juez. (ARANDA/SIERRA)

197. MAZZAMUTO, S.: «Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva», *C.I.*, 1994, núm. 3, págs. 1097-1101.

Se analizan algunos aspectos conflictivos del proyecto italiano de incorporación de la Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, con especial referencia a la conservación del contrato, tras la nulidad de la cláusula declarada abusiva. (G.D.-P.G.)

198. MERCADANTE, G.: «Sospensione dell'incarico al professionista ex art. 10 l. n. 143 del 1949 e recesso nei contratti di prestazione d'opera professionale - nota ad App. Messina 27 giugno 1994», *GC*, 1995, núm. 10, págs. I, 2538-2544. (R.D.R.)

199. MESTRE: «Obligations en général», *RTDC*, 1995, núm. 3, págs. 618-626.

Notas a sentencias sobre formación del contrato y sus efectos. (ARANDA/SIERRA)

200. MICCOLIS, G.: «Efficacia degli atti di alienazione del bene pignorato appartenente ad un terzo (Nota a Pret. MilanoAbbategrasso, ord. 11 novembre 1993)», *F.I.*, 1995, núm. 5, I, págs. 1691-1697. (G.D.-P.G.)

201. MISCHKE, W.: «Die Garantie im Kaufrecht», *BB*, 1995, págs. 1093-1096.

La garantía en el Derecho de compraventa.

En el presente artículo se analiza la comprensión por parte del comprador del contenido y significado de la llamada «garantía», la garantía comercial y la garantía del productor. (M.P.G.R.)

202. MOISSON DE VAUX: «Comentario a la sentencia de casación comercial de 1 de junio de 1993 sobre distinción entre mandato y depósito. Compensación», GP, 1995, núm. 237-241, pág. 15. (ARANDA/SIERRA)

203. MOISSON DE VAUX: «Comentario a la sentencia de casación comercial de 25 de mayo de 1993 sobre resolución de venta, instalación de alarmas. Deber de información», GP, 1995, núm. 237-241, pág. 17. (ARANDA/SIERRA)

204. MORITZ, K.: «Vertragsfixierung durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben», BB, 1995, págs. 420-423.

Análisis de los problemas materiales y procesales que presenta la celebración del contrato a través de cartas de confirmación del comprador. (M.P.G.R.)

205. MOURALIS: «Opposabilité de l'exception de jure à l'action en paiement d'un chèques sans provisions irrégulièrement escompté par un cercle de jeux autorisé», RDS, 1995, núm. 21, págs. 302-306.

Nota a la sentencia de casación criminal de 14 de noviembre de 1993. Aplicación de los arts. 40 del Decreto 307-1947 y el art. 1965 del C.c. (ARANDA/SIERRA)

206. MÜLLER-LAUBE, H.M.: «Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung», JZ, 1995, págs. 538-545.

Gastos del contrato e indemnización de los daños a causa del incumplimiento.

Los gastos que el acreedor ha hecho en la expectativa de la prestación contractual se transforman en inversiones inútiles cuando el deudor no cumple la prestación. La jurisprudencia considera los gastos inútiles como gastos derivados del incumplimiento sólo bajo la limitada presunción de que el gasto de inversión se hubiera amortizado con una correcta ejecución del contrato, con lo cual la rentabilidad de los gastos se presume. El presente trabajo articula una crítica fundamental a la «Rentabilitätskonzeption». Pone de manifiesto lo falso de sus premisas y postula su abandono. Como alternativa desarrolla un modelo de reparación con fundamento dogmático, que toma en cuenta las legítimas expectativas del acreedor. (M.P.G.R.)

207. NAJJAR: «La validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé», RDS, 1995, núm. 15, págs. 115-116.

Liberalidades encubiertas con actos a título oneroso. (ARANDA/SIERRA)

208. ORLANDI, M.: «Falsus nuntius e falsus procurator», RDC, 1995, núm. 3, parte prima, págs. 347-378.

Reflexión en torno a las figuras del *nuntius* y el *procurator*, analizando los vicios de la falsa representación y las causas de la falsedad del poder. La ratificación. (R.D.R.)

209. PAISANT: «Une nouvelle définition du consommateur protégée contre les clauses abusives», RDS, 1995, núm. 23, págs. 327-329.

Nota a la sentencia de casación civil, 1.ª, de 24 de enero de 1995 sobre exoneración de responsabilidad civil, cláusulas abusivas y protección al consumidor. (ARANDA/SIERRA)

210. PAISANT: «Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n.º 95-96 du 1er. février 1995», RDS, 1995, núm. 14, págs. 99-108.

Cláusulas abusivas. Modo de eliminación. La confirmación implícita y el juego de la autonomía de la voluntad. Ausencia de una lista de cláusulas prohibidas. Presentación e interpretación de los contratos. (ARANDA/SIERRA)

211. PAISANT: «Clauses pénales et clauses abusives après la loi n.º 95-96 du premier février 1995», RDS, 1995, núm. 29, págs. 223-224.

Posibilidad de que las cláusulas penales sean abusivas. Hipótesis y consecuencias del supuesto. Análisis legal y jurisprudencial. (ARANDA/SIERRA)

212. PATTI, S.: «Clauseole vessatorie, clauseole d'uso e necessità dell'approvazione specifica», NGCC, 1995, núm. I, parte primera, págs. 63-66.

Notas a Cass. de 23 de mayo de 1994, n. 5024 en materia de contratos y, en especial, cláusulas abusivas. (A.R.G.)

213. PELLECCIA, E.: «Brevi note in tema di disciplina delle immissioni, tutela della salute e rimedio inibitorio —nota a Trib. Reggio Emilia 28 settembre 1994 (ord)», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1670-1678. (R.D.R.)

214. PENNEAU: «L'anulation d'une clause de remboursement anticipée de un prêt sur le fondement de l'article 1129 du code civil en question», RDS, 1995, núm. 26, págs. 368-372.

Nota a la sentencia de casación civil, primera, de 22 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

215. PIEDELIÈVRE: «Une photocopie peut-elle à la fois valoir comme commencement de preuve et comme écrit?», RDS, 1995, núm. 24, págs. 340-342.

Nota a casación civil, 1.ª, de 14 de febrero de 1995 sobre la eficacia como principio de prueba de una fotocopia. (ARANDA/SIERRA)

216. PIEDELIÈVRE: «Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1.a, de 25 de octubre de 1994 sobre fianza contra el deudor antes del pago», GP, 1995, núm. 237-241, pág. 14. (ARANDA/SIERRA)

217. PINORI, A.: «L'approfittamento dello stato di bisogno nella rescissione per lesione», NGCC, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 691-694.

Comentario a Cass. de 28 de junio de 1994 n. 6204 en materia de contratos. (A.R.G.)

218. PIOMBO, D.: «Sull'ammissibilità di locazioni transitorie, stipulate come conduttore dallo Stato o altro ente pubblico territoriale (Nota a Cass. 4 agosto 1994, n. 7246), FI, 1995, núm. 5, I, págs. 1551-1556.

Se analiza el régimen jurídico y las normas aplicables a los arrendamientos temporales realizados por un organismo público (como arrendatario) por motivos de urgencia y el plazo de duración. (G.D.-P.G.)

219. PIOMBO, D.: «Accordo 5 aprile 1994 in materia di contratti di locazione per esigenze abitative di carattere transitorio tra Comune di Venezia, Confedilizia e Sunia-Sicet-Uniati», FI, 1995, núm. 5, págs. 1556-1560.

Redacción del convenio firmado por el Ayuntamiento de Venecia y dos empresas en materia de arrendamientos por necesidades urgentes de habitación de carácter transitorio. (G.D.-P.G.)

220. PIOMBO, D.: «Patti in deroga all'equo canone: durata del contratto e mancata assistenza delle organizzazioni rappresentative di proprietà edilizia e conduttori (Osservaz. a Pret. Bologna 16 marzo 1995 e Pret. Napoli 16 novembre 1994)», FI, 1995, núm. 6, I, págs. 1975-1984. (G.D.-P.G.)

221. PRÉVAULT: «Le juge aux ordres ne peut ordonner la restitution de fonds perçus à titre de prevision qu'au profit d'un créancier hypothécaire et non des créanciers chirographaires», RDS, 1995, núm. 24, págs. 347-348.

Nota a Corte de apelación de París, de 28 de octubre de 1994 sobre preferencia de acreedores. (ARANDA/SIERRA)

222. PRÉVAULT: «Les actes de saisie-attribution signifiés le même jour ouvert un concours entre les créanciers, à l'exclusion de tout privilèges», RDS, 1995, núm. 15, págs. 233-235.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de San Etienne de 16 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

223. QUADRI, E.: «Profili civilistici dell'usura», FI, 1995, núm. 9, V, págs. 337-354.

Análisis de la figura jurídica de la usura desde la perspectiva del Derecho civil y su regulación en el Código civil. (G.D.-P.G.)

224. RAFFI: «De quelques difficultés d'application de l'article 1792 du Code civil aux travaux de restauration d'un immeuble», RDS, 1995, núm. 19, págs. 279-282.

Nota a casación civil, 3.ª de 30 de marzo de 1994 sobre el contrato de empresas. Responsabilidad civil y garantía decenal. (ARANDA/SIERRA)

225. RAFFI: «Effets de l'altération de la signature de un acte sous-seing privé», RDS, 1995, núm. 29, págs. 406-408.

Nota a casación civil, primera, de 16 de junio de 1993 sobre la prueba de un reconocimiento de deuda. Testimonio. (ARANDA/SIERRA)

226. REGINE, F.: «Prestazione di assistenza e liberalità», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 238-242.

Comentario a Cass. de 10 de marzo de 1994 n. 2351 sobre la distinción entre donaciones remuneratorias y liberalidades de uso. (A.R.G.)

227. REINICKE, D./TIEDTKE, K.: «Bürgschaft und Wegfall der Geschäftsgrundlage», NJW, 1995, págs. 1449-1454.

Fianza y desaparición del fundamento contractual.

Los autores, a la luz de dos decisiones del BGH, analizan los excepcionales supuestos en los que decae o se inflexiona la causa negocial de la fianza, de tal forma que el fiador puede quedar liberado frente al acreedor principal, por ejemplo, por ser el acuerdo contrario a las buenas costumbres: cónyuge fiador en una alta suma, cuando el acreedor principal conoce su indigencia. (M.P.G.R.)

228. REMERY: «L'exclusion de la conversion en vente volontaire de une vente autorisée par voye de saisie immobilière dans le cadre d'une liquidation judiciaire», RDS, 1995, núm. 24, págs. 333-335.

Comentario a la sentencia de casación comercial de 11 de abril de 1995. (ARANDA/SIERRA)

229. RIGANO, A.: «La restituzione dei doni scambiati tra fidanzanti a causa della promessa di matrimonio ed il c.d. fidanzamento ufficiale», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 296-301.

Comentario a Cass. de 8 de febrero de 1994 n. 1260 respecto a la promesa de matrimonio y la naturaleza jurídica de los regalos intercambiados entre los prometidos a causa de la promesa del matrimonio. (A.R.G.)

230. RISTORI-MARIA: «Les loteries publicitaires: Le régal des plaideurs ou le dévoiement de l'action en justice», GP, 1995, núm. 260-262, págs. 2-9.

La publicidad comercial y el derecho del consumidor. Protección del consumidor. El código-ley n.º 93-949 de 26 de julio de 1993. Límites de la protección respecto de la libertad publicitaria. Aplicación del derecho positivo. (ARANDA/SIERRA)

231. RUMORI, C.: «Assegnazione di alloggi ai sinistrati: configurabilità di un contratto a favore del terzo? — nota a Cass. 18 novembre 1994 n. 10158», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2182-2185. (R.D.R.)

232. SALVADO: «Prestations indemnitaires et recours des assureurs de personnes (lois des 16 juillet 1992 et 8 août 1994)», GP, 1995, núm. 230-234, págs. 2-4.

Modificaciones al Código de seguros. Prestaciones cualificadas de los organismos pagadores. Interés de la cualificación de indemnizar, subrogación. (ARANDA/SIERRA)

233. SARAVALLE, A.: «Forum damni e fora damni? (Nota a Corte giust. 7 marzo 1995, causa C-68/93)», F.L., 1995, núm. 11, IV, págs. 332-340.

Examen de los problemas generales de localización de los ilícitos civiles transfronterizos y de la aplicación del art. 5, n. 3 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia jurisdiccional y ejecución de las sentencias en materia civil y mercantil en el caso de que la difamación haya tenido lugar a través de un medio periodístico con tirada en varios países de la UE. (G.D.-P.G.)

234. SARGOS: «Un assureur ne peut opposer à son assuré une clause excluant de la garantie "les bols sans effaction du vehicule" des lorsque les clés de se vehicule ont été d'abord volées par effaction, puis utilisées pour le dérober, le vol par effaction des clés équivalant à effaction du vehicule», RDS, 1995, núm. 25, págs. 349-350.

Nota a la sentencia de casación civil 1.ª de 16 de mayo de 1995. (ARANDA/SIERRA)

235. SCHERMI, A.: «Sull'effetto ex nunc della dichiarazione di nullità del contratto costitutivo di società di persone — nota a Cass. 2 gennaio 1995 n. 7», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1546-1552. (R.D.R.)

236. SCHMIDT, B.: «Zur unberechtigten Kündigung aus wichtigem Grunde beim Werkvertrag», NJW, 1995, págs. 1313-1321.

Sobre la ilegítima resolución por causa grave en el contrato de obra.

El trabajo analiza los supuestos derivados del § 649 del BGB, que legitima a la parte contratante que encarga la realización de una obra a rescindir el contrato sin causa específica hasta la finalización del mismo, quedando obligado en todo caso al pago total del precio cuando el motivo alegado no se considera suficiente. En caso de que el motivo alegado sea importante, la moral y las buenas costumbres (§ 242 BGB) hacen decaer la obligación impuesta por el § 649.2 del BGB. (M.P.G.R.)

237. SCHMIDT, K.: «Die Freiberufliche Partnerschaft», NJW, 1995, págs. 1-7.

La participación en las profesiones liberales. A propósito de la nueva ley sobre creación de sociedades de colaboración.

Desde 1994 el ordenamiento jurídico alemán tiene una nueva forma jurídica de sociedad personal dirigida a dar cobertura a la actividad profesional ejercida en común como, por ejemplo, bufetes de abogados u otras profesiones liberales. El artículo describe el nuevo régimen, así como los aspectos a los que el legislador no ha dado respuesta suficiente. (M.P.G.R.)

238. SCHMIDT-SALZER, J.: «Recht der AGB und der mißbräuchlichen Klauseln: Grundfragen», JZ, 1995, págs. 223-231.

Derecho de las condiciones generales y las cláusulas abusivas. Problemas fundamentales.

La Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores de 5 de abril de 1993 es conceptual y típicamente aplicada en Alemania, pero no es enteramen-

te coincidente con la Ley alemana de condiciones generales. La transformación en el Derecho alemán interno implica intervenciones textuales en la AGBGesetz. Como consecuencia, se suscitan algunas preguntas fundamentales. Los temas centrales para la teoría y la práctica son las reglas especiales para la interpretación de las condiciones generales y la compensación de la primacía de los acuerdos individuales como normas de cuasi-conflicto, o como el resultado de la interpretación relativa al valor jurídico del acuerdo sobre la inclusión de las condiciones generales en el contrato individual. (M.P.G.R.)

239. SCHMIDT-SALZER, J.: «Das textliche Zusatz-Instrumentarium des AGB-Gesetzes gegenüber der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», NJW, 1995, págs. 1641-1645.

El instrumental literal adicional de la AGBG frente a la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

El autor refleja cómo aunque a primera vista la AGBG alemana plantea un más amplio catálogo de normas específicas y genéricas atinentes a la eficacia de las condiciones generales de la contratación que la Directiva comunitaria, un estudio más pausado demuestra que esto no es así, con la salvedad de la abundantísima jurisprudencia emanada por los tribunales alemanes a partir del § 9.II núm. 2 de la AGBG. (M.P.G.R.)

240. SCHMIDT-SALZER, J.: «Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in deutsches Recht und AGB-Gesetz», BB, 1995, págs. 733-740.

El artículo representa una nueva aportación del autor sobre los problemas que plantea la transposición de la Directiva comunitaria de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores en el Derecho alemán, y su relación con la Ley alemana de condiciones generales. (M.P.G.R.)

241. SCHOMERUS, A.: «Time-Sharing-Verträge in Spanien im Lichte der EG-Richtlinie über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien», NJW, 1995, págs. 359-365.

Multipropiedad en España a la luz de la Directiva sobre adquisición de un derecho de utilización temporal sobre el inmueble.

El artículo refleja la situación de la multipropiedad en España, con referencia tanto a la configuración material de la llamada multipropiedad, como a los aspectos típicamente internacionales (competencia judicial internacional, ley aplicable) que la mayoría de estos contratos revisten. (M.P.G.R.)

242. SCHÜNEMANN, W.B.: «Rechtsnatur und Pflichtenstruktur des Versicherungsvertrages», JZ, 1995, págs. 430-434.

El contrato de seguro suministra un actual y agudo paradigma de los puede denominarse como déficit parcial de la dogmática civilista. La doctrina mayoritaria, ante la falta de sustrato normativo del concepto de «seguro» acepta una (a juicio del autor, errónea) construcción contractual que asume la identificación entre «prima» y «precio». El presente artículo lo califica, por el contrario, como un mandato. (M.P.G.R.)

243. SCODITTI, E.: «Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale (Nota a Cass. 25 novembre 1995, n. 10014)», F.I., 1995, núm. 10, I, págs. 2913-2920.

Análisis de la responsabilidad contractual del médico por incumplimiento desde la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. (G.D.-P.G.)

244. STECKLER, B.: «Zum Umfang der Schadensersatzansprüche infolge verspäteter oder mangelhafter Lieferungen und zur Vertragsgestaltung im Einkauf», BB, 1995, págs. 469-477.

Sobre el ámbito de la acción de daños como consecuencia de las entregas tardías o defectuosas y la configuración del contrato en la compraventa. (M.P.G.R.)

245. TARTAGLIA, P.: «Interessi o rivalutazione: aut-aut al creditore previdenziale! —nota a Cass. 26 gennaio 1995 n. 907», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2138-2142. (R.D.R.)

246. TOMASIN: «Agents immobilières», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 345-348.

Notas a sentencias sobre el contrato de mandato y la gestión de negocios. (ARANDA/SIERRA)

247. TROCHU: «Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution», RDS, 1995, núm. 24, págs. 179-186.

Influencia del Derecho comunitario. Evolución y cláusulas autorizadas y prohibidas. (ARANDA/SIERRA)

248. VALCAVI, G.: «A proposito della teoria dei crediti di valore, della rivalutazione e degli interessi monetari nel risarcimento del danno (Nota a Cass. 17 febbraio 1995, n. 1712)», F.I., 1995, núm. 5, I, págs. 1473-1484.

Estudio y crítica de la aplicación jurisprudencial de los criterios de revalorización monetaria y de su acumulación a los intereses moratorios devengados desde el momento de fijación de la indemnización por incumplimiento. (G.D.-P.G.)

249. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 10, págs. 2-5.

Visión jurisprudencial de la materia. Especial anotación a las sentencias sobre incumplimiento de las obligaciones por el arrendatario y gastos de las campañas anti-graffiti. (ARANDA/SIERRA)

250. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 5, págs. 3-6.

Recopilación de sentencias de diversos tribunales franceses sobre la materia. El preaviso del art. 15-1 de la ley de 1989. Cláusula resolutoria del arrendamiento por cambio de lugar. (ARANDA/SIERRA)

251. VIAL-PEDROLETTI: «Les travaux d'amélioration», LC, 1995, núm. 3-4, págs. 1-2.

Los trabajos de mejora en los arrendamientos. Aplicación de los arts. 17 y 18 de la ley de 6 de julio de 1989. (ARANDA/SIERRA)

252. VIAL-PEDROLETTI: «Dernières précisions jurisprudentielles sur le congé (á propos de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989)», LC, 1995, núm. 9, págs. 1-2.

La ineficacia del desistimiento tardío. Noción jurisprudencial del arrendamiento inicial. (ARANDA/SIERRA)

253. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 2, págs. 2-6.

Visión jurisprudencial de la materia. Interpretación estricta de la cláusula prevista en el art. 606 C.c. en favor del arrendador. Deterioro de un local. (ARANDA/SIERRA)

254. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 3-4, págs. 5-10.

Visión jurisprudencial de la materia. Revisión anual del arrendamiento y aumento de la renta. El orden público de protección de la ley de julio de 1989. (ARANDA/SIERRA)

- 255. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 1, págs. 2-6.**
 Visión jurisprudencial de la materia. Tácita reconducción del arrendamiento. Nulidad de los desalojos preestablecidos. Cláusula resolutoria. (ARANDA/SIERRA)
- 256. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 6, págs. 3-8.**
 Visión jurisprudencial de la materia. Control judicial del desalojo del arrendatario. Precio de venta excesivo. Duración del arrendamiento en atención a un hecho cierto. (ARANDA/SIERRA)
- 257. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 7-8, págs. 4-8.**
 Visión jurisprudencial de la materia. Especial anotación a las sentencias relativas a la utilización abusiva del arrendamiento. Conclusión de arrendamiento de un bien indivisible. (ARANDA/SIERRA)
- 258. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 11, págs. 3-7.**
 Visión jurisprudencial del tema. La colocación de antena colectiva en la fachada de un inmueble atenta contra su estética. (ARANDA/SIERRA)
- 259. VIAL-PEDROLETTI: «Bail d'habitation», LC, 1995, núm. 9, págs. 2-6.**
 Visión jurisprudencial de la materia. Especial anotación a las sentencias sobre momento inicial del arrendamiento y notificación de desahucio tardía. (ARANDA/SIERRA)
- 260. VIDIRI, G.: «Sulla mancanza di legittimazione del socio all'azione per danni cagionati da terzi ad una società di capitali —nota a Cass. 3 aprile 1995, n. 3903», GC, 1995, núm. 10, págs. I, 2424-2426. (R.D.R.)**
- 261. VIGNERON: «La toilette continue», LC, 1995, núm. 5, págs. 1-2.**
 Notas al Decreto 95-162 de 15 de febrero de 1995 que modifica la ley de 10 de julio de 1965 respecto a los créditos de la comunidad de propietarios. (ARANDA/SIERRA)
- 262. VINDREAU: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Amiens, sección 2.ª, de 14 de febrero de 1995», GP, 1995, núm. 256-257, págs. 15-17. (ARANDA/SIERRA)**
- 263. VIRASSAMY: «Critères de l'abus lors de la rupture d'un contrat de distribution», RDS, 1995, núm. 25, págs. 355-358.**
 Comentario a la sentencia de casación comercial de 4 de enero y de 5 de abril de 1994 sobre el contrato de distribución en exclusiva. Concesionario. Preaviso de ruptura. (ARANDA/SIERRA)
- 264. VISINTINI, G.: «La tecnica della responsabilità civile nel quadro dei modelli di Civil Law», NGCC, 1995, núm. I, parte segunda, págs. 51-61.**
 La primera parte del artículo examina el área de la responsabilidad por hecho propio en los modelos del Civil Law más relevantes (francés, italiano y alemán). la segunda parte, en cambio, se ocupa de la responsabilidad objetiva (responsabilidad por hecho de otro, por daños en la cosa custodiada y por daños causados por productos defectuosos). (A.R.G.)
- 265. VOGEL: «Plaidoyer pour un revirement: contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution», RDS, 1995, núm. 21, págs. 155-162.**
 Análisis de los problemas en dos sentencias de la Corte de casación, de 29 de noviembre de 1994. Incertidumbre de las soluciones y de los contratantes. Contradicciones. (ARANDA/SIERRA)

266. WITZ: «Le premier arrêt de la Cour de Cassation confrontée à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises», RDS, 1995, núm. 20, págs. 289-292.

Nota a la sentencia de casación civil, 1.ª, de 4 de enero de 1995 sobre el proceso de formación del contrato. El precio. Salida de las mercancías excedentes. (ARANDA/SIERRA)

267. WITZ: «La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises à l'épreuve de la jurisprudence naissante», RDS, 1995, núm. 19, págs. 143-146.

La exclusión tácita de la convención por la voluntad de las partes. La exigencia de un precio determinable. La conformidad de las mercancías. Los intereses moratorios. (ARANDA/SIERRA)

268. WOLF, M./UNGEHEUER, CH.: «Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen», JZ, 1995, págs. 77-85, 176-188.

Se trata de un completo estudio publicado en dos entregas acerca de la jurisprudencia recaída sobre los distintos preceptos de la Ley alemana de condiciones generales. (M.P.G.R.)

269. ZATTI, P.: «Chi é il "padrone" del cane?, NGCC, 1995, núm. I, parte primera, págs. 135-139.

Comentario a Pret. Rovereto de 15 de junio de 1994 en materia de reparación de daños no patrimoniales por la pérdida de un animal. (A.R.G.)

270. ZIMMERMANN, R.: «Konturen eines Europäischen Vertragsrechts», JZ, 1995, págs. 477-491.

Los contornos de un Derecho europeo de contratos.

Después de catorce años de trabajo la llamada «Comisión Lando» ha presentado un trabajo con el título «Principios del Derecho europeo de contratos. Parte I». Se ocupa de las modalidades del cumplimiento y del complejo tema del incumplimiento, pero también contiene algunas normas generales. Inspirado en la idea de los «Restatements» americanos, se emprende aquí la búsqueda de unos principios generales para fijar el Derecho privado europeo en forma similar a la codificación. El presente artículo contiene el contenido esencial de estos principios y se esfuerza en una clasificación de las soluciones propuestas desde una perspectiva jurídica histórica y comparada, y por otro lado incorpora las modernas medidas tendentes a la reforma del Derecho Privado y a la unificación del Derecho Privado (Convención de Viena, Código civil holandés, Reforma del Derecho alemán de Obligaciones, Principios de los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT). (M.P.G.R.)

271. ZUGEHÖR, H.: «Die Verjährung in der Berufshaftung der Rechtsanwälte», NJW, 1995, separata del fascículo núm. 21.

La prescripción en la responsabilidad profesional de los abogados.

El artículo trata de aclarar a la luz de la nueva normativa y de la jurisprudencia del Zivilsenats del BGH, competente desde 1984 para conocer de las acciones de regreso contra notarios y abogados. Se pone especial énfasis en los supuestos típicos de responsabilidad en relación con los plazos procesales y de prescripción de las acciones de reclamación. (M.P.G.R.)

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO REGISTRAL

272. AGOSTINI: «Contrefaçón, intention AOC», RDS, 1995, núm. 18, págs. 269-271.

Nota a apelación de Burdeos de 6 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

273. ATHIAS: «La verification des mandats de vote en assablée de copropriété immobilière», RDS, 1995, núm. 23, págs. 175-176.

El art. 14 del decreto 67-223 de 17 de marzo de 1967 sobre poderes del mandatario. (ARANDA/SIERRA)

274. AUBY/MAUGÛE: «Domaine de l'État et des collectivités publiques», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 300-306.

Notas jurisprudenciales sobre el dominio público: utilización y gestión. Diferencias con el dominio privado. (ARANDA/SIERRA)

275. BELLANTUONO, G.: «Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione (Nota a Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295)», FI, 1995, núm. 6, I, págs. 1905-1909. (G.D.-P.G.)

276. BERGEL: «Propriété et droits réels», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 283-285.

Notas a diversas sentencias sobre el derecho de propiedad; servidumbres y adquisición de los derechos reales. (ARANDA/SIERRA)

277. BLANC: «Quelques réflexions relatives aux droits des artistes interprètes et à la priaterie», GP, 1995, núm. 284-285, págs. 26-32.

El estado de derecho. Los casos de piratería. Las sanciones. La información del público y la responsabilidad de los profesionales. La armonización de los derechos a nivel internacional y la cooperación entre titulares de derechos. (ARANDA/SIERRA)

278. BOCHURBERG: «Le droit de citation en matière audiovisuelle», GP, 1995, núm. 300-301, págs. 2-7.

Derecho de cita de unas obras audiovisuales en otras del mismo género y en otras de género diferente. Posición jurisprudencial. (ARANDA/SIERRA)

279. BONTEMPI, P.: «Prelazione ipotecaria e apertura di credito di firma», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 289-293.

Comentario a Cass. de 23 de marzo de 1994 n. 2786 respecto a la apertura de crédito de firma y a la extinción de las garantías a ésta conectadas. (A.R.G.)

280. BRESCIA, S.: «Alcune osservazioni sullo schema di disegno di legge "provvedimenti in tema di espropriazione forzata immobiliare"», GC, 1995, núm. 10, págs. II, 475-481.

Observaciones acerca de la propuesta de reforma legal en torno a las medidas de ejecución inmobiliaria, dirigida especialmente a la delegación al notario de las operaciones de venta. (R.D.R.)

281. CANDE/LALANNE-GOBET: «Action en déchéance de marque: de l'effet pervers de la transcription incomplète en droit interne d'une directive communautaire», GP, 1995, núm. 277-278, págs. 2-6.

Las disposiciones no transcritas. Análisis de las dificultades generadas por esta transcripción incompleta. (ARANDA/SIERRA)

282. CAPOULADE/GIVERDON: «Amélioration du fonctionnement des copropriétés», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 217-225.

Formalidades a cumplir en caso de cambio a título oneroso. Disposiciones relativas a los trabajos. Disposiciones relativas a las copropiedades en dificultades. Administrador provisional. (ARANDA/SIERRA)

283. CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», *RDIm.*, 1995, núm. 3, págs. 369-385.

Notas a sentencias sobre la comunidad de bienes. La propiedad horizontal y la junta de propietarios. (ARANDA/SIERRA)

284. CARRIAS: «La fin d'un "déli de justice". Le second alinéa, ajouté à l'article L.12-5 du code de l'expropriation», *RDS*, 1995, núm. 28, págs. 217-220.

Restitución del bien a su propietario. Indemnización de la toma de posesión anticipada. (ARANDA/SIERRA)

285. CECCHERINI, A.: «Il diritto d'antenna tra libertà di informazione e inviolabilità del domicilio —nota a App. Milano 30 giugno 1995 e Trib. Milano 19 novembre 1992», *GC*, 1995, núm. 10, págs. I, 2528-2534. (R.D.R.)

286. COLLOVA, T.: «A proposito del Dab-Digital Audio broadcasting», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 2, págs. 197-212.

Algunas reflexiones sobre los servicios de radiodifusión audio-numérica o audio-digital. (A.R.G.)

287. COLLOVA, T.: «Selezione e sintesi relativa alla comunicazione dell'Unione Europea al Consiglio e al Parlamento sulla televisione digitale», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 3, págs. 365-381.

El documento de la Comisión de 17 de noviembre de 1993, redactado tras la resolución del Consejo de la Unión Europea 93/C 209/OI de 22 de julio de 1993, describe la actividad y los proyectos ya iniciados en Europa, en EEUU y en Japón para desarrollar la nueva tecnología. (A.R.G.)

288. CONTIER: «Permis de construire et champs de visibilité d'un monument inscrit présentant un intérêt artistique et historique», *RDS*, 1995, núm. 26, págs. 377-380.

Nota a la sentencia de Corte de apelación de Nancy de 30 de junio de 1994 sobre condición del fondo protegido. Interés histórico-artístico del edificio. Problemas de la protección. (ARANDA/SIERRA)

289. COTTIN: «Redevance et rémunération pour la copie privée audiovisuelle», *GP*, 1995, núm. 284-285, págs. 18-19.

Modalidades de la percepción de la remuneración de la copia privada audiovisual. (ARANDA/SIERRA)

290. DE FRANCISCO, E.: «Il procedimento possessorio: stato attuale della giurisprudenza di merito in Italia», *GC*, 1995, núm. 7-8, págs. I, 367-375.

Sondeo acerca de la orientación jurisprudencial en torno al procedimiento posesorio. Estado actual de la jurisprudencia. (R.D.R.)

291. DE SANCTIS, V.M.: «La Corte costituzionale e il diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 3, págs. 428-438.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1995 n. 108 sobre la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley de 1941. Análisis de los problemas que encuentra hoy la protección del autor frente a la revolución tecnológica de los medios de reproducción y de difusión de las obras del ingenio. (A.R.G.)

292. DE TILLA, M.: «Opere eseguite dal condomino sulla proprietà esclusiva —nota a Cass. 25 gennaio 1995 n. 870», *GC*, 1995, núm. 9, págs. I, 2144-2147. (R.G.R.)

293. DELAVAL: «Le cadre juridique de l'exploitation des bases de données publiques en France», GP, 1995, núm. 214-215, págs. 3-10.

Noción de base de datos. Su acceso reservado y publicidad. Aplicación a las personas públicas de las normas sobre competencia (art. 90 TCEE). Comercialización de datos públicos, su propiedad. (ARANDA/SIERRA)

294. DELEBECQUE/SIMLER: «Sûretés immobilières. Publicité fonciere et saisie immobilière», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 366-368.

El procedimiento de embargo. Jurisprudencia sobre garantías reales en general. (ARANDA/SIERRA)

295. DITTA, E.: «Ancora sul problema dell'ambito di applicazione della L. 13-1-1989, n. 13 (sull'eliminazione delle barriere architettoniche)», NGCC, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 655-661.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Nápoles de 14 de marzo de 1994 sobre copropiedad. (A.R.G.)

296. DOCKÈS: «Essai sur la notion d'usufruit», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 479-507.

Usufructo de bienes no consumibles. Frutos. La periodicidad como criterio. Sustancia. El uso. El cuasi-usufructo de bienes consumibles. Destino del bien grabado. El nudo propietario. (ARANDA/SIERRA)

297. DOLEZALEK, GERO: «Plädoyer für Einschränkung des Par. 950 BGB (Verarbeitung)», ACP, 1995, págs. 393-482.

El párrafo 950 del BGB contempla la especificación, decidiendo el conflicto de propiedad en favor del especificante, siguiendo la tradición del *ius commune*; a juicio del autor se trata de una regulación absolutamente desfasada y anticonstitucional. Tras analizar el origen y significado históricos de la especificación, se critica la interpretación que actualmente recibe el precepto, que, según el autor, carece de justificación histórica y además no encaja en el actual sistema de derechos reales. (I.G.P.)

298. DONTENVILLE: «Le revers de la vidéo. La piraterie audiovisuelle», GP, 1995, núm. 284-285, págs. 4-7.

Esquema acompañado de comentario sobre la experiencia francesa para combatir la piratería en medios audiovisuales. (ARANDA/SIERRA)

299. VAN DORSSELAERE: «La loi du 10 mai 1994 sur la protection des logiciels: bilan et perspectives», GP, 1995, núm. 298-299, págs. 4-12.

Protección de la lógica en la ley de 10 de mayo de 1994. Campo de aplicación y condiciones para la protección. Propiedad del logístico. Copropiedad. Derecho de uso. (ARANDA/SIERRA)

300. EDELMAN: «L'oeuvre multimédia, un essai de qualification», RDS, 1995, núm. 15, págs. 109-115.

La definición de obra multimedia, legal y doctrinal. La calificación de la obra multimedia. ¿Es una obra audiovisual?, ¿es una obra colectiva? (ARANDA/SIERRA)

301. ENTINÉ: «L'évolution récente de la propriété littéraire et artistique en Russie», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 549-560.

Estudio de la ley federal rusa de 9 de junio de 1993. Ruptura del derecho anterior. Eventualidad de derechos. Protección de los derechos de autor. (ARANDA/SIERRA)

302. FABIANI, M.: «Pirateria libraria e tutela dell'industria editoriale», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 2, págs. 293-294.

Comentario a Cass. de 23 de enero de 1995 n. 3395 sobre «pirateria libraria», término que individualiza un fenómeno que en los últimos años ha asumido dimensiones preocupantes para la industria editorial, en especial para la relativa a textos científicos, didácticos o informativos. (A.R.G.)

303. FRAGOLA, A.: «Anatomia giuridica della pubblicità», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 2, págs. 213-229.

Texto-introducción al seminario referente a los aspectos jurídicos y económicos de la publicidad. Completo esbozo de la normativa reguladora de la actividad publicitaria. (A.R.G.)

304. FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 3, págs. 382-395.

El caso Stranamore: tutela del formato. Relaciones entre los procesos judiciales y el audiodigital. El videoclip. (A.R.G.)

305. GABRIELE, P.: «L'onore della prova nell'actio negatoria servitutis», *GC*, 1995, núm. 5, págs. II, 219-231.

Se analiza la acción negatoria de servidumbre, teniendo en cuenta la incidencia de los caracteres del derecho de propiedad en la articulación de la posición procesal de las partes, el papel de la posesión y la atribución de la carga de la prueba. (R.D.R.)

306. GALASSO, A.: «La vendita forzata di immobili ipotecari a garanzia di finanziamenti a medio e lungo termine (una proposta di legge)», *C.I.*, 1995, núm. 1, págs. 447-475.

Ante la larga duración y las dificultades con que se encuentra el proceso de ejecución forzosa, se examina las posibles soluciones ofrecidas por la propuesta de ley n. 1233 de reforma de los procedimientos ejecutivos presentada al Congreso de los Diputados el 4 de julio de 1992. (G.D.-P.G.)

307. GAUDEMET/SAVOIE/TOUVET: «Urbanisme», *RDIm.*, 1995, núm. 3, págs. 306-316.

Jurisprudencia sobre los planes de urbanismo y el permiso de construcción. (ARANDA/SIERRA)

308. GELINET: «Notas a diversas sentencias de la Corte de casación francesa sobre copropiedad», *GP*, 1995, núm. 300-301, págs. 18-19.

Notas a sentencias sobre comunidad, copropiedad, reparto de gastos comunes y comunicación de acuerdos. ST de casación de 23 de noviembre de 1994, 9 de noviembre de 1994 y 23 de noviembre de 1994, sección 3.ª civil. (ARANDA/SIERRA)

309. GIVERDON: «Requête à fin de désignation d'un administrateur provisoire de copropriété en difficulté», *LC*, 1995, núm. 1, págs. 1-2.

Análisis de la Ordenanza de 14 de octubre de 1994 sobre la mejora del funcionamiento de las comunidades de propietarios en dificultad. Art. 29-1.º de dicha ordenanza. (ARANDA/SIERRA)

310. GOUAUT-DUREISSEIX: «Les problèmes juridiques des implantations de pylônes radioamateurs», *RDS*, 1995, núm. 16, págs. 246-248.

Nota sobre CA de Nancy de 29 de setiembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

311. GREFFE: «Droit d'auteur», *GP*, 1995, núm. 330-332, págs. 9-10.

Notas a la sentencia de la Corte de Versalles, sala 13, de 20 de abril de 1995 sobre la inclusión en la protección del derecho de autor de las ideas publicitarias. (ARANDA/SIERRA)

312. GRIPPIOTTI, G.A.: «Il caso Magill. Diritto di autore e abuso di posizione dominante», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 3, págs. 460-465.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de abril de 1995. Aunque la titularidad de un derecho de propiedad intelectual e industrial no constituye en sí misma un abuso de posición dominante, es cierto que en ocasiones la presencia de circunstancias particulares origina un abuso. (A.R.G.)

313. HAAS: «Notas a la Sentencia de la Corte de apelación de París de 1 de junio de 1994», *GP*, 1995, núm. 214-215, págs. 20-25.

Notas a la sentencia dictada por la sala 4.^a de dicho Tribunal sobre propiedad intelectual. Manual de utilización y otros semejantes. Su protección. (ARANDA/SIERRA)

314. HEEIDE: «La réserve de propriété dans la cadre des opérations commerciales transfrontalières», *RIDC*, 1995, núm. 2, págs. 459-464.

La reserva de propiedad en Derecho alemán y francés. Exportaciones. (ARANDA/SIERRA)

315. JUNQUA-LAMARQUE: «La diversification des activités des opérateurs publics sous haute surveillance», *GP*, 1995, núm. 214-215, págs. 11-19.

La condición de intervención pública. Respeto a la iniciativa privada. Problema de abuso de posición dominante. (ARANDA/SIERRA)

316. LEDIEU: «La Commission s'enfiche! (A propos du nouveau projet de Directive du 20 février 1995 en matière de protection des données a caractère personnel)», *GP*, 1995, núm. 218-220, págs. 2-7.

Los pasos dados por Francia ante la Directiva CEE en la materia. Los principios de la ley CNIL de 6 de enero de 1978 y sus modificaciones. (ARANDA/SIERRA)

317. LOVELLO, A.M.: «Determinazione del contenuto della servitù costituita convenzionalmente — nota a Cass. 14 novembre 1994 n. 9567», *GC*, 1995, núm. 9, págs. I, 2194-2199. (R.D.R.)

318. MARAIS/MOREL: «Expropriation», *RDIm.*, 1995, núm. 3, págs. 295-299.

Concepto jurisprudencial sobre utilidad pública. Procedimiento de expropiación. (ARANDA/SIERRA)

319. MARNIÈRE: «De l'utilisation d'un lot de copropriété pour la pratique d'un culte», *RDS*, 1995, núm. 29, págs. 408-410.

Nota a casación civil, tercera, de 20 de junio de 1994 sobre destino de un inmueble al ejercicio del culto. Modificación de los estatutos de la comunidad. Autorización. (ARANDA/SIERRA)

320. MARZIALI, G.: «Il punto sull'imposta sugli spettacoli e le sponsorizzazioni, alla luce della recente giurisprudenza di merito ed in relazione all'affermata natura di imposta di consumo del tributo», *Dir. Aut.*, 1995, núm. 3, págs. 396-404.

Discute el autor la naturaleza de impuesto sobre los espectáculos, en cuanto que su naturaleza de impuesto de consumo es el argumento principal utilizado por aquella dirección doctrinal que niega la sujeción de la esponsorización al impuesto sobre los espectáculos. (A.R.G.)

321. MICCOLIS, G.: «Sui rapporti tra iscrizione di ipoteca, trascrizione di domanda giudiziale e trascrizione di pignoramento - nota a Cass. 3 febbraio 1995 n. 1324», *GC*, 1995, núm. 7-8, págs. I, 1843-1853. (R.D.R.)

322. MORAND: «Loi du 21 juillet 1994. Vote des travaux d'amélioration à une majorité réduite», *GP*, 1995, núm. 265-266, págs. 5-6. (ARANDA/SIERRA)

323. NOGUIER: «Reprographie: la loi du 3 janvier 1995 relative à la gestion collective obligatoire du droit à la reproduction privée à usage collectif», GP, 1995, núm. 300-301, págs. 8-15.

