

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO L, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 1997



BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

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	FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ	JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ	SEBASTIÁN MORO LEDESMA
JESÚS DíEZ DEL CORRAL	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
LUIS FIGA FAURA	MANUEL OLIVENCIA RUIZ
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN	JOSÉ POVEDA DíAZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	LUIS PUIG FERROL
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	IGNACIO SOLÍS VILLA
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	RODRIGO URÍA GONZÁLEZ
JUAN JORDANO BAREA	

SUMARIO

Estudios monográficos

	<i>Pág.</i>
Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, « <i>¿Mater semper certa est?</i> Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español»	5
José Luis MOREU BALLONGA, «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal»...	97
Jesús ÁLFARO ÁGUILA-REAL, «La expulsión de asociados y la con- fianza en el Derecho Privado»	155
CALABRESI/MELAMED, «Propiedad, responsabilidad, inalienabi- lidad: Una perspectiva de la catedral» (traducción de Pedro del OLMO GARCÍA)	187
Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	237

Información Legislativa

Por Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	281
--	-----

Bibliografía

LIBROS

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges», por Luis F. Carrillo	295
LEIBLE, Stefan, «Finanzierungsleasing und arrendamiento financiero», por Antonio Cabanillas Sánchez	301
PIÑAR MAÑAS/OLMOS VICENTE (Directores), «Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley», por Fernando Morillo González	312
RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «El Derecho al honor de las personas jurídicas», por Gema Díez-Picazo Giménez	315

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	317
-------------------------------------	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el estado civil

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	343
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de derecho transitorio (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995)»	377
---	-----

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, M. ^ª Dolores CANO HURTADO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, M. ^ª del Rosario DÍAZ ROMERO, Luis FAJARDO LÓPEZ, Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, Julián LÓPEZ RICHART, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma M. ^ª RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis SAN MIGUEL PRADERA	413
---	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 7.500 ptas. (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 2.400 ptas. (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: (91) 538 21 11

Fax: (91) 538 21 21

SUSCRIPCIONES

Boletín Oficial del Estado

Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

Tel.: (91) 384 17 15

Fax: (91) 384 17 14

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO L, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 1997

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 1997

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

NIPO (BOE): 007-97-080-6
NIPO (M. de Justicia): 51-97-008-X
ISSN: 0210-301-X
Depósito legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Planteamiento inicial. 2. La maternidad en el marco general de la relación de filiación. 3. Realidad biológica, realidad social, realidad jurídica en la filiación. 4. Juego e influencia de la doble oposición paternidad/maternidad y filiación matrimonial/filiación no matrimonial.—II. *Filiación materna. Problemas específicos*. 1. Verdades y errores en relación con la maternidad. 2. Maternidad y «mater semper certa est». 2.1 ¿Qué es hoy maternidad? 2.2 Elementos no biológicos integrados en la filiación materna. 2.3 Perspectiva materna de la relación de filiación materna. 2.4 La maternidad vista desde la perspectiva del hijo. 3. El derecho a conocer la propia identidad y origen de la persona, y su relación con la maternidad. 3.1 En general. 3.2 Otras proyecciones del derecho a conocer la propia identidad y origen. 3.3 La cuestión del origen de la persona en los ordenamientos jurídicos.—III. *Antecedentes y sistemas jurídicos en orden a la filiación materna*. 1. Antecedentes y evolución histórica (sucinta) de la regulación de la maternidad. 1.1 Derecho Romano. El pasaje paulino y concordantes. 1.2 Derecho español. De la Edad Media a la Codificación. 2. Sistemas jurídicos. Ordenamientos extranjeros. 2.1 Ordenamientos en los que la filiación materna queda determinada directamente, conocido el parto y la identidad de la madre. 2.2 Ordenamientos en que la determinación de la filiación materna queda subordinada a la voluntad de la madre. 3. Convenios internacionales. Líneas fundamentales sobre determinación de la filiación materna en los más importantes. 4. Valor normativo de los Tratados internacionales tras su integración en el Derecho interno español.—IV. *Determinación de la maternidad en el ordenamiento español. En especial, la determinación extrajudicial*. 1. En general. Problemas y perspectivas. 2. Determinación extrajudicial de la filiación materna. 2.1 Maternidad matrimonial. 2.2 Filiación materna no matrimonial.—V. *Determinación judicial de la filiación materna. Principales problemas*. 1. En general. 2. Determinación judicial de la filiación materna por ejercicio de una acción de reclamación. 2.1 Hipótesis posibles. 2.2 Legitimación activa. 2.3 Legitimación pasiva. 2.4 Elementos objetivos. 2.5 No necesidad de requisitos complementarios. 2.6 Inexistencia de otra filiación contradictoria. 3. Impugnación de la filiación materna. 3.1 Impugnación de filiación y rectificación de asiento registral. 3.2 Impugnación de la maternidad matrimonial. 3.3 Impugnación de filiación materna no matrimonial, y del reconocimiento. Remisión.

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

Frente a la gran atención prestada de antiguo por los juristas (teóricos y prácticos) a los múltiples problemas relacionados con la paternidad, sorprende un tanto cuán descuidada ha estado la cuestión de la maternidad, no obstante presentar ésta bastantes más problemas de lo que *prima facie* pudiera parecer, tanto de tipo conceptual como funcional, dentro de nuestro Ordenamiento, amén de ser presupuesto previo de los de la paternidad y su determinación y cuando su clásica y repetida certeza (*mater semper certa est*) resulta en algunos casos menos segura de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele.

Hay en esta materia, en efecto, no pocos interrogantes: desde los relativos a su propio concepto (qué es hoy maternidad en algunos casos) y su función en la identificación de la persona, e incluso los más graves en orden a su determinación, hasta otros de tipo normativo (en nuestro Ordenamiento), como es la validez y aplicabilidad a la filiación materna de algunas normas supuestamente vigentes y efectivamente aplicadas en nuestra realidad jurídica sin que apenas se haya cuestionado su eficacia legal. A esas cuestiones apenas sugeridas, y otras implicadas en ellas, se refiere ahora mi preocupación. A explorarlas van dirigidas estas páginas, sin otra pretensión que la de propiciar un debate que debiera ser más intenso y profundo del que hasta ahora han merecido aquellos problemas.

2. LA MATERNIDAD EN EL MARCO GENERAL DE LA RELACIÓN DE FILIACIÓN

La relación de filiación, además de bilateral o bipolar (progenitor-progenitura; respecto del hijo y respecto del padre/madre), puede y suele ser –jurídicamente, no siempre es– doble en el sentido de que hay la doble relación apuntada: *maternidad* (madre-hijo) y *paternidad* (padre-hijo). Mas esta doble relación no es simétrica fáctica ni jurídicamente, pues no es igual¹ (en su origen) la relación del hijo con su madre que con su padre.

La *relación madre-hijo* es directa, inmediata y de fácil determinación (biológica y jurídicamente) como derivada de un hecho que les es común y próximo en el tiempo (la gestación y el parto). La *relación padre-hijo*,

¹ Salvo en lo puramente genético: el hijo recibe herencia genética de su padre y de su madre, la mitad de cromosomas y de la herencia genética de cada uno. También es igual aquella relación doble, paternidad y maternidad, en cuanto a efectos una vez determinada; mas esta cuestión (dinámica, efectual) no me interesa ni ocupa ahora.

en cambio, es mediata, indirecta, habida (y conocida) por conducto de la madre (única con quien el progenitor ha tenido la relación sexual de que ha nacido el hijo) y, en puridad, sólo por medio de ésta puede quedar determinada la paternidad: se es padre respecto del hijo alumbrado por la mujer con quien el progenitor tuvo aquellas relaciones; determinación jurídica que se alcanza por procedimientos y medios también indirectos por aquella razón.

Por ello, así como la *determinación legal de la maternidad* se reduce sustancialmente a la constatación de hechos concretos y (más o menos) fácilmente demostrables –identidad del hijo con el alumbrado por la madre en un parto concreto–, la *determinación de la paternidad* necesita de instrumentos jurídicos, lógico-formales, vinculados a la mediatez de la relación inicial (con el eslabón intermedio de la maternidad, por la razón dicha) y relacionados con la incertidumbre de tal generación, cuya realidad nadie conoce *prima facie*; instrumentos lógico-formales éstos consistentes en presunciones (la ley o el juez presumen que es padre el varón que ha tenido relaciones presuntas o probadas con la madre) y pruebas más o menos convincentes y fiables, o en una creencia concreta y especialmente valorada (la del sedicente progenitor, que cree serlo del hijo de cierta mujer, con quien implícitamente afirma haber tenido relaciones sexuales, único dato que le es conocido y puede él afirmar), a cuya expresión formal da el Derecho (el legislador, los jueces) una especial trascendencia.

Esa diferente realidad prejurídica (inmediatez frente a mediatez, certeza frente a incertidumbre o probabilidad) va a determinar, en el orden jurídico y en la fundamental oposición maternidad-paternidad, una paralela oposición entre hecho natural e instrumento lógico-formal, Naturaleza constatable *versus* deducción racional –lo que los anglosajones expresan con el adagio «maternity is a matter of fact, paternity is a matter of opinion». En el plano intelectual y jurídico ello se traduce en el enfrentamiento realismo-formalismo (y sus respectivos principios informantes y consecuencias inevitables)².

Toda la historia jurídica de la filiación (sustancialmente, la de la determinación de la paternidad y sus consecuencias) se ha construido alrededor de esa idea de incerteza de la paternidad (problemática principal en ese terreno)³, que ha dado lugar a una larga evolución legislativa

² La asimetría fáctica y jurídica entre filiación materna y filiación paterna aludida en el texto, y esta diferencia en su determinación por mor de la distinta realidad prejurídica subyacente, no se dan en la filiación adoptiva, donde todo es jurídico, formal (voluntad de sus protagonistas, suficiente para la atribución y determinación de la filiación). Por ello pueden ser y son efectivamente iguales paternidad y maternidad adoptivas: porque en ellas todo es y sólo es voluntad y ley, idénticas para ambas partes.

³ Las dudas sobre la paternidad son tan antiguas como el hombre mismo, y de ellas son muestra expresiones célebres de juristas, desde Paulo (Digesto, 2,4,5) y Accursio («scire enim hoc est impossibile, qui cuius filius sit») a Lahary («... la Nature n'a fait,

cargada de prejuicios e injusticias, complejas construcciones doctrinales y a una realidad vivencial y práctica judicial igualmente injusta y compleja. Esa idea de incertidumbre y dificultad de prueba (positiva o negativa) de la paternidad está presente en el origen de todos los principales problemas de la filiación: en la base de la presunción legal *pater is est*, en su impugnación (la histórica dificultad de prueba de la no paternidad marital), en la admisibilidad de presunciones legales y en el juego de las presunciones de hecho para la declaración judicial de la paternidad no matrimonial, en el régimen del reconocimiento y las muchas facilidades concedidas al reconocido para determinarla voluntariamente, y un largo etcétera.

Aquella idea de incertidumbre y dificultad de prueba de la paternidad, subyacente en todo el régimen jurídico de su determinación, se ha generalizado a la filiación toda y trasladado en buena medida a la determinación de la maternidad, trayendo a este terreno un innecesario formalismo sólo justificado en aquellos presupuestos propios de la paternidad, y ha importado también al ámbito de la maternidad la doctrina y el régimen del reconocimiento, creo que injustificados ambos aquí por cuanto invaden un campo (el de la maternidad) informado por una realidad prejurídica totalmente diferente, en la que no ha lugar, en principio y para los casos tipo, a la no-certeza que preside y justifica los criterios formalistas de determinación de la paternidad y el régimen del reconocimiento.

Por otro lado, alguno de aquellos viejos presupuestos o datos prejurídicos, particularmente el de la dificultad de prueba de la paternidad, no tienen hoy el valor y rigor de otrora, y en algún aspecto han dejado de ser ciertos —hoy se puede probar perfectamente la paternidad o la no paternidad con márgenes de seguridad totalmente inimaginables hace unos años y muy superiores a los que se manejan en casi todos los otros campos de la realidad y del Derecho—, lo que ha arrumbado o debería hacer reconsiderar de forma muy señalada toda la construcción excesivamente formalista (todavía) y el régimen jurídico de la filiación levantados sobre aquellos cimientos.

3. REALIDAD BIOLÓGICA, REALIDAD SOCIAL, REALIDAD JURÍDICA EN LA FILIACIÓN

Vengo aludiendo reiteradamente a realidad prejurídica, y con ello me refiero, ante todo, claro está, a la biológica, terreno en que la diferencia entre ambas relaciones, materna y paterna, parece evidente. Mas la reali-

même à la femme, que des démi-confidences») y nuestro ROYO MARTÍNEZ («... que el marido fue padre de la criatura y que sólo él de entre todos los hombres de la tierra pudo ser el padre, es un privilegio del que únicamente gozó Adán»: *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, p. 238); y ha trascendido a dichos populares y a ámbitos literarios (la «Odisea», Shakespeare,...) (cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 71 ss.).

dad que el Derecho toma en consideración y sobre la que actúa y construye sus instituciones no es sólo la material o biológica sino que junto a ésta hay otra realidad, la social –filiación jurídica no es mera biología: ya casi un lugar común– con presupuestos, valores metajurídicos y exigencias sociales que pueden trascender al plano jurídico (en nuestro caso, al de la determinación de la filiación) y quebrar aquella distancia u oposición paternidad/maternidad. Por ese lado, que requerirá especial atención, puede venir alguna consideración del fenómeno social y jurídico de la filiación y cierta aproximación en el orden jurídico de realidades naturales diferentes, al tiempo que justificar la entrada en el ámbito de la maternidad de ciertos criterios formales más propios de la filiación paterna. Esta nueva perspectiva plantea a su vez otra cuestión: si el peso y las exigencias de una realidad social concreta pueden justificar, y hasta qué punto, una reconsideración del hecho natural e imponer principios o criterios que inicialmente chocan con la valoración racional y jurídica de tal realidad natural, por contrarios a ella. Se trata de una cuestión de límites razonables en la relativa violentación (por principios, criterios sociales) de la realidad natural, del hecho natural de la maternidad, y su admisibilidad *hic et nunc*.

Permítaseme una breve digresión. Cabe distinguir –entre otras distinciones posibles– dos tipos de instituciones jurídicas muy diferentes entre sí: de un lado, aquellas que, creadas artificialmente por el legislador con fines eminentemente instrumentales y pragmáticos, son concebidas y dibujadas en su régimen funcional como mejor le plazca, porque son creación, invención suya: así, por ejemplo, la circulación viaria por la izquierda o por la derecha, la asunción de deuda, el Registro Civil o de la Propiedad o la sustitución cuasipupilar. Hay, por otro lado, instituciones en que el legislador se limita a disciplinar jurídicamente con mejor o peor fortuna una realidad existencial y prejurídica bien definida que está en el mundo y en la vida desde mucho antes de que el hombre empezara a discurrir jurídicamente y de que ningún legislador dictara norma alguna: tal, la convivencia entre hombre y mujer (que es lo trascendente, frente a la contingencia y relatividad del matrimonio en sus múltiples presentaciones históricas y legales), la relación del padre o madre con su hijo (sea la estática, de filiación, o la dinámica, de patria potestad) y otras muchas cargadas de vida, vinculadas a la vida humana.

Si las instituciones del primer tipo pueden ser concebidas y reguladas como cada legislador prefiera por su propia naturaleza artificial y creación legal, como dije, lo que se traduce en su marcado formalismo y carácter contingente, variable, su conocido relativismo y demás; las del segundo grupo, en cambio, deben ir muy ceñidas en su régimen jurídico a la realidad subyacente (atemporal, trascendente) que pretenden regular, realidad y dato prejurídico que el legislador no puede ignorar sin deformarla, de manera que cuando prescinde de esa realidad o la violenta, le impone una especie de camisa de fuerza que acaba haciendo saltar por

los aires la institución jurídica resultante, y la ley que desconoció aquella realidad, además de la injusticia y otros efectos generados, acaba siendo eludida por un camino u otro hasta que es modificada (múltiples ejemplos posibles, incluso en el terreno e institución que ahora estudio). Frente al formalismo que preside la concepción y regulación de las instituciones del primer grupo, el realismo jurídico (un realismo que no se limita a lo tangible o material, sino a la vida real y social) debe informar las instituciones jurídicas del segundo tipo por mor de la vida real que las trasciende.

Paralelamente a esa distinción entre instituciones se ha producido en la nuestra, la filiación, una doble perspectiva general y metodológica, una distinta consideración de su compleja realidad y diferente planteamiento de sus problemas, que ha dado lugar a una doble concepción de la misma y dos sistemas legales en cuanto al régimen jurídico de la filiación —de que he hablado en otro lugar—: *a*) una que podemos llamar *realista*, presidida por el denominado «principio de veracidad», que, aun reconociendo que la filiación jurídica no es mera relación biológica, facilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en la vía judicial y siempre que sea posible alcanzar aquella realidad biológica; para ello abre las puertas a la investigación de la paternidad/maternidad, tanto en el orden positivo (su declaración cuando es jurídicamente desconocida) como en el negativo (impugnación de la filiación no veraz), y permite en ese contexto la utilización de toda clase de pruebas; *b*) en el lado opuesto, hay una concepción *formalista* de la filiación que, despreocupada de la verdad y realidad biológica, y sobrevalorando a veces otros elementos o valores (la paz familiar, la seguridad jurídica) o partiendo de la dificultad de prueba de la verdadera paternidad (más conflictiva, aunque hoy menos enigmática), establece unos esquemas iniciales de determinación de la filiación basados en voluntades unilaterales y en determinadas presunciones, dificultando luego el establecimiento de la relación de filiación al margen de esos esquemas legales o la prueba de la verdadera filiación biológica cuando hay serias dudas de que la jurídico-formal coincida con ella, y aun habiendo persona interesada en determinar la verdadera filiación.

Estamos, de nuevo, como puede observarse en esos dos planos (entre instituciones, y aun dentro de la filiación), ante el clásico enfrentamiento formalismo-realismo (omnipresente, por lo demás, en el mundo del Derecho). Y, sin embargo, desconocer el campo que es propio de cada uno de esos principios, su justificación en cada caso, las reglas respectivas y sus propias limitaciones, puede acarrear muy graves consecuencias y disfunciones en la adecuación de las instituciones jurídicas a la realidad humana a que pretender servir —pues es así, las instituciones jurídicas sirven a la vida social y no a la inversa.

Volviendo a la maternidad o filiación materna, resulta que el viejo formalismo que ha informado en buena medida el régimen general e histórico de la filiación (paterna) ha invadido un terreno diferente e influido demasiado en la determinación de la filiación materna —con aplicación a ésta de normas provenientes del régimen jurídico de aquélla— no obstante las aludidas diferencias entre una y otra, particularmente la certeza de esta última y facilidad de prueba. Únase a todo ello el que persiste todavía una concepción del hecho de la maternidad lastrada de prejuicios provenientes de una época y sociedad superadas, y la (supuesta) vigencia de preceptos preconstitucionales (algunos de la LRC de 1957, relacionados con el régimen de la filiación de 1889) de difícil o imposible aplicación ya: he ahí el panorama jurídico relativo a la filiación materna ante el que nos encontramos, y nuevas cuestiones que merecen atención.

4. JUEGO E INFLUENCIA DE LA DOBLE OPOSICIÓN PATERNIDAD/MATERNIDAD Y FILIACIÓN MATRIMONIAL/FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Otra causa y origen de problemas en orden a la filiación materna proviene de la distinción clásica entre filiación matrimonial y no matrimonial, y su interferencia en la oposición maternidad-paternidad y en su respectiva determinación⁴. Son éstas, sin embargo, categorías jurídicas y distinciones heterogéneas que no debieran confundirse ni interferirse, o sólo mínimamente, en lo inevitable.

La distinción *filiación matrimonial o no matrimonial* es artificial, jurídica (como lo es el matrimonio, multívoco, contingente, en la relación hombre-mujer, que es lo trascendente); es adjetiva (y con adjetivos califica la filiación, a la paternidad o maternidad), no sustantiva. En cambio, la *distinción paternidad/maternidad* es real, sustancial (como consecuencia que es de la relación trascendente hombre-mujer), porque distinta es la realidad biológica y social de la maternidad y de la relación madre-hijo (inmediata, directa, como dije) de la realidad y relación padre-hijo (mediata, por referencia a la madre con quien tuvo una lejana relación el primero). Aquella distinción/oposición es histórica, contingente, relativa; ésta es natural (de Naturaleza), necesaria, trascendente⁵. Operan, en planos diferentes una y otra oposición: la primera en el jurídico-formal y

⁴ Sobre esta y otras oposiciones en materia de filiación, y los conceptos y clases de oposición (procedentes del estructuralismo) y el uso de la oposición como instrumento dialéctico, cfr. Juan MIQUEL GONZÁLEZ, «Estudio sobre la sistemática del Derecho de familia en los países del *Civil Law* y del *Common Law*: presupuestos metodológicos», en *Materials de les VIII Jornades de Dret Català a Tossa*, 1994, Valencia, 1996, pp.59 ss.

⁵ Esta distinción aparece con especial claridad en ciertos Ordenamientos, como el suizo: véase su artículo 252 CC y, en la doctrina, Cyril HEGNAUER, *Droit suisse de filiation*, Berna (Ed. Staempfli), 1990, pp. 30 ss. y 35; y G. FLATTET, «Le nouveau Droit suisse de la filiation», *Rev. Intern. Droit Comparé*, 1977, pp. 270 y 277.

valorativo, en un plano adjetivo; esta última, en la realidad biológica y social, en el orden de lo sustancial y sustantivo. Más importante, pues, la segunda que la primera (como lo es lo sustancial, que es trascendente, frente a lo adjetivo, contingente y variable). No deben, por tanto, interferirse aunque se crucen, porque se mueven en órbitas distintas.

De esa diferente naturaleza real y lógica (intelectual) derivan importantes consecuencias si pretendemos operar con una mínima racionalidad. *En la determinación de la maternidad* no puede ni debe haber diferencia entre la matrimonial y la no matrimonial, pues (imperativos constitucionales aparte) la naturaleza no obra de manera diferente en una y otra ni en tal determinación se manejan criterios o pruebas distintas: la realidad subyacente, sustancial, es idéntica, porque la relación madre/hijo es igualmente directa e inmediata, cognoscible, en matrimonio que fuera de matrimonio. En cambio, *en la determinación de la paternidad* la diferencia que pueda y deba haber quedará vinculada a y será la resultante de la diferente realidad prejurídica que hay en uno y otro caso (relacionada con la cohabitación sexual hombre-mujer, presumible o no) en razón del carácter de mediata e indirecta (por conducto de la madre) de la relación padre-hijo.

Dicho en otros términos: la diferencia en orden a la determinación de la paternidad matrimonial o no matrimonial dependerá de la presunción o prueba efectiva (o no) de las relaciones sexuales padre-madre; como en matrimonio son presuntas (arts. 68 y 69 CC) puede construirse una regla material que de tal situación deduzca la paternidad (*pater is est quem nuptiae demonstrant*); fuera de matrimonio, mientras no haya una presunción o prueba cumplida de las relaciones básicas no podrá deducirse la paternidad. Sólo en ese terreno y con tal alcance puede haber diferencia de trato en la determinación de la paternidad, matrimonial o no matrimonial, sin detrimento del principio de no discriminación del artículo 14 CE. Diferencia que no se da, en cambio, en la maternidad, pues la gestación y el parto que la determinan son idénticos en matrimonio y fuera de él, sin que, por otro lado, aparezcan otros datos con peso suficiente para justificar criterios distintos de determinación (valor entendido de aceptación cuasi-universal).

En consecuencia, si el régimen de la determinación de la paternidad puede quedar conformado o influido por esos criterios formalistas (presunciones, prueba de las relaciones sexuales según reglas lógico-legales), ello no es posible (no debe influir) en cuanto a la maternidad, cuya determinación debe ir ceñida sustancialmente, en principio, a la realidad natural indiferenciada que está en la base de la relación madre-hijo. El único problema en cuanto a esta última puede estar en el peso que deba tener la componente social de esa realidad (pues la filiación jurídica no es sólo realidad biológica, sino realidad social, que es también personal, vital): en mi opinión, influencia hoy (muy) limitada; en todo caso, según la

correcta valoración de la realidad social actual, que a fines del siglo XX apenas distingue, ética y axiológicamente, entre maternidad matrimonial y no matrimonial, a diferencia de lo que ocurrió en tiempos pasados. De esto me ocupo más adelante.

II. LA FILIACIÓN MATERNA. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. VERDADES Y ERRORES EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD

La razón y origen del histórico (y actual) descuido por los juristas de las cuestiones que plantea la maternidad se halla, sin duda (como anticipo) en la influencia de la máxima paulina *mater semper certa est*, de la que con cierta ingenuidad y excesiva generalización se ha deducido que no hay problemas en la determinación y pruebas de la maternidad, que es fácil su demostración. Mas ello no es (totalmente) cierto, dicho en esos términos, ni es lo que pretendía decir Paulo en su conocido pasaje en D.2,4,5. Piénsese, por ejemplo, en un niño abandonado sin identificar en el torno de un convento al poco de nacer, que pretende a los veinte años buscar a su madre, reclamar maternidad. No me refiero ya al casi imposible éxito a falta total de datos, sino en ocasiones (con seguridad hasta hace muy poco) incluso a la prueba efectiva de la maternidad o de la filiación materna aun respecto de una mujer concreta de la que hay fundados motivos de que es la madre. Si hoy las pruebas biológicas pueden permitir esa demostración –hoy, desde hace apenas ocho o diez años: particularmente desde que se maneja la prueba del DNA–, ¿cómo se habría hecho tal prueba antes de ahora, en los más de dieciocho siglos de vigencia de la máxima paulina, en que era igualmente invocada?

La certeza a que alude la frase de Paulo significa realmente la certidumbre del hecho directo e indubitado de la gestación y del parto, frente a la incertidumbre de la paternidad, que sólo se puede deducir de otros hechos –maternidad de cierta mujer (con más seguridad si es casada) y nacimiento dentro de determinados plazos–. Se trata de oponer hecho cierto (de fácil prueba) frente a presunción (a falta de prueba directa): certeza frente a incertidumbre, pues, que ya estaba presente en el célebre pasaje de Paulo. Pero no más, aunque eso es mucho.

Lo importante aquí, a nuestros efectos, como en tantas otras ocasiones, es la valoración jurídica (en cuyo terreno estamos) que se haga de esas ideas (insisto: certeza frente a incertidumbre) y parámetros jurídicos manejados (criterios y medios de determinación legal de la maternidad y la paternidad, facilidad frente a dificultad probatoria) referidos a realidades naturales y sociales diferentes. Valoración jurídica que supone ponderación de hechos, de criterios y de intereses individuales y sociales

implicados en esa realidad compleja, a la luz de los valores preponderantes en la sociedad en el lugar y momento correspondientes.

2. MATERNIDAD Y «*MATER SEMPER CERTA EST*»

2.1 ¿Qué es hoy maternidad?

Durante mucho tiempo pareció tan sencillo y obvio el concepto de maternidad que en ningún Ordenamiento se definió qué es maternidad, quién es madre⁶. Se daba como implícita y de universal aceptación la idea, deducida de una realidad tangible e indiscutida, de que madre es la mujer que gesta y pare el hijo, sin que los interrogantes pudieran ir por otros derroteros porque la maternidad era el resultado biológico del acercamiento natural, por acto sexual, del gameto masculino al óvulo de la mujer. Maternidad, así, comportaba a la vez herencia genética y relación fisiológica de embarazo y parto. Los derechos y deberes derivados de la maternidad⁷ podían ser discutidos y variables según épocas y sistemas jurídicos, pero la identidad de la madre parecía tan segura e indiscutida (maternidad igual a parto) que alrededor de esa ecuación se han definido y construido identidades étnicas y estatutos jurídicos de notable importancia histórica y social⁸.

Hoy la cuestión presenta nuevas perspectivas y graves problemas (mayores, incluso, en cuanto a definición, que respecto de la problemática paternidad) por obra y gracia de las técnicas de reproducción asistida, y las nuevas maternidades posibles y resultantes (la genética, la fisiológica y la psicológica o voluntarista, entre otras distinciones), aunque alguna

⁶ En un pleito sobre maternidad subrogada en Estados Unidos se planteó esa cuestión, y el Juez americano dijo: «We really have no definition of *mother* in our law books (...). *Mother* was believed to have been so basic that no definition was deemed necessary»: en «Surrogate Has Baby Conceived in Laboratory», *New York Times*, 17 abril 1986, p. 26 (citado por Andrea E. STUMPF, «Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies», *The Yale Law Journal*, 1986 (vol. 96), p. 187.

⁷ Tengo la impresión de que no se ha reparado lo suficiente en que históricamente los derechos y deberes maternos han surgido como consecuencia de la certeza biológica de esa relación, que el Derecho tomó siempre en consideración; mientras que los efectos jurídicos vinculados a la paternidad han tenido una componente discrecional muy acusada. A su vez, y con aquel origen y justificación, la maternidad se convirtió en una obligación hacia el hijo mientras que la paternidad llegó a ser un derecho sobre el hijo (casi un derecho real en el mundo antiguo; de ejercicio cuasiabsoluto hasta hace poco); y si las exigencias de la maternidad eran naturales, el juego jurídico y social que daba la paternidad era más voluntarista (con todas las consecuencias en uno y otro caso).

⁸ Cítase como ejemplo de esto el principio o dogma judío que refleja la certeza de la maternidad por medio de la tradición de que un niño nacido de madre judía conserva el «status» de judío con independencia de la etnia u origen del padre, cosa que no ocurre a la inversa; y las reglas coloniales americanas, cuya regulación de la esclavitud creó una sociedad de descendencia matrilineal: el racismo colonial de Norteamérica y las bases biológicas del color condujeron directamente a un sistema en que los hijos de madres esclavas fueron considerados esclavos. Véase sobre esta cuestión, con cita bibliográfica, en A. E. STUMPF, *op. loc. cit.*, p. 187.

ley reciente siga vinculando incluso en esos casos y de forma indiscriminada maternidad a parto (cfr. art. 10.2 de la española Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 noviembre: LTRA, en lo sucesivo).

Corolario de aquel planteamiento y concepción clásica de la filiación materna fue el principio *mater semper certa est*, derivado de la máxima paulina homóloga y conocida. Principio, sí, pues como tal ha sido tenido y funcionado históricamente en (casi) todos los sistemas jurídicos, con diferente rigor y excepciones. El problema actual a este respecto reside, en mi opinión, en el alcance que hoy deba darse a tal principio: si es absoluto, como algunos pretenden, y cuáles puedan ser las excepciones admisibles y su régimen.

Detrás de este planteamiento hay, sin embargo, una cuestión de mayor calado: la de qué sea, en realidad, la filiación jurídica, de la que quizá lo único que se pueda afirmar, en principio, es que no coincide con filiación biológica. Pero no sabemos, en cambio, con la misma seguridad, qué otros elementos o componentes (voluntaristas, afectivos, sociales, normativos) acompañan al biológico y qué trascendencia tienen unos u otros en la conformación de la categoría jurídica de la filiación. Refiérase ahora todo eso a la filiación materna, que aquí estudio.

Reitero la pregunta sustancial e insoslayable: ¿qué es hoy maternidad, cuál es su esencia? Acabo de referirme a lo que hasta hace poco era maternidad, que incluía (junto a otros valores), a la vez, herencia genética y relación fisiológica de embarazo y parto; normalmente, también, una voluntad de ser madre, manifestada, cuando el hijo no era buscado de propósito, con el hecho de dejarlo efectivamente nacer. Mas, ¿qué es hoy maternidad cuando con la ayuda de las técnicas de procreación asistida pueden intervenir o contribuir dos o tres mujeres al nacimiento de un hijo: la que decide, sola o con un varón, que nazca; la que pone óvulo (que puede ser también la anterior) y la que gesta y alumbra el hijo?

En nuestro Ordenamiento, para estos casos (art. 10.2 LTRA) maternidad equivale a parto, sin excepciones ni distinciones, y desconociendo la trascendencia del factor genético en la relación madre-hijo y el componente semántico, cultural y social de la idea de madre como progenitora. No pretendo impugnar aquí el acierto o justicia de esa norma y concepción de maternidad; pero no puedo declinar el sugerir algunas cuestiones importantes y poner de manifiesto ciertas incoherencias de nuestro sistema jurídico. He aquí algunas: ¿cómo compatibilizar esa definición de «maternidad igual a parto» (sin preocupación por la relación genética ni por la voluntad de tener hijo propio) con una concepción en buena medida todavía voluntarista y formalista de la filiación y de la propia maternidad, y con total desconocimiento de la voluntad (de la pareja o madre comitente) de que un hijo nazca? ¿No contrasta eso con la directa atribución de la paternidad al marido o compañero que consiente la inseminación de su esposa/compañera con material genético de donante, otro

varón? ¿No hay cierta contradicción en que la sola voluntad de ese marido o compañero pueda hacerle padre del hijo no engendrado por él en absoluto, y la nula trascendencia de la voluntad de la mujer con idéntica participación en ese nacimiento (a veces mayor, suministrando su propio óvulo y una herencia genética)?⁹. ¿Qué sentido tiene en estos casos la tan invocada «verdad sociológica» de nuestro sistema de filiación para luego ignorar el papel de la mujer (a veces, de la pareja) que decide que el hijo nazca? ¿Por qué en nuestra LTRA'88 sólo es madre jurídica la madre fisiológica (más que biológica) y no la madre genética (puestos a ignorar por completo a la comitente), o no se ha contemplado alguna excepción o casos especiales a regla general tan drástica y discutible?

Sin adentrarme en esa difícil cuestión, sólo quiero dejar constancia de que la opción legal de nuestro legislador no era la única posible, que es discutible que ésa sea la mejor por excesivamente simplista, y que en otros sistemas jurídicos hay soluciones más matizadas o con excepciones que atenúan los riesgos o consecuencias de la nuestra¹⁰.

⁹ Creo que el legislador español, como otros legisladores europeos y buena parte de la doctrina nacional y foránea, no han valorado suficientemente la importancia de la voluntad de la pareja infértil (para la procreación natural) de que nazca un hijo propio (no simplemente un niño) con técnicas de reproducción asistida, y su trascendencia a la hora de la determinación de la maternidad. El concurso del elemento biológico y del elemento voluntarista, menos definido y notorio éste en la procreación natural, es evidente en los nacimientos con técnicas de procreación asistida; en éstas es más destacado el elemento psicológico y volitivo (se requiere siempre para ello una decisión muy meditada y fuerte). La voluntad de la pareja comitente es decisiva para el nacimiento del hijo buscado, aunque sea con intervención material (muy importante, también imprescindible) de otras personas; pero éstas, fungibles, aquélla no. La voluntad de los que quieren ser padres va a ser la causa última y eficiente de ese nacimiento. Y si ello ha sido relevante en la determinación de la paternidad —a cuyo efecto prácticamente todos los Ordenamientos y proyectos que lo regulan consideran padre al varón que consiente la IAD de su esposa o compañera y no al que proporciona material genético; casi igual unanimidad en la doctrina—, no ocurre lo mismo con la maternidad (¿nueva asimetría?: aquí menos justificada, como no la hay en la adopción, a la que está relativamente próxima), para la que es decisivo casi siempre el dato fisiológico del embarazo y el parto (así, en nuestra LTRA), con grave infravaloración del elemento genético y del volitivo. En mi opinión, sólo por razones pragmáticas y de seguridad jurídica (la que proporciona el dato cierto del parto) puede comprenderse y justificarse en alguna medida esa solución —a la que no es del todo ajena la histórica identificación de maternidad con parto—. Pero no creo que sea acertado el ignorar en absoluto esos dos elementos, que van asociados y son también trascendentes en las procreaciones asistidas (por ejemplo, cuando la madre comitente contribuye al nacimiento con su óvulo).

La trascendencia del elemento genético ha preocupado a la doctrina alemana: cfr. SOERGEL-GAUL, *BGB Kommentar* (Stuttgart, 1987), ad § 1591, núms. 39 ss.; COESTER-WALTJEN, «Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen— rechtliche Probleme von morgen?», *FamRZ*, 1984, p. 234; Stefan ZIMMERMANN, «La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el Derecho familiar y hereditario», Informe de la delegación alemana al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino (Berlín, 28-5 3-6 1995), *Informes de la delegación alemana*, pp. 171 ss.; y en nuestro país, F. PANTALEÓN, «Procreación artificial y responsabilidad civil», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo xx*, Vitoria, 1987, pp. 314-316. La del elemento voluntarista es particularmente ostensible en la doctrina norteamericana (cfr. en este punto, por todos, STUMPF, *op. loc. cit.*, pp. 195 ss., con amplias referencias jurisprudenciales y bibliográficas).

¹⁰ Véanse las mismas dudas y aprensiones a este respecto en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, comentario al artículo 47 LRC, en *Comentarios al Código Civil y Legislaciones*

Frente a una concepción biologicista de la filiación parecía dibujarse en nuestro horizonte jurídico una evolución de los conceptos de paternidad y maternidad hacia la idea de asunción del correspondiente rol y función social, apareciendo así unas paternidades y maternidades sólo sociales y formales (la adoptiva, la del varón que consiente la IAD de su esposa/compañera) junto a las conceptual y básicamente (quizá no siempre) biológicas. La nueva definición de maternidad en el artículo 10.2 de nuestra LTRA, que prescinde por completo de los elementos genético y voluntarista (equivalente éste a una asunción voluntaria de la función social de la maternidad), me induce a reiterar mis dudas acerca de qué es hoy ciertamente maternidad jurídica (y aun maternidad real, fáctica), y la posible necesidad –que he apuntado en otro lugar– de ir pensando en acuñar nuevos conceptos, otras categorías jurídicas y terminología idóneas para estas nuevas realidades sociales, a las que no se adecuan ya sin deformarlos los viejos conceptos y términos de *filiación*, *paternidad* y *maternidad* elaborados históricamente (con historia social y jurídica de más de veinticinco o treinta siglos) para otro tipo de relación jurídico-social y de generación (la clásica y natural, genética y por acceso sexual).

Por todo ello, y otras razones, limitaré a partir de aquí mi discurso a la filiación materna por naturaleza (frente a la adoptiva, que es otra cosa) y, dentro de ella, a la producida por procreación natural. Me parece más seguro delimitar así el objeto de mi trabajo, ya complejo aun acotado.

2.2 Elementos no biológicos integrados en la filiación materna

La idea compleja y las dudas sobre la filiación y sus componentes conocidos, más ostensibles en cuanto a la paterna (que, por incierta inicialmente, incorpora enseguida elementos voluntaristas, normativos, etc.), ¿son asimilables y aplicables a la filiación materna?; ¿hasta qué punto y en qué proporción pueden intervenir esos u otros elementos no biológicos (que llamaré sociales, para simplificar) en la definición y delimitación de la maternidad jurídica? Con mayor concreción todavía: ¿qué papel puede jugar la voluntad de la madre biológica en la determinación (positiva o negativa) de la maternidad jurídica? Me refiero a la voluntad de la madre, porque en su decisión (de asunción o rechazo de la maternidad) confluyen prácticamente todas las componentes no biológicas que

forales (dirección Albaladejo), t. IV-3.º, Madrid, 1996, p. 91; y PANTALEÓN, *op. loc. cit.* (quien propone que debe presumirse legalmente, por el hecho del parto, la maternidad de la madre gestante, quien podría impugnarla en algún caso, y con derecho del hijo a reclamar durante toda su vida la maternidad de su madre genética, impugnando a su vez la de la madre gestante). Opta, en cambio, por la estricta identificación de maternidad con parto (antes, incluso, de la LTRA'88) R. BERCOVITZ, «La filiación inducida y las clasificaciones legales», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX*, cit., p. 121. Cfr., igualmente, el trabajo de STUMPF citado en las notas anteriores, donde hay amplia información y bibliografía sobre nuevas acepciones y perspectivas en relación con estas nuevas maternidades, si bien limitada al ámbito jurídico anglosajón. Véase también SOERGEL-GAUL y COESTER-WALTJEN, citados en la nota anterior.

puedan trascender al plano jurídico (o de la maternidad jurídica): estoy pensando en lo afectivo o desafección, en la influencia del deshonor de la maternidad extramatrimonial, en el derecho a la intimidad de la madre en este último caso, etc.; hechos y valores que pueden repercutir en su decisión de aceptar o no social y jurídicamente una maternidad real.

Es evidente que para que en cuestión tan ceñida a la Naturaleza como la maternidad no coincidan realidad natural y realidad jurídica, tal divorcio sólo puede deberse razonablemente al reconocimiento por parte del Derecho de otros valores distintos de los biológicos en la estructura y realidad compleja de la maternidad jurídica; es decir, por dar trascendencia jurídica y papel relevante a valores e intereses de la madre que el Derecho estima protegibles, entre los que cabe pensar, en principio, en su derecho a la intimidad, autoestima, honorabilidad, afectos y desafectos, consideración social de la madre y su maternidad concreta, valoración de su propia voluntad, etc., a que me acabo de referir.

Mas a la hora de contemplar y valorar esa amplia realidad «social» y estas componentes metajurídicas parece evidente que, si se da relevancia en la consideración y determinación de la maternidad jurídica a los valores e intereses de la madre, no puede dejar de tomarse en consideración también o dar menor trascendencia a los derechos e intereses del hijo, el otro polo y protagonista de la misma relación jurídica de filiación: derechos e intereses no menos valiosos ética, social y jurídicamente estos últimos y más necesitados de protección (aunque casi siempre preteridos en esta materia por nuestra doctrina) que los de la madre.

Ello me obliga a examinar esta cuestión desde la doble perspectiva apuntada, de la madre y del hijo.

2.3 Perspectiva materna de la relación de filiación materna

¿Qué razones, repito, puede haber o en qué casos estaría justificado que la maternidad jurídica no coincida con la biológica: para que la mujer que ha parido un hijo deje de ser madre para el Derecho por motivo razonable y conocido (aparte los excepcionales casos de error de identificación o de delictiva ocultación o modificación de la realidad)? ¿Qué margen de discrecionalidad puede dejar el Derecho, que no ignora aquellos elementos sociales de la filiación y la maternidad, a esa mujer para que no aparezca legalmente como madre?

Cuando decimos, en términos generales, que filiación jurídica no coincide con relación biológica nos referimos casi siempre, en abstracto, a la filiación paterna, la más problemática, y tal afirmación –hoy casi un axioma, incluso en la concepción realista de la filiación o sistema de veracidad– se halla motivada por la incertidumbre de la paternidad y su dificultad de prueba tantas veces mencionada. Ello ha determinado que unas veces la propia ley presuma y otras se haya dejado a la iniciativa

privada y a la voluntad del que se cree padre (sólo se cree: el progenitor no sabe con seguridad nada más) el establecimiento de su paternidad, que el Derecho ha regulado con mayor o menor benevolencia y apertura según épocas y sensibilidades sociales y jurídicas. Y ante las mismas dudas y dificultad de prueba de la no paternidad, ha restringido más o menos la impugnación de ésta, limitando la legitimación a veces al marido (el que controla la vida de la esposa, el afectado en su honor por la infidelidad de aquélla, el que puede perdonarla en aras de la paz familiar), permitiendo unas pruebas y negando otras, dentro de ciertos plazos y con otras restricciones personales o temporales, etc. Por otro lado, ciertos criterios pragmáticos (seguridad jurídica, necesaria estabilidad del estado civil de las personas) justificaron que la investigación de la verdadera filiación se limitara en el tiempo cuando este parámetro quedaba implicado en la averiguación de la verdad, referido a la paternidad más que a la maternidad. De ahí el imperio de criterios formales en la determinación positiva y negativa de la filiación paterna: en el fondo, una necesaria y (relativamente) justificada concesión a aquellos componentes o elementos sociales, extrabiológicos, a que me referí antes.

En la maternidad, en cambio, la realidad subyacente y prejurídica, natural y social, sobre la que opera el Derecho es completamente distinta. Mas si la relación biológica madre-hijo es directa e inmediata, perfectamente cognoscible desde el primer momento (lo que facilita su determinación), hay también otra diferente realidad personal y social que confluye en la maternidad: su conocimiento social, su determinación jurídica (pública) alcanza en particular a la madre en el orden personal y humano con mayor entidad que al varón su relación homóloga; afecta a la intimidad y a la honorabilidad de la mujer, valorada, por otro lado, en forma distinta y negativamente en ciertas sociedades y momentos históricos cuando esa maternidad es no matrimonial. Por esas varias razones puede despertar la maternidad en algún caso un fuerte rechazo, en cierta medida comprensible, por parte de la propia madre, que desee vehementemente ocultarla o negarla, y aun suprimirla, con riesgo para el hijo (aborto, infanticidio); lo cual explica que en otro tiempo más que hoy, y en algunos sistemas jurídicos, se haya permitido a la mujer ocultar su identidad a la hora del parto, desconocer o suprimir su maternidad después de inscrita en el Registro o condicionar la determinación legal a su voluntad (reconocimiento).

Esto es también realidad, aunque social, que el Derecho no puede desconocer ni infravalorar; y esa realidad es la que explica a su vez los criterios formales que aún operan en la determinación de la filiación materna y justifica en mayor o menor medida el margen de separación o de no coincidencia entre maternidad jurídica y maternidad biológica. Es, en fin, sustancialmente, cuestión de valoración de esos datos o elementos sociales, de medida y prudencia, de sentido de proporcionalidad y, en última instancia, problema de política legislativa. Mas obsérvese también, una vez más, que las razones de fondo de esa clase, implicadas en el

conocimiento social y determinación jurídica de la maternidad, son distintas en todo caso a las subyacentes a la paternidad: en consecuencia, los criterios formales deben ser y operar de forma diferente, su incidencia es (debe ser) igualmente distinta.

¿Cómo resolver tan arduo problema? Como acabo de decir, es cuestión de política legislativa y, dentro de ese ámbito, de valoración, ponderación y proporcionalidad. Pero creo que en todo caso deben ser tenidas en cuenta no sólo por el legislador sino también por el intérprete y por el juez las razones apuntadas y el peso que hoy deban tener los valores individuales y sociales que afectan a la mujer en situaciones marginales. Peso que es ahora muy distinto del de otras épocas, incluso recientes.

2.4 La maternidad vista desde la perspectiva del hijo

Hasta aquí hemos contemplado la relación de filiación, y valorado la realidad sobre la que el Derecho opera, sólo desde un lado: del padre o de la madre. Pero hay también otro protagonista, otra realidad humana y otros intereses que considerar: el hijo y su propia circunstancia e intereses sociales y jurídicos, que en no pocos casos no coinciden y entran en conflicto con los de aquéllos al tiempo que son no menos valiosos. Por tanto, el Derecho, a la hora de regular esa relación en la que están integrados unos y otro y que a todos afecta, ha de tener en cuenta la posición jurídica y los intereses de ambas partes, ponderándolos de acuerdo con los criterios de valoración preponderantes en la sociedad y ordenamiento correspondiente, desde una perspectiva de ética y axiología social tanto más que individual, con particular peso del principio de proporcionalidad.

Como esta materia y ese conflicto son suficientemente conocidos, sólo quiero indicar que en la valoración de los intereses de esas dos partes nuestra Constitución destaca y protege clara y directamente los del hijo más que los de los padres (art. 39.2 y 3 CE); en el mismo sentido las leyes ordinarias, con particular acento la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Dejo por ahora otros aspectos para referirme a la repercusión de la determinación de la filiación materna en cuanto alcanza al hijo, y poder compararla con lo que la misma afecta a la madre.

En efecto: la determinación de la maternidad tiene para el hijo particular trascendencia: no sólo crea una relación jurídica (filiación materna) con todas las consecuencias legales (en este aspecto, idéntica a la paterna), sino que es el dato básico para establecer, por su mediación, la paternidad¹¹. La maternidad deviene, así, dato primero y elemento

¹¹ Ello ocurre con toda seguridad y con carácter de exclusividad en la matrimonial (arts. 115-1.º y 116 CC), y casi siempre en la realidad, y debiera serlo en el orden lógico y jurídico también, en la filiación no matrimonial, pues aunque nuestro Código permita al sedicente padre reconocer como hijo suyo a un niño del que no conste la maternidad jurídica, es evidente que el reconocedor normal sólo puede y debe reconocer al que cree haber pro-

imprescindible¹² para la determinación de la paternidad también; y luego, como consecuencia, para crear la relación jurídica a la que el Derecho vincula el cumplimiento de los deberes éticos y obligaciones jurídicas propias de la paternidad/maternidad, a que alude el artículo 39 de nuestra Norma fundamental.

Mas, con ser ello muy importante –innecesario insistir por obvio–, no es el único aspecto trascendente de la maternidad jurídica: ésta constituye, por otro lado y a la vez, el dato más importante en la identificación de la persona frente a «los otros», primer elemento definidor de la identidad personal de cada individuo, por el que éste queda vinculado uni o bilinealmente a una estirpe y a un parentesco, a un pasado y a una ascendencia individual y familiar, por el que queda relacionado como persona en la sociedad. La maternidad proporciona, así, el primer dato y facilita la determinación del segundo (paternidad) sobre el origen de la persona, su individualización, su anclaje biológico, vivencial por tanto, en la sociedad en la que se integra.

Ese origen biológico y la herencia genética que comporta la maternidad (y, por conducto de ella, la paternidad también) constituyen la base caracterológica a partir de la cual se cimenta y construye la personalidad del individuo, que se abre luego a otras influencias y se desarrolla en todos los sentidos. Ese origen biológico y herencia genética –cuyo conocimiento sólo es posible, en principio, a partir de la identidad de la madre– proporcionan los datos mínimos e imprescindibles para conocer la estructura primera, profunda y causal de la personalidad del individuo, los datos y elementos que contribuyen a su inicial formación y a veces a su propia deformación.

Permitir que la maternidad quede desconocida supone negar al hijo el conocer de dónde viene, quién es, a quién o quiénes debe no tanto su abstracto origen y metafísica esencia y existencia cuanto algo tan humano, concreto e individual como es su talla baja o su obesidad incipiente, ser rubio o mulato oscuro, la proclividad para ciertas enfermedades hereditarias (dato cada día más relevante), su carácter introvertido o su predisposición a la demencia senil (cuya herencia genética se ha localizado en el cromosoma 21, como la de la depresión en el cromosoma 11), su aptitud para la música o su ineptitud para las ciencias abstractas, todo lo cual se transmite y hereda genéticamente, como es conocido, y cada día preocupa más a los humanos, ahora que la Genética está permitiendo explicar procesos y realidades humanas que antes nos resultaban secretos.

creado, el nacido de sus relaciones con una mujer determinada: ¿qué significa reconocer a un niño de madre desconocida sino puro reconocimiento de complacencia, mendaz, mera (o especie de) adopción sin pasar por los requisitos y procedimiento más complejos de ésta?

¹² Imprescindible racionalmente, aunque algunos legisladores, como el nuestro, se salte a veces esa racionalidad mínima y permita que se constituya la filiación paterna de otra forma y al margen de ese esquema racional, sólo justificable ello (y no de otro modo) en la propia naturaleza incierta (antes más que ahora) de la paternidad.

La identidad de la persona y su conocimiento por cada individuo es la base de la propia estima (positiva o negativa), del sentido que cada uno tiene de la dignidad de la persona, y es fundamental en el inicial desarrollo de la personalidad: ¿qué es, si no, la persona en cuanto tal, en su entidad más trascendente y de tejas para abajo (porque si lo situamos en otro terreno dejamos de hablar en términos jurídicos y podemos perdernos)?

Creo que es inseparable de la idea de persona, ontológica y jurídicamente, la de su identidad individual y la construcción de la compleja personalidad de cada uno, a cuya conformación humana y jurídica, individual y social, contribuye no ya destacadamente sino de forma única, imprescindible y como elemento primero el conocimiento y la determinación de la filiación materna, único dato seguro a aquel respecto (los otros, insisto, son inseguros y relativos). Añádase a todo ello, si se quiere, otras proyecciones biológicas y afectivas vinculadas a la maternidad, a los largos meses de gestación y recíproco intercambio de vida entre madre e hijo, en lo que prefiero no insistir ahora para no desviar mi discurso del estricto terreno jurídico.

3. EL DERECHO A CONOCER LA PROPIA IDENTIDAD Y ORIGEN DE LA PERSONA Y SU RELACIÓN CON LA MATERNIDAD

3.1 En general

En un plano estrictamente jurídico creo firmemente que toda persona tiene un derecho superior e inalienable a conocer su propio origen; derecho cuyo fundamento normativo va más allá del mero derecho constitucional a la libre investigación de la paternidad y la maternidad del artículo 39.2 CE. Derecho aquél que, por cuanto acabo de razonar, puede considerarse como un derecho fundamental de la persona y debe ser tratado y protegido en ese plano jurídico, con todas sus consecuencias.

Hace largos años me preocupó esta cuestión e hice una afirmación semejante, con menos energía y alguna duda entonces¹³. Luego se han ocupado de esto mismo otras personas¹⁴ con más detenimiento. Hoy me permito insistir, con mayor convicción, en el sentido dicho: el conocer el propio origen es un derecho fundamental de toda persona, relacionado (en cuanto que la determina) con su identidad de persona concreta y dife-

¹³ Cfr. mis trabajos «La filiación en Cataluña en el momento actual», *Temas de Dret civil català*, Quaderns de Ciències Socials, 1984 (6), pp.143-144; y «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo xx*, Vitoria, 1987, pp. 160 ss.

¹⁴ E. ROCA TRIAS, «Adopción y datos biogenéticos: el proyecto genoma humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad», en *El Derecho ante el proyecto genoma humano*, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, Madrid, 1994, pp. 221 ss.; y C. QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *ADC*, 1994 (2), pp. 237 ss. (*passim*).

renciada de cualquier otra, individual y socialmente; por tanto, también con su propia personalidad, a cuya definición y desarrollo contribuye desde sus primeros estadios y en el futuro. Derecho relacionado igualmente con la dignidad de la persona¹⁵ y con su propia intimidad¹⁶ en sentido positivo, a la que afecta muy directamente. Su fundamento jurídico-constitucional se halla, por tanto, al menos, en los artículos 10 y 18 CE (cfr. STS de 15 de marzo de 1989)¹⁷.

Quiero insistir sobre todo –aun a riesgo de reiterativo– en la contribución del conocimiento del propio origen (por lo que aquí interesa, la determinación de la maternidad como dato primario para ello) a la definición biológica y sociojurídica de la identidad de la persona, del propio ser individual de cada uno como entidad de persona diferenciada de los otros: la personalidad caracterizada por su unicidad (como una e inescindible es la persona), *a priori* o presupuesto de todo lo jurídico, de todos los derechos, incluso los más fundamentales.

En este sentido, la protección de esa identidad ontológica y jurídica de la persona se sitúa al más alto nivel ético y jurídico, el más próximo a la vida y por encima incluso de todos los otros bienes y valores y derechos fundamentales en tanto que *príus* lógico e imprescindible de los mismos. El derecho al respeto de la dignidad de la persona, a la libertad (cualquier libertad), a la intimidad, al honor, etc., requieren ir referidos a una persona concreta; y ésta viene a su vez definida por su propia identidad o autorreferencia individual y social: ¿quién soy yo, ser libre, persona cuya dignidad y honor merecen respeto y están protegidos, etc.? –puede preguntarse cualquiera–. Si esto parece razonable, cómo no admitir que el primer derecho de toda persona sea el de conocer su propia identidad, quién es, qué datos individuales y sociales lo definen e individualizan frente a «los otros», de dónde viene (como presupuesto para conocer y definir su itinerario vital, biográfico, en el que se integran todas las demás acepciones jurídicas y derechos).

¹⁵ «El ser humano se diferencia esencialmente del animal por el conocimiento de su origen; en ello puede verse un elemento de dignidad (...). La dignidad del ser humano consiste precisamente en la unidad de su existencia espiritual y física, que le capacita para una existencia histórica (...). Si el donante de esperma es anónimo (...) se interviene de manera irreparable en la existencia histórica del niño así procreado, lo que debe ser considerado como una violación de la dignidad del ser humano» (STARCK, «1. Teilgutachten Verfassungsrechtliche Probleme» (Informe al 56 Congreso de Juristas Alemanes), *Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, Munich, 1986, p. 24. Véase también cómo el nuevo artículo 24.2-g) de la Constitución federal suiza (modif. 1992) relaciona el derecho a conocer el propio origen con la dignidad humana.

¹⁶ Cfr. STS de 13 de marzo de 1989: « (...) Como es natural, el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos iniciativos de la misma; pero sí hacer referencia a todos aquellos biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos, como ocurre con los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc., de una persona».

¹⁷ Véase la amplia y sólida argumentación en ese sentido de mi discípula C. QUESADA, *op. loc. cit.*, pp. 245 ss.

3.2 Otras proyecciones del derecho a conocer la propia identidad y origen

De la importancia del conocimiento del propio origen, y de los problemas psíquicos que conlleva su desconocimiento o la duda a ese respecto, se han ocupado antropólogos, psicólogos, médicos y juristas en relación, particularmente, con los hijos adoptivos y en cuanto al derecho de éstos a conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores¹⁸. Los psicólogos y psiquiatras –sobre todo los anglosajones, pero también otros: la bibliografía es amplísima¹⁹– han demostrado que un interés sano y razonable, y aun la obsesión a veces por conocer el propio origen biológico, es frecuente a cierta edad (en la adolescencia, sobre todo) y va muy vinculado con la época o etapa vital, variable según sexo e individuo, del desarrollo y afirmación de la personalidad, y se acentúa en los casos en que la situación concreta de la persona le crea dudas acerca de su origen, o lo desconoce (caso de la adopción)²⁰.

Algunos autores insisten en que el interés por conocer el propio origen no es anormal o patológico, sino que se presenta como una natural manifestación en ciertas fases del desarrollo de la personalidad (primera juventud) y como una exigencia de su afirmación, a cuyo efecto se buscan puntos de referencia concretos (de tipo somático, caracterológico y afectivo) ante la relatividad y multiformidad biológica, psicológica y ética con que se encuentra aquella personalidad inmadura en busca de su propia definición, o cuando las referencias próximas que tiene no coinciden con las que él intuye o con las que le llegan de fuera. Aquella necesidad psíquica y

¹⁸ Me he ocupado de esta cuestión en mi ponencia al II Congreso Mundial Vasco, «La investigación de la mera relación biológica...», *loc. cit.*, pp. 161-162. Menos estudiada esta cuestión en nuestro país, ha dado lugar, en cambio, a amplia bibliografía en la doctrina extranjera: a título de ejemplo sólo (pues excede de lo que aquí interesa), M.T. MEULDERS-KLEIN (coord.), *Adoption et formes alternatives d'accueil. Droit belge et Droit comparé*, Bruselas, 1990; P. VERDIER-M. SOULÉ, *Le secret sur les origines*, París, 1986; G. VOGÜE-E. RICARD, *L'enfant a droit à son père*, París, 1994; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexions sur les mythes fondateurs du droit comtemporain de la famille», *RTDC*, 1995-2, p. 263; C. SCOGNAMIGLIO, «Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali», *Giur. ital.*, 1988, I-2, pp. 106 ss.; S. PATTI, «Sulla configurabilità di un diritto di la persona di conoscere le proprie origini biologiche», *Dir. Fam. e Pers.*, 1987, pp. 1316 ss.; H. HUMPHREY-M. HUMPHREY, «Damaged identity and the research for kinship in adult adoptees», *British Journal of Medical Psychology*, 1989, pp. 301 ss.; T. L. BLANTON-J. DESCHNER, «Biological mother's grief. The postadoptive experience in open versus confidential adoption», *Children Welfare*, 1990-6, pp. 525 ss.

¹⁹ Véase, por ejemplo, S. PATTI, «Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origine biologiche», *Dir. Fam. e Pers.*, 1987, II, pp. 1315 ss. Cfr. también la de la nota anterior.

²⁰ Para que se vea que cuanto digo es más real y vivencial que mera lucubración jurídica recordaré, como ejemplo inmediato de los días en que esto escribo, la película «Secretos y Mentiras» (director y guionista, Mike Leigh; título original «Secrets and Lies»), en la que la protagonista dice en cierto momento: «necesitaba conocer quién fue mi madre» (o expresión equivalente, cuya literalidad no recuerdo). En cuanto a otras consecuencias humanas, me remito a lo que aparece en esa obra cinematográfica.

vital y estos datos referenciales confusos o inexactos son causa de graves problemas personales, psiquiátricos incluso, en la formación y desarrollo de la personalidad del individuo que conoce de forma natural o adivina que su origen biológico no coincide con su filiación jurídica, por lo que para los psicólogos, pedagogos y muchos juristas el problema no es ya el de decir la verdad acerca de su origen al interesado (que ven como inevitable), sino cuándo (edad, situación personal) y quién y cómo (los allegados, terceros expertos, con asistencia psicológica o no, etc.).

Otro ámbito donde se ha planteado idéntica preocupación y que ha llevado a juristas y otros especialistas a preguntarse por este problema del origen biológico es el de las procreaciones asistidas y en relación con el nacido de inseminación artificial con material genético de donante. En este terreno la cuestión ha sido muy debatida, y la doctrina y los ordenamientos jurídicos van inclinándose progresivamente a favor de permitir al así nacido el conocer a cierta edad (y en algún caso, con ciertas limitaciones) la identidad del donante de gametos, aunque ello no signifique instaurar ninguna relación de filiación u otra^{21 y 22}.

3.3. La cuestión del origen de la persona en los ordenamientos jurídicos

Cuestión tan importante y grave como la apuntada no podía dejar de trascender al plano jurídico y a los Derechos positivos, aunque se ha producido en forma y con alcance diverso. De todos los Ordenamientos jurídicos del mundo occidental, donde se ha visto esta cuestión con más claridad y ha quedado mejor definida es en *Derecho alemán*, en el que su doctrina más prestigiosa y la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional federal han considerado el derecho a conocer el propio origen biológico como un derecho fundamental de la persona, cuya protección basan en el ámbito del derecho general de la personalidad del parágrafo 1.1 en relación con el 2.1 de la *Grund Gesetz*. Con cierto antecedente en la sentencia del BGH de 11 de noviembre de 1981, se ha consolidado esa calificación y protección tras las sentencias del Tribunal Constitucional de 18

²¹ Véase mi trabajo «La investigación de la mera relación biológica...», *loc. cit.*. Y también S. PATTI, *op. loc. cit.*, y, del mismo, «Verità e stato giuridico della persona», *RDC*, 1988, 2, pp. 231 ss. (y biografía que cita). Para el Derecho alemán, cfr. GIESEN, «Heterologe Insemination. Ein neues legislatorisches Problem?», *FamRZ*, 1981, pp. 413 ss.; BENDA, «Humangenetik und Recht-Eine Zwischenbilanz», *NJW*, 1985, pp. 1730 ss.; K. MULLER, «Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation», *FamRZ*, 1986, pp. 635 ss.

Como referencia más reciente citaré una periodística: «Diversos juristas defienden el derecho de los hijos in vitro (*sic*) a conocer a su padre biológico», diario *La Vanguardia*, 17 de febrero de 1997 (en la misma fecha apareció en *El País* un suelto con título parecido y relativo a una reunión de juristas en Valencia por esas fechas, y con cita en ambos diarios de los profesores MONTES y VIDAL).

²² Excútese que no me detenga en estas cuestiones, cuyo estudio detenido desborda mi propósito y no me corresponde aquí, y que traigo ahora sólo como muestra de la importancia real que tienen para la persona las dudas acerca de su propio origen y la necesidad vital y profunda de conocerlo.

de enero de 1988 (que consideró que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer a través de su madre el nombre del padre, derecho y conocimiento protegido en el ámbito del derecho general de la personalidad aludido), la de 31 de enero de 1989 (que declaró inconstitucional el § 1596 BGB en cuanto que limita a ciertos supuestos la impugnación de la paternidad matrimonial por parte del hijo), y la más reciente de 26 de abril de 1994, que ha dicho que el derecho general de la personalidad, que implica el derecho a conocer el propio origen, queda violado por la limitación a ciertos plazos del derecho del hijo mayor de edad para impugnar su paternidad, plazo cuyo límite impide la investigación judicial de la verdadera filiación, y declaró inconstitucional el § 1598 *in fine* BGB (que establecía tal plazo preclusivo)^{23 y 24}.

Algo semejante ha ocurrido en *Suiza*, donde prestigiosos autores han defendido el derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico por encima de otros derechos en conflicto²⁵, frente a un criterio contrario de su Tribunal Supremo federal; discusión zanjada con la reforma de la Constitución suiza en 1992 (17 de mayo), que confiere a la Confederación suiza la función de garantizar «la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia, y se acomodará sustancialmente a los

²³ En relación con las sentencias del BGH citadas, la de 11 de noviembre de 1981, en *FamRZ*, 1982, pp. 159 ss. (con comentario de GÖPPINGER en *Juristische Rundschau*, 1982, pp. 149-150) (en el mismo sentido, las sentencias del LG. Saarbrücken de 13 de diciembre de 1990, en *Der Amtsvormung*, 1991, p. 338; y la del Amts G. Gemünden a. Main de 2 agosto 1989, en *FamRZ*, 1990, p. 200); la de 18 de enero de 1988, en *FamRZ*, 1989, p. 147 (cfr. GIESEN, «Genetische Abstammung und Recht», *Juristenzeitung*, 1989, pp. 366 ss.); la de 31 de enero de 1989, en *FamRZ*, 1989, p. 255, y *NJW*, 1989, p. 91 (cfr. GIESEN, *op. loc. cit.*, y COESTER-WALTJEN, «Kunstliche Fortpflanzung und Zivilrecht», *FamRZ*, 1992, p. 372); la de 26 de abril de 1994, en *BVerfGE* 90.263 y en *NJW*, 1994, p. 2475.

Sobre esta cuestión en la doctrina alemana, véase KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, 1976, pp. 51 ss.; KNÖPFEL, «Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern», *FamRZ*, 1985, pp. 563 ss.; ENDERS, «Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung», *NJW*, 1989, pp. 881 ss.; y los ya citados GIESEN y COESTER-WALTJEN, obras y lugares mencionados (favorables, todos esos autores, a considerar un derecho constitucional al conocimiento del verdadero origen y filiación). Con posición matizada o contraria, FRANK, «Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung», *FamRZ*, 1988, pp. 113 ss.; HASSENSTEIN, «Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung», *FamRZ*, 1988, pp. 120 ss.; DEICHFUSS, «Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutmässigen (genetischen) Abstammung?», *NJW*, 1988, p. 114 (obsérvese que todos esos autores y obras son anteriores a las sentencias del Tribunal Constitucional federal antes citadas).

Como más asequibles para el lector hispano, cfr. C. QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho ¿constitucional? a conocer...», *loc. cit.*, pp. 239 ss.; y F. FURKEL, «Chronique de Droit civil allemand», *RTDC*, 1995 (3), pp. 698-699.

²⁴ En Alemania se ha llegado a sugerir, para garantizar el derecho del niño a conocer su filiación biológica, el amenazar a la madre con retirarles el ejercicio de la patria potestad en el caso de que se niegue a comunicar el nombre del padre. Cfr. HINZ, en el *Münchener Kommentar* (ed. 1992), ad § 1706, núm. 5, y R. FRANK, «La signification différente attachée à la filiation par le sang en Droit allemand et français de la famille», *Rev. Intern. Dr. Comparé*, 1993 (3), p. 643.

²⁵ Cfr. HEGNAUER, *op. cit.*, p. 95 (y autores suizos que cita); GROSSEN, en AA.VV., «Adoption et formes alternatives d'accueil» (dir. MEULDERS-KLEIN), Bruselas, 1990, p. 298; y O. GUILLOT, «Switzerland: everyone has the right to know his or her origine», *Journal Law Family*, 1993 (4), pp. 465 ss.

siguientes principios: [...] g) el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia está garantizado» (art. 24.2) (obsérvese que vincula ese derecho al conocimiento del ascendente de toda persona al derecho a la dignidad humana, de la personalidad y de la familia).

En los *Ordenamientos latinos* ha preocupado menos esta cuestión, si bien se ha planteado recientemente en relación con la adopción (posibilidad de que el adoptado llegue a conocer la identidad de sus progenitores) y con la filiación resultante de IAD (anonimato o no de la identidad de donante de gametos). En Derecho francés e italiano las posiciones son variadas y ambiguas (y menos abiertas que en Derecho alemán y suizo), aunque discutidas por la doctrina²⁶ y objeto de reformas y proyectos legislativos.

Viniendo ya a *nuestro Ordenamiento jurídico*, donde no hay regulación directa ni pronunciamiento expreso por ahora de nuestro Tribunal Constitucional, una importante consecuencia de esa consideración del derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental de la persona, si se acepta la calificación que propongo —en la que coincide cierto sector doctrinal— es que habrán de ser consideradas como opuestas a la Constitución (que lo garantiza) cuantas normas nieguen o cercenen aquel derecho; del mismo modo que el Tribunal Constitucional alemán ha declarado inconstitucionales algunos párrafos de los §§ 1596 y 1598 BGB. Por ahora no me atrevo a pronunciarme a este respecto con más vehemencia cuando todavía se halla pendiente de resolución por nuestro Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ciertos artículos de la LTRA'88 que consagran el anonimato de donante de gametos y la imposibilidad de su conocimiento por el nacido a resultas de esa técnica y de la IAD²⁷. Aunque el objeto del recurso se concreta a esta última cuestión, cabe esperar que en el razonamiento jurídico de la sentencia correspondiente aparezcan ideas y pronunciamientos que alcancen al problema más amplio a que aquí aludo y quede despejado el interrogante planteado.

²⁶ En cuanto a la doctrina francesa, véase P. RAYNAUD, «L'acte de naissance de l'enfant naturel», *Melanges G. Marty*, Toulouse, 1978, pp. 908 ss.; y «L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence?», *Dalloz*, 1980, *Chronique*, pp. 1 ss.; R. FRANK, *op. loc. cit.*, pp. 637 ss.; P. VERDIER-M. SOULÉ, *Le secret sur les origines*, París, 1986; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Une importante réforme en Droit de la famille par la loi núm. 93-22, du 8 janvier 1993», *JCP*, 1993.I.3659, núms. 13 ss.; J. MASSIP, «Les modifications apportées au Droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», *Defrenois*, 1993.634; F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi 93-22, du 8 janvier 1993», *Recueil Dalloz-Sirey*, 1994, *Chron.*, 22 ss.

Por lo que respecta al Derecho italiano, cfr. S. PATTI, obras y lugares citados en las notas 19 y 21 (y referencias bibliográficas que contiene).

²⁷ Recurso interpuesto el 24 de febrero de 1989 (fundado, sustancialmente, en que el carácter anónimo de la donación de gametos iría en contra del principio constitucional de la libre investigación de la paternidad, y por infracción de la garantía constitucional de la protección de la familia) y admitido a trámite bajo el número 376/1989 el 13 de marzo del mismo año.

III. ANTECEDENTES Y SISTEMAS JURÍDICOS EN ORDEN A LA FILIACIÓN MATERNA

Antes de entrar directamente a estudiar todas las cuestiones apuntadas en nuestro Ordenamiento vigente, resultante de fuerzas sociales variadas y componentes históricas, puede resultar luminoso, para su mejor conocimiento y valoración, un examen diacrónico y comparativo (con otros sistemas jurídicos). Dicho en términos más sencillos: sugiero estudiar los problemas apuntados con una referencia histórico-evolutiva, siquiera mínima, a partir del pasaje paulino en D.2,4,5 hasta nuestros días; y paralelamente, ver cómo han resuelto otros pueblos y ordenamientos idénticos problemas de la maternidad, cuya problemática natural y sustancial es idéntica y apenas difiere hoy la realidad social en el mundo y cultura occidental a que pertenecemos²⁸.

1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA (SUCINTA) DE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD

La «historia» jurídica de la maternidad es, ya que no breve, muy pobre en cuanto a datos e hitos en las fuentes y Ordenamientos jurídicos –a diferencia de la paternidad, de larga y compleja historia–. Las primeras referencias valiosas a nuestros efectos las encontramos en el Derecho Romano –inútil ir más allá en busca de antecedentes fiables–, en juristas del siglo II, donde no es única ni aparece aislada la célebre máxima paulina *mater semper certa est*, aunque por su claridad y contundencia sea la más conocida. Empezaré por ella, por Paulo.

1.1 Derecho Romano. El pasaje paulino, y concordantes

El tit. IV del libro II del Digesto (*de in ius vocando*), tras recoger un texto de Paulo que define la *in ius vocatio* («in ius vocare est iuris experiundi causa vocare»: D.2,4,1), va mencionando quiénes pueden o no ser citados a juicio. En D.2,4,4 un texto de Ulpiano (libro V. *ad Edictum*) se refiere, citando al Pretor, a que no sean llamados a juicio los ascendientes, descendientes y otros parientes y personas²⁹, aclarando quiénes son parientes; y luego, en D.2,4,3 añade: «Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt; nec tamen, ut Severus dicebat, ad

²⁸ No voy a hacer historia jurídica ni Derecho comparado. No soy especialista en una ni otro, ni dispongo de tiempo y medios idóneos, ni aptitud suficiente. Dejo una y otra cuestión a los expertos respectivos. Exploraré ambos terrenos a los limitados fines sugeridos, en vista e interés de nuestro propio Derecho, para su mejor comprensión e interpretación, *de lege data*, pero también, quizá inevitablemente, *de lege ferenda*.

²⁹ Esa prohibición de citación a juicio de ciertos parientes se debía a que fue considerado en Derecho Romano, y luego durante largo tiempo –cfr. Juan SALA, *Digesto romano-español*, Madrid, 1844, coment. libro II, tit. IV (Del emplazamiento. *-De in ius vocando*), 2 ss.– como ignominioso («Como el emplazamiento se consideraba una cosa ignominiosa, algunas personas no podían ser emplazadas, y otras sólo con la venia del pretor»).

solos iustos liberos, sed et *si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*». Es decir, «pero no sólo, como decía Severo (alcanza la prohibición) a los descendientes legítimos, sino que, aunque haya nacido del vulgo (por obra de cualquiera), *no citará el hijo a juicio a su madre*».

Ese es el antecedente del texto de Paulo (libro IV, *ad Edictum*), donde, a modo de continuación del anterior (terminado en coma, y continuando con minúscula en las versiones modernas), se dice: «*quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est...*». Obsérvese que el sujeto de la oración, «mater», no aparece en el pasaje paulino³⁰ sino en el anterior, de Ulpiano (*matrem in ius non vocabit*).

Hay que destacar de ese texto que no trata directamente de maternidad o paternidad, ni va dirigido *per se* a resolver problemas de esa índole, sino que se inserta al abordar una cuestión procesal, la *in ius vocatio*, incidentalmente; y que se opone la cuestión de la maternidad derivada de relaciones con cualquiera (del *filius vulgo conceptus*) al problema de la paternidad en matrimonio; con curioso (o deliberado) paralelismo con el anterior texto ulpiano en que frente a los *iustos liberos* se opone el *vulgo quaesitus filius* (otra vez el concebido por «el vulgo», por obra de cualquiera)³¹. Oposición esa no desusada, que puede encontrarse de nuevo en textos posteriores romanos y medievales.

Por otra parte, ambos textos (con más claridad el de Paulo) se limitan a afirmar la certeza de la maternidad: en expresión directa y unívoca el paulino, e implícita en el de Ulpiano (que prohíbe al *vulgo quaesitus filius* el citar a juicio a su madre porque aun en ese caso no cabe duda de que lo es).

Otro pasaje de Celso, en D.1,5,19,pr. (*liber XXIX Digestorum*), es muy semejante a los anteriores: «*quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrem sequitur*». La idea es la

³⁰ Intentando reconstruir Otto LENEL el texto de Paulo en relación con sus antecedentes en la obra de que procede éste («Ad Edictum»), propone lo siguiente: «131. (*Etsi vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*), quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant» (la cursiva es del autor) (*Palingenesia Iuris Civilis, Pauli ad Edictum, lib. IV*, volumen prius, Lipsiae, 1889, p. 974).

Sobre la autenticidad del texto paulino, cfr. KASER, *Römischen Privatrecht*, Munich, 1955, pp. 290 ss.; SCHULZ, *Classical roman Law*, Oxford, 1951, p. 143; SOLAZZI, «Pater est quem nuptiae demonstrant», *Iura*, 1956, pp. 131 ss.; F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazioni in diritto romano: II. La c.d. presunzione di paternità*, Bologna, 1964, pp. 48-49.

³¹ Aunque es discutido el significado y alcance (incluso temporal) del «*tollere liberum*» (cfr. F. LANFRANCHI, *op. loc. cit.*, pp. 49 ss.; y mi obra *La presunción de paternidad legítima*, cit., pp. 173-178), ha sostenido la doctrina romanista italiana que hubo una importante relación entre el *tollere liberum* y el *vulgo conceptus filius*: si el paterfamilias no recogía del suelo el presunto hijo que le era presentado, era considerado éste *vulgo conceptus*: véase SOLAZZI, «Pater est quem nuptiae demonstrant», *Iura*, 1956, pp. 131 ss.; LANFRANCHI, *op. loc. cit.*, y «Prime considerazione sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico», *Studi Volterra*, 1958, pp. 32 ss (41); VOLTERRA, «Un'osservazione in tema di tolle liberum», *Festschrift Schulz*, I, 1951, pp. 388 ss.

misma que en los textos de Ulpiano y Paulo: los hijos nacidos en matrimonio siguen al padre (porque el matrimonio determina paternidad); los concebidos fuera del matrimonio, por obra de cualquiera, siguen a la madre (porque su paternidad es desconocida). Aparece, pues, de nuevo la idea implícita de la certeza de la maternidad, aunque conciba del vulgo, y que la paternidad deriva del matrimonio.

No conozco más textos romanos relativos a maternidad³². Hay algún otro que reitera la referencia indirecta a paternidad: uno de Paulo, en D.23,2,65,1 (*liber VII Responsorum*): «...et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse»; otro, una constitución del emperador Gordiano, en C.5,4,6 (relativo a matrimonio contraído contra mandato del príncipe): «*et ideo postea liberos susceptos natosque ex iusto matrimonio legitimos esse, responsum viri prudentissimi Pauli declarat*». En este segundo se reitera la misma idea que en el primero y con apoyo en la respuesta de Paulo, precisamente (del texto anterior).

1.2 Derecho español. De la Edad Media a la Codificación

A) En la Edad Media española se puede constatar la ausencia de textos legales que aludan de modo directo a la maternidad, si bien está presente, explícita o implícita, la idea de la certeza de la maternidad frente a la incertidumbre de la paternidad, a cuya determinación van dirigidas todas las reglas y normas de los principales cuerpos legales, sea en los Fueros generales o locales³³, ya en las Partidas y Leyes de Toro.

Es curioso que en las Partidas los pasajes más expresivos para lo que aquí interesa están fuera del ámbito de la filiación (que tiene, sin embargo, normas específicas), y que en este ámbito apenas puede encontrarse ningún texto medianamente aprovechable. Así, en la Partida VI,13,11 («*quales hijos, de aquellos que non son legítimos, pueden heredar a sus madres*») aparece la expresión más clara y contundente a nuestros efectos: «*las madres siempre son ciertas de los hijos que nascen dellas; por esta razón, todo fijo debe heredar en los bienes de su madre en uno con los otros hijos legítimos que nascen della*»³⁴. Y en Partida VI,13,12 («en

³² Aunque no hay ningún texto romano que lo diga directamente, hay otros que permiten pensar que en la mente de los juristas romanos maternidad era equivalente a parto. Así, en D.1,5,14: «... *partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur*»; y D.1,5,16: «*idem edit, si eadem Arescusa primo duo pepererat, postea geminos ediderat, dicendum est enim, non posse dici utrumque ingenuum nasci, sed eum, qui posterior nascitur. Quaestio ergo facti potius, non iuris*».

³³ Cfr. GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969, *passim*.

³⁴ No es muy explícita la glosa de GREGORIO LÓPEZ a esta Ley de Partidas: «Dice el Filósofo en el lib. 1. *de generatione animalium*, que en la generación la mujer suministra la materia informe, la que recibe su forma de la fuerza formativa que existe en el semen del varón. Además, las funciones de la hembra en la generación son más trabajosas que las del hombre, y sabe ella mejor, qué hijos le pertenecen; de ahí es que, según el mismo filó-

qué manera pueden heredar entre sí los hermanos que son dichos naturales») reitera la misma idea de certeza de la maternidad: «fijo natural, que non es nacido de legítimo matrimonio, si muriere sin testamento, non aviendo fijos nin nietos nin madre, entonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deven haber todo lo suyo; [...]. E esto es, *porque los hermanos que les pertenescen de parte de su madre, son ciertos*, e los de parte de padre son en dubda». He ahí, otra vez, la oposición romana de certeza de la maternidad frente a la incerteza de la paternidad.

En la Partida IV, tit. 13 («de los fijos legítimos»), 14 («de las mugeres que tienen los homes que non son de bendiciones») y 15 («de los fijos que non son legítimos») se trata ampliamente la determinación de la paternidad, incluso la legitimación de los hijos naturales, pero todas las alusiones a maternidad y madres son vagas («los fijos que nascen dellas») y dan por supuesto lo que es, como la cosa más natural o sencilla del mundo. De esos y otros pasajes, como Partidas IV,19,3 y IV,19,5³⁵, puede deducirse, por otro lado, que en dicho cuerpo legal se identifica maternidad con parto.

La misma imprecisión que en Partidas encontramos en las Leyes de Toro, de las que la más conocida, la ley 11, relativa al hijo natural, sólo alude a que «sus padres podían casar *con sus madres* justamente sin dispensación». Mas (dato importante) en esa ley, en que se exige el reconocimiento del padre para la determinación de la filiación natural (en los términos que la define), no exige, en cambio, el reconocimiento de la maternidad³⁶, lo cual acredita la vigencia del principio *mater semper certa est* en su concepción y régimen de la filiación, y la no necesidad de determinación voluntaria por la madre. La ley 10 habla también de *madres*, reiteradamente, sin otra precisión.

En todo caso se puede sacar la conclusión de que la maternidad no creó problemas jurídicos de definición o determinación, vinculada siempre al hecho del parto y a la idea de certeza; conclusión esa a la que llega también un especialista en filiación en esa época, Gacto Fernández, para

sofo, lib. 9. *Ethi corum*, el amor de la madre es más profundo: a más de que son mayores los cuidados de la misma para la educación de los hijos, y de ahí es que, dice el Ecles. cap. 7 vers. 29, *gemitum matris tuae ne obliviscaris*» (ed. Barcelona, 1843, p. 702). Las glosas a la ley 12, y demás citadas en el texto, son más intrascendentes a nuestros efectos.

³⁵ Ahorro la transcripción íntegra de esos textos, para citar sólo los pasajes que interesan aquí. En Partida IV,19,3 («en cuya guarda, del padre, e de la madre deven ser los fijos, para nodrecerlos, e criarlos») se dice: «Nodrescer, e criar *deven las madres a sus fijos*, que fueren menores de tres años, e los padres a los que fueren mayores desta edad. Empero, *si la madre fuesse tan pobre (...)*. Pero si la madre los oviesse de guardar...». Partida IV,19,5 («A quales fijos son tenudos los padres de criar, e quales non»): «Engendran los omes fijos en sus mugeres, legitimas, e a las vegades en otras, que no lo son (...). Ca *los fijos que nascen de las mugeres* de bendición (...). Esto mismo es, de *los que nascen de las mugeres*, que tienen los omes por amigas manifestamente (...).».

³⁶ Así lo entendió y aplicó la STS de 30 de junio de 1865 (citada por NAVARRO AMANDI, *Código Civil de España*, Madrid 1880, I, p. 134, y por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Tecnos), Madrid, 1984, I, p. 886.

quien «constando siempre la identidad de la madre en la práctica por el mismo acto del nacimiento, nunca planteará el problema de la incertidumbre de la maternidad»³⁷. Por ello mismo afirma ese autor que «acerca de la madre no se dispone nada (en los grandes fueros y otros cuerpos legales), signo inequívoco de la vigencia del antiguo aforismo romano *mater autem semper certa est*»³⁸.

Hay que llegar al siglo XIX para encontrar alguna novedad en esta materia, pues hasta su segunda mitad siguen vigentes las Leyes de Partidas y de Toro antes citadas (estas últimas reproducidas en la Novísima Recopilación, libro X, tit. V («de los hijos, su emancipación y legitimación») y XX («de las herencias, mandas y legados»), textos en los que no se hace referencia concreta a maternidad —ni siquiera en la ley 5.^a, que reproduce la 9.^a de Toro relativa a «casos en que los hijos bastardos e ilegítimos pueden o no heredar a sus madres ex testamento o ab intestato»—.

B) *El Proyecto de 1851* tampoco hace alusión directa a la maternidad, pero contempla en varios preceptos el reconocimiento voluntario por la madre junto al paterno: así, en el artículo 119 (necesidad de reconocimiento previo de «los padres del hijo natural» para la eficacia de la legitimación), 122 («los padres de un hijo natural podrán reconocerle de común acuerdo»), 123 («para el reconocimiento por uno solo de los padres bastará...»), 125 («cuando el padre y la madre separadamente reconozcan un hijo natural, no podrán revelar...»). Luego, el artículo 127 establecía: «se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio». Comentando ese precepto, justifica García Goyena la prohibición de la investigación de la maternidad apelando a la reputación de la madre, y añade: «contra estas consideraciones importa poco decir que la maternidad es un hecho físicamente cierto y susceptible de pruebas positivas; la investigación de la paternidad, limitando su derecho y ejercicio al hijo, carece de todos los inconvenientes mencionados, y sin embargo, no se permite, aún cuando haya un reconocimiento expreso del padre en un instrumento privado».

Como puede comprobarse, en ese Proyecto, por influencia del *Code Napoleon*, se rompe la línea y concepción romana del *mater semper certa est* y no necesidad del reconocimiento para su determinación. Influencia que ha perdurado como un pesado lastre del que no ha sabido desprenderse el legislador español en toda la historia posterior de la filiación (en la que no ha dejado de influir el Derecho positivo y la doctrina francesa).

C) Así, en el artículo 51 de la *Ley del Registro Civil de 1870* se impedía la expresión de la identidad del padre y abuelos en la inscripción

³⁷ *Op. cit.*, p. 77. Más adelante añade el mismo autor que «cuando no existiera duda sobre la identidad del progenitor, conocida siempre, como hemos visto, la de la madre, el hijo goza de la condición de natural si entre ellos no mediaba alguna causa...» (p. 78).

³⁸ *Op. cit.*, p. 68.

del nacimiento del hijo ilegítimo (que entonces era el ilegítimo no natural), salvo que voluntariamente declarara su paternidad aquél por sí o por apoderado; y añadía: «lo mismo se observará en cuanto a la expresión del nombre de la madre y de los abuelos maternos» (pfo. 2.º). Sin embargo, no pasa desapercibida al legislador la cuestión de la certeza de la maternidad, pues en la Exposición de motivos, a la hora de justificar dicha norma, apostilla al efecto: «igual prohibición (que para el padre) se establece respecto a la expresión del nombre de la madre, *no obstante que ella es siempre conocida*».

D) El *Código Civil de 1889*, que seguía en este punto muy de cerca al Proyecto de 1851 con la novedad introducida en la base 5.^a de la Ley de Bases de 1888³⁹, tampoco alude directamente a la maternidad, salvo en cuanto que contempla el reconocimiento del hijo natural «por el padre y la madre conjuntamente, o por uno sólo de ellos» (art. 129; cfr. también el 132, en idéntico sentido, para el reconocimiento separado). De ello resultaba que la maternidad no matrimonial sólo quedaba determinada, aparte de por resolución judicial, por reconocimiento voluntario de la madre, de manera que en caso de inscripción de nacimiento por declaración de un tercero no quedaba determinada legalmente la filiación materna (cfr. R 11 septiembre de 1995, relativa a una inscripción efectuada en 1930). Luego, establecía el artículo 136 que «la madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 1.º cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior (escrito indubitado de reconocimiento de la maternidad, posesión de estado del hijo); 2.º cuando se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo». En esta segunda hipótesis se identificaba maternidad con parto; en la primera se hacía depender de actos voluntarios de la madre (documento indubitado de reconocimiento, posesión de estado). Mas este caso del artículo 136 era, como el del 135 para la paternidad, un supuesto de reclamación judicial de maternidad, no de determinación extrajudicial, que es la que nos preocupa por ahora⁴⁰.

Sobre esa legalidad sustantiva incide la Ley de Registro Civil de 1957 (LRC en lo sucesivo) y su Reglamento de 1958 (RRC), que por ser normas vigentes dejo para examinar como Derecho positivo actual más adelante.

2. SISTEMAS JURÍDICOS. ORDENAMIENTOS EXTRANJEROS

Paralelas a las distintas concepciones de la filiación, en general, y correspondientes sistemas jurídicos relativos a su determinación, pensados sustancialmente en función de la filiación paterna (que históricamen-

³⁹ Dice esa base 5.^a, por lo que aquí interesa: «No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre (...). *Se permitirá la investigación de la maternidad*, y se autorizará la legitimación (...).»

⁴⁰ A su vez, el originario art. 140 CC, relativo a los alimentos a que tenía derecho el hijo ilegítimo no natural, decía que sólo podría reclamarlos: «(...); 3.º, respecto de la madre siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

te ha creado los principales problemas en relación con la determinación de la filiación), aparecen, condicionados por sus respectivos antecedentes históricos, también dos formas distintas de entender la maternidad con sendos sistemas o procedimientos de determinación:

a) Unos Ordenamientos jurídicos parten del clásico principio *mater semper certa est*, y establecen que la maternidad debe quedar determinada jurídicamente desde el primer momento, desde la inscripción del nacimiento en el Registro correspondiente, una vez constatado el parto y conocida la identidad de la madre; ésta no puede obstaculizar aquella determinación, que queda sustraída a su voluntad. Es el sistema predominante en los países anglosajones y germánicos y los de su área de influencia, y el de varios Convenios internacionales.

b) En otros Ordenamientos –los latinos: como más representativos, el francés, el italiano y el español– no siempre queda determinada la filiación materna *ab initio*, aun conocido el hecho del parto y la identidad de la madre y del hijo, sino que tal determinación jurídica queda subordinada a la voluntad de la madre de forma varia: unas veces, para toda filiación, y otras sólo para la no matrimonial; de otro lado, en algunos sistemas se requiere el reconocimiento voluntario de la madre, o se subordina su identificación en el parto a su voluntad (con la posibilidad del «*accouchement anonyme*» francés), o se permite que la madre «desconozca» y niegue su maternidad si no ha declarado ella el nacimiento en el momento de su inscripción (sistema español, para la no matrimonial).

En el terreno de los principios y concepción de la filiación resulta que en los sistemas y Ordenamientos el primer grupo de la organización de la determinación de la filiación materna se halla presidido por la idea eminente del derecho de toda persona a conocer su origen biológico y su propia identidad y por el derecho también a pertenecer a una familia; principios que informan igualmente tales Ordenamientos en otros aspectos y manifestaciones (en materia de adopción, en cuanto al anonimato del donante de gametos en IAD,...).

Los Ordenamientos del segundo grupo se hallan influidos, en cambio, y en una u otra medida, por los principios formalistas derivados de los problemas particulares de la determinación de la paternidad, y desconocen o subordinan la determinación de la maternidad y el derecho de toda persona a conocer su origen a otros criterios y valores sociales, y para justificar el margen de voluntarismo individual dejado a la determinación de la maternidad adúcese a veces el derecho de la madre a preservar su honorabilidad e intimidad –sobre todo, en la ocultación de la maternidad no matrimonial– y el que no se puede imponer esa relación jurídica y personal a quien no desea ser madre (dejando despejado el camino para una adopción que dé una madre voluntaria al hijo que se ha quedado sin la biológica).

Se trata, como puede observarse, de dos concepciones distintas de la filiación, en general, y de la maternidad, así como del juego y trascendencia de otros hechos y valores individuales y sociales, que acusan, aquellas y éstos, la influencia del pasado histórico de los respectivos pueblos y ordenamientos.

2.1 Ordenamientos en los que la filiación materna queda determinada directamente, conocido el parto y la identidad de la madre

He aquí una sucinta referencia a algunos sistemas jurídicos y Ordenamientos más destacados en esa concepción:

a) *Sistema anglosajón*. En el *Reino Unido*, de antiguo –en el «Common Law», siguiendo antecedentes romanos–, la maternidad queda establecida a partir del parto: «because the fact of birth and identity can be established by the evidence of the doctor or other persons present at the birth», dice Bromley⁴¹. En términos semejantes en la jurisprudencia: «motherhood, although also a legal relationship is based on fact, being proved demonstrably by parturition»⁴². Hoy incluso, con referencia a las procreaciones asistidas (*reproductive technologies*), la «Human Fertilisation and Embryology Act 1990» vincula también maternidad a embarazo y parto⁴³.

En *Estados Unidos* la reciente «Uniform Parentage Act» establece la maternidad como derivada del embarazo y parto: «the natural mother may be established by proof her given birth to the child» (art. 3.1); determinación de maternidad que es vista como perfectamente natural por la doctrina⁴⁴.

b) *Alemania*. Es este quizá el país y Ordenamiento en el que de forma más clara y directa queda establecida la maternidad en la inscripción de nacimiento, probado el parto y la identidad del hijo respecto del alumbrado, datos que, junto a otros, se hacen constar en el acta correspondiente (art. 21 de la *Personenstandsgesetz*, redacción de 1976). Esa posición queda reforzada desde el momento en que la jurisprudencia constitucional alemana (de forma muy clara a partir de varias sentencias del Tribunal Constitucional federal de 1988, 1989 y 1994, citadas en el apartado II,3,3) viene considerando como un derecho fundamental de la persona el conocimiento del propio origen biológico, con lo que resulta

⁴¹ P.M. BROMLEY-N.V. LOWE, *Family Law*, Londres (1987, 7.ª ed.), p. 246 (donde alude, seguidamente, a casos problemáticos); en el mismo sentido, S.M. CRETNEY-J.M. MASSON, *Principles of Family Law*, Londres, 1990, p. 493; y J. DEWAR, *Law and the Family*, Londres, 1992, pp. 82 y 88.

⁴² *Amphill Peerage Case* (1977), A.C. 547-577 (citado por CRETNEY, *op. loc. cit.*).

⁴³ Cfr. DEWAR, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁴ Cfr. J. L. DOLGIN, «Just a gene: Judicial assumptions about parenthood», *UCLA Law Review*, 1993, pp. 636 ss.

inconcebible dentro de ese sistema jurídico el dejar la determinación de la maternidad a la voluntad de la madre⁴⁵.

c) *Austria*. Su régimen jurídico en lo que aquí interesa es semejante al alemán: en el acta de nacimiento se hace constar, junto a datos concretos del nacido, la identidad de la madre (art. 19 de la *Personenstandsgesetz*), quedando determinada la maternidad, matrimonial o no matrimonial, por el solo hecho del nacimiento del hijo y su constancia en el acta de nacimiento. Por otro lado, el encargado del Registro Civil debe hacer de oficio la inscripción de nacimiento tras una investigación de los hechos (art. 9.1 PStG).

d) *Suiza*. El artículo 252 CC suizo (redacción de 1976) mantiene, para la filiación en general, la posición que desde la redacción original (1907) adoptó para la no matrimonial⁴⁶. Dice aquel precepto: «1. A l'égard de la mère, la filiation résulte du seul fait de la naissance»⁴⁷. En la inscripción del nacimiento debe mencionarse en todo caso el nombre y apellidos de la madre (art. 67.1 *Ordonnance sur l'état civil*, de 1953); y da fe del hecho de que esa mujer ha dado a luz el hijo (art. 9.1 OEC) con lo que constituye, así, la prueba de la filiación materna⁴⁸. También en este país esa posición ha quedado reforzada, tras ciertas discusiones doctrinales y debate jurisprudencial⁴⁹, por la reforma de su Constitución

⁴⁵ La misma filosofía jurídica preside el conocimiento del propio origen biológico por parte de los adoptados. Cfr. FRANK, en el *Staudinger BGB Kommentar* (ed. 1991), ad § 1775, núm. 15 ss.

⁴⁶ Cfr. HEGNAUER, *op. cit.*, p. 34: «La naissance révèle par elle-même, directement et sans équivoque, la descendance maternelle. C'est pourquoi le rapport de filiation entre l'enfant et la mère résulte, de plein droit, du seul fait de la naissance, et ceci depuis les temps les plus anciens (*mater semper certa est*, in: Digesta Iustiniani, 2,4,5; art. 252.1). Il existe déjà pendant la grossesse, à titre conditionnel. La filiation maternelle découle automatiquement et impérativement de la descendance. Une reconnaissance juridique de l'enfant par la mère n'est ni nécessaire ni admissible. La mère ne peut pas rejeter son enfant, ni l'enfant rejeter sa mère. Le rapport de filiation prend naissance même si la mère consent d'emblée à l'adoption de son enfant».