La notificación y la obligación de gestión colectiva: noción de publicación y de reprografía. La necesidad de consentimiento: justificación y requisitos. (ARANDA/SIERRA)

324. PADOVINI, F.: «Pubblicità immobiliare», RDC, 1995, núm. 4, parte seconda, págs. 365-382.

Aportaciones bibliográficas y jurisprudenciales en materia de publicidad inmobiliaria. (R.D.R.)

325. PASGRIMAUD: «La qualification juridique de la création multimédia: termes et arrières-pensées d'un vrai-faux débat», GP, 1995, núm. 284-285, págs. 13-16.

Derechos de autor de obras colectivas: estado actual. Calificación de la obra, remuneración del autor: derecho o economía. La empresa no delimitada por el desarrollo de la creación multimedia. (ARANDA/SIERRA)

326. PASTORE, S.: «Le corti di merito confermano l'orientamento interpretativo di legittimità in tema di emittenza», Dir. Aut., 1995, núm. 2, págs. 301-306.

Comentario a la sentencia de 3 de abril de 1995 del Tribunal de apelación de Venecia sobre la determinación de los principios fundamentales en tema de difusión de las obras del ingenio por vía radiofónica o televisiva y el derecho de las emisoras privadas a la libre utilización del fruto de la creatividad de otros. (A.R.G.)

327. PAVOLINI, M.: «Tutela dei personaggi di fantasia negli Stati Uniti ed in Italia o "Sei personaggi in cerca di diritto d'autore"», Dir. Aut., 1995, núm. 3, págs. 405-420.

Profundización en las razones por las que la tutela garantizada a los personajes de fantasía en EEUU y en Italia es todavía escasa e insuficiente, sobre todo frente a las consecuencias económicas que derivan de la violación de dichos personajes. (A.R.G.)

328. ROBERT: «Biens et droits réels», RDS, 1995, núm. 22, págs. 189-194.

Comentarios a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre derecho de bienes. (ARANDA/SIERRA)

329. RODRIGUES: «Les bases de données multimédia, un pas de plus à franchir en Europe pour les artistes-interprètes», GP, 1995, núm. 284-285, págs. 20-25.

Los derechos reconocidos de los artistas intérpretes en la realización y explotación de una base de datos multimedia. La necesaria puesta en práctica de sistemas eficaces de gestión colectiva. (ARANDA/SIERRA)

330. ROELLECKE, G.: «Mietwohnungsbesitz als Eigentum», JZ, 1995, págs. 74-77.

Posesión de vivienda en alquiler como propiedad.

La tesis del autor del presente artículo es que el derecho del arrendatario a poseer la vivienda arrendada no puede, como piensa el Tribunal Constitucional Alemán (sentencia de 12 de octubre de 1993) caer bajo la garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 14.1. de la Ley Fundamental), porque ya resulta protegido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 13.1). (M.P.G.R.)

331. ROQUEFEUIL: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París de 16 de mayo de 1994», GP, 1995, núm. 214-215, págs. 25-31.

Nota a la sentencia citada, sala cuarta, sobre definición y cualificación de una obra audiovisual colectiva. Obra multimedia. (ARANDA/SIERRA)

332. RUSQUEC: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Caen, sección civil 1.a de 21 de febrero de 1995», GP, 1995, núm. 237-241, págs. 5-7.

El embargo tras la reforma de 1991. (ARANDA/SIERRA)

333. SALERNI, A.: «Sul diritto di proprietà di sinopie o distacchi di affreschi», GC, 1995, núm. 9, págs. II, 399-401.

Breve apunte sobre el derecho de propiedad de pinturas murales, según su procedencia y circunstancias. (R.D.R.)

334. SARDO, C.: «I rimedi “garantiti” dalla tutela possessoria —nota a Cass., sez. un., 22 novembre 1994 n. 9871», GC, 1995, núm. 7-8, págs. I, 1886-1891. (R.D.R.)

335. SAURET: «Rémunération des ayants droit et exploitation vidéographique de l'oeuvre audiovisuelle», GP, 1995, núm. 284-285, págs. 33-35.

La edición en video. Una economía frágil. La percepción de la remuneración proporcional del autor. La imposibilidad de determinar un precio al público de la videocassette. (ARANDA/SIERRA)

336. SCHERMI, A.: «Variazioni sul tema del cosiddetto industrial design - nota a Cass. 7 dicembre 1994 n. 10516», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2173-2178. (R.D.R.)

337. SCHULZE, E.: «Aspetti del diritto comunitario europeo in tema di diritti d'autore e connessi», Dir. Aut., 1995, núm. 2, págs. 336-355. (A.R.G.)

338. SILLARD: «Liquidation judiciaire et reprise des poursuites individuelles de saisie immobilière», GP, 1995, núm. 216-217, págs. 2-3.

Reforma en la materia con la ley n.º 94-475 de 10 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

339. SOULIÉ: «Gestion individuelle et gestion collective des droits des auteurs et des artistes-interprètes dans le domaine de l'exploitation vidéographique», GP, 1995, núm. 284-285, págs. 8-12.

La gestión de los derechos de autor y artísticos-interpretativos. Como conclusión puede decirse que coexiste la gestión individual y colectiva de estos derechos. (ARANDA/SIERRA)

340. SULPASSO, B.C.: «Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari», RDC, 1995, núm. 4, parte prima, págs. 567-594.

Estudio de Derecho comparado y de la posibilidad de unificación legal en materia de garantías mobiliarias. (R.D.R.)

341. TERZAGO, G.: «Terrazza a livello: la partecipazione alle spese nella misura dei due terzi —nota a Trib. Milano 7 novembre 1994», GC, 1995, núm. 5, págs. I, 1372-1374. (R.D.R.)

342. TRIOLA, R.: «In tema di scioglimento di c.d. condominio complesso e successione nel processo —osservazione a Cass. 11 aprile 1995 n. 4156», GC, 1995, núm. 7-8, págs. I, 1775. (R.D.R.)

343. TRIOLA, R.: «La partecipazione all'assemblea del condominio in conflitto di interessi con il condominio —nota a Cass. 22 febbraio 1995 n. 1980», GC, 1995, núm. 5, págs. I, 1166-1167. (R.D.R.)

344. VARLARO SINISI, A.: «L'occupazione appropriativa e la "irreversibile trasformazione" del fondo —nota a Cass. 20 ottobre 1994 n. 8554», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1587-1590. (R.D.R.)

345. VARLARO SINISI, A.: «L'occupazione appropriativa ancora al vaglio della Corte costituzionale. Una proposta di legge in materia di "accessione invertita" —nota a C. cost. 23 maggio 1995 n. 188», GC, 1995, núm. 10, págs. I, 2308-2311. (R.D.R.)

346. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 9, págs. 11-14.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. División de un elemento común. La junta de copropietarios. Designación de presidente. (ARANDA/SIERRA)

347. VIGNERON: «Assemblée générale: la "défaillance" du copropriétaire par procuration», LC, 1995, núm. 2, págs. 1-2.

La aplicación del artículo 42-2.º de la ley de 10 de julio de 1965 sobre régimen de mayoría reforzada para adoptar acuerdos importantes de administración. (ARANDA/SIERRA)

348. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 11, págs. 13-17.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Partes comunes. Cargas comunes: local comercial. Trabajos realizados a costa de los copropietarios. (ARANDA/SIERRA)

349. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 10 (octubre), págs. 12-17.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Elementos constitutivos de la copropiedad; partes comunes; regulación de la comunidad. (ARANDA/SIERRA)

350. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 7-8, págs. 14-18.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Gastos comunes y sus cláusulas de agravación. Trabajos a cargo del síndico. (ARANDA/SIERRA)

351. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 6, págs. 13-18.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Partes comunes. Decisión de eliminar la calefacción colectiva. Trabajos realizados a cargo de algunos copropietarios. Instalación de ascensor. (ARANDA/SIERRA)

352. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 1, págs. 10-14.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Partes comunes, decisiones de la asamblea y separación de cuentas. (ARANDA/SIERRA)

353. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 3-4, págs. 14-19.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Arrendamiento. Gastos comunes. Representatividad del comunero. (ARANDA/SIERRA)

354. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 5 (avril), págs. 13-17.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. Gastos comunes. Designación de síndico. Acciones colectivas de la comunidad. (ARANDA/SIERRA)

355. VIGNERON: «L'avenir des copropriétés en difficulté», LC, 1995, núm. 11, págs. 1-2.

Influencia de los factores económicos y de los comportamientos individuales en los problemas de las copropiedades. Noción y procedimiento a seguir en estos supuestos. Misión del administrador. El Decreto núm. 95/162 de 15 de febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

356. VIGNERON: «Copropriété», LC, 1995, núm. 2, págs. 11-15.

Anotaciones a sentencias relativas a la comunidad de bienes. División de lotes. Gastos comunes. Convocatoria de junta. (ARANDA/SIERRA)

357. VITUCCI, P.: «Usucapione di fondi rustici e diritto intertemporale», GC, 1995, núm. 5, págs. II, 233-238.

Apuntes acerca de la necesidad de establecer normas transitorias, con motivo de la introducción en el Codice civile del art. 1159-bis, a efectos de prever las posibles dudas que un cambio legislativo puede ocasionar en la regulación del instituto de la usucapión. (R.D.R.)

358. VIVANT: «Recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne», RDS, 1995, núm. 26, págs. 197-200.

Concepto de banco de datos en el proyecto de directiva europea de 15 de abril de 1992. La base de datos como una estructura. (ARANDA/SIERRA)

359. WALLON: «Le CNC et la vidéo», GP, 1995, núm. 284-285, pág. 17.

Sobre la difusión de obras en video y la reglamentación concerniente a las obras cinematográficas. (ARANDA/SIERRA)

360. WERNECKE, FRAUKE: «Die öffentliche Sache im Widerstreit privater und allgemeiner Belange», ACP, 1995, págs. 445-467.

La demanda que el Estado de Hamburgo dirige contra un anticuario reivindicando un sello que había sido el oficial del Estado desde el siglo XIV hasta el siglo XIX, que dicho anticuario había ofertado en su catálogo y que a su vez había adquirido en una subasta, sirve a la autora, junto con otros ejemplos que han tenido diverso eco en los medios de comunicación, para plantear el tema de la sumisión al Derecho privado de cuestiones dominicales relativas a cosas que aun siendo propiedad del Estado no son de servicio ni uso público, y pueden ser objeto de relaciones entre particulares. (I.G.P.)

361. ZENATI: «Propriété et droits réels», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 651-658.

Notas a sentencias sobre la subrogación real, la propiedad y el derecho de superficie. (ARANDA/SIERRA)

362. ZUCHELLI, N.: «Tutelabilità degli schemi di trasmissioni televisive», Dir. Aut., 1995, núm. 2, págs. 271-277.

Comentario a la sentencia de 26 de mayo de 1994 del Tribunal de Monza respecto al espectáculo televisivo en la disciplina del derecho del autor. (A.R.G.)

6. DERECHO DE FAMILIA

363. ADAMI, G.: «Adozione e primogenitura», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 569-580.

Comentario al Decreto de 3 de agosto de 1993 del Tribunal de Menores de Venecia en materia de adopción. (A.R.G.)

364. AGOSTINI: «Get (gueth) et astreinte», RDS, 1995, núm. 16, págs. 245-246.

Nota a Corte de apelación de Versalles de 31 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

365. ALBISETTI, A.: «Trascrizione tardiva post mortem», NGCC, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 32-34.

Comentario a la sentencia de casación de 24 de marzo de 1994 n. 2893, que afronta el viejo tema de la inscripción tardía de un matrimonio canónico después de la muerte de uno de los cónyuges. (A.R.G.)

366. ASTONE, M.: «Ladozione del minore da parte del singolo», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 516-527.

Comentario al Decreto de 28 de febrero de 1994 del Tribunal de apelación de Roma respecto al tema de la familia de hecho y la adopción de un menor. (A.R.G.)

367. AUBERT: «Contestation de reconnaissance d'enfant naturel et ordre public international française», RDS, 1995, núm. 21, págs 306-308.

Nota a la sentencia de Tribunal de Gran Instancia de París de 23 de noviembre de 1993 sobre problemas de ley aplicable y conflicto de leyes. (ARANDA/SIERRA)

368. BATTEUR: «La modification de la convention définitive conclué par des époux divorcés sur requête conjointe par le juge du redressement judiciaire civil», RDS, 1995, núm. 29, págs. 402-405.

Casación civil, 1.º, de 11 de octubre de 1994 sobre análisis del problema con la ley de 31 de diciembre de 1989. Evolución actual de este derecho de divorcio. (ARANDA/SIERRA)

369. BERNARDINI, M.: «Rapporto di lavoro, o di collaborazione "parasubordinata", e tutela del convivente more uxorio (c.d. familiare di fatto)», NGCC, 1995, núm. 2, págs. 281-285.

Comentario a Cass. de 2 de mayo de 1994, n. 4204 sobre la familia de hecho. (A.R.G.)

370. BIANCO, F.: «I recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola», DFP, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 1018-1026. (A.R.G.)

371. BONILINI, G.: «Genitore affidatario ed usufructo giudiziale», NGCC, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 35-41.

División de los bienes conyugales comunes y constitución de un usufructo judicial. Usufructo como medio de mantenimiento de los hijos. Duración del usufructo judicial. (A.R.G.)

372. BRAUN, JOHANN: «Der Taschengeldanspruch des Ehegatten», ACP, 1995, págs. 311-360.

La mayoría de la doctrina afirma que el cónyuge que se dedica a la atención del hogar familiar puede exigir a su consorte que realiza un trabajo remunerado una cantidad de dinero para sus propias necesidades individuales, lo que recibe la denominación de «Taschengeld», figura de origen jurisprudencial. Aunque se incluye dentro de las cargas del matrimonio, se configura como una pretensión individual del cónyuge acreedor, que, llegado el caso, puede estar sujeto al embargo de sus acreedores particulares, aunque se trate de una cuestión discutida. El autor somete a severa crítica esta concepción mayoritaria del denominado «Taschengeld», que no se corresponde con su significado original y la razón de su consagración jurisprudencial, ni se compadece con la actual regulación en materia de contribución a las cargas de la familia y autonomía del cónyuge que se ocupa de la casa en la gestión de lo que se le entrega para atenderlas: la contribución a estas cargas se contempla como pretensión global frente al cónyuge que obtiene los ingresos, y su gestión y reparto entre los distintos conceptos que integran las cargas de la familia se considera decisión propia o personal del cónyuge dedicado a la satisfacción inmediata de tales necesidades, entre las que se incluyen, por supuesto, las suyas propias. (I.G.P.)

373. CANONICO, M.: «La prevalenza della pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico trascritto rispetto al giudicato di cessazione degli effetti civili», DFP, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 928-965.

Comentario a la sentencia de 9 de diciembre de 1993 n. 12144 del Tribunal Constitucional sobre la relación existente entre la nulidad eclesiástica y el juicio de divorcio referido al matrimonio canónico inscrito. (A.R.G.)

374. CEROLINI, P.: «Edificio costruito su un immobile di proprietà esclusiva di un solo coniuge in regime di comunione legale —nota a Trib. Fermo 5 settembre 1994», GC, 1995, núm. 7-8, págs. I, 1925-1930. (R.D.R.)

375. CIAVATTONI, S.: «Convenzioni matrimoniali nel regime transitorio —nota a Cass. 18 maggio 1995 n. 4887», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1624-1626. (R.D.R.)

376. COMOLLI, A.: «La fase presidenziale della separazione: legge incostituzionale o prassi incostituzionale?», DFP, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 1164-1173.

Debate sobre la inconstitucionalidad del requisito de la comparecencia previa de los cónyuges ante el presidente sin asistencia de defensor en caso de separación. (A.R.G.)

377. COMOLLI, A.: «Sull'osservanza degli obblighi ex art. 143 c.c. malgrado l'immutabilità del titolo della separazione», DFP, 1995, núm. 2, págs. 506-509.

Comentario a Cass. de 7 de diciembre de 1994 n. 10512 en materia de separación entre cónyuges. (A.R.G.)

378. CONTE, M.: «Conti cointestati e separazione dei coniugi: che guaio essere casalinghe!», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 558-563.

Comentario a la sentencia de 8 de abril de 1994 del Tribunal de Verona en materia de régimen patrimonial de la familia. (A.R.G.)

379. CONTE, M.: «Separazione o divorzio e morte di uno dei coniugi, in pendenza di giudizio: agli eredi non spetta alcun tipo di legittimazione», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 566-569.

Comentario a la Ordenanza de 23 de julio de 1994 del Tribunal de Verona sobre cuestiones referentes a la crisis matrimonial. (A.R.G.)

380. CROZE/MOREL: «Nota a la sentencia de casación de 22 de noviembre de 1994, sección 1.ª civil, sobre situación de los esposos y su apreciación global», GP, 1995, núm. 300-301, pág. 18. (ARANDA/SIERRA)

381. DELL'ANTONIO, A.: «Convenzioni internazionali per l'adozione ed interesse del minore», DFP, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 1093-1107.

Reflexiones sobre el problema de la adopción internacional. Convención de La Haya. Acuerdos bilaterales con Perú y Rumania. (A.R.G.)

382. EDIMO NANA: «Paternité biologique et paternité putative», RDS, 1995, núm. 19, págs. 276-278.

Nota a casación civil, 1.ª, de 17 de mayo de 1993 sobre apreciación de los jueces en interés del menor. Búsqueda de la verdad biológica. (ARANDA/SIERRA)

383. EMANUELE, C.F.: «Nuove prospettive in tema di adozione del single», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 527-534.

Comentario al Decreto de 28 de febrero de 1994 del Tribunal de apelación de Roma con relación a la familia de hecho y la adopción de un menor. (A.R.G.)

384. GALUPPI, G. Y GRASSO, L.: «Servizi territoriali e Tribunali per i minorenni: ambiguità e rischi connessi a violazioni del principio del contraddittorio», DFP, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 720-741.

Análisis del problema de la disciplina de la adopción y de la custodia de menores desde dos perspectivas diversas, la jurídica y la psicológica. (A.R.G.)

385. GIGLIOTTI, F.: «Rottura della convivenza more uxorio e affidamento del figlio naturale: rilevanza dell'accordo parentale sulle condizioni della "separazione"», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 611-637.

Comentario al Decreto de 17 de octubre de 1994 del Tribunal de menores de Reggio Calabria sobre cese de la convivencia en una familia de hecho. (A.R.G.)

386. GOSSO, P.: «Il "caso Di Lazzaro" ed il gioco delle tre carte», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 534-543.

Comentario a la sentencia de 28 de febrero de 1995 del Tribunal de apelación de Roma sobre la persona sola y la adopción de un menor. (A.R.G.)

387. GRANET-LAMBRECHTS: «Droit de la filiation», RDS, 1995, núm. 26, págs. 219-225.

Notas a sentencias de los tribunales franceses en materia de filiación. (ARANDA/SIERRA)

388. GRAZIANO, L.: «La giurisdizione civile sulla nullità del matrimonio canonico trascritto tra ambiguità interpretative e volontà di focalizzare le vere domande aperte dal suo eventuale riconoscimento — nota a Trib. Padova 7 gennaio 1995», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2248-2254. (R.D.R.)

389. HAUSER: «Personnes et droit de la famille», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 595-617.

Comentarios a diversas sentencias sobre estado civil, nombre, incapacitación, matrimonio, divorcio y filiación. (ARANDA/SIERRA)

390. HUYETTE: «L'observation en milieu ouvert, mesure d'assistance éducative ou mesure d'investigation? Le contrôle de la qualification», RDS, 1995, núm. 20, págs. 294-296.

Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Rennes de 23 de septiembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

391. LAPERCHIA, S.: «Adozione internazionale e differenza di età degli adottanti», NGCC, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 460-464.

Comentario a Cass. de 26 de marzo de 1994 n. 2984 en materia de adopción. (A.R.G.)

392. LE GUIDEC: «Conséquences de la limitation du report des effets de la dissolution de la communauté aux rapports entre époux. Article 262-1 du Code civil», RDS, 1995, núm. 15, págs. 225-226.

Nota a la sentencia de casación civil, sección 1.ª, de 1 de junio de 1994 sobre divorcio: efectos. La comunidad legal. (ARANDA/SIERRA)

393. LEPRE, A.: «Profili problematici dell'usufrutto giudiziale ex art. 194, comma 2 c.c.», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 482-497.

Comentario a Cass. de 9 de abril de 1994 n. 3350 sobre régimen patrimonial de la familia. (A.R.G.)

394. LERADP: «Circoncisione à la sauvette: retrait du droit de visite», RDS, 1995, núm. 15, págs. 226-229.

Nota a la sentencia de casación civil de 26 de enero de 1994 sobre el derecho de visita y el de alojamiento de hijos legítimos. Convención franco-argelina. (ARANDA/SIERRA)

395. MAGGIOLO, M.: «Comunione legale tra coniugi su quote di società a responsabilità limitata», NGCC, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 546-551.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de febrero de 1994 sobre régimen patrimonial de los cónyuges y el derecho de la empresa. (A.R.G.)

396. MANERA, G.: «Sui limiti dell'intervento del giudice nella soluzione dei conflitti familiari», DFP, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 1039-1047.

Comentario al Decreto de 31 de enero de 1994 del Tribunal de menores de L'Aquila respecto a los conflictos en la familia de hecho. (A.R.G.)

397. MARNIÈRE: «Nota a la sentencia del Tribunal de casación, pleno, de 23 de diciembre de 1994», GP, 1995, núm. 216-217, págs. 11-14.

Notas a la decisión citada sobre liquidación judicial. Desposesión del deudor y sus efectos. (ARANDA/SIERRA)

398. MARTIN: «Le franc symbolique est-il propre ou commun?», RDS, 1995, núm. 29, pág. 401.

Nota a casación civil, 1.ª, de 17 de enero de 1995 sobre la negación a considerar precio una suma simbólica. (ARANDA/SIERRA)

399. MASSIP: «Observaciones a diversas sentencias de la Corte de casación francesa en materia de derecho de familia y de Derecho de personas», GP, 1995, núm. 300-301, págs. 17, 20 y 21-22.

Nota a la sentencia de casación 1.ª civil de 18 de octubre de 1994 sobre actos de estado civil; a la sentencia de 29 de junio de 1994 sobre presunción de paternidad; a la sentencia de 13 de diciembre de 1994 sobre incapacitación; obligación del representante legal de rendir cuentas anualmente; y, a la sentencia de la Corte de casación de 13 de diciembre de 1994 sobre apertura de la tutela, aplicación del art. 391 del C.c.; y, sentencia de 12 de julio de 1994 sobre la minoría de edad, asistencia educativa y personas competentes en la materia. (ARANDA/SIERRA)

400. MASSIP: «Nota a la sentencia de casación civil, sección 1.a, de 29 de junio de 1994 sobre acogimiento del menor en un centro público», GP, 1995, núm. 237-241, pág. 17. (ARANDA/SIERRA)

401. MASSIP: «Nota a la sentencia de casación civil, sección 1.a, de 4 de mayo de 1994 sobre modificación de la patria potestad por el divorcio», GP, 1995, núm. 237-241, pág. 17. (ARANDA/SIERRA)

402. MASSIP: «Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil núm. 95/0820 sobre la tutela del incapaz», GP, 1995, núm. 237-241, pág. 15. (ARANDA/SIERRA)

403. MASSIP: «Le rôle du curateur dans les litiges concernant un majeur en curatelle», RDS, 1995, núm. 25, págs. 358-361.

Nota a la sentencia de casación criminal de 1 de junio de 1994 sobre la aplicación de los arts. 511 y 512 del C.c. (ARANDA/SIERRA)

404. MATHIEU: «Promesse de mariage et responsabilité: une annonce matrimoniale peut-elle être considérée comme une offre contractuelle de se marier?», RDS, 1995, núm. 23, págs. 330-332.

Nota a casación civil, 2.ª, de 28 de abril de 1993 sobre la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio. Contrato de promesa. Promesa por persona casada. Consecuencias de la calificación de la promesa. (ARANDA/SIERRA)

405. MEULDERS-KLEIN: «Le démariage consensuel», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 559-571.

Acuerdo de separación. Concepto. El matrimonio como contrato civil. Divorcio consensual. La desunión a finales del s. XX. (ARANDA/SIERRA)

406. NAPPI, G.B.: «I procedimenti di separazione personale dopo il 30 aprile 1995», DFP, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 1174-1181.

Artículo del convenio de 23 de septiembre de 1995 sobre novedades en materia de Derecho de Familia. (A.R.G.)

407. NAPPI, G.B.: «Piú sollecita la pronuncia di separazione personale», DFP, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 596-610.

Comentario a la sentencia de 29 de septiembre de 1994 del Tribunal de Milán sobre sentencia no definitiva de separación personal. (A.R.G.)

408. PETITO, L.: «Adozione ex art. 44 legge n. 184/83 in favore della moglie del padre naturale del minore e fondato sospetto di non veridicità del riconoscimento paterno», DFP, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 1012-1018.

Comentario a Cass. de 18 de agosto de 1994 n. 7437 respecto a la adopción en casos particulares. (A.R.G.)

409. POISSON-DROCOURT: «Les effets en France d'une décision étrangère d'adoption et la Convention de la Haye du 29 mai 1993», RDS, núm. 20, págs. 147-149.

Solución de principio. Efectos particulares de la adopción: publicidad, medidas de protección del niño, disposiciones de orden social. (ARANDA/SIERRA)

410. POISSON-DROCOURT: «L'adoption en droit international», RDS, 1995, núm. 18, págs. 261-262.

Nota a la sentencia de casación civil, 1.ª, de 1 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

411. QUADRI, E.: «Crisis familiare e mantenimento del figlio maggiorenne», NGCC, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 117-121.

Comentario a la sentencia de casación de 28 de junio de 1994, n. 6215. Legitimación de un cónyuge, en régimen de separación, para solicitar el mantenimiento del hijo mayor de edad. (A.R.G.)

412. REGINE, F.: «Acquisto di azioni, dichiarazione ex art. 179, comma 1.º, lettera f), cod. civ. e comunione legale dei neni fra coniugi», NGCC, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 561-569.

Comentario a Cass. de 18 de agosto de 1994 n. 7437 sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges. (A.R.G.)

413. RIMINI, C.: «La autonomia del capo della sentenza relativo alla pronuncia della separazione personale fra i coniugi rispetto alla pronuncia sulle questioni accessorie», NGCC, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 744-752.

Comentario a la sentencia de apelación de Milán de 13 de mayo de 1994 en materia de separación personal. (A.R.G.)

414. RUBINO, R.: «L'adozione in Spagna», DFP, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 843-873.

Estudio de numerosas cuestiones referentes a la adopción en la nueva legislación española. (A.R.G.)

415. SACCHETTI, L.: «Incesto tra fratelli, famiglia aperta, adozione», DFP, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 1108-1116.

Presencia oculta y caracteres del incesto entre hijos. Multiplicación de las situaciones de riesgo. Factores de riesgo en la adopción. (A.R.G.)

416. THRAN, M.: «Die analoge Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf nichteheliche Lebensgemeinschaften», NJW, 1995, págs. 1458-1464.

La creciente praxis en torno a las situaciones de convivencia similar a la matrimonial ha planteado algunas dificultades en el ámbito de la ejecución forzosa contra uno de los convivientes de hecho, al ser las relaciones patrimoniales entre los mismos de difícil estructuración jurídica. La doctrina mayoritaria niega, por ejemplo, que normas protectoras de la posición del acreedor frente al deudor casado (normas que facilitan claramente el éxito de la ejecución) puedan aplicarse analógicamente a las parejas de hecho. El autor, a la luz de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional alemán y del BGH trata de defender la postura contraria. (M.P.G.R.)

417. TORTORICI, F.: «La ricerca della paternità tra verità e legalità», DFP, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 1026-1034.

Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 1995 del Tribunal de apelación de Palermo sobre reconocimiento de hijo natural. (A.R.G.)

418. TRIOLA, R.: «Osservazioni in tema di alienazione di beni in comunione legale —osservazione a Cass. 7 aprile 1995 n. 4063», GC, 1995, núm. 7-8, págs. I, 1779-1780. (R.D.R.)

419. VAREILLE: «Régimes matrimoniaux», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 673-677.

Notas sobre sentencias relativas al cambio de régimen económico matrimonial. (ARANDA/SIERRA)

420. VILLEGIANTE, S.: «Il "bonum coniugum" e l'oggetto del consenso matrimoniale in diritto canonico», DFP, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 691-719.

Análisis sobre el objeto del consentimiento matrimonial en el Derecho Canónico, fundamentalmente en el viejo Código de 1971 y en el nuevo de 1983. (A.R.G.)

421. VRAY: «Comentario a la sentencia de casación, sección 2.ª civil, de 29 de abril de 1994 sobre divorcio, adulterio. Apreciaciones del juez», GP, 1995, núm. 237-241, págs. 14-15. (ARANDA/SIERRA)

7. DERECHO DE SUCESIONES

422. AMBANELLI, A.: «Sulla legittimazione processuale dellesecutore testamentario», NGCC, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 644-647.

Comentario a Cass. de 23 de marzo de 1994 n. 2707 en materia de sucesiones. (A.R.G.)

423. COSTANZO, P.: «Titolarietà iure proprio e iure successionis del diritto al risarcimento del danno biologico da morte», GC, 1995, núm. 9, págs. II, 377-397.

Breve análisis del derecho de resarcimiento por *daño biológico de muerte* del cónyuge. Naturaleza jurídica y causa de la titularidad del derecho de resarcimiento. (R.D.R.)

424. DI MAURO, N.: «Effetti della rinuncia alla legittima da parte di uno degli eredi necessari: rideterminazione delle quote di riserva o accreditamento? —nota a Cass. 11 febbraio 1995 n. 1529», GC, 1995, núm. 9, págs. I, 2119-2124. (R.D.R.)

425. DI MAURO, N.: «Legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto diritti reali immobiliari e forma della rinuncia —nota a Cass. 2 febbraio 1995 n. 1261», GC, 1995, núm. 6, págs. I, 1509-1512. (R.D.R.)

426. HEHEMANN, H.: «Testamentsvollstreckung bei Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften», BB, 1995, págs. 1301-1312.

Ejecución del testamento en la sucesión de acciones en las sociedades de tipo personalista. (M.P.G.R.)

427. KRENZ, UWE: «Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft —Dogmatische, rechtsvergleichende und rechtspolitische Aspekte—», ACP, 1995, págs. 361-392.

Un estudio sobre la comunidad hereditaria, su naturaleza y su vocación a ser extinguida mediante la partición, que, a su vez, se presenta como un conjunto de operaciones complejas. El autor examina en particular la regulación que el BGB ofrece en materia de partición hereditaria, lo compara con otros sistemas (Suiza, Francia e Italia) y pone de relieve sus inconvenientes haciendo propuestas de reforma. (I.G.P.)

428. PATARIN: «Successions et libéralités», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 659-672.

Notas a sentencias sobre indivisión y partición de la herencia. Donaciones. (ARANDA/SIERRA)

429. SIEGMANN, M.: «Zur Fortbildung des Rechts der Anteilsvererbung», NJW, 1995, págs. 481-487.

A propósito de la evolución del derecho a la sucesión en la participación social. Fundamentos, cuestiones actuales en Derecho civil y fiscal sobre rendimientos.

Analiza el autor la problemática no resuelta por la letra de la ley en torno a la sucesión en las participaciones en una sociedad personal. La polémica jurisprudencial y doctrinal desde el punto de vista civil se proyecta igualmente sobre la dimensión fiscal. (M.P.G.R.)

430. TOTI, B.: «La rilevanza delle cause di invalidità nell'applicazione dell'art. 590 cc.», RDC, 1995, núm. 3, parte prima, págs. 435-478.

Revisión de supuestos de revocación del testamento, como superveniencia de hijos, lesión de la legítima, ilicitud o imposibilidad de disposiciones testamentarias, para el estudio del art. 590 c.c., atendiendo a la voluntad del *de cuius* como único criterio de confirmación y voluntaria ejecución de disposiciones testamentarias nulas. (R.D.R.)

431. VENDITTI, A.: «Questioni in tema di calcolo e tutela della legittima», NGCC, núm. 2, 1995, parte primera, págs. 438-450.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Génova de 17 de mayo de 1993 en materia de sucesiones. (A.R.G.)

8. VARIAS

432. AAVV: «Derecho de Senegal», GP, 1995, núm. 304-308, págs. 4-55.

Número especial dedicado al estudio del Derecho de este país, pero centrado especialmente en el ámbito mercantil. Derecho mercantil y de empresas; representación comercial; sistema bancario, principios y prácticas contables; etc. (ARANDA/SIERRA)

433. AUNEAU: «L'influence des normes sportives internationales sur la recherche en droit du sport», GP, 1995, núm. 223-229, págs. 3-10.

El autor se plantea el problema de la autonomía de esta normativa y su internacionalización. (ARANDA/SIERRA)

434. BOLARD/FLECHEUX: «L'avocat, le juge et le droit», RDS, 1995, núm. 29, págs. 221-222.

Deontología profesional y principio de contradicción. Art. 12 NCPC. (ARANDA/SIERRA)

435. BRUNET: «Le juge judiciaire est-il le garant des libertés individuelles à l'occasion de l'application de l'art. 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945?», GP, 1995, núm. 328-329, págs. 3-8.

El papel del juez. Atentado a los derechos fundamentales del extranjero por la censura judicial. Unidad de jurisdicción. (ARANDA/SIERRA)

436. CAPRIGLIONE, F.: «Le fondazioni bancarie e la legge sulle privatizzazioni», NGCC, 1995, núm. I, parte segunda, págs. 80-93.

Estudio de la ley n. 474/1994 sobre privatización. Pérdida del control público. (A.R.G.)

437. CHINDEMI, D.: «Nullità della chiamata in causa del terzo», NGCC, 1995, núm. 2, págs. 351-355.

Comentario a la Sentencia de apelación de Milán de 25 de marzo de 1994 respecto a la intervención de un tercero por orden del juez en el proceso civil. (A.R.G.)

438. CLEMENT/DERHY/FLECHEUX/HUET/PUECHAVY/PETTITI/VORMS/PETTITI: «La jurisprudence de la Cour européenne en matière économique», GP, 1995, núm. 267-268, págs. 16-44. (ARANDA/SIERRA)

439. «CONGRÈS DE L'U.I.A. DROIT DU SPORT. DROIT DU TRAVAIL.», GP, 1995, núm. 223-229, págs. 11-49.

Número especial en el que se plasman las diversas ponencias presentadas en el Congreso citado y celebrado en Marrakech en noviembre de 1994. Por Austria expuso M. Meyenburg; por Grecia Zepos y Zepos; por Bélgica Younger pero con referencia al deporte en América; por los Países Bajos estudiando los salarios y la relación jurídica, de Haas; por Italia sobre la relación laboral en el deporte, Lo Fiego; por España con una ponencia sobre el derecho del trabajo aplicado a los deportistas profesionales, Antras Badia/Antras Puchal; y, por Francia centrándose en un estudio de los futbolistas, Tramullas. (ARANDA/SIERRA)

440. VAN DER MOTTE: «Problème urgent de notre temps: Le système actuel de saisie des rémunérations est-il "économique et social"?», GP, 1995, núm. 237-241, págs. 2-3.

Fracción embargable. Su carácter antieconómico. (ARANDA/SIERRA)

441. DIDIER: «Le juge administratif juge de droit commun du contentieux de l'expulsion», RDS, 1995, núm. 13, págs. 193-196.

Extranjeros. Entradas y salidas de Francia. Libertad individual. (ARANDA/SIERRA)

442. GERVAIS DE LAFOND: «Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», GP, 1995, núm. 263-264, págs. 2-5.

Historia. Armonización del derecho mercantil. Regulación de litigios. (ARANDA/SIERRA)

443. GHILAIN/KRUKOFF/PHILBERT: «Résumés d'arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)», GP, 1995, núm. 249-250, págs. 9-24. (ARANDA/SIERRA)

444. GOUT: «À propos de la proposition de directive du Conseil des Communautés concernant le droit d'établissement des avocats», GP, 1995, núm. 321-322, págs. 2-11.

Derecho positivo: Tratado de Roma y jurisprudencia comunitaria. Las directivas 77/249 de 22 de marzo de 1977 y 89/48 de 21 de diciembre de 1988 para facilitar la libre prestación de servicios. Los trabajos posteriores del consejo de la CEE CCBE y el proyecto Lisboa 10/92. (ARANDA/SIERRA)

445. HANNOUN: «Déontologie notariale et transparence des personnes morales», RDS, 1995, núm. 13, págs. 196-197.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 1, de 2 de febrero de 1994. (ARANDA/SIERRA)

446. HUYGHÉ DE MAHENGÉ: «L'assistance dans la gestion de litiges internationaux: le rôle du cabinet d'avocats», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 447-458.

Evolución del funcionamiento de estos despachos. Su papel en materia de Derecho internacional. (ARANDA/SIERRA)

447. JEGOUZO: «La loi n. 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement», RDim., 1995, núm. 3, págs. 201-216.

Derecho común de la protección del desarrollo. Democratización de la gestión, asociaciones y refuerzos de su estatuto. Reformas sectoriales. Protección del paisaje. (ARANDA/SIERRA)

448. JICKELI, J.: «Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips», JZ, 1995, págs. 57-64.

El mercado interior bajo la sombra del principio de subsidiariedad. El artículo recoge la controvertida cuestión de si el principio de subsidiariedad repercute en la integración del mercado de la Unión Europea. Analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión bajo este aspecto y llega a un resultado afirmativo. (M.P.G.R.)

449. JULIEN-LAFERRIÈRE: «Droit des étrangers», RDS, 1995, núm. 21, págs. 179-188.

Comentario a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (ARANDA/SIERRA)

450. KLESTA DOSI, L.: «Corte di giustizia della comunità europea (20 ottobre 1993- 30 settembre 1994)», NGCC, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 213-238.

Libre circulación de las mercancías. Libre circulación de personas y servicios. Seguridad social de los trabajadores emigrantes. Reglas en materia de competencia apli-

cables a las empresas. Procedimientos fiscales. Convención sobre la competencia jurisdiccional y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial. (A.R.G.)

451. LEVI: «L'apport du droit comparé à la recherche juridique prospective», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 497-502.

El derecho comparado como elemento de una evolución pluridisciplinar. (ARANDA/SIERRA)

452. LIENHARD: «Pour un droit des catastrophes», RDS, 1995, núm. 13, págs. 91-98.

El campo de aplicación del derecho de catástrofes. La noción de catástrofe, las situaciones potencialmente generadoras de daños colectivos, clasificación, causalidad indirecta. Ramos del Derecho concernientes. Las finalidades del derecho de catástrofes y de procedimientos colectivos. (ARANDA/SIERRA)

453. MASSIP: «La répudiation islamique et la convention européenne des droits de l'Homme», RDS, 1995, núm. 18, págs. 263-264.

Nota a la sentencia de casación civil, 1.^a, de 1 de junio de 1994. (ARANDA/SIERRA)

454. MIRABELLI, G. Y GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione -Terzo quadrimestre 1994», RDC, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 293-310.

Reseña de jurisprudencia referente a diferentes materias. (R.D.R.)

455. OSMAN: «Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, deontologie, éthique, etc...réflexions sur la dégradations des sources privées du droit», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 509-531.

El juez tiene hoy en cuenta esos medios para resolver los problemas y sancionar su violación. Técnicas jurídicas que no deben olvidarse. (ARANDA/SIERRA)

456. PANSIER: «Le juge et l'innocence», GP, 1995, núm. 221-222, págs. 2-6.

El principio de inocencia en el Derecho francés. La inutilidad de la presunción. La función del juez en el tema. (ARANDA/SIERRA)

457. PRETOT: «L'indépendance du juge a l'égard du pouvoir exécutif au regard des stipulations de la convention européenne des droits de l'Homme», RDS, 1995, núm. 19, págs. 273-276.

Nota sobre CEDH de 24 de noviembre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

458. RICCI, M.A.: «Patteggiamento e contratto (le tentazioni del civilista)», C.I., núm. 3, págs. 1143-1158.

A propósito de una reciente sentencia de la Casación penal italiana, sez. IV de 23 de junio de 1993, n. 1088 se estudia la figura del «patteggiamento» introducida por el nuevo Código procesal penal (arts. 444-448), en virtud de la cual las partes del proceso (imputado y ministerio fiscal) de común acuerdo pueden solicitar al juez la aplicación de una sanción reducida. Según la jurisprudencia este acuerdo entre las partes sobre la pena constituye un verdadero negocio jurídico. (G.D.-P.G.)

459. STAEFFEN/VEYSSIERE: «Publicité et langue française», GP, 1995, núm. 330-332, págs. 3-6.

La obligación de utilizar la lengua francesa y sus excepciones. El derecho de marcas. Su respeto por las personas jurídicas y su sanción. (ARANDA/SIERRA)

460. TORIELLO, F.: «Orientamenti giurisprudenziali in tema di condizione di reciprocità», NGCC, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 159-182.

Amplio análisis del tema de la reciprocidad del extranjero en el sistema de fuentes del derecho italiano y en diversos campos del ordenamiento (derecho de propiedad, de-

recho al resarcimiento de daños, derecho de subrogación del asegurador, acceso a las profesiones, derecho de sucesiones, derechos derivados del contrato de agencia, reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras). (A.R.G.)

461. TULEJA/WOJTYCEK: «La protection des droits acquis éléments constitutif de droits? Remarques sur la jurisprudence constitutionnelle polonaise.», RIDC, 1995, núm. 3, págs. 737-762.

Necesidad de un cambio en el Derecho y de seguridad jurídica ante el paso a la democracia en Polonia. Principios, derecho subjetivo y expectativa. (ARANDA/SIERRA)

462. TURRONI, D.: «Il giuramento del testimone nel processo civile. Sopravvive?», NGCC, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 767-772.

Comentario a la ord. de 2 de agosto de 1994 del Pret. de Módena sobre prueba testimonial. (A.R.G.)

463. VISENTINI, G.: «Etica e affari», NGCC, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 17-24.

Relaciones entre la ética y el derecho. (A.R.G.)

464. WITZ: «Chronique de droit civil allemand», RTDC, 1995, núm. 3, págs. 695-709.

La reforma legal y la posición jurisprudencial alemana en materia de derecho de familia, contratos, persona y derechos reales. (ARANDA/SIERRA)

465. ZENO ZENCOVICH, V.: «La concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni», NGCC, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 165-172.

Comentario al Decreto de 8 de octubre de 1994 del Tribunal de Apelación de Milán sobre monopolio del servicio de telecomunicaciones. (A.R.G.)

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

466. AAVV: «Obligation de non concurrence et concurrence déloyale», RDS, 1995, núm. 24, págs. 205-214.

Notas a sentencias de los tribunales franceses elaborado por el Centro de defensa de la competencia de la universidad de Perpiñan. (ARANDA/SIERRA)

467. ATTI, A.: «Vendita sotto costo e “giornali-panino”», C.I., 1995, núm. 1, págs. 1-18.

Se analiza el caso reciente del acuerdo tomado por dos editoriales de diarios italianos de vender al público por debajo de coste conjuntamente dos diarios de gran tirada en una determinada provincia. Los editores de otros periódicos estimaban que esta iniciativa comercial era una práctica de competencia desleal con efectos monopolísticos. (G.D.-P.G.)

468. BARONE, A.: «Abuso di posizione dominante: competenza concorrente della Corte d'Appello (nota a App. Milano, ord. 11 novembre 1994 e decr. 8 ottobre 1994)», F.I., 1995, núm. 4, I, págs. 1326-1335.

A raíz de un recurso interpuesto por una empresa telefónica solicitando que se dictara una providencia para que cesara la competencia desleal de que estaba siendo ob-

jeto y siendo acogido por la Corte de Apelación de Milán, se analiza la competencia-jurisdiccional en esta materia. (G.D.-P.G.)

469. BERNE-LAMONTAGNE/DEVILLEBICHOT: «Pourquoi...et...quand évaluer une entreprise?», GP, 1995, núm. 274-275, págs. 5-17.

Se trata de buscar las causas legales de la evaluación de una empresa y los artículos del C.c. que son de aplicación a cada caso. (ARANDA/SIERRA)

470. BIANCO, G.: «Considerazioni su ordine pubblico economico, costituzione economica e diritto comunitario della concorrenza», ARCHIV. GIUR., 1995, núms. 2/3, págs. 179-227.

El orden público económico se ha visto sometido a una profunda transformación debida a la coexistencia de los principios de la constitución económica nacional con los principios del Tratado CEE. Los arts. 85 y 86 del Tratado CEE, para garantizar la libre circulación dentro del mercado, reprimen respectivamente los acuerdos que violen la competencia y el abuso de posición dominante por parte de una empresa, en un determinado sector del mercado común. (L.S.M.P.)

471. CANGIANELLI, E.M.: «Sui rimedi giurisdizionali contro i provvedimenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 276-277.

Comentario a Cass. de 5 de enero de 1994, n. 52 respecto a la jurisdicción en materia de procedimientos adoptados por la Autoridad garante de la competencia y del mercado. (A.R.G.)

472. CARCELEN: «La loi Madelin», GP, 1995, núm. 230-234, págs. 5-14.

Ley sobre iniciativa y empresariado industrial. Cotizaciones. Defectos de la ley. (ARANDA/SIERRA)

473. CASUCCI, G.: «Autodisciplina del disegno industriale», C.I., 1995, núm.1, págs. 429-446.

Estudio sobre los problemas jurídicos y conceptuales del llamado «industrial design», su protección jurídica y su regulación en el Código de autodisciplina del diseño industrial de 1975. (G.D.-P.G.)

474. COTE: «Établissement de conventions générales de vente de services d'une entreprise à vocation mondiale», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 421-426.

Análisis del problema desde un caso práctico: la sociedad SGS Holding. (ARANDA/SIERRA)

475. COURET: «Le gouvernement d'entreprise. La corporatè governance.», RDS, 1995, núm. 22, págs. 163-167.

La «corporatè governance» como sistema por el que se dirigen y controlan las sociedades. Importancia en 1995. Principios rectores. Creación de órganos y prácticas llevadas a cabo. (ARANDA/SIERRA)

476. COUSIN: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París, sección 1.º A, de 20 de febrero de 1995», GP, 1995, núm. 298-299, págs. 20-22.

Nota a la sentencia citada sobre derecho a la competencia. Abuso de posición dominante. (ARANDA/SIERRA)

477. DALLE VEDOVE, G.: «Note in tema di inadempimento di accordi sui segni distintivi», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 226-236.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Verona de 18 de enero de 1994 sobre denominaciones y signos distintivos de la empresa. (A.R.G.)

478. DECLERCQ: «Le point de vue d'une entreprise belge», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 367-370.

Análisis de la empresa Tractebel de distribución de electricidad y gas. (ARANDA/SIERRA)

479. GALLO, G.: «L'art. 2598 cod. civ.: norma unica o pluralità di fattispecie normative?», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 192, 196.

Comentario a Cass de 2 de febrero de 1994 n. 1392 respecto a la individualización del ámbito de operatividad de las diversas hipótesis de concurrencia desleal previstas en el artículo 2598 del Código Civil. (A.R.G.)

480. GAVALDA: «Prohibition des dates de valeur sur remises en especès et de l'année "bancaire" des trois cents soixante jours», RDS, 1995, núm. 15, págs. 229-231.

Comentario a la sentencia de casación comercial de 10 de enero de 1995 sobre deudas de valor y el cálculo de intereses. El año bancario de 360 días. (ARANDA/SIERRA)

481. GROSSFELD, BERNHARD/PAPAGIANNIS, IOANNIS: «Levin Goldschmidt. Zur Geschichte des modernen Handelsrechts», ZHR, 159, 1995, págs. 529-549.

Semblanza sobre la vida y la obra de quien fue el fundador de la ZHR y ha sido descrito como «la máxima autoridad en Derecho mercantil durante el siglo XIX en Alemania, y quizás en el mundo entero». (I.G.P.)

482. GUILLEMIN: «Le tunnel sous La Manche: confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 403-412.

Conflicto entre el Derecho francés e inglés por el que se rigen las empresas que participan en la construcción del túnel. (ARANDA/SIERRA)

483. HABERSACK, MATHIAS: «Staatsbürgschaften und EG-vretragliches Beihilfeverbot», ZHR, 159, 1995, págs. 663-685.

El art. 92 del Tratado de Roma dispone que serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, con las excepciones que la propia norma señala. El autor analiza los supuestos en los que se otorga un préstamo a una empresa conforme a condiciones usuales de mercado, garantizándose la pretensión restitutoria del Banco acreedor a través de una fianza que en su favor constituye un Estado miembro, casos en los que la doctrina y la propia comisión discute la infracción de lo dispuesto en los arts. 92 y 93 del Tratado. (I.G.P.)

484. HOFFMANN, M.: «Staatliche Wirtschaftsregulierung und grundrechtlicher Schutz der Unternehmensfreiheit durch Art. 12. Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG», BB, 1995, págs. 53-58.

Regulación estatal de la economía y protección del derecho fundamental de la libertad de empresa a través del art. 12.1 y 2.1 de la Ley Fundamental. (M.P.G.R.)

485. IRTI, N.: «Persona e mercato», RDC, 1995, núm. 3, parte prima, págs. 289-298.

Consideraciones acerca de la persona y el funcionamiento del mercado: libertad de iniciativa económica y de elección. El Derecho del mercado como derecho de instrumentos.

Autoresponsabilidad y tutela jurisdiccional. Competencias del Derecho privado. Convivencia de los intereses de la persona y el mercado bajo el principio de libertad. (R.D.R.)

486. J.P.M.: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de Orleans de 20 de junio de 1994», GP, 1995, núm. 216-217, págs. 20-24

Notas a la sentencia citada, sección de apelación, sobre operaciones en la bolsa por persona moral. Su responsabilidad penal. Delegación de poderes. (ARANDA/SIERRA)

487. JOBARD: «Nota a la sentencia de la Corte de apelación de París, sección primera, C.B.V., de 16 de mayo de 1995» GP, 1995, núm. 316-318, págs 9-18. (ARANDA/SIERRA)

488. KESSEDJIAN: «Les dangers liés à un mauvais choix du Droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et des sentences arbitrales», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 373-383.

Ausencia de elección del derecho aplicable. Libertad de elección de la regla de conflicto por la empresa. Inadecuación de elección. (ARANDA/SIERRA)

489. LAMETHE: «L'entreprise et le droit comparé. Une mesure de la "babel des droits"», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 327-343.

Acceso de la empresa a los derechos extranjeros. Medios de acceso. Principios de elección jurídica. (ARANDA/SIERRA)

490. LE CARPENTIER: «Organisation d'un service juridique et droit comparé», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 363-366.

Tipo de servicio: único. Metodología y reglamentación. (ARANDA/SIERRA)

491. MANSANI, L.: «La repressione della pubblicità nascosta», CI, 1995, núm. 1, págs. 188-206.

Estudio de los resultados prácticos que se han conseguido tras la entrada en vigor de la ley núm. 74 de 25 de enero de 1992 sobre publicidad, con especial atención a la publicidad subliminal. (G.D.-P.G.)

492. MARASA, G.: «La pubblicità nel trasferimento d'azienda e del marchio nazionale e comunitario», NGCC, 1995, núm. 1, parte segunda, págs. 74-80.

Publicidad de los contratos de traspaso de empresa en la ley núm. 310/1993. Novedades derivadas del registro de las empresas. Efectos de la publicidad de tales contratos traslaticios. Publicidad del traslado de la marca. (A.R.G.)

493. MAROT: «Franchise et approvisionnements exclusif», GP, 1995, núm. 263-264, págs. 6-12.

Solución al problema dado en la sentencia de la Corte de casación comercial de 10 de enero de 1995. Caso Phildar. (ARANDA/SIERRA)

494. MÖSCHEL, W.: «Subsidiaritätprinzip und europäisches Kartellrecht», NJW, 1995, págs. 281-285.

Principio de subsidiariedad y derecho de la competencia.

El principio de subsidiariedad parece destinado a proyectarse sólo de forma mediata sobre el Derecho primario comunitario. El autor parte de este dato para ponerlo en tela de juicio, al menos en lo que atañe a las exigencias de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad, propugnando un nuevo reparto funcional entre la Comisión y las autoridades nacionales encargadas del tema. (M.P.G.R.)

495. RONZANO: «La distribution en Europe: les exemples français, allemand, anglais et italien», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 413-419.

Puntos comunes y diferencias jurídicas en los diversos países. Elección de ley aplicable. (ARANDA/SIERRA)

496. ROSSELLO, C.: «Pubblicità ingannevole», CI, 1995, núm.1, págs. 137-187.

Estudio de la nueva normativa italiana en materia de publicidad engañosa (d. lgs. de 25 de enero de 1992, núm. 74) introducida a raíz de la Directiva núm. 450/84/CEE. (G.D.-P.G.)

497. SACK, R.: «Die wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis des unmittelbar Verletzten nach der Neufassung des § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG», BB, 1995, págs. 1-5.

La legitimación activa de los dañados directos en la nueva redacción del § 13.2 núm. 1 de la Ley de Competencia Desleal. (M.P.G.R.)

498. SAINTE/GARNOT: «Des juristes au service d'une entreprise operant au plan», RIDC, 1995, núm. 2, págs. 345-361.

Finalidades y necesidades específicas de la empresa. Organización y métodos del abogado como consejero de la empresa. (ARANDA/SIERRA)

499. SCHNEIDER, U.H.: «Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft?», BB, 1995, págs. 365-370.

¿Prohibición de competencia para los miembros del Consejo de Administración de una sociedad por acciones? (M.P.G.R.)

500. SERRA: «L'adoption du critère de proportionnalité pour apprécier la validité de la clause de non-concurrence», RDS, 1995, núm. 13, págs. 205-206.

Nota a la sentencia de casación comercial de 4 de enero de 1994 sobre el criterio de proporcionalidad a adoptar para dar validez a la cláusula de no competencia. (ARANDA/SIERRA)

501. TARAMASSO, A.: «Lex mercatoria. Rassegna di giurisprudenza arbitrale della CCI», NGCC, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 191-212.

Profundización sobre el papel de la Lex mercatoria en la reglamentación de las operaciones del comercio internacional. (A.R.G.)

2. DERECHO DE SOCIEDADES

502. ANGELONI, F.: «Sorte della frazione di capitale sociale nel caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio», CI, 1995, núm. 1, págs. 101-136. (G.D.-P.G.)

503. ANSELMINI, L.: «Brevi riflessioni sulla cessazione degli amministratori per scadenza del termine», NGCC, 1995, núm. 3, págs. 622-633.

Comentario a Cass. de 4 de marzo de 1994 n. 2144 sobre sociedades de capital. (A.R.G.)

504. BARBIERA, Lelio: «Riflessi della legge sulle offerte pubbliche aventi ad oggetto valori mobiliari sulla libertà contrattuale dei soggetti interessati alle offerte e sull'autonomia statutaria delle s.p.a. quotate nei mercati regolamentati», BBTC, V, parte prima, págs. 577-593.

La ley núm. 149/92 tipifica y regula la oferta pública de venta, suscripción, adquisición y permuta de valores mobiliarios de una sociedad. Se ha introducido un nuevo principio de orden público en la disciplina de las sociedades que cotizan en el mercado, consistente en el favor hacia la o.p.a. como procedimiento para la mutación del control de una sociedad. La cláusula estatutaria que impide la realización de una o.p.a. sobre las acciones de una sociedad es contraria a los principios establecidos en la ley. (L.S.M.P.)

505. BUSI, C.A.: «Azzeramento del capitale per perdite, sua ricostituzione senza contestuale sottoscrizione e previsione di sovrapprezzo a copertura delle perdite residue», NGCC, 1995, núm. 4, págs. 792-798.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Trieste de 26 de febrero de 1993 en materia de sociedades mercantiles. (A.R.G.)

506. CABRAS, Giovanni: «Sospensione ed autosospensione di amministratori e sindaci nelle società esercenti il credito», BBTC, V, parte prima, págs. 685-693.

En el estudio de la figura de las sociedades que se dedican a la actividad bancaria, el autor considera que la especialidad de las sociedades bancarias está más en la concreta actividad que ejercen, que en la estructura organizativa que poseen. Tomando como banco de prueba la suspensión de los administradores y los síndicos, prevista en la ley bancaria para las sociedades que ejercen la actividad crediticia o financiera y otros recientes procedimientos desconocidos por el derecho societario, no ve ningún problema de compatibilidad entre ambos sectores del derecho, no pudiéndose hablar de un derecho especial de sociedades para el sector bancario. (L.S.M.P.)

507. CARBONNEL: «Aspects immobilières de une restructuration de sociétés», RDIm., 1995, núm. 3, págs. 263-279.

La fusión de sociedades. Incidencia en propiedades inmuebles y en urbanismo. Garantías. (ARANDA/SIERRA)

508. CAVANNA, S.: «L'azione individuale di responsabilità ex art. 2395, cod. civ. negli anni 80/90 e dintori», NGCC, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 119-139.

Naturaleza de la acción. Relación de causalidad y daño directo. El daño directo al patrimonio del socio y del tercero como requisito de la acción. Casuística del daño directo y del daño difuso. Irregularidad en la redacción del balance y del administrador en el ámbito de las funciones de gestión. Responsabilidad concurrente de la sociedad por el hecho ilícito de los administradores. Cuestiones procesales. (A.R.G.)

509. CHARTIER: «Du mandat de voter à une assemblée générale de société», RDS, 1995, núm. 17, págs. 252-254.

Nota a casación comercial de 29 de noviembre de 1994 y casación 1.ª civil de 28 de febrero de 1995. (ARANDA/SIERRA)

510. CHARTIER: «Observaciones a sentencias de la corte de casación francesa en materia de sociedades mercantiles», GP, 1995, núm. 300-301, pág. 25.

Nota a la sentencia de casación comercial de 18 de octubre de 1994 sobre sociedad anónima. Condiciones de validez de los acuerdos de los administradores. (ARANDA/SIERRA)

511. COLUCCI, Federica: «Attività finanziari "riservate" per legge e clausole di stile in materia di oggetto sociale», BBTC, 1995, IV, parte seconda, págs. 499-505.

Comentario, a las sentencias del tribunal de Trani de 5 de marzo de 1994 y de la Corte di appello de Bari 13 de julio de 1994, en el que la autora es contraria al papel asumido por la jurisprudencia en el control del objeto social de las sociedades de responsabilidad limitada, para impedir que se eluda la reserva de ley establecida en la Ley de 5 de julio de 1991 núm. 197. Considera que es necesario que la sociedad ejerza una actividad concreta que caiga dentro del ámbito de la reserva; no basta con que según los términos del objeto social quepa el ejercicio de esa actividad. (L.S.M.P.)

512. COUTANT: «Aperçu rapide sur le décret du 10 avril 1995 modifiant les règles applicables en matière de registre du commerce et des sociétés», GP, 1995, núm. 263-264, págs 13-15.

Modificación sobre la declaración en el Registro e información a terceros. (ARANDA/SIERRA)

513. DE ACUTIS, M.: «Rimettibilità all'assemblea ordinaria di s.r.l. della scelta tra amministratore unico e consiglio di amministrazione», NGCC, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 151-157.

Comentario al Decreto de 3 de junio de 1994 del Tribunal de Padova en materia de sociedades. (A.R.G.)

514. DE BLASI, A.: «L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.», NGCC, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 636-641.

Comentario a Cass. de 4 de mayo de 1994 núm. 4323. Análisis sobre la figura del exceso de poder en las deliberaciones asamblearias de las sociedades de capital y la sanción impuesta por tal exceso de poder. (A.R.G.)

515. DORE, F.M.: «Sull'ammissibilità di una società a responsabilità limitata avente ad oggetto la prestazione di consulenze amministrative», NGCC, 1995, núm. 2, págs. 426-433.

Comentario al Decreto de 4 de mayo de 1993 del Tribunal de Udine en materia de sociedades. (A.R.G.)

516. DRYGALA, TIM: «Termingeschäftsfähigkeit und Aufklärungspflicht beim Handel mit Optionsscheinen», ZHR, 159, 1995, págs. 686-733.

El desarrollo del mercado de las obligaciones convertibles plantea una serie de problemas específicos. El autor se ocupa de cuestiones relacionadas con la configuración de este tipo de negocios como negocios a plazo y los deberes de información que incumben al emitente. (I.G.P.)

517. DUCOULOUX-FAVARD: «Actionariat et pouvoir», RDS, 1995, núm. 23, págs. 177-178. (ARANDA/SIERRA)

518. FAUCEGLIA, G.: «Prime riflessioni sui certificati di investimento», BBTC, 1995, IV, parte prima, págs. 431-442.

Estudio de la normativa que regula los *certificati di investimento* y los *cambiali finanziarie*, para cuya emisión la ley exige unos requisitos especiales de transparencia y publicidad. Ambos representan la adquisición de unos fondos con la obligación de reembolsarlos (obligación contractual de restitución) y el legislador les otorga la calificación de valores mobiliarios, unificando así las operaciones de financiación y de inversión. Sin embargo, gozan de una disciplina propia de aplicación. (L.S.M.P.)

519. FEDDERSEN, DIETER/KIEM, ROGER: «Steuerliche Gestaltungsprobleme bei der Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften», ZHR, 159, 1995, págs. 479-491.

La muerte de uno de los socios en el ámbito de sociedades personalistas no se traduce necesariamente en la extinción y disolución de la sociedad. En la práctica existen distintos tipos de cláusulas que atienden a esta eventualidad y previenen tanto la subsistencia de la sociedad con los socios supervivientes, como la entrada de uno o varios herederos en lugar del premuerto. Los autores contemplan los problemas que estas cuestiones suscitan desde el punto de vista fiscal. (I.G.P.)

520. GALGANO, F.: «Il paradosso dei sindacati di voto», CI, 1995, núm. 1, págs. 64-68.

Análisis de los problemas que origina la llamada sindicación de votos. (G.D.-P.G.)

521. GRASSANI, S.: «I sindacati di voto e la legislazione speciale: ubi lex dixit... voluit?», C I, 1995, núm. 1, págs. 83-100.

Tras la fuerte polémica suscitada por la nueva figura de la sindicación de votos por parte de los socios para obtener la mayoría en las asambleas societarias, han emanado una gran cantidad de disposiciones legales que intentan establecer el correcto funcionamiento del mercado financiero y la transparencia de las llamadas *regulated industries*. En este estudio se analiza el significado de la expresa mención legislativa de este tipo de procedimientos de control societario. (G.D.-P.G.)

522. HARTUNG, W.: «Der Rangrücktritt eines GmbH-Gläubigers- eine Chance für Wirtschaftskriminelle», NJW, 1995, págs. 1186-1190.

Autorización para la autocontratación en la sociedad de responsabilidad limitada.

El administrador de una sociedad de responsabilidad limitada es su representante orgánico. Cuando celebra un contrato con la propia sociedad o resulta, al mismo tiempo, representante de otra sociedad con la que aquélla contrata, el § 181 del BGB le impide actuar en ambos planos salvo que esté autorizado para ello. Lo realmente problemático es dilucidar cuándo existe tal autorización, aspecto al que se dedica el presente artículo. (M.P.G.R)

523. HENNRICHS, JOACHIM: «Forsetzung einer mangels Masse aufgelösten GmbH», ZHR, 159, 1995, págs. 593-608.

La opinión doctrinal mayoritaria admite que una sociedad disuelta y en fase de liquidación pueda «reactivarse» y de nuevo constituirse como sociedad en pleno funcionamiento. Esta tesis cuenta no obstante con detractores (sería un «cambio» de objeto respecto de la sociedad en liquidación) y además se discute, lo que el autor se detiene en estudiar, los presupuestos necesarios para que tal «reactivación» se produzca en casos de disolución por apertura de un procedimiento concursal. (I.G.P.)

524. HÜMMERICH, K.: «Grenzfall des Arbeitsrechts; Kündigung des GmbH-Geschäftsführers», NJW, 1995, págs. 1177-1186.

Supuesto límite del Derecho laboral: despido del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada.

La literalidad de la ley sobre plazos de despido (en vigor desde el 15 de octubre de 1993) no contempla el supuesto de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada. El artículo trata de dar respuesta a las cuestiones suscitadas por tal supuesto: aplicación analógica de la legislación laboral dentro de ciertas condiciones y límites, competencia de los tribunales laborales o de los ordinarios, son algunos de los problemas analizados. (M.P.G.R.)

525. IBBA, C.: «L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi», RDC, 1995, núm. 4, parte prima, págs. 525-538.

Análisis de los estatutos societarios y criterios de interpretación, partiendo de su concepto y naturaleza jurídica. (R.D.R.)

526. IUDICA, G.: «Elzeviro in tema di patti parasociali tra "gruppi" di soci nelle società di capitali», NGCC, 1995, parte segunda, núm. 1, págs. 70-73. (A.R.G.)

527. JEOL: «Le Tribunal de commerce lorsqu'il exerce d'office l'action en report de la date de cessation des paiements doit-il respecter les délais impartis à cet égard à ses partenaires», GP, 1995, núm. 216-217, págs. 14-18.

Nota a la sentencia de la Corte de casación, asamblea plenaria, de 31 de marzo de 1995 sobre cesación de pago. Cesión total del activo. Embargo judicial. (ARANDA/SIERRA)

528. KÜBLER, Friedrich: «Institutioneller Gläubigerschutz oder Kapitalmarkttransparenz?», *ZHR*, 159, 1995, págs. 550-566.

La cotización en la bolsa de Nueva York de las acciones de la Daimler-Benz, S.A., ha puesto de relieve las diferencias entre el sistema alemán (y, por extensión europeo) y el norteamericano en lo que a regulación del balance y finalidad de la información se refiere. Las diferencias entre la regulación y exigencias en uno y otro sistema se examinan por el autor atendiendo a los diversos problemas que subyacen, especialmente en temas como la protección de acreedores sociales, negocios «insider», etc. (I.G.P.)

529. LAPERTOSA, F.: «Sull'esercizio di attività professionale protetta da parte di una società commerciale», *NGCC*, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 606-610.

Comentario a Cass. de 10 de junio de 1994 n. 5648 en materia de sociedades profesionales. (A.R.G.)

530. LENOCI, V.: «Comitati e acquisti immobiliari (Osservaz. a Cass. 23 de giugno de 1994, núm. 6032)», *FI*, 1995, núm. 4, I, págs. 1268-1275.

Valoración del amplio reconocimiento jurisprudencial operado en materia de naturaleza jurídica y capacidad inmobiliaria de los comités societarios. (G.D.-P.G.)

531. LO CASCIO, G.: «Legittimazione dell'azionista ad opporsi all'omologazione del concordato preventivo —nota a Cass. 5 de maggio de 1995 núm. 4919», *GC*, 1995, núm. 9, págs. I, 2049-2054. (R.D.R.)

532. LO CASCIO, G.: «Gruppo di imprese, direzione unitaria e responsabilità della capogruppo —nota a Trib. Alba 25 de gennaio de 1995 (ord.)», *GC*, 1995, núm. 6, págs. I, 1641-1647. (R.D.R.)

533. MARTENS, KLAUS-PETER: «Der Aufsichtsrat im Konzern», *ZHR*, 149, 1995, págs. 567-592.

Los consorcios en los que se integran empresas con actividades muy diferenciadas, que acaso también se extienden a empresas tanto nacionales como extranjeras, plantean problemas específicos y obviamente distintos a los de la empresa aislada o los grupos de empresas que tienen cierta homogeneidad. Por tales razones la propia función del Consejo de Vigilancia no puede ser la misma ni desarrollarse de igual forma, amén de tener en estos casos capital importancia la figura del presidente de dicho Consejo. Sobre tales cuestiones realiza el autor su estudio para proponer los criterios que, a su juicio, deben informar la actuación del Consejo de Vigilancia en tales consorcios. (I.G.P.)

534. MERKT, HANNO: «Unternehmensleistung und Interessenkollision», *ZHR*, 159, 1995, págs. 423-453.

La ocupación de un puesto directivo y la responsabilidad en la toma de decisiones dentro de una sociedad, plantea el problema del conflicto de intereses que surge cuando las personas que ocupan tales cargos a su vez desarrollan una actividad empresarial «privada» o como miembros de otras empresas concurrentes. El autor analiza las distintas vías por las que cabría plantear la responsabilidad en tales casos así como su reflejo jurisprudencial. (I.G.P.)

535. MERUZZI, G.: «Intestazione a società fiduciarie di titoli azionari», *CI*, 1995, núm. 1, págs. 364-428.

Recorrido por las legislaciones sobre las sociedades fiduciarias y las nuevas leyes en materia de intermediarios financieros. (G.D.-P.G.)

536. MONTAGNANI, C.: «Recesse e riduzione del capitale sociale: ancora in tema di sopravvalutazione dei conferimenti in natura», RDC, 1995, núm. 4, parte seconda, págs. 305-324.

Reflexiones sobre la restitución y tasación de las aportaciones *in natura* en los casos de reducción de capital social, y otras modalidades de liquidación. (R.D.R.)

537. MORBINATI, B.: «Società in accomandita semplice costituita da due soli soci: riflessioni -nota a Cass. 23 de luglio de 1994 núm. 6871», GC, 1995, núm. 10, págs. I, 2516-2517. (R.D.R.)

538. PETTARIN, G.C. y PINTI, L.: «Ma sone effettivamente trattati in modo uniforme i creditori della società ed i creditori personali del socio illimitatamente responsabile o, viceversa, c'è una curiosa par condicio solo nella sventura?», NGCC, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 512-520.

Comentario a Cass. de 30 de mayo de 1994 n. 5284 en materia de sociedades. (A.R.G.)

539. SANTUS, A.: «Problemi in tema di verbalizzazione delle delibere assembleari», NGCC, 1995, núm. 3, parte segunda, págs. 183-190. (A.R.G.)

540. SBISA, G.: «Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione», CI, 1995, núm. 1, págs. 69-82.

Análisis del cambio producido en la legislación y en la jurisprudencia sobre los llamados pactos parasociales y en particular de los convenios contractuales de sindicación de voto en las sociedades. (G.D.-P.G.)

541. SCHERMI, A.: «Problematiche, e proposte di soluzione, sullo scioglimento di società per azioni per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale -nota a Cass. 29 ottobre 1994 núm. 8928», GC, 1995, núms. 7-8, págs. I, 1897-1902. (R.D.R.)

542. SHILLING, W.U.: «Die GmbH und der fakultative Aufsichtsrat», BB, 1995, págs. 109-110.

Ley de Responsabilidad limitada y el Consejo de administración facultativo. (M.P.G.R.)

543. SCHLESINGER, PIERO: «Le c.d. "fondazioni bancarie"», BBTC, 1995, IV, parte prima, págs. 421-430.

Plantea el problema existente desde el momento en el que la Ley de 218/90 de 30 de julio considera a las cajas de ahorros y a los bancos de crédito, sociedades por acciones que operan en el sector del crédito. Hasta ese momento las cajas de ahorros y los bancos eran considerados entes públicos económicos; surge el problema de su transformación que, según el diseño legislativo, no es obligatoria desde el inicio y se efectúa de forma gradual. (L.S.M.P.)

544. SCHMIDT, HARRY: «Stille Gesellschaft und AGB-Gesetz», ZHR, 159, 1995, págs. 734-745.

El párrafo 23 de la AGBG (Ley sobre condiciones generales de los contratos) excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, los contratos de sociedad. La norma ha recibido en doctrina y jurisprudencia una interpretación amplia, referida a cualquier forma social. A raíz de una decisión del B.G.H. de 10 de octubre de 1994, el autor estudia el fundamento y la oportunidad de excluir igualmente la denominada «Stille Gesellschaft» (cuentas en participación). (I.G.P.)

545. VACCHIANO, M.: «Sulle orme della società occulta: tra imprenditore individuale apparente già fallito e società di comodo (Nota a Cass. 30 gennaio 1995, núm. 1106)», *FI*, 1995, núm. 11, I, págs. 3227-3253.

Examen de los problemas derivados de la quiebra de una sociedad oculta. (G.D.-P.G.)

546. VICARI, A.: «Progetto di fusione e approvazione dell' assemblea dei soci», *RDR*, 1995, núm. 3, parte prima, págs. 379-434.

Estudio de la figura de la fusión de sociedades, concretado en la calificación del proyecto de fusión redactado por los administradores y aprobado por la asamblea de socios, y en relación con la responsabilidad del órgano administrativo, frente a socios y terceros, por inobservancia de sus obligaciones en torno al capital social. (R.D.R.)

547. VIDIRI, G.: «Emissione di obbligazioni convertibili e trasformazione di società per azioni in società a responsabilità limitata — nota a Cass. 14 febbraio 1995 núm. 1574», *GC*, 1995, núms. 7-8, págs. I, 1834-1839. (R.D.R.)

548. VIDIRI, G.: «Sulla mancanza di legittimazione del socio all'azione per danni cagionati da terzi ad una società di capitali — nota a Cass. 3 aprile 1995, núm. 3903», *GC*, 1995, núm. 10, págs. I, 2424-2426. (R.D.R.)

549. VIDIRI, G.: «Provvedimenti di urgenza, sospensione delle delibere assembleari e bilancio delle società calcistiche (Nota a Trib Napoli, ord. 23 giugno 1995)», *FI*, 1995, núm. 11, I, págs. 3324-3329.

Se analiza la difícil compatibilidad entre la legislación del Derecho de sociedades y las deportivas, dados los intereses distintos que se persiguen. (G.D.-P.G.)

550. VIGO, R.: «Proroga tacita e regimi di amministrazione nelle società personali», *RDC*, 1995, núm. 4, parte seconda, págs. 289-303.

Análisis relativo a la prórroga tácita de la duración de las sociedades personales, según los diferentes regímenes de administración. (R.D.R.)

551. WILHELM, JAN: «Bilanz, Vermögen, Kapital, Gewinn bei Einzelkaufmann, Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften», *ZHR*, 159, 1995, págs. 454-478.

Estudio sobre los conceptos legales y doctrinales de balance, patrimonio, capital y beneficios en el caso del empresario individual, la sociedad personalista y la sociedad capitalista. (I.G.P.)

552. ZORZI, N.: «Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito», *CI*, 1994, núm. 3, págs. 1062-1090.

Se abarca el tema del valor de la personalidad jurídica y del significado de su abuso confrontándose las dos soluciones que hasta el momento se han articulado: la teoría del empresario oculto propuesta por Bigiavi y la de la revisión crítica del concepto de persona jurídica de Ascarelli y Galgano. (G.D.-P.G.)

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

553. BON-GARCIN: «Droit boursier», *RDS*, 1995, núm. 23, págs. 195-204.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre el tema. (ARANDA/SIERRA)

554. KREBS, PETER: «Ungeschriebene prinzipien der handelsrechtlichen Stellvertretung als Schranken der Rechtsfortbildung— speziell für Gesamtvertretungsmacht und Generalvollmacht», *ZHR*, 159, 1995, págs. 635-662.

La representación mercantil se encuentra regulada en el Código de Comercio (párrafos 48 a 58), regulación que ha sufrido pocas variaciones a lo largo de más de un siglo de vigencia, mas ha sido objeto de un importante desarrollo jurisprudencial. El autor considera que esta evolución desconoce, sin embargo, los principios básicos que presiden las normas que regulan esta representación, principios cuya existencia demuestra y cuya observancia considera esencial para la seguridad jurídica. (I.G.P.)

555. LENER, RAFFAELE: «La Cassazione chiude (definitivamente?) il dibattito sulla natura delle “quote” delle casse di risparmio», *BBTC*, V, parte seconda, págs. 531-534.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione de 27 de octubre de 1994, núm. 8836, sobre la admisibilidad de la emisión de títulos de participación en el patrimonio de cajas de ahorro con una duración ilimitada y/o no reembolsables a iniciativa del portador. Estudio de la naturaleza jurídica de dichos títulos. (L.S.M.P.)

556. MARZONA, NICOLETTA: «Gli organi di controllo pubblico sulle società», *BBTC*, 1995, IV, parte prima, págs. 529-543.

El órgano público italiano de control de las sociedades, la Consob, requiere una reforma de su estructura para adaptarla a las nuevas exigencias. El autor propone tener muy en cuenta el modelo que proporciona la Cob. francesa, recientemente reformada, a la que se le han ampliado los poderes otorgados haciéndola más independiente del poder gubernativo. (L.S.M.P.)

557. MASTRORILLI, A.: «Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust (Nota a Corte giust. 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 e C-242/91)», *FI*, 1995, núm. 9, IV, págs. 269-291.

Estudio del régimen jurídico del Derecho de autor y de su aplicación en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (G.D.-P.G.)

558. NUZZO, ENRICO: «Partecipazione di maggioranza in società bancaria di una fondazione: profili fiscali dell'iscrizione in bilancio», *BBTC*, V, parte prima, págs. 694-710.

La fundación, considerada un ente público que no desenvuelve una actividad comercial, no está sujeta al reglamento de contabilidad de los entes públicos de la Ley de 20 de marzo de 1975 núm. 70. Sin embargo, para valorar la participación en ella de las instituciones bancarias hoy reestructuradas, considera el autor que en el balance de la fundación debe aparecer la inscripción de la participación bancaria en las cuentas del ente y, de acuerdo con el principio de veracidad, reflejar el valor de la misma según determinadas indicaciones (valor real de la aportación, coste de adquisición), dada la lógica que inspira el art. 44 del reglamento. (L.S.M.P.)

559. PERASSI, MARINO: «Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico», *BBTC*, V, parte prima, págs. 660-684.

Estudio en el texto único en materia bancaria y crediticia, de los órganos encargados de la vigilancia del mercado bancario, y de la relación entre las autoridades de control: CICR, Ministro del Tesoro y Banco de Italia; así como, las modalidades de ejercicio del poder de vigilancia, su finalidad y su ámbito de extensión. (L.S.M.P.)

560. SALANITRO, NICCOLÒ: «Disciplina antitrust e contratti bancari», *BBTC*, 1995, IV, parte seconda, págs. 415-421.

La ley confiere poderes al Banco de Italia para verificar el respeto a las disposiciones legislativas y administrativas dictadas para tutelar a la clientela. La autoridad garante de la libre competencia también goza de poderes, en virtud de la legislación antitrust, para garantizar el principio comunitario de libre competencia. (L.S.M.P.)

561. SCOGNAMIGLIO, CLAUDIO: «Responsabilità dell'organo vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale», BBTC, parte seconda, págs. 534-553.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione de 27 de octubre de 1994, núm. 8826, en concreto, en lo relativo a la responsabilidad civil en que podría incurrir el Banco de Italia en virtud del principio *neminem laedere*, como órgano de vigilancia en el sector bancario, cuando ha omitido tal conducta de vigilancia y con ello ha provocado un daño patrimonial. Considera la sentencia que no hay defecto de jurisdicción cuando el órgano ordinario analiza la existencia de una conducta culposa por parte del órgano administrativo. (L.S.M.P.)

4. CONTRATOS MERCANTILES

562. AYNES: «L'utilisation de la garantie autonome dans les relations internes», RDS, 1995, núm. 13, págs 202-203.

Estudia la forma en que la sentencia de la corte de casación comercial de 10 de enero de 1995 responde a dos preguntas: justificación del recurso a la garantía autónoma y la diferencia entre la fianza y la garantía interna. (ARANDA/SIERRA)

563. BRIOLINI, FEDERICO: «Sottrazione del carnet d'asegni e responsabilità della banca e del correntista», BBTC, IV, parte seconda, págs. 509-516.

Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal de Milán de 2 de diciembre de 1993, en la que se considera responsabilidad del banco el pago de un cheque robado emitido con una firma falsa. El banco debe responder frente al titular de la cuenta corriente dada la falta de negligencia del titular y el carácter profesional del banco (arts. 1176, 1218, 1710 y 1720 del c.c.). (L.S.M.P.)

564. CHESSA, CORRADO: «Sul recesso dall'apertura di credito a tempo indeterminato», BBTC, V, parte seconda, págs. 591-598.

Comentario a la sentencia de la Corte di Appello di Cagliari de 21 de enero de 1994, que en materia de apertura de crédito a tiempo indeterminado, considera que el estado de insolvencia del titular del crédito constituye una justa causa para el desistimiento del contrato por parte del banco. Admisibilidad del plazo establecido por las partes, de un sólo día de preaviso para el desistimiento del contrato. Plantea el autor la posibilidad de que el desestimiento ad nudum pueda constituir un abuso de derecho, tal y como ha discutido la doctrina y la jurisprudencia italiana. (L.S.M.P.)

565. CHINDEMI, D.: «L'art. 1526 cod. civ. non é applicabile al contratto di leasing», N.G.C.C., 1995, núm. 4, parte primera, págs. 731-736.

Comentario a la sentencia de apelación de Milán de 11 de octubre de 1994 en materia de contratos mercantiles. (A.R.G.)

566. CHINDEMI, D.: «Diligenzia del negoziante nell'accettazione di pagamento a mezzo carta di credito», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 181-182.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 24 de febrero de 1994 respecto a los aspectos legales de seguridad en el uso de la tarjeta de crédito como medio de pago. (A.R.G.)

567. COURET: «Le sort du créancier nanti sur actions au cas de "coup d'accordéon"», RDS, 1995, núm. 13, págs. 204-205.

Nota a la sentencia de casación comercial de 10 de enero de 1995 sobre garantía autónoma. (ARANDA/SIERRA)

568. COUTANT: «Location-gérance et sous-location-gérance: même régles, mêmes sanctions», RDS, 1995, núm. 15, págs. 231-233.

Nota a la sentencia de casación comercial de 18 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

569. CRISOSTOMO, M.: «Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: l'esordio di una disciplina (Osservaz. a Pret. Bologna 28 febbraio 1995)», FI, 1995, núm. 7-8, págs. 2304-2312.

El pronunciamiento inaugura la elaboración jurisprudencial relativa al d. leg. de 15 de enero de 1992, n. 50 acerca de la disciplina de los contratos celebrados fuera del local comercial. (G.D.-P.G.)

ZAMPETTI, M.: «Eccezione di inadempimento e onere della prova (Osservaz. a Pret. Torino 20 febbraio 1995)», FI, 1995, núm. 9, I, págs. 2615-2621.

Afronta el tema del reparto de la carga de la prueba cuando el demandado excepciona el incumplimiento del demandante, ¿es el demandado que ha opuesto la excepción quien debe probar el efectivo incumplimiento o es el demandante que ha ejercitado la acción de cumplimiento quien frente a la excepción debe probar su propio cumplimiento? (G.D.-P.G.)

570. DE POLI, M.: «Autorizzazione all'emissione di ricevuta bancaria e promessa di pagamento», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 358-363.

Comentario a Cass. 8 de agosto de 1994 núm. 7313 en materia de operaciones bancarias. (A.R.G.)

571. DI GIOVINE, Ombretta: «Negoziazione di titoli di Stato da parte delle banche e pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.», BBTC, V, parte seconda, págs. 635-642.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Enna de 14 de marzo de 1994, que establece que la actividad bancaria de distribución de títulos de deuda pública constituye un servicio público. Lo que significa que el empleo de banca que realiza tal actividad, lo hace en nombre del Estado, por lo que se le ha de considerar encargado de un servicio público. Considera el autor que existe una clara influencia de la sentencia de Cassazione de 23 de mayo de 1987, en lo concerniente a la consolidación del criterio objetivo de calificación de la actividad bancaria. (L.S.M.P.)

572. FERRARI, F.: «Tasso degli interessi ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale», RDC, 1995, núm. 3, parte seconda, págs. 277-291.

Comentario acerca de la necesaria unificación del Derecho comercial internacional, tras la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de bienes muebles, y de la laguna existente en materia de determinación del porcentaje de intereses a aplicar en las deudas de dinero. (R.D.R.)

573. GABRIELLI-G., ENRICO y DANESE, ANDREA: «Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della *floating charge* nel diritto inglese», BBTC, V, parte prima, págs. 633-659.

La figura de la *floating charge* en derecho inglés posee una característica principal consistente en que el deudor puede disponer de los bienes sometidos en garantía, en el ámbito del *ordinary course of business*. Pero en el caso en que se liquide la sociedad, cese en su actividad, o se verifique una situación prevista por las partes, se produce la *crystallisation* de la *charge* que pasa a convertirse en una *fixed charge*. (L.S.M.P.)

574. GRIGOLI, M.: «Ancora sui limiti dell'obbligo di garanzia del raccomandatario di nave straniera —nota a Cass. 23 marzo 1995 núm. 3398», GC, 1995, núms. 7-8, págs. I, 1794-1795. (R.D.R.)

575. GROB, M.: «Aktuelle Lizenzgebühren in Patentlizenz—, Know-how— und Computerprogrammlicenz— Verträgen», BB, 1995, págs. 885-891.