⁴⁷ En el «Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernat la modification du Code Civil suisse» (1974) se dice a ese respecto: «El artículo 252 del proyecto tiene por modelo el artículo 302 CC, en virtud del cual la filiación ilegítima resulta, respecto de la madre, del solo hecho del nacimiento, mientras que respecto del padre debe ser establecida por un reconocimiento o una sentencia. La primera disposición ha sido adoptada principalmente para distinguir el sistema (suizo) del del Código Civil francés, que exigía igualmente un reconocimiento expreso para la filiación respecto de la madre (art. 334/335, redacción antigua) y exige aún hoy bajo una forma atenuada (art. 337, redacción 1972). El principio según el cual, por ley, la filiación resulta respecto de la madre del solo hecho del nacimiento se aplica igual a la filiación legítima. Conviene, pues, explicar su alcance general. Todo interesado puede exigir la constatación de una maternidad litigiosa pidiendo que la inscripción en el Registro Civil sea rectificada o, a falta de tal inscripción, por una acción autónoma». Cfr. también Guy FLATTET, «Le nouveau Droit civil de la filiation», *Rev. Intern. Dr. Comp.*, 1977, pp. 675 ss.

⁴⁸ Cfr. C. HEGNAUER, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ Por lo que se refiere a doctrina, véase la citada en la nota 25. En cuanto a jurisprudencia, cabe citar la S. Trib. fed. suizo de 5 de febrero de 1986 (*Revue de l'Etat civil*, 1986, pp. 283 ss.), en la que, tras reclamación por un hijo del conocimiento de la identidad de su padre biológico (que su madre se negó a revelar, y que constaba en oficinas de la adminis-

federal de 17 de mayo de 1992, que ha modificado su artículo 24 (si bien con otro propósito: protección contra abusos en la aplicación de las técnicas de reproducción y de la genética) y garantiza a la persona el conocimiento de su propio origen en estos términos: «*La Confederation [...] veille par là à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et se conformera notamment aux principes suivants: [...] a) l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance est garantie*».

e) *Países Bajos*. De acuerdo con el artículo 17 del libro I, de su Código Civil, en la inscripción de nacimiento se hace constar, entre otros datos, la identidad de la madre, con lo que queda determinada la maternidad, matrimonial y no matrimonial, con esa inscripción en el acta de nacimiento⁵⁰.

f) *Grecia*. Cabe decir lo mismo para este Ordenamiento, de acuerdo con lo que dispone la Ley 344/1976 relativa a las actas del estado civil, redacción de 1984, artículo 22, en relación con el artículo 1463.2 CC⁵⁰.

En los mismos términos en el Código Civil de *Turquía*: la filiación materna, matrimonial o no matrimonial, queda establecida por el solo hecho del nacimiento del hijo (art. 297 CC, en relación con la Ley de Población, artículo 16 y 20).

g) *Portugal*. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 57, 67 y concordantes del Código del Registro Civil, en la inscripción de nacimiento debe constar la inscripción de la madre, sin distinción según sea matrimonial o no matrimonial, de forma que queda determinada la filiación materna en el acta de nacimiento del hijo si el nacimiento tiene lugar menos de un año antes de la inscripción; si se hace transcurrido ese año y su declaración ante el Registro no es hecha por ella o por el marido, debe ser notificada a la madre; si ésta confirma la maternidad, queda determinada (arts. 1804 y 1805 CC, y 141 Código Registro Civil)⁵⁰.

h) *Bélgica*. Históricamente, el Derecho belga siguió en materia de filiación, en general, y en cuanto a la filiación materna, la línea voluntarista del *Code français*, y exigió para la no matrimonial el reconocimiento de la madre. Tras la condena del Estado belga por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 13 de junio de 1979 (asunto *Marcks*), fue reformado el Código Civil belga por Ley de 30 de marzo de 1984, a partir de la cual la filiación materna queda establecida automáticamente por la mención del nombre e identidad de la madre en el acta de nacimiento (mención obligatoria, además, desde la aludida ley). Así determinada la maternidad, puede ser impugnada judicialmente por los procedimientos y

tración), el Tribunal dijo que en Derecho suizo no existe un derecho fundamental a conocer la identidad del progenitor.

⁵⁰ Datos obtenidos de la «*Guide pratique internationale de l'état civil*» (Commission internationale de l'état civil, Berger-Lebrant), actualizada al 1 de enero de 1988.

pruebas ordinarios, salvo que haya posesión de estado conforme con el acta de nacimiento.

Además de ese modo de determinación, la madre aún menor de edad, casada o no, puede reconocer voluntaria y formalmente a su hijo «si el nombre de la madre no es mencionado en el acta de nacimiento o en defecto de este acta» (art. 313 CC, reformado en 1984). Tal puede ocurrir —dicen los comentaristas belgas⁵¹ si el parto tiene lugar en Francia o en Luxemburgo, cuyas legislaciones autorizan el anonimato de la madre en el parto (primera hipótesis) o si el hijo es abandonado (segundo caso). Cabe, por otro lado, en Bélgica, la determinación judicial de la maternidad (art. 314 CC), a cuyo efecto rige (como, en general, para toda la filiación, a partir de la Ley de 31 de marzo de 1987) el principio de libre investigación de la verdad biológica. Por lo que se refiere a la maternidad, el demandante debe probar que el hijo es precisamente el que la pretendida madre dió a luz (art. 314.3.º); prueba que debe hacerse demostrando que el hijo tiene posesión de estado de tal respecto de la presunta madre (art. 314.4.º); a falta de la cuál cabe cualquier otra prueba (al igual que en sentido contrario), incluidas las biológicas, que los tribunales pueden acordar de oficio⁵².

2.2 Ordenamientos en que la determinación de la filiación materna queda subordinada a la voluntad de la madre

Los más representativos, interesantes para nosotros por la influencia ejercida (legal y doctrinalmente) en nuestro país, son:

a) *Francia*. Frente a otros sistemas jurídicos, como el alemán, que no conciben que el nacido de mujer identificada pueda no tener madre, el Derecho francés, por razones eminentemente históricas, permite desde hace tiempo que haya hijos cuya filiación materna no sólo quede a discreción de la madre biológica, sino que permite indirectamente una especie de prohibición de la investigación de la maternidad desde 1993, lo cual no deja de ser paradójico por cuanto que desde la reforma de la filiación por Ley 93-22, (de 8 enero de 1993), han quedado suprimidos los históricos obstáculos y limitaciones del *Code* a la determinación de la paternidad no matrimonial.

En efecto: en Derecho francés no se establece directa y automáticamente la maternidad (ni siquiera la allí llamada legítima), por cuanto que

⁵¹ Cfr. L. INGBER-I. DE SAEDELEER-A. RENARD, «Chronique de Droit civil belge», en *RTDC*, 1991-4, pp. 830-831, y doctrina belga que citan. Véase también DE PAGE-MASSON, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. II-2.º (Bruselas, 1990), pp. 879 ss.

⁵² Se queja la doctrina belga (véase la citada en la nota anterior) de que el legislador de 1984 no había hecho referencia a la maternidad resultante de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; maternidad que, en defecto de regla específica, será —dicen— la de la madre que haya gestado y parido el hijo, aunque no sea la madre genética.

en la inscripción de nacimiento (cfr. art. 56 CC) no es obligatorio indicar el nombre de la madre: «si les père et mère de l'enfant naturel, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet» (art. 57.1.º CC). Además, el encargado del Registro Civil no tiene que investigar de oficio esos datos. En tal caso, el recién nacido será inscrito en el Registro de nacimientos como nacido de padres desconocidos⁵³. Cabe, sin embargo, el reconocimiento voluntario y formal de la madre (art. 334.8 CC, redacción de 1982), y la acción judicial de investigación de maternidad.

A ello se une una vieja tradición jurídica francesa del parto anónimo⁵⁴ y del «secreto de la maternidad» que durante mucho tiempo fue ajena al régimen del Código Civil, habiéndose regulado en el «Code de la famille et de l'aide sociale» (art. 47)⁵⁵, y practicado al parecer profusamente. La Ley de Reforma 93-22 (8 de enero de 1993), no sólo ha llevado esa norma al *Code*, sino que, al decir de la mejor doctrina⁵⁶ ha llegado mucho más lejos. Esa ley ha dado nueva redacción al artículo 340, párrafo 1.º: «la recherche de la maternité est admise sous réserve de l'application de l'art. 340.1»; artículo este que dice: «lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé».

Esa petición de secreto de su identidad de la madre, que debe ser explícita y precisa en tal sentido, puede dar lugar no sólo a que no se haga constar el nombre de la madre en la inscripción de nacimiento del nacido, sino a que los servicios médicos que han atendido a esa madre no deban ni puedan dar datos de su identidad incluso en caso de acción judicial de

⁵³ Cfr. J. HAUSER-D. HUET-WEILER, *Traité de Droit civil. La famille*, París, 1993, p. 343, que citan una circular de 10 de julio de 1987 que modificó la Instrucción general relativa al estado civil de 21 de septiembre de 1955 y recuerda la prohibición de indicar que el hijo ha nacido de padre y madre desconocido.

⁵⁴ El secreto de la maternidad va ligado en Francia a la posibilidad de parto anónimo, seguido de un abandono anónimo del recién nacido en un *bureau d'abandon*, cuyo origen parece hallarse en el «torno» que, ya en la Edad Media, había en la parte exterior de los orfanatos. Se atribuye su invención a Guy de MONTPELLIER, creador, en 1160, de las Órdenes Hospitalarias del Santo Espíritu, quién añadió más tarde un orfanato al Hospital Santo Spirito en Roma. Ese sistema del torno se extendió muy rápidamente en los países y sistemas jurídicos de influencia romanista —dice Rainer FRANK, «La signification différante attachée à la filiation par le sang en Droit allemand et français de la famille», *loc. cit.*, pp. 637 ss.—. En el siglo XVIII había en Francia unos 250 de esos tornos, y en 1833 unos 130.000 niños así abandonados. En la segunda mitad del XIX empezaron a declinar esos establecimientos, en lugar de los cuales fueron creados los «bureaux d'admission» o «bureaux d'abandon». El anonimato del abandono no siempre rigió con el mismo rigor, reinstaurándose en París en 1887 la «libertad de los abandonos», que garantizaba que no habría que responder a preguntas en el momento del abandono de los niños. El abandono era «un acto unilateral del que la Administración era sólo testigo, que puede desaconsejar pero no impedir» (FRANK, *op. loc. cit.*): regla que se convirtió por ley en 1904 como obligatoria y que se ha conservado hasta hoy. Véase también sobre esta cuestión, con nuevos datos, P. RAYNAUD, «L'acte de naissance...», *cit.*, *loc. cit.*, pp. 904 ss.

⁵⁵ «Dans une redaction d'ailleurs discutable», apostillan HAUSER y HUET-WEILER, *op. cit.*, p. 541.

⁵⁶ HAUSER-HUET-WEILER, *op. loc. cit.*, y J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, en *RTDC*, 1991, pp. 693 ss.

reclamación de maternidad (cfr. art. 340, párrafo 1.º y su remisión al 340.1) –interpretación estricta de comentaristas del prestigio de J. Rubellin-Devichi y de Hauser y Huet-Weiller⁵⁷–, lo que termina constituyendo un obstáculo insalvable a la acción de investigación de la maternidad, al tiempo que una discriminación respecto de la paternidad (hoy investigable, y de muy fácil prueba), discriminación que no satisface a algunos⁵⁸, obviamente (a estas alturas).

Esta cuestión –tanto la general, de no determinación automática de la maternidad sino a voluntad de la madre, como la específica del «accouchement anonyme»– ha sido objeto de gran discusión en el vecino país, y si unos autores justifican tal sistema y solución alegando que no se puede imponer un estatus jurídico con tan graves responsabilidades como comporta la maternidad a quién la rechaza⁵⁹, y como medida pragmática para evitar infanticidios y abortos⁶⁰, otro sector doctrinal critica con más o menos dureza ese régimen de determinación de la maternidad como contrario a estos derechos fundamentales e incluso a Convenios internacionales suscritos por Francia⁶¹.

En última instancia ese régimen francés de la maternidad se halla en la línea de despreocupación, histórica y actual, del Derecho francés por la veracidad en materia de filiación y por el conocimiento del propio origen biológico (también en la adopción y en las procreaciones asistidas).

b) Italia. En Derecho italiano tampoco queda determinada la maternidad automáticamente, sino que para la filiación no matrimonial depende de la voluntad de la madre. Hay, además, un tratamiento legal distinto según que la filiación sea legítima o ilegítima (terminología italiana) aunque su Tribunal Constitucional ha hecho ciertas precisiones.

Si el nacimiento es de unión legítima, en la inscripción de nacimiento deben constar, junto a los datos generales, el nombre y otros datos identificadores del padre y de la madre (arts. 71 y 73 del *Ordenamento dello Stato Civile*, RD 1939). En cambio, si el nacimiento es de unión ilegítima se hará constar sólo los datos que proporcionan el o los progenitores que

⁵⁷ Autores y obras citadas en nota anterior. Cfr. también F. GRANET, «L'établissement judiciaire...» cit., *loc. cit.*, pp. 22 ss.

⁵⁸ HAUSER-HUET-WEILER, *op. loc. cit.*; y F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation...», cit., *loc. cit.*, p. 22. Cfr. también P. RAYNAUD, «L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence?», *Dalloz*, 1980, Chron., pp. 1 ss.

⁵⁹ Cfr., en la doctrina no actual, René SAVATIER, *Le Droit, l'Amour et la Liberté* (2.ª ed., 1963), pp. 162 ss.; y «Est-ce possible?» *Dalloz*, 1963, Chr., pp. 229 ss. (231); en la más reciente, R. FRANK, *op. loc. cit.*, p. 637.

⁶⁰ Véase J. RUBELLIN-DEVICHI, «Droits de la mère et droits de l'enfant», *RTDC*, 1991, pp. 703 ss.

⁶¹ Posición esa defendida en Francia desde CARBONNIER, *Droit Civil*, París, 1993, pp. 472 ss., a F. GRANET, *op. loc. cit.*, y F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *RTDC*, 1995-2, p. 263, y autores y trabajos que citan.

personalmente hagan la declaración del nacimiento o que hayan consentido por documento público que conste su nombre («*o che hanno fatto constare per atto pubblico del proprio consenso ad essere nominati*»: art. 73 OStC). Para que conste la maternidad ilegítima debe quedar determinada por medio del reconocimiento voluntario que haga la madre del hijo.

El antes aludido distinto tratamiento de la determinación de la maternidad según se trate de filiación legítima o ilegítima parece haber quedado desdibujado tras una sentencia de la Corte Costituzionale de 5 mayo de 1994, que aproxima el régimen de la segunda a la filiación legítima permitiendo también a la madre casada el ocultar su identidad en la inscripción del nacimiento del hijo⁶². Aunque no analiza la constitucionalidad ni la justicia de ese sistema de determinación de la filiación materna, lo da por bueno y aun extiende a la filiación legítima el régimen voluntarista de la maternidad ilegítima sin formular ningún reparo ni otro comentario.

Tal sistema jurídico no ha sido aceptado pacíficamente por la doctrina italiana y en el ámbito legislativo. Poco después de la promulgación del *Codice* de 1942, en abril de 1949 la Diputada Bianca Bianchi presentó una proposición de ley relativa «a la obligatoriedad del reconocimiento materno, a la investigación de la paternidad...»⁶³. Luego aparecieron otras propuestas legislativas relativas a filiación, lo que, junto a otros motivos, dio lugar a una discusión entre los más prestigiosos autores del momento —discusión que se ha prolongado luego hasta nuestros días— alimentada por un «*Questionario*» formulado por el prof. A. Cicu, «*Per una riforma delle norme sulla filiazione*»⁶⁴. La doctrina se dividió, y mientras unos autores se mostraron contrarios a la reforma y defendieron el sistema de determinación de la filiación materna entonces (y ahora) vigente, con variada argumentación, no muy distinta de la francesa (evitar abortos e infanticidios, no imponer a la fuerza una maternidad a la mujer que no quiere ser madre ni asumir la función correspondiente, etc.)⁶⁵, otros recla-

⁶² El pronunciamiento del Alto Tribunal italiano que aquí interesa se refiere a la posible inconstitucionalidad de una norma relativa a la posibilidad de investigar antecedentes familiares de los progenitores en un procedimiento de adopción, que discriminaría según se trate de filiación legítima o ilegítima en función de la determinación de la maternidad, y dice que «...qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali resulti trattarsi di coniugata, può dichiararsi di non volere essere nominata nell'atto di nascita...». (Sent. núm. 171, *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 1535 ss.).

⁶³ Véase esa y otras proposiciones de ley en *RTDPC*, 1952, pp. 818 ss.

⁶⁴ «*Per una riforma delle norme sulla filiazione*», con «*A*) *Questionario*» (presentado por A. CICU), «*B*) *Proposte di legge*» (aludidas en la nota anterior), seguidas de las respuestas, en valiosos trabajos, de varios autores (G. AZZATITTI, G. MIGLIORI, E. ONDEI, G. NAPPI, G. B. FUNAIOLI, A. TRABUCCHI...).

⁶⁵ Así, G. MIGLIORI, «*Sulle proposte parlamentari in tema di filiazione*», *RTDPC*, 1952, pp. 841 ss. (que decía que la obligatoriedad del reconocimiento materno sólo puede hacerse si la madre se ocupa del hijo); G. B. FUNAIOLI, «*Risposte in tema di filiazione*

maron una reforma de aquella legalidad⁶⁶. La doctrina más reciente está también dividida, planteándose algunos autores la inadecuación de aquel régimen de determinación de la maternidad al Convenio de Bruselas de 1962 –lo que ha motivado igualmente diversidad de opiniones al respecto y en cuanto a la justificación en uno y otro sentido⁶⁷–.

c) *Luxemburgo*. Su normativa es muy próxima a la francesa anterior a la reforma de 1993. En el acta de nacimiento del hijo natural no se hace constar la identidad del padre y de la madre si no es con el consentimiento de ellos (art. 57 CC, redacción Ley de 16 de mayo de 1975)⁶⁸; con lo que la maternidad no queda determinada automáticamente por el solo hecho del parto, sino por decisión o asunción voluntaria de la madre.

3. CONVENIOS INTERNACIONALES. LÍNEAS FUNDAMENTALES SOBRE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA EN LOS MÁS IMPORTANTES

La cuestión de la filiación materna afecta en tal grado a la persona y derechos fundamentales de la misma (identidad, protección de la personalidad, intimidad personal y familiar, entre otros) que ha sido objeto de atención y regulación en varios Convenios internacionales, algunos de ellos con ese específico y único objeto (Convenio de Bruselas de 1962). Ante la imposibilidad de profundizar en su estudio (que tampoco es de este lugar) ni abarcarlos todos, haré referencia a los más importantes, y a su eficacia y aplicabilidad en nuestro Derecho, una vez ratificados por España⁶⁹.

A) *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Roma, 14 de noviembre de 1950). Ratificado

legittima e naturale», misma revista, pp. 928 ss.; A. TRABUCCHI, «Filiazione legittima e illegittima», *ibidem*, pp. 936 ss.

⁶⁶ E. ONDEI, «Problemi legislativi in tema di filiazione», *RTDPC*, 1952, pp. 853 ss. (858-859); G. NAPPI, «Nascita e dichiarazione conforme», *ibidem*, pp. 894 ss. (899 y 902); BRUSA, «Dello stato di figlio (rilievi di iure condendo)», *ibidem*, pp. 865 ss.; M. STELLA RICHTER, «Sull'obbligatorietà del riconoscimento di figli illegittimi e sul disconoscimento di paternità», *ibidem*, p. 967.

⁶⁷ Cfr. a ese respecto CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, t. I, parte 2.ª, Padova, 1977, p. 659.

⁶⁸ Cfr. la *Guide pratique internationale...*, cit., ed. actualizada 1990.

⁶⁹ Además de los aludidos en el texto, cabe citar, entre otros, la «Declaración Universal de Derechos del Hombre» (NNUU, Nueva York, 10 de diciembre de 1948), cuyo artículo 25.2 dice que «todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social»; la «Declaración de los Derechos del Niño» (Asamblea General Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959), cuyo principio 3 dice que «el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad»; y el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (Naciones Unidas, Nueva York, 16 de diciembre de 1966; Instrumento ratificado por España el 27 de abril de 1977, «Boletín Oficial del Estado» de 30 abril 1977), cuyo artículo 24 expresa que «1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, (...), a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre».

por España el 26 de septiembre de 1979 («Boletín Oficial del Estado» del 10 de octubre de 1979), sólo indirectamente alude a la filiación materna en sus artículos 8 (que garantiza a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar) y 14⁷⁰, fundamentalmente. Tiene particular importancia porque con ocasión de su aplicación dio lugar a una importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de 13 de junio de 1979, asunto *Marckx*), que hizo notables pronunciamientos relativos a la determinación de la filiación materna y ha tenido amplia repercusión.

En el mencionado *caso Marckx*, Paula Marckx, madre soltera de Alejandra, en nombre propio y de ésta, demandó al Reino de Bélgica cuestionando las normas de su Código Civil relativas a la determinación de la filiación materna de los hijos ilegítimos y los efectos de las mismas en relación con los vínculos familiares y derechos patrimoniales derivados⁷¹, normas incompatibles con los artículos 8 y 14 del Convenio. El TEDH hizo, entre otros, estos importantes pronunciamientos⁷²: «el artículo 8 debe aplicarse a la vida familiar de la familia ilegítima de igual forma que a la de la familia legítima». «Al proclamar en el párrafo 1.º el respeto a la vida familiar de cada uno, el artículo 8 supone en primer lugar que el Estado no puede interferir en el ejercicio de ese derecho más que de acuerdo con los términos que estrictamente establece el párrafo 2.º del mismo artículo[...]. No obstante, el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica. Ello significa, entre otras cosas, que cuando el Estado establece en su Ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal. Tal como se concibe en el artículo 8, el respeto a la

⁷⁰ Por lo que aquí interesa, dicen los artículos citados:

– Artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional... o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

– Artículo 14: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

⁷¹ Alejandra Marckx, nacida en 1973, era hija de Paula Marckx (belga, soltera); ésta comunicó el nacimiento de aquélla al encargado del Registro Civil, quien informó al Juez de Paz, como impone la ley belga para los nacimientos ilegítimos. Tras otros trámites, Paula Marckx reconoció primero a su hija, convirtiéndose en su tutora, y un año más tarde la adoptó (con vista, sobre todo, a efectos sucesorios m.c.).

⁷² Dejó previamente constancia de que «de acuerdo con la legislación belga (del momento), del mero hecho del nacimiento no derivan vínculos de filiación entre la madre soltera y el hijo», y que, frente a la determinación de la maternidad legítima por la inscripción del nacimiento, «en el caso de los hijos ilegítimos sólo se consigue lo mismo bien a través del reconocimiento de la madre, bien mediante los procedimientos legales previstos para la investigación de la maternidad».

vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, la existencia en el Ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la intervención del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento. Es cierto que el Estado puede satisfacer esta necesidad con los medios que juzgue más oportunos, pero en la medida en que ello no se realiza atenta contra el artículo 8.1, sin que siquiera haya lugar a contemplarlo desde la perspectiva del párrafo 2.º».

Más adelante añade: «de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, una distinción es discriminatoria si carece de una «justificación objetiva y razonable», es decir, «si no persigue un objetivo legítimo» o si no existe «una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar». «Para permitir el normal desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y su hijo, el Estado debe evitar cualquier discriminación basada en el nacimiento; todo ello se deduce del artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio»⁷³. Y terminó decla-

⁷³ Dicha sentencia dijo, además, entre otras cosas, las siguientes:

«35. Conforme a la legislación belga, la filiación materna de un hijo ilegítimo no se establece por el mero hecho del nacimiento, ni siquiera por la inscripción obligatoria, según el artículo 57 CC, del nombre de la madre en el certificado del nacimiento. Los artículos 334 y 341 exigen para su determinación el reconocimiento voluntario o bien una declaración de maternidad del Tribunal competente. Por el contrario, según el artículo 319, la filiación del hijo de una mujer casada se prueba simplemente por el certificado del nacimiento inscrito en el Registro Civil. Las recurrentes consideran que este sistema vulnera en lo que a ellas respecta el artículo 8 del Convenio, considerado aisladamente y en conexión con el artículo 14 del mismo. Todo lo cual es rechazado por el Gobierno (belga). La Comisión, por su parte, estima que existe en efecto una violación del artículo 8 de forma independiente y en relación con el artículo 14 con respecto a Alejandra y una vulneración del artículo 14, en relación con el 8, con respecto a Paula Marckx».

«37. Por lo que respecta a Alejandra Marckx, sólo disponía, según la legislación belga en vigor, de un sistema para determinar su filiación materna: la investigación de la maternidad. Aunque una sentencia declarativa de que la filiación de un hijo ilegítimo produce los mismos efectos que el reconocimiento voluntario, el procedimiento aplicable es más complejo. Además de las pruebas que han de ser aportadas, el representante legal del menor necesita el consentimiento del consejo de familia antes de ejercitar la acción (...). Existe, por tanto, el riesgo de que la determinación de la filiación se prolongue excesivamente, permaneciendo entre tanto el menor jurídicamente desvinculado de su madre. El sistema entraña una vulneración del respeto a la «vida familiar» de Alejandra Marckx (desde el punto de vista jurídico), cuya filiación materna no constaba jurídicamente del 16 al 29 de octubre de 1973. Pese a la brevedad de este período, existe también violación del artículo 8 con respecto a la segunda recurrente».

«39. Para el Tribunal el que muchas madres solteras, en contra de la actitud de Paula Marckx, no deseen ocuparse de sus hijos, no justifica el sistema jurídico impuesto por la legislación belga, conforme al cual la determinación de la maternidad se subordina al reconocimiento voluntario o a una declaración del Tribunal competente. Semejante actitud no es siquiera el comportamiento normal constituido por las relaciones entre las madres solteras y sus hijos. Como señala el informe de la Comisión, también puede ocurrir que una madre casada no desee educar a su hijo y, sin embargo, ello no impide que el mero hecho del nacimiento cree entre ellos vínculos jurídicos de filiación. Por otra parte, el interés de un hijo ilegítimo en disponer de un vínculo de tal carácter no tiene por qué ser menor que el de un hijo legítimo y, sin embargo, de acuerdo con la legislación belga, aquél corre el riesgo de que su filiación materna no se determine».

«40. El Tribunal reconoce que el apoyo y fomento de la familia tradicional es por sí mismo legítimo e incluso elogiado. Sin embargo, ello no implica la necesidad de recurrir

rando que, «sobre el sistema para determinar la filiación materna», había existido violación del artículo 8 del Convenio con respecto a Paula Marckx (diez votos frente a cinco)⁷⁴.

B) *Convenio de Bruselas, número 6 de la Comisión Internacional de Estado Civil* (12 de septiembre de 1962), *sobre determinación de la filiación materna de los hijos extramatrimoniales*. Fue suscrito por España (Instrumento de adhesión de 27 de enero de 1984, «Boletín Oficial del Estado» de 17 de abril de 1984). Es más específico (como indica su propia denominación), y muy explícito su artículo 1.º: «cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada».

La primera parte de este artículo es contundente en cuanto a la determinación directa de la filiación materna una vez identificada la madre en la inscripción de nacimiento. El principal problema radica en el sentido y alcance de los términos «podrá ser impugnada», cuestión discutida en nuestra doctrina⁷⁵, habiendo sostenido algún autor que ese término engloba el «desconocimiento» que el artículo 47 LRC permite a la madre no casada cuando no conste su reconocimiento de la filiación (con lo que este precepto estaría en la línea del Convenio, al que no contradiría ni se opondría).

En mi opinión, el término *impugnada* que emplea el artículo 1.º del Convenio en su versión española debe ser interpretado en el sentido técnico jurídico que esa palabra tiene en nuestro Ordenamiento, o sea, en el

a medidas que, como en el caso que nos ocupa, sean al mismo tiempo lesivas para la familia ilegítima. Los miembros de una familia ilegítima han de disfrutar de las garantías consagradas por el artículo 8 del Convenio en el mismo plano que los de la familia tradicional».

«41. (...) En el presente caso, el Tribunal no puede dejar de tener en cuenta que la gran mayoría de los Ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa han evolucionado y continúan haciéndolo, junto con los más importantes documentos internacionales, hacia el pleno reconocimiento jurídico de la máxima *mater semper certa est*».

⁷⁴ Pueden encontrarse interesantes comentarios de esta sentencia del TEDH y su repercusión en Derecho español, en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «Régimen de la filiación y protección jurídica de la familia», AA.VV., *Protección jurídica de la familia* (Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos), Madrid, 1982, pp. 137 ss., y en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia* (Tecnos), cit., p. 888; Díez DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación en el Registro Civil», *RD Not.*, 1984, pp. 17-18; y FOSAR BELLOCH, «El Derecho de Familia y la política familiar del Consejo de Europa. Análisis de algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo y decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de Derecho de Familia», Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo, vol. III, Madrid, 1988, pp. 372 ss.

⁷⁵ Paralela discusión (acerca de la incidencia del Convenio de Bruselas en las respectivas legislaciones nacionales) se ha producido en Italia y Francia. Véase, a título de ejemplo, CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 660; MENGONI, «La filiazione fuori del matrimonio», en AA.VV. *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, pp. 138 ss.; y, en Francia, René SAVATIER, «Est-ce possible?», *Recueil Dalloz*, 1963, Chronique, pp. 229 ss.; F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation...», cit., *loc. cit.*, pp. 21 ss.

de negación judicial de la filiación (aquí, la materna) por medio de una acción impugnación, que es el significado y alcance jurídico del término «impugnación» en los artículos 128, 136, 137, 138, 139, 140 y 141 CC: tal es el «sentido propio de las palabras» usadas por el legislador (art. 3.1 CC). No comparto, pues, la tesis de quienes, con una interpretación amplia, permiten comprender y subsumir en el término «impugnar» (del Convenio de Bruselas) el «desconocimiento» del artículo 47 LRC, pues cuando nuestro legislador emplea esta última palabra en otros lugares tiene un sentido distinto: tanto en el artículo 47 LRC (*expressis verbis*) como en el artículo 117 CC⁷⁶ va referida a una negación extrajudicial de la filiación.

Tampoco me convence la apelación que hace algún autor⁷⁷ –para justificar la adecuación del artículo 47 LRC al artículo 1 del Convenio de Bruselas– al término *contestée* de la versión francesa de este último precepto convencional, ya que en la interpretación y aplicación de un Tratado o convenio internacional en nuestro país, ratificado por España y publicado en el «Boletín Oficial del Estado», y así convertido en norma de Derecho interno (arts. 96.1 CE y 1.5 CC), hay que atenerse al texto que como tal Derecho español ya tiene: el Convenio de Bruselas, que sólo vincula jurídicamente como Derecho interno en cuanto publicado en el «Boletín Oficial del Estado», es ley española en la versión y texto así publicado, como cualquier otra ley nacional: y en ese texto legal se emplea la palabra *impugnar*, y no «desconocer» o «contestar»⁷⁸.

Por otro lado, el término jurídico *contester* en Derecho francés (y belga y luxemburgués) se refiere siempre a impugnación judicial de la filiación⁷⁹, unas veces de la filiación no matrimonial (arts. 338 y 339 del *Code*), o de la filiación legítima cuando acciona la madre (arts. 318,

⁷⁶ De «desconocimiento» habla la ley 68.3.º,2) del Fuero Nuevo navarro para el mismo caso del artículo 117 CC. Cfr. mi trabajo, «El “desconocimiento de la paternidad” del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes al matrimonio, en la Compilación navarra», *Rev. Jur. de Navarra*, enero-junio 1993, pp. 271 ss.

⁷⁷ J. DIEZ DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación en el Registro civil», *loc. cit.*, p. 18. Cfr. también PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 425 y coment. artículo 47 LRC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., t. IV-3.º, p. 99, donde considera el término «impugnada», «traducción discutible de la expresión francesa “contestée”, si ha de entenderse en el sentido amplio...»; y estima que al dejar la reforma del RRC de 1986 intactas las reglas relativas al «desconocimiento», «viene a significar una posición oficial en favor de que esta facultad de desconocimiento ni es contraria a la Constitución ni es contraria a los Convenios internacionales» [«tampoco al Convenio de Roma, a pesar de la interpretación que dio la citada sentencia (asunto Marckx) del TEDH de 13 de junio de 1987 al principio *mater semper certa est*», añade en nota]. Estoy en desacuerdo con estas últimas afirmaciones, como justifico en el texto.

⁷⁸ La palabra «contestar» está aceptada, aunque galicismo, por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en el sentido de «replicar, impugnar».

⁷⁹ Quiero recordar que el texto italiano del artículo 1 del Convenio de 1962 es del siguiente tenor: «quando una persona è designata nell'atto di nascità come madre, la maternità è stabilita mediante questa designazione, salva l'azione di contestazione». Habla, pues, de *azione* (judicial) y de *contestazione*, equivalente en Derecho italiano al *contester* del Derecho francés a que me refiero más adelante en el texto.

318-1, 318-2) u otras personas (arts. 316-1, 316-2, 322, 327), incluso el marido cuando impugna su paternidad una vez demostrada la no maternidad de mujer casada (arts. 325 y 326)⁸⁰. Pero siempre *contester* se refiere al ejercicio de una acción judicial de negación de la filiación formal; nunca, en Derecho francés, a algo semejante al «desconocimiento» de los artículos 117 CC, ley 68,3.º-2) del Fuero Nuevo de Navarra y artículo 47 LRC españoles.

Hay, además, un argumento más importante, de fondo, finalístico: la *ratio legis* del artículo 1 del Convenio de Bruselas es, evidentemente, que la filiación materna no matrimonial debe quedar establecida automáticamente con la prueba de la maternidad y la constancia en la inscripción de nacimiento de la identidad de la madre –así lo interpreta el TEDH en su sentencia de 13 junio de 1979, caso Marckx–; maternidad que pretende dicho Convenio que quede sustraída a la voluntad de la madre, a lo que se opondría el que, con una interpretación amplia de la excepción de «impugnación», pudiera la madre biológica, por su sola decisión y sin garantía alguna, hacer desaparecer la maternidad tras su constancia en la inscripción de nacimiento, de la misma forma que establece que tampoco será necesario el reconocimiento voluntario para que conste la maternidad –Derecho belga antes de la reforma de 1984 y, en parte, el Derecho italiano hoy–. La posibilidad de impugnación de la maternidad a que alude el artículo 1.º del Convenio busca el dejar a salvo el poder demostrar (como no podía ser menos), que en algún caso la maternidad inscrita no sea veraz (sea por falsa atribución de una maternidad o por error en la identificación de la madre o del hijo). Pero ello debe hacerse con las garantías suficientes y apropiadas jurídicamente para la búsqueda y demostración de esa realidad frente a la falsedad o el error; búsqueda y demostración que en todos los sistemas jurídicos y ordenamientos de nuestra área cultural y jurídica se hace judicialmente⁸¹: sentido técnico-

⁸⁰ En Derecho francés se reserva el término «désaveu» y «désavouer» para la impugnación de la paternidad por el marido (arts.312, 313-2, 314, 316, 316-2, 317 del *Code*) y, como digo en el texto, el término «contester» se emplea para otros tipos de impugnación judicial de la filiación, o por otras personas o por el propio marido en otros casos, pero siempre impugnación judicial.

⁸¹ No se diga que el «desconocimiento» (como suele ser calificado) del artículo 117 CC es una forma (general) de supresión de la filiación extrajudicial que conoce y consagra nuestro Ordenamiento. El motivo de tan fácil supresión de la filiación paterna en ese supuesto se halla en la incertidumbre de tal paternidad y en lo poco vigorosa que es la presunción de paternidad matrimonial cuando la época de la concepción es anterior al matrimonio, época en que no opera la presunción de cohabitación del artículo 69 CC ni cabe dar por presuntas las relaciones en los (luego) marido y mujer de las que derivaría el nacimiento del hijo y la paternidad del marido. Es por la vulnerabilidad (mayor que en otros casos) de la presunción de paternidad por lo que el artículo 117 permite destruir la presunción por decisión del marido y «desconocer» extrajudicialmente su paternidad –desconocimiento extrajudicial casi exclusivo, por cierto, de los Ordenamientos españoles: CC, Ley catalana de filiación de 1991 y Fuero Nuevo navarro, pues en otros sistemas jurídicos eurooccidentales se hace siempre judicialmente: cfr. mi trabajo «El desconocimiento de la paternidad del hijo nacido...», cit.–. Ese esquema jurídico y mecanismo de supresión de la filiación, propio de la paternidad y basado en la incerteza de ésta y procedimiento for-

jurídico del término «impugnar» (y del *contester* francés) que emplea el artículo 1.º del Convenio de Bruselas.

C) *Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989), suscrito por España, ratificado en 6 de diciembre de 1990 («Boletín Oficial del Estado» de 31 de diciembre de 1990). De este Convenio nos interesan los artículos 7 y 8, particularmente⁸².

De tales preceptos cabe subrayar el derecho del niño, desde que nace, «en la medida de lo posible, a *conocer a sus padres* y a ser cuidado por ellos» (art. 7.1); y que los Estados firmantes «se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar *su identidad...*» y «cuando un niño sea *privado ilegalmente* de alguno de los *elementos de su identidad...*» (art. 8). Aunque los términos empleados son a veces relativos –problema frecuente en Tratados y Convenios de esa clase y en aquel foro de las Naciones Unidas–, particularmente las expresiones «en la medida de lo posible» y «privado ilegalmente», quiero destacar la preocupación por el conocimiento de los padres y por la identidad del hijo, que el Convenio pretende proteger, preservar. Aunque los instrumentos jurídicos para tal protección y defensa son imprecisos, y dejados a discreción y regulación de cada Estado firmante, el dato más importante a nuestros efectos es la filosofía que informa y fines que persigue el Convenio: aquella preocupación y la protección y defensa de tales derechos (conocimiento del propio origen biológico y la identidad de la persona), directamente implicados en la determinación de la filiación materna.

Sin perjuicio de volver sobre este Convenio, parece inevitable hacerse desde ahora estas preguntas: ¿garantiza el Ordenamiento español, con la facultad de desconocimiento por parte de la madre (art. 47 LRC), al niño el derecho a conocer a sus padres «en la medida de lo posible»?; ¿garantiza el derecho del niño a preservar su identidad personal y biológica un sistema jurídico que permite suprimir discrecionalmente la maternidad conocida de su inscripción de nacimiento y dejar de tener madre identificada?; ¿en qué forma preserva y protege esa identidad un Ordena-

mal (presunción) de su determinación, no es válido para la maternidad, que es cierta y cuya determinación no se rige por los mismos principios formales, como tengo dicho reiteradamente.

⁸² He aquí tales artículos:

– Artículo 7: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.–2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional...».

– Artículo 8: «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ingerencias ilícitas.–2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

miento que por ley permite la desaparición del elemento más importante de la identidad de una persona, como es la maternidad?

Mas el problema no es ya, según entiendo, tanto de Derecho Internacional y de cumplimiento de un Convenio de esa clase, cuanto de Derecho interno: cómo se integra, dentro del Ordenamiento complejo, éste (y otros) Convenio(s) una vez publicados en el «Boletín Oficial del Estado». ¿Qué eficacia tienen estos últimos, y posición jerárquica en el sistema general de fuentes en relación con otras normas (como la LRC, por ejemplo)?

4. VALOR NORMATIVO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES TRAS SU INTEGRACIÓN EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Discutida esta cuestión en el ámbito doctrinal⁸³, fue resuelta por la jurisprudencia antes de la Constitución de 1978 reconociendo a los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España una superior categoría normativa respecto de las demás fuentes de Derecho interno: así, en las STS de 27 de febrero de 1970, 17 de junio de 1971 y 17 de junio de 1974⁸⁴. El artículo 1.5 CC (redacción de 1974) se limitó a exigir su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para ser de aplicación directa y formar parte del Ordenamiento interno, sin más concreción. Y el artículo 96.1 CE ha reiterado esa exigencia («los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno»), añadiendo que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados y de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional». Este párrafo, también esgrimido por la doctrina en el mismo sentido antes apuntado, permitió al Tribunal Supremo mantener después de 1978 idéntica tesis de la superioridad de los Tratados internacionales sobre las leyes internas: sentencias de 16 de diciembre de 1985, 22 de mayo de 1989, 18 de junio de 1991 y 22 de diciembre de 1992, entre otras. Por su parte, el Tribunal Constitucional, que afirmó en un primer momento «la primacía de la norma convencional sobre la

⁸³ Cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «La posición jerárquica del Tratado internacional en el sistema de fuentes del Derecho español», *Rev. Gen. Derecho*, diciembre 1993, pp.11293 ss., con amplias y precisas citas (en pp. 11296 ss.) y de quien tomo algunos datos, sobre todo jurisprudenciales, luego de constatados como correctos, y por eso reproducidos aquí.

⁸⁴ Esta última sentencia dice que es doctrina constante del Tribunal Supremo que «los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente concertado por las Partes soberanas prevalecerán sobre las normas internas vigentes sobre la misma materia, en caso de contradicción o conflicto entre unas y otras»; y luego, con referencia al asunto concreto a que se refiere (caducidad de patentes de invención), se refiere ya directamente a «orden de prelación jurídica» entre las normas nacionales e internacionales concretando que las primeras «claudican ante la normativa internacional concertada sobre la misma materia».

norma interna, de forma que ésta tiene carácter solamente supletorio» (sentencia 11/1985, de 30 de enero), ha dicho luego (sentencia de 28/1991, de 14 de febrero de 1991) que «ningún Tratado internacional recibe del artículo 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del Ordenamiento interno, de manera que la supuesta contradicción de los Tratados por las Leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas [...], sino que, como problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su solución corresponde a los órganos judiciales en los litigios en que conozcan» (cfr. también STC 49/1988, de 22 de marzo de 1988).

Si optamos por la superior jerarquía normativa del Tratado internacional —avalada por el artículo 94.1-e) CE, que le concede fuerza activa frente a la ley estatal, a la que puede derogar—, resulta la inaplicación de esta última ley en cuanto se oponga al Tratado internacional (art. 1.2 CC)⁸⁵. Lo mismo cabe decir, aun en el caso de paridad de rango normativo entre Tratado y ley estatal, cuando ésta sea anterior y opuesta o incompatible con aquél: habrá quedado derogada tácitamente en cuanto disponga la ley cosa diferente e incompatible con el Tratado y, por tanto, será inaplicable la ley estatal que merezca tal calificación.

Creo que ésa es la situación en que se hallan algunas leyes españolas, como la LRC (estoy pensando en el art. 47 y normas concordantes) por mor de su oposición e incompatibilidad con los Convenios internacionales que acabo de examinar. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

IV. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. EN ESPECIAL, LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL

1. EN GENERAL. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

Todo cuanto antecede —ideas generales, antecedentes y referencias a otros sistemas jurídicos— está orientado no con propósito especulativo o de erudición, sino en función del estudio e inteligencia del régimen jurídico de la determinación de la filiación materna en nuestro Ordenamiento, que es donde se reflejan de manera efectiva los problemas vistos, conceptuales y normativos, relativos a la maternidad. Es ésa la hora de la verdad y la de buscar solución a los muchos problemas que tiene esta cuestión hoy en nuestro Derecho positivo, complejo (Código Civil, Ley y Reglamento del Registro Civil, Convenios internacionales convertidos en

⁸⁵ Así lo expresan de forma más o menos directa las STS de 1970, 1971 y 1974, arriba citadas, y las también mencionadas en el texto posteriores a la Constitución, de 1985 a 1992.

Derecho interno) y confuso (por cierta descoordinación entre esas normas), tratando de encontrar, en la interpretación de las normas aplicables, la que mejor convenga dentro de nuestro sistema jurídico presidido por la Constitución (que no existía cuando fue promulgada la LRC de 1957), y adecuada al sistema de valores imperante hoy en nuestra sociedad, de obligada referencia en toda interpretación legal (art. 3.1 CC).

Por todo ello habré de abordar la determinación de la filiación materna con un enfoque no tanto descriptivo —donde, en los aspectos registrales, lo han hecho mejor otros especialistas⁸⁶— cuanto necesariamente crítico (a mi pesar) de las normas aplicables (a veces, por no aplicables), buscando que encajen, en su sentido y alcance profundo más que por su letra estricta, todas las piezas del puzzle sin excesivas estridencias. Y me referiré sólo a la que el artículo 108 CC llama «filiación por naturaleza» en sentido estricto, por procreación natural. Declino, pues (como tengo anticipado), entrar a estudiar los problemas de la maternidad resultante de procreaciones asistidas porque a ese respecto nuestra LTRA ha optado por identificar directamente maternidad con parto, siéndole aplicable, en todo lo demás, las normas restantes de nuestro Ordenamiento, compatibles con esa definición legal⁸⁷.

Empiezo, pues, ya por los problemas normativos.

En Derecho español común⁸⁸ la determinación de la filiación materna se halla en varios cuerpos legales, como he dicho; mas no es esa dispersión normativa lo peor, sino que las reglas correspondientes de cada uno de aquéllos datan de momentos temporales, sociales y jurídicos distintos, con conexiones y remisiones entre sí complejos y asincrónicos.

Comienza la regulación de esta materia en época ya reciente con la primera (y «provisional») LRC de 1870 (y Reglamento del mismo año). Bajo su vigencia se publica el CC de 1889 (que hace remisión a aquella ley y la deja vigente «en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes») (art. 332)⁸⁹. Vigente este Código como legislación material fue reformada

⁸⁶ Me refiero, sustancialmente, a PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS y Díez del Corral, en los respectivos trabajos recién citados, y otros suyos, de gran solvencia en todos los órdenes (aunque a veces pueda disentir yo puntualmente de algunas de sus opiniones).

⁸⁷ Para la determinación extrajudicial de esa maternidad, cfr. PEÑA, *ad* artículo 47 LRC, en *Comentarios al CC...* (EDERSA), cit., t. IV.3.º, pp. 91-93.

⁸⁸ Este trabajo sobre maternidad va referido sustancialmente al Derecho común español. Los dos únicos Derechos civiles autonómicos con normas propias sobre filiación (catalán y navarro) no regulan directamente la determinación extrajudicial de la maternidad, salvo por reconocimiento (véanse arts. 1 ss. y 4 Ley catalana de filiación de 1991, y leyes 68 y 69 del Fuero Nuevo navarro); sólo aparece regulada su determinación judicial, positiva o negativa, en el régimen de las acciones de filiación. Como la inscripción de nacimiento se rige siempre por la LRC y RRC, de aplicación general (materia de competencia exclusiva del Estado: art. 149.1.8 CE), así quedará determinada normalmente la maternidad respecto de las personas de vecindad civil catalana y navarra (cfr. art. 41 ss. LRC). En el mismo sentido, PEÑA, *ad* art. 47 LRC, *loc. cit.*, p. 90.

⁸⁹ Derogada la Ley de Registro Civil de 1870 por la de 1957, ha quedado derogado también (quizá mejor, inaplicable) ese artículo 332 CC. Para la coordinación del CC y la LRC de 1957 en lo que afecta al Registro Civil, véanse disposiciones finales 1.ª y 2.ª de

la registral y publicados la LRC de 1957 y su Reglamento de 1958; y luego, sin ser derogados éstos, sobrevino la profunda reforma de 1981, con un régimen de filiación completamente distinto del de la redacción original del Código. Como todas esas leyes se referían a la misma materia, sin clara delimitación de lo sustantivo y lo registral, en todo momento hubo un doble régimen jurídico (CC, LRC y RRC), con diferentes origen, ideología y sensibilidad, no obstante su recíproca referencia, sin haberse cuidado el legislador en ninguna de tales reformas de adecuar suficientemente ambas legalidades paralelas y de necesaria integración, con la oportuna modificación de una (sobre todo la registral) cada vez que se modificaba la otra (las últimas reformas, parciales, han afectado sólo al RRC, no a la LRC).

A ese dato previo de una concepción y régimen jurídico actual de la filiación en el CC (1981) completamente distinto de la que había como normativa material (CC versión 1889) cuando fue promulgada la actual LRC de 1957 y Reglamento de 1958 (adaptados a este Código y régimen sustantivo) se une la ratificación por España de Convenios internacionales que han pasado a ser Derecho interno de obligada aplicación y que constituyen también legalidad vigente en esta materia, lo que multiplica los problemas de vigencia, primero, y de interpretación e integración luego de normas varias, hijas de tiempos, ideologías y concepciones tan distintas todas dentro del mismo Ordenamiento (las piezas del puzzle a que antes aludía).