Cánones actuales en los contratos de licencia de patentes know-how y licencia de programas de ordenador. (M.P.G.R.)

576. LE DAUPHIN/AYNÉS: «Critères de la garantie autonome», RDS, 1995, núm. 14, págs. 209-213.

Seguros personales. Licitud de la garantía autónoma. Distinción entre la garantía autónoma y la fianza. (ARANDA/SIERRA)

577. MEO, GIORGIO: «Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari», BBTC, 1995, IV, parte prima, págs. 443-458.

La inclusión en los contratos de fiducia bancaria de las cláusulas «a primera demanda» y «sin excepciones», altera el contenido de esta figura, que deja de ser un negocio de simple reforzamiento patrimonial. Ante el posible abuso de esta garantía por parte del beneficiario, el autor entiende que se deberá conceder siempre la ejecución provisional en primera audiencia, aunque admite la única excepción de la aportación por la contraparte de prueba escrita de que la excusión es abusiva y de que el deudor está en contra o disiente. (L.S.M.P.)

578. MERKT, H.: «Die Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf», BB, 1995, págs. 1041-1049.

Diligencia debida y garantía de la prestación en la compraventa empresarial. (M.P.G.R.)

579. NAPPI, FILIPPO: «Fideiussione temporalmente delimitata (*Zeitbürgschaft*) ed art. 1957 c.c.», BBTC, V, parte seconda, págs. 564-580.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione de 24 de marzo de 1994, núm. 2827 acerca de los límites temporales de la fianza. Estudio de la *ratio* del art. 1957 y su inoperatividad sobre la cláusula —contenida en las condiciones generales de una póliza de fianza— que prevé que la garantía será eficaz hasta el momento en que se produzca la liberación del deudor. Comparación con el derecho alemán en la materia, con especial atención al párrafo 777 del BGB y a la denominada «*Zeitbürgschaft*» en comparación con el art. 1957 del C.c. italiano. (L.S.M.P.)

580. NAPPI, F.: «Sul c.d. patto di riacquisto nella locazione finanziaria: per un inquadramento sistematico nella categoria dei Garantieverträge», CI, 1995, núm. 1, págs. 207-227.

Estudio de la naturaleza y efectos del pacto de readquisición del bien en el leasing cuando se ha transferido la propiedad del bien arrendado a un tercero y el locatario del leasing ha incumplido y se opera la resolución del contrato a favor del suministrador originario del bien. (G.D.-P.G.)

581. NTUK, EFFIONG: «Questioni in tema di efficacia probatoria delle annotazioni sui libretti di deposito», BBTC, 1995, IV, parte prima, págs. 510-525.

En el depósito bancario la libreta refleja el desenvolvimiento de la relación y cumple una función probatoria. El autor se muestra contrario a la interpretación que doctrina y jurisprudencia realizan del art. 1835 C.c., excesivamente favorable a los intereses del sistema bancario. Considera que la libreta no es el medio exclusivo de prueba, siendo posible el recurso a otros medios para probar la existencia de operaciones no anotadas. (L.S.M.P.)

582. PAPA, A.: «Cassette di sicurezza e responsabilità della banca», *BBTC*, 1995, IV, parte seconda, págs. 467-480.

Estudio acerca de la licitud de la cláusula contractual que limita a una determinada cuantía el límite máximo del daño resarcible por el banco al cliente de una caja de seguridad, en caso de hurto o destrucción del bien en ella depositado. Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione sez. un. 1 de julio de 1994, núm. 6225. (L.S.M.P.)

583. PIEDELIÈVRE: «Comentario a la sentencia de casacion de 10 de enero de 1995 sobre usos bancarios. Intereses de cuenta corriente», *GP*, 1995, núm. 237-241, pág. 10. (ARANDA/SIERRA)

584. PRESTI, GAETANO: «Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese», *BBTC*, V, parte prima, págs. 594-632.

La entrada en vigor del texto único de leyes en materia bancaria y crediticia ha supuesto, por exigencias de la economía, una modificación de las garantías reales de las que dispone la empresa para satisfacer sus necesidades. EL privilegio especial concedido a las empresas para su financiación bancaria a medio y largo plazo, reconocido en el art. 46 del texto único, se sustancia en una garantía convencional no posesoria sobre bienes muebles y créditos. (L.S.M.P.)

585. REMERY: «Une jurisprudence fermée: l'interdiction de modifier, sous couvert de rectification d'un erreur materielle, le jugement ayant arrêté le plan de cession d'une entreprise en redressement judiciaire», *RDS*, 1995, núm. 21, págs. 297-298.

Nota a la sentencia de casación comercial de 11 de octubre de 1994. (ARANDA/SIERRA)

586. ROVERSI, D.: «Azione di ripetizione dell'indebito in caso di pagamento di assegno non trasferibile con fima falsa di traenza: individuazione dell'accipiens», *NGCC*, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 802-805.

Comentario a Cass. de 29 de septiembre de 1993 núm. 9759 en materia de títulos de crédito bancarios. (A.R.G.)

587. SAVORANI, G.: «Nuove regole per l'informatica privata e pubblica», *CI*, 1995, núm. 1, págs. 321-346.

Análisis jurídico de los contratos de los suministradores de software operativos y hardware y de los llamados paquetes informáticos «llave en mano» y de la protección de los consumidores de los mismos. (G.D.-P.G.)

588. SHÜNEMANN, W.B.: «Überschubeteiligung und Synallagma in der Kapitallebensversicherung», *BB*, 1995, págs. 417-419.

Participación en las ganancias y sinalagma en los seguros de vida y capital. (M.P.G.R.)

5. DERECHO CAMBIARIO

589. MALAGUTI, M.: «Trasferimenti elettronici di fondi a confronto con il diritto della concorrenza: necessita e limiti della cooperazione interbancaria», *CI*, 1995, núm. 1, págs. 301-320.

La introducción de la electrónica en el sector bancario ha modificado sustancialmente las relaciones jurídicas interbancarias y el Derecho de la competencia debe aplicarse a las transferencias electrónicas de fondos y a los acuerdos de compensación electrónica existentes entre los bancos. (G.D.-P.G.)

590. MARCHESIELLO, M.: «Le garanzie bancarie e il diritto comunitario (a propósito del libro de M. Viale)», *CI*, 1995, núm. 1, págs. 292-300.

Crítica al reciente libro de M. Viale «Le garanzie bancarie» escrito para el Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, vol. XVII, de F. Galgano, Padua, 1994. (G.D.-P.G.)

591. SCHERMI, A.: «In tema di cambiale rilasciata a scopo di garanzia —osservazione a Cass. 20 dicembre 1994 núm. 10945», *GC*, 1995, núm. 5, págs. I, 1242-1243. (R.D.R.)

6. DERECHO CONCURSAL

593. BONTEMPI, P.: «Decorrenza del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria in caso di consecuzione di procedure concorsuali», *NGCC*, 1995, núm. 3, parte primera, págs. 535-542.

Comentario a Cass. 1 de agosto de 1994 núm. 7157, a Cass. de 27 de junio de 1994 n. 6154 y a Cass. de 22 de junio de 1994 n. 5966 sobre procedimiento de quiebra. (A.R.G.)

594. BREGOLI, A.: «Cessione del credito verso il fallito: cessione del credito o del debito?», *CI*, 1994, núm. 3, págs. 1289-1302.

Examen de los aspectos problemáticos de la cesión de créditos después de la declaración de quiebra del deudor y crítica de la idoneidad de la figura de la cesión de créditos como operación que se realiza después de que las expectativas para obtener la prestación originaria sean claramente inexistentes. (G.D.-P.G.)

595. BURGER, A./SCHELLBERG, B.: «Die Auslösetatbestände im neuen Insolvenzrecht», *BB*, 1995, págs. 261-266.

El supuesto de hecho desencadenante en el nuevo Derecho concursal. (M.P.G.R.)

596. DERRIDA: «Redressement et liquidation judiciaires: resurrection de la masse des créanciers? (suite): pas de compensation entre les dommages-intérêts dus par un créancier et sa propre créance», *RDS*, 1995, núm. 29, págs. 410-412.

Nota a casación comercial de 28 de marzo de 1995 sobre el problema de la situación ante la reforma de 25 de enero de 1985. (ARANDA/SIERRA)

597. DERRIDA: «Redressement et liquidation judiciaires: non-cumul de l'action en comblement de l'insuffisance d'actifs social et de l'action du droit commun de la responsabilité civile des dirigeants sociaux», *RDS*, 1995, núm. 27, págs. 390-392.

Nota a la sentencia de casación comercial de 28 de febrero de 1995 sobre los arts. 180-183 de la ley de 25 de enero de 1985. (ARANDA/SIERRA)

598. DESARIO, MICHELE, S.: «L'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza», *BBTC*, 1995, IV, parte prima, págs. 526-528.

Estudio sobre los sujetos legitimados activamente para solicitar y obtener la declaración de insolvencia de las entidades bancarias. La insolvencia de los bancos tiene unas características propias derivadas de la especialidad de la actividad crediticia. (L.S.M.P.)

599. FIMMANO, FRANCESCO: «Il fallimento del fideiussore», *BBTC*, V, parte seconda, págs. 619-629.

Comentario que contrasta las sentencias del Tribunal de Nápoles de 22 de marzo de 1994 y de 21 de julio de 1993 acerca de la discusión sobre la extensión de la quiebra al fiador del deudor quebrado. Considera el autor que las decisiones del Tribunal de

Nápoles se encuadran en la tendencia digna de censura que declara, con demasiada facilidad, la extensión de la quiebra a los que han tenido contacto con el quebrado, de tal forma que anula la posibilidad del pequeño o mediano empresario en crisis de conseguir un medio de financiación, ante el peligro que supone para el garante la posibilidad de la extensión indirecta de la quiebra del empresario, en el caso de que ésta suceda. (L.S.M.P.)

600. GALGANO, F: «*Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi*», CI, 1994, núm. 3, págs. 1045-1053.

A propósito de la sentencia de 17 de junio de 1994 emitida por el Tribunal de Milán, se estudia la posibilidad de la declaración judicial de quiebra de las fundaciones. (G.D.-P.G.)

601. GIORGI, Vittorio: «*“Cessazione delle funzioni” e competenze degli organi societari nella liquidazione coatta amministrativa*», BBTC, 1995, IV, parte prima, págs. 459-509.

Estudio de la disolución de la entidad bancaria con motivo de la quiebra, abordando la suspensión, cesación en sus funciones y disolución de los órganos sociales. Análisis de las especialidades que para las entidades bancarias establece la Ley de banca, con especial hincapié en el art. 7 de la L de 20 de agosto de 1982 núm. 576. (L.S.M.P.)

602. HONORAT: «*Redressement et liquidations judiciaires*», RDS, 1995, núm. 25, págs. 215-218.

Notas a sentencias de los tribunales franceses en la materia. (ARANDA/SIERRA)

603. MAROT: «*Nota a la sentencia de la Corte de casación, sección comercial, financiera y económica, de 16 de febrero de 1993*», GP, 1995, núm. 216-217, págs. 8-11.

Anotaciones a la sentencia citada en materia de quiebra. Mandatarios sociales. Objeto económico. (ARANDA/SIERRA)

604. MUSSO, A: «*Il controllo societario mediante “particolari vincoli contrattuali”*», CI, 1995, núm. 1, págs. 19-63.

Estudio de las formas de control de una sociedad con especial referencia a los pactos contractuales de sindicación. (G.D.-P.G.)

605. OLIVIERI, MARIA CONCETTA: «*Observazioni a Cass. 5 marzo 1994 n. 2188 in materia di opponibilità al curatore dei crediti privati di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento*», BBTC, 1995, IV, parte seconda, págs. 483-487.

La sentencia comentada confirma la línea jurisprudencial iniciada anteriormente, que entiende que es necesario verificar la anterioridad en la fecha a la quiebra, de una determinada pretensión crediticia, para que sea incorporada al pasivo. Por tanto las cambiales privadas de fecha cierta resultan inoponibles a la curatela de la quiebra. (L.S.M.P.)

606. PAPA MALATESTA, A.: «*Assoggettabilità al fallimento dell'impresa artigiana*», NGCC, 1995, núm. 2, parte segunda, págs. 140-152.

Causas por las que el artesano no quiebra: o bien porque no desarrolla una actividad comercial o bien porque es un pequeño empresario. Empresas artesanas en forma societaria. Intervenciones de la Corte Constitucional. (A.R.G.)

607. PERNIGOTTI, G.A.: «*Rapporti tra disciplina cautelare uniforme e processo fallimentare. Spunti di indagine*», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 260-264.

Comentario a la ord. de 11 de marzo de 1993 del Tribunal de Génova sobre reforma del proceso civil y el procedimiento concursal. (A.R.G.)

608. PETTARIN, G.G. y PONTI, L.: «La prelazione nelle procedure concorsuali», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 186-188.

Comentario a Cass. de 14 de enero de 1994 n. 339 sobre la posible admisión del derecho de prelación previsto en el artículo 38 de la ley núm. 392/1978. (A.R.G.)

609. PETTARIN, G.G. y PONTI, L.: «Fallibilità del socio di società di capitali e s.r.l. unipersonale», NGCC, 1995, núm. 4, parte primera, págs. 711-716.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Ferrara de 18 de febrero de 1994 en materia de quiebra. (A.R.G.)

610. PORRARI, A.: «I requisiti per la dichiarazione di fallimento nell'ipotesi di enti collegati», NGCC, 1995, núm. 2, parte primera, págs. 317-321.

Comentario a Cass. de 18 de septiembre de 1993 n. 9589 sobre la sujeción a la quiebra de las asociaciones no reconocidas y la indagación de los presupuestos requeridos en el procedimiento concursal. (A.R.G.)

611. WEIGMANN, R.: «L'unico azionista nel concordato preventivo della società», NGCC, 1995, núm. 1, parte primera, págs. 144-150.

Comentario a Cass. de 28 de abril de 1994, n. 4111 sobre quiebra de sociedades unipersonales. (A.R.G.)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivo Giuridico
BB	Betriebs Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di credito
CI	Contrato e Impresa
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto di autore
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
JZ	Juristen Zeitung
LC	Loyer et Copropriété
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le nuove Leggi Civile Commentate
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDIm.	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts und Wirtschaftsrecht.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

1. PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO CIVIL

Límites del derecho a consultar los Libros de Nacimientos y de Defunciones. Publicación, en diarios locales, de las listas de nacidos y de difuntos. Res. DGRN de 5 de marzo de 1994

HECHOS:

Con fecha 24 de noviembre de 1993, la Juez Encargada del Registro Civil de Bilbao dictó sendos autos acordando denegar la manifestación y examen de los Libros registrales de Nacimientos y Defunciones a los trabajadores de dos periódicos locales que, desde hacía años, venían publicando diariamente las listas con los nombres y apellidos de las personas nacidas y fallecidas en dicha ciudad, previa consulta (hasta entonces, autorizada) de los referidos Libros. No quedó demostrada protesta o reclamación alguna de las personas afectadas por la publicación de tales listas.

Los representantes de sendas empresas editoras apelaron ante la DGRN frente a los respectivos autos denegatorios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 18, 20 y 105 de la Constitución; 8 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal; los artículos 6 y 51 de la Ley del Registro Civil; 17, 18, 21, 22, 25, 35 y 347 del Reglamento del Registro Civil; la Orden de 24 de diciembre de 1958; la Instrucción de 9 de enero de 1987, y las Resoluciones de 15 de junio de 1972, 25 de octubre de 1985, 12 de febrero y 25 de mayo de 1988 y 23 de mayo de 1991.

II.— La Resolución de la DGRN, tras declarar procedente la acumulación de oficio de los dos recursos, reconoce el interés de los particulares en conocer, en sus líneas generales, el movimiento demográfico de la población en que residen, interés que se ampara en el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, recogido y protegido por el art. 20.1.d) de la Constitución. Seguidamente, distingue entre la consulta directa de los Libros de Defunciones y la de los Libros de Nacimientos.

III.— En cuanto a los Libros de Defunciones, afirma que en ellos no hay ningún dato que, por afectar a la intimidad, sea objeto de publicidad limitada (cfr. arts. 51 LRC y 21 RRC), y que el interés en obtener la prueba del contenido de dichos Libros registrales está amparado en el derecho fundamental a recibir y difundir información veraz. En consecuencia, los empleados de un periódico podrán consultarlos, previa autorización del Juez Encargado, en los términos previstos por los arts. 25 y 18 RRC. Este examen directo de los Libros podrá sustituirse por la nota simple informativa a que alude el art. 35 RRC.

Para los Libros de Defunciones rige el principio general de publicidad del Registro, plasmado en las reglas según las cuales, el Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, interés que se presume en quienes solicitan la información (cfr. arts. 6 LRC y 17 RRC). No ha de importar que la DRGN haya declarado en varias ocasiones (cfr. especialmente la Instrucción de 9 de enero de 1987) que «el interés que legitima para obtener certificaciones ha de estar relacionado directamente con la prueba del estado civil de las personas, o del contenido del Registro» y que «si el interés se refiere a cuestiones distintas, el Encargado puede y debe denegar la certificación». Estas afirmaciones han de entenderse limitadas a aquellos casos, como los contemplados en las Resoluciones de 15-6-1972, 12-2 y 25-5-1988, en las que los peticionarios deseaban obtener listas indiscriminadas de los Registros Civiles por motivos fundamentalmente comerciales (a diferencia del caso en que se alegaba un interés de investigación histórica: Res. de 23-5-1991).

IV.— Los Libros de Nacimientos, por el contrario, contienen datos de publicidad restringida (filiaciones desconocidas, no matrimoniales o adoptivas), y su consulta directa se subordina a una autorización especial, concedida por el Encargado sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedir la autorización (art. 21 RRC). En este caso, el derecho a difundir la información tiene su propio límite especial en el derecho a la intimidad (art. 20.4 Constitución).

La copiosa jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional, sobre la colisión de ambos derechos sólo da una pauta indirecta para resolver el problema registral apuntado. En efecto no se trata aquí de la reacción de un particular que aprecia intromisión ilegítima en su intimidad como consecuencia de la publicación de una noticia. Por el contrario, nos hallaríamos en una etapa anterior: la de obtención de la información por parte de la empresa periodística. Y todo ello sobre la base de que la información que se difunda no hará referencia a los datos de la filiación consignados en el Registro. Se trata de una cuestión que ha de resolverse de acuerdo fundamentalmente con la legislación del Registro Civil. Así viene a reconocerlo, por la vía del silencio, la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, y mediante remisión expresa a dicha legislación, la L.O. 5/1992, de 29 de octubre (art. 2).

No obstante, el derecho a la difusión de información veraz en este ámbito, puede verse satisfecho por un procedimiento menos drástico que la exhibición de los Libros de Nacimientos, cual es nota simple informativa (art. 35 RRC).

Finalmente, la Dirección General acuerda, con revocación parcial de los dos autos apelados y estimación parcial de los recursos interpuestos, declarar: 1.º Que los empleados de los periódicos interesados tienen derecho a examinar diariamente los Libros de Defunciones, pudiendo sustituirse este examen por la expedición de nota simple informativa; y 2.º Que se deniega a dichos empleados el examen de los Libros de Nacimientos, pero se reconoce a las empresas periodísticas el derecho a obtener nota simple informativa de los nacimientos inscritos cada día, en los términos que acuerden los recurrentes y la Juez Encargada.

2. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

2.1.— Inscripción de nacimiento y filiación matrimonial respecto de hijo nacido de madre casada antes de transcurridos trescientos días desde la separación de hecho de los cónyuges.

Res. DGRN de 26 de mayo de 1994

HECHOS:

Con fecha 18 de octubre de 1993, D.^a M.V.M., casada con Don J.M.M., solicitó del Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio la inscripción de nacimiento y filiación extramatrimonial de su hijo J., nacido el 25 de septiembre de 1993, manifestando que no había convivido con su esposo durante los siete meses anteriores al parto. En posterior comparecencia, Don J.M.M. corroboró estas declaraciones y afirmó que el nacido no era hijo suyo, así como su conocimiento de las relaciones habidas por su esposa con otros hombres.

El Ministerio Fiscal informó que, a efectos de filiación, procedía inscribir al hijo como matrimonial, pues no se había destruido la presunción del artículo 116 del CC.

El Juez Encargado dictó auto acordando la inscripción de nacimiento y filiación matrimonial del menor.

La promotora y su esposo recurrieron el auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 69, 87, 113, 116, 129, 136, 1250 y 1251 del Código Civil; 228 y 42 de la Ley del Registro Civil; 166 y 185 del Reglamento del Registro Civil; la Circular DGRN de 2 de junio de 1981; la STS de 28 de diciembre de 1993 y las Resoluciones de 4 de febrero de 1988, 22 de mayo de 1991 y 1 de enero de 1993.

II.— Cuando se pretende inscribir, por declaración dentro de plazo, el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el Encargado no debe instruir un expediente innecesario no exigido por norma alguna, sino que, como indica en su apartado I, letra B), la Circular de 2 de junio de 1981, debe hacer uso siempre de las facultades que le confiere el art. 28 de la LRC y realizar, en el plazo de diez días, las comprobaciones oportunas a fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Estas comprobaciones son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre (art. 116 CC). Así lo señala la Circular citada, cuya declaración final 3.^a recoge literalmente el art. 185 RRC, en su última redacción.

Según afirma esta Resolución, en el caso actual, dado que el nacimiento ha acaecido cuando aún no habían transcurrido trescientos días desde la separación de hecho, rige la presunción de paternidad del marido, corroborada por la convivencia entre los cónyuges (cfr. art. 69 CC), que tiene un valor probatorio de la filiación presumida (cfr. art. 113 CC) que no ha sido desvirtuado. Si los cónyuges vivían bajo el mismo techo no es posible, en el ámbito registral, estimar la ruptura de hecho de la comunidad de vida conyugal, porque esta solución dejaría al libre arbitrio de los cónyuges decidir el carácter de la filiación.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar el auto recurrido.

2.2.— El reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial paterna y materna, válidamente efectuado, es irrevocable: deberá practicarse, sin más trámites, la correspondiente inscripción de nacimiento y filiación.

Res. DGRN de 14 de marzo de 1994 (1.^a)

HECHOS:

El 26 de julio de 1993, D.^a E.A.S. y Don J.G.L., ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, reconocieron conjuntamente la filiación no matrimonial de la menor A.G.A., y solicitaron la práctica de la correspondiente inscripción, que fue acordada mediante auto dictado por el Juez Encargado.

Antes de practicarse dicha inscripción, Don J.G.L. interpuso recurso de apelación ante la DGRN, impugnando su anterior reconocimiento y manifestando haber conocido, con posterioridad al mismo, las relaciones de D.^a E.A.S. con otra persona previas al embarazo. Por su parte, D.^a E.A.S. declaró su conformidad con este recurso, pues le consta que el recurrente no es el padre de su hija.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 6, 7, 120, 124, 129, 137, 140, 741, 1271 y 1814 del Código Civil; 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 16, 42, 48 y 49 de la Ley del Registro Civil; 68 y 166 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 27 de enero de 1970, 11 de noviembre de 1987 y 18 de septiembre de 1993.

II.— El reconocimiento voluntario de la filiación no matrimonial de un menor de edad, otorgado en la forma solemne exigida (art. 120-1 CC), y dentro del plazo legal, no necesita para su eficacia de requisito complementario alguno (art. 124-2 CC). En esta situación, afirma el Centro Directivo, el Juez Encargado competente debe practicar la inscripción de nacimiento y calificar si dicho reconocimiento es o no inscribible, de modo que la notificación al Ministerio Fiscal y el auto previo dictado, son trámites innecesarios.

En efecto, dado el carácter de interés o de orden público que, en el plano jurídico, tiene todo estado civil, las cuestiones relativas al mismo están, en principio, sustraídas a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 6, 1271 y 1814 CC). Por lo tanto, el autor del reconocimiento no puede después, yendo, además, contra sus propios actos, revocar su declaración. Ni siquiera en el caso de que el reconocimiento de la filiación se hubiese efectuado en acto tan esencialmente revocable como el testamento, es posible su revocación (art. 741 CC).

Podrá, sin embargo, el que afirmó ser padre impugnar el reconocimiento (cfr. arts. 129, 137 y 140 CC), mediante el pertinente juicio ordinario de menor cuantía (art. 484 LEC).

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.3.— Inscripción de nacimiento fuera de plazo y de filiación paterna no matrimonial. El reconocimiento voluntario, una vez perfeccionado, es irrevocable. Ley aplicable al reconocimiento voluntario de la filiación.

Res. DGRN de 22 de diciembre de 1994

HECHOS:

Don M.G.V., español, contrajo matrimonio con D.^a A.L.C.L., dominicana, el día 16 de septiembre de 1989. En comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio en España, con fecha 16 de marzo de 1992, Don M.G.V., en presencia y con consentimiento de su esposa, reconoció como suyos a los dos hijos de ésta,

menores de edad y nacidos, antes del matrimonio, en la República Dominicana, cuya nacionalidad ostentan.

Requerido al efecto por el Juez Encargado del Registro Civil Central, Don M.G.V. declaró expresamente, el 1 de julio de 1992, no ser el padre biológico de los menores. Posteriormente, ambos promotores manifestaron su voluntad de no continuar con la tramitación de estas actuaciones. Pese a ello, el Ministerio Fiscal instó la inscripción del reconocimiento ya efectuado.

El Juez Encargado del Registro Civil Central dictó auto denegando las inscripciones de nacimiento de los menores por entender que se trata de nacimientos acaecidos en el extranjero que no afectan a ciudadanos españoles (cfr. arts. 15 LRC y 66 RRC), habida cuenta que la madre no es española y que su esposo ha manifestado no ser el padre biológico. Por último, el Juez considera como vía recomendable, para casos como el presente, la adopción y no la del reconocimiento muchas veces fraudulento.

Frente a dicho auto —con el que los promotores manifestaron su conformidad—, el Ministerio Fiscal dedujo recurso ante la DGRN argumentando que: el reconocimiento de paternidad efectuado reúne todos los requisitos de validez; que no aparece ninguna otra filiación inscrita que impida la inscripción instada; que existe interés público; y que la única vía para impugnar el reconocimiento es la judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9, 12, 17, 112, 119, 120, 124, 129, 140 y 741 del Código Civil; 15, 16, 23, 27, 28 y 49 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 88, 89, 90 125, 154, 155 y 353 del Reglamento del Registro Civil; la STS de 20 de enero de 1967; las Resoluciones de 22 de enero de 1970, 11 de noviembre de 1987, 8 de septiembre de 1992, 18 de septiembre y 6 de noviembre de 1993.

II.— Tras afirmar la validez del reconocimiento de la paternidad efectuado por el recurrente, y la consiguiente determinación legal de la filiación paterna, esta Resolución declara que el reconocimiento voluntario es irrevocable (cfr. art. 741 CC, fundamentalmente), al igual que lo es el consentimiento a aquél otorgado por el representante legal de los menores reconocidos (cfr. art. 124 CC). En efecto, dentro del ámbito extrajudicial no cabe que, una vez determinada legalmente la filiación no matrimonial, las personas a las que la ley faculta para establecer, por sus declaraciones de voluntad, la relación paterno-filial puedan retractarse de su declaración, yendo contra sus propios actos y manifestando posteriormente que los nacidos no son hijos biológicos del autor del reconocimiento.

III.— Entiende la Resolución que el Encargado del Registro Civil Central se excedió cuando, en el ejercicio de su función calificadoradora, y ante un reconocimiento perfecto de filiación, exigió la declaración complementaria, del autor del mismo, reiterando ser el padre biológico de los reconocidos. Una cosa es que la declaración de voluntad sea en sí misma ambigua o equívoca (cfr. la R. de 8-9-1992), en cuyo caso pueden y deben realizarse las comprobaciones oportunas, y otra cosa es, como aquí ocurre, que la voluntad de reconocer la filiación esté perfectamente expresada. En este último supuesto, es improcedente indagar extrajudicialmente la veracidad —que no la exactitud— de la declaración, y carecen de virtualidad en este ámbito las manifestaciones ulteriores de los cónyuges, en el sentido de que es otro el padre de los reconocidos, así como el desestimiento de las inscripciones oportunas. El Ministerio Fiscal está legitimado para pedir la continuación de las actuaciones (cfr. art. 353-2 RRC) y también para interponer el recurso entablado (art. 125 RRC).

IV.— Por último, y en cuanto a la determinación de la ley aplicable al reconocimiento otorgado por el recurrente, declara esta Resolución que la cuestión debe resolverse a la luz de lo que establece el ordenamiento jurídico español, según el cual «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar» y «su determinación legal tiene efectos retroactivos...» (art. 112-1 CC). Por lo tanto, el reconocido menor de edad es español desde su nacimiento, y es la ley española la que debe regular el reconocimiento, aunque los reconocidos tengan también la nacionalidad dominicana (cfr. art. 9-4 y 9-9 CC).

La Dirección General **á**cuerta estimar el recurso y revocar el auto apelado.

NOTA: En este mismo sentido se pronuncia la Res. DGRN de 14 de marzo de 1994 (vid. supra).

2.4.— Rectificación de errores en inscripción de nacimiento: no procede, mediante expediente gubernativo, suprimir la inscripción de filiación matrimonial y sustituirla por la no matrimonial.

Res. DGRN de 23 de mayo de 1994

HECHOS:

Con fecha 30 de julio de 1993, D.^a V.S., de nacionalidad alemana, promovió, ante el Registro Civil de su domicilio, expediente para rectificar la inscripción de nacimiento de su hija menor de edad, N.O.T.S., quien aparece inscrita como hija matrimonial de la promotora y Don L.O.T., de nacionalidad siria. D.^a V.S. sostiene que su estado civil es el de soltera, pese a la mención de matrimonio obrante en la inscripción que pretende rectificar, pues tal matrimonio carece de eficacia civil. Declaró, asimismo, que su boda con Don L.O.T. se celebró en España, en 1984, bajo ritual religioso islámico -forma admitida por la ley personal del contrayente-, pero no fue objeto de inscripción en ningún Registro Civil. Añadió que, pese a no profesar la religión musulmana, consintió el casamiento porque no lo consideraba oficial.

Don L.O.T., en comparecencia ante el Juez Encargado, manifestó considerarse válidamente casado con D.^a V.S., así como su voluntad de ser parte en el procedimiento.

El Ministerio Fiscal se opuso a la rectificación solicitada.

El Juez Encargado dictó auto disponiendo no haber lugar la rectificación del estado civil de los progenitores en la inscripción de nacimiento de su hija. La promotora recurrió dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 50, 61, 65, 79, 113, 115 y 116 del Código Civil; 2, 24, 26, 50, 70 y 92 de la Ley del Registro Civil; 95 y 256 del Reglamento del Registro Civil; 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre; la Instrucción de 10 de febrero de 1993; y las Resoluciones de 16 de febrero de 1977, 18 de septiembre de 1981, 6 de mayo de 1982, 22 de agosto de 1983, 7 de enero, 26 de mayo y 20 de septiembre de 1987, 27 de enero, 14 de junio, 24 de septiembre y 18 de octubre de 1988, 1 de junio de 1989, 6 de marzo y 26 de octubre de 1990, 19 de junio y 9 de noviembre de 1993, 22 de enero y 30 de abril de 1994.

II.— Según doctrina reiterada de la DGRN, aquellas rectificaciones que implican un cambio profundo en la filiación de una persona, no pueden obtenerse por la vía de un expediente gubernativo, pues a ello se oponen los arts. 50 y 92 LRC y los arts. 113, 115 y 116 CC. Por tanto, no es posible, so pretexto de un expediente, impugnar la filiación matrimonial que proclama «*prima facie*» el Registro, pues ello corresponde a la vía judicial ordinaria.

III.— En el caso concreto que nos ocupa, el matrimonio reviste una de las formas admitidas, para los extranjeros en España, por el art. 50 CC y sin que esta materia haya quedado afectada, dado el carácter irretroactivo de la nueva ley, por el art. 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España (vid. la Instrucción DGRN de 10 de febrero de 1993, apartado 3).

Declara esta Resolución que la inscripción del matrimonio sólo es necesaria para el pleno reconocimiento de sus efectos civiles, pero éstos se producen desde su cele-

bración; y su carencia sólo puede ser invocada por los terceros de buena fe (arts. 61 CC y 70 LRC), pero no conlleva la gravísima consecuencia de estimar que los contrayentes no están casados.

Por último, afirma la resolución que el hecho de que este matrimonio no haya sido inscrito en el Registro español competente, no impide, a la vista de los arts. 61 y 79 CC y 70 LRC, que el enlace surta, al menos, los efectos del matrimonio putativo y, por consiguiente, tenga carácter matrimonial la filiación discutida.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y comunicar al Ministerio Fiscal la existencia del matrimonio celebrado en España y no inscrito, a fin de que, por imperativo del principio de concordancia entre el Registro Civil y la realidad (arts. 24 y 26 LRC y 95 RRC), promueva la inscripción por el procedimiento previsto en los arts. 65 CC y 256 RRC.

2.5.— Rectificación en inscripción de nacimiento por error en la fecha del matrimonio de los progenitores: no procede la rectificación mediante expediente gubernativo, pues afecta a la filiación matrimonial inscrita y la nueva filiación que se intenta inscribir no reúne los requisitos necesarios para ser eficaz.
Res. DGRN de 22 de noviembre de 1994

HECHOS:

Don I. de D.R., nacido el 10 de febrero de 1979, aparece inscrito en el Registro Civil como hijo matrimonial de Don M. de D.L. y de D.^a E.R.A. En dicha inscripción de nacimiento consta, por manifestación de Don M. de D.L. en el acta declaratoria, que el matrimonio de los progenitores tuvo lugar el día 1 de enero de 1972. Sin embargo, según reza la inscripción de matrimonio de éstos, su boda se celebró con fecha 1 de septiembre de 1993. Además, según consta en los propios Libros del Registro Civil, cuando nació Don I. de D.R., su madre estaba casada, desde 1974, con el Sr. C.V., vínculo que fue decretado nulo por rato y no consumado, mediante decisión pontificia de 26 de enero de 1982, homologada judicialmente por auto de 3 de mayo de 1990. También el padre, al tiempo del nacimiento de Don I. de D.R., se hallaba casado con otra mujer, habiendo quedado dicho matrimonio disuelto por divorcio, en virtud de sentencia judicial firme de 15 de febrero de 1984.

Sobre estas bases, Don M. de D.L. y D.^a E.R.A. incoaron ante el Registro Civil de su domicilio, con fecha 27 de septiembre de 1993, expediente de rectificación de error en la inscripción de nacimiento de su hijo, solicitando se suprima la referencia a la fecha de 1972, como de celebración de su matrimonio, y se haga constar que el mismo tuvo lugar en 1993.

El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente la pretensión deducida, y la Juez Encargada dictó auto denegatorio por considerar que el error pretendido no era subsanable en ninguno de los previstos por los arts. 93, 94 y 95 LRC.

Frente a dicho auto, los promotores interpusieron recurso de apelación ante la DGRN. El Centro Directivo requirió a D.^a E.R.A. para que aportase pruebas demostrativas de que el nacimiento de su hijo se había producido pasados trescientos días desde la separación de hecho de su anterior esposo. D.^a E.R.A. se limitó a aportar testimonio de la declaración pontificia de disolución del matrimonio canónico por rato y no consumado. El anterior cónyuge no intervino en la tramitación de este expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 80, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 124, 129, 131, 134, 136 y 137 del Código Civil; 2, 17, 50, 61, 92, 93 y 95 de la Ley del Registro Civil; 162, 188 y 296 del Reglamento del Registro Civil; 1, 3, 4, 7, 11, 12, 17 y Disposición Transitoria 1.^a de la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, sobre filiación; la Circular DGRN de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 15 de febrero y 30 de diciembre de 1974, 21

de noviembre de 1978, 1 de octubre de 1985, 2 de septiembre de 1986, 31 de diciembre de 1992, 19 de junio y 4 de noviembre de 1993, 30 de abril, 23 de mayo, 10 de junio, 12 de septiembre y 7 de noviembre de 1994.

II.— La pretensión de los recurridos implica, no una simple rectificación de error del Registro, sino que una filiación, inscrita como matrimonial, pase a serlo en su origen como no matrimonial, sin perjuicio de que vuelva a adquirir el carácter de matrimonial desde el momento del posterior matrimonio de los progenitores (cfr. arts. 119 CC y 3 de la Ley Catalana 7/1991). Esta modificación de la filiación inscrita no puede rectificarse por expediente registral, pues ello requiere acudir a la vía judicial ordinaria.

Sin embargo, la DGRN ha admitido, en algunas ocasiones excepcionales, que la rectificación pueda realizarse en expediente, siempre que el Registro Civil en su conjunto no llegue a hacer fe de la filiación impugnada (cfr. arts. 114 CC y 2 LRC), de modo que la confrontación de la inscripción de nacimiento con otra u otras, que hagan fe del hecho correspondiente, demuestre la existencia del error (cfr. art. 93-3 LRC), y siempre que la nueva filiación que se intenta inscribir reúna todos los requisitos precisos para ser eficaz.

Esta última condición no concurre en el presente caso, puesto que, en primer lugar, el reconocimiento de la maternidad extramatrimonial respecto de un menor de edad ha de reunir ciertos requisitos complementarios previstos, respectivamente, en el art. 124 CC y en el art. 7 de la Ley Catalana 7/1991). En segundo lugar, tanto el Derecho común como el especial de Cataluña exigen, para que sea inscribible el reconocimiento de una filiación no matrimonial otorgado por madre casada, que en el expediente registral (necesario para completar el asiento, según los arts. 95-1.º LRC y 296 RRC, y la Circular de 2-6-1981) quede probado que no rige la presunción legal de paternidad del marido de la madre, por haber acaecido el nacimiento pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges (arts. 116 CC y 1 de la Ley Catalana de 7/1991). En el supuesto objeto de esta Resolución no hay prueba alguna de dicha separación, pues el hecho de que un matrimonio sea disuelto por rato y no consumado, no evidencia por sí que el marido no sea padre de los hijos de su esposa. Tal circunstancia podrá alegarse en la vía judicial, ejercitando la oportuna acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.6.— Inscripción complementaria de la filiación no matrimonial paterna y materna, respecto de persona cuyo nacimiento fue inscrito sin mención alguna de filiación: necesidad de previo expediente gubernativo para determinar si se ha destruido la presunción de paternidad del marido de la madre.

Res. DGRN de 7 de noviembre de 1994 (1.^a)

HECHOS:

El día 24 de abril de 1994 y ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, Don J.V.H. (divorciado) y D.^a C.V.S. (casada) efectuaron reconocimiento voluntario de filiación no matrimonial respecto de su hijo Don J.V.V., nacido el 15 de noviembre de 1974, quien compareció aceptando y consintiendo dicho reconocimiento. La inscripción de nacimiento de Don J.V.V. no contiene mención alguna de filiación y, al tiempo de su nacimiento, la madre ya estaba casada (y sigue estándolo) con varón cuya identidad no consta. Los promotores pretenden completar la inscripción de nacimiento de Don J.V.V. con los datos relativos a su filiación paterna y materna no matrimonial.

El Juez Encargado dictó auto denegando dicha pretensión por considerar, tras invocar los arts. 113, 116 y 120 CC y 49 LRC, que ha faltado la prueba, mediante expediente, del parto, respecto de la madre, y de la posesión de estado de hijo no matrimonial, respecto del hijo.

Frente a dicho auto, los promotores interpusieron recurso de apelación ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 120 y 123 del Código Civil; 49 y 95 de la Ley del Registro Civil; 185, 186, 187 y 296 del Reglamento del Registro Civil; la Circular DGRN de 2 de junio de 1981 y las Resoluciones de 13 de mayo de 1987, 6 de febrero, 17 de junio y 18 de septiembre de 1993 y 30 de abril de 1994.

II.— En el presente caso, el hecho de que la autora del reconocimiento estuviera casada en el momento del nacimiento del hijo exige que se compruebe, en expediente gubernativo, que no rige la presunción de paternidad del marido por haber nacido el hijo después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges (cfr. arts. 113-1 y 116 CC).

III.— Por lo demás, aunque el nacimiento haya acaecido antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sus normas son aplicables, dado el carácter retroactivo que a la regulación de la filiación atribuye su disposición transitoria primera.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y ordenar la instrucción de expediente tendente a comprobar si el hijo nació pasados trescientos días desde la separación entre la madre y el esposo de ésta.

2.7.— Inscripción complementaria de filiación no matrimonial paterna y materna, respecto de persona cuyo nacimiento fue inscrito sin mención alguna de filiación: una vez destruida la presunción de paternidad del marido de la madre, no es necesario expediente gubernativo previo.
Res. DGRN de 7 de noviembre de 1994 (2.^a)

HECHOS:

Con fecha 25 de marzo de 1993, Don S.H.C. y D.^a M.R.B., divorciados de sus respectivos cónyuges anteriores, ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, efectuaron reconocimiento voluntario de filiación no matrimonial respecto D.^a M.H.R., nacida en 1969, cuya inscripción de nacimiento no contenía mención alguna de filiación, y que compareció aceptando y consintiendo el reconocimiento.

En la sentencia judicial firme de 20 de diciembre de 1991, decretando el divorcio de D.^a M.R.B. y su anterior esposo, se da por probado que los cónyuges estaban separados de hecho desde 1953.

El Juez Encargado dictó providencia, ordenando el inicio de expediente gubernativo, la cual fue impugnada por los promotores. Dicha impugnación fue entendida y admitida como un recurso a sustanciar, conforme al art. 29 LRC, ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— El Centro Directivo, tras reproducir los Fundamentos de Derecho contenidos en su R. de 7 de noviembre de 1994 (vid. supra), resuelve en sentido contrario. Y ello porque, en el presente caso, se demuestra, mediante la sentencia de divorcio aportada, que el nacimiento de la hija se produjo una vez transcurrido sobradamente el plazo de trescientos días, establecido en el Código Civil para que rija la presunción de paternidad del marido de la madre. Dicha presunción, pues, ha quedado desvirtuada. En tales circunstancias, señala esta Resolución, no es preciso instruir expediente para acreditar unos hechos que una sentencia judicial declara probados, y tampoco es necesario demostrar la posesión de estado de filiación no matrimonial de la hija.

II.— Aunque el nacimiento tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a sus normas hay que atenerse, dado el carácter retroactivo que establece la disposición transitoria primera de dicha Ley.

La Dirección General acuerda estimar el recurso y ordenar que se inscriba marginalmente el reconocimiento de filiación no matrimonial.