Esta situación legal en materia que afecta tan de cerca a derechos fundamentales de la persona, en la que hay normas prácticamente derogadas por la Constitución y por otras de rango superior, amén de preceptos legales que se adecuan mal a nuestro sistema legal de filiación si no son interpretadas según Constitución más que en su propia literalidad; esa situación, decía, está reclamando una reforma al menos puntual (de los preceptos pertinentes) hasta tanto llegue otra más amplia, menos urgente, que poco a poco parece ineludible a medio plazo.

2. DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATERNA

2.1 Maternidad matrimonial

Cabe distinguir, a su vez:

2.1.1 INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DENTRO DE PLAZO

La determinación de la filiación materna está mal tratada en el Código Civil, donde va aludida (más que regulada, pues hace implícita remisión a la legislación del Registro Civil) juntamente con la paternidad,

esta última ley (también la Exposición de motivos de la LRC de 1957, apartado XII, sobre su justificación y alcance).

cuando son cuestiones muy distintas y con problemas y principios diferentes (efectos ulteriores aparte).

Según el artículo 115 CC, «la filiación matrimonial materna [...] quedará determinada legalmente: 1.º, por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres; [...]». La referencia al matrimonio aquí es perturbadora, y lleva a confusión en cuanto la calificación de matrimonial (o no matrimonial) interfiere la cuestión sustantiva de maternidad sí o no (o mejor, inscripción o no inscripción de la maternidad) según esté o no vigente la presunción del artículo 116 CC.

La inscripción del matrimonio de los padres a que alude el artículo 115.1.º acredita la calidad de mujer casada de la madre, y determina luego la paternidad (matrimonial) por el juego de la presunción *pater is est* (art. 116). La constancia de la maternidad (elemento esencial y fáctico; luego vendrá su calificación) no se deduce del matrimonio, sino que consta en la inscripción del nacimiento y por razón de éste, según las normas registrales relativas al mismo (arts. 40, 44 y 47 LRC).

Dice el artículo 47 LRC que «en la inscripción de nacimiento *constará la filiación materna* siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria» (cfr. art. 181 RRC)⁹⁰. La identificación de la madre resulta, así, de la coincidencia (en cuanto a la misma) de dos títulos a los que la LRC (art. 47) da particular relevancia en tal determinación: *a*) la declaración que a tal efecto haga la persona que promueva la inscripción (cfr. arts. 42 y 43 LRC.)⁹¹, basada en el conocimiento que tenga de los hechos (art. 42 LRC) y obligada a ser veraz bajo la amenaza de falsedad en documento público; y *b*) el parte escrito que dé al

⁹⁰ Esa norma, aplicable por igual a la filiación materna matrimonial y no matrimonial, permitió la determinación de la maternidad no matrimonial sin necesidad de un reconocimiento voluntario de la madre, que venía a exigir el Código, redacción original, lo que se traducía en que no quedaba determinada la maternidad por la sola inscripción del nacimiento a partir de la declaración de un tercero. La exposición de motivos de la LRC de 1957 lo justificaba así: «Ignoraban muchas madres que sus hijos (inscritos, en práctica viciosa, por la simple declaración de tercero) no constaban legalmente como tales hijos suyos, con las graves e injustas consecuencias que ello traía, sobre todo cuando, por obstáculos sobrevenidos, el reconocimiento voluntario se hacía imposible. El nuevo texto, teniendo en cuenta que la mayor parte de las madres naturales desean que se inscriba en el Registro la filiación de la prole habida fuera del matrimonio, y considerando además que, estadísticamente, las declaraciones de terceros, en virtud de las cuales se extiende la inscripción de nacimiento, son exactas en la generalidad de los casos, da plenos efectos a la fijación de la maternidad en el Registro sin necesidad de declaración de la madre, si bien reconociendo a la interesada una situación ventajosa contra las falsas atribuciones de filiación».

⁹¹ La LRC de 1870 exigía la presentación del recién nacido al Registro Civil para la práctica de la inscripción de nacimiento dentro de plazo, lo que fue suprimido ya por el artículo 328 CC (en 1889) por incómodo. En este precepto se exige la obligación de que el autor de la declaración del nacimiento la firme («o por dos testigos, a su ruego, si no pudiere firmar»), que mantiene el artículo 36 LRC. En la práctica la declaración verbal, oral, ha sido sustituida por la escrita, por medio de un impreso oficial (OM de 24 de diciembre de 1958, actualizada por otra posterior).

encargado del Registro el médico, comadrona o ayudante técnico sanitario que asistan al parto (arts. 44 LRC y 167 RRC), o, en su defecto, la comprobación que sobre la realidad del nacimiento e identidad de la madre y del hijo efectúe el mismo encargado por medio del médico del Registro Civil o por otro medio reglamentario (art. 44 *in fine* LRC; sobre el procedimiento de comprobación, véanse arts. 28 LRC y 167, 168 y 315 RRC).

De todo ello se infiere que la filiación materna matrimonial se determina, en principio, en la inscripción dentro de plazo, con cierto automatismo (por la simple declaración de quien promueva la inscripción unida al parte médico o comprobación reglamentaria) y sin necesidad de reconocimiento voluntario, y podría decirse que en tal caso rige el principio *mater semper certa est* si no fuera porque en algunos supuestos (los de los arts. 47 LRC y 167 RRC) se permite cierta intervención a la madre y posibilidad de «desconocer» su maternidad u ocultar su identidad, lo que pasa a constituir el problema fundamental en esta determinación de la maternidad.

Aunque me referiré a tal problema y esos preceptos más ampliamente al tratar la filiación materna no matrimonial, quiero dejar dicho ya, por lo que aquí interesa, que la facultad de la madre de «desconocer» su propia maternidad (art. 47 LRC) no es aplicable a la mujer casada, cuando conste su matrimonio: lo dice explícitamente el párrafo 2.º: «no constando el matrimonio de la madre...»⁹². Pienso que cabe decir lo mismo, y que no procede el desconocimiento, cuando por estar previamente inscrita una paternidad no matrimonial u otra razón no entre en juego la presunción de paternidad del artículo 116⁹³ (por aquello de *ubi lex non distinguit...*): no puede ser objeto de otra interpretación una norma que, si por un lado se refiere a la facultad de desconocer, por otro va a dejar sin filiación materna a una persona. Añádase a ello una razón de fondo más grave e importante: el artículo 47-2.º y 3.º LRC está, en mi opinión, derogado tácitamente por incompatible con el Convenio núm. 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativo a la determinación de la filiación materna de los hijos no matrimoniales (Bruselas, 12 de septiembre de 1962) al que se adhirió España, y que es Ley, Derecho interno, desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

En conclusión: la maternidad del hijo de mujer casada debe quedar determinada por su inscripción en el Registro Civil, no sólo ni tanto por las razones invocadas habitualmente (naturaleza fáctica y de fácil prueba de los datos que la determinan, ser hecho conocido y difícilmente oculta-

⁹² En el mismo sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «... evidentemente, tal norma (art.47 LRC) no es aplicable a la filiación materna matrimonial» (*Derecho de familia*, p. 425).

⁹³ Parece ser otra para este caso la opinión de PEÑA (*Derecho de familia*, cit., pp. 424-425, y *ad art. 48 LRC, loc. cit.*) y de DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, p. 43.

ble, etc.) sino sobre todo por motivos jurídicos: no son ya aplicables las normas que permitían la ocultación de la maternidad o dejar a voluntad de la madre su identificación o no en el parto, y porque no se puede privar a una persona desde su nacimiento del derecho natural y fundamental de conocer su origen y su propia identidad.

2.1.2 INSCRIPCIÓN DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL FUERA DE PLAZO

Cuanto he dicho para la inscripción de nacimiento y de la filiación materna dentro de plazo es sustancialmente válido para la inscripción de la maternidad matrimonial fuera de plazo (supuesto raro en la realidad): cuando no haya inscripción de nacimiento en el Registro, o cuando no aparezca filiación alguna en la inscripción de nacimiento efectuada.

Pues bien: cuando proceda la inscripción de la filiación materna fuera de plazo (art. 95-5.º LRC) se efectuará mediante expediente registral tramitado de acuerdo con los artículos 311 y ss. RRC y Circular de la DGRN de 29 de octubre de 1980. De ese expediente y normas cabe destacar que en aquél «se investigará por las pruebas presentadas o de oficio: [...]; 2.º, la existencia e identidad del nacido; 3.º, cuantas circunstancias deban constar en la inscripción» (art. 312 RRC); y «deberán incorporarse al expediente: 1.º, el parte de alumbramiento, suscrito por médico, comadrona, o asistente técnico sanitario [...]». Como puede observarse, en el expediente se investigará y deberá acreditarse la identidad del nacido (lo que requiere una referencia al nacimiento, quién lo ha alumbrado y la identidad entre ese nacido y el que ahora debe ser inscrito) y demás datos propios de la inscripción, si no los proporciona el parte médico o no es habido o asequible (cfr. R de 13 de mayo de 1986).

Por lo demás, ninguna otra particularidad en ese procedimiento de inscripción, cuyos problemas (y atención doctrinal) se centran en la paternidad. Más problemática es, en cambio, la inscripción de maternidad de mujer casada cuando pretenda que se haga como no matrimonial, o deba serlo por estar previamente inscrita una paternidad de varón distinto al marido de aquélla. Como maternidad no matrimonial la vamos a ver en el apartado siguiente.

2.2 Filiación materna no matrimonial

La determinación extrajudicial de esta maternidad puede hacerse por su constancia en la inscripción de nacimiento dentro de plazo en el Registro Civil (art. 120-4.º CC), o por los mismos medios que la paternidad: reconocimiento formal (art. 120-1.º CC) o por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (art. 120-3.º). Centraré mi atención en el primer medio de determinación,

con particularidades y graves problemas; y abordaré luego más brevemente el reconocimiento y el expediente registral sólo en cuanto a las particularidades que afectan a la maternidad, por ser innecesario reproducir aquí su doctrina y régimen jurídico general.

2.2.1 DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL EN LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DENTRO DE PLAZO

El artículo 120 CC establece que «la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: [...]; 4.º, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil». Esta remisión a la LRC se refiere a los artículos 47 LRC, y 167, 168, 181 y 182 RRC y concordantes, vistos poco ha para la filiación matrimonial, y mantenidos prácticamente inmodificados (salvo el art. 181 RRC en 1986) tras la reforma de la filiación en 1981. Cuando la inscripción de nacimiento se haga dentro de plazo la determinación de la maternidad no matrimonial no difiere, como regla general, de la matrimonial a que he aludido en el apartado anterior, al que me remito⁹⁴.

Al margen de esas reglas generales, la inscripción de la filiación materna no matrimonial plantea varios problemas específicos. El primero es el de si el padre del nacido puede revelar la identidad de la madre en atención a la prohibición del artículo 122 CC. Discutida esa cuestión antes, el actual artículo 181 RRC (redacción RD 1917/1986, de 29 de agosto) ha despejado las dudas: «el padre que promueve dentro del plazo la inscripción de nacimiento, en virtud de declaración, puede expresar, a efectos de hacer constar en el Registro la filiación materna, la persona con quien hubiere tenido el hijo, siempre que la identidad de la madre resulte del parte o comprobación exigidos para la inscripción»⁹⁵.

En cuanto a la maternidad no matrimonial de mujer casada –y lo es cuando el padre del hijo no es el marido de esa madre: artículo 108-1.º *in*

⁹⁴ Sin embargo, este procedimiento de determinación de la filiación materna en la LRC de 1870 era aplicable sólo para la matrimonial, pues para la no matrimonial disponía aquella ley (art. 51) que no se expresará en la inscripción de nacimiento del «recién nacido» la filiación materna (tampoco la paterna, como dije en otro lugar), salvo que la propia madre, por sí o por apoderado, hiciera la declaración de su maternidad. Esta situación se prolongó hasta la LRC de 1957 (el CC de 1889 calló al respecto) en que el artículo 47 no distingue y es aplicable a la maternidad matrimonial o no matrimonial.

⁹⁵ Cuestión esa que ya había abordado la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981, justificándola en estos términos: «en tal caso no es que el padre, que reconoce la paternidad en la misma inscripción, revele la identidad de la madre, sino que la maternidad ya está determinada legalmente por la declaración de nacimiento y el parte o comprobación reglamentarios, conforme al Código y a la LRC (cfr. arts. 120.4 CC y 47 LRC y 181.II RRC). Esta solución es la impuesta por las necesidades de la práctica para facilitar la inscripción de los hijos habidos en relación estable de hecho, y no obstante lo prescrito en el antiguo artículo 132 CC, que sustancialmente recogía ya la misma doctrina hoy expresada en el nuevo artículo 122 del Código».

fine CC-, hoy⁹⁶ no hay ningún inconveniente en su inscripción y determinación como tal, pues la maternidad siempre es igualmente cierta, cualquiera que sea el estado civil de la madre y la naturaleza jurídica de la filiación resultante. Los problemas en ese caso no provienen de la maternidad, sino que los crea la paternidad, que era lo que preocupaba a la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 (cfr. apartado I-B de la misma). Por lo que se refiere a esa maternidad, es inscribible directamente y sin necesidad de expediente registral: «sólo se requiere la calificación de una declaración de nacimiento y la comprobación de la exactitud de ésta (cfr. art. 28 LRC)», dice la R de 19 de enero de 1995 (véanse también las RR de 3 de abril de 1990, 1 de febrero de 1993, 26 de mayo y 10 de junio de 1994)⁹⁷.

El principal problema de fondo, en mi opinión, relativo a esa maternidad no matrimonial es si le afecta el artículo 47 LRC (facultad de desconocimiento) en el caso de que no haya habido reconocimiento materno. Yo creo que no, como dije poco ha: no sólo porque pienso que dicho precepto está hoy derogado y es inaplicable, sino porque se refiere únicamente a la madre no casada (*sic*), y no ha lugar a extender el alcance de esa norma más allá de su explícita previsión legal.

Otra situación particular es la de la filiación materna de mujer casada cuando ya esté inscrita previamente la paternidad no matrimonial. También aquí procede la inscripción directa de la maternidad como en el caso anterior y por idéntica razón, en mi opinión: por la certeza y realidad de la maternidad, igual en todos los casos, a lo que no empecen los problemas de la paternidad, cuyo conflicto de la no matrimonial inscrita antes con la presunta del marido debe resolverse en otro plano y según principios y normas distintas. Formalmente la maternidad puede acceder en ese caso al Registro, si se está todavía dentro del plazo legal (arts. 42 LRC y 166 RRC), sin necesidad de expediente y por medio de una «inscripción complementaria» (art. 296, último párrafo RRC) con los títulos ordinarios para la inscripción materna (declaración y parte o comprobación reglamentaria del art. 47 LRC). Será preciso únicamente la calificación de la declaración de nacimiento y la comprobación a que alude la R de 19 de enero de 1995 antes citada⁹⁸.

⁹⁶ Digo hoy porque otra era la situación legal antes de la reforma de la filiación de 1981 en relación con la LRC de 1957 y su Reglamento (cfr. arts. 181, 183 y 190 en su redacción de aquella época).

⁹⁷ «La necesidad de esta comprobación (cfr. art. 185 RRC) se funda –dice la resolución últimamente citada– en la presunción legal de convivencia de los cónyuges (art. 69 CC), de modo que, para poder inscribir la filiación no matrimonial de madre no casada y, en su caso, de progenitor distinto del marido, ha de llegarse a la convicción de 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 del matrimonio (art. 116 CC)». La necesidad de esa comprobación es para la inscripción de la paternidad no matrimonial, pero no, según pienso, para la maternidad, que afecta, por su certeza, a la madre biológica de igual forma si está casada o no.

⁹⁸ En el mismo sentido, PEÑA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., t. I, p. 889.

En el caso de que la inscripción de nacimiento se haga sin intervención de la madre, la Dirección General de los Registros ha estimado que la filiación materna no matrimonial queda determinada legalmente si coinciden en aquélla la declaración y el parte médico del alumbramiento, si bien el encargado del Registro debe notificar el asiento a la madre o a sus herederos (arts. 47-2.º LRC y 182 RRC). En el caso que conoció la R de 21 de junio de 1995, la inscripción de nacimiento se practicó por declaración de la abuela materna, y aunque no se hizo oportunamente la notificación a la madre a los efectos del artículo 47 LRC, «dado que después se ha notificado a la madre el reconocimiento de la paternidad y que ésta ha demostrado asumir la maternidad, parece evidente que no podrá ya desconocer la maternidad por la vía registral (cfr. art. 47.3 LRC y 182.2 RRC), de modo que ese defecto de tramitación ha quedado subsanado prácticamente»⁹⁹.

Además de esas cuestiones eminentemente formales y casuistas —que volveremos a encontrar más adelante—, el problema más importante relativo a la determinación de la maternidad no matrimonial es el de la inteligencia y alcance de las normas antes citadas (arts. 47 LRC y 167 RRC), como ya sugerí para la filiación matrimonial.

Esos preceptos¹⁰⁰, que permiten a la madre no matrimonial «desconocer» su maternidad¹⁰¹ y hacer desaparecer su identidad del acta de nacimiento cuando no es ella la declarante o no ha reconocido la filiación, y que no conste la identidad de la madre en el parte de nacimiento si ésta se opone a ello, eran comprensibles y estaban más o menos justificados en 1957 y 1958 en cuanto el Derecho sustantivo que tomaban como referencia era el régimen de la filiación del Código Civil de 1889, profundamente formalista y voluntarista en cuanto a la determinación de la filiación ilegítima, y despreocupado por la coincidencia o no de la filiación legal con la biológica. Sin embargo, no es ésa la legalidad y principios

⁹⁹ En relación con la inscripción de nacimiento practicada antes de la LRC de 1957, sin intervención de la madre y en virtud de la sola declaración de un tercero, la maternidad no quedaba legalmente determinada ya que el Código exigía el reconocimiento voluntario de la maternidad para tal determinación (extrajudicial). La R de 11 de septiembre de 1995 así lo dijo, y estimó que una inscripción hecha en 1930 en aquellas condiciones no implicaba que la filiación materna estuviera ya determinada, cosa que sólo ocurrió con el acceso al Registro de un posterior reconocimiento testamentario hecho por la madre.

¹⁰⁰ De esos preceptos se ha dicho que significaron en su momento un importante adelanto y de gran repercusión práctica (PEÑA, *Comentarios*, ult. cit., p. 887). Pudieron tener, en efecto, ese alcance en 1957 respecto del régimen de filiación del Código (de 1889), particularmente en cuanto permitió la determinación de la filiación materna por la sola coincidencia de la declaración y el parte o comprobación reglamentarios, sin necesidad del reconocimiento voluntario de la madre. Hoy me parece gravemente perturbadora su presencia (la de alguno de sus párrafos o expresiones, al menos) en nuestro Ordenamiento.

¹⁰¹ Sobre el ejercicio de tal facultad de desconocimiento, su mecánica registral y efecto, véase ampliamente en PEÑA, *Comentarios al Código Civil...* (EDERSA), cit., t. IV-3.º, pp. 98 ss. Yo no me ocupé de esta cuestión no sólo porque en el autor y obra citados se halla mejor tratado, sino porque creo que, como argumento a continuación en el texto, esa facultad no existe hoy por estar derogado el artículo 47 LRC.

hoy vigentes en esta materia, en vista del artículo 39 CE, aunque el principio de veracidad biológica no opera con demasiado rigor en la determinación extrajudicial de la filiación¹⁰² y hay muchas concesiones a la llamada veracidad sociológica y otros criterios formales (unos más justificados que otros, ciertamente). La indudable inadecuación de aquellas normas registrales al actual régimen jurídico material de la filiación, no obstante la remisión del artículo 120-4.º CC, obligan a examinar su inteligencia y alcance más allá de su (aparente) vigencia formal en tanto que presentes en la Ley y Reglamento del Registro Civil.

A) *La no identificación de la madre en el parte médico, si ella quiere que no conste (art. 167 RRC).*

En este punto pienso que no tiene hoy vigencia ni valor normativo el artículo 167 RRC¹⁰³ en tanto que por ese conducto se priva al nacido, por mera voluntad de la madre, de su maternidad, de cuya importancia para la identidad de la persona y otros valores hablé en el apartado II.2.4. Un

¹⁰² En nuestro régimen legal de filiación hay una grave incoherencia entre el régimen de determinación extrajudicial de la misma (con el formalismo y voluntarismo conocidos) y el de la determinación judicial, presidido por el principio de veracidad (art. 127 CC). No es racional ni congruente que una institución unitaria (realidad única e idéntica) se halle regulada de forma tan diferente en dos proyecciones de la misma (su determinación): no está en absoluto justificado, en mi opinión. Debiera haber entre ellas una cierta unidad de criterio y un mínimo paralelismo, obedientes ambas al mismo principio, al menos, y congruentes dentro de un sistema jurídico, el sistema y principio general informante de la institución, que, tras la reforma de 1981, no es otro, evidentemente, que el del artículo 39 CE, mejor recogido en el artículo 127 CC para la determinación judicial; por otro lado, lo ha asumido plenamente el Tribunal Supremo, yendo a veces más lejos que su tipificación en los arts. 131 ss. CC (en materia de legitimación activa, por ejemplo).

El formalismo que todavía pervive en la determinación extrajudicial de la filiación (arts. 120 ss.) proviene de concepciones anteriores de la filiación que no casan bien con el artículo 39 CE. Pienso que en ese ámbito (determinación extrajudicial) el legislador de 1981 no ha traducido bien ese principio constitucional, con soluciones discutibles, principio que se ha llevado y desarrollado bastante mejor en los artículos 127 ss. CC ¿Qué hacer ante tal situación e incongruencias legales? Pienso que, mientras la legalidad (ordinaria) sea ésta, debe adecuarse la interpretación y aplicación de todos esos preceptos, y con mayor necesidad y urgencia la de los artículos 120 ss., al principio de veracidad explicitado en el artículo 39 CE en cuanto sea posible, sin más limitaciones o excepciones que las inevitables, haciendo a veces una verdadera interpretación correctora (de la que hay importantes muestras y aciertos en nuestra jurisprudencia). No vale invocar, como se hace con frecuencia, algunas frases de la nonata exposición de motivos de la Ley 13/1981 para justificar ciertas decisiones legales y aquel formalismo: ni fue verdadera exposición de motivos, ni ésta es (sería) norma jurídica, ni representa la idea o principio constitucional del artículo 39 CE.

¹⁰³ Permítaseme recordarlo: «En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo suscribe, constará con la precisión que la inscripción requiere la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si ésta no puede o se opone, circunstancia que también se hará constar. El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad». Obsérvese—dato importante— que este precepto no distingue entre filiación matrimonial y no matrimonial.

Reglamento, aunque sea el del Registro Civil, no tiene rango suficiente para regular una cuestión de esta trascendencia, que afecta a derechos fundamentales (del hijo), ni para contradecir las normas generales¹⁰⁴ con rango de ley relativas a los datos que deban constar en un documento oficial que pone en conocimiento de la Administración pública un hecho tan importante como el nacimiento de una persona, lo que afecta a su estado civil, de interés público e indisponible, amén de otros aspectos trascendentes. Creo que tampoco cabe invocar, para defender la vigencia del artículo 167 RRC, las normas relativas al secreto médico, cuyo campo de actuación es otro (discreción frente a la curiosidad de terceros) y que tiene sus límites legales: en el ámbito judicial, y ante la posibilidad de comisión de delito (en este caso, el del art. 220-2.º CP, por ocultación de hijo «para alterar o modificar su filiación», de indudable aplicación a nuestro caso). No se olvide, de otro lado, que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior» (art. 1.2 CC); y esa contradicción no se limita a lo textual o literal de esas otras normas de rango superior, sino también a su contenido y alcance una vez interpretadas como procede.

Es más: pienso que en el caso en que el parte médico omita la identidad de la madre por un cumplimiento reglamentista del médico de la norma que comento, sin perjuicio de otras consecuencias apuntadas, el encargado del Registro podrá (y debería) atenerse al artículo 44 LRC, segunda parte, y al art. 94-2.º RRC, y comprobar el hecho del nacimiento y todos los demás datos en la forma que previenen esos preceptos (cfr. también art. 24 LRC y su referencia a la actuación del Ministerio Fiscal). Pienso así no tanto porque en ese caso el parte médico sería incompleto desde un punto de vista jurídico y en vista de los preceptos citados, sino porque el encargado del Registro, jurista, debe atenerse al Ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo al Reglamento del Registro Civil, y debe saber que hay normas de rango superior que garantizan a toda persona (aquí, el recién nacido) una protección básica sin discriminación por razón de la filiación (art. 39.3 CE) y el conocimiento de su identidad, que comienza por la determinación de su maternidad, de lo que no le puede privar un Reglamento obsoleto y derogado en ese punto, ni una interpretación literal, estrecha y no jurídica del mismo¹⁰⁵.

B) *Facultad de la madre no casada de «desconocer» su maternidad (art. 47 LRC).*

Aludida esta cuestión en relación con la determinación de la maternidad matrimonial, pienso en términos generales que hoy no está vigente

¹⁰⁴ Estoy pensando, en principio, en el Código Penal, LRC e incluso en el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad de 1986 y normas concordantes, y demás normas generales aplicables.

¹⁰⁵ La misma preocupación apunta y a parecida conclusión llega PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, quien se apoya sustancialmente en el artículo 39.3 CE y deber de los padres de prestar asistencia de *todo orden* a los hijos (cfr. su coment. art. 47 LRC, en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, cit, t. IV-3.º, p. 95).

dicho precepto, ni es aplicable incluso a la madre no matrimonial (mencionada directamente). Cabe aducir, en mi opinión y en apoyo de esa tesis, las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque el artículo 47 LRC se opone radicalmente, en cuanto deja a discreción de la madre no matrimonial la determinación de la maternidad, a lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio núm. 6 CIEC, relativo a determinación de filiación materna de los hijos no matrimoniales (Bruselas, 12 de septiembre de 1962), que constituye Derecho interno desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (17 de abril de 1984). El artículo 1 de este Convenio establece que «cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, *la filiación materna quedará determinada por tal designación*». Dicho Convenio y esta norma tienen hoy el valor jurídico de ley ordinaria, por lo menos¹⁰⁶. En todo caso, es evidente que al ser ley posterior y con contenido normativo distinto e incompatible con la ley anterior (art. 47 LRC), ha derogado tácitamente a esta última.

No se opone a esa conclusión, ni permite hablar de compatibilidad de dichas normas (o que el precepto registral no se oponga al convencional) el que el artículo 1 del Convenio añada «sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada», pues *la impugnación* de la filiación a que alude —ese término en el texto español, de valor jurídico indubitado, igual que el *contestée* del texto francés, que algunos invocan en otro sentido— significa jurídicamente impugnación judicial —como razoné en III.3.B)—, lo que no coincide con el «desconocimiento» extrajudicial y discrecional (y no sometido a ningún control) del artículo 47 LRC.

Tanto en el Convenio de Bruselas de 1962 como en el Ordenamiento español (art. 139 CC) cabe la impugnación (judicial) de la maternidad determinada legalmente en la inscripción de nacimiento con expresión de la identidad de la madre. Es una impugnación normal y razonable, como otras impugnaciones de la filiación cuyo objeto es la demostración en un proceso y con las garantías pertinentes para los interesados de que la filiación formal impugnada no coincide con la real. Mas eso es distinto de lo que permite el artículo 47 LRC, mera negación voluntaria, arbitraria, sin sujeción a razón ni hecho ni prueba alguna, de la maternidad, formulada por la madre. Ello está en oposición con esa otra ley española, posterior a la registral, que es hoy el Convenio de Bruselas de referencia; y tal oposición, de fondo y en su formulación legal, e incompatibilidad efectiva de ambas normas, comporta la derogación tácita de la más antigua y su inaplicabilidad actual.

¹⁰⁶ Recuérdese que el TS ha hablado, después de la Constitución de 1978 (sentencias de 22 de mayo de 1989, 16 de junio de 1991, 22 de diciembre de 1992, entre otras) de la superioridad de los Convenios y Tratados internacionales suscritos y publicados en España respecto de las leyes internas.

b) En el orden puramente lógico o racional parece poco razonable –a mí me parece gravemente irrazonable– en un sistema jurídico integrado por varias leyes que regulan conjuntamente una institución y necesitado de una interpretación sistemática, que una de ellas disponga que se pueda privar discrecionalmente de maternidad por la sola voluntad de la madre y que otra (posterior, y desarrollo de principios constitucionales vigentes) se permita la libre investigación y reclamación judicial de esa misma maternidad por el hijo (art. 133 CC)¹⁰⁷. Tal incongruencia formal y de fondo, racional y jurídicamente poco justificada¹⁰⁸ –obliga al hijo, privado de su maternidad con tanta facilidad, a ejercitar una acción judicial de reclamación de filiación materna en un pleito donde no se le va a poner ningún obstáculo para probar una realidad que ya era conocida–, no sólo constituye aquella oposición irrazonable de dos normas, sino su incompatibilidad real de fondo: de principios que deben presidir la inteligencia, interpretación y aplicación de las normas concurrentes relativas a una misma institución. Esa incompatibilidad entre la vieja norma que permite el desconocimiento arbitrario (por meramente voluntario y por no sometido a control alguno) de la maternidad y la nueva norma que permite su investigación y prueba judicial, debe resolverse a favor de ésta¹⁰⁹.

c) La posibilidad de que la madre no casada «desconozca» su maternidad no se da para la madre matrimonial: en este punto está prácticamente de acuerdo toda la doctrina, como dije. Ello supone una grave discriminación en la determinación de la filiación materna según sea matrimonial o no matrimonial; diferencia de trato que no se da tanto, como vengo sosteniendo desde hace tiempo¹¹⁰, en lo que respecta a las madres (se permitiría a la no matrimonial lo que no se permite a la matrimonial) sino a los hijos, que se ven así discriminados sin motivo suficiente (la maternidad es idéntica en su certeza y prueba, funciona igual respecto de hijos matrimoniales y no matrimoniales) en cuanto que pueden ser «desconocidos», privados jurídicamente de una maternidad conocida,

¹⁰⁷ En este punto es más consecuente en el aspecto sistemático el Derecho francés, que si permite a la madre el parto anónimo (art. 341-1 *Code*), lleva tal posibilidad y régimen hasta sus últimas consecuencias, prohibiendo la reclamación de maternidad (art. 341), ya que actúa como *fin de non-recevoir*, que paraliza la acción y el proceso de reclamación, la constancia de la voluntad de la madre de permanecer inidentificable. Es ése un sistema y régimen todavía más injusto que el español, pero más coherente sistemática y formalmente.

¹⁰⁸ Sólo es explicable atendiendo a la fecha del artículo 47 LRC (1957) y a su relación con el régimen de la filiación entonces vigente en el Código (versión de 1889), muy distinto del hoy vigente y obediente éste a principios opuestos a aquellos cuerpos legales.

¹⁰⁹ Obsérvese la incongruencia que supone, de otro lado, en la evolución de un sistema jurídico la progresiva apertura en la determinación de la paternidad (no sólo por medio del reconocimiento voluntario sino también por imposición judicial) a pesar de ser menos segura su afirmación, frente a lo cual se facilita hasta un extremo inverosímil la supresión sin control alguno de la maternidad (hecho más cierto), retro trayendo la determinación de ésta última a tiempos en que el padre reconocía o no a quien quería y cuando quería, y su paternidad quedaba casi a su libre albedrío.

¹¹⁰ En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV-2.º, p. 104; y en mi coment. artículo 120 CC, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, t. 1, p. 469.

identificada e inscrita en el Registro, por la madre no casada, cosa no posible para los hijos matrimoniales, cuya determinación de su filiación materna es distinta y mejor protegida.

Esa discriminación —que, insisto, supone un trato desigual injustificado por no ser razonable (STC 34/1981, de 10 de noviembre)— es contraria a la Constitución (art. 14), con lo que la norma discriminatoria, en este caso el artículo 47-2.º y 3.º LRC, ha de considerarse inconstitucional e inaplicable por derogada por la Constitución¹¹¹.

No me convence ni me parece viable la tesis, que tiene algún defensor prestigioso en nuestra doctrina¹¹², de que para evitar tal discriminación se extienda también a la madre casada la posibilidad de «desconocer» y hacer suprimir su maternidad del acta de nacimiento, aplicándole el artículo 47 LRC. Esa solución, artificial y amañada para defender este precepto, deja intacta la situación legal y el trato desigual en la ley (que sólo pretenden igualar esos autores en una interpretación personal), y es contraria a la concepción de fondo de la filiación en nuestro vigente Ordenamiento sustantivo (Constitución, CC), que propicia la veracidad en materia de filiación, la adecuación de la situación formal a la biológica en cuanto sea posible (no en términos absolutos, ya sé) y establece como principio eminente el de la libre investigación y determinación de la filiación.

Con este principio general informante —cuya vigencia apenas es discutible—, me parece muy difícil pretender salvar el artículo 47 LRC permitiendo a la madre casada privar de su filiación materna al hijo matrimonial y obligar a éste a reclamarla judicialmente. Tal solución parece, cuando menos, contraria a nuestro actual régimen jurídico de la filiación. Es mucho más fácil, amén de razonable y justa, la solución contraria para evitar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada: negar a la madre no casada la facultad de desconocer y suprimir su identidad del acta de nacimiento. Y es más beneficiosa para el hijo no matrimonial: no se olvide que el *favor filii* es principio subyacente a todo nuestro sistema de filiación, como el interés del menor inunda ya todo nuestro Ordenamiento jurídico¹¹³.

¹¹¹ Cfr. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al CC y Compilaciones*, cit., t. IV-3.º, p. 106. Me congratulo de coincidir con tan prestigioso autor, el más sensible (casi el único) a estos problemas y argumento. Véase, en el extremo contrario, L. SEGOVIA LÓPEZ, «El derecho de la madre a desconocer a su hijo», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 1 de diciembre de 1994, quien no sólo justifica tal desconocimiento sino que incluso llega a la siguiente conclusión: «no debe desaparecer la posibilidad de no reconocimiento de la maternidad, cuando no sea fruto de una relación matrimonial, y recíprocamente, no se debe permitir la investigación y reconocimiento forzoso de la paternidad cuando no haya existido una relación estable, sea o no matrimonial»(!!).

¹¹² DE LA CÁMARA, *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (EDERSA), t. III-1.º, Madrid, 1984, p. 202; y DIEZ DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación...», *loc. cit.*, p. 17.

¹¹³ Me refiero, sustancialmente, a las normas específicas de protección del menor en el CC, a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y a los Convenios y tratados

d) El argumento de fondo más sólido, en mi opinión, contra la vigencia actual, postconstitucional, del artículo 47 LRC y de la facultad de desconocimiento, reside en que comporta la privación de la filiación materna sin control judicial alguno¹¹⁴ y supone también la privación del dato básico de la identidad de la persona, con todas sus consecuencias –entre otras, la privación de apellido(s), de nacionalidad y vecindad civil, de patria potestad, etc.

Como dije en su momento –perdónese la reiteración, pero me parece argumento fundamental–, la maternidad es el elemento básico para establecer la paternidad (sólo se es padre del hijo engendrado a partir de las relaciones habidas con la madre), y el dato también más importante en la identificación de la persona frente a «los otros»: identificación biológica, vinculación a una estirpe y a un parentesco, a una ascendencia individual y familiar. La privación de la maternidad por el «desconocimiento» voluntario de la madre supone negar al nacido el conocer quién es, de dónde viene, a quiénes debe para bien o para mal la vida y su propia individualidad y origen, elementos primarios en la formación y definición de su personalidad e identidad, esenciales también y subyacentes a la dignidad de la persona y al desarrollo de su personalidad, principio y derecho fundamental de todo ciudadano protegido por el artículo 10.1 CE y previo y básico de todos los demás derechos fundamentales de la persona.

Negar la maternidad en los términos del artículo 47 LRC supone el más grave atentado contra ese derecho fundamental a la propia dignidad e identidad de la persona, a conocer su origen, al libre desarrollo de la personalidad, bienes, valores y derechos fundamentales de toda persona, *prius* lógico de todos los demás, lo que es contrario a nuestro orden público constitucional. Y no se olvide, de otro lado, que «las normas relativas a los derechos fundamentales [...] que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos del Hombre y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE); lo que obliga a interpretar el artículo 47 de conformidad con los varios Tratados y Convenios internacionales relativos a derechos humanos y derechos del niño (aludidos en el apartado III.3) y no en su literalidad y en la facultad de la madre de desconocer su maternidad y privar de ella al hijo extramatrimonial.

internacionales suscritos por España (desde entonces, Derecho interno) que de forma más o menos directa contienen normas en ese sentido: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NN UU, Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950, y Protocolos posteriores), Convención sobre los Derechos del Niño (NN UU, 20 de noviembre de 1989), entre otros.

¹¹⁴ Sorprende un tanto que, frente a lo difícil que es modificar el Registro Civil por sólo expediente gubernativo (controlado por el Encargado), y exigiéndose para casi todos los casos el ir a un proceso judicial (cfr. art. 92 LRC), lo fácil que resulta aquí, sin control alguno, modificar el Registro y privar a un niño de su filiación materna.

C) *Argumentación invocada en favor de la ocultación o del desconocimiento de la maternidad no matrimonial. Refutación.*

La tesis que critico ha tenido valedores en nuestro país y fuera. Se ha aducido a favor de la determinación voluntaria de la filiación materna –sea en sentido positivo: sólo quedará establecida jurídicamente con la voluntad explícita o reconocimiento de la madre; o en sentido negativo: permitiéndole desconocerla o negarla discrecionalmente–: *a)* unas veces, que la maternidad no matrimonial afecta al honor y a la intimidad de la mujer y no se le puede imponer que arrostre el deshonor y sus consecuencias¹¹⁵; *b)* otras veces, que la imposición obligatoria de una maternidad no deseada y en esas condiciones puede inducirle al aborto o al infanticidio; *c)* para algunos no es bueno imponer una maternidad, que comporta función grave y deberes delicados, a una mujer que no desea asumirlos ni ser o jugar el papel de madre¹¹⁶; *d)* últimamente se alega que el que quede indeterminada la maternidad biológica facilita el camino para una futura adopción, que proporcionará al nacido una madre y una familia que lo acepte de buen grado desde el primer momento.

Ninguno de esos argumentos me parece hoy convincente.

Sub a) El sentido del honor (¡tan subjetivo y relativo siempre!) es hoy muy distinto del que tenía nuestra sociedad en el siglo pasado o hace unas décadas (incluso en 1957). A fines del siglo xx ya no es tan deshonrosa la maternidad de mujer soltera en la consideración social, y aun siendo la intimidad y la honorabilidad de la persona bienes muy valiosos, no han de ser considerados aislados y en términos absolutos, sino referidos a la situación en que se producen y comparados con otros bienes y derechos en conflicto: por cuanto el dejarlos a salvo (?), ocultando la maternidad extramatrimonial, entra en conflicto con la determinación de la filiación materna del hijo, cuestión y hecho que, además de lo dicho poco ha en orden a su dignidad, identidad y conformación de su personalidad, afecta también al honor de su persona –no se olvide el deshonor que suponía en este país el ser hijo ilegítimo o hijo «de nadie», de padres desconocidos, la afrenta que suponía ser «expósito», por lo que se prohibió expresarlo en el acta de nacimiento (cfr. arts. 59.1 LRC y 21, 169 y 196 RRC)–. En ese conflicto de intereses, de bienes y valores personales enfrentados, me parece superior el interés del hijo (su dignidad, el conocimiento de su ori-

¹¹⁵ Para proteger el honor de la mujer, y por influencia de la permisón del «parto anónimo» con viejos antecedentes en Francia (cfr. nota 54), parece que había en Madrid en el siglo pasado un centro de la llamada Cofradía del Pecado Mortal, vinculado a una orden religiosa, en el que las mujeres podían, a petición propia, dar a luz con el rostro tapado. Véase idéntica referencia en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas...*, cit., ad artículo 120, p. 890.

¹¹⁶ Esas ideas anteriores están presentes en la doctrina italiana (MIGLIORI, FUNAIOLI, TRABUCCHI,...) y francesa (de SAVATIER a RUBELLIN-DEVICHI), citada en notas 59 y 53 y 54; y también en algún autor español (DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, p. 15, y más recientemente SEGOVIA LÓPEZ, *op. loc. cit.*).

gen biológico, de su identidad, etc.) al de la madre, cuya intimidad y honor o deshonor a ese respecto y el correspondiente interés protegible, interpretados de acuerdo con la sensibilidad social de este fin de siglo y no de 1889 o 1957, deben ceder ante otros bienes y derechos que nuestra Constitución y nuestro sistema de valores estiman hoy superiores. Así lo han entendido nuestros Tribunal Supremo (sentencias de 12 de noviembre de 1987 y 14 de julio de 1988, entre otras) y Tribunal Constitucional (sentencia 7/1994, de 17 de enero, y Autos 103/1990 y 221/1990), que han afirmado con reiteración y claridad la prevalencia del interés social y de orden público que subyace a la declaración de la paternidad, en la que están en juego los derechos de alimentos y otros, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE¹¹⁷. Si hay, pues, que sacrificar uno de aquellos intereses, me parece que es hoy menos grave que ceda el de la madre que el del hijo.

Sub b) El riesgo de infanticidio o aborto que puede implicar la posibilidad de imponer una maternidad no deseada es real, ciertamente; pero también hoy bastante menor que en otros tiempos, por tener la maternidad extramatrimonial distinta consideración que otrora, y cuando el tratamiento penal de aquellos actos es muy distinto en el nuevo Código Penal. Ese riesgo de aborto o infanticidio se da también respecto de las maternidades matrimoniales no deseadas y en familias en que la llegada de un nuevo hijo crea graves problemas económicos, familiares o sociales; y, sin embargo, no cambia para tales casos el régimen de determinación de la maternidad. Por otro lado, hay datos que permiten afirmar que no es mayor el número de infanticidios y abortos relacionables con lo que aquí interesa en los países (amplia mayoría en el mundo occidental) en que la maternidad queda determinada automáticamente por la inscripción de

¹¹⁷ Dice la STS de 14 de julio de 1988, con referencia al cambio que ha supuesto en nuestro sistema jurídico el régimen del artículo 39.2 CE: «... habida cuenta, principalmente, del interés preponderante que se concede a la filiación y, con ella, a los legítimos y superiores de toda la sociedad de estado cultural avanzado en que se potencian los intereses familiares y sociales frente a los estrictamente individuales representados por la protección que se dispensa a la intimidad y a la integridad consagrados en los artículos 15 y 18 de la propia Constitución». A su vez, la STC 7/1994, de 17 de enero, dice (FJ 2.º): «Tampoco se vulnera 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 y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los Autos 103/1990, FJ 4.º, y 221/1990, FJ 3.º, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE (...). Sin que los derechos constitucionales 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 una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares». Sobre esta cuestión véase mi trabajo «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. 25 (marzo de 1992), pp. 49 ss.(62-65).

nacimiento e inclusión en ella de la identidad de la madre, sin intervención voluntaria, positiva o negativa, de ésta ¹¹⁸.

Se reproduce aquí, a efectos dialécticos, y en la realidad, un nuevo conflicto, ahora entre un riesgo de infanticidio o aborto hoy (relativamente) lejano y no mayor que en otros sistemas jurídicos, frente a una situación (hijos sin filiación materna) y un mal próximo para muchos otros niños, que arriesgan quedar sin maternidad y sus consecuencias ¹¹⁹.

Sub c) Frente a la idea de que no es bueno o aconsejable imponer una maternidad a mujer que no desea asumirla como carga personal o como función social y jurídica, cabe oponer inmediatamente: 1) que tampoco ha sido consultado el hijo antes de nacer ni elige a su madre, que le viene impuesta; 2) que no dará mejor resultado que aquella maternidad automática no deseada otra impuesta judicialmente a la madre (perfectamente posible en nuestro Ordenamiento), ni una paternidad judicialmente declarada (lo que, con aquel razonamiento, aconsejaría el suprimirlas también); 3) finalmente, que hay funciones y deberes jurídicos que no pueden quedar y no quedan a discreción del afectado, y la Ley los impone a ciertas personas en determinados casos con independencia de la voluntad de las mismas, por razones ajenas a su voluntad (responsabilidad individual, posición en la familia o en la sociedad, etc.). El caso de la maternidad es uno de los más evidentes y graves: afecta al estado civil e identidad de las personas, materia indisponible, que no se puede regir por criterios voluntaristas y de disponibilidad (renuncia, negación arbitraria). No se olvide, por otro lado, que es delito el «ocultar o entregar a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación» (art. 220.2 CP vigente) —con tratamiento distinto, por cierto, del que se daba a este delito en el CP de 1944.

Sub d) En cuanto a que el dejar indeterminada la maternidad biológica facilita una futura adopción, me parece el menos convincente de los argumentos contrarios a la tesis que defiendo. Bastaría pensar en que el fin no justifica los medios y en la desproporcionalidad entre el coste jurídico y humano de uno y la ventaja que proporciona el otro. Pero, sobre todo, es falaz ese argumento, pues si la madre biológica quiere dar en adopción más tarde el hijo que no quiere criar como propio ni ejercer los deberes de la maternidad, nada obsta para ello el que conste *ab initio* su identidad en la inscripción de nacimiento y que resulte de ella una maternidad biológica que dejará enseguida de ser jurídica y la carga funcional

¹¹⁸ Cfr. J. MASSIP, «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi de 8 janvier 1993», *Deffrénois*, 1993. 634, núm. 29 (que ha estudiado ese problema en Alemania, Suiza, Bélgica, Países Bajos); y F. GRANET, «L'établissement judiciaire de la filiation...», *loc. cit.*, p. 24.

¹¹⁹ En el fondo ello constituye un problema de política jurídica, que requiere una clarificación y solución por parte del legislador. Ponderado ese conflicto de acuerdo con el razonamiento expuesto en el texto, creo que es preferible garantizar una maternidad, una identidad y demás al nacido frente a un lejano (hoy) e hipotético riesgo de infanticidio o aborto, cuya inevitabilidad se halla en otro terreno y contexto jurídico y social.

de una maternidad –opción, por cierto, que no tiene el hijo hasta los doce años: antes no se toma en consideración su voluntad a los efectos de aceptar o no la madre adoptiva–. El precio de la (supuesta) facilitación de una futura adopción es demasiado alto: privar a una persona de su identidad, del conocimiento de su propio origen. Por otro lado, esa ocultación de la identidad de la madre como paso previo para una más fácil adopción va en contra de una línea y evolución en Derecho Comparado (y en el nuestro: cfr. artículo 180 CC y 28 Ley Adopción Catalana) que tiende a facilitar a los adoptados el conocimiento de su origen y la investigación de su filiación biológica.

En conclusión: creo que hoy no son aplicables, y que han quedado derogados tanto el artículo 47 LRC (posibilidad de la madre no casada de «desconocer» su maternidad) como el 167 RRC (facultad de ocultar la identidad de la madre en el parto): la maternidad no matrimonial, como la matrimonial, deben quedar determinadas directamente en el acta de nacimiento por la sola constancia en ella de los datos conocidos del alumbramiento del hijo: identidad de la madre que lo pare y del nacido, según los mecanismos normales de la legislación registral en relación con la sanatoria, en su caso. No hay razón suficiente que impida que en nuestro Ordenamiento jurídico tenga vigencia el principio *mater semper certa est* en su moderna inteligencia, casi universal y acorde con los Convenios internacionales pertinentes y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia caso Marckx).

En relación con la determinación de la maternidad el problema del Derecho español (y del legislador: es sobre todo cuestión de política legislativa) es el de adoptar las precauciones necesarias para que no pueda atribuirse gratuita y vanamente una maternidad inexacta a una mujer. Siempre es posible el error o la falsedad consciente. Para evitarlo tórnense las precauciones razonables y garantías previas, y aun las medidas posteriores que lo desincentiven; y quede luego siempre a salvo la posibilidad de demostrar judicialmente la inexactitud. Lo que no es razonable es el permitir el «desconocimiento» del artículo 47 LRC, incontrolado, con la posibilidad de que se haga por mera voluntad y al arbitrio de la madre, y justificarlo luego en la posibilidad de error y para evitar maternidades inexactas ¹²⁰.

2.2.2 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL EN INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO FUERA DE PLAZO

Puede haber lugar a esa determinación en dos supuestos fundamentales: *a)* cuando no aparezca inscrita la filiación en el Registro; *b)* cuando

¹²⁰ Con esa justificación (que era la de la exposición de motivos de la LRC de 1957), déjese también al varón desconocer su paternidad formal, donde hay mucha más probabilidad de error.

ya esté inscrito el nacimiento sin determinación de filiación (o sólo la paternidad) y se pretenda completar ésta con la correspondiente materna.