2.8.— Inscripción principal de nacimiento y marginal de adopción: no procede la cancelación de los datos relativos a la madre biológica y su sustitución por los de la madre adoptiva.— El principio de igualdad y el derecho a la intimidad personal y familiar.

Res. DGRN de 31 de diciembre de 1994.

HECHOS:

La menor C.M.Q.M., nacida el 24 de diciembre de 1991 en la República de P, hija de D.^a L.Q.M., fue adoptada por Don P.S.C. y D.^a M.C.G.S., españoles, quienes solicitaron, ante el Registro Civil de su domicilio en España, la inscripción de nacimiento de la menor, así como la de adopción y cambio de nombre y apellidos. El día 3 de marzo de 1994, se practicó en el Registro Civil Central la inscripción principal de nacimiento de C.M.Q.M., donde consta que es hija de D.^a L.Q.M., así como la inscripción marginal de adopción de la menor, quien en lo sucesivo se llamará M.C.S.G. y tendrá nacionalidad española.

Con fecha 19 de julio de 1994, los adoptantes solicitaron la cancelación de los datos registrales referidos a la madre biológica de la adoptada, y la extensión de un nuevo asiento que sólo recoja los datos concernientes a los padres adoptivos.

El Juez Encargado del Registro Civil Central dictó auto denegando la solicitud, el cual fue recurrido ante la DGRN por los promotores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 14, 18 y 39 de la Constitución; 108 y 178 del Código Civil; 46, 51 y 95 de la Ley del Registro Civil; 21, 22, 197 y 297 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 23 de abril de 1993, 6 de julio y 31 de octubre de 1994.

II.— La Resolución afirma que las pretensiones de los recurrentes no pueden prosperar porque vulneran las normas sobre mecánica registral de nuestra legislación. En efecto, según el art. 46 LRC, la adopción da lugar siempre a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento del interesado, siendo necesario que la inscripción principal de nacimiento refleje todos los datos de éste, incluso los de la filiación por naturaleza. Todo ello sin perjuicio de que, a esos datos, se sobrepongan los relativos a la adopción posterior.

III.— Por otra parte, se señala que el principio constitucional de igualdad de todos los españoles ante la ley, y el de equiparación entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza, no pueden implicar que las formas de constituir diferentes clases de filiación hayan de ser idénticas. Precisamente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad no se compaginan con las pretensiones deducidas, que equivaldrían a que el Registro consagrara una falsedad en cuanto a la verdadera filiación por naturaleza del adoptado e impedirían, o dificultarían extraordinariamente, el derecho de éste a conocer su origen. Además, tales pretensiones harían imposible el conocimiento de los impedimentos matrimoniales por parentesco natural, que subsisten pese a la ruptura de vínculos jurídicos con la familia anterior (cfr. art. 178-3 CC).

Asimismo, el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar del adoptado está suficientemente garantizado por las previsiones de la legislación del Registro Civil, pues la filiación adoptiva constituye uno de los supuestos de publicidad restringida (cfr. arts. 51 LRC; 21 y 22 RRC).

IV.— Finalmente, la petición subsidiaria de que sea la filiación por naturaleza la que conste en nota marginal y con letra más pequeña, aparte de haber sido formulada extemporáneamente, infringe también las reglas formales sobre llevanza del Registro, sustraídas de la autonomía de la voluntad de los particulares.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.9.— Cancelación, mediante expediente gubernativo, de la filiación paterna respecto del marido de la madre. Hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Destrucción de la presunción de paternidad.

Res. DGRN de 5 de marzo de 1994 (5.^a)

HECHOS:

D.^a M.L.G.G. solicitó la inscripción de su hijo, A.C.G., nacido el 5 de agosto de 1993 de su matrimonio con Don. F.C.G., celebrado el 12 de febrero de ese mismo año. El menor fue inscrito como hijo matrimonial de la promotora y su esposo.

Notificada dicha inscripción a Don F.C.G., éste compareció ante el Juez Encargado del Registro Civil manifestando, entre otros extremos, que negaba la paternidad del nacido y que no conoció el embarazo de su esposa antes de la celebración del matrimonio.

El Juez Encargado acordó incoar expediente sobre cancelación de inscripción. Tras el período de alegaciones y una vez practicada la prueba, el Ministerio Fiscal informó que procedía cancelar la mención a la filiación paterna contenida en la inscripción de nacimiento del menor.

El Juez Encargado dictó auto ordenando dicha cancelación y que el menor debía figurar, en lo sucesivo, con los apellidos de la madre. El auto fue recurrido por la promotora ante la DGRN.

HECHOS:

I.— Vistos los artículos 116 y 117 del Código Civil; 48, 50, 92 y 97-4 de la Ley del Registro Civil; 184 y 355 del Reglamento del Registro Civil.

II.— En el presente caso, acreditados los demás requisitos exigidos por el art. 117 CC para destruir la presunción de paternidad, el único problema que se plantea es si, por parte del marido, hubo un reconocimiento tácito de su paternidad, o si tuvo conocimiento del embarazo de su esposa con anterioridad a la celebración del matrimonio. Caso de concurrir alguna de estas circunstancias, persistiría la presunción «*iuris tantum*» de paternidad del marido respecto del nacido dentro de los primeros ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

En cuanto a si hubo reconocimiento tácito, por el hecho de entregar el marido a su esposa 23.000 pesetas para adquirir un coche de bebé, el Centro Directivo considera que tal hecho no es suficiente para deducir de él un reconocimiento. Son necesarios actos («*facta concludentia*») más demostrativos y concluyentes para llegar a semejante resultado.

Por lo que se refiere al hecho de si el marido, antes de la boda, tuvo conocimiento del embarazo de su esposa, es preciso señalar que la ley concede al marido una situación privilegiada al permitirle, por su sola declaración efectuada en tiempo y forma, destruir la presunción de paternidad. Así, frente a la declaración del marido del desconocimiento del embarazo, sólo su esposa puede y debe probar que existía tal conocimiento, extremo éste que no ha quedado suficientemente demostrado en este caso.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, dejando a salvo la acción de reclamación de la filiación matrimonial ejercitable por la madre en la vía judicial.

3. EXPEDIENTE PREVIO AL MATRIMONIO EN FORMA CIVIL

3.1.— Deficiencias psíquicas de la contrayente.— Presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil.— El «ius nubendi»: derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución.
Res. DGRN de 12 de marzo de 1994.

HECHOS:

El 7 de noviembre de 1992, Don C.P.M. y D.^a M.F.J., mayores de edad y solteros, promovieron expediente previo para contraer matrimonio en forma civil. El Juez de Paz, habiendo detectado un cierto grado de deficiencias psíquicas en la promotora, acordó remitir el expediente al Registro Civil competente.

En este Registro prosiguieron los trámites oportunos, emitiendo dictamen facultativo el Médico Forense según el cual, D.^a M.F.J., de 30 años de edad, padece oligofrenia importante en un grado no determinado; en cuanto a nivel de inteligencia, su edad mental es de unos catorce años, con independencia de sus vivencias, que corresponden a una persona de más edad. Estima que el matrimonio puede resultar beneficioso para su integración y trastornos psicóticos, pero desaconseja la procreación. Por su parte, los testigos —madre y hermanos de la interesada— manifestaron su opinión favorable a la proyectada boda, considerándola beneficiosa para D.^a M.F.J.

El Ministerio Fiscal emitió informe estimando que D.^a M.F.J. no tiene la capacidad necesaria para prestar el consentimiento exigido en el art. 45 CC, ni se da el supuesto del art. 48 CC que permite al Juez dispensar, con justa causa, el impedimento de minoría de edad a partir de los catorce años.

La Juez Encargada del Registro Civil dictó auto favorable a la celebración del matrimonio, que fue recurrido por el Ministerio Fiscal ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 32 de la Constitución; 45, 48, 56, 73 y 322 del Código Civil; 3 de la Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 1 de diciembre de 1987, 27 de julio y 17 de diciembre de 1993.

II.— La posibilidad de que los subnormales contraigan matrimonio y las condiciones precisas para ello, se contemplan en el art. 56.2 CC y en el art. 245-2 RRC, exigiendo dictamen del Médico Forense sobre la aptitud para prestar consentimiento matrimonial.

En el presente caso, los especialistas médicos no excluyen la capacidad de la promotora para ello e incluso estiman que el matrimonio sería aconsejable desde el punto de vista clínico. Además, la Resolución afirma que, si a partir de la edad física de los catorce años hay capacidad natural para contraer matrimonio —como se deduce de la posible dispensa prevista por el art. 48 CC—, no hay motivo para negar totalmente tal capacidad, por esa sola razón, a quien tiene una edad mental equiparable a la de los catorce años.

III.— Ninguno de los argumentos alegados por el Ministerio Fiscal es bastante para justificar la revocación del auto apelado, el cual acuerda la solución que mejor se adapta a la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC), y con la esencia del «ius nubendi», derecho fun-

damental de la persona reconocido por la Constitución (art. 32), que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de existencia de impedimentos o de falta de capacidad. Aun en caso de duda, han de prevalecer los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de los derechos fundamentales.

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3.2.— Posibilidad de celebrar matrimonio válido por persona totalmente incapacitada por sentencia judicial firme, sin necesidad de modificación previa de la sentencia.

Res. DGRN de 18 de marzo de 1994 (6.^a)

HECHOS:

D.^a M.I.J.C., soltera, fue declarada totalmente incapaz por la sentencia judicial firme de 7 de abril de 1986, en la que se prorrogaba el sometimiento a la patria potestad de sus progenitores, Don F.J.V. y D.^a M.I.C.F. Separados éstos, D.^a M.I.J.C. convive con su padre.

Con fecha 3 de marzo de 1993, D.^a M.I.J.C. y Don J.S.G., ante el Registro Civil competente, solicitaron la incoación de expediente para autorizar la celebración de matrimonio en forma civil. Don J.S.G. tiene pleno conocimiento de la incapacitación judicial de la promotora.

El Médico Forense emitió dictamen a cuyo tenor, D.^a M.I.J.C., si bien sufre un déficit en el nivel sicocognitivo superior, no presenta deterioro en el resto de las funciones mentales, y puede contraer matrimonio con capacidad y dominio de sus mecanismos volitivos.

El Ministerio Fiscal dictó informe favorable a la celebración del matrimonio, y la Juez Encargada del Registro Civil dictó auto autorizándolo. Dicho auto fue recurrido, ante la D.G.R.N., por la madre de la promotora, cotitular con el padre de la patria potestad prorrogada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 32 de la Constitución; 45, 56, 63, 73, 74, 171, 200, 210, 212, 212, 322, 665, 1263 y 1264 del Código Civil; 3 de la Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 1 de diciembre de 1987, 27 de julio y 17 de diciembre de 1993, y 12 de marzo de 1994.

II.— Pese a que, para las personas totalmente incapacitadas por sentencia judicial desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (cfr. art. 322 CC), ello no es óbice para que, fuera del ámbito estrictamente patrimonial, tales personas puedan celebrar válidamente determinados actos jurídicos. Así ocurre con el testamento (cfr. art. 665 CC) y con el matrimonio (cfr. art. 56-2 CC), si bien en ambos casos son precisas determinadas garantías previas para comprobar la capacidad natural del interesado. Respecto del matrimonio, el art. 56-2 CC exige dictamen médico sobre la aptitud del afectado para prestar el consentimiento. Este precepto es también aplicable a los judicialmente incapacitados de modo total, sin necesidad de una modificación previa de la sentencia (cfr. arts. 212 y 213 CC). Dicho dictamen debe emitirlo el Médico Forense, una vez que el Cuerpo de Médicos del Registro Civil ha sido integrado en el de Forenses (cfr. art. 245 RRC, la Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, y el R.D. 181/1993, de 9 de febrero).

III.— En el presente caso, los informes médicos no ponen en duda la aptitud actual de la interesada para prestar consentimiento matrimonial, apreciación corroborada por su padre, el Ministerio Fiscal y la Juez Encargada. Por todo ello, el Centro Directivo concluye que no basta, para impedir el ejercicio de un derecho fundamental de la

persona, la oposición de la madre, quien se limita a invocar el contenido de informes médicos muy anteriores a los ahora presentados.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y ordenar a la Juez Encargada que autorice el matrimonio.

3.3.— Presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos civiles. Excepciones. Dictamen del Médico Forense afirmando la incapacidad para prestar consentimiento matrimonial.

Res. DGRN de 24 de marzo de 1994

HECHOS:

El día 3 de noviembre de 1993, Don J.T.R. y D.^a M.A.C.A., solteros y mayores de edad, solicitaron autorización para la celebración de matrimonio ante el Registro Civil competente. Como consecuencia de las diligencias procedentes, el Juez Encargado, habiendo detectado posibles anomalías psíquicas en la promotora, solicitó dictamen del Médico Forense, quien informó que no la consideraba capaz para prestar consentimiento matrimonial con conocimiento de causa.

El Juez Encargado, en concordancia con el informe del Ministerio Fiscal, dictó auto denegando la autorización para celebrar el matrimonio en forma civil. Frente a dicho auto, D.^a M.A.C.A. interpuso recurso de apelación ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 45, 56, 73, 211 y 322 del Código Civil; 245 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 27 de julio y 17 de diciembre de 1993.

II.— El problema planteado se circunscribe a determinar si en el momento actual, la recurrente, tiene la aptitud necesaria para prestar consentimiento matrimonial. Siendo ésta mayor de edad, goza de la presunción de capacidad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC), si bien dicha presunción está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento en un acto determinado. Así sucede con el matrimonio, porque el art. 56 CC, tras señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade que si alguno de ellos estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Este precepto es aplicable tanto a los supuestos de previa incapacitación judicial, como a aquéllos en los que ésta aún no se ha decretado.

En el caso presente, el dictamen del Médico Forense afirmar que, en la actualidad, no considera que la recurrente sea capaz para prestar consentimiento matrimonial con conocimiento de causa, apreciación que es compartida por el Ministerio Fiscal y por el Juez Encargado. Por otra parte, la interesada no ha presentado ningún informe médico contradictorio.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

4. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

4.1.— Matrimonio, válido según la ley del lugar de celebración, contraído por mujer de quince años: inscripción en el Registro Civil; su compatibilidad o no con el orden público español.

Res. DGRN de 27 de mayo de 1994 (3.^a)

HECHOS:

El 5 de agosto de 1992, Don A.M.N., español, soltero y mayor de edad, contrajo matrimonio en Marruecos, conforme a lo previsto en la legislación de dicho país, con D.^a M.N.A., de nacionalidad marroquí, soltera y de quince años de edad, cuyo padre autorizó el enlace.

En marzo de 1993, Don A.M.M. solicitó la inscripción del matrimonio en el Registro Civil de su domicilio en España. El Ministerio Fiscal dictaminó la improcedencia de la inscripción, invocando a este respecto los arts. 46, 48, 63 y 65 CC.

El Juez Encargado del Registro Civil Central dictó auto acordando no haber lugar a la inscripción de matrimonio pretendida. En sus fundamentos jurídicos sostiene que no consta en el expediente, la dispensa de impedimento de edad (cfr. arts. 46 y 48 CC). El promotor interpuso recurso de apelación ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9, 12, 46, 48, 49, 65 y 75 del Código Civil; 23 y 72 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción DGRN de 22 de marzo de 1974; las Sentencias del T.S. de 10 de junio de 1916 y 12 de marzo de 1942; y las Resoluciones de 25 de marzo de 1950, 27 de junio de 1969, 10 de noviembre de 1976, 10 de julio de 1989, 4 de diciembre de 1991, 17 de marzo de 1992 y 5 de julio de 1993.

II.— Se discute en este recurso si es inscribible, mediante la presentación de la correspondiente certificación extranjera (cfr. arts. 65 CC; 23 LRC; 85 y 256 RRC), un matrimonio, celebrado con arreglo a la «*lex loci*» en Marruecos, entre un español soltero y una marroquí de quince años de edad, cuyo padre otorgó la autorización que aquella ley exige. Dado que dicho matrimonio se ajusta a una de las formas previstas por el ordenamiento español (cfr. art. 49 CC), el único obstáculo para su inscripción, opuesto por el auto apelado, consiste en la edad de la contrayente: los menores no emancipados no pueden contraer matrimonio, salvo que obtengan, si son mayores de catorce años, la oportuna dispensa judicial (cfr. arts. 46 y 48 CC).

El Centro Directivo, sin embargo, considera que tal razonamiento parte de una base falsa al estimar aplicable a un extranjero normas que, conforme a nuestro sistema conflictual, son, en principio, de aplicación exclusiva a los españoles. Así, la capacidad para contraer matrimonio está regulada por la Ley nacional (art.9-1 CC), por lo que, en el presente caso, habrá que estar a lo establecido en la legislación marroquí, la cual permite a la mujer contraer matrimonio desde que tiene los quince años cumplidos.

La única posibilidad, pues, de excluir la aplicación de la ley extranjera, sería la de estimarla contraria al orden público español (cfr. art. 12-3 CC). Sin embargo, esta posibilidad debe ser rechazada, no sólo porque la excepción de orden público es de aplicación restrictiva, sino fundamentalmente porque permitir que una mujer de quince años contraiga matrimonio, sin dispensa judicial, pero con consentimiento de su padre, no es incompatible con el orden público español. Así se deduce de la dispensa prevista para los españoles por el Código Civil, la cual se justifica porque el legislador parte de la base de que, a partir de los catorce años, existe capacidad natural para contraer matrimonio. Y esta deducción viene apoyada también por la existencia de dispensas ulteriores al matrimonio (art. 48-3 CC) y por la posible convalidación «*ex lege*» del matrimonio de un menor (cfr. art. 75 CC).

La Dirección General acuerda estimar el recurso y ordenar que se inscriba en el Registro Civil Central el matrimonio discutido.

4.2.— Denegación de inscripción de un matrimonio, celebrado cuando uno de los contrayentes estaba ya casado, pero válido según su ley nacional.
Res. DGRN de 14 de septiembre de 1994

HECHOS:

El 28 de septiembre de 1986, en Marruecos, contrajeron matrimonio, válido según la legislación marroquí, los nacionales de dicho país D.^a Z.B.A.T., soltera, y Don M.M.D., casado, y cuyo anterior matrimonio no había sido disuelto.

Don M.M.D. obtuvo, en 1990, la nacionalidad española por residencia y, dos años después, solicitó la inscripción de su matrimonio con D.^a Z.B.A.T. ante el Registro Civil Central.

El Juez Encargado acordó denegar la práctica de tal inscripción por entender que el matrimonio no reunía los requisitos de validez exigidos por el Ordenamiento Jurídico español, el cual prohíbe contraer matrimonio a personas ya ligadas por un previo vínculo matrimonial (art. 46-2 CC). El Ministerio Fiscal informó solicitando la confirmación de dicho acuerdo, que fue recurrido por el promotor ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 8, 9, 12 y 65 del Código Civil; 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre; 15, 16, 23, 35, 38, 80 y 96 de la Ley del Registro Civil; 12, 66, 68, 256, 257, 258, 271 y 339 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 14 de abril de 1988, 9 de mayo de 1991, 27 de octubre de 1992, 8 de noviembre de 1993 y 11 de mayo de 1994.

II.— Cuando una persona adquiere la nacionalidad española, su matrimonio anterior vigente, celebrado en el extranjero, ha de inscribirse, en el Registro Civil español (cfr. art. 66-1 RRC). La inscripción requiere, además del título documental oportuno o de un expediente, que el enlace sea válido para el Ordenamiento Jurídico español.

En el presente caso, el matrimonio que se pretende inscribir —celebrado cuando el contrayente era aún casado y de nacionalidad marroquí— es válido para el Ordenamiento extranjero (el marroquí) aplicable según nuestras normas de conflicto. Sin embargo, la presente Resolución declara que dicha legislación ha de quedar excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12-3 CC). Dicha excepción impide la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio. No puede admitirse, continúa el Centro Directivo, que en una inscripción de matrimonio del Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace.

La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

5. NACIONALIDAD.

5.1.— Adquisición de la nacionalidad española por residencia: competencia para resolver el expediente. El derecho de opción a la nacionalidad española previsto en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 18/1990.
Res. de la DGRN de 30 de abril de 1994 (3.^a)

HECHOS:

Don H.E.C.D. nació en Argentina, en 1963, de padre argentino y madre española de origen. A tenor del Ordenamiento vigente al tiempo de su nacimiento, le correspondió la nacionalidad argentina del padre, y no la española de la madre.

Con fecha 24 de marzo de 1993, Don H.E.C.D. solicitó, ante el Registro Civil de su domicilio, se iniciara expediente para la obtención de la nacionalidad española por residencia en nuestro país. El Juez Encargado dictó auto acordando el archivo del expediente, ya que no procedía elevarlo al Ilmo. Sr. Director General de los Registros y del Notariado por carecer el interesado de la residencia legal en España que exigen los arts. 22 CC y 220 RRC.

El día 22 de junio de 1993, Don H.E.C.D. solicitó la iniciación de un nuevo expediente de adquisición de la nacionalidad española, esta vez de origen, basada en el hecho de ser hijo de madre originariamente española. El Juez Encargado volvió a acordar la inadmisión de esta solicitud, debido a que, en su día, ya se ordenó el archivo del expediente por no cumplirse los requisitos legales necesarios.

El promotor recurrió ante la DGRN, alegando ser español de origen por aplicación del art. 11-2 C.E., así como de los arts. 17-1 y 24-2 del vigente CC, y solicitando la inscripción de su nacionalidad española en el Registro Civil correspondiente. El Ministerio Fiscal informó que, de conformidad con el art. 17-1 a) CC y la Instrucción sobre nacionalidad de 20 de marzo de 1991, procedía declarar la nacionalidad española originaria de Don H.E.C.D.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 17, 21, 22 y 26 del Código Civil; 23, 46 y 64 de la Ley del Registro Civil; 16, 68, 85, 226 a 229, 358 y 365 del Reglamento del Registro Civil, 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; la Ley 15/1993, de 23 de diciembre; la Instrucción de 20 de marzo de 1991; la O.M. de 11 de julio de 1991; y las Resoluciones de 27 de marzo, 2 y 23 de octubre de 1992, 11 de mayo y 3 de julio de 1993, 7 de enero y 14 de marzo, y 11 de abril de 1994.

II.— En los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia, el Juez Encargado del Registro Civil del domicilio carece de facultades decisorias, las cuales competen al Sr. Ministro de Justicia (art. 21 CC) y, por delegación (O.M. de 17 de mayo de 1991), a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por consiguiente, debe apreciarse de oficio la incompetencia del Juez Encargado que decidió archivar el primer expediente quien, al apreciar la no concurrencia de los requisitos precisos, debió elevar las actuaciones a dicho Centro Directivo (cfr. art. 365 RRC) con auto-propuesta desfavorable. Por razones de economía procesal, esta Resolución no considera oportuno reponer las actuaciones, ya que el interesado dispone de otro camino más sencillo para obtener, en su caso, la nacionalidad española.

III.— En efecto, el recurrente, como hijo de española que no era español a la entrada en vigor de la Ley 18/1990, y que lo sería por aplicación del vigente art. 17 CC, pudo haber optado por la nacionalidad española de origen de su madre, al amparo de la disposición transitoria 2.^a de la Ley 18/1990. Sin embargo, el interesado formuló su declaración cuando ya había transcurrido el plazo de caducidad de dos años, previsto en dicha norma para el ejercicio de la mencionada opción.

IV.— No obstante, puede todavía optar a la nacionalidad española, ya no de origen, amparándose en la disposición transitoria 3.^a de la propia Ley 18/1990 (de acuerdo con la letra de la norma y de la interpretación reiterada de la DGRN a partir de la Resolución de 19 de mayo de 1993), una vez que ha sido prorrogado el plazo de tres años por virtud de la Ley 15/1993, de 23 de diciembre. Ha de advertirse que esta opción exige que el optante sea residente legal en España o haya obtenido la oportuna dispensa (cfr. art. 26 CC y O.M. 11 julio 1991). Por lo tanto, cuando el interesado cumpla una u otra condición, deberá levantarse la oportuna acta de opción por duplicado, remitiendo uno de sus ejemplares al Registro Central, donde se practicará la inscripción principal de nacimiento y marginal de opción (cfr. arts. 23, 46 y 64 LRC; 68 y 226 a 229 RRC).

La Dirección General **acuerda** declarar la incompetencia del Juez Encargado que ha dictado el auto recurrido y dejar a salvo el derecho del interesado para optar por la nacionalidad española, al amparo de la disposición transitoria 3.^a de la Ley 18/1990.

5.2.— Adquisición de la nacionalidad española. Denegación. El Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala: rectificación de la doctrina interpretativa de los artículos primero y tercero.

Res. de la DGRN de 23 de noviembre de 1994

HECHOS:

Don T.R.V.B., mayor de edad, guatemalteco de origen, que entró en España sin visado de residencia y no ha obtenido permiso de residencia, se encuentra en nuestro país en situación de «estancia». Con fecha 6 de junio de 1994, instó ante el Registro Civil Central la inscripción de su nacimiento, pues se considera español en virtud del Convenio de doble nacionalidad suscrito, el 28 de julio de 1961, entre España y Guatemala.

El Juez Encargado dictó acuerdo denegando el acta de adquisición de la nacionalidad española por el promotor y, en consecuencia, de la inscripción de nacimiento, por estimar que dicho Convenio no es aplicable a quienes se encuentran en España sin permiso de residencia, ni visado en vigor, ni haber acreditado su domicilio en España. El promotor interpuso recurso de apelación ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 96 de la Constitución; 1 y 12 del Código Civil; 23, 46, 64 y 66 de la Ley del Registro Civil; 68, 85 y 226 a 228 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala de 28 de julio de 1961; el Canje de Notas entre estos dos países de 16 de octubre de 1968; la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y su Reglamento aprobado por R.D. 1119/1986, de 26 de mayo; el Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969; y las Resoluciones de 28 de febrero, 5 de abril y 9 de diciembre de 1966, 6 de noviembre y 22 de diciembre de 1992, y 10 de febrero de 1993.

II.— La DGRN ha venido estimando (veáanse las resoluciones citadas más arriba) que bastaba, a efectos de la adquisición de la nacionalidad española por guatemaltecos de origen, con que éstos declarasen su voluntad de adquirir esta nacionalidad y fijasen su domicilio en España, constituido simplemente con la inscripción de la adquisición en el Registro Civil. Es decir, se interpretaba que la necesidad de inscribirse en los Registros que determinen las leyes o disposiciones gubernativas del país (cfr. arts. 1 y 3 del Convenio), quedaba satisfecha con la inscripción en el Registro Civil español, a la cual aludía, antes ya de la entrada en vigor del referido Convenio, el art. 66 LRC.

III.— Sin embargo, entiende el Centro Directivo en esta Resolución, que cabe otra interpretación de los arts. 1 y 3 del Convenio. Según ésta, la inscripción previa en los Registros determinados por las normas de uno u otro país, puede entenderse como referida a los Registros administrativos que controlan las situaciones de los extranjeros en España o en Guatemala. De modo que, en nuestro país, la simple situación de estancia —que, en principio, no puede superar los noventa días (art. 13 de la L.O. 7/1985)— no podría ser estimada como índice de que el guatemalteco hubiera fijado su domicilio o residencia habitual en España, pues para esto último, se le exige la obtención del oportuno permiso de residencia y, en general, la entrada en España con visado de residencia.

IV.— Esta segunda interpretación, que subordina la adquisición de la nacionalidad a la residencia legal en el país respectivo, es la que, según la información oficial obtenida por la Dirección General, aplican las autoridades guatemaltecas respecto de

los españoles que quieren adquirir la nacionalidad de Guatemala. Consiguientemente, tanto la necesidad de llegar a una interpretación uniforme del Convenio, como razones de reciprocidad obligan a la DGRN a rectificar su doctrina en el sentido de exigir, en lo sucesivo, a los guatemaltecos, para adquirir la nacionalidad española al amparo del Convenio, el requisito previo de tener permiso de residencia o, al menos, de haber entrado en España con visado de residencia.

Esta solución es, al parecer, la que se contempla en un Protocolo de modificación del repetido Convenio suscrito ya por España y Guatemala. Aunque tal Protocolo no haya aún entrado en vigor, la DGRN lo considera un buen índice de la interpretación uniforme deseada por ambas partes, y no deja de tener cierto valor jurídico directo a la vista de la obligación de cada Estado de no frustrar el objeto y fin de un Tratado antes de su entrada en vigor (cfr. art. 18 del Convenio de Viena, sobre Derecho de Tratados).

La Dirección General **acuerda** desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

5.3. — Pérdida de la nacionalidad española: no hay pérdida para la española que no ha utilizado exclusivamente la nacionalidad extranjera, adquirida sin su voluntad, durante al menos tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley 18/1990.

Res. de la DGRN de 7 de mayo de 1994 (1.^a)

HECHOS:

A D.^a H.G.L., nacida en L. (Gran Bretaña) el 27 de diciembre de 1967, le fueron atribuidas la nacionalidad española paterna y la británica «*iure soli*». Desde entonces, ha venido residiendo en Gran Bretaña, y no ha renunciado en ningún momento a la nacionalidad española.

En septiembre de 1993, instó la inscripción de su nacimiento en el Registro Consular español en L., donde se practicó el asiento con la mención: «a la inscrita no le corresponde la nacionalidad española». El día 26 de enero de 1994, la interesada, con domicilio temporal en B., presentó en el Consulado General de España en dicho país recurso de apelación ante la D.G.R.N., recurriendo la inscripción de su nacimiento por cuanto en ella se negaba su nacionalidad española.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9 y 11 de la Constitución; 23 del Código Civil en su redacción por Ley 51/1982, de 13 de julio; 2, 12 y 24 del Código Civil en su redacción actual; 15, 23 y 67 de la Ley del Registro Civil; 66 y 85 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria 3.^a del Código Civil; las Instrucciones de 16 de mayo de 1983 y 20 de marzo de 1991; y las Resoluciones de 2 de septiembre de 1992 y 13 de marzo de 1993.

II.— A tenor del art. 23 CC, en su redacción por Ley 51/1982 (vigente en 1985, cuando la interesada alcanzó la mayor edad), el español que, además, tenía otra nacionalidad desde antes de su emancipación, sólo perdía ésta por renuncia expresa a ella una vez emancipado. Por consiguiente, la utilización exclusiva de la otra nacionalidad no era causa de pérdida de la nacionalidad española.

III.— Tras la entrada en vigor de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, el art. 24 CC dispone que la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera adquirida involuntariamente, puede constituir causa de pérdida de la nacionalidad española siempre y cuando transcurran tres años en dicha situación. No hay duda de que este plazo ha de cumplirse íntegramente después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990, pues si se tuviera en cuenta el lapso de tiempo transcurrido con anterioridad, se daría cierto carácter retroactivo al citado art. 24 CC, lo que, tratándose de una disposición sancionadora, está vedado por la propia Constitución (cfr. art. 9-3).

IV.— En el presente caso, el plazo indicado no había expirado cuando la interesada manifestó su voluntad de utilizar la nacionalidad española y, al no existir dudas razonables de que ha conservado la nacionalidad española, la inscripción de su nacimiento en el Registro Consular no debe contener salvedad alguna acerca de no estar acreditada la nacionalidad española de la inscrita (cfr. art. 66 «*in fine*» RRC).

La Dirección General acuerda estimar el recurso y ordenar que en la inscripción de nacimiento se suprima la advertencia de que a la inscrita no le corresponde la nacionalidad española.

5.4.— Prueba de la nacionalidad. Declaraciones con valor de simple presunción de la nacionalidad española. Españoles nacidos y residentes en país extranjero, cuya nacionalidad les fue atribuida al llegar a la mayoría de edad.

Res. DGRN de 14 de julio de 1994.

HECHOS:

Don J.R.H. y D. J.M.D.C., españoles «*iure sanguinis*», nacidos en Francia el 10 de diciembre de 1964 y el 7 de julio de 1967, respectivamente, al llegar a la mayor edad adquirieron la nacionalidad francesa, de forma involuntaria, por aplicación del art. 44 del Código de la Nacionalidad francés. En su momento, obtuvieron sendos pasaportes españoles, que caducaron, en el primer caso, el 31 de diciembre de 1982, y en el segundo, el 17 de junio de 1988. Desde estas fechas, los interesados no han hecho uso, al parecer, de la nacionalidad española, y se han comportado exclusivamente como franceses. Durante todo este tiempo, han tenido su residencia habitual en Francia.

Con fecha 28 de enero y 2 de febrero de 1994, respectivamente, presentaron sendos escritos en el Consulado de España en París, solicitando se declarase con valor de simple presunción su nacionalidad española. Tales solicitudes fueron denegadas por el Cónsul, entendiendo que los promotores habían perdido la nacionalidad española a los tres años de la entrada en vigor (el 7 de enero de 1991) de la Ley 18/1990, por aplicación del art. 24 CC.

Frente a dicha decisión, los interesados interpusieron los correspondientes recursos de apelación ante la DGRN, que procedió a su acumulación de oficio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos 9 y 11 de la Constitución; 23 del Código Civil en su redacción por Ley 51/1982, de 13 de julio; 3, 12 y 24 del Código Civil; 69 y 96 de la Ley del Registro Civil; 232, 335 338, 340 y 347 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 22 de mayo de 1975; la Instrucción de 20 de marzo de 1991; y las Resoluciones de 20 de abril de 1990, 9 de abril de 1991, 13 de marzo de 1993 y 7 de mayo de 1994.

II.— El Centro Directivo, al objeto de resolver sobre la procedencia o no de declarar, a través de expediente registral (cfr. arts. 96-2 LRC, 335 y 338 RRC) y con valor de simple presunción (Circular de 22 de mayo de 1975), la nacionalidad española de los promotores, trata de determinar si éstos conservan aún su condición de españoles.

A tales efectos, se señala que, bajo el régimen de la Ley 51/1982, vigente cuando los interesados alcanzaron la mayoría de edad, no hubo pérdida de la nacionalidad española, como tuvo ocasión de precisar la doctrina de la DGRN, especialmente en la R. de 20 de abril de 1990. La pérdida estaba entonces ligada (art. 23-1 CC) a la adquisición voluntaria por un emancipado de otra nacionalidad, y la adquisición «ex» art. 44 del Código francés de la Nacionalidad no podía calificarse como voluntaria, porque se producía de modo automático en cuanto concurrían todos los presupuestos de hecho legalmente previstos. En esta situación, y siempre bajo el régimen de la Ley

de 1982, había que entender que la pérdida de la nacionalidad española sólo podía tener lugar (art. 23-2 CC) por renuncia expresa a ella después de la emancipación.

III.— La cuestión se plantea de otro modo una vez en vigor la Ley 18/1990, a la vista de lo que disponen los dos primeros párrafos del art. 24 CC. La presente Resolución afirma que la exégesis de estas normas, como ha indicado toda la doctrina científica, no es en modo alguno sencilla. En todo caso ha de tenerse presente que no pueden ser objeto de interpretación extensiva, porque no cabe crear otras formas de pérdida al margen de la Ley (art. 11-1 CE) y porque un español de origen, sin contar con su voluntad, no puede ser privado de su nacionalidad (art. 11-2 CE), lo que no impide, sin embargo, que dentro del ámbito previsto por el legislador, haya de llegarse a soluciones armónicas y lógicas fundadas en la «ratio» del precepto.

En este contexto cabe entender que la adquisición involuntaria de la nacionalidad francesa producida en el momento mismo de la emancipación, podría asimilarse a la acaecida antes de ese momento. Y ello porque no tendría mucho sentido que la utilización exclusiva de dicha nacionalidad en los tres años siguientes a la emancipación, residiendo habitualmente el interesado en el extranjero, motivara la pérdida de la nacionalidad española en el segundo supuesto y no en el primero. Ahora bien, en todo caso, la letra del art. 24 CC impone que tal utilización exclusiva de la otra nacionalidad haya tenido lugar durante los tres años siguientes a la emancipación, de modo que no importa que tal utilización se produzca en fechas posteriores, porque la emancipación es el «*dies a quo*» a partir del cual ha de cumplirse el referido plazo.

Este requisito, necesario para que se produzca la pérdida de la nacionalidad española por utilización exclusiva de otra nacionalidad, ha de cumplirse, como todos los demás del actual art. 24 CC, bajo la vigencia de la nueva Ley 18/1990, pues, de otro modo, se daría tácitamente eficacia retroactiva a una norma sancionadora contra lo dispuesto por el art. 9-3 CE. Por tanto, en los casos presentes, en los que el plazo de tres años ha transcurrido íntegramente bajo el imperio de la Ley de 13 de julio de 1982, esa conducta no tenía sanción en la ley antigua, y la conducta posterior queda fuera de las previsiones de la nueva ley, en cuanto a las graves consecuencias de estimar producida por ella la pérdida de la nacionalidad española de origen.

La Dirección General acuerda estimar los recursos, con revocación de las decisiones apeladas, y declarar con valor de simple presunción que en el momento de su solicitud los recurrentes eran españoles de origen.

5.5.— Prueba de la nacionalidad. Declaraciones con valor de simple presunción de la nacionalidad española. Atribución de la nacionalidad española por aplicación del artículo 17.1.c) del Código Civil.

Res. de la DGRN de 30 de diciembre de 1994.

HECHOS:

El 16 de mayo de 1994, Don A.Q.R., peruano, solicitó ante el Registro Civil de su domicilio que fuera declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española de la menor M.A.Q.R., nacida en Madrid el 22 de mayo de 1993, hija suya y de D.^a B.R.N., también peruana, quien manifestó su acuerdo con lo instado.

Queda acreditado que la menor no se encuentra inscrita en el Libro de Registro de Estado Civil del Consulado General del Perú en Madrid.

La Juez Encargada del Registro Civil dictó auto declarando no haber lugar la declaración solicitada, por considerar que no se ha probado la situación de apatridia de la menor a efectos de la aplicación del art. 17-1-c) CC. Este auto fue recurrido por el promotor ante la DGRN.

Admitido el recurso, el Ministerio Fiscal interesó la concesión de lo solicitado por el recurrente. Por su parte, la Juez Encargada informó que, al no concurrir la situación de apatridia, no es aplicable el art. 17 CC, acceder a lo solicitado sería dar cobertura a un fraude de ley y que, habida cuenta de la condición de Estado comunitario de nues-

tro país, la potestad doméstica del mismo para conceder la nacionalidad ha de ejercitarse respetando tanto el Derecho Comunitario como el Derecho Internacional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I.— Vistos los artículos de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; 6, 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 13 de enero y 23 de mayo de 1992, 28 de mayo, 28 de junio, 3 de julio, 10 de septiembre y 1 de octubre de 1993; 3 de febrero y 16 de abril de 1994 y 21 de octubre de 1994 .

II.— El art. 17-1-c) CC establece que son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. Por tanto, el problema se reduce a determinar el alcance de la legislación peruana en orden a la atribución de la nacionalidad «*iure sanguinis*» a los nacidos en el extranjero de padres peruanos.

A estos efectos, dicha legislación establece que al hijo de peruanos nacido fuera de Perú no se le atribuye automáticamente la nacionalidad peruana, sino que es necesario que alguno de los padres solicite la inscripción en el Registro correspondiente durante la minoría de edad del hijo. Por consiguiente, el nacido en España en estas condiciones será español de origen por aplicación del art. 17 CC, sin perjuicio de que pueda después adquirir «*iure sanguinis*» la nacionalidad peruana. Ahora bien, caso de producirse esta segunda adquisición de nacionalidad, no por ello perderla el interesado su nacionalidad española de origen, pues ello supondría crear una forma de pérdida no prevista por el legislador español, que, bien al contrario, pretende que, quienes de otro modo fueran apátridas, sean españoles «*iure soli*» y desde su nacimiento, por aplicación del principio del «*favor nationalitatis*». Esta interpretación queda reforzada por la aplicación del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño.

III.— No se aprecia, por otra parte, que la actuación de los padres, al retardar la inscripción de nacimiento del hijo en el Consulado peruano, provoque artificialmente la situación de apatridia y envuelva un fraude de ley sancionable conforme al art. 6-4 CC. En efecto, como ya ha quedado expuesto, el niño no adquiere la nacionalidad peruana en el momento de su nacimiento, y ello con independencia de la voluntad de los padres.

La Dirección General acuerda estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española de la interesada.

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Luis FAJARDO LÓPEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ
Ana Isabel HERRÁEZ ORTIZ
Carmen JEREZ DELGADO
Oscar MONJE BALMASEDA
Lis SAN MIGUEL PRADERA

SUMARIO: I. Derecho civil. 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. Derecho mercantil.—III. Derecho procesal.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Nadie puede enriquecerse tortíceramente en daño de otro sin quebrantar la norma o estar amparado por ella.— Dentro de los apartados conceptuados como daños y perjuicios se encuentra —dice— el de adquisición por parte de la actora del terreno del Sr. Rifer Garcés, y ve en ello un enriquecimiento por parte de la recurrente; además también «catalogado dentro del ámbito del daño o perjuicios se refiere a la distribución del importe del aval bancario suscrito por la actora por el Banco Zaragozano», lo que rechaza el recurrente como perjuicio. En definitiva las alegaciones del recurso son insostenibles, en primer lugar porque contravienen la reiterada doctrina jurisprudencial que declara que la apreciación del daño en su existencia y, por tanto en todos sus conceptos, es cuestión de hecho reservada al libre arbitrio del Tribunal sentenciador, cuyo fallo sólo puede impugnarse en casación cuando concurren error material o jurídico en la valoración de la prueba a te-

nor del artículo 1.692, n.º 4, (a la sazón vigente al interponerse el recurso) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias, entre otras muchas, anteriores y posteriores, de 22 de octubre de 1954 14 de junio de 1956, 20 de diciembre de 1960 y 21 de enero de 1961). Es inaplicable al supuesto debatido la doctrina jurisprudencial que veda el enriquecimiento injusto toda vez que esta doctrina va encaminada a evitar un lucro contrario a la equidad, se refiere a adquisiciones patrimoniales que no se corresponden con una causa válida de atribución, siendo la noción «sin causa» de la atribución, como observa la sentencia de 28 de enero de 1956, la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base en el presupuesto de una situación objetivamente injusta.

El ejercicio legítimo de un derecho excluye la posibilidad de un enriquecimiento injusto.— Circunstancias las referidas que no concurren en el caso litigioso carente de toda iniquidad e injusticia, como basado en un contrato válido y eficaz con un fundamento en el cual la ahora recurrida ejerció su derecho a una liquidación a consecuencia de una baja de socio aceptada por el afectado, ejercicio que se realizó sin abuso alguno de derecho, como así los aceptaron, entre otras, las sentencias de esta Sala de 23 de marzo y 23 de noviembre de 1966 y 10 de abril de 1965; siendo incompatible, como se declara en la misma jurisprudencia, con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular, que es en realidad lo acontecido al proceder la actual recurrida conforme a derecho en la pretensión deducida de su demanda y haberse dictado una sentencia, previa apreciación de la prueba que, como ya se indicó, no ha sido debidamente impugnada en este recurso extraordinario. (STS de 17 de febrero de 1994; no ha lugar al recurso). (A.H.O.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor. Derecho a la libertad de información. Colisión entre ambos.— La libertad de información no tiene carácter absoluto que haya de prevalecer siempre frente al derecho al honor, sino que en cada caso concreto hay que establecer una graduación jerárquica del bien protegible según su importancia, evitando la divulgación de hechos que difamen o hagan desmerecer gravemente a otras personas (Sentencias de 22 y 28 de enero, 10 y 18 de marzo, 15 de mayo, 31 de julio y 5 de octubre de 1992). El ordenamiento jurídico no presta su tutela a la conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, conductas insidiosas (Sentencia de 4 de junio de 1992), pues la regla constitucional de veracidad de la información niega la garantía o protección «a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda contestación o meras invenciones o insinuaciones» (Sentencias del Tribunal Constitucional 171 y 172 de 1990).

Derecho de rectificación.— Este derecho es plenamente compatible con la acción aquí ejercitada, según doctrina jurisprudencial tan reiterada y constante que resulta de ociosa cita. (STS de 31 de enero de 1994; no ha lugar).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL.

3. Contrato para persona que se designará.— La intervención de un rematante en una subasta judicial «a calidad de ceder el remate a un tercero» es una aplicación concreta, en nuestro Derecho Positivo, del doctrinalmente llamado «contrato para persona que se designará» («per persona nominanda»), que consiste en que uno de los contratantes, llamado estipulante, se reserva la facultad de designar, dentro de un plazo determinado, a una tercera persona para que ocupe su lugar en la relación contractual y que, para su plena efectividad, requiere ineludiblemente que la designación de dicha tercera persona (que en ningún caso puede relegarse a tiempo indefinido o «sine die») se haga dentro del plazo estipulado para ello por las partes o del expresamente señalado por ley. Por lo tanto, transcurrido el expresado plazo, sin realizar la designación de dicha tercera persona, el estipulante queda como único contratante y como definitivo obligado.

Sobre la base de la anterior doctrina, en la sentencia se declara, que como quiera que, según la «ratio legis» que inspira la redacción del párrafo 3.º del artículo 1.499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el plazo para hacer la designación del cesionario del remate no puede ser mantenido de manera inconcreta o indefinida, por la inseguridad jurídica que ello comportaría, cuando el rematante de la subasta, que al mismo tiempo es el acreedor ejecutante, no tiene que consignar ningún precio de remate, por ser éste inferior al montante de su crédito, el referido plazo ha de considerarse forzosamente terminado o precluido cuando el Juzgado dicta el auto acordando la adjudicación definitiva y subsiguiente entrega del bien o derecho objeto de la subasta al rematante (acreedor-ejecutante), sin que el mismo haya hecho la expresada designación. (STS de 18 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Los trabajadores de una entidad mercantil promovieron contra la misma un procedimiento ante la Magistratura de Trabajo correspondiente, en reclamación de los salarios adeudados. En ejecución de la sentencia fueron embargados y luego sacados a subasta los derechos de arrendamiento y traspaso que, en relación a un local comercial, correspondían a la arrendataria entidad mercantil. Los mencionados trabajadores intervinieron «a calidad de ceder el remate a un tercero» ofreciendo, como precio, una cantidad inferior al montante de su crédito. Firme la subasta, la Magistratura de Trabajo dictó auto por el cual declaró adjudicatarios definitivos de los referidos derechos a los trabajadores ejecutantes. Dicha resolución fue recurrida en reposición por el propietario del local, recayendo auto por el que se desestimaba dicho recurso, frente al cual el propietario pretendió recurso de casación que fue inadmitido, formulando posteriormente recurso de queja, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Posteriormente, los ejecutantes adjudicatarios cedieron los bienes subastados a una sociedad mercantil.

El demandante, como propietario del local al que se refiere esta litis, solicita que se declare resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio por traspaso realizado de modo distinto al establecido legalmente y por realización de obras que modifican la configuración del local.

La demanda fue desestimada por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y declara resuelto el contrato de arrendamiento en base a la primera de las expresadas acciones. No ha lugar al recurso de casación. (O.M.B.).

4. Opción de compra, ejercicio fuera de plazo, carácter recepticio de la manifestación de voluntad del optante.— Es de aplicación «a cualquier derecho de opción en que la perfección de un contrato o su prórroga dependan de la exclusiva voluntad del optante [...], la reiterada doctrina jurisprudencial que», para la opción de compra, «reconoce el carácter receptivo de la voluntad de» éste (v. STS 7 de noviembre de 1967, 28 de mayo de 1976, 12 de abril y 12 de julio de 1979, 6 de abril de 1987, 23 de diciembre de 1991, 22 de diciembre de 1992, 29 de marzo de 1993). Condición *sine qua non* para la aplicación de esta doctrina es «que no esté acreditado [que] [...] el retraso en la recepción [sea] debido a una conducta obstativa [...] imputable al promitente» (v. STS 22 de diciembre de 1992). (STS de 25 de abril de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Don D.W.V. otorga a la mercantil «DT, S.A.» la explotación por cinco años, con derecho a optar a una prórroga por tres años más, y en exclusiva de un modelo de utilidad que, poco después, vende a la entidad «S.I., S.A.». Esta última, a su vez, autoriza a la sociedad «R.Z., S.A.» la explotación de la referida patente. «D.T., S.A.», tras cursar notarialmente escrito en el que optaba a la prórroga de contrato, interpone demanda contra «R.Z., S.A.», D.W.V. y «S.I., S.A.» por violación de los derechos de propiedad industrial que considera que le pertenecen en exclusiva. En primera instancia se estima la demanda, fallo que es confirmado en apelación. Recurrida esta ante el TS por cinco motivos, éste casa la sentencia basándose en dos argumentos, ambos apoyados en el 1.692.5.º LEC: el primero en relación a los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 Cc.; y el segundo, al 1.262 del mismo cuerpo legal. (L.F.L.).

5. Simulación contractual.— Respecto al problema de la simulación (estudiada en los artículos 1.276 y 1.277 del Código Civil), es necesario partir de la presunción legal de la existencia lícita de la causa en los contratos, correspondiendo al oponente la prueba de lo contrario.

Directamente relacionada con este principio, la doctrina de esta Sala define la simulación contractual, como un vicio de la declaración de voluntad en los negocios jurídicos, por el cual ambas partes, de común acuerdo y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer. También jurisprudencialmente está reconocido hasta la saciedad, que la existencia de la simulación es una cuestión de hecho, cuya prueba corresponde a el que la alega, y su constatación es de la especial facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida en casación, en tanto que la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado.

Relación compleja o mixta. Inaplicación de la LAU.— Se trata realmente, a lo sumo, de una relación contractual compleja o mixta, en la que los distintos elementos que la forman aparecen entrelazados o inseparablemente

unidos por la voluntad de las partes, de forma que no es posible aislarlos y regularlos separadamente, pues se desnaturalizaría la voluntad y el fin económico que las partes tuvieron en cuenta al contratar. Para esta clase de contratos complejos, es doctrina consagrada de esta Sala la aplicación de la normativa general contenida en el Código Civil, y en ningún caso las reglas especiales de la LAU (STS de 26 de enero de 1994; no ha lugar).

NOTA.— No se trata en el caso de un arrendamiento simulado bajo la opción de compra, ni de un arrendamiento con opción de compra, sino de un contrato complejo o mixto al que es aplicable el Código Civil y no la legislación especial de arrendamientos urbanos. (A.C.S.).

6. Error en el consentimiento, requisitos.— A pesar de no estar expresamente establecido en el Cc., la jurisprudencia exige, para que el error padecido en la formación del contrato invalide el negocio, que éste cumpla los requisitos de esencialidad y excusabilidad, este último requisito aunque no está expresamente mencionado en el Cc. se deriva de los principios de autoresponsabilidad y buena fe.

Error esencial.— El requisito de esencialidad del error se cumple cuando éste afecta a cualidades esenciales del objeto, comprado un «local comercial», resulta que éste no reúne las condiciones necesarias para ser calificado como local apto para la instalación en él de un establecimiento comercial.

Error excusable.— Para apreciar el carácter excusable del error, no sólo se tiene en cuenta las circunstancias de quien ha padecido el error, sino también, las de la otra parte. La función básica de este requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merezca protección. Existe error excusable del comprador, cuando éste es imputable al vendedor debido a las declaraciones que hace sobre las cualidades que reúne el local, de tal forma, que, teniendo en cuenta la condición de no profesional del comprador y de experto del vendedor, se crea una confianza razonable en el primero.

Restituciones recíprocas.— Declarada la nulidad del contrato, se viola el art. 1.303 si sólo se establece el deber de la vendedora de restituir el precio con el interés legal y no así el deber de la compradora de restituir el local percibido con sus frutos puesto que ha de efectuarse una restitución recíproca. (STS de 18 de febrero de 1994; ha lugar)

HECHOS.— Celebrado contrato de compraventa de un local comercial, el vendedor solicita el cumplimiento del contrato, los compradores se oponen y solicitan la nulidad del contrato por error, puesto que el local adquirido no reúne los requisitos necesarios para instalar en él el supermercado planeado.

El Ayuntamiento deniega la licencia y sólo permite la instalación en el local de un almacén.

NOTA.— Existe un comentario a esta sentencia de Antonio Manuel MORALES en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil n.º 35, 1994, págs. 619 a 630. (*L.S.M.P.*).

7. Error de derecho.— La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, pero un error de derecho puede constituir un vicio del consentimiento que dé lugar a la ineficacia del negocio.

Concurso de acciones: acción de resolución por incumplimiento (ejercitada por el comprador) y acción de nulidad por error (ejercitada por el vendedor).— La protección del vendedor que padeció error relevante excluye la resolución del contrato por incumplimiento. (STS de 17 de febrero de 1994; ha lugar).

HECHOS.— En el momento de contratar, los vendedores de un inmueble actúan bajo el convencimiento de que tenían plena facultad de disponer. Este convencimiento es determinante para la realización del contrato, ya que —de otro modo— no lo habrían realizado. El comprador adelanta parte del precio. Ante la inejecución por la parte vendedora de su obligación de entrega, el comprador interpone demanda solicitando sea declarado válido el contrato y obligado el vendedor a cumplir su prestación; o, subsidiariamente, se declare la resolución por incumplimiento con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

La parte demandada formula reconvenición y pide sea declarada la nulidad del contrato por haber padecido error (no tenían plena capacidad para disponer de la cosa).

En primera instancia se declara sin validez el contrato y se condena a la parte vendedora a la consiguiente devolución de la parte de precio recibido, así como a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios sufridos a causa de la ineficacia del contrato; la Audiencia revoca parcialmente la anterior y declara la resolución del contrato y la condena al pago de la correspondiente indemnización. En casación ha lugar. El Supremo se pronuncia a favor de la nulidad del contrato, y condena a la parte demandada al pago de la misma cantidad determinada por la Audiencia si bien aclara que no es una indemnización sino la repetición de lo entregado por la parte demandante en la fase de ejecución contractual. (*C.J.D.*).

8. Incorporación de los motivos al contrato.— Para que los motivos que movieron a contratar a una de las partes sean relevantes a efectos jurídicos deben haberse exteriorizado en el momento de contratar y ser reconocidos por las partes contratantes.

Arras.— Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que sólo cuando así se haya pactado expresamente se considerarán entregadas en concepto de arras las cantidades abonadas al vendedor. (STS de 11 de abril de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La parte demandante (comprador) solicita que se obligue a la vendedora a elevar a escritura pública el documento privado de compraventa, y que se obligue a la demandada a cobrar la parte de precio que queda por pagar. En Primera Instancia se estimó la demanda. En apelación y casación no hubo lugar. (C.J.D.).

9. Indemnización por incumplimiento.— La cuantía a que puede ascender la indemnización por incumplimiento contractual no tiene como límite la de la fianza que se pactó en concepto de garantía del cumplimiento. (STS de 4 de marzo de 1994; ha lugar).

HECHOS.— La parte demandante solicita que se declare la resolución por incumplimiento de un contrato de dirección de obra, con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. En primera instancia se estimó la demanda. En apelación, la Audiencia revocó en parte la anterior por considerar que se trata de un incumplimiento accesorio que da lugar tan sólo a la indemnización, no a la resolución. En casación hubo lugar, modificándose el fallo anterior en lo referente a los criterios de determinación de la cuantía indemnizatoria. (C.J.D.).

10. Responsabilidad extracontractual — responsabilidad contractual: yuxtaposición.— Cuando en un mismo supuesto concurren tanto los elementos de la responsabilidad extracontractual como los de la contractual, el perjudicado puede reclamar la indemnización correspondiente por cualquiera de las dos vías, contractual o extracontractual. (STS de 1 de febrero de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El demandante estaba hospedado en el hotel Don Carlos, y hacía uso del servicio de garaje incluido en el contrato de hospedaje. Como resultado de la actuación negligente de los agentes que custodiaban el garaje, el coche del actor fue sustraído del mismo, hecho que provocó la interposición de la demanda de reclamación de cantidad.

La sentencia de Primera Instancia, estimatoria de la demanda, fue revocada en apelación por apreciar la Audiencia que el demandante debió acudir a la vía de la responsabilidad contractual, y no a la extracontractual, para fundamentar su pretensión. En casación, ha lugar al recurso. (C.J.D.).

11. Arrendamiento de Guijera: Frustración del fin del contrato: Doctrina general: No es aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»: Efectos.— El recurso alega infracción del art. 1.124 párr. 2.º Cc. argumentando que el arrendamiento tenía por objeto la extracción de guijo de la finca arrendada, y que si bien cuando se firmó el contrato eran buenas las perspectivas de explotación, después desaparecieron completamente, por lo que no se alcanzó el fin normal del contrato, frustrándose las esperanzas y legítimas expectativas del arrendatario, y el contrato debe resolverse; el recurso se estima por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia

del contrato de tracto sucesivo; y al ser la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido, so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados; no es que hay que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida; tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas. La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando es totalmente ruinoso para él recibirla; existe entonces una frustración del fin del contrato que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo. En el caso litigioso, el arrendamiento tenía un fin concreto y específico señalado por los que lo pactaron: cesión de una finca con la finalidad de extraer guijo; la sentencia recurrida dice que la explotación era viable entonces, pero era inviable económicamente desde mayo de 1988, hasta el punto de que, de seguir con ella, los arrendatarios perderían entre 85 y 290 pts. por tonelada; inviabilidad debida a causas naturales; en estas condiciones es absurdo afirmar que el arrendador puede cumplir su obligación de que el arrendatario pueda extraer guijo de la finca, pues el mismo quiere este producto en tanto le produzca una ventaja económica, y no para asegurarse simplemente el suministro de un material a cualquier precio; y si ello es así, no puede obligársele a que pague una renta, todo lo disminuída que se quiera, a cambio de nada. La inviabilidad de la prestación ha sido imprevista en la forma de su manifestación, ya que las partes sólo previeron en la estipulación segunda de su contrato causas naturales que impidieran «transitoriamente» «una normal explotación», pero no una imposibilidad total y permanente que le obligaría a tales costos de transformación para conseguir el guijo que harían ruinoso su actividad. El influjo de circunstancias sobrevenidas e imprevistas en la vida del contrato no ha dejado de ser considerado por la jurisprudencia de esta Sala, aparte de la aceptación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*; ha considerado ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento (s. de 22 de octubre de 1985, y las que cita), y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma (ss. de 3 de noviembre, 9 de diciembre de 1983, 27 de octubre de 1986 y las que se cita); por eso es extravagante el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus*, si hay una frustración total del fin del contrato. Ahora bien, la resolución contractual no tiene efectos retroactivos pues las prestaciones recíprocas realizadas en un contrato de tracto sucesivo, hasta el acaecimiento que legitima para pedir la resolución han tenido su propia causa y han cumplido la finalidad perseguida. (STS de 20 de abril de 1994; ha lugar).

NOTA.— Sentencia «docta», con fines claramente pedagógicos, de la que ha sido Ponente GULLÓN BALLESTEROS, viniendo a perfilar una doctrina jurisprudencial iniciada por s. de 3 de noviembre de 1980 en la que —probablemente por primera vez— se dice que «ha queda-

do así frustrado el fin del contrato y éste ineficaz totalmente» (contrato de construcción de local para proyecciones cinematográficas dene-gándose administrativamente la licencia de apertura); doctrina que se reitera en las ss. que cita. No cabe duda de la influencia en tal doctrina de la tesis de ESPERT, *La frustración del fin del contrato* (Madrid 1968), de la que se han hecho eco otros autores (DE ÁNGEL Y ZORRILLA, *La frustración del fin del contrato: obligaciones de medios y de resultado*, ADC, 1985, p. 184 ss.) siendo hoy aceptada por la mejor doctrina (RAMS ALBESA, en LACRUZ, *Elementos*, II-1.^o, 3.^a ed., Barcelona 1994, p. 463; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 662 s., 4.^a ed., Madrid 1993). La trascendencia económica de la estimación del recurso interpuesto por los arrendatarios radica en que, además de reclamarse las rentas pendientes, los arrendadores reclamaban indemnización de daños y perjuicios desde la fecha de la sentencia de desahucio por falta de pago, mientras que el TS sólo condena a las rentas pendientes hasta el momento en que la explotación se declara pericialmente ser inviable, sin más indemnización. (G.G.C.).

12. Inexistencia de cesión de contrato.— Para que exista la cesión del contrato, es necesario un negocio jurídico que requiere no sólo el consentimiento del cedente y cesionario, sino también el del contratante cedido (STS de 4 de febrero de 1993, 12 de julio de 1926, 1 de julio de 1949, 23 de octubre de 1989, 26 de febrero y 26 de noviembre de 1982). Una vez que el cedido ha aceptado el traspaso del contrato, el cesionario recibe las obligaciones del cedente, que queda liberado, a no ser que haya pacto en contrario (excepto en lo referente a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado). Si no existe consentimiento ni expreso ni tácito del contratante cedido, el cedente permanece como obligado principal del contrato.

Subsisten por tanto los dos negocios contractuales, con autonomía y efectos propios, amparados por la autonomía de la voluntad, art. 1.255 Cc.

Inexistencia de cesión de créditos.— La figura jurídica de la cesión de créditos no tiene otro alcance que el de obligar al deudor crediticio con un nuevo acreedor, en virtud del negocio bilateral que vincula cedente y cesionario; supuesto que no se ajusta al caso, puesto que el demandante no concedió al demandado su derecho a cobrar el precio, sino que sólo concertó la adquisición por éste de su derecho de producción.

Indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual.— La demandada recurrente ocasionó con su pasividad una situación de incumplimiento. Como consecuencia, se genera una obligación reparadora conforme al art. 1.124, puesto que se frustra el convenio celebrado, con perjuicio para la otra parte, de no ser así carecería de la fuerza vinculante que le otorga el art. 1.258. No se infringe el art. 1.214 del Cc. puesto que en este caso el perjuicio se concretó en el precio dejado de percibir, precio que ha resultado acreditado y por tanto, con existencia real, cuya satisfacción corresponde a la parte incumplidora. (STS de 5 de marzo de 1994; no ha lugar)

HECHOS.— La sociedad Estela Films tenía concedida la filmación para TVE de la serie «Las Sonatas» de Valle Inclán. Para la eje-

cución de dichas producciones cinematográficas, Estela celebró un contrato privado con Aldebarán Films, en el que la primera cedió a la segunda el derecho a producir la serie, a cambio de 4 millones. El dinero que Estela percibiera de TVE sería entregado a Aldebarán. Rodadas dos de las cuatro sonatas, el rodaje de la tercera fue financiado a coste de Aldebarán, sin que percibiera la correspondiente contraprestación económica.

Aldebarán presenta demanda contra Estela por desistimiento y solicita la indemnización de daños y perjuicios, subsidiariamente solicita la condena a TVE por enriquecimiento injusto.

Ambas instancias declaran el desestimiento del contrato y condenan a la demandada a la indemnización de daños y utilidad dejada de percibir por la demandante. TVE queda absuelta de la pretensión de enriquecimiento injusto.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la demandada, que alega su desvinculación de la relación contractual con TVE, cuyo lugar ocupa la demandante. (L.S.M.P.)

13. Exclusión de la preferencia del artículo 32-3.º del Estatuto de los Trabajadores de los créditos asegurados con anotación preventiva de embargo.— La primera condición que debe reunir el crédito preferente al de los salarios (siempre que no sean los del apartado 1 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores) es que esté dotado con «*derecho real*», cualidad que no tienen los créditos asegurados con una anotación preventiva de embargo, pues es doctrina reiterada de esta Sala que tal anotación no otorga al crédito ningún derecho real, ni cambia su naturaleza personal, sino que es una medida asegurativa de su efectividad. De ahí que no pueden oponerse a la preferencia que consigna el apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

La Disposición Adicional 9.ª de la Ley 4/90, no altera la preferencia de la Seguridad Social.— La disposición Adicional 9.ª de la Ley 4/1990, de 29 de junio no cambia la preferencia de la Seguridad Social, sino que su rango sólo se ha elevado dentro del artículo 1.924 del Código Civil nada más. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores, en la cuestión concreta de la preferencia por créditos salariales, las desprendió de aquél precepto civil, otorgándoles preferencias distintas y mucho más intensas que las que les concedía el legislador civil en el citado artículo 1.924. (STS de 1 de febrero de 1994; ha lugar).

HECHOS.— El litigio se inicia por demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de mejor derecho promovida por la Tesorería General de la Seguridad Social para que se declare el derecho preferente que ostenta respecto de determinados muebles en virtud de la anotación preventiva de embargo presentada en el Registro de hipoteca mobiliaria con fecha de 18 de octubre de 1988 frente a la reclamación de créditos salariales correspondientes al mes de septiembre de 1988. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia, en grado de apelación, revocó la Sentencia del Juzgado y estimó la demanda de tercería. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la representación de los trabajadores.

NOTA.— La preferencia de los créditos salariales protegidos en el párrafo 3.º no es absoluta ya que no se da frente a «*los créditos con derecho real en los supuestos en que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria sean preferentes*». Dicha preferencia sólo se dará cuando concurra una anotación de embargo por créditos salariales con un crédito hipotecario, pero no cuando lo haga con otro crédito, garantizado con anotación de embargo. La razón es que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria excepciona al crédito con derecho real y la anotación de embargo según doctrina reiteradísima de esta Sala no otorga ningún derecho real al crédito que garantiza. (*I.H.M.*).

14. El momento de la cuantificación y exigibilidad del crédito determina la fecha que ha de marcar la prelación de éste: aplicación de este criterio a las letras de cambio y pólizas de préstamo.— «... la sentencia de esta Sala de fecha 30 de diciembre de 1993... decía en una de sus consideraciones: 'A) la fecha de antigüedad ha de retrotraerse en todo caso al título, que da lugar a la sentencia judicial que lo certifica y que exterioriza 'erga omnes' su virtualidad y eficacia jurídica; por lo tanto, es el título en sí y no la sentencia que lo consagra el que 'per se' ofrece 'prima facie' la preeminencia que por su fecha le corresponda; B) Los títulos así considerados y no obstante ello, han de precisar la concreción matemática del crédito que constatan y su exigibilidad, por lo que requieren de complementos documentales, en su caso —es decir, no siempre, pues puede darse el supuesto de estar el título inicial integrado por sí mismo—, que integren tanto su cuantificación como su exigibilidad, en cuya hipótesis, esta es la fecha —la de integración— que ha de servir como determinante de la prelación del crédito que encierra, así como en las sentencias es la fecha de su firmeza; y C) Las letras de cambio intervenidas en su acepto y aval por Corredor Colegiado de Comercio, y una vez levantado el protesto y notificado al avalista por falta de atención al pago a su vencimiento, quedan integradas en su concreción crematística y exigibilidad con la fehaciencia pública que las hace equiparables a las pólizas de préstamo y crédito también intervenidas por fedatario mercantil cuando su integración se completa y perfecciona con la liquidación del saldo exigible como crédito contra el prestatario o acreditado, al estar tal liquidación autenticada por intervención de fedatario público (artículo 93 del Código de Comercio y según sentencias de 15 de diciembre de 1956; 10 de marzo de 1973; 30 de octubre de 1978; 24 de enero de 1979; 21 de septiembre de 1984; 13 de diciembre de 1985; 27 de diciembre de 1985; 4 de julio de 1989; 3 de noviembre de 1989 y 14 de mayo de 1992)'...» (**STS de 29 de marzo de 1994**; ha lugar).

HECHOS.— El recurso de casación parte de una tercería de mejor derecho que enfrenta a efectos de prelación dos pólizas de préstamo y crédito personal de las que es titular el Banco Pastor y una letra de cambio cuyo titular es el Banco Exterior de España. La sentencia de primer grado resolvió en el sentido de la preferencia del título del que es acreedor el Banco Exterior de España. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado. Recurre en casación el Banco Exterior y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (*R.G.S.*).

15. Compraventa de inmuebles. Falta de pago de parte del precio. Resolución.— La primitiva doctrina interpretativa venía declarando la necesidad de la existencia de «una voluntad deliberadamente rebelde en el deudor», lo que suponía tanto como identificarla con el impago doloso. La moderna jurisprudencia ha mitigado este rigor interpretativo, concediendo la resolución a instancias del vendedor, cuando concurre un impago prolongado, duradero, e injustificado, mediando una conducta obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendencia pueda justificar la resolución, al implicar tal conducta un fracaso o frustración de las legítimas expectativas del vendedor como contraparte (Sentencias entre las más recientes de 11 de marzo y 7 de junio de 1991, 3 y 18 de diciembre de 1991, etc.). (STS de 31 de enero de 1994; ha lugar).

16. Compraventa de inmuebles. Incumplimiento recíproco. Resolución del contrato.— Corresponde a los juzgadores de instancia la determinación de si hay o no incumplimiento y quién es el primer incumplidor, así como si tal incumplimiento justifica o no el de la parte contraria, porque se infringe el artículo 1.124 del Código Civil, del que el 1.504 no es más que aplicación específica y concreta para la venta de inmuebles, dado que los preceptos no se aluden, si se resuelve un contrato en perjuicio de uno de los contratantes, si ambos habían faltado a sus recíprocas obligaciones y si no hay una manifestación decisiva de la opción que otorga el párrafo 2.^o del artículo 1.124, ante un incumplimiento voluntario y rebelde que frustra el fin negocial, siempre que el optante haya cumplido lo que le incumbe, pues caso contrario se alzaría frente a él la excepción *non adimpleti contractus* (STS de 10 de enero de 1994; ha lugar).

17. Cumplimiento imposible de un contrato de compraventa por causas no imputables a ninguno de los en él intervinientes como vendedor y comprador.— La imposibilidad de cumplimiento por causas no imputables a las partes ya recogida en las cláusulas del contrato de compraventa, no hace sino poner de relieve que «los interesados ya preveían la posibilidad de que la entrega resultara imposible», con lo que queda desvirtuada la denuncia de infracción del párrafo primero del artículo 1.124 del Código Civil. De dicha cláusula no puede deducirse más que en el supuesto de que el vendedor no pueda hacer entrega del objeto vendido por imposibilidad sobrevenida, obviamente sin culpa por su parte, quedaría liberado de su obligación, debiendo, eso sí, devolver la cantidad recibida a cuenta del precio y los intereses legales correspondientes; efectos estos que indudablemente habrían de producirse para el supuesto contemplado aún en el caso de que los contratantes nada hubiesen convenido al respecto. En pro de esta solución y en contra de lo interesado en el motivo es de señalar la doctrina de esta Sala para los casos en que el incumplimiento de lo convenido no fuere imputable a ninguna de las partes, que es precisamente lo que en este caso acontece (Sentencias de 19 de diciembre de 1986; 14 de octubre de 1988; 29 de noviembre de 1989, argumentalmente y 30 de marzo de 1992).

Facultad de impugnación de la decisión administrativa que imposibilita el cumplimiento de prestación.— La imposibilidad de cumplir su prestación la parte vendedora sin culpa alguna por su parte debido a decisión administrativa, es manifiesta, teniendo en cuenta, además que esa decisión

goza de toda presunción legal de legalidad... y que su posible impugnación en vía administrativa primero, o en vía contenciosa en su caso después, es una simple voluntad que corresponde a la parte vendedora, pero en ningún caso una obligación; en apoyo de lo dicho debe ponerse igualmente de relieve, que al denegar la licencia de edificación que dicha sociedad interesó del Ayuntamiento, en el oficio comunicando tal rechazo «se llega a calificar de fraude de ley la posibilidad de subdividir una nave industrial en módulos inferiores a 500 metros cuadrados ...», lo que no impidió que el 8 de junio de 1989 la entidad edilicia cambiase radicalmente dicha reglamentación.

La «imposibilidad legal» del artículo 1.184 del Código Civil.— Cuando en el mismo se habla de *imposibilidad legal*, la doctrina viene entendiendo que dentro de este último término pueden comprenderse no sólo las disposiciones estatales (Leyes, Decretos, Reglamentos, etc...) sino también las de otro origen, y por tanto las Ordenanzas Municipales, criterio que ha sido acogido en la doctrina de esta Sala (Sentencias de 21 de enero de 1958, 3 de octubre de 1959, 29 de octubre de 1970, 21 de enero de 1958 y 15 de diciembre de 1987). (STS de 7 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Ante la imposibilidad de la entrega del objeto de la compraventa por «contrariar el proyecto lo dispuesto en el artículo... del Plan General de Ordenación Urbana de...» consignadas las cantidades en el contrato de compraventa, así como los intereses legales, el vendedor insta resolución del contrato de compraventa, pretensión que encuentra la oposición del comprador.

Modificada la normativa urbanística para la parcelación de las naves industriales (que había llevado a la imposibilidad de realizar la prestación del contrato de compraventa), entra en relación con un tercero, al cual vende los módulos en escritura pública, haciéndose constar en la misma que dicho tercero conoce el contrato celebrado con el primer comprador. Formulada demanda por éste, se solicita la formalización en escritura pública de la venta, respetando el precio y demás condiciones contenidas en el contrato privado de compraventa. El Juzgado de 1.^a Instancia desestima la demanda, y declara resuelto el contrato de compraventa, con la consecuente obligación de restituir el precio entregado con sus intereses legales. Presentado el recurso de apelación, se confirma en todas sus partes la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo en el fallo que resuelve el recurso de casación, desestimando nuevamente las pretensiones del actor, declara no haber lugar al mismo. (A.H.O.).

18. Doble venta: S.A. que enajena el mismo local a diversos compradores a través de distintos apoderados: preferencia del primer comprador que toma posesión e inscribe.— Cuando una misma entidad enajena idéntico local, valiéndose de apoderados diversos, a dos compradores diferentes en sendos documentos privados, la propiedad se atribuye al primer comprador que tomó posesión del local y realizó diversos actos posesorios, inscribiendo ulteriormente en el Registro de la Propiedad, bien sea por aplicación del art. 1.473 Cc., bien sea por entender que, consumada la primera enajenación cuando se realiza la segunda se produce inexistencia de objeto o

venta de cosa ajena, conforme a las ss. de 7 de abril de 1971 y 11 de abril de 1992.

«Quien vende una vez no puede vender la misma cosa otra vez».— La tesis que se sostiene responde a una obviedad hasta del Derecho Natural, verdad que late en el art. 1.096 párr. 3.^o Cc., lo que trasladado al mundo del derecho positivo sólo quiebra cuando el sucesivo comprador, o que compre la segunda vez, se considere tercer adquirente de buena fe, a través del mecanismo formal del art. 34 LH; en el caso de autos ello significa que debe mantenerse la primera venta en documento privado, ya que mediante ella la entidad vendedora se desprende del local comercial a favor de la compradora que lo adquiere en plenitud (paga y toma posesión), por lo que cuando más tarde vuelve a vender también en documento privado incurre en la responsabilidad de realizar una venta indebida en perjuicio del segundo adquirente quien podrá exigir los daños y perjuicios que corresponda, al deberse mantener la firmeza de la primera venta, sobre todo al no haber interferido ese proceso adquisitivo la tutela derivada del Registro.

Falta de diligencia del segundo comprador.— La conducta de quien se decide a comprar un inmueble de especial importancia, sin antes preocuparse de comprobar cuál era, no sólo su situación jurídica, sino, en particular, su situación posesoria, lo que hubiera conocido con una diligencia mínima, y acaso propiciado el desistimiento adquisitivo, no merece especial acogimiento.

Revocación de poderes no comunicada al mandatario.— La revocación de poderes al mandatario de la entidad que interviene en la primera venta en el período comprendido entre la firma del documento privado y su elevación a escritura pública, no afecta a la validez de su actuación ante terceros, por no haber sido notificada a aquél, debiendo aplicarse el art. 1.738 Cc. (STS de 3 de marzo de 1994; ha lugar).

NOTA.— Interesante s. sobre doble venta de la que ha sido Ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, en materia que por su complejidad siempre admite pluralidad de enfoques o, al menos, discrepancias.

Sorprende que, de modo expreso, no se haga referencia al requisito, unánimemente admitido en todos los supuestos, de la buena fe. En la s. parece darse por supuesto en el primer comprador, por el hecho de adquirir el local en documento privado, abonar su precio y tomar posesión del mismo. En contraposición a esta conducta se destaca la del segundo comprador, la cual, sin llegar a calificarse de mala fe, es descrita como de poco diligente pues con poco esfuerzo hubiera conocido la situación fáctica de la finca ocupada por el primer comprador. Por parte de la entidad vendedora hay un conato de desautorización del mandatario que realizó la primera venta, pues poco días después de ello se revocan sus poderes; pero el propósito no culmina pues no se notifica la revocación al mismo y sólo bastante después se inscribe tal revocación en el Registro Mercantil. La actitud de la entidad vendedora, no sólo es incorrecta, sino que puede calificarse de mala fe,

pues la sentencia da por probado que conocía la primera enajenación (cosa lógica si el apoderado rinde cuenta de su gestión).

Tampoco se da especial relieve al hecho de que el primer comprador haya inscrito la escritura en el Registro, afirmación que sólo se recoge en la s. de pasada. En cambio, se pone especial énfasis en que ninguno de los compradores es tercero protegido por el Registro.

En cuanto al encuadramiento sistemático del supuesto de hecho, la s. ofrece una alternativa, o bien aplicar el art. 1.473 Cc. o bien entender que por haberse consumado la primera venta, al tiempo de realizarse la segunda, ésta constituye un supuesto de venta de una cosa ajena o de nulidad por falta de objeto; parece que la s. se inclina por la segunda solución o, al menos, es la que ve con mayor simpatía. Me parece que es una construcción minoritaria en la jurisprudencia que suscita reservas en la doctrina (*Vide* GARCÍA CANTERO, *Comentarios Albaladejo*, XIX, 2.^a ed. p. 264). (*G.G.C.*)

19. Vicios ocultos.— La calificación que de los defectos del objeto hace la Sala sentenciadora, llegando a la conclusión de que no determinan un total incumplimiento por inadecuación del objeto, sino que se trata de meros vicios o defectos ocultos, debe ser mantenida en casación. Tratándose de un juicio de valor, nos encontramos ante una labor de interpretación, facultad privativa de los tribunales de instancia (STS 10 octubre 1989) y su criterio ha de prevalecer a no ser que incurra en un desvío de ilegalidad o razonabilidad (STS 20 febrero 1990).

Plazo de ejercicio de las acciones edilicias.— En el supuesto de vicios o defectos ocultos, el comprador puede ejercitar las acciones edilicias cuya ordenación en los arts. 1.484 y ss. del Cc. se explica en su intento de no bloquear o agilizar el tráfico de intercambio de bienes y cuyo plazo de ejercicio viene establecido en el art. 1.490. (STS de 17 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Ante la reclamación del precio de la venta de unos micromotores efectuada por el vendedor, la compradora en reconvencción, solicita la resolución del contrato por incumplimiento, dado que los motores que se le habían entregado eran defectuosos. Primera instancia estima parcialmente ambas demandas. Presentado recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia considera que los defectos de los motores no suponen la inhabilidad del objeto, necesaria para que pueda hablarse de incumplimiento; tratándose de vicios o defectos ocultos, el plazo de seis meses establecido para el ejercicio de la acción correspondiente ha transcurrido. El TS confirma la sentencia de la Audiencia. (*L.S.M.P.*)

20. Viviendas de protección oficial. Precio superior al oficial.— Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS de 3 de septiembre de 1992; 14 de octubre de 1992; 4 de junio de 1993 y 16 de diciembre de 1993) según la cual cuando en una compraventa las partes fijan precio superior al oficial de las viviendas de protección oficial y a este precio dan su consentimiento, no cabe aplicar la nulidad del artículo 6.3 del Código civil puesto que

la legislación de viviendas establece que tales casos son determinantes de sanciones administrativas y pérdida de beneficios; ni cabe sostener la nulidad parcial de la cláusula puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades.

Resolución por falta de pago. Art. 1.504 Cc.— Se declara en la Sentencia la resolución de un contrato de compraventa, afirmando el Tribunal que, sea el precio el pactado o el legal, el comprador ha dejado de satisfacer cantidad suficiente para entender frustrado el fin del contrato, ha sido requerido de resolución como exige el art. 1.504 y no se ha mostrado intención alguna de consignar o satisfacer lo adeudado. (STS de 21 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Pedro A.L. y Doña Josefa C.G., compradores de una vivienda oficial para la cual pactaron un precio superior al oficial, formularon demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra Don Marcelino D.S. y Doña Encarnación G.G., vendedores de la expresada vivienda, quienes se opusieron y formularon reconvencción en la que se suplica al Juzgado dictase sentencia por la cual declare resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial revocando esta sentencia estima el recurso de apelación y declara resuelto el contrato. No prospera el recurso de casación. (O.M.B.).

21. Compraventa de viviendas de protección oficial. Elementos esenciales del contrato: precio cierto.— «en los supuestos de contratación normada [...] el requisito del precio cierto lo determina la disposición legal que lo autoriza con carácter imperativo e inderogable, en cuanto a su límite máximo (Sentencias de 2 de febrero de 1983, 3 de diciembre de 1984, 20 de junio de 1985 y otras) [...]. Pudiendo resultar incluso, [...] que el precio no se precise al tiempo de la celebración del contrato (Sentencia de 29 de diciembre de 1987).

Arras confirmatorias.— Aunque tímidamente, la Sentencia reconoce que las arras han de ostentar tal carácter en la compraventa de este tipo de inmuebles, pues «la cantidad entregada es un anticipo o parte del precio» (Sentencias de 30 de abril de 1988, 9 de marzo de 1989, 12 de diciembre de 1991, y 31 de julio de 1992); ya que, como dice en un motivo anterior, «tratándose de viviendas de protección oficial» [...] queda «absolutamente prohibido percibir cualquier sobreprecio». (STS de 23 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Dña. M.^a Angeles H.M. y D. Bonifacio B.D. declaran en documento privado que la primera entrega y el segundo recibe la cantidad de 500.000 ptas. «a cuenta de la compra del piso» (vivienda de protección oficial) que describen. Igualmente acuerdan que «el contrato se realizará antes del 31 de marzo de 1989, si no perderá la fianza entregada a cuenta». Rechazada en Primera Instancia la demanda in-

terpuesta por la compradora, en la que instaba a la vendedora a otorgar escritura pública, ésta recurre. La Audiencia Provincial revoca íntegramente la sentencia apelada, considerando que lo que se suscribió fue «un verdadero contrato de compraventa»; ya que el «precio viene fijado, al tratarse de una vivienda calificada de protección oficial, por la cédula de calificación definitiva obrante en autos...». La vendedora recurre en casación, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 LEC, alegando quebrantamiento de los artículos 1.261, 1.445, 1.447, 1.449 y 1.450; así como 1.281, 1.º, y 1.282, siendo el fallo el que ya conocemos.

NOTA.— Contrasta con la última jurisprudencia, sentada por las STS 1 de diciembre de 1986; 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992; 4 de junio, 14 de julio y 16 de diciembre de 1993; y, 21 de febrero y 4 de mayo de 1994, que afirma que «si [...] hubo conformidad en la cosa y el precio, ambos contratantes conjuntamente violaron la legislación administrativa, no puede el actor en su solo provecho obtener la rectificación del precio pues ello entrañaría pretender por vía judicial se alterase el contenido y alcance del consentimiento de la contraparte, que se alterasen las recíprocas prestaciones y que la consecuencia beneficiase a quien también fue infractor» (STS 3 de septiembre de 1992). Bien es cierto que este fallo conecta con una jurisprudencia constante hasta 1985, y no del todo olvidada (STS 20 de marzo de 1979; 27 de noviembre y 3 de diciembre de 1984; 14 de enero, 20 de junio y 5 de noviembre de 1985; 22 de abril de 1988; y, 23 de marzo de 1994). (L.F.L.).

22. Contrato de traspaso.— El contrato de traspaso que cuenta con el consentimiento expreso del arrendador, tiene como consecuencia la subrogación del adquirente del mismo en la posición del arrendatario cedente sin que sea necesario que se celebre un nuevo contrato de arrendamiento.

Nulidad por error, requisitos.— Para que el error recogido en el art. 1.266 del Cc. invalide el consentimiento es necesario que sea esencial y excusable. Se cumple el requisito de esencialidad, cuando la cosa objeto del contrato no tiene alguna de las condiciones que se le atribuye, condición, que es precisamente la que de manera primordial, según la finalidad del contrato, ha motivado la celebración del mismo. El error es excusable, cuando además de no ser imputable al que lo padece, resulta inevitable, teniendo en cuenta las circunstancias, no sólo del que lo invoca, sino también de la otra parte, cuando el error pueda deberse a la confianza creada por esta última.