A) *Filiación no inscrita en el Registro.*

Cabe reproducir aquí cuanto dije de la inscripción de nacimiento fuera de plazo para la filiación materna matrimonial y normas aplicables. De esta filiación materna se ocupó con cierta amplitud la Circular de 2 junio 1981, con particular atención a la maternidad de mujer casada, en cuyo caso para la inscripción de la filiación materna como no matrimonial se exige la comprobación en el expediente de que no rige la presunción de paternidad marital del artículo 116 CC (cfr. R de 5 de agosto de 1981, y luego la de 11 de octubre de 1991¹²¹ y otras más). De esa exigencia, que me parece innecesaria y perturbadora, me ocupó en el apartado siguiente.

Otro supuesto de determinación de esta maternidad puede ser aquél en que hay un reconocimiento materno formal, en documento público y referido a hijo no inscrito, que se pretenda inscribir en el Registro. Habida cuenta del acceso al Registro del reconocimiento (inscripción marginal a la de nacimiento: art. 46 LRC), el RRC prevé una «anotación soporte de otros asientos» (O de 24 de diciembre de 1958): «en la anotación se indicará este carácter especial, y puede extenderse en virtud de declaración del interesado» (art. 154.1.º RRC). En esa anotación soporte del nacimiento se practicará la anotación marginal del reconocimiento materno. «Desaparecida la situación que la motivó, será cancelada (la anotación soporte), y los asientos marginales (aquí, la inscripción marginal del reconocimiento), trasladados, en su caso» (art. 154.1.º RRC).

B) *Nacimiento inscrito en el Registro sin determinación de la filiación (materna).*

Si está inscrito sólo el nacimiento del hijo sin determinación de la maternidad, puede acreditarse ésta en expediente gubernativo de inscripción fuera de plazo a los solos efectos de complementar la inscripción de nacimiento (cfr. art. 95.1.º LRC y 296 y 186 RRC, y RR de 13 de mayo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 16 de junio y 18 de septiembre de 1993 y 30 de abril de 1994). El caso menos problemático es aquél en que preténdese inscribir la sola maternidad de madre no casada, lo que se hará normalmente por medio de reconocimiento (cfr. RR de 8 de junio de 1992 y 11 de septiembre de 1995) o (teórica y excepcionalmente) por medio del título o la investigación correspondiente con la prueba del nacimiento, de la identidad del nacido respecto de la madre y demás (art. 312 RRC y concordantes), caso

¹²¹ Quiero destacar que en esta Resolución se tomó en consideración, para la inscripción de la filiación materna como no matrimonial de mujer casada, además del nacimiento del hijo después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho, la ausencia de la posesión de estado de hijo matrimonial; posesión de estado de que han prescindido, en cambio, muchas otras resoluciones en relación con el alcance de la presunción de paternidad matrimonial en casos marginales como el aquí considerado.

para el que estimo también posible (y viable) el mencionado expediente. Se trata, pues, de concretar los datos y circunstancias (protagonista: la madre) del hecho del nacimiento ya inscrito (art. 296 RRC y RR de 13 de noviembre de 1989, 3 de febrero de 1990 y 11 de octubre de 1991).

Más conflictivo es el supuesto en que la madre sea casada y el hijo lo haya tenido con varón distinto del marido. Puede pretenderse inscribir conjuntamente paternidad y maternidad (a) o estar ya inscrita previamente la paternidad extramatrimonial y solicitarse la inscripción de la sola maternidad (b).

Sub a) Del primer caso se ocupó la Circular de 2 de junio de 1981: «fuera del plazo establecido para la inscripción de nacimiento y esté o no practicada esta inscripción, a efectos de inscribir la filiación no matrimonial de madre casada, habrá de comprobarse que no rige la presunción legal de paternidad del marido y que el hijo no se encuentra en la posesión del estado de hijo matrimonial». Véase RR de 11 de octubre de 1991 y 5 de noviembre de 1991. El requisito de la prueba o comprobación de que el hijo no se encuentra en la posesión de estado de hijo matrimonial ha sido criticado por la mejor doctrina especializada¹²², y, reminiscencia de la legislación anterior, parece que no hay ninguna razón para que sea exigido hoy, tras la reforma de la filiación de 1981. De dicha exigencia prescinden también las Resoluciones de la DGRN a partir de la de 5 de enero de 1986 y luego prácticamente todas (13 de noviembre de 1989, 8 de enero, 16 de marzo, 30 de agosto y 19 de diciembre de 1990, 10 de octubre de 1991, 7 de noviembre de 1994 (2^a), 11 de diciembre de 1994, etc.).

Pero tampoco entiendo yo por qué haya de exigirse la prueba de que no rige la presunción de paternidad del marido para la inscripción de la maternidad. Ésta es un dato cierto que debe inscribirse sin ninguna precalificación una vez probada su real ocurrencia (el parto y la identidad del hijo respecto de la madre que lo ha alumbrado); lo que se hará, también en este caso, con los títulos y averiguaciones y pruebas pertinentes que practicar en el expediente registral. Eso parece que llega a admitir la Circular de referencia, aunque subordinado a que el hijo no ostente el estado de filiación matrimonial¹²³, extremo éste del que disiento. Llego a aquella conclusión y a este último desacuerdo (con la Circular) porque creo que no pueden interferir los problemas de paternidad (si opera o no la regla *pater is est*, si es compatible con un reconocimiento anterior, etc.) en la

¹²² Cfr. DÍEZ DEL CORRAL, «La inscripción de la filiación...», *loc. cit.*, p. 62; y PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al CC y Compilaciones*, cit., t. IV.3.º, p. 128.

¹²³ «Si en el expediente se comprueba —dice la Circular, III, párrafo 6.º— esos dos hechos negativos (es decir, la no aplicación del artículo 116 CC y la falta de la posesión de estado de filiación matrimonial) podrá inscribirse, con los requisitos ya dichos, tanto el reconocimiento de la filiación materna como el de la paterna. Pero si lo que resulta del expediente es que rige la presunción del artículo 116 y que, sin embargo, el hijo no ostenta la posesión de estado de filiación matrimonial, sólo podrá inscribirse el reconocimiento de filiación otorgado por la madre casada. No figurará entonces la filiación paterna correspondiente al marido...».

determinación de la maternidad, que por su propia naturaleza tiene distintos mecanismos de determinación y se rige por el principio de certeza, frente a la incertidumbre y juego de presunciones y reglas formales en la determinación de la filiación paterna. Si la maternidad queda determinada por medio del título, investigación y pruebas pertinentes, debe ser inscrita, como realidad previa y conocida. Luego ya se determinará e inscribirá (o no) la paternidad según las reglas correspondientes.

Por eso no comprendo bien el razonamiento y solución dada por los dos RR de 7 de noviembre de 1994 (1^a y 2^a), relativas a inscripción complementaria de la filiación no matrimonial paterna y materna respecto de persona cuyo nacimiento fue inscrito sin mención alguna de filiación. En la «1.^a» se acordó la necesidad de previo expediente gubernativo para determinar si se ha destruido la presunción de paternidad del marido de la madre, mujer casada que había reconocido, al igual que el progenitor, la maternidad y paternidad del inscrito. «En el presente caso –dice esa Resolución–, el hecho de que la autora del reconocimiento estuviera casada en el momento del nacimiento del hijo exige que se compruebe, en el 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)»; y no hubo lugar a la inscripción de la maternidad¹²⁴.

En la «2.^a» Resolución de aquella fecha, y con el mismo objeto, se estimó probado que la presunción de paternidad marital había quedado desvirtuada por la constancia de la separación de los cónyuges en la sentencia de divorcio, y acordó la inscripción de la filiación paterna y materna no matrimonial sin necesidad de expediente gubernativo previo.

Comprendo que en esta segunda Resolución se acuerde la inscripción de la filiación paterna por reconocimiento en cuanto que la prueba de la separación de la madre y su marido desde más de trescientos días anteriores al nacimiento dejaba sin efecto la presunción de paternidad del artículo 116 CC y, por tanto, se podía inscribir marginalmente el reconocimiento y con él quedar determinada la filiación paterna. Pero eso afecta sólo a la paternidad, cuya determinación obedece a principios y reglas propias. La maternidad –he dicho– debe quedar determinada directamente una vez haya constancia de ella y se acredite con los títulos pertinentes, sin que deba ser obstáculo para su determinación jurídica el

¹²⁴ En idéntico sentido, la Resolución de 30 de abril de 1994, referida a una inscripción de nacimiento sin constancia de filiación, y reconocimiento ulterior de la filiación no matrimonial otorgado por madre casada, en cuyo caso se exigió no sólo que el reconocimiento tuviese los requisitos formales y complementarios pertinentes, sino también la comprobación de que no regía la presunción legal de paternidad del marido de la madre (cfr. comentario de S. QUICIOS MOLINA en *CCJC*, núm. 38, pp. 441 ss.). Véase también Resoluciones de 11 de mayo de 1993 y 30 de mayo de 1994, en parecidos términos, aunque la última con otra justificación (invoca el artículo 113 CC, en mi opinión, incorrectamente, en lugar del 116, por lo que respecta a la presunción de paternidad marital).

que opere o no la presunción de paternidad marital: se es madre y debe haber maternidad con independencia de eso. Luego resultará, de otros datos y reglas jurídicas, si la maternidad es matrimonial o no matrimonial¹²⁵.

De cuanto dejo dicho se puede colegir que estoy menos de acuerdo con la Resolución de 7 de noviembre de 1994 (1.^a), que acordó la no inscripción de la maternidad hasta que se dejara probado que no operaba en el caso la presunción del artículo 116 CC. Esta norma afecta sólo a la paternidad, y es natural que no se inscribiera el reconocimiento paterno hasta dicha comprobación. Pero eso es cuestión de paternidad, insisto, donde son incompatibles la marital presunta y la derivada del reconocimiento realizado por varón distinto del marido: hay que demostrar que no opera la primera, automática, en principio, para inscribir la segunda. La maternidad, sin embargo, es independiente de una y otra, y debe ser inscrita en cuanto quede acreditada por los mecanismos correspondientes. Ya se determinará luego la paternidad que proceda según sus propias reglas.

Sub b) Caso parecido es aquél en que, inscrita en el Registro la filiación paterna de varón distinto del marido, preténdese completar la inscripción de nacimiento con la de la maternidad (de mujer casada), que no constaba inicialmente. Para este supuesto dijo la Circular de 2 de junio de 1981 que «habrá de comprobarse en el expediente que no rige para el reconocido la presunción de paternidad del marido»; y añade que si resulta aplicable la presunción del artículo 116 CC «no podrá inscribirse la filiación materna por la razón antes apuntada de que ello supondría enervar en vía inadecuada la presunción legal y porque no puede contradecirse el estado de filiación que prueba el Registro (art. 50 LRC y art. 113.2 CC)». No me convence este argumento¹²⁶. Pienso, como dije antes, que acreditada por títulos y medios idóneos en el expediente registral la maternidad, debe ser inscrita: es el único dato seguro, y su determinación legal obedece a criterios de certeza (más que de veracidad), y es siempre básico y previo a la paternidad (aunque ésta haya accedido antes al Registro, por motivos distintos: principios formales, voluntarismo, etc.). No puede dejar de inscribirse la maternidad porque de ella derive una paternidad (presunta, sólo eso) incompatible con la inscrita previamente¹²⁷. Resuélvase luego la incompatibilidad de las paternidades en conflicto en su propio terreno,

¹²⁵ Por eso me quejaba al inicio de este trabajo de que se apliquen a la maternidad principios, criterios y mentalidad de la paternidad, cuando son realidades distintas y deben de merecer criterios de determinación también diferentes, independientes. Como también critiqué (desde hace tiempo: cfr. mi trabajo «La filiación en el Derecho Civil especial de Cataluña», *Rev. Jur. Cat.*, 1973-2, pp. 229 y otras) que trascienda e influya en la determinación de maternidad y paternidad (hechos y categorías sustantivas) las valoraciones jurídicas «matrimonial/no matrimonial», que es un dato adjetivo, calificador (jurídico), que se halla en un plano distinto y que no debe interferir en la determinación de la maternidad, sobre todo.

¹²⁶ Tampoco a DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, pp. 65-66.

¹²⁷ En el mismo sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (TECNOS), cit., t. I, p. 889. Cfr. también DÍEZ DEL CORRAL, *op. loc. cit.*, p. 66.

por el procedimiento que corresponda, aunque sea tan formal y legalista como su propia determinación¹²⁸. Porque en otro caso, si, como exigen la Circular y pasaje citados, no se logra probar que la presunción de paternidad no opera en ese caso, el hijo se queda sin madre y tendrá sólo una paternidad sin más seguridad y fundamento que la voluntad de un reconocedor y una inscripción para la que no se exigió ningún requisito ni prueba.

Obsérvese que de nuevo se cruzan en la determinación de la maternidad los principios y criterios formalistas propios de la paternidad (sus dudas, sus presunciones, su voluntarismo), con consecuencias tan graves como la recién apuntada y el desconocimiento del principio cuasiuniversal de *mater semper certa est* en la inteligencia moderna que conocemos. A ello puede añadirse que poner dificultades a la hora de interpretar y aplicar las normas que determinan la filiación materna no matrimonial no deja de acentuar un trato diferencial y discriminatorio respecto de la matrimonial, cuya determinación es más directa, menos conflictiva¹²⁹: discriminación que, aunque derive de preceptos legales, es contraria al artículo 14 CE, correctamente entendido (porque no hay motivo razonable ni causa suficiente para el trato desigual en materia de maternidad), cosa que por inconstitucional debe evitar el intérprete a la hora de aplicar las normas correspondientes.

2.2.3 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL POR RECONOCIMIENTO

Esta determinación es menos problemática cuando la mujer es no casada, caso en que se aplican las reglas normales y solas del reconocimiento. Más conflictivo es el reconocimiento del hijo no matrimonial efectuado por mujer casada, supuesto en que a su vez cabe distinguir dos hipótesis: que, por la época del nacimiento del hijo, entre en juego y deba aplicarse la presunción del artículo 116 CC, o que en caso contrario (nacimiento después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de esa madre respecto de su marido) no rija la presunción de referencia.

Sólo voy a ocuparme aquí de las cuestiones específicas que plantea el reconocimiento materno, a lo que creo deben preceder unas breves *consideraciones* relativas al mismo que me parecen imprescindibles:

a) En primer lugar, pienso que, aunque nuestro Código no distingue y tiene un régimen unitario, no se debe aplicar en bloque y literalmente al reconocimiento materno la normativa general del reconocimiento, construida intelectual y jurídicamente (también, anterior en el tiempo) para la filiación paterna según principios formalistas y voluntaristas derivados de la clásica incertidumbre e inicial dificultad de prueba de la paternidad.

¹²⁸ Véase la solución que propone PEÑA, obra y lugar últimamente citados.

¹²⁹ Cfr. PEÑA, *op. loc. cit.*, p. 893.

La dejación a iniciativa del sedicente padre del reconocimiento se justifica histórica y sustancialmente en aquella incertidumbre y se admitió con objeto de facilitar la determinación de una paternidad que de otro modo sería muy difícil demostrar (lo que obligaría a ir a un proceso, con prueba no fácil, y siempre falible). Parecida explicación puede tener la exigencia de consentimientos, aprobaciones y otros criterios formales.

Frente a todo ello, la maternidad es una relación inmediata, directa y de fácil prueba: de ahí el principio *mater semper certa est*. Si el varón, cuando reconoce un hijo, lo único de que puede estar seguro es de la realidad de unas relaciones sexuales con la madre, de las que cree (sólo puede creer, nada sabe con certeza) que ha nacido el hijo que reconoce como suyo, y por eso lo hace –su reconocimiento comporta una implícita afirmación de relación sexual y la creencia de que el hijo ha nacido de ella–; en cambio, la mujer que reconoce un hijo efectúa una afirmación de un hecho indubitado que conoce directamente, y su aseveración coincide objetivamente con la realidad declarada (salvo error y problemas de identificación, que merecen distinto tratamiento): eso es lo único trascendente de tal afirmación, y basta para la determinación jurídica de la maternidad.

En consecuencia, habida cuenta de esa distinta realidad subyacente, que determina la necesaria vigencia de principios distintos que organicen jurídicamente su respectiva determinación (paternidad y maternidad), en la interpretación y aplicación al materno de las normas relativas al reconocimiento de la filiación, en general, debe tenerse en cuenta aquella diferente realidad fáctica y jurídica, y debe superarse el formalismo que preside el régimen general del reconocimiento, que no se adecua a la maternidad. Mientras no haya una reforma de la determinación extrajudicial de la filiación y deba aplicarse el actual régimen legal del reconocimiento al materno, pienso que la adecuación a este último de tales normas debe hacerse, de acuerdo con los criterios hermenéuticos sociológico y teleológico (art. 3.1 CC), teniendo en cuenta principios realistas, de verdad material¹³⁰, y no los formalistas que por razones históricas presiden e informan la concepción y el régimen del reconocimiento en nuestro sistema jurídico.

En consecuencia, el reconocimiento materno debe ser considerado sencillamente como una mera y directa *afirmación de un hecho cierto*, la maternidad, sin más, efectuado por la madre, que determina también directamente la filiación materna, de la misma forma (salvo diferencias puntuales) que la determina la inscripción en el Registro Civil por la declaración unida al parte o comprobación reglamentaria. Respecto del reconocimiento materno creo que huelgan las teorías del reconocimiento-

¹³⁰ Principios que ya aplica el Tribunal Supremo en los procesos de filiación: cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación», *Poder Judicial*, marzo de 1989, pp. 105 ss.

confesión, reconocimiento-admisión y demás formuladas para el paterno, aquí inocuas¹³¹; y, partiendo de ahí, las demás consecuencias del régimen jurídico correspondiente¹³².

b) Aunque no afecta tanto al reconocimiento materno como al paterno, quiero aludir (por su relación próxima con lo dicho) a esa anómala (en palabras suaves) suspensión de los efectos del reconocimiento paterno inscrito en el Registro por simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento del hijo reconocido (art. 124.2.º CC)¹³³. No puedo omitir dos sucintas apostillas: 1.º, me parece injustificada, sin fundamento suficiente esa suspensión de la eficacia del reconocimiento paterno por la mera voluntad de la madre: creo que es arbitrario dejar la determinación de la filiación paterna, que afecta al estado civil de las personas y tiene trascendencia pública, a la sola voluntad de la madre, sin más. 2.º, no me convence la razón invocada por algún prestigioso comentarista¹³⁴ de que, en general, ella conoce mejor que nadie quién pueda ser el padre (?), pues en este caso no se trata de que ella sepa o no quien lo es, aquí intrascendente: la Ley no lo subordina a que ello sea cierto (ni preocupa demasiado a nuestro legislador en materia de reconocimiento la verdad biológica) y porque la eficacia del reconocimiento en nuestro sistema jurídico no depende de que sea cierta la filiación reconocida y se corresponda con la realidad.

Veamos ya los supuestos de reconocimiento de filiación materna antes apuntados.

A) *Reconocimiento de la filiación materna por mujer no casada.*

En principio, no plantea este caso especiales problemas, y queda sometido a las reglas generales del reconocimiento formal. Sin embargo, es en orden a su interpretación y aplicación al reconocimiento materno donde puede haber alguna particularidad en atención a las observaciones recién hechas. Por ejemplo, habida cuenta de la certeza de la maternidad y de que su reconocimiento es, ante todo, declaración de un hecho cierto conocido y constatable (más que declaración de voluntad de querer constituir la relación jurídica de filiación), debe descargarse de voluntarismo la valoración de tal declaración de maternidad y todo este reconocimiento, y, salvo violencia o intimidación o error en la identificación del hijo (que no error en el querer, error vicio del consentimiento en sentido técni-

¹³¹ Véase la idea que tengo del reconocimiento en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. IV-2.º, pp. 108 ss.

¹³² Al igual que es inútil la impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento; y debiera serlo la legal necesidad de requisitos complementarios, etc, de la misma forma que la impugnación de la maternidad (art. 139 CC) es diferente que la impugnación de la paternidad.

¹³³ Véase ampliamente en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al CC...* (EDERSA), cit., t. IV-3.º, pp. 228 ss.

¹³⁴ PEÑA, *op. loc cit.*, p. 230.

co), el reconocimiento será válido y eficaz. De otro lado, en mi opinión, cabe perfectamente el reconocimiento incidental de la maternidad, en cuanto comporta una afirmación de ese hecho, aunque no haya voluntad directa de reconocimiento-determinación de filiación, ni se haya otorgado en forma legal¹³⁵.

Aunque, visto el tenor de nuestra legalidad vigente, poco vale mi desacuerdo y crítica (*dura lex, sed lex*), ¿qué sentido tienen en orden a la determinación de la maternidad por reconocimiento de la madre los consentimientos, audiencias y aprobaciones judiciales del artículo 124 CC, salvo que se invoque que la mujer que reconoce y afirma ser madre no lo sea ciertamente por suposición de parto o error en la identidad del hijo? Esos consentimientos y aprobaciones, de discutida justificación y dudosa interpretación referidos a la paternidad, y sólo comprensibles en una concepción formalista del reconocimiento paterno, no tienen sentido alguno, en mi opinión, en relación con la maternidad y el principio *mater semper certa est*, de casi universal aceptación, y frente a cual tales requisitos complementarios apenas significan otra cosa que una innecesaria e incongruente infracción de dicho principio, amén de injusta.

B) Reconocimiento de la filiación no matrimonial por mujer casada.

Esta situación es problemática por razón de la presunción de paternidad que la Ley vincula al matrimonio, al nacimiento de mujer casada, lo que ha generado amplias discusiones en otros sistemas jurídicos próximos al nuestro¹³⁶. Hoy no hay en nuestro Ordenamiento las viejas dificultades (CC de 1889) derivadas de la prohibición del reconocimiento de la filiación ilegítima no natural; no obstante lo cual fueron habilitados ciertos mecanismos, que la LRC de 1957 propició, que permitieron aquellos reconocimientos vedados. En cuanto al Derecho vigente, la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial efectuado por mujer casada va a depender sustancialmente de que entre en juego o no la regla *pater is est* en relación con la situación registral del reconocido por la madre.

¹³⁵ No se me ocultan las razones que invoca PEÑA en contra de la admisibilidad del reconocimiento incidental, basadas en el término *otorgado* que en algún lugar emplea el legislador, y otras. Pero entiendo que estos argumentos ceñidos a la letra de la Ley y, en general, los eminentemente formales, deben ceder ante los de tipo racional, sociológico y finalístico, más vinculados a los principios y criterios informantes de una institución dentro de un sistema jurídico.

¹³⁶ Cfr., para el Derecho francés, P. RAYNAUD, «Volonté individuelle et filiation par le sang», *RTDC*, 1982-3, pp. 543 ss. En relación con el Derecho italiano, donde la cuestión del reconocimiento del hijo adulterino ha sido muy discutida antes de la reforma de la filiación de 1975, ha ocupado después a la doctrina: véase, junto a las obras generales (FINOCCHIARO, CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, MAJELLO, FERRANDO), los trabajos de ADAMI, «Il riconoscimento del figlio naturale da parte della donna coniugata», *Dir. Fam. e Pers.*, 1983, pp. 265 ss.; NAPPI, «Il riconoscimento di figlio naturale da parte di donna coniugata al tempo del concepimento», misma revista, 1982, pp. 682 ss. Para nuestro Ordenamiento, cfr. J. POZO VILCHES, *El reconocimiento del hijo no matrimonial de mujer casada*, Madrid (Trivium), 1993, con amplia información y jurisprudencia.

a) Si no rige la presunción de paternidad del artículo 116 CC, no hay problema si ha precedido separación legal, siquiera sea provisional, por más de trescientos días anteriores al nacimiento, a cuyo efecto bastará aportar certificación de la resolución judicial que la haya acordado. Si se trata de separación de hecho habrá que probarla igualmente, para lo cual es apto el expediente de inscripción fuera de plazo¹³⁷—expediente necesario también, en opinión de algunos, para el caso de separación legal—¹³⁸.

b) Cuando se trate de *reconocimiento materno de mujer casada de hijo ya inscrito del que consta en el Registro la paternidad de varón distinto al marido*, surge el problema de si es posible la inscripción de aquel reconocimiento directamente, o si es preciso que preceda la comprobación de que no rige en tal supuesto la presunción de paternidad marital. A ese respecto, y para hipótesis que examino, exigió tal comprobación la Circular mencionada¹³⁹. Cfr. también el artículo 185 RRC (redacción de 1986).

En este punto, y en cuanto a la argumentación de la Circular, se opuso enseguida Díez del Corral¹⁴⁰, alegando que no es decisiva la invocación de los preceptos que hace: «no hay contradicción entre la filiación paterna que proclama el Registro y la filiación materna que intenta acceder a él», dice. En tal caso —me permito añadir yo— el problema, si lo hubiera, sería

¹³⁷ En el caso que dio lugar a la Resolución de 30 de abril de 1994 la separación de hecho se probó ante el encargado del Registro por testimonio de siete vecinas de la madre que manifestaron conocerla y que vivía separada de su marido varios años antes del nacimiento de la hija que reconoció; en el mismo sentido, los informes de la Guardia Civil. Es notable la afirmación que hace esa Resolución respecto a que «esta comprobación de la no entrada en juego de la presunción de paternidad del marido de la madre ha de realizarse precisamente en un expediente *ad hoc*, como ha tenido ocasión de razonar la Circular de 2 de junio de 1981».

¹³⁸ A estos problemas atendía la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 cuando decía que «a efectos de inscripción de filiación no matrimonial de mujer casada, habrá de comprobarse que no rige la presunción legal de paternidad del marido y que el hijo no se encuentra en la posesión de estado de hijo matrimonial». Si bien es razonable la primera exigencia, en particular cuando no haya inscripción previa de otra paternidad distinta de la del marido, resulta incongruente y gratuito exigir la comprobación de que el hijo no tiene posesión de estado de hijo matrimonial. En ningún lugar (Código ni LRC) aparece norma alguna que permita exigir tal dato para la eficacia e inscripción del reconocimiento materno, y no hay por qué acumular innecesarios y alegales requisitos formales a una institución ya demasiado gravada con los de esa clase. En ese mismo sentido se manifestaron enseguida cualificados expertos en la materia (DÍEZ DEL CORRAL, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS), que desautorizaron la Circular y estimaron que no ha lugar al comentado requisito, que luego ha dejado de exigir la DGRN a partir de la Resolución de 5 de enero de 1986.

¹³⁹ «Habrá de comprobarse en el expediente —dice la Circular— que no rige para el reconocimiento la presunción de paternidad del marido. En caso contrario, es decir, si resulta aplicable la presunción del artículo 116 CC, no podrá inscribirse la filiación materna, por la razón antes apuntada de que ello supondría enervar por vía inadecuada una presunción legal y porque no puede contradecirse el estado de filiación que prueba el Registro (art. 50 LRC y art. 113-II CC)».

¹⁴⁰ «La inscripción...», *loc. cit.*, p. 65. Cfr. también DE LA CÁMARA, *op. loc. cit.*, pp. 420 ss.; MARTÍNEZ SANCHÍZ, «Influencias del Derecho público sobre el Derecho de familia», RDNot., 1986, p. 43; y POZO VILCHES, *op. cit.*, pp. 96-97.

de paternidad: enfrentamiento de la no matrimonial inscrita antes y la matrimonial presunta derivada de la maternidad (que se pretende inscribir) de mujer casada; incompatibilidad que se traduciría en que «no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria» (art. 113.2.º CC). Pero, además, en nuestra hipótesis no hay tal incompatibilidad legal, ya que la hay sólo entre una filiación determinada (la matrimonial no inscrita) y una hipotéticamente presunta, de una presunción que no llega efectivamente a operar ni a determinar paternidad por no constar antes la maternidad de mujer casada (art. 115.1.º CC). Lo que en realidad ocurre es que no llega a entrar en juego la presunción del artículo 116 ni a surgir una paternidad marital legal por mor de la prohibición del 113.2.º: sólo impugnando previamente y dejando sin efecto la paternidad no matrimonial inscrita puede operar la regla del artículo 116 (cfr. R de 7 de enero de 1987, en el mismo sentido).

La maternidad, aquí como en otros casos, es ajena al juego de esas reglas formales, exclusivas de la paternidad. La maternidad es un hecho cierto y debe tener acceso al Registro y determinar filiación en cuanto reúna los requisitos legales para ello; y el reconocimiento es un medio idóneo para determinar también la filiación matrimonial (cfr. arts. 117, 118 y 119 CC). La cuestión de su calificación (matrimonial o no) es accesorio, adjetiva y posterior; la de la paternidad correspondiente es ajena, distinta, afecta a otro hecho derivado incluso jurídicamente (art. 116) de la maternidad, mas no anterior ni condicionante de ésta o de su determinación. Por tanto, no pueden ser los problemas de la paternidad los que impidan determinar la maternidad. Resuélvanse en buena hora esos problemas, después y al margen de la maternidad, hecho seguro, distinto y autónomo respecto de aquélla (lo que no se da a la inversa), sin interferir la determinación del hecho previo.

Por todo esto no creo que deba exigirse, en este caso, para la eficacia del reconocimiento materno, la comprobación de que no opera la presunción de paternidad marital. Si nada lo veda ni hay otra paternidad incompatible, regirá esta presunción y determinará la paternidad del marido. Si hay otra paternidad anterior correctamente determinada (hipótesis que ahora me ocupa) no operará la regla del artículo 116 CC por incompatibilidad legal y real, hasta que quede invalidado el reconocimiento y la filiación no matrimonial anterior: explicación ésta que me parece la más razonable jurídicamente en ese marasmo de problemas formales (algunos inevitables, otros excesivos). En todo caso, la maternidad, legalmente determinada, debe tener acceso al Registro sin obstáculos ni por problemas que le son ajenos y posteriores: la maternidad es anterior, y sólo a partir de ella el hijo tiene una identidad y actúa la presunción de paternidad marital. Las incompatibilidades por mor de la paternidad y demás explicaciones jurídicas deben resolverse en este su terreno (y hay solución), que es un *posterius*, sin complicar innecesariamente el de la maternidad, que es un *a priori* indubitado de la paternidad (y más de la matrimonial).

En conclusión: entiendo que no debe exigirse la comprobación de que no rige la presunción de paternidad marital para la inscripción de la filiación materna no matrimonial del hijo de mujer casada, aunque sí para la del reconocimiento del progenitor distinto del marido. Cuestión esa poco clara en el artículo 185 RRC, que, al no distinguir, parece, por su confusa redacción, que aquella comprobación es requisito común para la inscripción de la filiación no matrimonial materna y de la paterna.

Esa misma confusión y tratamiento conjunto de la maternidad y de la paternidad aparece en no pocas Resoluciones, en que se dice que cuando sea de aplicación la presunción del artículo 116 CC la madre casada no puede reconocer a un hijo como no matrimonial y que debe figurar en el Registro la paternidad del marido (RR de 3 de abril y 25 de noviembre de 1987, 10 de mayo y 19 de septiembre de 1988, 10 de marzo y 14 de noviembre de 1989,...). En puridad, si el hijo no fue inscrito inicialmente como de mujer casada, ésta puede reconocerlo y hacer constar e inscribir su maternidad, sólo eso, sin prejuzgarla ni calificación alguna en principio y por el solo reconocimiento¹⁴¹.

2.2.4 DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL EN EXPEDIENTE REGISTRAL

También aquí he de remitirme a las reglas pertinentes (art. 49.2.º LRC y 189 RRC y concordantes) y a su comentario en obras generales¹⁴², para abordar únicamente las cuestiones específicas que atañen a la maternidad. Destacaré sólo:

a) Del «escrito indubitado (...) de la madre en que expresamente reconozca la filiación» (art. 49.2.1.ª LRC), me parece evidente que no es preciso que comporte un reconocimiento de la filiación (materna) en el sentido técnico de esa figura, ni es exigible una «voluntad» de reconocer, sino sencillamente que deje constancia clara del hecho de la maternidad con cualquier expresión de la que ésta se deduzca objetivamente, de persona (el hijo) bien identificada. Si ya aludí a esa mera afirmación de maternidad, sin más, referida al reconocimiento formal, que determina directamente la filiación, me parece ello más seguro y viable en este caso, por tratarse de la maternidad y porque el escrito y tal afirmación son sólo presupuestos básicos del expediente y de la resolución que recaiga. Por lo

¹⁴¹ Luego vendrá si es matrimonial o no esa maternidad: si entra en juego la presunción del artículo 116 será padre el marido y matrimonial la maternidad; si no es aplicable dicha regla será no matrimonial y posible el reconocimiento por varón distinto del marido; y si vigente esta última regla, sólo podrá quedar determinada la paternidad de dicho tercero una vez impugnada con éxito la paternidad del marido (sea por declaración judicial tras el ejercicio de la acción del art. 134 CC, sea por reconocimiento voluntario si se ejercitó la acción de impugnación de paternidad matrimonial de los art. 136 y 137).

¹⁴² Véase ampliamente en PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 890 ss.; y *Comentario del CC...*, cit., t. IV-3.º, pp. 256 ss.

demás, basta con documento privado, sea *ad hoc* o de otra clase en que incidentalmente se aluda a tal hecho en aquellos términos.

b) En cuanto a la «posesión continua del estado de hijo natural (...) de la madre,...» (art. 49.2.2.^a), cabe aplicar en principio la misma idea de posesión de estado que ha elaborado la jurisprudencia para la determinación judicial, en general, cada día con menor carga voluntarista (reminiscencia de la confusión de otrora con el reconocimiento tácito) ya iniciada antes de la reforma de 1981, y confirmada por jurisprudencia posterior (cfr. sentencias de 19 de noviembre de 1985, 5 de noviembre de 1987, 10 y 17 de marzo de 1988, 8 de julio de 1991, 14 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1994,...). La referencia a «hijo natural» ha de entenderse hoy equivalente a no matrimonial, sin discriminación ni distinción (salvo la del art. 125, cuando proceda).

c) «Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo» (art. 49.2.º.3.^a LRC). Los dos hechos, parto e identidad del hijo, pueden y deben ser probados por cualquier medio de los admitidos en Derecho, sin limitación alguna (incluidas las pruebas biológicas) en los términos en que operan en este expediente registral (cfr. arts. 351 y concordantes RRC). Esta prueba de la maternidad, definida por los dos datos a que alude el precepto, va más allá de la comprobación reglamentaria del artículo 44 LRC y 168 RRC, pues se trata de una prueba formal, a la que, aun hecha fuera del proceso judicial, son aplicables las normas correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habrá de ser apreciada, según tales criterios, por el encargado del Registro, en el contexto e inteligencia que vengo proponiendo para la maternidad (que no coincide con la de la filiación paterna).

d) Creo aplicable a este expediente y medio de determinación de la filiación lo dicho en el apartado anterior para el reconocimiento materno cuando se trate de madre casada: maternidad que debe ser considerada *per se*, autónoma, y anterior a la paternidad. Por ello, disiento de la autorizada opinión —si no he entendido mal— de Peña¹⁴³, que dice que «si la madre es casada, háyase o no inscrito ya el nacimiento, háyase o no inscrito la filiación materna, debe resultar del expediente que no se da (contra lo que es normal: art. 69 CC) la presunción de paternidad del marido». Pienso que ello sólo es correcto en cuanto a la determinación de la paternidad de varón distinto al marido tras la previa inscripción de la maternidad de mujer casada; inscripción de esa paternidad que únicamente es posible si no opera la regla *pater is est* o se ha impugnado con éxito la paternidad marital. Creo, en cambio, que no procede aplicar el mismo razonamiento cuando se trata de determinar la maternidad, cuya autonomía y carácter *a priori* respecto de la paternidad permite que pueda quedar

¹⁴³ De nuevo PEÑA, *Comentario a las reformas...*, cit., p. 896; y *Comentario del CC*, cit., t. IV-3.º, p. 271.

determinada una vez resulte probada por el mecanismo correspondiente (aquí, en el expediente registral) con independencia de las reglas aplicables a la paternidad (ahora, operancia o no de la presunción de paternidad marital), según argumenté en su momento. Para Peña esto se daría sólo cuando ha precedido la inscripción de la paternidad no matrimonial de tercero¹⁴⁴. Yo entiendo que, en cuanto a la maternidad, no ha lugar a distinguir casos y situaciones, por las razones dichas.

e) Una última observación: suscribo los reparos que suscita a Peña¹⁴⁵ el hecho de que, habiendo igual certeza sobre la maternidad, sea matrimonial o no, no se dé igual facilidad de inscripción para la no matrimonial determinada en este expediente —en el que cabe la eventual oposición de parte o del Ministerio Fiscal (que enerva esta vía y remite al procedimiento ordinario)— que para la matrimonial, la cual puede ser inscrita con más facilidad en virtud de expediente ordinario de inscripción de nacimiento fuera de plazo, sin los trámites más complicados y obstáculos como el recién aludido. Ese distinto trato y régimen parece a Peña «contrario al principio de no discriminación contenido en el artículo 14 CE tal como ha sido interpretado (en materia de acción de reclamación) por la STC de 20 diciembre 1982, y al principio imperante en las legislaciones modernas *mater semper certa est*».

Comparto, en efecto, el mismo temor de que ello sea trato discriminatorio e inconstitucional (amén de injusto), pues si bien no lo es en materia de paternidad —cuyo régimen diferente de determinación según sea matrimonial o no obedece a la distinta realidad subyacente y por ello está justificado y no es discriminatorio—, tratándose de la maternidad la realidad prejurídica es idéntica y las facilidades o dificultades para su demostración fáctica y para su determinación jurídica son iguales en matrimonio o fuera de él, por lo que un diferente régimen de determinación legal de la maternidad —y este caso no es el único, como vengo denunciando— supone una injustificada discriminación y trato desigual a situaciones reales iguales, lo que constituye, ciertamente, infracción del principio constitucional de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento del artículo 14 CE.

¿Qué solución cabe para superar tal obstáculo? En este caso concreto, más que suprimir el procedimiento de determinación y el artículo 49.3 LRC parecería indicado suprimir la posibilidad de oposición de parte o del Fiscal y cualquier otro trámite u obstáculo especial que dificulten más la determinación de la maternidad no matrimonial que la matrimonial, interpretando las normas discriminatorias (ésa y otras), de forma que dejen de serlo para la no matrimonial, mientras estén formalmente vigentes; en algún caso, dejar de aplicarlas, sencillamente, por ya derogadas por la Constitución. Esa es la línea que vengo manteniendo a lo largo de

¹⁴⁴ *Comentario a las reformas...*, p. 897; y *Comentario del CC*, cit., pp. 272-273.

¹⁴⁵ Obra y lugar últ. cit., p. 263.

este trabajo, lo que con frecuencia me aparta de la doctrina mayoritaria. Por ello me permito concluir, por lo que ahora interesa, que la mejor solución sería una modificación profunda del régimen de determinación de la filiación materna, que hoy es, por el incomprensible mantenimiento de la legislación del Registro Civil de 1957/1958, formalmente incongruente, anacrónica socialmente y en no pocos puntos inconstitucional, amén de injusta para ciertas madres y algunos hijos.

V. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATERNA. PRINCIPALES PROBLEMAS

1. EN GENERAL

Los artículos 115.2 y 120.3 CC establecen que la filiación matrimonial y la no matrimonial, respectivamente, «quedará determinada legalmente (...) por sentencia firme»; lo que alcanza por igual a la filiación paterna y a la materna. La sentencia que determina esa filiación puede producirse, en términos generales, tanto en proceso civil como en el penal; y si bien es perfectamente posible que una sentencia penal declare la paternidad (cfr. art. 193 CP, LO de 8 de noviembre de 1995; y art. 111 CC), resulta ser menos probable y frecuente en cuanto a la maternidad (verosíblemente, como pronunciamiento accesorio en condena por delito de suposición de parto o de alteración de maternidad o de estado civil: artículos 220 y 221 CP)¹⁴⁶.

Esa declaración de maternidad es más frecuente y natural por medio de sentencia civil, la cuál requiere un proceso judicial, y éste el ejercicio de una acción a instancia de parte legitimada. La determinación judicial de filiación materna puede tener lugar tanto en forma positiva, si la sentencia declara una filiación que antes no existía legalmente, o la que constaba era inexacta y es sustituida por la verdadera (*acción de reclamación de filiación*: sea de simple reclamación, sea una acción de reclamación que lleva asociada la de impugnación de la filiación inexacta anterior, por

¹⁴⁶ ¿Es posible, en técnica procesal, que en una sentencia penal condenatoria por esos delitos, una vez declarados probados el hecho del parto de cierta mujer y la identidad del hijo, se declare la maternidad correspondiente? Aunque para este delito no hay una previsión legal en ese sentido como la del artículo 193 del Código Penal (de 1995), no veo ningún inconveniente en ello. No se trata de la aplicación analógica a los delitos del artículo 220 CP de la regla del 193 (y no sería aplicación analógica de norma penal, sino de norma civil), sino en razón de que la declaración de la maternidad es cuestión de estado civil e indisponible (la sentencia de 24 de febrero de 1977 ya dijo, para la declaración de paternidad en relación con delito sexual, que se impone en beneficio de la prole y es derecho ajeno a la mujer, allí la ofendida) (cfr., más ampliamente, mi colaboración en los *Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ y otros, t. IV-2.º, pp. 128-129). Aun cabría aducir otra razón: la de economía procesal, pues de no pronunciar el Tribunal penal la maternidad que ante él ha quedado probada fácticamente, o se queda el hijo sin maternidad, o se le obliga a ir a un proceso civil de reclamación de filiación.

contradictoria); cuanto en vía negativa, si la sentencia declara inexacta la anterior filiación legal, que deja sin efecto: ello requiere el ejercicio de una acción de *impugnación de filiación*. Unas y otras acciones, entendidas en sentido amplio, no deben ser confundidas con las meramente declarativas: entre éstas, unas, de la existencia y validez de un título de determinación de la filiación (reconocimiento, resolución en expediente registral); otras declarativas de la inexistencia o invalidez de un título de determinación de una filiación formalmente existente (de un reconocimiento, por ejemplo).

2. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATERNA POR EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN

Regulada en los artículos 132 y 133 CC cuando no hay posesión de estado de la filiación reclamada, y, en el artículo 131 (supuesto de filiación manifestada por la constante posesión de estado), como el régimen es común en este caso y muy semejante en aquéllos, con problemática idéntica, abordaré conjuntamente la reclamación de filiación matrimonial y no matrimonial, limitándome a las particularidades relativas a la maternidad y cuestiones más conflictivas.

2.1 Hipótesis posibles de reclamación de filiación materna

A diferencia de la paternidad, que permite distinguir supuestos distintos de reclamación (con diferentes problemas y soluciones) según sea matrimonial o no (y en la primera, según el momento del nacimiento), respecto de la maternidad son menos las hipótesis posibles porque sus problemas son prácticamente idénticos sea matrimonial o no y ocurra en un momento u otro. En todo caso cabe prever estas hipótesis:

a) No constancia de filiación alguna inscrita, bien porque el hijo no se halla inscrito en absoluto en el Registro, o porque se halla inscrito su nacimiento sin designación de maternidad: tal puede ocurrir cuando hubo abandono inicial del hijo u ocultación de su nacimiento.

b) Inscripción de nacimiento del hijo con constancia de la filiación paterna, pero no de la materna.

c) Constancia registral de filiación materna errónea, que no se corresponde con la verdadera pretendida o reclamada (sea por mero error material, o en caso de entrega del hijo a tercero, con suposición de parto). Como no cabe la existencia de dos filiaciones legalmente determinadas referidas a la misma persona es preciso impugnar la existente (errónea) incompatible con la pretendida, sea en el mismo proceso (caso más frecuente y normal: art. 134 CC), o previamente a la determinación de la nueva filiación (vía casi limitada al supuesto en que prefiera determinar-

se la filiación pretendida de forma extrajudicial, caso distinto del que ahora me ocupa)¹⁴⁷.

Hay otras hipótesis de maternidad deficiente o errónea que pueden resolverse (y quedar determinada legalmente una correcta maternidad) por mera *rectificación del asiento registral*, sea en expediente gubernativo (arts. 93 y 94 LRC), en cuyo caso no ha lugar a proceso ni sentencia que determine filiación, o por rectificación de la inscripción en juicio ordinario (art. 92 LRC y R de 19 de diciembre de 1986), que aunque termina por sentencia (ordena, sencillamente, la subsanación del error padecido al extender el asiento que afecte a maternidad), no se puede equiparar a la dictada en proceso iniciado por acción de reclamación de filiación (que determina directamente la filiación materna).

2.2 Legitimación activa

El legislador de 1981 distingue a este respecto según haya o no posesión de estado de la filiación reclamada, concediendo muy amplia (excesiva en mi opinión) legitimación en el primer caso, a «cualquier persona con interés legítimo» (art. 131), y una legitimación más limitada cuando no hay aquella posesión de estado, diferente para la filiación matrimonial («corresponde al padre, a la madre y al hijo»: art. 132.1) y para la no matrimonial («corresponde al hijo durante toda su vida»: 133.1 CC). Cuando no hay posesión de estado, y en ambos casos, están legitimados también los herederos en los términos que dicen los artículos 132.2 y 133.2, con idéntica redacción.

No abordaré estas cuestiones en tanto que generales, por lo que me remito a mi opinión y crítica vertidas en otros lugares¹⁴⁸ y a otras más autorizadas, y centraré mi atención en el trato diferente que hay entre la filiación matrimonial y no matrimonial, pues si en la primera están legitimados, cuando no hay posesión de estado (supuesto más frecuente), el padre, la madre y el hijo –parecen las personas adecuadas para reclamarla: nada que objetar, en principio–, en el caso de la no matrimonial y si no hay posesión de estado está legitimado únicamente el hijo. Ello quiere decir que la madre no matrimonial no tiene legitimación *proprio nomine* para reclamar judicialmente que sea declarada su propia maternidad respecto del hijo que ella alumbró cuando por el motivo que sea (y muchos pueden ser fáctica, jurídica y humanamente) no figura inscrita en el

¹⁴⁷ No son acciones de reclamación de filiación *stricto sensu* la acción declarativa de la existencia y validez de un título de determinación de la filiación (inscripción, reconocimiento, etc.); ni las relativas a la identidad de la persona cuya filiación ya está determinada; ni la que pretende un pronunciamiento judicial relativo a la inscripción de la filiación que anteriormente fue denegada, y alguna otra (cfr. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas...*, cit., pp. 967-968).

¹⁴⁸ Por lo que a mi respecta, véase cuanto digo en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. IV-2.º, pp. 84 ss., y «La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación», *loc. cit.*, pp. 105 ss.

Registro o no está determinada de otro modo. Es evidente el trato legal discriminatorio de esa madre, que por serlo extramatrimonial carece (legalmente) de acción de reclamación de su maternidad, acción que tiene, en cambio, la madre matrimonial. Ese trato diferente perjudica a la madre no matrimonial (e indirectamente al hijo) sin motivo razonable suficiente y supone una grave discriminación en el sentido que contempla y prohíbe nuestra Constitución, artículo 14, en términos tan claros que no necesitan de mayor comentario.

A esa calificación y motivo cabe añadir otros serios problemas de constitucionalidad y de racionalidad con idéntico peso. Porque me parece no razonable que la persona más directamente afectada por una relación jurídica de la trascendencia de la filiación, como es la madre, carezca de acción para reclamar judicialmente su maternidad cuando no se halla establecida legalmente y, en algunos casos, no puede dejarla determinada eficazmente de otra forma¹⁴⁹. Ello es menos comprensible cuando para el mismo hecho (maternidad) con otra calificación (simplemente otra calificación) se concede a esa misma mujer una acción imprescriptible y no sujeta a caducidad si está casada.

La cuestión podría quedar en esa sola incoherencia dentro de un sistema jurídico si ello no contradijera también el principio constitucional del artículo 39.2 de nuestra Carta Magna: «la ley posibilitará la investigación de la paternidad»; expresión que, no obstante la sola alusión a paternidad, es entendida unánimemente como signifiante del principio de libre investigación de la verdadera filiación, del principio de veracidad (mejor expresado en el art. 127.1 CC); precepto este último con el que tampoco es congruente el artículo 133.1. Porque aunque el principio de veracidad no opera en nuestro sistema jurídico con rigor absoluto, por lo menos en el ámbito judicial parece claramente definido en la Constitución y en el artículo 127 CC el principio de libre investigación y búsqueda judicial de la verdadera filiación, lo cual debe comenzar por permitir a los directamente interesados el acceso a demostrar en un proceso aquella verdadera filiación. El principio del artículo 39.2 CE y del 127 CC queda reducido a muy poco si aunque se permita investigar la filiación con toda clase de pruebas se cierra la puerta a las personas más interesadas en demostrarlo por directamente implicadas en la relación jurídica. El principio de la libre investigación de la verdadera filiación comienza por la concesión de una amplia legitimación para accionar judicialmente con dicha finalidad: las posibles excepciones deben estar muy justificadas, lo que no ocurre en la situación y persona a que me refiero ahora.