Nulidad de contratos conexos.— Existe una íntima conexión entre dos contratos, si de la intención de las partes se deduce que tanto el contrato de traspaso como el contrato de arrendamiento integraban un todo unitario, puesto que el contrato de arrendamiento se pacta como único medio para dar viabilidad al contrato de traspaso. Como consecuencia, la nulidad del contrato de traspaso por error, lleva consigo la del contrato de arrendamiento. (STS de 14 de febrero de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Los arrendatarios de un local, que explotan como bar, a pesar de no tener licencia para ello, celebran un contrato de tras-

paso del local de negocio, con el consentimiento expreso del arrendador. Con posterioridad, el cesionario del local (de profesión pintor) celebra un contrato de arrendamiento de dicho local con el arrendador. El cesionario y nuevo arrendatario pide la nulidad de ambos contratos por existir error, dado que al celebrarlos lo hizo en la creencia de que podía ser explotado como bar, tal y como venía sucediendo, hasta que comprobó que no existía licencia municipal y que su concesión no era posible. Primera Instancia desestima la demanda, en apelación se declara la nulidad del contrato de traspaso por error pero no la del contrato de arrendamiento. El TS dada la íntima conexión existente entre ambos contratos declara la nulidad de ambos. (*L.S.M.P.*)

23. Arrendamiento urbano con cláusula de opción de compra: Doctrina general.— La opción de compra, muy frecuentemente tratada por la jurisprudencia de esta Sala en doctrina uniforme, consiste en conceder al optante, mediante cláusula inserta en el contrato de arrendamiento urbano, la facultad exclusiva de prestar su consentimiento, en el plazo contractualmente señalado, a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumada, y se perfecciona automáticamente el contrato de venta, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa que el optante le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción.

Efectos del ejercicio de la opción.— La opción debidamente ejercitada perfecciona el contrato de compraventa que queda sometido a su propia regulación, en la que figura el art. 1.450 Cc. que mantiene desde luego la perfección del contrato aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como lo corrobora la jurisprudencia de esta Sala (s. de 3 de febrero de 1992, entre otras), al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma, la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada.

Inaplicabilidad de la cláusula «rebus sic stantibus».— Debe rechazar la imprecisa alusión a esta cláusula, que aquí resulta inaplicable, ya que al preverse en el pacto la alteración del precio, es evidente que no se está ante desequilibrio o alteración extraordinaria de las circunstancias, que ha de ser, además, totalmente imprevisible, de tal forma que dé lugar a una desproporción inusitada y exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes; y al tratarse de alteraciones previsibles, conforme al normal decurso de los acontecimientos, no cabe hablar sino de cláusula pactada de actualización de las prestaciones. (*STS de 6 de febrero de 1994*; no ha lugar).

NOTA.— Se trata de un típico arrendamiento de vivienda con cláusula de opción de venta en el que se cumplen todos los requisitos jurisprudenciales, lo que conduce derechamente a la estimación en ambas instancias y a la desestimación del recurso. Se pacta en 1985 con estipulación de que las rentas abonadas se deduzcan del precio global, el cual se incrementa si la opción se ejercita al final de los tres

años convenidos de duración. Que las cláusulas de revalorización tengan un fundamento coincidente con el de la cláusula *rebus sic stantibus* no significa, sin más, que convenida una de aquéllas haya de aplicarse esta excepcional doctrina jurisprudencial, con acierto rechazada. (G.G.C.).

24. Ratificación: efectos.— Con la ratificación a posteriori del *dominus* se acepta lo realizado para su gestor y asume sus consecuencias, transformando lo realizado por el gestor en una actuación plenamente representativa que despliega todos sus efectos en orden a la representación. Atendiendo a las circunstancias del caso, ningún inconveniente jurídico puede oponerse a la ratificación tácita realizada por los dueños de la finca que respetaron sin alteración alguna lo pactado por aquellos a quienes habían otorgado su «*autorización representativa*», aunque ésta no se expresare en el negocio, que quedó purificado y plenamente eficaz, sanando todo posible defecto con carácter retroactivo. Incluso, cuando se actúa sin poder ó sin autorización de la persona por quien actúa, cosa que en este caso no sucede, se invade la esfera jurídica ajena, pero se sana, se convalida retroactivamente por la ratificación que puede ser tácita (1727) y deducida de datos objetivos de aprobación.

Posibilidad de renunciar a prórrogas no iniciadas.— Con relación a lo dispuesto en el artículo 25-2.º de la LAR, una vez iniciada la primera prórroga el derecho ha ingresado en el patrimonio de los arrendatarios y por ello se hallan en condiciones de renunciar en todo ó en parte a las prórrogas, ya iniciadas ó futuras y no hacerse al terminar el plazo inicial ó el de cada prórroga. (STS de 25 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El litigio se inició por demanda en la que se ejercita acción anticipada de extinción del contrato de arrendamiento rústico de parte de una finca. El contrato inicial se novó en el año 1975 y el 13 de diciembre de 1982 se otorgó escritura pública de compromiso, por la que se permitía a los demandados la continuación en el arrendamiento hasta el mes de septiembre de 1989. El problema nace porque dicha escritura fue otorgada por los antiguos propietarios de la finca en su propio nombre y derecho, que la habían donado a sus hijos el 27 de febrero de 1979, sin que constase que dicha cesión fuese comunicada a los arrendatarios ó que éstos tuviesen conocimiento de la misma por cualquier otro medio. Los demandados alegaban de un lado, la falta de validez del negocio jurídico de renuncia por ausencia de consentimiento de los arrendadores que habían dejado de serlo al donar la finca, y de otro, que no se puede renunciar a prórrogas futuras sino que la renuncia, ha de hacerse al terminar el plazo inicial ó el de cada prórroga ex art. 25-2.º de la Ley.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de extinción del contrato, y apelada la sentencia, la Audiencia confirma ésta. El demandado interpone recurso de casación que no es estimado por el Tribunal Supremo. (I.H.M.).

25. Responsabilidad decenal de constructor, arquitecto, aparejador y promotor. Solidaridad.— La creación del principio de responsabilidad solidaria en la construcción opera en la hipótesis en que la ruina de la edificación se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección técnica y otras a la ejecución, sin posibilidad de discernir las que corresponden a unas y a otras, de modo que la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperan en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que cuando no se da tal presupuesto de hecho, por haber precisado la atribuible a cada uno de ellos, la exigencia de responsabilidad solidaria no es procedente.

Responsabilidad del promotor. Equiparación al contratista.— Como tiene reiteradamente establecido esta Sala, la figura del promotor—constructor se halla equiparada a la del contratista, por lo que, al igual que ésta, responde de la ruina (física o funcional) del edificio cuando la misma sea debida a vicios de construcción. Los criterios determinantes de la inclusión del promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del artículo 1.591 fueron, según reiterada y pacífica doctrina de esta Sala, los siguientes: a) que la obra se realiza en su beneficio; b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; d) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; e) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas sentencias —9 de marzo de 1988, 19 de diciembre de 1989, 8 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991 y 8 de junio de 1992, por citar las más modernas—; incluso ha dicho esta Sala en sentencia de 13 de julio de 1987 que la responsabilidad del promotor «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponde». (STS de 28 de enero de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Por la Comunidad de Propietarios se formuló demanda ejercitando la acción del artículo 1.591 del Código Civil frente a C.M., S.A., don Juan V.M., don Marino C.C. y don Francisco E.S. El Juzgado dictó sentencia condenando solidariamente a los demandados. Apelada la sentencia, fue revocada en parte, en el sentido de absolver de la demanda a don Juan V.M. Prospera el recurso de casación interpuesto por la codemandada C.M., S.A. y por la Comunidad de Propietarios actora.

NOTA.— En esta sentencia el TS sigue fielmente una constante doctrina jurisprudencial, que afirma la responsabilidad solidaria del contratista, del promotor, del arquitecto y de los técnicos, cuando no puede precisarse la participación de cada uno de ellos en la ruina.

Hay que tener en cuenta que existe un fondo de responsabilidad común a los diversos profesionales que dificulta extraordinariamente

cualquier intento de formalizar «a priori» una plena compartimentación que resultase jurídicamente eficaz. No obstante, conviene remarcar, a fin de desvanecer posibles equívocos, que nuestro TS se inclina prioritariamente por la responsabilidad parciaria (mancomunidad) y sólo cuando no es posible determinar la proporción en que la ruina es imputable a cada uno de los profesionales que han intervenido en la construcción, se acoge el criterio de la responsabilidad solidaria. En bastantes sentencias se declara la responsabilidad de alguno o algunos de los que han intervenido en la construcción y se exonera a los restantes (CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, págs. 363-364).

También el TS reitera en esta sentencia la constante doctrina jurisprudencial que equipara al promotor al contratista a efectos de responsabilidad decenal por ruina, esgrimiendo una serie de argumentos para justificarlo, siendo, tal vez, el de la adecuada protección de los futuros compradores el más convincente de los expuestos. No ofrece duda que, además, los compradores perjudicados por los vicios determinantes de ruina podrán ejercitar, si lo prefieren, las acciones por incumplimiento contractual por la vendedora; no sólo las edilicias, sino también las generales por incumplimiento contractual (arts. 1101 y sigts. del Código Civil).

MORALES («El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», ADC, 1982, págs. 670 y sigts.) justifica la doctrina del TS, partiendo de que la cosa ha sido hecha para su posterior venta, y que esa venta cubre una función transmisiva equivalente a la que se daría en ese caso de haber mediado un contrato de obra. Las anomalías de la cosa que puedan relacionarse con su fabricación, son imputables al fabricante vendedor; como si se tratase de un contrato de obra en el que el constructor hubiera incumplido, en cuanto al resultado final, su obligación.

A mi juicio, las sentencias del TS de 20 de junio de 1985 y 29 de junio de 1987 ofrecen una explicación satisfactoria para justificar la responsabilidad del promotor de acuerdo con el artículo 1591 del Código Civil, al considerar al promotor como garante de la buena construcción del inmueble frente a los adquirentes de las viviendas (CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», ADC, 1990, págs. 227 y sigts.).

Aunque de manera escueta, el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra (BOCG. Congreso de los Diputados, de 12 de abril de 1994) sanciona la doctrina del TS, al afirmar la responsabilidad decenal por ruina de una obra inmobiliaria de carácter permanente del contratista y del que en el ejercicio de una actividad empresarial la hubiese promovido (el promotor) frente al comitente y sucesivos adquirentes.

La responsabilidad será solidaria si no fuese posible individualizar la causa, pero no alcanzará a quienes prueban que la ruina se debió a un hecho que no les sea imputable. En las relaciones internas de los

responsables solidarios la obligación se distribuirá en la medida en que cada uno hubiera contribuido a causar la ruina, y, si esta distribución no fuere posible, en la medida en que sea objetivamente imputable a las respectivas intervenciones. (A. C. S.).

26. Sociedad civil: competencia de la jurisdicción ordinaria.— No cabe alegar que la profesión farmacéutica está sometida a la Ley de Colegios Profesionales para sostener que es competente la jurisdicción contencioso-administrativa para determinar si puede o no existir, y si existe de hecho, una sociedad entre los farmacéuticos litigantes y su grado de validez; en el caso actual no se impugna ningún acto administrativo, discutiéndose sólo la existencia o inexistencia de un contrato de sociedad, cuestión que compete al orden jurisdiccional civil.

Existencia del contrato verbal de sociedad: sociedad irregular.— Es cuestión de hecho en su conjunto la existencia o no del contrato, y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales, estando reservada a la instancia, debiendo mantenerse en casación salvo que se impugne por la vía adecuada, no habiendo superado el trámite de admisión los motivos que denunciaban error en la apreciación de la prueba; en las sentencias de instancia se razona la concurrencia del consentimiento, la del objeto (explotación en común de ambas farmacias) y causa (la mejora de las ventas para una de las partes y un mejor rendimiento de los bienes aportados por la otra), concurriendo además la *affectio societatis*, como voluntad de unión paralela y dirigida al mismo fin, que el propio recurrente reconoce existió en principio entre los litigantes, aunque, acorde con su tesis de que sólo hubo «conversaciones preliminares», mantenga que «se diluyó a lo largo de las negociaciones», cosa esta última negada por las sentencias de instancia, que mantienen la existencia de un contrato verbal de sociedad, por ello irregular, que se perfeccionó por el simple consentimiento, al ser consensual, y que si no surge a la vida civil con relación a terceros, surte sus efectos, como sociedad irregular o de hecho, entre las partes contratantes (ss. de 15 de octubre de 1940, 16 de abril de 1942, 12 y 28 de junio de 1950 y 3 de marzo de 1960), tesis plenamente aceptable, por conforme a la lógica y reglas de la sana crítica, que en modo alguno aparece impugnada en forma.

Prueba de la sociedad.— El juzgado sienta unos hechos y analiza la concurrencia de cuantos requisitos se requieren para la existencia de una sociedad civil, concretando en cada apartado sobre consentimiento, objeto, causa, *affectio societatis* y acuerdos adoptados, cuáles son los elementos probatorios que le sirven de base para obtener las conclusiones que sienta, y sólo al final, a modo de resumen de la valoración conjunta, y con cita expresa del art. 1214 C.c. afirma que el actor ha acreditado los hechos constitutivos de su pretensión y, concretamente, la existencia de la sociedad, para, después de ello, afirmar que, por el contrario, la parte demandada «no ha probado la no existencia del contrato», ni las condiciones concretas, ni que el local que ocupa lo sea simplemente a título precario, todo lo cual ha de entenderse como afirmación de que la parte actora ha probado los hechos constitutivos de su pretensión sin que la demandada haya probado ningún hecho obstativo, impeditivo o extintivo.

La regla del «onus probandi».— El art. 1214 C.c. no contiene norma valorativa de prueba, sino que regula el *onus probandi*, que sólo entra en juego cuando hay falta de prueba, pues cuando existe no importa quién la haya llevado a los autos, y no puede decirse que el Juez altera el principio de distribución de la carga de la prueba si realiza una apreciación de las aportadas por cada parte y valora luego en su conjunto el resultado, sin que pueda admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos, debiendo destacarse que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se debe adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos y la disponibilidad para probarlos.

Presunciones.— El que se declare la existencia de consentimiento tácito con base en pruebas directas, indirectas o, como ocurre aquí, de ambas clases, no quiere decir que se utilice la de presunciones; por otra parte, aunque así fuera, olvida el recurrente que en tal clase de pruebas no se exige que la deducción sea necesaria y unívoca —lo que diferencia la presunción de los *facta concludentia*—, pudiendo seguirse de los hechos base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del art. 1253 C.c. es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas opciones posibles, por serle función propia hacer el juicio de valor para negar o afirmar la existencia del nexo inexcusable entre lo acreditado y lo deducido, debiendo respetarse la conclusión a que llegó, salvo que se revele haber faltado a las reglas del criterio humano por lo ilógico, irrazonable o desorbitado de la operación deductiva realizada.

Relaciones «ad intra» en la sociedad irregular.— En la sociedad irregular los pactos vinculan a quienes los concertaron, con posibilidad de que entre sí puedan reclamar lo que de los mismos se derive, aunque sin afectar a terceros (art. 1699), que es a quien pretende defender el precepto, hasta el extremo de que en estas relaciones externas los acreedores pueden pedir el embargo y remate de los bienes que su deudor posea en el fondo social (ss. de 20 de mayo de 1982 para lo primero, y 22 de diciembre de 1926 y 24 de marzo de 1952, para la última afirmación); pero en el caso que nos ocupa la relación es *inter partes*, sin afectar para nada a terceros, por lo que, mientras esto no ocurra tales pactos tienen *ad intra* plena virtualidad y vigencia, pues el interés particular del socio ha de respetar el interés social y el fin común en las condiciones precisas en que se contrató, sin que uno solo pueda cambiarlas por acto de propia voluntad, de donde se sigue la nulidad de los actos de separación unilateral realizados por el recurrente. (STS de 9 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Don Miguel y Don Agustín constituyen una sociedad civil irregular, pero sólo verbalmente, a la que aportan sus respectivas oficinas de Farmacia, previo traslado de la del segundo a un local propiedad del primero; para igualar las respectivas aportaciones D. Agustín se obliga a abonar determinadas sumas periódicas D. Mi-

guel, conviniéndose que al disolverse la sociedad a petición de uno de los socios, el otro elegiría la oficina con que había de quedarse, sin perjuicio de las compensaciones pertinentes. Al realizar D. Agustín actos unilaterales de separación, se solicita por D. Miguel que se declare la continuación de la sociedad, con abono de las sumas debidas, rendición de cuentas e indemnizaciones. La demanda se estima íntegramente en ambas instancias, y el recurso es desestimado. En la s. se aclara el funcionamiento *ad intra* de la sociedad civil irregular (G.G.C.).

27. Préstamo con interés: reclamación de cantidad prestada e intereses: abono parcial de intereses: error en la apreciación de la prueba.— No puede estimarse porque los documentos en que se apoya son los mismos en que la sentencia recurrida se basó para estimar parcialmente la demanda, y según muy reiterada jurisprudencia, de accederse a ello se convertiría la casación en una tercera instancia.

Interpretación del recibo de un pago parcial.— El recibo es generalmente un documento probatorio por medio del cual el acreedor atestigua que el deudor ha cumplido la prestación, pero no representa la exteriorización de la voluntad del acreedor de que la prestación verificada sea el cumplimiento debido, y, por tanto, su otorgamiento no significa necesariamente que se des por liquidada la deuda; la palabra «amortización» no se consigna en sentido técnico sino vulgar de pago a cuenta.

Inaplicabilidad del art. 1110 C.c.— Este precepto presupone haber sido pagada «toda» la deuda, y no una pequeña parte de ella, por lo cual éste no pudo dejar sin efecto el pago de los intereses pactados.

Prescripción quinquenal de intereses: sólo se aplica a obligaciones en que sea periódico el pago de la deuda principal.— Esta Sala ha declarado reiteradamente (ss. de 14 de mayo de 1918, 20 de febrero de 1925 y 3 de junio de 1932) que la obligación de pagar intereses prescribe a los quince años (art. 1964 C.c.) y no a los cinco que señala el art. 1966-3.º, ya que este último precepto se refiere sólo a las obligaciones en que el pago de lo principal sea periódico, pero no al pago de los intereses de las sumas debidas, que es el caso *sub iudice*, toda vez que en el documento básico del préstamo no se señaló el pago periódico de la deuda principal, a la que se refirieron, sin duda, las entregas hechas.

Intereses moratorios: inaplicabilidad de la regla «in illiquidis non fit mora».— En el presente caso se reclama una deuda líquida y exigible y, por tanto, la sentencia recurrida concede intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, y aunque reduce la suma concedida por el Juez de 1.ª Instancia, no fue por no ser líquida la misma, sino por entender, erróneamente, que desde 1981 a 1986 hubo prescripción de parte de los intereses reclamados; de todo ello resulta que no puede decirse aquí que *in illiquidis non fit mora*, antes al contrario se aplica la doctrina sentada en s. de 19 de junio de 1990, según la cual para pedir y dar intereses es preciso que la cantidad reclamada sea exigible y líquida, supuesto ahora contemplado en que no ha habido

necesidad de determinar aquella suma en el proceso por resultar de manera inequívoca de los pactos válidos entre las partes.

Prohibición de la «reformatio in peius».— El pago de los intereses reclamados es debido según lo pactado, sin que la acción haya prescrito, por lo que lo reclamado en la demanda es una cantidad líquida y determinada, sin necesidad de ser fijada por valoración probatoria, y entonces la suma a pagar ha de computarse desde la fecha de la interpelación judicial y no desde la firmeza de la sentencia; consideración que llevaría consigo la estimación en parte del recurso de casación si no lo impidiese la prohibición de la *reformatio in peius* teniendo en cuenta que el actor no ha recurrido en casación por lo que ha de entenderse que se conformó con el fallo recaído en apelación.

Inaplicabilidad del art. 1173 C.c.— El motivo hace supuesto de la cuestión dado que el art. 1173 C.c. da por probado el pago del capital, hecho no aceptado por los juzgadores de instancia, los que consideran probado que la suma satisfecha sólo afectaba a parte de los intereses. (STS de 3 de febrero de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Parece claro que se trata de un caso en el que la interposición de los recursos sólo tiene por finalidad «ganar tiempo», demorando injustificadamente el pago de la deuda y jugando, además con la inflación que se va a favorecer al deudor moroso. Hasta cierto punto, ha logrado éste su propósito. Se reclamaba un capital de dos millones de pts. y 1.380.000 pts. en concepto de intereses netos, habiendo satisfecho el deudor por este último concepto sólo 300.000 pts. Mientras en primera instancia se estima íntegramente la demanda, en apelación se reduce la condena a 3.060.000 pts. por entender que habían prescrito los intereses del quinquenio 1981-1986. Sólo el demandado recurre en casación, invocando fundamentalmente los arts. 1100 y 1108 C.c. De la sentencia ha sido Ponente SANTOS BRIZ, y de su doctrina cabe destacar:

La prescripción quincenal de los intereses.— En primer término se duda si el plazo quincenal es aplicable a los intereses que produzca una deuda (ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2.^o, 6.^a ed. p. 494), si bien DÍEZ PICAZO —siguiendo a PUIG BRUTAU— entiende que los antecedentes históricos demuestran que la norma fue dictada como medida protectora frente a los intereses de los préstamos (*Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 2159), sosteniendo críticamente frente a la jurisprudencia del TS que lo decisivo será la periodicidad de la obligación de pago. Sobre aquélla véase ALBALADEJO, *Sentido de la jurisprudencia sobre prescripción quinquenal de intereses*, RCDI, 1966, p. 129 ss., continuando la misma línea interpretativa la s. aquí extractada.

La aplicación del brocardo «In illiquidis non fit mora».— Aunque sin influjo en el fallo por aplicación de la *reformatio in peius* el TS ha querido ratificar, aun sin citarla expresamente, la nueva interpretación que se propicia a partir de la s. de 5 de marzo de 1990 sobre el cono-

cido brocardo, que la doctrina recientemente había sometido a revisión (Véase últimamente en la Colección de Jurisprudencia práctica de Tecnos, LASARTE ÁLVAREZ, *Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses*, Madrid, 1995), y que debe valorarse positivamente. (G.G.C.).

28. Contrato de hospedaje. Desaparición de joyas. Reclamación de daños y perjuicios al depositario.— Efectivamente, ya se indicó que se tuvo por probada la segunda entrega de joyas efectuada el día 10 de septiembre de 1978 y que tanto el Juzgado como dicha Sala examinaron minuciosamente las pruebas practicadas y llegaron a la conclusión de que las joyas ciertamente se entregaron, como dedujeron de las declaraciones de personas directamente intervinientes en dicha entrega, como fueron dos empleadas de los demandados e incluso así se dedujo de la confesión judicial de los mismos. Por consiguiente, es admisible que partiendo de tales hechos haya de imputar la responsabilidad de las pérdidas de los objetos desaparecidos a los demandados, en cuanto así resulta conjugando tales hechos con la norma del artículo 1769, que establece una presunción «iuris tantum» de culpa del depositario en supuesto de quebranto o pérdida de lo depositado, y la misma presunción se sienta en el párrafo 3 del mismo artículo cuando haya desaparecido en casos como el debatido en que «la fuerza», es decir, analógicamente, la desaparición de las cosas depositadas, sean imputables al depositario, al no resultar prueba en contrario.

Casos fortuitos.— Los hoteleros responden de los casos fortuitos que impidan el cumplimiento de sus obligaciones, aunque no de los casos de fuerza mayor incluidos en los artículos 1783 y 1784 (STS de 27 de enero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El recurso de casación sustanciado deriva de un juicio seguido en el Juzgado de Estella por don Miguel Angel M.S. y su esposa contra los actuales recurrentes en súplica de condena de los demandados a pagar solidariamente a los demandantes la cantidad de 3.080.000 pesetas, en concepto de importe de las joyas y dinero que les fueron sustraídos de la caja fuerte de un Hotel Residencia con motivo de hallarse los actores allí hospedados en los meses de septiembre y octubre de 1978. La demanda fue sustancialmente estimada en ambas instancias reduciendo la suma concedida a la de 2.027.000 pesetas. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (A.C.S.).

29. Fianza solidaria y legitimación procesal pasiva.— Según doctrina del Tribunal Supremo el carácter solidario de la obligación excluye el litisconsorcio pasivo necesario: es suficiente dirigir la demanda contra uno o algunos de los obligados.

Capacidad procesal del quebrado.— El quebrado tiene capacidad para ser sujeto pasivo de una demanda, pero los síndicos habrán de suplir su incapacidad de obrar procesal. Por tanto, el art. 878.I del Código de comercio (en relación con el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no obliga a dirigir la demanda contra los síndicos. (STS de 7 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La sociedad demandada había acordado con la demandante el traspaso de unos locales de los que era arrendataria. Dos avalistas se obligaron solidariamente con la sociedad cedente a fin de responder de las cantidades que se puedan reclamar en un futuro a la cesionaria con motivo del traspaso. La propietaria de los locales no reconoció el traspaso e interpuso la correspondiente demanda. Esto provocó, a su vez, la demanda de la cesionaria dirigida frente a la sociedad cedente, que se hallaba en quiebra, y sus avalistas. (C.J.D.).

30. Daños por incendio en piso arrendado: yuxtaposición de responsabilidades: doctrina general.— Es doctrina comúnmente aceptada que la culpa contractual y la extracontractual responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora, comprendido en el concepto genérico que a la obligación de indemnizar asigna el art. 1106 C.c., por lo que el art. 1104, dictado para los casos de culpa contractual, es aplicable a la obligación nacida de culpa aquiliana; de ahí que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades de las que surgen acciones distintas, que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra, tendentes ambas al mismo fin; asimismo se entiende que cuando el actuar lesivo se produce en el cumplimiento material de un contrato, son de aplicación preferente los preceptos legales atinentes a la culpa contractual, aunque este principio tiene excepciones derivadas de la unidad de concepto de la culpa civil.

Principio dispositivo: prohibición de cambiar la acción ejercitada.— Como dice la s. de 30 de diciembre de 1980, las excepciones al principio sentado se acentúan cuando han de compaginarse con los principios dispositivos y el de congruencia de las sentencias, porque el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla.

Requisitos del art. 1902 C.c.: doctrina general.— La naturaleza y circunstancias de la acción y la realidad y cuantía del daño, son requisitos de índole fáctica cuya revisión en casación sólo puede hacerse por el cauce procesal del número 4.º del art. 1692 L.E.C., poniendo de manifiesto el error en la apreciación de la prueba sufrido por el Tribunal de instancia; por el contrario, la culpa o negligencia y el nexo o relación causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso, son cuestiones jurídicas que pueden acceder a la casación por la vía del número 5.º del precepto citado; declarado en la sentencia recurrida que en el presente caso no está acreditado que el fuego causante de los daños fuera atribuible a una acción u omisión del ocupante de la vivienda, sin que tal apreciación haya quedado desvirtuada en este recurso, falta el primero de los requisitos de la acción aquiliana no siendo suficiente que no exista duda acerca del fuego que se originó en la vivienda, al no estar acreditado que el mismo fuese debido a la conducta, activa u omisiva, del ocupante de la misma; requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, debiendo ser el actor quien prueba la realidad del hecho imputable al demandado, del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (STS de 14 de febrero de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Sigue esta s. de la que ha sido Ponente GONZÁLEZ-POVEDA, la doctrina de la acumulación o yuxtaposición de responsabilidades, que puede considerarse clásica o tradicional, aunque no deja de ser combatida por la doctrina más reciente. Puede verse el comentario de PANTALEÓN al art. 1902 C.c. en el vol. *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 1977 ss. en donde expone una matizada posición crítica. (G.G.C.).

31. Culpa extracontractual: lesiones muy graves producidas en petroquímica por escapes de vapor condensados: responsabilidad solidaria de la empresa de mantenimiento y de la petroquímica dueña de instalaciones.— Los obreros lesionados de la empresa de mantenimiento se encontraban trabajando en una refinería, en una unidad de vacío (circuito de salida de gasoil a los tanques), a fin de cambiar un disco de la posición cerrada a abierta, lo cual exigía necesariamente que con anterioridad se hubiera procedido a la desvaporización de todos los circuitos, trabajos controlados y supervisados por ambas empresas, así como que los trabajadores estuvieran provistos de ropas y equipos adecuados en razón al riesgo de su labor; como sucedió que hubieron de interrumpir las operaciones hasta que los empleados de la refinería les facilitaran el material preciso, se les mantuvo en el lugar donde trabajaban sujetos con cinturones y en tal situación se produjeron varios escapes de vapor de agua condensada con altísima temperatura, que originaron quemaduras y lesiones muy graves; todo lo cual determina la responsabilidad solidaria de la empresa de mantenimiento y de la petroquímica.

Responsabilidad de las personas jurídicas.— El art. 1902 C.c. es de aplicación a las personas jurídicas, aunque se valgan de personas físicas individualizadas para realizar por su cuenta, orden y beneficio, las acciones y omisiones de las que se derivan daños, sin asegurar adecuadamente los riesgos que puedan surgir (s. de 22 de junio de 1992).

Responsabilidad de la petroquímica: «culpa in vigilando».— Los empleados de la empresa petroquímica, no sólo estaban en el lugar de los hechos y contemplaban lo que acontecía, sino que, bajo la dirección de un técnico superior, comprobaban la realización correcta de las obras por los lesionados, adaptándose a las condiciones máximas de seguridad, sin perjuicio de suministrar los instrumentos necesarios para el buen resultado; la prueba demuestra que no concurrió por su parte la actividad agotadora de diligencia, pues ante la dificultosa e incómoda situación de espera en que se dejó a los operarios accidentados, desprovistos de los atuendos precisos para soportar y resistir escapes de vapor, debieron apartarles de los hechos, por lo cual su conducta se presenta como decisiva, influyente y causante del resultado dañoso.

Responsabilidad por riesgo: doctrina general.— El hecho de acontecer un accidente que ocasiona resultados lesivos, no genera por sí solo el nacimiento de responsabilidades a cargo de las personas que ordenan o se benefician del hacer humano ajeno, que se frustró en su resultancia positiva por la concurrencia de incidencias en su desarrollo normal; pero cuando los resulta-

dos derivan de conductas activas u omisivas culposas, e, incluso, conforme a la moderna orientación jurisprudencial que, sin abandonar el concepto de culpa, al no preverse en nuestro ordenamiento la objetivación absoluta, sí viene a admitir la responsabilidad por causas emanadas de riesgo, acreditado, preexistente y concurrente al tiempo de llevarse a cabo una actividad determinada, por sí exigente en línea cuasi-objetiva, lo que presupone una actividad voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones, agotar todos los medios y evitar dejar la posibilidad de concurrencia de cualquier circunstancia que transforme en daño efectivo, lo que consta como un peligro cierto; en este sentido ha de tener lugar la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondía a los recurrentes acreditar debida y satisfactoriamente, es decir, con plenitud, que obraron con la mayor y más atenta prudencia y diligencia, a fin de eludir el accidente; no basta para eximir de responsabilidades el cumplimiento de disposiciones reglamentarias o administrativas, pues revelan su ineficacia e insuficiencia en cuanto a las garantías que ofrecen; la lógica impone que tratándose de actividades peligrosas, con riesgo presente, ha de irse más allá de lo reglamentado en la procura de cuantos medios aporten seguridad eficaz, y no cabe blindarse para eludir la responsabilidad en normas cuya débil cobertura se pone de manifiesto cuando el riesgo se activa; la jurisprudencia es exigente en la prueba del riesgo determinante del resultado dañoso, el cual ha de ser creado voluntariamente representando peligro para terceros, faltando adecuado control del mismo, lo que obliga a asumir sus consecuencias negativas.

Causas productoras del accidente: concurrencia de varias causas.—

En el accidente concurrió como causa determinante decisiva la producción de escapes sucesivos de vapor con la que coadyuvaban otras, igualmente acreditadas, en debida conjunción influyente, todas ellas atribuibles a los demandados, no siendo necesaria la precisión exacta de la causa originaria en actividades industriales complejas cuando constan aportadas y probadas causas eficientes y decisivas suficientes, que por sus circunstancias determinaron el resultado dañoso que se produjo, pues, aun concurriendo con otras, actuaron preparando, condicionando o completando la causa última.

Solidaridad.— Esta Sala aplica la solidaridad entre los responsables cuando se da convergencia plural de personas imputables que, aunque sin cooperación previa consciente, causan conjuntamente daños sin poderse precisar la intervención delimitada y participación causal de cada uno de ellos, respondiendo así de la totalidad de las consecuencias negativas, configurándose como solidaridad impropia de matiz social, para salvaguardar los derechos de los que resulten perjudicados por el hacer irregular o el no hacer dañoso de otros; es jurisprudencia firme que ningún codemandado puede instar la condena parcial o plena de los demás codemandados, pues se causaría indefensión al no haber comparecido en el recurso. (STS de 10 de marzo de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Para mejor comprender la doctrina de esta s. hay que advertir que sólo uno de los codemandados recurre en casación; se trata de la empresa petroquímica en cuyas instalaciones ocurre el siniestro. Las sentencias de instancia coinciden en estimar plenamente la demanda interpuesta por los obreros lesionados, tanto contra su propia

empresa dedicada al mantenimiento de las instalaciones, como contra la petroquímica a cuyo servicio trabaja esta última. Los motivos del recurso tratan de exonerar a la petroquímica alegando que la responsabilidad es exclusiva de la empresa de mantenimiento. La prueba muestra incontestablemente que las culpas son compartidas. Dejar *in situ* a los obreros en el mismo lugar de la reparación, sin protección adecuada, constituye una grave negligencia suficiente para aplicar lisa y llanamente el art. 1902 C.c. El estímulo para traer a colación la responsabilidad por riesgo y la inversión de la carga de la prueba es muy grande, y se nos recuerda la conocida doctrina, probablemente innecesaria. Adecuada la invocación de la doctrina sobre pluralidad de causas, y oportuna la referencia a la solidaridad, que se califica de «impropia» y se apostilla de «matiz social». (G.G.C.).

32. Contrato de estudios en el extranjero: vinculación de la oferta publicitaria: seguro de accidentes.— La entidad recurrida y la persona fallecida estuvieron relacionadas por un contrato de estudios en Irlanda durante la temporada de verano, en el que la primera quedó obligada a prestar la cobertura del seguro individual por alumno, que ofreció en su publicidad, y que de esta manera vino a integrarse en el negocio obligacional concertado, pues conforme al art. 6.º del Estatuto de la Publicidad de 1964, vigente al tiempo de los hechos, la misma había de acomodarse a los principios de lealtad, veracidad, autenticidad y libre competencia, con la vinculación para el anunciante que dimana de su art. 8.º, según s. de 16 de febrero de 1993.

Incumplimiento de la obligación del seguro individual de accidentes.— Lo ocurrido fue que la entidad demandada no guardó fidelidad al contrato, pues no concertó ni tenía concertado seguro cobertor alguno al ocurrir la muerte de la estudiante, el que —según la publicidad— debía amparar «todo tipo de accidentes» y con mayor razón cuando se trata de muerte por atropello de vehículo de motor, por presentarse como uno de los riesgos que con mayor frecuencia tratan de cubrir los usuarios en sus viajes al extranjero, quedando así el contrato de estudios vacío en el aspecto de la concurrencia del necesario seguro, que se integraba en el precio pactado y que fue satisfecho.

Insuficiencia del seguro escolar.— La obligación de la entidad contratante de los estudios en el extranjero no estaba sustituida por el seguro escolar que ostentaba la víctima en razón de sus estudios en una Facultad española, ya que éste no fue convenido por aquella, y tampoco cubría las prestaciones a las que se comprometió la recurrente, habiendo además negado la cobertura del accidente.

Indemnización de daño moral por muerte: inaplicabilidad límites cuantitativos del seguro obligatorio de accidentes.— La entidad demandada incidió en incumplimiento contractual, y conforme a los arts. 1101 y 1106 C.c. incurrió en la obligación reparadora al generarse una deuda por los daños y perjuicios que ocasionó con su conducta; pero el Tribunal de Apelación no lo comprendió debidamente pues se desentendió del negocio obligacional al momento de fijar cuantitativamente la deuda por daño moral, teniendo en cuenta el tope cuantitativo de 750.000 pts. establecido en el R.D. de 4 de julio

de 1980 como si se tratara de un evento efectivamente cubierto por el seguro obligatorio, ocurrido en territorio español y producido por vehículo amparado por dicha cobertura de necesidad oficializada, lo que no ocurre en este caso; por ello queda abierta la vía general para que la madre de la víctima reclame el daño moral por muerte de su hija.

Cuantía del daño moral.— El Tribunal sentenciador no ponderó dato alguno para la precisión de los daños morales reclamados, que no precisan de puntual prueba ya que se trata de daño notorio y no necesita exigente demostración dado que el dolor de la madre es la mejor prueba y su reparación, en su dimensión íntima personal, nunca tendrá compensación suficiente; la doctrina de esta Sala se define como respetuosa en la fijación del *quantum* indemnizatorio que llevan a cabo los Tribunales, pero cuando, como en este caso, se manifiesta un claro estado de incumplimiento contractual que el Tribunal de instancia no atendió y llevó a cabo una incorrecta aplicación de las bases que asientan y fijan la cantidad indemnizatoria correspondiente, pues las únicas que tuvo en cuenta no eran aplicables al caso, resulta así que la sentencia ha de ser saneada declarando su anulación casacional. (STS de 15 de febrero de 1994; ha lugar).

NOTA.— La doctrina de esta s. de la que ha sido Ponente VILLAGÓMEZ RODIL, es plenamente de aprobar; aunque los hechos ocurrieron en 1982, se aplica la regla contenida en el art. 8.º.1 de la LGDCU de 1984, sin necesidad de mencionarla porque había sido anticipada por la doctrina jurisprudencial. De modo inexplicable en apelación sólo se otorga la suma de 416.619 pts. como indemnización del daño moral, mientras que en primera instancia conceden los cuatro millones solicitados, que es la suma finalmente estimada. La sentencia del TS se dicta doce años después de ocurrido el fallecimiento... ¿puede decirse que cumple adecuadamente la finalidad reparadora del daño moral causado por el fallecimiento accidental de la hija en Dublín durante un curso de verano? (G.G.C.)

33. Responsabilidad civil por abono de cheques falsificados: sentencia penal condenatoria contra autor de la falsificación: ejercicio infructuoso de la acción civil: posibilidad de ejercitar otras acciones contra causantes culposos del perjuicio patrimonial.— La sentencia dictada en el proceso penal no pertenece a las que, según la doctrina de esta Sala, pueden vincular a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria civil, en cuanto no sólo no ha declarado la inexistencia del hecho delictivo enjuiciado, sino que además en una sentencia condenatoria; aún cuando es hecho probado que el acusador privado, aquí recurrido, ejercitó conjuntamente con la penal la acción civil contra el procesado, causante de la falsificación, y éste fue condenado, hay que tener en cuenta que la indemnización concedida no ha sido abonada pues el único bien que le ha sido reconocido es un piso que se encuentra hipotecado; nada hay que impida, en casos como el presente, que el beneficiado de una indemnización por la realización de un hecho punible, caso de no poder percibirla, pueda ejercitar acciones civiles contra quienes, con su civilmente negligente conducta, fueron causa del perjuicio económico experimentado por la víctima del delito, máxime si las entidades bancarias aquí demandadas no aparecieron bajo ningún concepto en el proceso penal, y contra ellas no hubo pronunciamiento de responsabilidad civil subsidiaria; nos hallamos aquí ante una manera de acción de repetición contra quién contribuyó con su culpa civil a un resultado económicamente lesivo para el actor–recurrido.

Duplicidad de indemnizaciones: cuestión nueva.— La posibilidad de que el actor perciba una doble indemnización, por parte del ya condenado como autor de la falsificación de los cheques y de las entidades bancarias que los abonaron, es una cuestión nueva, lo que impide adentrarse en su estudio por cuanto que conduciría a una evidente indefensión del recurrido; por otra parte, si en algún momento esta posibilidad surgiera, podrán las entidades bancarias ejercitar las acciones pertinentes.

Responsabilidad civil de la entidad bancaria librada por abono de cheques falsos.— Partiendo de la existencia de una conducta penalmente sancionada de falsificación de cheques y de que los mismos fueron abonados con cargo a las cuentas corrientes que en cada una de las entidades bancarias demandadas tenía el actor—recurrido, es indudable que la declaración de negligencia de estas últimas no es ni ilógica ni equivocada, añadiéndose que en dichas acciones delictivas ninguna intervención tuvo el actor, que se vió sorprendido por las mismas; constituye una muy constante doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad económica que puede surgir del abono de talones y cheques falsificados, proyectándola sobre los Bancos que les hubieren satisfecho, actuando negligentemente, o por error, y aún cuando hubiere sido de buena fe, responsabilidad que se mantiene incluso en los supuestos de falsificación de dichos libramientos de pago, apareciendo actualmente recogida en el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985, *legalidad inaplicable al caso de autos en razón de la fecha; según aquella doctrina, el librado había de guardar la debida diligencia a fin de evitar perjuicios al librador abonando talones a terceros en perjuicio del mismo, responsabilidad que se extiende al abono de cheques falsos; en el presente caso se declara por la Sala al referirse al mecanismo de la presentación al cobro de los cheques en cuestión así como al no muy diligente procedimiento de comunicar al actor los estados mensuales de cuentas; tal responsabilidad se excluye únicamente en el caso de culpa acreditada de la víctima, que aquí no ha acontecido. (STS de 1 de marzo de 1994; no ha lugar).*

NOTA.— Sentencia de cierta trascendencia, no tanto por su cuantía (poco más de 17 millones de pts. en total) cuanto por estar implicadas media docena de entidades bancarias de las cuales tres pertenecen al grupo de «los grandes». Precisamente la comunidad de intereses entre ellas se traduce en el hecho significativo de comparecer todas ellas a través del mismo Procurador y bajo la dirección del mismo Letrado. La acumulación de acciones consentida por todos permite desestimar una cuestión preliminar sobre el límite mínimo para acceder a la casación (alguna reclamación aislada apenas excede de 200.000 pts.).

El supuesto del hecho posee caracteres que permiten calificarlo de clásico: *Empleado infiel que falsifica talones de su principal, que hace efectivos de diversas entidades bancarias; sentencia penal condenatoria con declaración de responsabilidad civiles que no pueden hacerse valer por insolvencia práctica; no intervención de las entidades bancarias en el proceso penal; acción del perjudicado contra estas últimas invocando la responsabilidad extracontractual.*

No se trata de hacer valer la responsabilidad civil derivada de delito ya que los Bancos no han sido condenados, sino que la condena

por falsificación de talones entra en el supuesto de hecho del 1.902 Cc. Hay pago o abono de cheques falsificados (hecho irrefutable) y las entidades bancarias se han mostrado poco diligentes en su abono. El posible percibo de indemnizaciones por partida doble (a cargo del empleado infiel y de los Bancos) no se toma en consideración por no haberse alegado oportunamente en el pleito; pero de darse procederá la acción de enriquecimiento. La solvencia de las entidades bancarias condenadas en el proceso civil hará que el autor de la falsificación no se vea judicialmente demandado si viniere a mejor fortuna. (G.G.C.)