Creo que también queda vulnerado el artículo 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de derechos e intereses legítimos)

¹⁴⁹ Sobre el sentido y alcance de la legitimación en esta materia, cfr. STS de 19 de enero de 1990.

cuando se niega a la madre legitimación propia para reclamar filiación no matrimonial respecto de un hijo al que ha intentado reconocer (o formalmente reconocido) y queda ineficaz su reconocimiento porque no es consentido o aprobado en los términos de los artículos 123 y 124 CC, y no determinada legalmente su maternidad, ni determinable ya acudiendo a los Tribunales¹⁵⁰. Eso es, en mi opinión, inconstitucional¹⁵¹, y pienso que podría prosperar un recurso de amparo contra el artículo 133.1 CC por esa causa. Felizmente, en la praxis procesal no ha ocurrido así gracias a la interpretación benévola y razonamiento de nuestros Tribunales y jurisprudencia, que en la STS de 21 de abril de 1988 cita el artículo 24.1 CE para justificar la legitimación que ahora comento.

Algún autor ha justificado la negación de esta acción a los progenitores en el previo incumplimiento por éstos del deber de dar nombre y asistencia o amparo al hijo, por lo que le parece que en tal caso no merece el progenitor el conservar la facultad de reclamar judicialmente la paternidad o maternidad¹⁵². Argumento insuficiente, además de inexacto, pues quizá no siempre hayan dejado de cumplir aquellos deberes, o puede ocurrir esto al margen de su voluntad (hay casos y realidades vivenciales muy variadas en este ámbito). En todo caso, la concesión o denegación de una acción judicial no depende de la mayor o menor altura ética o social del titular de un derecho, ni se deja, en general, la determinación de la filiación al trato y relación anterior del progenitor con el hijo (salvo cuando haya posesión de estado): ¿por qué se concede acción de reclamación sin limitación causal ni temporal alguna a los progenitores matri-

¹⁵⁰ Creo que esa negación de legitimación *proprio nomine* a la madre no matrimonial constituye una grave inconsecuencia añadida a una harto discutible organización de la determinación extrajudicial de la filiación; lo que no se da en otros Ordenamientos —alemán y suizo, fuera de nuestras fronteras; Ley catalana de Filiación (art. 11.3), aquí—, en los cuales, aunque se exija a veces ciertos consentimientos, se permite, al menos, que cuando son denegados pueda el reconecedor frustrado acudir ante los Tribunales para establecer su paternidad/maternidad.

¹⁵¹ Con lo que disiento del parecer de PEÑA (*Comentario al CC...*, cit., t. IV-3.º, p. 220, nota 44), para quien, tras reconocer que el Tribunal Supremo ha concedido legitimación al progenitor más allá de lo que expresan los artículos 131 y 133 CC, añade que, salvo en el caso de que «haya habido culpa por parte del progenitor en la omisión del reconocimiento», «es perfectamente explicable la drástica negativa de la Ley española a conceder al progenitor acción para reclamar la paternidad y no puede haber en ello tacha de inconstitucionalidad: el artículo 24 de la CE concede el derecho a la tutela judicial sólo cuando se trata de intereses legítimos (y lo que ocurre es que de la Ley resulta que el interés del padre en esa acción ha dejado justificadamente de ser legítimo); el artículo 39 CE obliga a que la Ley posibilite la investigación de la paternidad (pero no a petición de cualquier persona y cualquiera que sea el tiempo transcurrido)».

No comparto, en efecto, esa opinión: ¿de dónde sale esa conclusión de que «de la Ley resulta que el interés del padre en esa acción ha dejado justificadamente(?) de ser legítimo»?; ¿es la madre «cualquier persona» en el sentido de la última frase de PEÑA? Obsérvese que el Tribunal Supremo no ha hecho tales precisiones ni distinciones, e invoca, en cambio (S de 21 de abril de 1988), el artículo 24 CE para justificar una legitimación que niega el artículo 133 CC.

¹⁵² Cfr. F. LLEDÓ YAGÜE, *Acciones de filiación*, Madrid, 1987, pp. 126 ss., y A. OCAÑA RODRÍGUEZ, *La filiación en España*, Granada, 1993, p. 262, quienes aceptan la restricción de legitimación del artículo 133 con esas o parecidas razones.

moniales que quizá también incumplieron, menos justificadamente, idénticos deberes?¹⁵³.

Sensible a las razones apuntadas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por una interpretación correctora e integradora del artículo 133.1 CC (o sistemática, en relación con otras normas legales y constitucionales), y desde hace unos diez años está afirmando (con frecuente apelación a los arts. 24.1 y 39.2 CE) que no se puede negar, por excesivo formalismo o limitación legal, legitimación para reclamar la filiación correspondiente al progenitor no matrimonial que pueda probar su paternidad/maternidad. Véanse sentencias de 21 de abril de 1988, 30 de junio y 10 de marzo de 1988, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 2 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991¹⁵⁴, etc.; y mantiene la misma filosofía e interpretación, si bien referidas a la acción de reclamación-impugnación del artículo 134 en relación con el 133, las Sentencia de 5 de noviembre de 1987, 23 de febrero de 1990, 20 de diciembre de 1991, 29 de abril de 1994 y 24 de junio de 1996, entre otras.

2.3 Legitimación pasiva

Ignorada esta cuestión por nuestro Código¹⁵⁵, debemos intentar resolverla por lo importante que es el convocar al proceso a las personas legitimadas, ya que ello afecta no sólo a la válida constitución de la relación jurídica procesal sino al fondo del asunto (*sic*, STS de 22 de julio de 1991 y 14 de mayo de 1992). En este punto hay que distinguir según sea filiación materna matrimonial o no matrimonial la reclamada.

A) *Filiación matrimonial*

En este caso deben ser demandados todos aquellos a quienes afecte la filiación reclamada y no sean parte actora, si están o pueden ser identifi-

¹⁵³ Como inexacto me parece también el argumento, invocado otras veces, de que los progenitores tienen a su disposición otras formas de determinación de esa filiación (el reconocimiento y el expediente registral) más fáciles y especialmente aptos para su caso: pues, amén de otras consideraciones sobre la opción más indicada entre varias legales para ejercitar un derecho (la judicial tiene aquí la ventaja añadida de que determina la filiación definitivamente, por el valor de la cosa juzgada), hay casos en que el reconocimiento puede estar abocado a ineficacia (y no determinación de la filiación) si no se obtiene ciertos consentimientos o aprobaciones judiciales, con lo que, denegada aquella acción a los progenitores, se les condena *ex lege* a no poder establecer la relación jurídica de filiación.

¹⁵⁴ «Si a la madre no casada se le negase el derecho a que se reconozca la paternidad de un hijo *por motivos de extremado formalismo*, se quebrantaría el artículo 24.1 CE», dice la sentencia de 21 de abril de 1988; y, superando tal «formalismo» (la omisión de la madre entre los legitimados *ex art.* 131 CC), concluye que esa madre se halla legitimada para reclamar la filiación, apelando a los principios generales del Derecho, a los artículos 1.4 CC y 53.3 CE. (Hablan también de la necesidad de superación del formalismo que todavía impregna la institución de la filiación en nuestro sistema jurídico las sentencias de 7 de febrero de 1986, 12 de noviembre de 1987 y 14 de julio de 1988). Sobre esa y alguna de las otras sentencias citadas en el texto, véase mi trabajo «La tensión formalismo-realismo...», *loc. cit.*, pp. 105 ss.

¹⁵⁵ No ocurre lo mismo en la Ley catalana de Filiación de 1991, cuyo artículo 15 es del siguiente tenor: «En todo proceso de filiación deben ser demandadas las personas cuya paternidad o maternidad esté legalmente determinada y que no intervengan en el proceso en otra calidad. En caso de que hayan muerto, la acción debe dirigirse contra sus herederos». Cfr. también ley 71, párrafo final, Fuero Nuevo navarro.

cados (aquí prácticamente siempre por razón del matrimonio): así, la madre y/o el hijo (según quien accione) como protagonistas directos de la relación de filiación. También el marido debe estar presente en este proceso cuando se reclame maternidad, en razón de la indivisibilidad de la filiación matrimonial, y de que la maternidad de mujer casada (y reclamada en tal calidad) desencadena la presunción del artículo 116 y va a convertir automáticamente a ese marido en padre del hijo en cuestión.

B) *Filiación no matrimonial*

Aquí debe ser demandada siempre la persona respecto de la que se pretenda la declaración de maternidad: si demanda la madre debe ser convocado al proceso el hijo, y si acciona éste, demandada aquélla. Pienso que no ha lugar a demandar al padre¹⁵⁶ porque la filiación no matrimonial es divisible y la reclamación de maternidad no determina paternidad alguna ni condiciona *a priori* quien sea padre, por lo que no afecta la sentencia sobre maternidad a este último, al menos directamente. Sólo en cuanto la maternidad contribuye a la identificación del hijo pudiera afectar indirectamente a una paternidad previamente determinada; mas el posible conflicto debe resolverse, según pienso, en el ámbito de la identidad del hijo respecto del padre y como tal hecho, pero no en cuanto maternidad, cuya determinación es independiente de la paternidad no matrimonial.

Por esta razón (divisibilidad de la filiación no matrimonial, independencia de paternidad y maternidad de esa clase) creo que no está legitimado para reclamar maternidad no matrimonial el padre ya determinado. Mas si con la actual (poco probable) o con otra legalidad se le concediera legitimación activa, cuando él reclame la declaración de maternidad deberán ser demandados el hijo y la madre, que son las dos personas a quienes une esa relación. Cuando el padre accione en nombre y representación del hijo, como actor es el hijo, demandada única será la madre.

Demandado también, en esta filiación como en la matrimonial, será siempre el Ministerio Fiscal, como en todo proceso de filiación (art. 3.6 Estatuto Ministerio Fiscal de 1981, art. 50 LRC; cfr. S. de 3 de marzo de 1988)¹⁵⁷, cuestión pacífica que no requiere mayor atención.

2.4 Elementos objetivos de la acción de reclamación de filiación materna

El objeto de este proceso es la declaración judicial de la filiación materna: incumbe, pues, al actor la prueba cumplida y concluyente de la

¹⁵⁶ En ese sentido la S. A.P. Badajoz 21 de septiembre de 1992 (citada en ALBACAR-MARTÍN GRANIZO, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, p. 1435), la única que conozco sobre esta cuestión.

¹⁵⁷ Sobre aspectos procesales de la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso de filiación, su incorporación posterior al mismo si no fue convocado en el primer momento, y demás, véanse las sentencias de 3 de febrero de 1988, 21 de diciembre de 1989, 6 de febrero de 1991 (cfr. mi comentario a la misma en *CCJC*, enero-marzo 1991, pp. 254 ss.) y 17 de junio de 1992.

maternidad, no tanto porque en la determinación judicial de la filiación nuestro Código se rige por el principio de veracidad, sino porque la maternidad es un hecho constatable y su determinación legal no se halla sujeta a los criterios formalistas de la paternidad. Procede, pues, en nuestro caso, sencillamente la demostración o prueba de la maternidad verdadera, con toda clase de pruebas.

La prueba de la maternidad, suele decirse, no plantea graves problemas, en principio: el actor deberá probar el hecho del parto (de la mujer demandada como madre o, en su caso, demandante) y la identidad del hijo, su coincidencia con el dado a luz por esa madre (cfr. art. 139 CC, para la impugnación). De esos dos hechos es de más fácil prueba el primero (hecho perceptible, circunscrito cronológicamente en un breve espacio de tiempo, del que suele quedar hoy constancia). En cambio, la prueba directa de la identidad del hijo es más difícil en cuanto que presupone el conocimiento o prueba de que los datos personales y registrales del que pretende ser hijo de la demandada coinciden con los atribuidos al hijo de la tenida por madre o, en defecto de datos registrales, presupone el conocimiento directo, preciso e ininterrumpido del desarrollo físico del presunto hijo desde su nacimiento. En última instancia se trata de una simple cuestión de prueba, casi siempre directa, de un elemento fáctico, que se puede hacer con cualquier medio probatorio (con independencia de su dificultad). En este ámbito y proceso, como en otros de filiación, las pruebas más eficaces y seguras son las biológicas, que tienen aquí ya pocas particularidades¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Una prueba biológica de maternidad —dice el prof. A. CARRACEDO ÁLVAREZ, destacado especialista en la materia, a cuya amabilidad debo el poder incluir esta nota— no difiere hoy sustancialmente de una prueba biológica de paternidad. Lo ideal para su práctica es que exista un padre indubitado (como ocurre en la prueba de la paternidad partiendo de una madre indubitada), pero actualmente no es siquiera necesario, y puede realizarse una investigación biológica de la maternidad directamente entre madre e hijo. Para estas pruebas se utiliza en la actualidad polimorfismos del *ADN nuclear*, fundamentalmente los llamados microsátélites (o STRs) y minisátélites; son partes del ADN que varían enormemente entre las personas y tienen una herencia muy sencilla. Por ejemplo, para el STR D21S11 (nombre del fragmento de ADN donde está), una madre puede ser 136-189 y el supuesto hijo 136-175. En este caso el presunto hijo posee un alelo (136) presente en la madre. Como la frecuencia de estos alelos en la población es muy baja, cabe atribuirle bastantes probabilidades de maternidad en ese caso. En la práctica doce de estos marcadores son habitualmente suficientes para conseguir probabilidades de maternidad o paternidad (incluso sin la otra parte de la pareja progenitora, o a partir de restos óseos o líquido amniótico) superiores al 99,99 por 100 en caso de maternidad o paternidad positiva; en caso de exclusión la seguridad es igualmente muy elevada (probabilidades de error de una billonésima o inferiores).

Existe también la posibilidad de realizar investigaciones de la maternidad utilizando *ADN mitocondrial*. Es una parte del ADN humano no presente en el núcleo de las células y que se hereda de madres a hijos; esto es, tenemos el mismo ADN mitocondrial que nuestra madre, abuela, hermanos, pero distinto que nuestro padre o abuelo. El ADN mitocondrial es útil en restos óseos de mucha antigüedad, cuando falla el ADN nuclear, pues es más probable que resulte positivo su análisis en muestras muy envejecidas (se ha aplicado, caso más conocido, en la identificación de los restos óseos de una tumba como pertenecientes a la familia de los zares de Rusia a partir de descendientes siguiendo la línea materna de herencia).

2.5 No necesidad de requisitos complementarios (consentimientos, aprobación judicial)

Planteo así la cuestión porque algún autor sugiere que cuando se trate de la determinación judicial de la filiación no matrimonial no puede eludirse la exigencia del consentimiento del hijo o de otras personas a que aluden los artículos 123-126 CC para el reconocimiento, como medio de protección del interés del hijo¹⁵⁹. No comparto esa tesis, al menos en esos términos generales (por la excepción que diré), no sólo porque nada exige al respecto el Código en su regulación de la acción de reclamación ni hay razón para pensar en una implícita remisión a los artículos citados, sino porque el régimen de las acciones de filiación es ajeno al formalismo y voluntarismo que preside la determinación extrajudicial de la misma por las razones conocidas. Y ello se da con más claridad cuando se trata de maternidad.

En los procesos de reclamación o impugnación de filiación se investiga la paternidad/maternidad verdadera según criterios de verdad biológica (art. 127.1 CC), con toda clase de pruebas y bajo el control judicial; lejos de la incerteza y falta de control sobre la verdadera filiación que se da en el reconocimiento voluntario o en el expediente registral. En el proceso de reclamación de filiación se atiende sólo a la prueba o no prueba de la paternidad o de la maternidad, que el Juez busca siguiendo criterios de verdad real¹⁶⁰ y pronuncia de acuerdo con las reglas procesales pertinentes y con total independencia de lo que consientan o no el hijo o el otro progenitor, y de que la filiación demostrada convenga al hijo o deje de convenirle. Ésa es también la posición del Tribunal Supremo, que en ninguna ocasión (que yo conozca) ha exigido o tomado en consideración

Como bibliografía específica relativa a investigación biológica de maternidad, véase ROBERTS-PAPIHA-BHATTACHARYA, «A case of disputed maternity», *The Lancet*, 29 agosto 1987, pp. 478 ss.; JEFFREYS-WILSON-THEIN, «Individual specific fingerprints of human DNA», *Nature*, 1985-316, pp. 76-79; JEFFREYS-BROOKFIELD-SEMEONOFF, «Positive identification of an immigration test case using human DNA fingerprints», *Nature*, 1985-317, pp. 818-819.

Bibliografía general sobre pruebas biológicas en la investigación de la filiación: HUGUET-CARRACEDO-GENE (coord.), *Introducción a la investigación biológica de la paternidad*, Barcelona, 1988 (contiene numerosos trabajos de varios colaboradores); CARRACEDO-BARROS (coord.), *Problemas bioestadísticos en Genética forense*, Santiago de Compostela, 1996; CARRACEDO-BRINKMANN-BÄR (coord.), *Advances in Forensic Haemogenetics*, Berlin-Heidelberg (Springer-Verlag), 1996; A. CARRACEDO, «Genética forense: Aspectos éticos y jurídicos del uso de la prueba del ADN en problemas médico-legales», en J. GAFO (ed.), *Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*, pp. 110 ss. (con amplias referencias bibliográficas y técnicas).

¹⁵⁹ En ese sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas...* (EDERSA), cit., p. 973.

¹⁶⁰ La sentencia de 21 de mayo de 1988 habla del «alcance de la verdad real en orden al reconocimiento de la paternidad» y de «obtener pruebas a fin del logro de la verdad real que siempre debe perseguir todo debate judicial, y concretamente las relaciones de paternidad». Y la sentencia de 3 de diciembre de 1988 dice que «en estos procesos (de filiación) se sigue un cierto principio inquisitivo...» (frente a otros principios formales del proceso civil). Cfr. también la STC 7/1994, de 17 de enero (FJ 6.º).

los requisitos complementarios a que ahora me refiero para sus pronunciamientos de maternidad (ni para la paternidad) en los procesos de que ha conocido.

Caso distinto es el del artículo 125 CC, cuyos términos son más claros y enérgicos formalmente y cuya finalidad protectora del interés del hijo queda explicitada y es más comprensible. Su ubicación entre las normas del reconocimiento¹⁶¹ no parece que deba ser razón decisiva para limitar su alcance a la determinación de la filiación incestuosa por reconocimiento. Por ello y, sobre todo, por su *ratio legis*, estimo aplicable el artículo 125 a la determinación judicial de la filiación no matrimonial, lo que llevado a nuestro caso (reclamación de la filiación materna) significará que el tribunal que conoce de ese asunto cuando esté determinada previamente la paternidad no matrimonial y este progenitor y la presunta madre fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, deba considerar dicho tribunal si conviene al hijo la declaración de la pretendida maternidad, y sólo declararla si lo estima conveniente para el hijo, aun probada la filiación materna.

2.6 Inexistencia de otra filiación contradictoria

El artículo 113.2 CC, como regla general (y en términos más específicos, el art. 134.2), impide que pueda reclamarse una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria e incompatible. Por tanto, cuando haya determinada formalmente una maternidad distinta de la pretendida, habrá de ejercitarse conjuntamente con la acción de reclamación una impugnación de la jurídicamente existente, lo que está regulado en el artículo 134.1. Así las cosas (y ello ocurriría sin necesidad de aludir el artículo 131 a otra filiación contradictoria), resultaría innecesario el párrafo 2.º de este último precepto –aunque no es totalmente equivalente a aquél por la diferencia, sutil, entre el «acreditada» del uno y el «determinada» del otro–. Su expresión inicial «se exceptúa [del régimen del párrafo 1.º] el supuesto en que la filiación...» sugiere enseguida que este caso y párrafo se refiere a otra cosa.

Una interpretación racional y sistemática de los indicados preceptos conduce a la conclusión de que el párrafo 2.º del artículo 131 pretende imponer una limitación a la norma, muy abierta, del párrafo 1.º, y, más en concreto, a su amplia legitimación («cualquier persona con interés legíti-

¹⁶¹ A ese efecto es ilustrativo el siguiente dato: la enmienda núm. 48 (del grupo parlamentario de UCD) al Proyecto de Ley, relativa a este artículo, al pasar por el Senado proponía sacarlo del régimen del reconocimiento y llevarlo al entonces núm. 121 («este artículo (125) incorpora un precepto que se refiere al régimen general de la determinación legal de la filiación, abstracción hecha de cuál sea el título concreto por el que se haya efectuado») (*Trabajos parlamentarios*, I, p. 655). La enmienda fue aceptada por el Informe de la Ponencia (*loc. cit.*, p. 722) y por el Dictamen de la Comisión (*ibidem*, p. 781), pero el Congreso aprobó la numeración inicial de los artículos y la ubicación del actual 125.

mo»). ¿Quiénes estarían, entonces, legitimados en tal supuesto excepcional? Como no puede entenderse esa limitación en el sentido de excluir toda legitimación y acción en este caso, parece que deba remitirse a la legitimación de los artículos 132 y 133¹⁶², o más verosímelmente, a la del artículo 134, que será el que con más frecuencia deba entrar en juego aquí ante la necesidad de impugnar la filiación contradictoria por la razón invocada al principio (art. 113.2).

3. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA

3.1 Impugnación de filiación y rectificación de asiento registral

Cuando una filiación materna aparece erróneamente determinada hay dos mecanismos jurídicos para adecuarla a la realidad: por rectificación del asiento de filiación conforme a la LRC, o por ejercicio de una acción judicial de impugnación (art. 114.1.º CC).

A) La *rectificación* de un asiento irregular o inexacto¹⁶³ se puede hacer por medio de: *a*) juicio declarativo de rectificación (arts. 50 y 92 LRC), que constituye la regla general, y que procede en caso de nulidad de la inscripción de nacimiento por defecto o nulidad de título, tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial (cfr. RR 13 mayo 1982 y 29 septiembre 1988); y *b*), expediente gubernativo tramitado de acuerdo con la legislación del Registro Civil (arts. 93 a 95 LRC y concordantes de su Reglamento), procedimiento que si bien constituye excepción frente a la regla general del juicio declarativo de rectificación, estadística y prácticamente se da en muchos más casos. A los supuestos mencionados en los artículos últimamente citados cabe añadir el de rectificación del asiento que resulte contradictorio con los hechos que una sentencia penal declare probados (art. 114.2.º CC) –sentencia que no se requiere que sea condenatoria–, que en cuanto a la maternidad puede darse cuando recaiga sentencia condenatoria en proceso por suposición de parto o por alteración de maternidad o de estado civil de los artículos 220 y 221 CP (cfr. art. 293 RRC)¹⁶⁴.

¹⁶² Cfr. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1984, p. 632; MARTÍNEZ CALCERRADA, *Nuevo Derecho de familia*, t. I, Madrid, 1982, p. 96; y J. CARBAJO GONZÁLEZ, *Las acciones de reclamación de filiación*, Barcelona, 1989, p. 187.

¹⁶³ Tal inexactitud puede ocurrir si hay un defecto formal al extender el asiento, por irregularidad del título que permitió su práctica, o porque la filiación que proclama no se adecua a la realidad biológica: este último caso, reservado a las acciones de impugnación de filiación.

¹⁶⁴ Ni el artículo 114.2.º CC ni el 293 RRC dicen cómo ha de apreciarse la contradicción entre los hechos declarados probados por la sentencia penal y el asiento registral, cuestión más compleja de lo que puede parecer *prima facie*. En principio, parece que aquella calificación deberá hacerse en el expediente gubernativo que prevé el artículo 293 RRC y normas complementarias (cfr. arts. 97 LRC y 341 ss. Regl.), por lo que la apreciación de la contradicción compete en esa instancia al encargado del Registro.

B) Por lo que respecta a la *impugnación judicial de la filiación materna*, en sentido amplio, debo recordar la diferencia entre las acciones que tienen por objeto dejar sin efecto una filiación legalmente determinada por no adecuarse a la realidad biológica (impugnación *stricto sensu*), de las que buscan una declaración judicial de inexistencia o invalidez de un título de determinación de una filiación formalmente existente (*acciones de declaración negativas*). En los artículos 136-141 CC se hallan mezcladas unas y otras, pues la impugnación de los artículos 138.1 y 141.1.º sólo pretende anular ese título de determinación, sin discutirse si se adecua o no a la verdadera paternidad/maternidad¹⁶⁵.

C) *Hipótesis de impugnación de la filiación materna*. Cabe señalar estos supuestos:

1.º cuando la que figure como madre impugne judicialmente su propia maternidad, sea matrimonial (art. 139) o no matrimonial (art. 140.1.º y 2.º), por entender (y demostrar) que ella no lo es del hijo cuestionado;

2.º cuando, pretendiendo que se declare judicialmente una maternidad biológica, se impugne previa o contemporáneamente la maternidad legalmente determinada que se considere inexacta, por la madre o por el hijo que pretendan que quede determinada legalmente la correcta o exacta;

3.º en el caso en que se pretenda hacer desaparecer jurídicamente una paternidad matrimonial demostrando que el marido no puede ser padre por no haber sido alumbrado por su mujer el hijo impugnado (ya que la paternidad marital deriva de la filiación *a matre* de mujer casada). Caso distinto es aquél en que se accione para demostrar que el hijo no es del marido sin cuestionar la maternidad de la esposa: el hijo dejará de ser matrimonial, pero seguirá teniendo la misma madre¹⁶⁶.

3.2 Impugnación de la maternidad matrimonial

Regulada en el artículo 140 la impugnación de la filiación extramatrimonial sin distinciones, resulta, por exclusión, que el artículo 139 se

¹⁶⁵ No constituyen, por tanto, verdaderas acciones de impugnación de la filiación materna, por no discutirse en ellas la realidad de la maternidad (igual para la paternidad), junto a las acciones de rectificación de inscripción de filiación (que también se tramitan por medio de juicio declarativo ordinario), las acciones declarativas de la inexistencia o nulidad plena del título que permitió su determinación; y las que persiguen la anulación del título de determinación legal (en lugar de la nulidad absoluta): tal, la del reconocimiento a que se refiere el artículo 141 CC.

¹⁶⁶ No incluyo aquí la sentencia penal por suposición de parto o alteración delictiva de maternidad (art. 220 y 221 CP) que declare que el hijo no es de la que figura registralmente como madre, porque en tal caso no se trata de una impugnación formal de maternidad, y su reflejo en el orden civil se realiza, tras esa sentencia penal, y separadamente, por medio de rectificación del asiento contradictorio con los hechos declarados probados en la sentencia según lo dispuesto en el artículo 114.2.º CC y 293 RRC.

refiere (opinión casi unánime) a la maternidad matrimonial¹⁶⁷. Sin embargo, ése es un supuesto, mas no el único, de impugnación de maternidad matrimonial, pues también puede haber lugar a ésta cuando se impugna toda la filiación matrimonial, paterna y materna, atacando ésta última, o cuando al reclamar otra filiación distinta de la formalmente acreditada se impugna ésta (art. 134), y en ella la maternidad.

3.2.1 PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN

A) *Legitimación activa*. La sola mención de la madre en el artículo 139 como legitimada obliga a preguntarse si efectivamente es ella la única que puede impugnar su propia maternidad¹⁶⁸, y si están también legitimados el marido y el hijo, habida cuenta de que dicho precepto emplea las palabras «la mujer podrá ejercitar...». En mi opinión, no tanto por esos términos literales sino porque en el artículo 140 hay una legitimación amplia que incluye al progenitor y al hijo, y no hay razón para una discriminación tan artificial e injustificada por razón de la filiación (en el art. 139, matrimonial) como la que se daría en otro caso, pienso que no pueden quedar excluidos en éste el marido y el hijo. Item más: siendo la filiación matrimonial indivisible, y por derivar la paternidad del marido de la maternidad de mujer casada (art. 116), parece que no puede

¹⁶⁷ Una acción como la del artículo 139 CC es infrecuente en Derecho comparado: no la regulan los Códigos alemán y suizo; el italiano se refiere genéricamente a la «suposición de parto o sustitución del nacido» en su artículo 239 CC, y en términos semejantes el artículo 322.1 del *Code* (ambos en la respectiva sección «de las pruebas de la filiación legítima»). Nuestro artículo 139 CC es un precepto conflictivo («desdichadamente concebido y que suscita problemas importantes», dice DE LA CÁMARA), introducido en el Congreso y sin precedentes en el Proyecto de ley presentado por el Gobierno, que había diseñado un régimen de impugnación idéntico para la paternidad y la maternidad (el art. 139 proyectado hablaba de filiación paterna y materna, y el 140, sencillamente, de filiación) y común a la matrimonial y no matrimonial.

¹⁶⁸ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., p. 1007) cree que en el caso de que la madre haya sido coautora del delito de suposición de parto y de la consiguiente falsedad de la inscripción de nacimiento, debería negársele legitimación para accionar impugnando su maternidad, sobre todo cuando haya posesión de estado. No estoy seguro de que sea ésa la mejor solución, pues la vinculación a los propios actos no ha de llegar incluso al caso en que son delictivos; la jurisprudencia tiene dicho que nadie está vinculado por sus propios actos si son inválidos (cfr. sentencias de 21 de junio de 1945 y 14 de diciembre de 1956) y que la doctrina de los actos propios no es aplicable a cuestiones como la filiación, que son de orden público y sustraídas a la libre autonomía de la voluntad (sentencia de 28 de noviembre de 1992, que he comentado en *CCJC*, núm. 30, sept.-dic. 1992, pp. 1065 ss.). En nuestro caso, la relación jurídica derivada de una falsa maternidad trasciende el interés y la situación de quien lo ha provocado. Por otro lado, la estabilidad del estado de filiación poseído (que no es el único valor, ni siquiera el más eminente en el actual régimen de la filiación: cfr. art. 127 CC), no justifica su prolongación cuando se levanta sobre una actuación delictiva que su autora quiere rectificar. Por su parte, la sentencia de 20 de enero de 1967 consideró impugnabile un reconocimiento de complacencia en que el reconecedor sabía su imposible paternidad respecto del reconocido; y añadió que en ese caso no rige el principio de los actos propios porque el reconocimiento impugnado es un acto *contra legem*. (Sobre el juego de la máxima *nemo suam turpitudinem allegans audiatur*, cfr. mi comentario a la sentencia de 28 de diciembre de 1993, *CCJC*, núm. 34, enero-marzo 1994, p. 287).

negarse a ese marido el impugnar tal maternidad y demostrar que su esposa no es madre del hijo que le atribuye la ley ¹⁶⁹.

Por lo que respecta al hijo aun me parece más claro, además de por las razones aducidas, el que deba estar legitimado para impugnar su filiación materna, aun no aludido en el artículo 139 —sí está legitimado en la ley 70 F.N. Navarro—. Siendo él el otro elemento de la relación de filiación, en la que ocupa una posición jurídica no menos importante que la de la madre, ¿cómo se le podría negar una acción (no prevista en otro lugar) para impugnar su filiación que dice inexacta, no veraz, y demostrar que la que figura formalmente como su madre no lo es en realidad?; ¿por qué el hijo no estaría legitimado y la madre sí? En un sistema jurídico que garantiza constitucional (art. 39.2) y legalmente (art. 127.1 CC) la libre investigación de la paternidad/maternidad no puede concebirse que el principal implicado en una relación de filiación no pueda acudir a los tribunales para hacer valer aquel derecho fundamental. Negárselo comportaría, por otro lado, el negarle la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, lo que es inconstitucional, además de discriminatorio respecto del hijo no matrimonial, como dejé apuntado.

La parquedad del artículo 139 deja otros interrogantes: ¿están legitimados los herederos de la madre para impugnar esta maternidad (con independencia de lo previsto en el art. 130 CC)? Para Albaladejo, Díez Picazo y Gullón y De La Camara, no. Peña ¹⁷⁰ entiende, en cambio, que como la maternidad atribuida falsamente puede afectar a la intimidad y honorabilidad de la persona, podrían accionar los herederos para defender el interés de la mujer, o su memoria, de acuerdo con la LO de 5 de mayo de 1982. Me parece correcto este último planteamiento en el marco legal de referencia; pero en ese caso se trataría de una acción en defensa del honor o intimidad de la mujer, y no una acción de filiación, de impugnación de maternidad, que aquí estudio.

B) *Legitimación pasiva*. Teniendo en cuenta otra vez la indivisibilidad de la filiación matrimonial, y que la impugnación con éxito de la maternidad comporta el derrumbamiento de toda la filiación, por apoyarse la paternidad sobre aquella maternidad precisamente, parece evidente que demandados tendrán que ser siempre las otras dos personas implicadas en esa relación que no sean parte actora: es decir, si acciona la madre serán demandados el hijo y el padre; si acciona el hijo, lo serán el padre y la madre; y si acciona el marido-padre, estarán legitimados pasivamente el hijo y la madre (en el mismo sentido, De La Camara y García Cantero).

¹⁶⁹ Si esa legitimación es la del artículo 139, o la del 136, parece ya cuestión bizantina: se trata de accionar para probar que la esposa no es madre, como medio para impugnar la paternidad.

¹⁷⁰ *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., p. 1008; *Derecho de Familia*, cit., p. 452.

3.2.2 ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA ACCIÓN (PRUEBA DE LA NO MATERNIDAD)

El artículo 139 dice que se ha de justificar «la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo», sin más. Y ésos son, ciertamente, los hechos por los que una mujer puede resultar no ser madre del hijo del que legalmente aparece serlo: porque ella no lo ha alumbrado (no ha tenido ningún hijo; o no ése nacido en enero de 1990, aunque sí tuvo un hijo en julio de 1980), o el hijo que tuvo en cierto parto real no es precisamente el que ha sido inscrito como suyo.

Son, en efecto, dos cuestiones distintas: en el primer caso hay que probar que no hubo el parto que se atribuye a la mujer que niega cierta maternidad, trátase de una suposición de parto delictiva o de mero error de hecho. En el segundo supuesto se trata de un problema de identidad: se ha inscrito a X como hijo de esa madre, aunque ésta parió al niño Z. La prueba es, evidentemente, muy distinta: en el primer caso se centra en el parto; en el segundo es cuestión de identidad. Ambos supuestos lo son de impugnación de maternidad, y en unos casos se tratará de hacer la doble prueba apuntada, en otros sólo una (por ejemplo, que la actora nunca tuvo un hijo), aunque la prueba quizá más contundente resulte ser la de histoincompatibilidad, o la no compatibilidad de los ADN (en general, las biológicas, siempre las más eficaces y fiables).

3.3 Impugnación de filiación materna no matrimonial, y del reconocimiento. Remisión

Como en estos casos y acciones no hay problemas particulares referidos a la maternidad (al menos, de cierta entidad, por más que algunos sean sugestivos), me remito a cuanto tengo dicho en otro lugar¹⁷¹, y a otras obras generales y especiales, para no alargar excesivamente este trabajo, que ya ha sobrepasado lo previsto y razonable para su modesta pretensión inicial.

¹⁷¹ LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. IV-2.º, pp. 138 ss.

Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal ¹

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. *Exclusión legal de la legítima de ascendientes y del cónyuge viudo.* 2. *Derechos de los legitimarios inmediatos.* a) Imperatividad y ámbito de esta regulación. b) Legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos. c) Cuota legal al resto de legítima (art. 124). d) Cuota legal al resto de legítima en algunos supuestos de desconocimiento total de la legítima (art. 122). e) Cuota legal en caso de preterición o desheredación injusta singulares (art. 123). f) Derecho de alimentos del legitimario inmediato (art. 121). g) Sentido de la renuncia a la legítima y de la desheredación. 3. *Derechos de los legitimarios mediatos.* 4. *La sistemática de la Compilación.* 5. *Valoración y crítica de la terminología legal.* a) La distinción entre legítima material y legítima formal. b) El supuesto carácter «colectivo» de la legítima aragonesa. c) Sobre la llamada «intangibilidad» de la legítima aragonesa. 6. *Propuesta de nueva redacción de la regulación sobre la legítima aragonesa.*

¹ El presente trabajo jurídico es un trabajo atípico que requiere cierta presentación y justificación por parte de su autor. Creo que se cumplirá pronto una década desde el lejano e ilusionado momento en que, al distribuir las materias a estudiar para confeccionar el segundo y ulteriores tomos de los *Comentarios a la Compilación* que dirigía entonces mi querido maestro el profesor LACRUZ, se me asignó, por sugerencia suya que yo acepté de buen grado, el comentario de los artículos relativos a la legítima aragonesa. Agradecí entonces mucho al maestro el comprometido encargo por la confianza que se me demostraba encomendándome y por el cariño especial que yo sabía le tenía a este tema el profesor LACRUZ. Sin embargo, casi una década después de aquellos hechos ahora recordados tengo que reconocer que, aunque llevo muchos meses trabajando en el tema y dándole prioridad en mis ocupaciones, todavía no tengo redactado el trabajo y probablemente voy a tardar aún bastantes meses en poder terminarlo (algo más de un año, según mis cálculos actuales). Reconozco, pues, la morosidad en el cumplimiento de mi obligación, que ha perjudicado el ritmo de aparición de los últimos tomos de los *Comentarios a la Compilación*, ahora dirigidos por el profesor DELGADO, sobre todo en una situación, tras la llorada muerte del maestro LACRUZ, en que nos ha parecido a todos sus discípulos y amigos que los encargos de investigación que él hiciera en vida devinieron irrevocablemente personales e intransferibles. Circunstancias atenuantes -no sé si eximentes- del mencionado retraso son la presión considerable durante estos años de mis obligaciones ordinarias como profesor universitario en una Facultad masificada, el haber tenido que preparar en el intervalo unas oposiciones a cátedras (que gané) y, sobre todo, un curso de doctorado sobre Derecho de aguas que llevo dando siete años, desde que lo iniciara a ruego del profesor GARCÍA CANTERO, entonces director de nuestro Departamento, y que, junto a la investigación sobre el mismo tema que paralelamente he ido desarrollando y que se ha concretado en un voluminoso libro, me ha hecho trabajar muchísimo. En fin, en los momentos actuales, inmerso por una parte en mi investigación sobre la legítima aragonesa y próximo a algunas de las personas que forman parte de la Comisión que prepara la futura

1. EXCLUSIÓN LEGAL DE LA LEGÍTIMA DE ASCENDIENTES Y DEL CÓNYUGE VIUDO

La doctrina aragonesa suele dar por supuesto que los preceptos imperativos que regulan la legítima de los ascendientes en el Código Civil (arts. 807.2.º, 809 y 810) no son supletoriamente aplicables en Aragón. Esto responde a una concepción tradicional y arraigada entre los juristas aragoneses. No sé si alguien se atrevería a decir incluso que dicha idea responde a un principio general en el que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés (art. 1.1.º de la Compilación). Sin embargo, como vamos a ver, esta cuestión no ha sido bien resuelta por la Compilación aragonesa.

Explicaba el maestro Lacruz, comentando el artículo 3 de la Compilación, que las reglas de Derecho general español que por *general consensu* se entiende que regulan materias sustraídas en bloque al arbitrio del individuo se imponen a continuación del régimen jurídico aragonés sin dejar otro lugar intermedio a la carta que aquél que el propio ordenamiento aragonés permita. Este *general consensu* sería un límite al principio *standum est chartae* desde el punto de vista del intérprete de normas aragonesas, aunque evidentemente no representaría un límite para nuestro legislador regnicola, que podría, en principio, por motivos de política jurídica aragonesa, *levantar la veda* y abrir la materia correspondiente a la autonomía de la voluntad.

Situado nuestro problema en este razonable esquema doctrinal, percibimos con mayor claridad la fuerte conveniencia de que, para excluir con seguridad la legítima de los ascendientes en nuestro ordenamiento, exista una norma que expresa o, al menos, implícitamente, declare la inexistencia de tal derecho de los ascendientes. Al fin y al cabo, puede hablarse de un *general consensu* en cuanto al carácter imperativo de todas las normas sobre legítimas, y de las normas contenidas en los artículos 807.2.º y 809-810 del Código Civil en particular, y hubiera debido ser el legislador, por ello, quien hubiera debido excluir la aplicabilidad de dichas normas. Sin embargo, tal exclusión se encuentra implícita pero muy clara en el artículo 30 del Apéndice, pero no así en nuestra vigente Compilación.

reforma legislativa de la Compilación, que no pueden por menos que participarme sus inquietudes y reflexiones, hemos finalmente pensado, estas personas y yo, que podría resultar útil para su labor preparatoria de la reforma un trabajo como éste en el que he intentado comunicar, descargada de toda aportación de jurisprudencia y doctrina ajena, la quintaesencia de mi reflexión de muchos meses, que creo ha alcanzado suficiente densidad y cuajo como para que no sufra ya alteraciones sustanciales durante la fase final de mi investigación. Esta es la razón de la peculiaridad y del tono supongo que excesivamente personal y denso que tiene este escrito, nacido de una situación tan coyuntural como la descrita. La benevolencia del lector sabrá comprender y disculpar éstos y otros defectos que con seguridad habrá de tener tan atípico y comprometido escrito. Este trabajo se beneficia de largas conversaciones sostenidas con mi amigo y compañero José Antonio SERRANO GARCÍA.

No se encuentra dicha exclusión, en particular, en la referencia del artículo 119 a que «solamente en ellos» (en los descendientes) deban recaer los dos tercios del caudal base de la legítima, porque evidentemente la cuantía de la legítima es necesariamente diversa de los dos tercios en el caso de los ascendientes. Para llegar a afirmar, muy forzosamente, que nuestra Compilación excluye implícitamente la legítima de los ascendientes sólo se puede afirmar la idea, cierta en sí pero acaso no suficiente para fundar esta tan concreta consecuencia, de que la regulación de las legítimas de nuestra Compilación tiende a una cierta plenitud, contiene un auténtico sistema propio, y tiende a desplazar en la mayor medida posible el diverso sistema del Código Civil. Este difuso y vidrioso argumento, junto al argumento que proporciona en el mismo sentido un también *general consenso* ahora de la doctrina aragonesa (pero la doctrina no es fuente del Derecho) sería lo único que podría oponer un juez aragonés a la concreta pretensión legitimaria formulada por un ascendiente del causante, quien podría alegar en su favor el artículo 1.2.º de la Compilación y los artículos 807.2.º y 809-810 del Código Civil, además de, en ciertos casos, con toda seguridad, razones morales de peso difícil de desconocer o resistir, en apoyo de esa pretensión jurídica. Y aparte de esto, me parece seguro que los ascendientes aragoneses tendrían derecho a legítima siempre que se lo reconociese expresamente un testamento o un pacto sucesorio, aunque pueda parecer un tanto académica esta posibilidad (cfr., como argumento analógico, el art. 139 de la Compilación).

La verdad es que, en trance de reformar nuestra Compilación, los encargados de esa delicada tarea, no deberían dejar de reflexionar sobre la conveniencia de mantener o suprimir la pretendida norma de exclusión de la legítima de los ascendientes. Personalmente, no estoy nada seguro de que los aragoneses debamos sentirnos orgullosos de negar a los ascendientes, en aras de un reconocimiento de un mayor ámbito a la libertad de testar, una protección como la del artículo 809 del Código Civil. Y no disipan del todo mis dudas los importantes derechos que los ascendientes tienen en la sucesión intestada con base en los artículos 935 y siguientes del Código Civil y en los artículos 135, 130, 132.2.º y 133 de la Compilación. El problema no es insignificante en una sociedad con creciente número de viejos que tienen un decreciente nivel de vida relativo y en la que existen muchos hijos solteros o casados sin hijos (o cuyos hijos les han premuerto, por ejemplo en accidente de circulación) que pueden fallecer y fallecen por las más diversas causas, premuriendo a sus ascendientes. Acaso hay en el actual Derecho aragonés una cierta desproporción, que va un poco contra la evolución de la mayoría de los Derechos de nuestro tiempo, entre la protección legal al matrimonio a través de la viudedad, un poco excesiva en algunos puntos (como acaso en la discutible existencia misma del derecho expectante de viudedad), y la protección legal al hecho de la paternidad o de la maternidad. Se ha prescindido, con criterio discutible y por favorecer el *standum est chartae*, del

mayor equilibrio en la regulación de las relaciones ascendientes-descendientes que presenta el Código Civil, y se ha prescindido (oscuramente, por cierto, como he explicado) de la legítima de los ascendientes, que podría llegar a representar en muchas ocasiones la plasmación jurídica del pago casi siempre insuficiente de una deuda moral contraída por el descendiente a lo largo de muchos años, y pago que sólo muy levemente habría de poder atenuar, en tales ocasiones, el dolor de ver morir a un hijo desde la edad avanzada. Todo ello aparte de que la Constitución propugna protección jurídica a la familia (cfr. art. 39.1.º) y no protección jurídica a la libertad de testar.

Para la legítima del cónyuge viudo regulada en los artículos 807.3.º y 834 a 840 del Código Civil podría en teoría plantearse un problema parecido al que he planteado sobre una posible legítima de los ascendientes, aunque sólo para el supuesto de una completa renuncia a la viudedad en todos sus aspectos (cfr. arts. 74.1.º, 76.3.º y 86.1.1.º de la Compilación). Aunque la aplicabilidad supletoria del Código Civil en estos casos no dejaría de ofrecer, al parecer, bastantes dificultades, no hay tampoco aquí argumentos completamente seguros para excluirla del todo, por lo que en el último epígrafe de este trabajo propongo una norma que, al establecer en el sentido de lo que al parecer quiere la mayoría la exclusión de la legítima de los ascendientes, despeje también las posibles dudas sobre una posible legítima del cónyuge viudo en Aragón.

2. DERECHOS DE LOS LEGITIMARIOS INMEDIATOS

a) Imperatividad y ámbito de esta regulación

La regulación de la legítima aragonesa por nuestra Compilación aspira a un tratamiento completo de esta materia, con sustancial desplazamiento del Código Civil, y creo que es bastante técnica y acertada en cuanto a sus soluciones sustantivas, pero bastante defectuosa en cuanto a la terminología legal y a la sistemática utilizadas, que parece contribuyen considerablemente a dificultar la inteligencia de una materia no precisamente fácil. Para enfrentarme desde el principio con estas dificultades por así decir añadidas, y para facilitar al lector la comprensión de mi pensamiento sobre esta un tanto artificialmente oscurecida regulación, me ha parecido conveniente incluir un epígrafe como éste, en el que adelanto al lector buena parte de mis principales conclusiones e intento prevenirle sobre la posible desorientación que acaso puedan producir las mencionadas sistemática y terminología legales.

La regulación de la legítima por la Compilación aragonesa comprende normas sustancialmente imperativas y que, como tales, limitan el ámbito del principio *standum est chartae* tanto respecto de los testamen-

tos como respecto de los pactos sucesorios, aunque el articulado de dicha regulación no ha explicitado y perfilado suficientemente esto último, de lo que derivan importantes problemas interpretativos.

El carácter imperativo para el testador o disponente de las normas sobre la legítima es una idea tradicional que se desprende de la redacción del artículo 119, de la fuerza rectificatoria de su voluntad que suelen tener las acciones reguladas en dichas normas (cfr. en tal sentido los arts. 124, 122, 123, 125 o incluso 121, además de los arts. 102.2.º y 109.1.º) o incluso de la protección a la legítima que el legislador adopta al regular otros institutos (cfr. arts. 80.3.º y sobre todo art. 108.2.º). Los artículos 120, 122, 123, 124, 125, y acaso también el 121, creo en cambio que son dispositivos respecto de un colegitimario individual (no respecto del único legitimario o respecto del conjunto de los legitimarios, a la vista del inicio del art. 119, que tiene formulación objetivada y no sólo contrapuesta a la voluntad del disponente), al haber admitido claramente el legislador la posibilidad de renuncia de la legítima en el artículo 106, que no debe entenderse limitado sólo a la falsa renuncia bilateral hecha en pacto sucesorio, sino alcanzando propiamente a la auténtica renuncia unilateral al derecho o expectativa de ese legitimario individual. En el anteproyecto aragonés de Compilación de 1961 se contemplaba expresamente la mencionada doble posible modalidad de renuncia a la legítima (cfr. art. 70.2.º). Y véase también el párrafo segundo del artículo 655 del Código Civil. Y quizás por el carácter genéricamente imperativo de la regulación de la legítima, y para intentar a la vez favorecer en lo posible la eficacia jurídica de la voluntad del disponente y los eventuales derechos de los inicialmente llamados a la legítima, este precepto del artículo 106 parece imponer una presunción interpretativa en favor del efecto mínimo de la renuncia, que se va a entender en principio que alcanza sólo a las acciones sobre cuotas legales de legítima (renuncia a la legítima que podríamos llamar «vacía» o «hueca»), sin alcanzar a las concretas atribuciones realizadas por cualquier título que acaso habrían de haberse recibido en el futuro en pago de esas cuotas legales de legítima (sin llegar a constituir renuncia a la legítima «llena» o efectivamente atribuida).

Por otra parte, que las normas sobre legítimas abarcan inicialmente no sólo a los testamentos sino también a los pactos sucesorios no lo afirman, lamentablemente, ni el artículo 119 ni los artículos 99 ó 100. No obstante, tal idea se deduce con claridad, no sólo de la evidente consideración de que si el artículo 119 no alcanzase a los pactos sucesorios el sistema legitimario aragonés sería sumamente fácil de burlar, sino de diversas alusiones concretas del articulado de la Compilación en las que claramente se presupone o reconoce la mencionada idea (cfr. arts. 102, 103.2.º, 106, 108, 109, 124 y 126). En fin, el que la costumbre, de incidencia tan característica en los pactos sucesorios tradicionales (cfr. arts. 33, 99.2.º y 107), esté rígidamente sometida al límite de las normas (legales) imperativas aplicables en Aragón (art. 2.1.º de la Compilación), es claro indicio también del acierto

de esta última explicación realizada. Por lo demás, el modelo tradicional de sucesión en la casa aragonesa, que inspira o impregna todavía fuertemente la escasa regulación de los pactos sucesorios, cabe perfectamente dentro del amplio esquema legal imperativo de la Compilación pero no es más que uno de los modelos posibles de organización de la sucesión bajo dicho esquema legal, sin que se puedan extrapolar concretas normas pensadas para el primero a esas otras formas posibles de organización de una sucesión.

Lo que resulta difícil de determinar en nuestra Compilación es si las normas sobre la preterición (arts. 120, 122 y 123) pueden o no aplicarse, y con qué alcance, a los pactos sucesorios. Me refiero al tema poco más abajo.

b) Legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos

En ese amplísimo contexto descrito, el artículo 119 impone al disponente una legítima de los dos tercios del caudal base de la misma y le reconoce una muy amplia libertad de distribución, entre todos sus descendientes existentes a la apertura de la sucesión, de esa misma legítima, pero modalizada tal libertad por diversos eventuales reajustes de la distribución ordenada o realizada, que pueden llegar a realizarse tras el ejercicio de las acciones individuales correspondientes por los legitimarios legitimados, y por aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 121 a 125. La amplia libertad de distribución que el artículo 119 reconoce al disponente está también repetida o ratificada en otras normas de la Compilación, como los artículos 31.3.º y 105.2.º, y potenciada en cierto sentido, para los legitimarios herederos, por la exclusión legal genérica de la colación del artículo 140. Veremos también más abajo que potencia la libertad de desigualar del disponente la falta de fuerza expansiva con que contempla el artículo 124 a las donaciones y legados a la hora de distribuir la cuota legal al resto de legítima. Parece además, por las razones que veremos más abajo, y ello va también en la línea de robustecer la libertad del disponente reconocida en el artículo 119, que la legítima aragonesa es una simple *pars valoris* y no, según se suele defender, una *pars bonorum*.

En la regulación de esos mencionados reajustes, imperativa siempre frente al disponente o causante, se muestra decisiva la distinción legal entre unos legitimarios de primer círculo o inmediatos, que son los hijos capaces de heredar del disponente o quienes les representarían de haberse deferido en forma intestada la sucesión en el mismo momento de la apertura de la sucesión de ese causante, y unos legitimarios de segundo círculo o mediatos, que son los que en tal momento tienen antepuesto al menos otro legitimario de grado inferior vivo y capaz de heredar (un hijo del causante, si ellos son nietos o bisnietos; o un nieto del causante, si ellos

son bisnietos o tataranietos; o un hijo y/o un nieto del causante en este último caso; etc.). La distinción no puede equipararse, como muchas veces se hace simplificadora e inexactamente, con la distinción entre descendientes de primer grado y descendientes de segundo o ulterior grado.

Naturalmente, nunca se podrá saber con seguridad hasta la apertura de la sucesión si una determinada persona va a ser finalmente legitimario o no y si va ser legitimario inmediato o legitimario mediato. El que se tenga una u otra cualidad depende de un hecho jurídico complejo fijado o cristalizado en el instante de la apertura de la sucesión y en cuyo supuesto de hecho complejo intervienen diversos hechos o variables, alguna de las cuales puede tener que ver con la voluntad del disponente (desheredación). Al otorgarse un testamento o un pacto sucesorio el disponente no tiene nunca seguridad completa de quiénes serán finalmente los legitimarios inmediatos: deberá orientar sus decisiones, en el marco de las normas sobre la legítima, por las previsiones que resulten sólo más probables o verosímiles. Podría quizás hablarse de una inmediatez originaria (siempre de los hijos vivos del causante, pero acaso también ya entonces de algún nieto o algún bisnieto suyo), que sería la eventual inmediatez que hubiera existido ya, de haberse abierto entonces la sucesión, en el momento del otorgamiento del negocio *mortis causa* (testamento o pacto sucesorio), y si hubiera llegado a durar esa persona y su capacidad de heredar hasta la apertura de la sucesión, y hablarse por otra parte de una inmediatez sobrevenida, en la que confluirían en primer lugar los descendientes ya nacidos al otorgarse el negocio *mortis causa* pero en ese momento todavía con eventual carácter de legitimarios mediatos y habiendo adquirido la inmediatez a la apertura de la sucesión, por premonición, indignidad o desheredación justa en el intervalo del descendiente antepuesto (legitimarios inmediatos representantes), y en segundo lugar los descendientes nacidos después del otorgamiento del negocio *mortis causa*, ya como iniciales legitimarios inmediatos que no pierden luego esa condición hasta la apertura de la sucesión, ya como iniciales legitimarios mediatos que devienen posteriormente inmediatos por las razones aludidas y llegan a serlo a la apertura de la sucesión (cfr. art. 120.2.º).

Sin embargo, la ley, creo que con acierto, se desentiende por completo de las concretas razones o vías por las que el legitimario es o ha llegado a ser inmediato y, considerando en principio irrelevante ese carácter originario o sobrevenido de la inmediatez, fija la calidad de legitimario inmediato o de legitimario mediato como irreformable e inmodificable por hechos posteriores a la apertura de la sucesión. Y esto vale también para el pacto sucesorio, lo que se percibirá con menor dificultad si se tiene en cuenta que, tratándose de legítimas, el punto de vista es siempre, como digo, el de haber sucedido ya la apertura de la sucesión. De modo que en los pactos sucesorios si se han hecho atribuciones, que han podido producir ya adquisiciones de derechos, en concepto de legitimarias, este último concepto ha de entenderse siempre como condicionado a que el

presunto legitimario llegue a serlo efectivamente a la apertura de la sucesión, quedando pendiente siempre para el caso contrario un posible problema de imputación de atribuciones en la legítima y acaso un eventual reajuste con reducción de atribuciones inoficiosas.

Decía por otra parte más arriba que el disponente tiene según el artículo 119 una amplia libertad de distribución de la legítima entre todos sus descendientes existentes a la apertura de la sucesión. Ahora podríamos ya matizar esa correcta afirmación señalando que esa libertad de distribución se ejerce en realidad y de momento sólo sobre presuntos o presumibles descendientes legitimarios, algunos de los cuales no podrán acaso llegar a heredar en realidad (premoriciencia, indignidad, posterior desheredación justa, renuncia), u otros de los cuales habrán podido devenir a la apertura de la sucesión legitimarios inmediatos, aunque fueran sólo contemplados como mediatos por el disponente en el negocio *mortis causa*. Pero lo que sustancialmente subsiste de la afirmación inicial es que en definitiva sólo serán legitimarios inmediatos o mediatos los descendientes existentes a la apertura de la sucesión, o si se quiere los descendientes que estén vivos o concebidos en ese momento. Los descendientes a los que se refiere el artículo 119 son sólo, como norma y salvo fiducia, los descendientes «actuales» o existentes a la apertura de la sucesión. No serán legitimarios los posibles descendientes futuros que no hayan llegado a estar vivos o concebidos a la apertura de la sucesión, y que sin embargo podrán haber sido atributarios de bienes en el negocio *mortis causa* (incluso como futuros presuntos legitimarios mediatos).

En efecto, aunque el legitimario aragonés no tiene por qué recibir su legítima a título de heredero, según suele advertir con razón la doctrina, comparte con el heredero la genérica exigencia legal de existir todavía a la apertura de la sucesión, lo que parece cierto en todo caso (premoriciencia, incluso en caso de pacto sucesorio, parece, y pese al art. 105), y la de haber llegado a existir ya en ese momento, aunque sea como concebido (arg. art. 29 del Código Civil). Esto lo presupone claramente toda la regulación de la legítima de la Compilación, con su machacona insistencia en atender a si exista o no, o a si medie o no, persona «capaz de heredar». Y esta fórmula de nuestra Compilación, por cierto, parece excluir claramente la posible existencia de eficaz nombramiento de un *concepturus* que siéndolo todavía a la apertura de la sucesión pudiera llegar a considerarse legitimario, al reforzar de forma que parece determinante el principal argumento que opone la doctrina del Código Civil a la posible capacidad de heredar de un *concepturus*, que precisamente es la exigencia legal de capacidad para heredar determinada en el momento mismo de la apertura de la sucesión (cfr. arts. 29 y 758 del Código Civil). Por tanto, el *concepturus* no puede ser legitimario, ni siquiera mediato, y por eso veíamos poco más arriba que los descendientes aludidos en el artículo 119 hay que entender que son los «actuales» o existentes a la apertura de la sucesión. El artículo 125.2.º contrapone también levemente o de pasada a los legitima-

rios, en el sentido estricto de los existentes en el momento de la apertura de la sucesión, con la «descendencia» de esos mismos legitimarios.

Ahora bien, dada la característica incertidumbre que acompaña al momento del otorgamiento del negocio *mortis causa* en cuanto a quiénes hayan de resultar finalmente legitimarios, nada impide fáctica ni jurídicamente al disponente, como no sea el posible consejo contrario del notario, el arriesgarse en dicho otorgamiento a hacer atribuciones que puede incluso calificar como legitimarias en favor de posibles descendientes suyos *concepturus* en la esperanza de que lleguen a existir efectivamente a la apertura de la sucesión y puedan ser legitimarios conforme a esa voluntad del disponente (cfr. art.120.2.º). Éste puede, como digo, disponer en el negocio *mortis causa* (más verosímelmente en testamento que en pacto sucesorio) tanto en favor de descendientes suyos vivos todavía entonces como de descendientes que puedan llegar a vivir a la apertura de la sucesión y suficientemente «identificados». Si al final resulta que estos últimos no llegan en tal momento a vivir, al menos como concebidos, se planteará, a falta de previsiones específicas sobre tal evento en el propio negocio *mortis causa*, un problema de interpretación del mismo, que acaso podrá conducir a que se tengan por no puestas esas atribuciones a personas posibles pero que no han llegado a existir (puede saberse incluso en casos que con seguridad ya no habrán de existir nunca) o que acaso podrá conducir al reconocimiento de la existencia de una sustitución o de otro gravamen en beneficio de dicho descendiente *concepturus*, lo que parece admisible a condición de que los descendientes a los que se refiere el artículo 125.1.º se entienda que son, a diferencia de en el artículo 119, tanto los descendientes actuales como los futuros respecto del momento de la apertura de la sucesión. En cuanto a sustituciones en favor de estos descendientes futuros sería conveniente reconocer la operatividad en su caso del límite del artículo 781 del Código Civil, aunque el tema sea discutible y discutido.

Volvamos ahora a la que antes llamaba inmediatez del legitimario sobrevenida o por representación y que creo se produce en los supuestos de premoriencia, indignidad o desheredación justa y también en los supuestos de renuncia a la legítima de un legitimario inmediato con descendientes propios y con independencia en todos los casos de si, con anterioridad a esos eventos impositivos, había recibido o no el legitimario inmediato atribuciones en el negocio *mortis causa*. Esto último porque la «capacidad para heredar» a que se refiere la Compilación al distinguir legitimarios inmediatos y mediatos es importante entender que es para el legislador una cualidad abstracta, en la que se quiere aludir a una herencia o a un legado sólo posibles o potenciales o a la capacidad abstracta para adquirirlos. Mediante esta peculiar técnica y mediante la simple distinción, así concebida, entre legitimarios inmediatos y mediatos, nuestro legislador ha conseguido con buena técnica reintroducir en la legítima la lógica de la sucesión intestada, desplazando la expresa y plena

aplicabilidad supletoria de los preceptos que en el Código Civil aplican unas soluciones que, salvadas las distancias entre ambos sistemas legitimarios, podríamos considerar como paralelas a las de nuestra Compilación (cfr. arts. 766, 761, 857 y 814, párrafo 5.º, del Código Civil). Pero no se podría haber conseguido excluir completamente la aplicabilidad supletoria del Código Civil, faltando en la Compilación aragonesa toda regulación directa y concreta de la representación en la sucesión intestada, por lo que se remite ésta finalmente al Código en cuanto a la sucesión legal de descendientes y a la representación (cfr. art. 128).

La frase elegida por el legislador de existencia o inexistencia de «mediación de persona capaz para heredar» no fuerza la gramática hasta la incorrección, porque mediar es estar una cosa (o persona, parece que podríamos añadir) entre otras dos, pero acaso resulta un poco extraña o equívoca, al utilizarse también el término mediación en Derecho privado (y aun en Derecho internacional) en un sentido diverso y preciso. Yo creo que hubiera sido más exacto y expresivo referirse a «anteposición» que no a «mediación».

Obsérvese ahora que el que llamaba efecto de la inmediatez sobrevenida del legitimario aragonés es también oscura e innecesariamente repetido por el artículo 141 de la Compilación, bajo el término *sustitución legal*, respecto de los supuestos de premoriencia y de «incapacidad de heredar», expresión que incluye con seguridad a la indignidad y acaso también a la desheredación justa (a favor de tal hipótesis el concepto amplio de «capacidad de heredar» que tienen los arts. 120, 121, 123 y 124). La desheredación justa tiene también sentido en el Derecho aragonés, como veremos más abajo; produce como vimos el efecto de la inmediatez sobrevenida del legitimario aragonés, y conviene por ello entenderla incluida en el artículo 141 de la Compilación. No puede haber ninguna razón seria para dar a la desheredación justa trato distinto a estos efectos que a la premoriencia o a la indignidad.

Finalmente, plantea mayores dificultades la sustitución legal que afirma suceder el artículo 141 de los hijos o descendientes ulteriores y por la «porción correspondiente» respecto del *legitimario renunciante a la herencia*, todo ello «salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso» (caso que, en la intención del legislador, precisamente es el de la renuncia, pretendiendo que sea el renunciante el «causahabiente»).

En primer lugar, con una interpretación que se centrase sobre todo en la letra de la ley, podría pensarse que el artículo 141 no debería alcanzar a las propias renunciaciones a la legítima unilaterales y previas a la apertura de la sucesión que fueran, conforme a la regla general (cfr. art. 106), renunciaciones de efecto mínimo o meramente sobre las acciones para reclamar las cuotas legales de legítima (renunciaciones a la legítima «vacía» o «hueca»). Y ello, sobre todo, porque el propio artículo 106 explica en realidad que ese renunciante sigue siendo capaz de heredar y debería excluir por tanto,

por su «mediación» y para sus propios descendientes, el efecto de la inmediatez sobrevenida de la legítima. Los descendientes de un legitimario inmediato que renunciase a su legítima «vacía» o «hueca», entonces, seguirían siendo legitimarios mediatos del causante. Sin embargo, esta interpretación literalista parece que debe ser descartada frente al importante argumento sistemático que cabe extraer de los artículos 119 y 124, en el sentido de que si se niega el carácter de inmediatez sobrevenida a los descendientes del (estricto) renunciante a la legítima (inmediata) «vacía», no sólo se conseguiría un discutible aumento por acrecimiento de las porciones sobre la cuota al resto de legítima de otros posibles legitimarios inmediatos en perjuicio (injusto en nuestro sistema) de la estirpe del legitimario inmediato renunciante, sino que, sobre todo, en el caso de ser el renunciante el único legitimario inmediato existente pero habiendo otro u otros legitimarios mediatos descendientes suyos, la afirmación de que la renuncia a la legítima de su ascendiente no privara a éstos de su carácter mediato conduciría en la práctica a una reducción o supresión de la legítima global, al carecer siempre los legitimarios mediatos de cuota al resto de legítima (cfr. art. 124), con una grave desvirtuación del artículo 119, muy difícil de admitir en un supuesto en el que existirían, al fin y al cabo, legitimarios. Y obsérvese que, en tal caso, no siendo el legitimario inmediato renunciante el último o único legitimario, no hay ninguna posibilidad de considerar inválida o ineficaz su renuncia (cfr. art. 106). Y esta explicación parece que presenta cierta coherencia con el sistema legitimario aragonés, porque en éste la posición jurídica de los legitimarios mediatos es, a pesar de todo y en general, más robusta y sólida que la de los descendientes de legitimarios descendientes en el Código Civil, por lo que no tendría por qué inspirarse nuestro sistema en la idea de que la renuncia o la repudiación de un legitimario debiese de afectar a su estirpe (cfr. arts. 766, 923 y 929). Por otra parte, incluso el argumento gramatical con que iniciaba la explicación de esta cuestión podría acaso quedar desvirtuado si la «capacidad para heredar» a la que se refieren los artículos 120 y siguientes se entendiese referida no a la capacidad de adquirir bienes por las vías ordinarias de adquisición *mortis causa* (cfr. art. 106) sino, más específicamente, a la capacidad o posibilidad de adquirir bienes por la vía específica (art. 124 ó art. 123) cuya posible transmisión por representación se considerase. Entendida así la «capacidad de heredar», el legitimario inmediato renunciante habría dejado de ser, desde la renuncia, persona capaz de heredar antepuesta a sus descendientes y éstos habrían adquirido como legitimarios la inmediatez sobrevenida.

Aparte de ello, no se sabe muy bien si este defectuoso precepto del artículo 141 se refiere de verdad a una propia renuncia a la legítima, que podría ser a su vez a la legítima «hueca» o a la «llena», o a una renuncia anticipada a la herencia por un legitimario, o a una renuncia anticipada a la herencia por heredero que no sea legitimario, o a una repudiación de la herencia por el uno o por el otro, pero entonces con inevitable ejercicio

del *ius delationis* y con los tan peculiares efectos del precepto, posible aplicabilidad del artículo 1001 del Código Civil, etc.

Si se entendiera que el artículo 141 alcanza a los supuestos de renuncia de legítima que el legislador presume excepcionales (cfr. art. 106) de efecto pleno o alcanzando las concretas atribuciones voluntarias realizadas en pago de legítima, sería defendible que, con base en aquel precepto, se entendiese producido, en favor de los descendientes del renunciante a dicha legítima «llena», el efecto que llamábamos de la inmediatez sobrevenida de la legítima. Y a esta misma conclusión se llega desde las normas de nuestro sistema legitimario (cfr. arts. 119 y 124), como hemos visto, ya que en este caso de la renuncia a la legítima «llena» el posible argumento gramatical contra la explicación dada más arriba de la posible «mediación» todavía del legitimario inmediato renunciante se torna todavía más débil y forzado que en el supuesto de la renuncia a la legítima «vacía». En efecto, aun en estos casos, cabría alegar todavía en contra de dicha explicación, que podría en algún caso conservar el renunciante a la legítima la capacidad de adquirir o heredar bienes del tercio de libre disposición (y acaso podría pretenderse que sería ello suficiente para evitar el efecto de producir para sus descendientes la inmediatez sobrevenida de la legítima) y aun que la misma renuncia a la legítima no deja de ser un actuar, aunque con efecto diferido a la apertura de la sucesión, la abstracta capacidad de heredar del renunciante (lo que diferencia bastante el supuesto de los de premoriencia, indignidad y desheredación justa: cfr. arts. 923 y 929 del Código Civil). Pero, como digo, estos argumentos significarían poco frente a la interpretación sistemática antes explicada basada en los artículos 119 y 124.

En definitiva, como se ve, a las abundantes y casi siempre justificadas críticas que la doctrina ha dirigido al artículo 141 de la Compilación, habría que añadir la de haber sido redactado el precepto, al parecer, desde una insuficiente comprensión del régimen jurídico de la legítima aragonesa y alcanzando innecesariamente al mismo.

Otro aspecto que ayuda a entender el funcionamiento de esta peculiar distinción de nuestra Compilación entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos es el de su relación con la exclusión por mención en el negocio *mortis causa*. Se trata ahora de entender que la exclusión por mención no produce para los descendientes del excluido el efecto de la inmediatez sobrevenida de la legítima, porque se entiende que el excluido mantiene siempre la abstracta capacidad de heredar. Podría decirse que para nuestra Compilación puede ser excluido precisamente porque tenía esa abstracta capacidad de heredar, y por eso mismo en ciertos casos, como veremos, incluso tiene legalmente reconocida (art. 124), como reacción contra la exclusión, una cierta cuota legal de legítima. Y lo mismo cabe decir de los supuestos de preterición o desheredación injusta de un legitimario inmediato, aunque acaso en ellos la cuestión

resulte menos difícil de advertir: también aquí el legitimario puede ser preterido o injustamente desheredado precisamente porque tenía la abstracta capacidad de heredar y también aquí el preterido o injustamente desheredado puede tener reconocida una cierta cuota legal de legítima (cfr. art. 123). La Compilación aragonesa parte de que la exclusión por mención, la preterición o la desheredación injusta, aunque introducidas ya desde el principio o desde el momento del otorgamiento en el negocio *mortis causa*, no suprimen ni afectan a la abstracta capacidad de heredar del legitimario, ya inmediato, para el que ello tiene decisivas consecuencias, como veremos, ya incluso mediato, para el que la subsistencia de la abstracta capacidad tiene efectos mucho más limitados. Hay en esta presuposición legal de nuestra Compilación un cierto valor convenido de la abstracta idea de «capacidad para heredar», que no podría descifrarse realmente sin nuestros conocimientos previos sobre la representación en la sucesión intestada del Código Civil, pero que, una vez descifrada con tal ayuda, parece mostrarse bastante precisa y eficaz para señalar la voluntad del legislador en un conjunto de cuestiones de muy considerable complejidad técnica.

Veamos las consecuencias de esta explicación para el caso de los excluidos por mención. Por ejemplo, la mención para excluirlos en el testamento de todos los legitimarios inmediatos (o de todos los legitimarios de un grado, como los hijos...) no convierte en legitimarios inmediatos a los que lo eran mediatos (o a los legitimarios de grado inferior, como los nietos,...), porque todos los excluidos por mención «eran» personas abstractamente capaces de heredar y «estaban» antepuestos a ellos, aunque finalmente hayan resultado excluidos, lo que parece resultar irrelevante a nuestros efectos. Si hay descendientes legitimarios siempre habrá alguno en el momento de la apertura de la sucesión que sea inmediato, pero nada impide que quede excluido en el propio testamento ese legitimario inmediato, o todos los legitimarios inmediatos que haya, concentrándose las atribuciones voluntarias en pago de la legítima, entonces, sólo en los legitimarios mediatos. A la inversa, que éstos reciban todas las atribuciones legitimarias no les hace perder su carácter de legitimarios mediatos, porque a la apertura de la sucesión existían abstractamente antepuestos, aunque concretamente excluidos por mención, unos legitimarios inmediatos.

Esta forma de funcionar la normativa de nuestra Compilación, el que la exclusión por mención no produzca la inmediatez sobrevenida de los posibles descendientes del legitimario inmediato excluido, responde en el fondo, como veremos enseguida, al razonable y muy medido designio del legislador de otorgar la cuota al resto de legítima (art. 124) mejor al legitimario inmediato excluido (junto al inmediato preterido o al inmediato injustamente desheredado, a quienes más difícilmente podría habérsela negado) que a esos descendientes suyos, que son sólo y se quiere que sigan siendo legitimarios mediatos, para que no reciban del patrimonio del disponente más que lo que éste les quiera atribuir expresamente por

negocio jurídico. El legislador aragonés ha querido evitar, mediante una regulación bastante compleja y técnica, la atribución indirecta de cuotas de legítima a los legitimarios mediatos, sin mencionarlos a ellos o atribuirles algo en el negocio *mortis causa*, y por mera exclusión por mención del legitimario inmediato concretamente antepuesto (cfr. arts. 119 y 124). Repárese además, desde el punto de vista gramatical, lo duro que resultaría aceptar que la Compilación denominase como «incapaz para heredar» al legitimario inmediato simplemente excluido por mención por la pura voluntad del disponente. Es oportuno recordar que las normas se deben interpretar según el «sentido propio de sus palabras» (art. 3 del Código Civil).

Como vamos a ver, a los legitimarios inmediatos, o descendientes que resultarían llamados por derecho propio o por representación a la sucesión intestada, la Compilación les concede, como ya ha habido ocasión de adelantar, en ciertos casos y con ciertos presupuestos, cuotas legales de legítima que pueden venir a completar, o aun a rectificar, la voluntad del disponente o causante.

c) Cuota legal al resto de legítima (art. 124)

En los supuestos en que la distribución del disponente produzca una lesión a la legítima global, cada legitimario inmediato puede disponer de una cuota legal al resto de legítima no distribuida a legitimarios, que el artículo 124 le otorga, ya de modo directo y automático si el causante no hizo a ningún legitimario ninguna atribución voluntaria a título universal, ya como derecho conectado a esa posible atribución voluntaria a título universal, pero siempre que, entonces, la misma o una de las existentes haya correspondido precisamente a este legitimario inmediato (hubiera podido ser también uno mediatos) así legitimado para reclamar dicha cuota legal al resto de legítima. En el primer caso, reciben de la ley atribución de la misma cuota legal al resto de legítima tanto los legitimarios inmediatos que son legatarios, como los preteridos, como los injustamente desheredados, como los excluidos por mención, sin perjuicio de que los legitimarios de los grupos mencionados en segundo y en tercer lugar puedan eventualmente (habiendo legados en favor de legitimarios) beneficiarse también de la diversa cuota legal reconocida en el artículo 123. En el segundo caso, como digo, el legitimario inmediato es legitimado por la ley como por prolongación o añadidura de la atribución voluntaria a título universal que ha recibido, y los restantes legitimarios inmediatos sin atribución voluntaria a título universal carecen entonces de derecho a cuota legal al resto de legítima, aunque pueden tener perfectamente la cuota *ex* artículo 123 si se trata de legitimarios inmediatos preteridos o injustamente desheredados.

Obsérvese que esta forma de interpretar nuestra Compilación viene a significar que la exclusión por mención priva sólo de la cuota legal *ex* artículo 123 pero no de la cuota al resto de legítima del artículo 124, muy probablemente contra la idea que se hace de la exclusión el propio disponente y muy probablemente contra su auténtica voluntad al excluir. Hay aquí por tanto un efecto severo de la imperatividad de nuestro sistema legitimario, que requiere cierta explicación en cuanto a cómo lo dice esto nuestra Compilación y en cuanto a las razones por las que lo dice.

En cuanto a cómo lo dice esto nuestra Compilación piénsese, ante todo, que la exclusión por mención es una típica creación legal característica de nuestro original sistema legitimario y que, por eso, ha de tener los efectos que el propio legislador establezca y que cuadren a nuestro sistema, sin que tengan por qué coincidir ineludiblemente con la idea que el disponente se haga sobre los efectos de sus actos. En este contexto, no hay más remedio que reconocer que la letra del artículo 124 es clara y rotunda en su reconocimiento de cuota legal al resto de legítima en favor de todo legitimario inmediato siempre que no se haya nombrado heredero o donatario universal a algún legitimario, sobre todo a la vista de la claridad que muestra también el legislador al excluir de todo derecho legal originario a todos los legitimarios mediatos (cfr. arts. 124, 122 implícitamente, 123, 120 y 121). La doble expresión legal «en otro caso» y «cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar» tiene una cierta redundancia que subraya gramaticalmente con mucha fuerza, precisamente, que en cualquier otro caso cualquier legitimario inmediato tiene que tener cuota al resto de legítima. Compárese esa redacción con la del artículo 123, enumerando con precisión a los legitimarios inmediatos preteridos o injustamente desheredados. En el «en otro caso» del artículo 124 caben verdaderamente, juntos o separados, los legitimarios inmediatos que sean donatarios, beneficiarios de pactos sucesorios sin institución de heredero o atribución de donación universal en favor de legitimario, legatarios, preteridos, injustamente desheredados y excluidos por mención, sin que resulte nada fácil entrar a distinguir dentro de éstos últimos unos casos y otros (la inclusión en el ámbito del precepto del excluido legitimario único o de la exclusión de todos los legitimarios inmediatos parece indudable). Sólo el legitimario inmediato justamente desheredado queda fuera de la protección del artículo 124 y se ve privado no sólo de la cuota legal del menos favorecido por el testador (art. 123) sino también de la cuota al resto de legítima (art. 124).

Y aparte de que el reconocimiento de cuota legal al resto de legítima en favor del legitimario inmediato excluido por mención está formulado con bastante claridad en la letra del inciso segundo del artículo 124, interesa también notar que dicho reconocimiento legal no carece tampoco de lógica. En efecto, obsérvese cómo la ley reconoce un escalonamiento lógico entre desheredación justa y exclusión por mención, ya que la primera, fundamentada en una causa grave y legalmente tipificada,

produce el efecto de privar al legitimario inmediato tanto de la cuota legal *ex* artículo 123 como de la cuota legal *ex* artículo 124 y tanto frente a otros legitimarios (la primera) como frente a no descendientes (la segunda), mientras que la segunda, con el solo requisito de que exista una voluntad clara de exclusión, produce sólo el efecto de privar al legitimario inmediato de la cuota legal *ex* artículo 123 y sólo frente a otros legitimarios con participación en la legítima. Podría decirse que la ofensa a la legítima global o al conjunto de los legitimarios, que da base a la aplicabilidad del artículo 124, es como si debilitara la eficacia jurídica de las expresas exclusiones por mención individuales hechas en el negocio *mortis causa*, exclusiones por mención cuya eficacia parece además querer ser restringida por el legislador a la sola cuestión del reparto interno de la legítima entre los legitimarios. Parece también que la desheredación justa priva al legitimario inmediato del derecho de alimentos reconocido en el artículo 121 mientras que, con seguridad, no le priva del mismo la exclusión por mención. Y a quien considere excesivamente severo este efecto derivado de la imperatividad del artículo 124, hay que recordarle que la exposición de motivos de la Compilación de 1967, aunque repudiada por el legislador en 1985, propugnó un genérico acercamiento del Derecho aragonés al del Código Civil, en el que existe legítima «material» individual, o incluso hay que recordarle que en los primeros anteproyectos de Compilación se partía también de esa misma noción de existencia de una pequeña cuota de legítima «material» individual e incluso que esa pequeña cuota legal de legítima existe todavía en nuestro actual sistema en el caso de la legítima «al haber y poder de la casa» de los artículos 102 y 109. La severa limitación por el legislador aragonés en el artículo 124 de la eficacia jurídica de la exclusión por mención parece que puede considerarse como el residuo de esa originaria concepción. Y recuerdese lo explicado al final del epígrafe anterior sobre la opción de fondo adoptada por nuestro legislador de otorgar la cuota legal al resto de legítima al legitimario inmediato excluido por mención mejor que no a sus posibles descendientes, meros legitimarios mediatos, y a quienes no se ha querido atribuir la inmediatez sobrevenida de su legítima.

Obsérvese que, según esta explicación, limitado el efecto legal de la exclusión por mención a la privación de la cuota legal *ex* artículo 123, resultará que al legitimario inmediato sólo se le puede excluir totalmente de la legítima, salvo que se le prive de ella por desheredación justa, cumpliendo la legítima con atribuciones hechas en favor de otros legitimarios, ya inmediatos, ya mediatos, o también –lo que no es demasiado diferente– nombrando heredero o donatario universal a uno o a varios legitimarios, ya inmediatos ya mediatos. En este segundo supuesto estos legitimarios con título universal reciben íntegra la cuota legal al resto de legítima, y el mencionado para la exclusión sí que resulta totalmente excluido o privado de la legítima, pero no tanto porque en el supuesto tenga su efecto característico la exclusión por mención (también quedan

en tal caso sin cuota al resto de legítima el legitimario inmediato preterido o el injustamente desheredado), sino porque por la preferencia legal de los legitimarios con título voluntario universal no queda ya cuota legal al resto de legítima que repartir o atribuir. Pero con estas matizaciones realizadas, obsérvese que, junto a la exclusión por mención del legitimario inmediato (arts. 120 y 123), hay también en nuestro sistema legitimario una exclusión por atribución del legitimario inmediato respecto de la cuota legal *ex* artículo 124, que se realizaría precisamente mediante las atribuciones voluntarias de todo tipo realizadas en favor de otros legitimarios, ya inmediatos ya mediatos, y que permiten cumplir la legítima en ellos. Podría decirse que existen formas correctas y eficaces de excluir al legitimario inmediato de la cuota legal al resto de legítima (atribuciones que cumplen la legítima en otros legitimarios) y formas incorrectas e ineficaces de excluirle de dicha cuota legal (desconocimiento de la legítima con atribuciones excesivas a no descendientes). Contra estas últimas reacciona la pretensión *ex* artículo 124.

Esta cuota legal al resto de legítima del artículo 124 puede hacerse valer tanto frente a un testamento como frente a un pacto sucesorio; tiene una cuantía total (a compartir entre varios colegitimarios, en su caso, y con los criterios que enseguida veremos) que tiende a aproximarse a la cuantía de la legítima larga del Código Civil cuando las atribuciones voluntarias del disponente en cumplimiento de legítima tienden a cero; y es derecho que puede corresponder ya a un legitimario mediano con atribución voluntaria de legítima a título universal, ya a un legitimario inmediato con atribución voluntaria de legítima a título universal o a título particular, ya a un legitimario inmediato preterido, ya a un legitimario inmediato injustamente desheredado, ya, en fin, incluso a un legitimario inmediato excluido por mención. Al menos cuando faltan atribuciones voluntarias a título universal en favor de legitimarios, la cuota legal al resto de legítima del artículo 124 se distribuye igualitariamente, como digo, entre los legitimarios inmediatos, respetando las estirpes y según las reglas de la sucesión intestada. Acaso podría decirse que esta distribución igualitaria, negando toda fuerza expansiva a los legados hechos al legitimario, muestra en cierto modo cómo el legislador concibe el derecho reconocido a los legitimarios inmediatos en el inciso último del artículo 124, según vengo denominándolo en este trabajo, como una verdadera cuota legal de legítima, aunque sólo sea eventual. En efecto, al igual que ocurre con el tercio de mejora regulado en el Código Civil, la cuota legal de legítima *ex* artículo 124 tiende a expandirse hasta donde llega la lícita voluntad de desigualar del disponente.

Los criterios de distribución de la cuota al resto de legítima establecidos por el artículo 124 son razonables y están explicados o sugeridos, dentro de la admirable concisión de la redacción del precepto, con suficiente claridad. En primer lugar, se establece una preferencia absoluta y excluyente de los legitimarios inmediatos o mediatos con atribución

voluntaria a título universal. Existiendo de éstos, ellos van a acaparar el total de la cuota al resto de legítima y sin distinción, siendo varios, entre atribuciones en testamento o en pacto sucesorio ni entre legitimarios inmediatos o mediatos. El reparto entre varios de la cuota al resto de legítima se hará proporcionalmente a los porcentajes que represente la atribución voluntaria a título universal de cada uno respecto del total o suma de todas las atribuciones voluntarias a título universal hechas por el disponente en pactos sucesorios o en testamentos, suma que ya se comprende que puede ser mayor o menor que el caudal relicto y también mayor o menor que los dos tercios del caudal base de la legítima. Cuando no haya pactos sucesorios sirve la misma fórmula, pero simplificada, puesto que sólo debe calcularse la suma de las atribuciones testamentarias a título universal y calcular el porcentaje que representa respecto de ella cada una de esas disposiciones testamentarias a título universal. Los legados que han podido recibir estos legitimarios con atribuciones voluntarias a título universal no cuentan y no se trata aquí, en línea con el artículo 123, de atender a la participación inicial en la legítima que representarían el conjunto de atribuciones recibidas por cada legitimario. El legislador niega fuerza expansiva a los legados a estos efectos y se apoya con énfasis en los aspectos cualitativos que suponen la institución de heredero o el otorgamiento de una donación universal. En algunos de los anteproyectos de la Compilación se aludía a heredero «universal» acaso pensando sólo en el heredero único, pero ese adjetivo no alcanzó, afortunadamente, la versión definitiva del actual artículo 124. En fin, que existiendo varios legitimarios con atribución voluntaria a título universal proceda un reparto proporcional y no un reparto igualitario no lo dice el precepto expresamente, pero, aparte de que es ésta obviamente la solución preferible, lo sugiere o presupone en cierto modo el precepto en la frase «en cuanto le perjudiquen», puesto que dicha frase alcanza gramaticalmente al inicio del precepto y sugiere cuantificaciones diversas para las pretensiones legitimarias de cada uno de los posibles reclamantes.

Obsérvese que, según el artículo 124, el legitimario, incluso mediato, que fuera el único instituido en una porción ínfima de la herencia, podría en ciertos casos tener la acción para reclamar una cuota legal al resto de legítima casi completa y tendencialmente próxima a los dos tercios del caudal base de la legítima. Lo que, por cierto, nos permite afirmar de paso que esa institución en una porción ínfima de la herencia (una milésima, por ejemplo), cuando fuera la única atribución recibida por el legitimario, podría ser en cambio adecuada para servir como atribución simbólica que pudiera representar una mención para excluir la cuota legal de legítima *ex* artículo 123 (la noción de preterición parece claramente inaplicable aquí, pero no porque quede excluida por la exigencia del art. 120 de que el legitimario no ha de resultar favorecido en la sucesión intestada), y ello, parece, incluso en supuestos en que el disponente no hubiera respetado la legítima global y fuera por ello aplicable el artículo 124, preci-

samente en favor de ese peculiar y atípico legitimario (inmediato) excluido por mención. Esta explicación sobre tan improbable supuesto sirve para mostrar las diferencias entre las cuotas legales de los artículos 123 y 124 y la lógica del escalonamiento y diferenciación de efectos entre ambos que he explicado poco más arriba. Advuértase también, en otro sentido, que aunque el legitimario aragonés no tiene por qué recibir su legítima a título de heredero, el recibirla así puede suponerle importantes ventajas a través del artículo 124.

Cuando no haya ningún legitimario con atribución voluntaria a título universal, o sea, «en otro caso», se legitima igualitariamente a todos los legitimarios inmediatos, con exclusión absoluta de todos los legitimarios mediatos, e incluyendo como dije a los inmediatos preteridos, injustamente desheredados y excluidos por mención, y sin ninguna preferencia sobre ellos de los legitimarios inmediatos donatarios, legatarios o con atribuciones voluntarias a título singular recibidas en pactos sucesorios. También aquí las atribuciones voluntarias a título singular carecen de fuerza expansiva, y no atribuyen, por importante que sea su cuantía, legitimación al legitimario mediate para participar en la reclamación de la cuota legal al resto de legítima. La falta de fuerza expansiva de legados y donaciones a estos efectos potencia sin duda la libertad de desigualar del disponente y es coherente con la exclusión legal genérica de la colación que establece el artículo 140. Que en la distribución de la cuota al resto de legítima hayan de tenerse en cuenta las estirpes no lo dice expresamente el precepto, pero se deduce, aparte de por lo muy razonable de dicha solución, de la analogía con el artículo 122 y de que la frase del artículo 124 «en cuanto le perjudiquen» sugiere, como antes decía, cuantificaciones diversas posibles (cuantificaciones diversas que se deberían aquí al juego de la representación) de las pretensiones legitimarias de los diversos reclamantes individuales.

Funciona la mencionada cuota del artículo 124 a veces como cuota legal subsidiaria, en el sentido de que con ella suple la ley la atribución voluntaria de legítima que el disponente no llegó a hacer al legitimario, pero no excluye en su caso el posible juego parcial de la delación abintestato, ni es cuota, como la del artículo 123, desplazable a voluntad del disponente mediante una mera forma de expresar o presentar su voluntad en el negocio *mortis causa*, y a veces funciona incluso dicha cuota legal contra la voluntad expresa y declarada del disponente sobre el mismo legitimario, rectificándola (en los casos de exclusión expresa por mención hecha en testamento o incluso en pacto sucesorio, como veremos).

En general, la acción *ex* artículo 124 de la Compilación alcanza una similitud casi completa en su funcionamiento práctico y en su resultado final con la acción de complemento de la legítima del artículo 815 del Código Civil, aunque sin el aspecto real o reivindicatorio que ésta parece tener, al menos antes de la partición de la herencia. Siendo la legítima

aragonesa una *pars valoris*, la acción al resto de legítima del artículo 124 probablemente es una mera acción rescisoria. Pero en todo caso, ya se ve que no es del todo cierta la afirmación, tópica en la doctrina, de que el legitimario aragonés no tiene cuota legal de legítima «material». Tanto el artículo 815 del Código Civil como el artículo 124 de la Compilación pueden dar o reconocer en casos lo que llama el artículo 655 del Código, aplicable en ambos supuestos, *derecho a legítima*.

d) Cuota legal al resto de legítima en algunos supuestos de desconocimiento total de la legítima (art. 122)

El artículo 122 prolonga la regulación del artículo 124 a los supuestos específicos y previsiblemente raros (acaso algo menos raros en los supuestos de testamento ológrafo) de preterición o de desheredación injusta de «todos» los legitimarios, estableciendo en su apartado segundo, aunque sólo para el caso de inexistencia también de *donatum* a no descendientes (que no lo habrá para los descendientes ya se deduce del art. 120), más allá de lo que requeriría estrictamente la protección a la legítima, que se pueda conseguir poco razonablemente incluso la ineficacia de las atribuciones voluntarias (testamentarias) imputables en el tercio de libre disposición, cuando se haya preterido a todos los legitimarios inmediatos y mediatos desconociendo su existencia o la de alguno de ellos (preterición que suele denominarse, sin total apoyo en la letra del precepto, errónea). Y esta discutible regulación resulta coherente con la que para los pactos sucesorios, y también más allá de lo que requeriría la estricta protección de la legítima, han establecido el artículo 103.3.º de la Compilación y 644 del Código Civil (norma ésta también criticada por un sector de la doctrina) en los supuestos de error sobre la existencia de algún hijo.

Si el artículo 122 no existiera, sus hipótesis estarían perfectamente cubiertas por el ámbito más general del artículo 124, por lo que el primer precepto sólo parecería justificarse por la mencionada especialidad que establece sobre la preterición errónea. Con todo, el artículo 122 quizás se justifica también porque cuando la preterición o la desheredación injusta recaen sobre todos los legitimarios deja de ser posible la aplicación del artículo 123, por el matiz como comparativo entre legitimarios que dicho precepto veremos que tiene.

El artículo 122 contiene sólo algunos, no todos, de los supuestos en los que la legítima global aragonesa se ha desatendido completamente por el disponente y en los que, por eso, ningún legitimario inmediato o mediato ha podido resultar «favorecido ya en vida del causante» (art. 120), y la cuota legal al resto de legítima alcanza los dos tercios del caudal base de la legítima (la legítima «larga» del Código Civil); y por otra parte, por la técnica utilizada de imponer la delación intestada de la

sucesión denota claramente su intención de reconocer sólo acción y cuota legal al resto de legítima a los legitimarios inmediatos, en sintonía con el artículo 124, al cual completa o matiza. Los legitimarios mediatos no parece que tengan, por falta de interés suficiente, la acción del artículo 122, y esta acción se percibe mejor que es, en principio y pese a las apariencias, una acción meramente individual, precisamente por la continuidad que este precepto presenta respecto del artículo 124, en el que el carácter individual de la acción resulta mucho más evidente. Véase este artículo en su parte final y póngase en relación con el artículo 122.1.º Desde esta explicación, y siendo la legítima aragonesa una *pars valoris*, parece que hay que calificar a las acciones reconocidas en este artículo 122 como acciones rescisorias.

De lo explicado anteriormente deducirá el lector que no me convence la explicación doctrinal que refiere siempre y necesariamente la expresión «caudal» del artículo 122 al caudal relicto: pienso, como he dicho, que, en la medida de lo posible (o sea, y puesto que el precepto impone en la parte de protección del caudal base de la legítima de la que se ocupa la delación abintestato como técnica de protección, siempre que los dos tercios del caudal base de la legítima no superen la cuantía del caudal relicto), debe entenderse referida esa expresión al caudal base de la legítima, que es la interpretación que resulta más coherente con la noción misma de legítima y con todo el sistema. Si los dos tercios del caudal base de la legítima superan al caudal relicto, lo que ha podido ser considerado por el legislador como un tanto excepcional (existencia de un *donatum* considerablemente amplio a no descendientes), la técnica de protección no podrá ser ya, obviamente, la delación abintestato, pero no habrá problema especial en ello porque el exceso lo podrá perfectamente cubrir, entonces, la acción *ex* artículo 124. Y desde luego, más allá de los dos tercios del caudal base de la legítima cuando superan éstos al entero caudal relicto, es claramente defendible que los legitimarios inmediatos no podrán reducir donaciones hechas a no descendientes, fuera del caso, cauce y plazo de prescripción de los artículos 644 a 646 del Código Civil, relativos a revocación de donaciones en caso de supervivencia o superveniencia de hijos. La discutible y excesiva protección legal a los legitimarios inmediatos en caso de preterición errónea no puede ir más allá del caudal relicto (cfr. en cuanto a esto la propia letra del art. 122, útil en esto, aunque defectuosa en general) y no puede aspirar a suprimir totalmente el *donatum* en ese ámbito que escapa a la eficacia del precepto, sin que tenga tampoco ningún sentido pensar en una posible extensión analógica del precepto a estos efectos.

Obsérvese la gran relevancia que el artículo 122 da al hecho de que haya habido una preterición errónea, puesto que la legitimación activa para ejercitar la acción *ex* artículo 122.2.º la tiene cualquier legitimario inmediato y no sólo el concreto posible legitimario inmediato erróneamente preterido, que acaso puede incluso no haber existido, si el errónea-

mente preterido había sido en el supuesto uno de los legitimarios mediatos. La peculiar y contundente eficacia que en beneficio de los legitimarios inmediatos el artículo 122.2.º de la Compilación atribuye a la preterición total y errónea plantea la lógica duda de su alcance y de si será extensible por analogía a otros supuestos. Me parece claro, en este sentido, que ese contundente efecto no se producirá en los supuestos contemplados en el artículo 123. No cabe invocar la interpretación sistemática y entender que el artículo 123 se refiere sólo a supuestos de preterición intencional, de modo que el legitimario inmediato erróneamente preterido (ni sólo él, ni tampoco cualquier legitimario inmediato que es lo que más bien se derivaría de la analogía con el art. 122.2.º) pudiera reclamar la delación abintestato de todo el caudal. Dicho efecto no sólo encajaría mal con la letra del propio artículo 123, que no distingue entre clases de preterición, y aun con la letra del propio artículo 122.2.º, sino que parecería efecto excesivo y desorbitado para unos supuestos en los que, por hipótesis, el disponente ha respetado la legítima global. Tampoco me parece que se pueda extender por analogía el artículo 122.2.º, que tan drásticamente reduce la eficacia de la amplia libertad del disponente testador (cfr. art. 119), a los supuestos contemplados en el artículo 124 cuando la legítima haya resultado en ellos parcialmente cumplida: en tales supuestos es distinta la hipótesis que en el artículo 122.2.º y, además de que la propia letra del artículo 124 no da pie para aquella extensión analógica, parece más lógico explicar el funcionamiento de la preterición dentro de este precepto desde la regulación más genérica del artículo 123 que desde la más especial del artículo 122.2.º. Mayores dudas produce la posible extensión analógica del artículo 122.2.º a los supuestos cubiertos por el artículo 124 en que se ha dado un desconocimiento total de la legítima por parte del disponente, como si, en el supuesto más complejo, hubiera, junto a uno o varios legitimarios erróneamente preteridos, otros intencionalmente preteridos, otros injustamente desheredados y otros mencionados para su exclusión. Sin embargo, la letra del artículo 124, el que este precepto abarque también el pacto sucesorio y no sólo el testamento, y la innecesariedad de la solución del artículo 122.2.º desde el punto de vista de la estricta protección de la legítima, en un sistema que parte de una amplia libertad del disponente o testador (cfr. art. 119), me inclinan a rechazar también en este caso la extensión analógica del artículo 122.2.º.