4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL.

34. Las comunidades de propietarios no son personas jurídicas lo que no obsta a su legitimación procesal en el régimen de propiedad horizontal.— «... si bien es cierto que en dicha declaración de la Sala “a quo” se desliza el error de atribuir la cualidad de “persona jurídica” a la Comunidad demandada, puesto que según una muy constante doctrina de esta Sala dichas Comunidades no la tienen, ello no altera el rechazo de estas motivaciones, dado que cual tiene declarado reiteradamente este Tribunal, las Comunidades de Propietarios en el régimen de P.H. tienen entidad legitimatoria tanto para demandar como para ser demandadas a través de su Presidente e incluso de algunos miembros, según los casos, sin olvidar que como señaló la Sentencia de 18 de mayo de 1993, es de tener en cuenta en estos casos lo dispuesto en el art. 7.3 LOPJ en orden al desarrollo normativo de los principios de tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión». (STS de 18 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El recurso de casación que el Tribunal Supremo de-
sestimaré arranca de una demanda de juicio declarativo de menor
cuantía sobre reclamación de cantidad que una empresa constructora
formula contra una comunidad de propietarios. El Juzgado estimó ín-
tegramente la demanda interpuesta. La Audiencia confirmó en todos
sus extremos la sentencia de instancia. (R.G.S.)

35. Relatividad de los contratos. Legitimación de la comunidad de propietarios para actuar en defensa del interés colectivo (art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Representación en juicio de los comuneros conforme a la Ley de Propiedad Horizontal.— «... siendo cierta la teoría de la relatividad de los contratos, de tal modo que sólo a las partes y sus herederos les afectan, también lo es que cualquiera de los compradores de pisos que instara la acción estaría legitimado y encontraría el escollo de que debería contar con el consentimiento de la comunidad para alterar un elemento común como es el tejado. Cuando como en este caso todos acuerdan ajercitar acción contra la constructora, no cabe duda que constituyen no una persona jurídica, puesto que carece de personalidad la comunidad de propietarios, pero sí un grupo de intereses que es merecedor de tutela judicial efectiva con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual los juzgados y tribunales protegerán derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, añadiendo que para la defensa de estos últimos están

legitimados entre otros los grupos que resulten afectados. Ninguna duda cabe de la afección de los comuneros en el cumplimiento de lo pactado respecto a la cubierta del edificio, elemento comun. Además es reiterada la jurisprudencia que conforme a la Ley de Propiedad Horizontal reconoce la representación en juicio de los comuneros tanto para defensa de intereses de la comunidad como de los correspondientes a elementos privativos, admitiendo la legitimación por sustitución incluso para corregir defectos en éstos».

Consecuencias del cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales.— «... cuando se cumple defectuosamente cabe pedir o reparar lo mal hecho (...«actio ex stipulatu»), o, indemnizar de los perjuicios causados (artículo 1.101), que es lo correctamente decidido por la Audiencia...» (STS de 16 de marzo de 1994; ha lugar en parte)

HECHOS.— Son hechos probados de los que se parte para la resolución del recurso que en el edificio vendido en régimen de propiedad horizontal se sustituyó la cubierta inicialmente proyectada por otra más barata, lo que supuso la depreciación y desmerecimiento del edificio. Así, y contra lo que determinó la sentencia del Juzgado, la Audiencia condenó a la inmobiliaria a indemnizar a la comunidad. Recurre al Supremo la inmobiliaria, estimando el alto Tribunal el recurso sólo en el extremo relativo a la condena al pago de intereses. (R.G.S.)

36. La existencia de comunidad de propietarios condiciona la aplicación del régimen regulado por la Ley de Propiedad Horizontal de 1960.— «Es en verdad interesante el problema relativo a la existencia o inexistencia en este caso de una Comunidad de propietarios y, consiguientemente, a la aplicación o no del régimen regulado por la ley de P.H. de 1960.

La razón de este interés radica, en que además de ser posiblemente esta la primera vez que llega al Tribunal Supremo un problema de este tipo, lo que no deja de resultar extraño habida cuenta que son ya 34 los años que han transcurrido desde la promulgación de dicha Ley, produce también cierta extrañeza la existencia de una Comunidad de P.H. de sólo cuatro propietarios, bien que ello se encuentre normativamente previsto; y a tales efectos conviene dejar sentado: a) que el inmueble en cuestión consta de una planta baja y otras tres, perfectamente delimitadas y cada una de ellas con salida a un elemento común, lo que la sitúa en el marco del art. 396 Cc.; b) que esta ley previene tal posibilidad, bien que sea de modo indirecto, a través de lo dispuesto en orden a la administración, en el art. 12 párrafo último, al establecer que en tales supuestos, «...podrán acogerse, si expresamente así lo conviene en los estatutos, al régimen de administración del art. 398 del Cc.»; c) no hay constancia de que existan estatutos ni título constitutivo».

Aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a una situación de propiedad acogida al art. 396 del Código civil sin que los propietarios otorgasen estatutos.— «...es de tener en cuenta que, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley de P.H. se concedió un plazo de dos años a contar desde la publicación de la misma en el BOE para que las Comunidades de propietarios existentes adaptaran sus estatutos a lo en ella dispuesto, partien-

do de lo cual, en el presente supuesto la situación puede esquematizarse así: una propiedad horizontal acogida al art. 396 según su redacción por la Ley de 1939, que aceptada o asumida por sus cuatro propietarios no se otorgaron estatutos; 2) mantenimiento de tal situación después de la entrada en vigor de la Ley de 1960; 3) al no cumplir lo relativo a la adecuación de estatutos al nuevo régimen, por carecer originariamente de ellos y no elaborarlos *ex novo*, es evidente que de conformidad con lo dispuesto en el art. 396-IV Cc., dicha Comunidad de propietarios se rige exclusivamente por lo dispuesto en la vigente ley de P.H., siendo de aplicación a la misma sus disposiciones en toda su amplitud y respecto de todos sus problemas, habida cuenta que al promulgarse la misma no se hizo uso, cual queda indicado, de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la misma. 4) Indudable resulta por tanto, la aplicación de lo dispuesto en el art. 11 relativo precisamente a la obra motivadora del presente recurso».

Constituye abuso de derecho la realización de obras sin consentimiento de los restantes copropietarios o comuneros.— «... el único abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo radica en la conducta de un copropietario que sin contar con el beneplácito de los restantes realiza obras de la entidad de las aquí discutidas; sin olvidar, que aún cuando como parece apuntarse por sus alegaciones no existiere régimen de P.H., si existiría el de Comunidad romana, a la cual y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 392 y ss. -excepto en dicho caso el 396- para unas obras de esta entidad se requeriría el consentimiento de los restantes comuneros en cuanto afecta a los derechos de ellos (art 397 Cc. y Sentencia 8 de octubre de 1982)». (STS de 15 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de propietarios se dirige al Juzgado solicitando se condene a los demandados a reponer las obras indebidamente hechas en el inmueble al estado inmediatamente anterior a su realización. El Juzgado estima parcialmente la solicitud. Apelada la sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial la revoca parcialmente en el capítulo relativo a las costas. Nuevamente recurren los demandados y el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación. (R.G.S.)

37. Cómputo del plazo de nueve días para el ejercicio del derecho de retracto legal.— «... tesis que no tiene en cuenta la constante doctrina Jurisprudencial (Ss. de 12 de mayo de 1956, 29 de noviembre de 1958, 5 de mayo de 1972, 12 de diciembre de 1986, 30 de enero de 1989 y 30 de octubre de 1990, y las en ellas citadas) que previniendo la mala fe y la anomalía de que quién tuvo conocimiento de la venta, antes de la inscripción, sin ejercitar su derecho, pueda ver revalidada su acción por la posterior constancia de aquella en el Registro de la Propiedad, ha declarado que el cómputo a partir de la inscripción registral, sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación data de anterior fecha; conocimiento, dicen las sentencias de 8 de julio de 1941 y 21 de diciembre de 1898, cuya apreciación de existencia es una cuestión de hecho que el juzgador ha de discernir del análisis de las pruebas alegadas...». (STS de 11 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Ejercita el actor en la instancia y recurrente en la casación un derecho de retracto legal de colindantes declarando el Juzgado no haber lugar. La Audiencia confirma la sentencia apelada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (R.G.S.)

38. Documentos idóneos para evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba.— «... ha de tenerse en cuenta que los documentos invocados son los que aportó la recurrente con su demanda como soporte documental de la acción ejercitada y los mismos carecen de idoneidad para servir de apoyo a un motivo por error de hecho, no solo porque ya han sido interpretados, valorados y tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, sino porque es doctrina reiterada de esta Sala, la de que los documentos básicos del pleito, en cuya exacta valoración e interpretación descansa la resolución que haya de corresponder a la cuestión debatida, no pueden ser invocados como evidenciadores de un supuesto error de hecho probatorio (entre otras, sentencias de 25 de febrero y 5 de marzo de 1987, 2 de marzo y 11 de mayo de 1989 y 20 de noviembre de 1991)».

Presunción «iuris tantum» de legitimación registral.— «Tiene declarado esta Sala que la presunción *iuris tantum* de legitimación cede ante su discordancia con actitudes extrarregistrales existentes (sentencias de 7 de mayo de 1975 y 26 de abril de 1976) como lo es el supuesto de la usucapion extraordinaria operada en favor de los actores (sentencia de 5 de diciembre de 1977)».

Límites de la fe pública registral e inmatriculación de fincas practicada con arreglo a los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria.— «... la sentencia de 21 de enero de 1992 dice que “técnicamente los inmatriculados no quedan protegidos ni antes ni después de los dos años” para hacer inviable la acción declarativa dominical propugnada por la actora y promovida con posterioridad a los dos años al asiento de presentación, “pues así cabe establecerlo de acuerdo con la doctrina científica y por la interpretación sistemática del Ordenamiento jurídico, y ello por la potísima razón de que la fe pública registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria) para poder operar es preciso adquirir de forma onerosa de titular inscrito con facultades para transmitir el dominio o derecho real de que se trate y es de lógica incuestionable que no puede pretenderse mejor condición para los títulos intabulados con el procedimiento excepcional del art. 205 de la Ley Hipotecaria que los que lo fueron por los procedimientos ordinarios, pues como dice esa doctrina científica el art. 207 es un resorte cautelar que emplea la Ley por la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional y prueba de ello es que el lapso carencial establecido en el precepto solo atañe a los resultados en los arts. 205 y 206 del mismo texto sustantivo hipotecario y como quiera que los inmatriculantes no pueden verse protegidos por el principio de la fe pública registral contra la actora y de ahí que la confrontación de los títulos esgrimidos por los contendientes tenga que dirimirse por normas de puro Derecho Civil». (STS de 14 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Formula demanda el Abogado del Estado en representación del Gobierno Civil de Palencia ejercitando acción declarativa del dominio de determinadas fincas urbanas frente a la Excma.

Diputación. Se desestima la demanda en ambas instancias interponiendo la Abogacía del Estado recurso de casación. En éste —que será rechazado— se mantiene la tesis de que el Gobierno Civil ha adquirido el dominio de las mencionadas fincas por usucapión extraordinaria. (R.G.S.)

39. Anotación preventiva de embargo. Preferencia para el cobro.— «El art. 44 de la Ley Hipotecaria dispone que el acreedor que obtenga a su favor anotación, en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del art. 42 del mismo texto legal, tendrá, para el cobro de su crédito, la preferencia establecida en el art. 1.923 del Código civil, que establece que gozan de preferencia los créditos anotados preventivamente en el Registro de la propiedad en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a los créditos posteriores; de ahí que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y así tiene declarado reiteradamente esta Sala que “la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto de otras anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor, otro crédito contraído con posterioridad a la anotación” (sentencia de 14 de junio de 1988 y las en ellas citadas, pronunciándose en igual sentido las de 7 de abril de 1989 y 12 de febrero de 1992)». (STS de 26 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— En el pleito del que trae causa el recurso de casación se discutía el mejor derecho de dos sociedades acreedoras sobre bienes embargados a su deudor a consecuencia de sendos ejecutivos. El Juzgado estimó la tercería de mejor derecho formulada por ABERENA, Sociedad Cooperativa Limitada contra Viajes VINCIT, S.A. Apela la agencia de viajes confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. Interpone Viajes VINCIT recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

5. DERECHO DE FAMILIA

40. Relaciones con ascendientes: padre viudo que reitera matrimonio: derecho de los abuelos maternos a relacionarse con la nieta: competencia de la jurisdicción ordinaria.— Todas las cuestiones de derecho de familia pertenecen al orden jurisdiccional civil, correspondiendo a este orden conocer de ellas, de modo que cuando en el uso de tales facultades jurisdiccionales se dicta la sentencia en que se regula el derecho de los abuelos a relacionarse con la nieta, no hay violación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vicios procesales: resolución en forma de sentencia en vez de auto.— Según el recurrente la sentencia ha resuelto sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con la nieta por medio de sentencia en lugar de auto, que sería lo procedente puesto que las partes transigieron y pactaron el régimen de visitas y relación y desistieron de la acción con la aquiescencia del Ministerio Fiscal, por lo que no se debió dictar sentencia; pero el razonamiento carece en absoluto de virtualidad a efectos de casación porque el juicio de menor cuantía termina por sentencia en los supuestos normales no afectados por una crisis procesal, y porque el hecho de que el Juez tenga en cuenta para decidir el acuerdo de las partes es solución razonable que asume el órgano judicial como propia y la reviste de la autoridad de la sentencia.

Valor informativo del acuerdo del padre con los abuelos maternos respecto a la relación abuelos-nietos: analogía con el acuerdo regulador de los procesos matrimoniales: modificación en beneficio del menor.— Es evidente que los abuelos tienen derecho a relacionarse con la nieta, de cuya relación sólo por justa causa se les puede privar, siempre que sea de suficiente entidad, más allá de las rencillas entre parientes; no puede producir la casación que dentro del menor cuantía se haya admitido como fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación familiar abuelos-nietos, el acuerdo de aquéllos con el padre, al modo del convenio regulador de los procesos matrimoniales; en el presente caso se ha adoptado una decisión razonada y razonable de la Audiencia, amparada en el art. 160 Cc. (STS de 7 de abril de 1994; no ha lugar).

NOTA.— Supuesto singular que parece haber suscitado no poca perplejidad en la Sala, que alude gráficamente a «la lucha procesal del recurrente contra una decisión razonada y razonable de la Audiencia». Por un lado, no abundan los litigios sobre el art. 160 párr. 2.º (¿quiénes son los «allegados»?), por lo cual hay una verdadera laguna en la regulación; por otro, bien puede calificarse de conducta contra sus propios actos, la del padre de la menor que inicialmente llega a un acuerdo con los abuelos maternos, pactando un determinado régimen de visitas, y luego trata por todos los medios de impugnar la decisión dictada con base en aquél. No parece que un acto procesal deba declararse nulo por exceso de formalidades. Por último, la invocación de la analogía con el convenio regulador —otro ejemplo más de privatización de las relaciones jurídico-familiares—, suscita no pocas interrogantes (Con qué personalidad actúa el padre en dicho pacto ¿en nombre propio o en el de su hija?; dada la colisión de intereses entre el padre y los abuelos ¿no hubiera procedido designar un defensor judicial?). Incertidumbres procesales sobre si tal acuerdo representa una transacción judicial —que la sentencia rechaza—, dado que no se reproduce ni su contenido, ni sus circunstancias. Solución que, en el caso, parece justa, o, al menos, razonable, aunque la materia no deja de ser problemática inscribiéndose en el poco estudiado régimen jurídico de la binubía. (G.G.C.).

41. Investigación de la paternidad: el sometimiento a pruebas biológicas no lesiona el derecho a la integridad ni el derecho a la intimidad.— Con independencia del desacierto que supone vincular el estado de embarazo

a una situación de convivencia, es totalmente inexacta la afirmación de que el Tribunal «a quo» se apoyó únicamente en el mero indicio de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, ya que, como se desprende del fundamento tercero de la sentencia recurrida, tuvo en cuenta otros datos complementarios: «la declaración testifical y la propia confesión judicial del demandado reconociendo sus relaciones íntimas con la actora y su permanencia en la localidad en donde ambos residían en los años 1981 y 1982, año éste último en el que en el mes de diciembre se produjo el nacimiento del menor», es decir, que el Tribunal «a quo» contempló y valoró el conjunto probatorio, y de aquí, la imposibilidad de que hubiera vulnerado el artículo 1.214 del Código Civil, por inaplicación, toda vez que, de acuerdo con constante jurisprudencia, dicho precepto no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado como infringido en casación cuando se acuse al Juez de haber alterado indebidamente el «onus probandi», corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos de su derecho, y al demandado los extintivos, pero no se altera el principio de distribución de la carga de la prueba si se realiza una apreciación de la aportada por cada parte y se valora luego en conjunto su resultado.

Reiteradas Sentencias del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto que: «El derecho a la *integridad física* no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el curso de un proceso, sin que, tampoco, se vulnere el *derecho a la intimidad* cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación, en donde se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las partes implicadas.»

En los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad.— «en cuanto que en ellas están en juego los derechos de alimentos y sucesión de los hijos, que son objeto de especial protección por el artículo 39.2 de nuestra Constitución, ..., y sin que los *derechos a la intimidad* y a la *integridad física* puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.» (STS de 1 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Presentada demanda en Juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de filiación, acudiendo como parte el Ministerio Fiscal, la demandante suplica se declare la filiación no matrimonial del menor como hijo del demandado, la paternidad del demandado con respeto al menor, la privación de la patria potestad y demás funciones tuitivas del demandado en el caso de que se oponga a la reclamación, entrega de una determinada cantidad de dinero en concepto de alimentos provisionales, y que se realicen las modificaciones pertinentes en el Registro Civil. Contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestima la demanda se interpone recurso de apelación que revoca la anterior, estimando parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de casación se funda, por un lado, en una posible no aplicación del derecho de tutela judicial del art. 24.1 de la Consti-

tución en relación con el art. 1.214 del Código Civil, y por otro lado, en una posible aplicación errónea del art. 135 del Código Civil. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A.H.O.)

42. La posesión de estado: situación fáctica de singular relevancia en materia de filiación. Estimación por los Tribunales de instancia.— La posesión de estado, consistente en el «concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia» (Sentencia de 20 de mayo de 1991) adquiere una singular relevancia tras la reforma de 13 de mayo de 1981. Además, los hechos en los que basa la Audiencia son inequívocos y configuran una prolongada situación en el que el comportamiento de Don A.L. es sumamente significativo tanto en lo afectivo como en lo material (tractatus) y se produjo en forma notoriamente exteriorizada que excedió el ámbito estrictamente familiar (fama), que sólo se explica como una constante manifestación de su paternidad; siendo así, deviene innecesario cualquier pronunciamiento sobre si también se produjo un reconocimiento tácito de la filiación, que podría igualmente inferirse de los hechos probados.

Reciente Jurisprudencia, también posterior a la anteriormente citada reforma, establece que la estimación de la existencia de la posesión de estado corresponde a los Tribunales de instancia (Sentencias de 29 de mayo de 1984, 5 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1988, 20 de diciembre de 1991 y 14 de noviembre de 1992). (STS de 2 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La demandante, actuando en su nombre y en el de sus hijas solicita la declaración de filiación no matrimonial de éstas, así como de las consecuencias que de dicha declaración pudieran derivarse, tales como el derecho a utilizar el apellido del progenitor, inscripción como tales en el Registro Civil, derechos hereditarios y todos los demás posibles derechos inherentes, resultando demandados los herederos del fallecido. El Juzgado de 1.^a Instancia estima la demanda. El recurso de apelación contra dicha sentencia es desestimado. Los motivos en los que se funda el recurso de casación son: a) un posible error en la apreciación de la prueba y b) una posible aplicación indebida del art. 135 del Código Civil, en relación con el art. 131 del mismo, así como de la constante Jurisprudencia que lo interpreta. (A.H.O.)

43. Embargo de bienes gananciales por deuda privativa de uno de los cónyuges. Tercería de dominio. La mujer carece de la cualidad de tercero.— En la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda ejecutada, excluyéndose de la vía de apremio; lo que supone, como exigencia ineludible, contemplar si el accionante tiene la condición de tercero y de dueño de los bienes. En materia de bienes conyugales, tiene también dicho la Sala que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuirle a la mujer, viviendo el marido y no habiénd-

dose disuelto y liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso de la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

Procedimiento del artículo 1.373 del Código Civil.— El procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1.373.1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado. La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción, y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor, o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesario acudir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1.373; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se podría hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad; identificación y atribución de propiedad, que sólo se produce con la liquidación, a semejanza de lo que dispone el artículo 1.068, según la remisión del artículo 1.410, todos del Código Civil.

Ejercicio extemporáneo del derecho de opción ex artículo 1.373 del Código Civil.— Cuando el ejercicio del derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir fuera del plazo concedido, o del transcurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 1.373 «si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales

propios, o al tiempo de la liquidación», con lo cual no impide la continuación de la ejecución sobre el bien ganancial embargado. (STS de 29 de abril de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— La cuestión litigiosa tiene su origen en la suscripción, por el marido de la recurrente don Antonio S.P. de un aval afianzando, frente a la Caja de Ahorros Provincial de Albacete, una deuda contraída por sus hermanos don Ricardo y don José María. Para el cobro de tal deuda, la entidad acreedora formuló demanda de juicio ejecutivo, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete, en el que se acordó la práctica del embargo correspondiente sobre dos viviendas y un local comercial, adquiridos a nombre del marido, pero pertenecientes a la sociedad de gananciales del matrimonio de la recurrente. Notificada a esta última la citación de remate y el embargo de los bienes con fecha 15 de junio de 1988, doña Elia N.S. compareció ante el Juzgado dos días después, alegando la opción que autoriza el artículo 1.373 del Código Civil, pidiendo la sustitución de la traba de los bienes comunes, por la parte de los mismos que ostentase el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. El Juzgado aplicando el contenido de tal disposición, acordó la disolución de la sociedad legal de gananciales, ordenándole a la compareciente que debía proceder a su liquidación, y que, en garantía cautelar del crédito del acreedor, se procediese a la anotación del embargo trabado en el Registro de la Propiedad.

No consta que se haya procedido a practicar la ordenada liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, utilizando alguna de las formas legalmente autorizadas. Sí en cambio se abandona esta vía procesal, y dos años después se interpone la demanda de tercera de dominio con fecha 26 de febrero de 1990 contra Caja de Ahorros Provincial de Albacete, don Ricardo, don Antonio y don José María S.P.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. En grado de apelación, la Audiencia revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación, formulando un Magistrado un voto particular.

NOTA.— Hay un voto particular del Excmo. Sr. Magistrado don Antonio Gullón, en el que señala que la sentencia entra a conocer de los motivos de casación, cuando la misma demanda de tercera se debería haber inadmitido a trámite; no se hizo y, lógicamente, hay que rechazar el recurso de casación contra su desestimación.

Se trata de una sentencia importante para comprender el alcance de una problemática jurídica tan compleja como es la que plantea el embargo de los bienes gananciales, y en definitiva, para el adecuado entendimiento del artículo 1.373 del Código Civil, que suscita numerosas cuestiones tanto en el orden sustantivo como en el procesal, como pone de relieve la sentencia que se anota.

Para comprender esta problemática son fundamentales las monografías de RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, y BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, págs. 525 y sigts., así como el comentario de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS al artículo 1.373 en *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, págs. 705 y sigts. (A.C.S.).

44. Legitimación para entablar la tercería de dominio: situación jurídica de los cónyuges respecto de los bienes gananciales. Principio de igualdad.— «... durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código civil, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legítima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales, es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de tercero; todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la Ley o de sus legítimos intereses (sentencias entre las más recientes de 26 y 29 de septiembre 1986; 13 de julio y 26 de septiembre 1988; 19 de julio de 1989; 6 y 12 de junio de 1990, etc.).

Esta es la doctrina reiterada de esta Sala interpretando los preceptos legales; opinión que es compartida por la doctrina científica, y que de ningún modo va en contra del principio constitucional de igualdad, que consagra el artículo 14 del Texto Fundamental, ya que es de aplicación tanto al marido como a la mujer, en cuanto miembros de la sociedad conyugal, sin discriminación de clase alguna». (STS de 4 de marzo de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El tema de fondo del recurso arranca del ejercicio por la esposa de una acción de tercería de dominio sobre la mitad indivisa de un piso, adquirido todo él para la sociedad de gananciales, y embargado como consecuencia de la ejecución de una sentencia penal, en la que el marido fue condenado por falsedad y estafa a diversas penas principales y accesorias y a las indemnizaciones correspondientes nacidas al amparo del artículo 1.089 del Código civil. Se desestima la demanda por el Juzgado cuyo pronunciamiento confirma la Audiencia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

45. Trascendencia de la inexactitud de la fecha en el testamento ológrafo.— La fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentación activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido sino de colocar la fecha y la firma. Se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas. Todo ello pone de relieve la validez del testamento ahora discutido, y así lo corrobora, por un lado, aparte del principio del «favor testamenti», la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario (sentencias de 27 de junio de 1977, 26 de septiembre de 1988 y 7 de octubre de 1992 y muchas otras); que dicha capacidad ha de entenderse siempre existente en el momento de otorgarlo, como así ocurre cuando según lo debatido mediaron dos años y cuatro meses desde el testamento hasta la declaración judicial de incapacidad de la testadora; que el que alega la incapacidad ha de probarla si no está, como en este caso, judicialmente incapacitado; prueba que ha de ser concluyente, ya que en otro caso se presume la capacidad; así como ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata acerca de la capacidad del testador, a menos, se repite, que se prueba cumplidamente lo contrario.

Delimitación de la función pericial.— El perito es simplemente un auxiliar del Juez o Tribunal, que en modo alguno recibe un encargo de arbitraje cuando es llamado, porque su misión es únicamente asesorar al Juez ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún caso se le pueda negar al Juez las facultades de valoración del informe que recibe, como así se declaró en sentencia de 31 de marzo de 1967 y en otras posteriores; de modo que el Juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede, si dictaminan varios, aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos si, como en este caso, hubo en el pleito varios dictámenes (como así hizo el Tribunal «a quo») y puede, por último, el Juez sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso. En cualquier supuesto el Tribunal juzgará de la conveniencia o necesidad de la prueba pericial, de ahí que este motivo deba también ser rechazado, prescindiendo ahora de la apreciación del dictamen discutido y de sus consecuencias en orden a la capacidad de la testadora, y a la acción ejercitada. (STS de 10 de febrero de 1994; ha lugar).

HECHOS.— Se formula demanda por la parte actora ante el Juzgado de 1.^a Instancia de Olot solicitando se dicte sentencia declarando la nulidad del testamento ológrafo de Dña. M.H.M. Con fecha 1 de septiembre de 1978 se dicta sentencia desestimando la demanda presentada, declarándose la validez del testamento ológrafo. Se interpone contra dicha sentencia recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que estima el recurso revocando la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia. Se hace constar un voto particular por considerar que la fecha no era falsa sino erróneamente transcrita y presuponiendo la suficiente capacidad de la testadora, entiende que debía haberse confirmado la sentencia dictada en 1.^a Instancia. Formulado recurso de casación el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (A.H.O)

46. Acción para pedir la partición de una herencia.— No existe incompatibilidad entre las respectivas disposiciones de los artículos 1.959 y 1.965 del Código civil, pues la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición de una herencia, no impide que, previa concurrencia de determinados presupuestos, pueda alegarse una situación de usucapión respecto a bienes atribuidos inicialmente a la masa hereditaria.

Según declara el Tribunal, el sentido de la doctrina dimanada de las Sentencias de 23 de junio de 1982 y 20 de octubre de 1989 (según la cual, ninguno puede prescribir contra otros, en tanto no se acredite situación de intervención posesoria, es decir, por carácter distinto del que provenga de la cesión hereditaria) está necesariamente vinculado al presupuesto fáctico de una posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios, es decir, viene a contemplarse al supuesto de una herencia indivisa, pero desde luego, dicha doctrina no cabe extenderla a aquellos otros casos en que los coherederos poseen con independencia entre sí, no el total de los bienes que constituyen la masa hereditaria, sino una parte concreta de tales bienes.

Error en la apreciación de la prueba.— Como claramente se desprende de la propia redacción del ordinal 4.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del 1.707 de la misma, en los motivos incardinados en errores en la apreciación probatoria, su formulación ha de circunscribirse a la exposición concreta del error o errores cometidos y a la cita de documentos que fueran susceptibles de demostrarle, sin que sea permisible hacer precisiones de índole jurídica, que deben reservarse para motivos residenciados en el ordinal 5.^o, ni examinar el resultado de declaraciones testificales y hacer alusión a sentencias judiciales, ya que unas y otras carecen de la consideración de documentos a efectos casacionales, habiéndose declarado así en reiterada jurisprudencia. (STS de 18 de abril de 1994; no ha lugar). (O.M.B.).

II. DERECHO MERCANTIL

47. Contrato de seguro.— El clausulado del contrato de seguro voluntario que establece que no se considera tercero, a los parientes consanguíneos de hasta tercer grado que convivan con el asegurado, no constituye una res-

tricción de los derechos del asegurado, sino que delimita el riesgo asumido en el contrato, su contenido y el ámbito al que se extiende.

Condiciones generales.— El hecho de que la póliza de seguro sea aprobada con carácter uniforme por una orden ministerial, no convierte a las condiciones generales en un acto normativo de la Administración, pero, sin embargo, no puede negarse el hecho de que las condiciones generales que tienen en el tráfico jurídico una gran difusión y aceptación por un sector del mismo durante un amplio período temporal, llegan a originar usos normativos, que generan su fuerza contractual.

Acción directa.— El art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro que reconoce la acción directa del perjudicado contra el asegurador, obliga al asegurado a manifestar al tercero perjudicado la existencia del contrato y su contenido, para que conozca los límites del riesgo cubierto. A pesar de que dicho precepto establece que la acción directa del perjudicado contra el asegurador es inmune a las excepciones del asegurador contra el asegurado, la doctrina científica más autorizada entiende que el asegurador puede oponer al perjudicado las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato (STS de 10 junio 1991) puesto que el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato.

Incongruencia omisiva.— Se incurre en incongruencia omisiva cuando, solicitada la condena de ambos demandantes, el juzgador no se pronuncia sobre la cantidad a abonar por uno de ellos, con independencia de que ésta estuviese o no cubierta por el contrato de seguro celebrado entre ambos demandados. (STS de 9 de febrero de 1994; ha lugar).

HECHOS.— E.E. sufrió un accidente de circulación cuando conducía un vehículo propio, en el que iba como ocupante su hermano M., que convivía con ella. Como consecuencia del accidente, M. sufrió graves lesiones de las que le han quedado importantes secuelas.

E.E. tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con la cía. UAP, que cubría el obligatorio, el de ocupantes y el voluntario.

El padre de M., en nombre de su hijo presenta demanda contra E.E. y UAP con base en las tres clases de seguro. Los demandados fueron condenados solidariamente al abono de indemnización en virtud de los seguros obligatorio y de ocupantes pero no según el seguro voluntario, pues éste excluye a los parientes dentro del tercer grado que convivan con el asegurado. El TS casa parcialmente la sentencia y condena además a E.E. en exclusiva al abono de una indemnización a su hermano. (L.S.M.P.)

48. Contrato de seguro. Intereses moratorios. No es necesaria la intimación.— Ocurrido el supuesto cubierto por una póliza de seguros, no es necesario instar la mora para que se generen los intereses establecidos por el artículo 20 de la Ley de contrato de seguro: ya que «el precitado artículo [...]

no exige [...] sino comunicar el acaecimiento del siniestro de conformidad con lo prevenido en el artículo 16» del mismo cuerpo legal. «...se trata de casos en los que la ley establece directamente la mora sin intimación de aquél [el acreedor], conforme a lo prevenido en los artículos 1.100 del Código civil (n.º 2.º) y 63.1 del Código de comercio». La Sala equipara esta doctrina, a la establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/1993, de 4 de enero, al considerar que la demandada hubiese visto protegido sus intereses «mediante la consignación para el pago de la deuda de haber tenido intención de cumplir sus obligaciones contractuales». (STS de 8 de febrero de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Dña. M.^a del Carmen L.R.R.A., cuatro años y medio después de producido el siniestro cubierto por un seguro, exige judicialmente de la aseguradora la cantidad cubierta por la póliza, incrementada en un veinte por ciento anual. Siendo estimada la demanda, la entidad aseguradora «M., S.A.» apela en alzada. La Audiencia Provincial declara en parte procedente los motivos de la recurrente, alegando un posible enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo anula esta sentencia, fallando en concordancia con la de primera instancia. (L.F.L.)

49. Cooperativas. Acuerdos de expulsión de socio. Formalidades procesales para su impugnación.— «El artículo 52.3 de la Ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas [...] carece de aplicación al supuesto de impugnación de un acuerdo de expulsión». Para la viabilidad de la impugnación de éstos «existe una norma especial (artículo 38.4 de la Ley General de Cooperativas), que no exige el cumplimiento de formalidad previa alguna, sino simplemente la temporal de su formulación en el plazo de dos meses».

Cooperativas. Acuerdos de expulsión de socio. Órgano competente.— El acuerdo de expulsión de un miembro del Consejo Rector sólo podrá ser adoptado por la Asamblea General, y no por el propio Consejo en aplicación del artículo 37.2 de la Ley General de Cooperativas. En efecto, «entraría una ostensible contradicción admitir que el referido Consejo pueda acordar la expulsión de la Cooperativa de uno de sus propios Vocales, cuando la [...] revocación de éste en su referido cargo es competencia única y exclusiva, bajo pena de nulidad, de la Asamblea General» (apartado 2, letra a), del artículo 43 del mencionado cuerpo legal). (STS de 5 de marzo de 1994; ha lugar).

HECHOS.— D. F.S.R., miembro del Consejo Rector de la «Cooperativa C», realiza el 12 de junio de 1988 unas manifestaciones críticas sobre ciertos miembros del mismo Consejo. Éste, considerando que podían ser constitutivas de faltas muy graves, incoa procedimiento disciplinario, y termina sancionando con la expulsión de la cooperativa. El 22 de noviembre de 1988 la Asamblea General ratifica, cuando ya ha prescrito la falta, la decisión del Consejo. (L.F.L.).

III. DERECHO PROCESAL

50. Congruencia en las sentencias.— «... sus límites definidores aparecen configurados en las declaraciones jurisprudenciales que se transcriben a continuación entresacadas del conjunto doctrinal: “que si bien es cierto que el principio jurídico procesal de la congruencia, puede verse afectado por la falta de concordancia entre los elementos fácticos aducidos por los litigantes en apoyo de sus pretensiones y los acogidos por los Tribunales cuando les sirvan de fundamento esencial para emitir el fallo, no lo es menos que cabe apreciarse su realidad y existencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, cosa que no puede provocar una incongruencia”, “no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada”, “la armonía entre los pedimentos de las partes de la sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que le complementen y precisen o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en sus probanzas, porque lo perseguido no es otra cosa que el Tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad” y “no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar, los alegados de modo definitivo según el resultado de las pruebas (Sentencias de 28 de octubre de 1970; 6 de marzo de 1981; 27 de octubre de 1982; 28 de enero, 16 de febrero y 30 de junio de 1983; 19 de enero de 1984; 9 de abril y 13 de diciembre de 1985; 10 de junio de 1988; 3 de marzo y 10 de junio de 1992; 24 de junio, 19 de octubre y 15 de diciembre de 1993)”».

La obligatoria aplicación de normas legales no genera situaciones de indefensión.— «La imposibilidad de revocar el pronunciamiento relativo a la determinación de la cuantía de la indemnización —en tanto el actual recurrente no apeló el recaído en la primera instancia— no supone ningún desconocimiento de la protección que previenen los artículos 24 y 7, de la Constitución y Ley Orgánica del Poder Judicial, respectivamente, para los derechos e intereses legítimos, los que en modo alguno pueden ser conturbados por la obligatoria aplicación de normas legales, sin que de ello quepa derivar situaciones de indefensión».

Recurso de apelación: alcance y significado.— «Es cierto que el recurso de apelación tiene carácter general y en él cabe la revisión de todas las cuestiones que hayan sido objeto de debate, pero debe precisarse que tales cuestiones son las sometidas a la consideración del propio recurso, no, las totales que configuran el debate de la primera instancia, pues así como la pretensión del actor determina, inicialmente, el objeto de la primera instancia del proceso, aparte las que pueda introducir el demandado, así también, la pretensión del apelante al impugnar la sentencia en todo o en parte, establece la cuestión sobre la que debe versar el recurso, o sea, que el grado de aceptación o de im-

pugnación de la sentencia recurrida, indica el contencioso que subsiste y delimita, a su vez, los poderes del órgano “ad quem” para resolver con lo solicitado en el recurso, cuya acotación objetiva no es más que una manifestación del principio dispositivo, con arreglo al cual, el efecto devolutivo y delimitador de los poderes jurisdiccionales, viene dado por la materia que, efectivamente ha sido objeto de apelación. Consecuencia de ello es el principio de la prohibición de la “reformatio in peius” o regla impuesta al Tribunal de apelación como impedimento para agravar la condena o restringir las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia, en perjuicio del apelante, es decir, aquel no puede dictar la sentencia que habría dictado de haber actuado como órgano jurisdiccional de primera instancia, sino dictar la que debe dentro de los límites perjudiciales a juicio del apelante, que han sido sometidos a su consideración, y lo más que puede hacer es desestimar las peticiones del recurrente, sin que el apelado pueda solicitar otra cosa que no sea el mantenimiento de la resolución apelada, a no ser que se adhiera a la apelación del contrario, adhesión que puede formular, una vez interpuesta la apelación, en el momento procesal oportuno, con lo cual, abre al examen del Tribunal los extremos en otro caso consentidos y permite al mismo dictar una resolución conforme con las pretensiones del apelado (apelante adherido), aunque sea más perjudicial para el inicial apelante; y, por supuesto, cada una de las partes puede apelar con independencia, si ambas la consideran perjudicial, en cuyo caso, ambas apelaciones independientes, se tramitan unidas, con desaparición, también, de la limitación de la “reformatio in peius”».

Compensación de culpas: inexistencia de aparejador imputable al propietario de la obra y responsabilidad de los en ella intervinientes.— «...explicación de la causa que indujera al Tribunal “a quo” a la aplicación del porcentaje reductor, y en este aspecto, semejante proceder queda explicado claramente en el considerando sexto de la sentencia recurrida, al decir que “...lo que implicará que hayan de concretarse las consecuencias que, a los efectos de la indemnización pretendida, debe tener la repetida falta de intervención de aquel profesional y que fue problema resuelto por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 1986 en el sentido que la misma es imputable en gran parte al propietario de la obra, a quién incumbía su contratación y el abono de los honorarios correspondientes, negligencia de la parte actora que debe ser tenida en cuenta a efectos de compensarla con la responsabilidad de los intervinientes en la obra, obligándola a soportar por sí misma una parte de los daños causados...”, de lo cual, se desprende que la Sala “a quo” actuó más que por razones de equidad o con base en una compensación obligacional, en aras de una compensación de culpas con apoyo implícito en el artículo 1.902 del Código...». (STS de 7 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— Condena la sentencia del Juzgado a los intervinientes en una obra a indemnizar al propietario de ésta en determinada cantidad por la ruina acaecida. Recurren en apelación los demandados y la Audiencia rebaja la cuantía de la indemnización en un 10% revocando además la sentencia de instancia en el extremo relativo a la imposición de costas a los apelantes. El propietario interpone recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R.G.S.)

51. Normas fiscales. Pago de determinada cantidad en concepto de IVA: el «onus probandi».— Tratándose de una deuda tributaria cuya normativa legal establece con claridad y precisión quienes son los obligados al pago teniendo en cuenta la naturaleza del acto gravado con el impuesto, es claro que acreditada en autos la realidad del acto sujeto a tributación y la posición que en el mismo ocupa cada una de las partes, no se ha producido ninguna inversión de la carga de la prueba, sin que tenga cabida en un motivo que trata sobre el «onus probandi» las alegaciones sobre las que se ha producido un doble pago del citado impuesto en relación con determinadas facturas.

Principio de congruencia.— Tiene declarado esta Sala con reiteración que el principio procesal de congruencia supone una relación de concordancia ó conformidad entre las pretensiones oportunamente deducidas en las súplicas de los escritos fundamentales del proceso y la parte dispositiva de la correspondiente resolución judicial, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción que se hubiere ejercitado. No lo infringe la condena al pago del impuesto sobre el valor añadido que grava la transmisión en cantidad superior a la concedida en la sentencia si así fue solicitado por los recurrentes.

Normas fiscales: no son aptas para apoyar un recurso de casación.— Las normas fiscales no son bastantes para enervar el derecho reconocido ó regulado en las leyes civiles, ni autorizan otra cosa que la adopción de medidas y correcciones disciplinarias en ellas establecidas, por lo que no son aptas para apoyar un recurso de casación civil (Sentencias, entre otras, de 10 de marzo y 28 de octubre de 1983, 10 de octubre de 1984 y 26 de diciembre de 1986). El recurso de casación civil ha de fundarse en normas de derecho civil, es decir en infracciones de normas sustantivas del ordenamiento jurídico en el sentido y con el contenido del número 1 del artículo 1.º del Código Civil (Sentencias, entre otras, de 6 de octubre y 26 de noviembre de 1990). (STS de 7 de febrero de 1994; no ha lugar).

HECHOS.— El litigio se inició por demanda formulada por la parte compradora en la que se solicita se declare válido y eficaz el contrato de compra venta celebrado con la vendedora y que la cantidad de 3.171.316,24 ptas. es la que corresponde a ésta como diferencia de lo percibido al otorgarlo de escritura pública. La parte vendedora además de oponerse a la demanda formula reconvenición solicitando la condena de la actora reconvenida al pago de 9.117.000. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y dicta sentencia acogiendo las peticiones del actor reconvenido. Apelada la sentencia fue revocada parcialmente en el sentido de fijar la cuantía de lo adeudado por los compradores a 3.781.595 como resto del precio total incluido IVA. Se formula recurso de casación por ambas partes y el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia (I.H.M.).