En realidad, este precepto parece, como se ve, una incrustación extraña en un sistema que, a diferencia del Código Civil, no se basa en la distinción entre preterición intencional y errónea. La idea de esta distinción surgió en la doctrina española en la época en que se estaba elaborando nuestra Compilación, siendo entonces todavía poco conocida, y surgió para enfrentar la defectuosa y simplista solución que el párrafo primero del originario artículo 814 daba a la preterición de descendientes, ganando la idea en las décadas siguientes significativas y autorizadas adhesio-

nes, hasta terminar inspirando en la reforma del Código Civil de 1981 la redacción de la actual versión del artículo 814 del Código Civil. Pero, como digo, una vez que la idea no se acogió para nuestro muy distinto sistema en el artículo 123, que es el precepto que regula básicamente la preterición, la limitada acogida que le dio la parte final del artículo 122 parece más en nuestro sistema una incrustación extraña, muy incoherente con el principio *standum est chartae*, y perfectamente suprimible o prescindible de *lege ferenda*. Y la señalada coherencia de dicha regla con los artículos 103.3.º de la Compilación y 644 del Código Civil más que para cuestionar la crítica que hago a la parte final del artículo 122, debería servir acaso para extender la mencionada crítica también a estos dos últimos preceptos.

En realidad, para que en un sistema legitimario como el nuestro y con un precepto básico sobre preterición como el actual artículo 123, la protección legal reforzada (*de lege ferenda*) a la preterición errónea tuviera algún mayor sentido, y siempre con el límite cuantitativo del caudal relicto como en la actual regulación, creo que habría de circunscribirse al solo supuesto de desconocimiento por el disponente de la existencia del legitimario único o de desconocimiento de la existencia de todos los legitimarios existentes, dejando en el nivel de protección ordinario (sin sobrepasar nunca los dos tercios del caudal base de la legítima) los supuestos, como el actualmente contemplado en el artículo 122.2.º, de mero desconocimiento de sólo uno o de varios de los legitimarios existentes. Sólo en el caso primeramente mencionado tiene cierto sentido que el legislador presuma que el testador hubiera organizado su sucesión de forma total y radicalmente diferente a aquella en que efectivamente dispuso con error. Piénsese, por ejemplo, en una persona que hubiese hecho testamento desconociendo, porque tras una relación fugaz con una mujer ésta le hubiese ocultado su embarazo, que tenía en realidad un hijo, tres nietos y seis bisnietos: en un tal supuesto podría tener cierto sentido una regla como la del actual artículo 122.2.º. En cambio, si en un caso como ése el testador conociese la existencia del hijo, de los tres nietos y de cinco de los seis bisnietos, y testase desconociendo absolutamente la legítima, la solución del actual artículo 122.2.º parece que carecería y carece verdaderamente de toda racionalidad. Sólo la regla más limitada antes sugerida podría tener un cierto sentido y, por cierto, se aproximaría un tanto la finalidad de dicha posible regla a la *ratio* de la regla tradicional del artículo 644 del Código Civil.

e) **Cuota legal en caso de preterición o desheredación injusta singulares (art.123)**

El artículo 123 establece otra diferente cuota legal de legítima para los legitimarios inmediatos en un doble supuesto: cuando en un testamento (más dudoso si en un pacto sucesorio) no hayan sido «mencionados para su exclusión» (cfr. art. 120), o cuando hayan sido injustamente

desheredados, parece que, al menos en cuanto a esto último, tanto si lo fueron en un testamento como si con ocasión de la celebración de un pacto sucesorio. El artículo 123 parece otorgar derecho a una cuota de legítima, calculada por tanto sobre el caudal base de la legítima, y detráida, proporcionalmente y sin consideración a las estirpes, de las atribuciones voluntarias o legales percibidas en pago de su legítima por los otros legitimarios, ya inmediatos, ya mediatos. No me convence la explicación doctrinal que refiere el término «caudal» del artículo 123 al caudal relicto, en lugar de al caudal base de la legítima, creo que contrariando la noción misma de legítima y la más radical racionalidad del precepto. La buena doctrina en este punto es la recogida en el fundamento de Derecho 6.º y en el fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993, aunque razonando en un caso en el que no constaba la existencia de *donatum*.

El precepto parece inicialmente sólo necesario y aplicable cuando no se haya producido lesión a la legítima global y parece reconocer una acción sólo contra otros legitimarios, puesto que si se ha producido tal lesión a la legítima global, el artículo 124 parece proporcionar ya una protección superior o igual, a todo legitimario inmediato preterido o injustamente desheredado, a quienes protegería con una acción contra los no descendientes atributarios de liberalidades inoficiosas. Sin embargo, las cosas no son exactamente así y creo que pueden sentarse dos importantes afirmaciones en cuanto a esto.

En primer lugar, que en los supuestos de existencia de atribuciones voluntarias a título universal hechas en favor de algún legitimario, supuestos en los que el artículo 124 niega a los (restantes, en su caso) legitimarios inmediatos el derecho a cuota legal al resto de legítima, no por ello puede entenderse que los legitimarios inmediatos preteridos o injustamente desheredados dejen de tener en tal supuesto el derecho a cuota legal que les reconoce el artículo 123. Y tampoco dejan de tener aquéllos este derecho reconocido en el artículo 123 en los supuestos en los que los otros legitimarios han recibido únicamente legados o atribuciones legitimarias a título singular (cfr. inciso segundo del art. 124). De modo que este derecho puede ser hecho valer directamente en algunos supuestos de existencia de lesión a la legítima colectiva de los contemplados globalmente por el artículo 124. En este sentido, la cuota legal del artículo 123 tiene un matiz que podríamos llamar como «subsidiario» respecto del artículo 124, en el sentido de que protege aquel precepto al legitimario inmediato preterido o injustamente desheredado en supuestos de cumplimiento de la legítima global no incluíbles en el ámbito del artículo 124 y en los que la preterición o la injusta desheredación son las únicas irregularidades o vulneraciones de la legítima existentes, a la vez que protege a aquél, como digo, en algunos de los supuestos de lesión a la legítima global contemplados en el artículo 124.

De todas formas, siendo ello cierto, debe advertirse a continuación, para mostrar en toda su complejidad los diversos aspectos de las relaciones entre el artículo 123 y los artículos 124-122, que estos últimos también vienen a tener un tenue aspecto como «subsidiario» de aquél, en un sentido justamente inverso al explicado anteriormente: en la medida en que los legitimarios inmediatos preteridos o injustamente desheredados no pueden acudir al artículo 123, sino que deben hacerlo a los artículos 124 ó 122, en los supuestos de desconocimiento total de la legítima global por el disponente (al art. 124, si hay algún legitimario inmediato excluido por mención o si unos legitimarios han sido preteridos y otros desheredados injustamente). Este último aspecto de las complejas relaciones entre los artículos 124-122 y 123 nos muestra un aspecto o matiz como «comparativo» que tiene este último precepto, en el sentido de que requiere su operatividad que al menos otro legitimario haya recibido atribuciones voluntarias en pago de su legítima, y que haya recibido en particular el pago total de los dos tercios del caudal base de la legítima, si es sólo uno ese «otro» legitimario requerido por el precepto, para que no resulten aplicables, como digo, los preferentes artículos 124-122. Un caso particular de esta situación explicada es el de que toda la legítima global se atribuya por título universal o singular a un legitimario mediato (nieto, por ejemplo, en su caso) y resulten preteridos todos los legitimarios inmediatos (hijos): el supuesto se resolvería aplicando el artículo 123, lo que, ejercitando la acción todos los legitimarios inmediatos, acabaría produciendo un reparto igualitario de la legítima entre todos los legitimarios, tanto el mediato, que vería drásticamente reducida su atribución, como todos los inmediatos.

Y la segunda afirmación que parece que cabe hacer en esta materia es la de que es preferible entender que los legitimarios inmediatos preteridos o desheredados, en estos supuestos de lesión a la legítima global, puedan ejercitar su derecho a la cuota legal de legítima *ex* artículo 123 directamente contra los no descendientes y no solamente contra otros legitimarios que hayan recibido atribuciones legitimarias o que hayan ejercitado con éxito la acción para reclamar la cuota al resto de legítima del artículo 124.

Esta nueva afirmación es de explicación un tanto compleja. Debe advertirse para empezar que los artículos 123 y 124 se han desentendido por completo, dándolas por supuestas, de las acciones de condena o de cumplimiento de los concretos títulos negociales voluntarios que se hayan utilizado para materializar en cada caso el pago de la legítima (donación, donación universal, pacto sucesorio o atribuciones testamentarias de todas clases). A partir de allí, es evidente también que ambos preceptos, y sobre todo el artículo 123, muestran mayor preocupación por delimitar las diversas cuotas legales de legítima y las correspondientes acciones declarativas que por precisar y delimitar las acciones de condena, que dejan más bien en la penumbra. En este sentido, podría acaso

decirse que el espíritu del artículo 123 apunta sólo al reconocimiento de una acción de condena frente a otros legitimarios y no frente a no descendientes, pero de entenderse así el precepto se alcanzaría una solución práctica poco satisfactoria y poco justificada también dentro del complejo sistema de equilibrios creado por el legislador aragonés.

En efecto, no parece razonable entender que la letra del artículo 123, como digo escasamente influida por la preocupación de delimitar las acciones de condena, prohíba que el derecho que reconoce se haga valer frente a no descendientes, siendo que ello equivaldría en la práctica a condicionar la efectividad de ese derecho a la solvencia o a la voluntad de reclamar a los no descendientes del legitimario con atribución voluntaria a título universal legitimado *ex* artículo 124. No parece tener mucho sentido que sólo éste pudiera reclamar a los no descendientes para que, una vez reducidas las liberalidades de éstos, tuviera que transmitir los bienes percibidos de ellos (acaso todos los percibidos) al legitimario inmediato preterido o injustamente desheredado legitimados *ex* artículo 123. Al menos, la reclamación de éstos frente a los no descendientes parece que habría de resultar admisible cuando se mostrase inviable la reclamación intentada frente a los colegitimarios con atribuciones legitimarias excesivas o con derecho no ejercitado de cuota legal al resto de legítima (insolvencia, falta de voluntad de reclamar). Y esa reclamación frente a no descendientes no sería realizada a través como de una subrogación de los legitimados *ex* artículo 123 en los derechos de los legitimarios legitimados *ex* artículo 124, sino estrictamente basada, como digo, en el propio artículo 123, cuyo alcance frente a no descendientes vendría a completar la parte primera del artículo 124, el cual ya no necesitaría haber repetido, para en sus casos, ese efecto frente a no descendientes del artículo 123. Este precepto también podría otorgar al legitimario inmediato, según esto, el *derecho a legítima* de que trata el artículo 655 del Código Civil. Y la acción reconocida en el artículo 123, tanto frente a otros colegitimarios como frente a no descendientes, parece que puede ser considerada como una acción rescisoria.

El artículo 124 se dirige sólo contra atribuciones voluntarias indebidas o *inoficiosas* (cfr. art. 140) hechas a no descendientes y, cuando falta atribución voluntaria a título universal en favor de algún legitimario, protege de una forma homogénea o igualitaria, aunque con respeto de las estirpes en cuanto a la cuantía de la porción reconocida a cada uno, a legitimarios inmediatos con atribución a título singular, a legitimarios inmediatos preteridos, a legitimarios inmediatos injustamente desheredados, o incluso a legitimarios inmediatos excluidos por mención. Sólo los legitimarios mediatos y los inmediatos justamente desheredados quedan fuera de su protección. La legitimación *ex* artículo 124 de los legitimarios inmediatos excluidos por mención no parece limitarse, a la vista de la letra del precepto, al solo (y evidente) supuesto de exclusión del único legitimario existente o de todos los existentes.

El artículo 123 se dirige propiamente contra atribuciones excesivas (no hay aquí *inoficiosidad*, aunque el precepto sea limitadamente operativo en estos casos también frente a los no descendientes y en los términos explicados) hechas a legitimarios inmediatos o mediatos y protege sólo a legitimarios inmediatos preteridos o injustamente desheredados, considerando excesivas aquellas atribuciones por entender que se han hecho en perjuicio de estos últimos en el sentido de que todo legitimario inmediato debe estar incluido en el reparto de la legítima, salvo que expresamente ordene lo contrario el disponente. Establece un reajuste interno, en el plano de las acciones declarativas, entre las cuotas de los legitimarios y de entre ellos sólo los legitimarios mediatos y los inmediatos justamente desheredados o los excluidos por mención quedan fuera de su protección. En otro sentido, la cuota legal del «menos favorecido por el testador» a que se refiere el artículo 123 hay que entender evidentemente siempre que es un tanto mayor que la meramente simbólica, puesto que ésta es la que sirve para la exclusión y el excluido difícilmente podría entenderse que ha sido «favorecido».

O sea que, según esto, un determinado legitimario inmediato podrá tener derecho sólo a la cuota legal al resto de legítima (arts. 124 y 122) o podrá tener derecho sólo a la cuota legal del menos favorecido por el testador (art. 123), pero también podrá tener en ciertos casos derecho cumulativamente a ambas cuotas legales. Y reténgase para estos últimos casos que se trata aparentemente siempre de dos cuotas legales de legítima diferentes (con supuestos de hecho legales diferentes), incluso cuando se acumulan en un mismo legitimario inmediato. Ambas cuotas legales presuponen un concepto tendencialmente igualitario de los derechos a la legítima de los legitimarios inmediatos, concepto igualitario que se percibe también con más o menos claridad respecto de los hijos y descendientes en otros varios preceptos de la Compilación (cfr. arts. 34, 53.2.º, 109, 128,...), y concepto de tendencial igualdad que es impuesto por la ley hasta donde llegue la voluntad lícita de desigualar del disponente (art. 119). Pero quizás se comprende mejor el sistema legitimario de nuestra Compilación si no se exagera o enfatiza la diferencia entre las dos cuotas legales de legítima, cuyo matiz diferencial principal parece el de que en la distribución de la cuota legal al resto de legítima se tienen en cuenta las estirpes (art. 124) y no así en la cuota legal del menos favorecido por el testador (art. 123). Y recuérdese que en la primera de dichas cuotas puede verse como una reacción legal contra la exclusión incorrecta por falta de adecuada atribución de la legítima (a otros legitimarios), y en la segunda de dichas cuotas una reacción legal contra la incorrecta exclusión por falta de mención para excluir (preterición). Por eso, siendo la legítima aragonesa una *pars valoris*, y existiendo en los casos concretos en definitiva una sola cuota legal final de legítima para cada legitimario inmediato, y precisamente en tanto que tal legitimario inmediato, aunque acaso integrando en ciertos casos esa cuota final dos conceptos o

sumandos distintos, puede llegar a afirmarse también, globalizando ambas posibles cuotas, que el sistema aragonés es en el fondo un sistema de cuota legal de legítima de todo legitimario inmediato, aunque cuota de legítima «vacía» o «hueca» que puede no llegar a llenarse nunca. Hay, como se ve, en esta regulación un complejo equilibrio según el cual se conceden derechos legales a ciertos legitimarios inmediatos y frente a no descendientes atributarios de liberalidades procedentes del causante, ya frente a otros descendientes, sean legitimarios inmediatos o mediatos, ya frente a unos y otros.

En otro sentido, y aunque la cuota legal por preterición puede ser excluida o evitada fácilmente por el testador mediante una determinada manera de presentar su voluntad en el negocio *mortis causa* (precisamente con la *mención para excluir*), el sentido último de la mencionada cuota legal de legítima, tanto cuando el testador no aprovechara esa posibilidad de evitar la preterición, como cuando el disponente incurriera en desheredación injusta del legitimario inmediato, no deja de ser el de una cierta virtualidad de este precepto del artículo 123, que es imperativo para el disponente, de rectificar la voluntad manifestada por éste en cuanto al reparto realizado sobre la legítima, incluso en supuestos en los que ésta aparecía globalmente respetada.

En fin, acaso compensando un tanto en sentido objetivo el que la preterición no se relacione por la Compilación (cfr. arts. 120, 122 y 123), literalmente al menos, con el pacto sucesorio, establece para un supuesto particular de pacto sucesorio el artículo 109 de la Compilación una cuota legal directa de legítima «al haber y poder de la casa», que habrá de favorecer habitualmente a legitimarios inmediatos, aunque no a todos ellos (no literalmente a los nietos que serían representantes, por ejemplo) ni en todos los supuestos (nombramiento de un heredero único; hermanos solteros que permanezcan en la casa; que trabajen, en tanto puedan). Véanse, con todo, el artículo 102.2.º y los llamamientos a la costumbre de los artículos 33 y 99.2.º de la Compilación.

La cuestión de si la preterición juega o no en el pacto sucesorio además de en el testamento es, en realidad, de las más oscuras y difíciles y de las peor resueltas por nuestra Compilación, probablemente porque sus autores eran tributarios en buena medida de las concepciones propias del Código Civil, que eran las que ellos conocían y habían estudiado. Y esta afirmación se puede probablemente generalizar a toda la regulación del pacto sucesorio, que resulta evidentemente muy insuficiente y llena de vacíos, probablemente porque los autores de nuestra Compilación de 1967 tenían mucho empeño, diríamos que «ideológico», en afirmar y reconocer la eficacia del pacto sucesorio, pero habían tenido escasas oportunidades de conocer y estudiar la realidad, por lo demás ya entonces escasa, de dicho pacto sucesorio.

En efecto, *de lege lata*, la aplicación de la regulación de la preterición (del art. 123, en esencia) a los pactos sucesorios se presenta de muy difícil justificación técnica, a pesar de que tiene a su favor importantes argumentos sistemáticos y teleológicos. Piénsese, ante todo, en la ya señalada existencia sólo para el pacto sucesorio de la regla de los artículos 102.2.º y 109. Además, los artículos 120, 122 y 123 se refieren por tres veces al término testamento y por dos veces al término testador. Por otra parte, la regulación de los pactos sucesorios no sólo no contiene ninguna referencia o salvedad sobre la posible incidencia de la preterición en la eficacia del pacto (que pudo ponerse, si no en el art. 103, en el que no sería fácil de encajar, en algún otro precepto), sino que en la remisión a la revocación de donaciones del artículo 103.3.º (art. 644 del Código Civil) de algún modo contiene una regulación que se superpondría a la de la preterición o que vendría a cubrir en parte las mismas necesidades que ella. Y obsérvese que se trataría con esta enorme falta de base normativa directa de afirmar y construir nada menos que una norma imperativa frente al disponente llamada a limitar el principio *standum est chartae* (cfr. art. 3) y llamada a resolver una cuestión en sí misma especialmente difícil y espinosa.

Sin embargo, a la vista de la formulación amplia del artículo 123, que podría haber aludido al *testador* pensando en lo que más frecuentemente sucede (también la palabra *testador* del precepto alude a la desheredación, y sería muy difícil afirmar que ésta no quepa en un pacto sucesorio), y pensando en que el legitimario inmediato tiene en nuestro sistema en principio una cuota legal de legítima «vacía» o «hueca» y que por ello resulta poco razonable que se le pueda excluir sin mención en pacto sucesorio (cfr. art. 89), no considero del todo indefendible que, salvo para el artículo 109, se aplique la regulación de la preterición al pacto sucesorio y que, en consecuencia, se impongan tras la apertura de la sucesión, y con los límites que se derivan del artículo 120, los correspondientes reajustes de las sucesiones pactadas viciadas de preterición. No parece que haya nada en la bilateralidad del pacto sucesorio que repugne a una aplicabilidad de un precepto como el artículo 123 o de la idea de la preterición en general. Esta arriesgada interpretación resultará menos difícil de aceptar si la mención para la exclusión del artículo 120 se interpreta, como se ha hecho en este trabajo, como una exigencia legal de clarificación de la voluntad de exclusión del disponente, mejor que no como una exigencia legal más o menos formalista de mera mención del excluido. Y también resultará esta interpretación menos difícil de aceptar si se relaciona el artículo 123, como he hecho en este trabajo, con el caudal base de la legítima, y no con el caudal relicto, según hacen algunos autores.

De lege ferenda, podrá comprobar el lector al final de este trabajo que me inclino decididamente por explicitar y regular la extensión de la regulación de la preterición a los pactos sucesorios. Las ideas esenciales en que me parece que debe basarse esa regulación futura son, en primer

lugar, que los efectos de la preterición en pacto deberían plantearse en principio para producirse sólo tras la apertura de la sucesión del causante, momento en el que se concreta y precisa la legítima, y en segundo lugar, que la preterición de los legitimarios inmediatos sólo podrá darse o es planteable cuando el pacto sucesorio, o los varios pactos existentes, o ellos junto a uno o varios testamentos agoten la totalidad de la sucesión como sucesión voluntaria (cfr. el actual art. 120, que excluye razonablemente la preterición si interviene la sucesión intestada) y falte (además de alguna atribución *inter vivos* al legitimario: cfr. de nuevo art. 120) una o varias menciones para la exclusión en cualquiera de ellos que signifique o signifiquen en conjunto, o lleguen a significar a la apertura de la sucesión, de modo suficientemente claro, la expulsión o exclusión de ese legitimario inmediato del total conjunto (no sólo de una parte, quedando pendiente otra) de la sucesión voluntaria del disponente. El razonamiento debe entenderse y adaptarse al caso de fiducia. En el epígrafe último del trabajo aporto la propuesta de un par de normas, que he intentado redactar inspirándome en esas ideas.

No me parece previsible que aumente significativamente en el futuro en la sociedad aragonesa el uso del pacto sucesorio, salvo que las normas fiscales propiciaran que dicho uso hubiera de servir para ahorrar pago de impuestos (lo que no debería ocurrir, como tampoco debería darse, inversamente, un trato fiscal desfavorable de los institutos peculiares de nuestro Derecho), pero, al margen de este vidrioso aspecto de la cuestión, es lo cierto que conseguir una regulación civil más completa y técnica del pacto sucesorio que la actualmente vigente es uno de los principales retos que tiene delante en estos momentos el legislador aragonés.

f) **Derecho de alimentos del legitimario inmediato (art. 121)**

En un sentido algo diferente, el artículo 121 de la Compilación reconoce a los legitimarios inmediatos que hayan quedado «en situación legal de pedir alimentos», tras la distribución de los bienes hereditarios, el derecho a reclamarlos de los «sucesores» del causante y en proporción a los bienes recibidos. Por tanto, parece tratarse de un derecho de alimentos especial reconocido sólo a los legitimarios inmediatos que lo necesiten, pero no, al menos literalmente, a cargo de la legítima ya distribuida, sino a cargo del conjunto de la «sucesión» del causante, lo que abarcaría, poco razonablemente, la sucesión *mortis causa* testada, intestada, paccionada o mixta, y acaso la *inter vivos*, y ambas en favor también de no descendientes o incluso de extraños a la familia. El precepto conduce literalmente a considerar alimentantes a posibles extraños a la familia un poco a la manera en que parece imponer el Código Civil la obligación de alimentos a todo donatario en favor de su donante (cfr. art. 648.3.º). Esta eventual responsabilidad de los «sucesores» por los alimentos no será, al parecer, *ultra vires* de la propia «sucesión» así entendida; se articulará en su caso como un

conjunto eventualmente muy complejo de obligaciones mancomunadas; y existirá aunque no se haya originado el derecho a percibir alguna de las cuotas de legítima reguladas en los artículos 124-122 o en el artículo 123.

Sin embargo, veremos en su momento que daría mayor racionalidad al artículo 121 y mayor coherencia con el conjunto del sistema el entender que los alimentos que establece deben ponerse a cargo exclusivamente de la legítima ya distribuida, considerando que el precepto contiene un mero límite imperativo a la eficacia ulterior de la libertad de distribuir la legítima reconocida al disponente en el artículo 119 y que los «sucesores» a los que se refiere aquel precepto son en realidad los descendientes sucesores por cualquier título a los que se ha distribuido la legítima «con las modalidades establecidas en este capítulo» (el capítulo sobre «contenido» de la legítima). Así entendido el artículo 121, se evitaría la existencia posible de alimentantes extraños a la familia y, completado con el artículo 84.4.º, reduciría los sujetos alimentantes o alimentistas a los protagonistas habituales del instituto (cfr. art. 143 del Código Civil), aunque con posible intervención en ambos conceptos de colaterales distintos de los hermanos. Al parecer, sólo esta interpretación parece salvar la racionalidad del artículo 121, sin que la pueda salvar el referir el término «sucesores» ni sólo a los herederos, ni sólo a los sucesores *mortis causa*, ni sólo a los sucesores a título universal. En fin, esta interpretación parece conectar con la concepción de los alimentos en el Apéndice, donde se ponían a cargo de la legítima distribuida (cfr. art. 30, párrafo 2.º), y con la evolución de las ideas en los anteproyectos de Compilación, en la que el derecho a los alimentos aparece un poco como el sucesor de la originaria cuota individual de legítima material luego desaparecida (cfr. art. 67 del anteproyecto de 1963).

Aunque la regla del artículo 121, pensada sobre todo como una atenuación de las posibles consecuencias de la libertad de distribución que reconoce al disponente el artículo 119, se referirá sobre todo a los legitimarios inmediatos a los que no se haya dejado nada, aun sin que acaso se haya tampoco perjudicado a la legítima global, ni se les haya preterido ni desheredado injustamente, no cabe excluir que dichas irregularidades se hayan producido y que, aun demostradas o rectificadas conforme a la Compilación en beneficio del legitimario inmediato perjudicado, subsista todavía para éste (por tener sólo derecho *ex art. 123* o *ex art. 124* a una cuota muy pequeña de legítima, acaso por tener atribuida casi toda la legítima un solo legitimario o por ser muchos los legitimarios que entren en el reparto) la «situación legal de pedir alimentos». Lo que parecerá razonable exigir en estos casos es que se anteponga, al menos conceptualmente y en abstracto, la reclamación de las cuotas legales de legítima de los artículos 124-122 o del artículo 123 a la reclamación *ex artículo 121*. La «distribución de los bienes hereditarios» que exige este precepto parece que habrá de ser la definitiva o la lograda por el legitimario inmediato tras los reajustes legalmente ordenados en los preceptos de los artículos 124-122 o

artículo 123. Y también la proporcionalidad a los «bienes recibidos» que exige el precepto habrá de referirse a esa definitiva distribución de los bienes hereditarios lograda tras los necesarios ejercicios de acciones y reajustes. El artículo 67 del anteproyecto de Compilación de 1963 recogió expresamente esta idea que se acaba de explicar, aunque la misma no fue recogida en los siguientes anteproyectos ni en la versión legal definitiva de la Compilación de 1967.

Al menos, considerando también la posible urgencia que puede acompañar a la reclamación de alimentos *ex* artículo 121, parece que habría que exigir que esta reclamación se formulase en su caso conjuntamente con la de esas mencionadas posibles cuotas legales de legítima (o alguna de ellas o las dos a la vez, en su caso), siempre que hubiese indicios de la exigibilidad de las mismas, y de modo que el reconocimiento de ésta en la sentencia pudiera excluir en la misma, en su caso, el presupuesto legal del artículo 121 de la «situación legal de pedir alimentos». En suma, atendiendo a la regulación sustantiva de la Compilación, parece que el artículo 121 está concebido como subsidiario respecto de los artículos 124-122 y 123, y sin perjuicio de que pueda resultar también muy frecuente el supuesto de no interferencia entre aquel precepto y éstos, como en los supuestos en que uno de los legitimarios recibe toda o casi toda la legítima y todos los restantes legitimarios inmediatos reciben atribuciones simbólicas o son mencionados para su exclusión. Y en caso de pacto sucesorio, las legítimas al haber y poder de la casa (cfr. arts. 102.2.º y 109) parecen sustituir completamente la posible operatividad en el caso del artículo 121, sin dejarle resquicio alguno de posible aplicación.

Obsérvese también el carácter en cierto modo más genérico que tiene el artículo 121 literalmente interpretado respecto de los artículos 124-122 y 123, en el sentido de que sólo el primero contempla, sin el menor límite o restricción, posibles reclamaciones tanto frente a descendientes como frente a no descendientes del causante, o frente a unos y otros conjuntamente. Aunque este aspecto ya he señalado que acaso merezca ser rectificado por una interpretación sistemática que limite el término «sucesores» de aquel precepto a sólo los descendientes sucesores atributarios de legítima.

g) Sentido de la renuncia a la legítima y de la desheredación

La existencia de eventuales cuotas legales de legítima en favor del legitimario inmediato con base en los artículos 124-122 y 123, y aun el derecho de alimentos del artículo 121, creo que es lo que permite entender cabalmente la regulación de la preterición de nuestra Compilación, así como la posibilidad y significado en el Derecho aragonés de la renuncia unilateral a la legítima (cfr. art. 106 de la Compilación), y de la desheredación, tanto justa como injusta. La doctrina ha tenido grandes dificul-

tades en entender y explicar estos últimos conceptos, pero tanto la renuncia unilateral como la desheredación cobran un significado preciso cuando se refieren a la extinción o privación de los derechos o acciones *ex* artículos 124-122 y 123 (renuncia o privación de la cuota legal de legítima «vacía» o «hueca») o incluso, aunque siendo aquí más discutible su posibilidad, *ex* artículo 121. Y siendo esto así, creo que presenta un interés menor la dilucidación teórica de si lo que tiene el legitimario inmediato sobre su cuota de legítima «vacía» o «hueca» es realmente una expectativa de derecho, o un derecho eventual o un verdadero derecho subjetivo. Más bien como derecho subjetivo le trata nuestra Compilación, precisamente al aplicarle los conceptos de renuncia y de desheredación.

El que parece que normalmente habrá de ser legitimario inmediato de una persona (hijo, pero acaso también nieto o bisnieto de ella), y aunque no lo será con total seguridad hasta la apertura de la sucesión de la misma, puede válidamente renunciar a esos eventuales futuros derechos legales que tiene como previsible legitimario inmediato, aparte de su posible renuncia a eventuales y concretas atribuciones futuras, o puede ser privado de ellos anticipadamente por el disponente en negocio *mortis causa*, por causa de desheredación y con razón o sin ella.

En cuanto a la renuncia, el artículo 106 no exige que haya de hacerse en escritura pública, acaso por estar contemplando una renuncia incluida en un pacto sucesorio que ya estaría contenido necesariamente en escritura pública (cfr. art. 99), pero parece razonable exigir escritura pública cuando se pretendiera hacer una renuncia unilateral y autónoma que hubiera de incidir en un pacto sucesorio o testamento otorgados en escritura pública (cfr. la operatividad, cuando menos, de los límites impuestos por el art. 1230 del Código Civil). Cabría invocar, en este sentido, aparte de la relación ya señalada entre los artículos 99 y 106, la posible analogía con la exigencia legal de escritura pública para la renuncia a la viudedad (cfr. arts. 74.1.º y 86.1.1.º).

En cuanto a la desheredación, obsérvese que, aunque es cierto que para el disponente que quiera apartar de su sucesión a un legitimario inmediato resultará más cómoda la mera mención para excluir, con atribución simbólica o sin ella, que la desheredación, ello no es razón para pensar que el legislador aragonés hubiera debido prescindir de esta última, ya que el disponente puede tener interés en mostrar el carácter sancionador (diríamos que respaldado por la objetividad de la norma legal) de su decisión de exclusión de ese legitimario, y que, por otra parte, para el legitimario inmediato excluido hay una mayor injusticia y ofensa en la desheredación injusta que en la mera exclusión, que es lo que justifica que el artículo 123 le proteja frente a la primera y no frente a la segunda. La desheredación de un legitimario inmediato puede tener su sentido, por ejemplo, en un pacto sucesorio en el que se haga un encargo fiduciario a alguien para distribuir la herencia o la legítima a los restantes colegitima-

rios. Además, la desheredación justa creo que priva del derecho *ex* artículo 121 al desheredado, a pesar de que este precepto impone el derecho de alimentos, imperativamente para el disponente, en favor sobre todo del legitimario inmediato excluido por mención.

Y todavía, la renuncia unilateral a los derechos de un legitimario o la desheredación justa de éste tienen otro importante efecto posible, éste común a los legitimarios inmediatos y a los mediatos, que es el de producir la salida del renunciante o desheredado del círculo de legitimarios, con lo que se limita a una tercera parte (tercio de libre disposición) lo que el disponente le podría legalmente atribuir mediante atribuciones voluntarias tanto *inter vivos* como *mortis causa* (el caudal base de la legítima completo, de haber llegado a ser efectivamente legitimario tanto inmediato como mediato). Y ello, aparte de la inevitable atención que el legislador aragonés ha tenido que prestar a los supuestos de desheredación injusta (cfr. art. 122) del único legitimario existente o de todos los legitimarios existentes (para la desheredación justa en tales supuestos, que produce la extinción de la legítima, entra en juego la supletoriedad del Código Civil). La desheredación justa de uno de entre varios legitimarios produce en Derecho aragonés la conversión de legitimarios mediatos en inmediatos o la reducción del número de legitimarios. La renuncia unilateral a sus futuros derechos por el previsible legitimario inmediato o la desheredación de éste por el disponente serán previsiblemente supuestos muy raros en la práctica, pero ya se ve que no totalmente imposibles o carentes de sentido. No estamos ante supuestos puramente académicos.

Sin suficiente reflexión sobre todo lo anteriormente explicado, un autorizado sector de la doctrina, partiendo de que no cabe desheredar a quien no tiene cuota legal de legítima «material» individual, convierte forzosamente la desheredación injusta del artículo 123 en una especie de exclusión especial con motivos formulados y contra la que permitiría reaccionar el precepto por existir error en esos motivos formulados, que no tendrían por qué coincidir con la lista de causas de desheredación del Código Civil (arts. 852 y siguientes).

Esta explicación que transforma la desheredación injusta en un error en los motivos no me parece convincente en absoluto. Obsérvese que la misma fuerza o violencia de modo extremo el término *desheredación* y lo mismo el término *injusta*, así como la expresión de valor acuñado y conocido formada por la suma de ambos términos, siendo que además el primer término o el conjunto de la expresión aparecen cinco veces en nuestra Compilación (cfr. arts. 103.2.º, 122, 123 y los ladillos de estos últimos preceptos) y se pretende que esos mismos términos se tomen unas veces por su significado habitual y otras como sinónimos del error en los motivos. Y negar la existencia de la desheredación injusta parece que significa también negar la posibilidad de la desheredación justa del legitimario inmediato en los casos de efectiva concurrencia de alguna de las causas

previstas en los artículos 852 y siguientes del Código Civil, lo que no parece, como dije, útil ni justificado. Además, si de error en los motivos se tratara, la referencia legal a *desheredación injusta* no sólo estaría mal ubicada junto a la regulación de la preterición en el artículo 123, sino que limitaría absurdamente el efecto de tal error en los motivos a sólo los legitimarios inmediatos (cfr. la letra del art. 123). Y la doctrina del error debería valer para cualquier decisión del disponente viciada por el mismo y no sólo y exclusivamente para la de dejar sin nada al legitimario inmediato (por ejemplo, para la decisión así viciada de dejarle menos porción que a sus hermanos, etc.); o debería dicha doctrina del error contener alguna alusión al carácter determinante del pretendido error (como en los arts. 767 y 1266 del Código Civil, sin que el término *injusta* sea en absoluto adecuado para ello). Y recuérdese la habitual dificultad para admitir en nuestro Derecho supuestos de relevancia del error vicio a falta de claro y concreto precepto que la establezca (cfr. art. 673).

Esta interpretación que critico haría también vidriosa y difícil de determinar la cuestión de hasta qué punto el artículo 123 excluiría la aplicación supletoria de la razonable regla del párrafo primero del artículo 767 del Código Civil. En cambio, desde la interpretación que propongo en este trabajo y considerando la mención para excluir como una declaración de voluntad a la que tendría sentido extender la aplicación supletoria del artículo 767, dicha aplicación conduce a una razonable y muy asequible interpretación. En efecto, en unos casos la adición o formulación de un motivo erróneo cualquiera para la exclusión por mención conduciría a tener por no puesto el motivo, por no poderse considerar el mismo determinante, y a la consiguiente eficacia de la exclusión por mención; y en otros casos, en cambio, la formulación de un motivo erróneo cualquiera para la exclusión por mención conduciría, cuando el error pudiera considerarse determinante, a la nulidad de la mención para excluir (nulidad parcial) y consiguiente situación de objetiva preterición, al anularse la entera mención. La mención viciada por error no tendría fuerza para sacar al legitimario inmediato de la legítima, conforme a la doctrina general sobre el negocio jurídico.

En fin, la redacción actual del artículo 123 proviene básicamente de su correspondiente versión en el Proyecto aragonés de 1961 (art. 73), en el que existía una pequeña cuota legal de legítima material individual (art. 70) y donde la expresión «desheredación sin causa» indudablemente tenía la misma significación que en el Código Civil.

En conclusión, esta teoría que critico y que equipara la desheredación injusta a un error en los motivos sólo se explica por la insuficiente conciencia de la doctrina de que también en Derecho aragonés el legitimario inmediato tiene en cierto modo cuota legal de legítima, de la que puede ciertamente ser privado por las causas de los artículos 852 y siguientes del Código Civil, que son aquí de aplicación supletoria. Una vez que la

preterición existe y ha sido acogida por el legislador, no podría dejar de reconocerse, al menos con la misma relevancia, la injusta desheredación. No podría darse por la ley mejor trato al simplemente no mencionado para intentar excluirlo del testamento (preterido) que al mencionado al que se intenta excluir mediante una injusta desheredación, que ha recibido una ofensa mayor. De ahí la regulación conjunta de preterición y desheredación injusta, que se mantuvo desde el principio en todos los anteproyectos de la Compilación, y que no es en absoluto casual o arbitraria en un sistema legitimario como el de la actual Compilación. Recuérdese la explicación dada anteriormente sobre que existen modos jurídicamente correctos y eficaces de sacar de la legítima a los legitimarios inmediatos (mención para la exclusión, desheredación justa) y modos incorrectos e ineficaces de intentar hacerlo (preterición, desheredación injusta). Y recuérdese también que sólo con la desheredación justa y con causa se puede privar al legitimario inmediato de la cuota legal *ex* artículo 124 frente a no descendientes, y no con la mera mención para excluir, sólo válida para privarle de la cuota legal *ex* artículo 123 que podría tener frente a otros descendientes.

La *ratio* del artículo 121, pese a la vaga naturaleza legitimaria del derecho que reconoce, hace dudoso si será aplicable a éste la regla general de renunciabilidad del artículo 106 de la Compilación, y hasta hace un poco dudoso también si dicho derecho quedaría extinguido o excluido por la desheredación justa del legitimario inmediato (con independencia de que acaso entonces antiguos legitimarios mediatos deviniesen inmediatos). Parece que sí, con todo, al menos en cuanto a esto último, pese a ser el genuino destinatario del artículo 121, y en forma imperativa para el disponente, el legitimario inmediato mencionado para su exclusión, lo que por cierto viene a mostrar, según ya indiqué, cómo el concepto de desheredación conserva plena virtualidad en el Derecho aragonés.

Que la desheredación puede realizarse en pacto sucesorio en el Derecho aragonés, a pesar de ser imperativo en el ámbito del Código Civil el artículo 849, me parece fácil de demostrar razonando a partir del artículo 103.2.º de la Compilación y a partir de la finalidad misma de la desheredación en relación con el artículo 89 de la propia Compilación.

Tampoco parece plantear especial problema interpretativo la referencia a la desheredación del artículo 103.2.º Es lógico que el disponente pueda revocar unilateralmente el pacto sucesorio cuando incurra en causa de indignidad o desheredación incluso un favorecido que no sea legitimario, porque no iba a tener un trato más favorable en esto el extraño que el legitimario, pero, aparte de ello, es evidente que la específica eficacia de la desheredación sólo jugará o se aplicará a quien sea legitimario inmediato.

3. DERECHOS DE LOS LEGITIMARIOS MEDIATOS

Veamos ahora los derechos que corresponden a los legitimarios mediatos, mucho más reducidos que los de los legitimarios inmediatos.

Los legitimarios mediatos no tienen en principio derecho a cuota legal al resto de legítima *ex* artículos 124-122, ni derecho a cuota legal *ex* artículo 123, ni derecho de alimentos a cargo de la sucesión *ex* artículo 121.

La idea de la que parte el legislador aragonés es la de que el legitimario mediato tenga sólo los derechos que el disponente le atribuya expresamente por negocio jurídico, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, pero no derechos legales o cuotas legales de legítima. La materialización de la legítima del legitimario mediato es sólo una posibilidad que el legislador aragonés abandona, aunque de modo completo (el legitimario mediato puede llegar a recibir en forma inatacable la totalidad del caudal base de la legítima), a la libre voluntad del disponente (cfr. art. 119). Éste está expresamente autorizado por la ley para distribuir su legítima entre sus descendientes alterando cuanto quiera la natural jerarquización entre descendientes que se desprende de la normativa sobre la sucesión intestada (cfr. art. 128), pero para que tal alteración se produzca el legislador exige la expresa voluntad del disponente negocialmente manifestada, y faltando ésta total o parcialmente, los artículos 124-122, 123 y 121 reaccionan y recomponen, en sus casos y en la forma antes explicada, la mencionada jerarquización entre descendientes característica de la sucesión intestada. Sólo cuando el disponente haya realizado una atribución voluntaria a título universal en favor del legitimario mediato, admite el artículo 124 que pueda éste tener derecho a cuota legal al resto de legítima, pero es el único caso de reconocimiento de derechos legales a los legitimarios mediatos y no constituye una excepción en sentido radical del esquema legal expuesto, porque ya se ve que se arranca también aquí de la imprescindible y originaria atribución negocial del disponente en favor del legitimario mediato. Se trata, en conjunto, de una regulación con una indiscutible racionalidad y con una técnica bastante depurada.

Del artículo 124 se desprende también, en particular, que los legitimarios mediatos, puesto que carecen de cuota legal al resto de legítima, nunca tienen acción frente a la exclusión por mención, a diferencia de los legitimarios inmediatos, que la tienen, como vimos, y parece que no sólo en el supuesto (evidente) de legitimario inmediato único o en el de exclusión por mención de todos los legitimarios inmediatos (probablemente aunque existan a la vez, en este caso, legitimarios mediatos simplemente preteridos). El legislador aragonés antepone claramente al legitimario inmediato excluido por mención sobre el legitimario mediato «preterido» o, en la medida en que se pueda denominar así, «injustamente desheredado». Obsérvese que los legitimarios mediatos nunca pueden estar exclusivamente ellos solos frente al causante, puesto que, por hipótesis, para que ellos sean mediatos

tendrá que haber algún legitimario que sea inmediato, y por lo mismo, tampoco cabe nunca que el único legitimario existente sea mediato.

Del artículo 123, en relación con el artículo 124, se desprende que no cabe propia preterición, ni propia desheredación injusta, de un legitimario mediato, precisamente porque no tiene expectativa de cuota legal alguna de legítima de que pueda ser privado. Por eso el artículo 120 limita correctamente el concepto de preterición a los legitimarios inmediatos. Por eso y porque el círculo de los legitimarios mediatos puede ser mucho más amplio y extenso que el de los inmediatos y extender a todos aquellos el supuesto deber legal de mención en el testamento sería ciertamente poco razonable y excesivamente restrictivo de la eficacia jurídica de la voluntad del disponente. Y no dice realmente lo contrario el artículo 122, al referirse a la necesidad de preterición o desheredación injusta de «todos» los legitimarios (también los mediatos, de haberlos, por tanto), pero sólo al efecto de describir, muy lógicamente por cierto (porque el claro presupuesto del precepto de que haya debido existir un desconocimiento completo de la legítima global exige que incluso los legitimarios mediatos, argumentando *a fortiori* con lo que para los inmediatos establece el art. 120, no hayan recibido nada), los requisitos del supuesto de hecho legal de una norma muy concreta y específica y que con bastante claridad limita la legitimación activa de la acción que establece a sólo los legitimarios inmediatos. Una mera donación recibida en vida del disponente por un legitimario mediato o la mención para «exclusión» impropia que se hubiera hecho de él en el testamento harían que el supuesto saliera del ámbito del artículo 122 para pasar al ámbito del artículo 124. De modo que fuera de este posible efecto indirecto en la legítima de otros legitimarios inmediatos, la preterición de un legitimario mediato no le da a él ninguna acción y es en sí irrelevante jurídicamente. Hay total libertad de excluirlos por silencio y sin ninguna traba ni consecuencia jurídica y sólo se materializa su legítima a través de atribuciones directas y voluntarias del disponente o causante (nunca cuota legal de legítima). La propuesta doctrinal innecesariamente correctora que pretende reducir el «todos» los legitimarios del artículo 122 a sólo los legitimarios inmediatos, o preteribles, no parece ser consciente de que, en los supuestos en que estos últimos hayan sido preteridos todos y la legítima global haya sido íntegramente atribuida a uno o varios legitimarios mediatos, lo que sin duda puede hacer el disponente (cfr. arts. 119, 124, inciso primero, y 125, apartado 1.º), se derivaría de dicho precepto del artículo 122 así interpretado, a través de la delación abintestato de los dos tercios del caudal, la drástica expulsión de la legítima de todos los legitimarios mediatos lícitamente atributarios de ella y una mutilación de la voluntad del disponente completamente inaceptable y absurda. Interpretado así el artículo 122 se desvirtuaría radicalmente la libertad que reconoce al disponente el artículo 119. No me convence, por tanto, la tópica afirmación de la doctrina aragonesa de que existe una anomalía o contradicción entre los artículos 120 y 122.

Se entiende ya bien en este punto que, en el sistema de nuestra Compilación, existen unos legitimarios, los inmediatos, con cuota al resto de legítima en ocasiones y que habrán de percibir siempre al menos una parte de la legítima salvo que sean justamente desheredados o expresamente excluidos, y otros legitimarios, los mediatos, que sólo habrán de percibir una parte de la legítima si son expresamente incluidos en ella por el disponente. Esta distinción entre clases de legitimarios y el explicado juego de las cuotas legales de legítima se muestran decisivos en el sistema legal de nuestra Compilación, imponiendo una lógica bastante distinta a la del Código Civil y bastante distinta a la de plena libertad de testar, y en la que las cuotas legales que impone aquélla pueden ser de cuantía superior a las atribuciones voluntarias de cualquier clase realizadas por el disponente, e incluso en la que una atribución voluntaria de legítima puede en la práctica representar para el atribuario, o aun para otros legitimarios inmediatos, una rebaja efectiva del valor o cuota de legítima finalmente percibidos (al quedar excluida la cuota *ex art.* 123, o al existir una menor cuota del «menos favorecido» por la existencia de esa pequeña atribución voluntaria). De modo que en la distribución interna entre legitimarios cualquier pequeña atribución voluntaria del disponente produce eventualmente la exclusión de la cuota de preterición. Lo que nos lleva a reconocer en el sistema de la Compilación, junto a la tradicional función de la atribución simbólica de legítima como forma de exclusión o de mención para la exclusión, la posibilidad (cierto que de improbable o extraña aplicación) de una calculadamente pequeña atribución legitimaria (necesariamente algo mayor que la sólo simbólica, para que no hubiera exclusión) hecha a un legitimario inmediato con el propósito de reducirle lo que por cuota legal de preterición podría haber llegado a recibir en su caso. Véase, por lo demás, cómo desde esta explicación se percibe claramente (cfr. muy particularmente también la letra del art. 106) que la legítima del legitimario inmediato aragonés puede ser un título específico de adquisición de derechos distinto tanto del de la atribución negocial como del de la sucesión intestada.

Y los legitimarios mediatos más que derechos legales de legítima tienen un mero interés, en el sentido de que cada apertura de sucesión que se produzca produce un corrimiento de puestos, de modo que los actuales legitimarios mediatos pueden tener la fundada «esperanza» de devenir legitimarios inmediatos y con derechos legales cuando suceda el futuro fallecimiento (cierto que, por otras evidentes razones, habitualmente más temido que deseado) de los actuales legitimarios inmediatos.

En resumen, el legitimario mediano no tiene acción ni frente a la preterición, ni frente a la exclusión por mención, ni frente a la desheredación injusta, figuras que sólo forzada e impropriamente pueden referirse a él, ni tiene en su caso el derecho subsidiario de alimentos que como último recurso reconoce a los legitimarios inmediatos el artículo 121. Podría resumirse todavía un poco más esta situación del legitimario mediano afirmando que

puede tener sólo derechos legitimarios «voluntarios», pero que no tiene derechos legitimarios legales, ni contra no descendientes, ni contra otros legitimarios inmediatos o mediatos. La idea primigenia del legislador aragonés, acaso sólo oscuramente intuida, fue la de que, aunque se autorizaba al disponente a sacar de la legítima a algún hijo o a anteponer a uno o varios de sus nietos respecto de todos sus hijos, se le exigía, si de verdad quería hacer lo uno o lo otro o ambas cosas, que lo dijera expresa o claramente en el negocio *mortis causa*. Y en un momento lógicamente posterior de maduración de la idea originaria se distinguió, integrando implícitamente la normativa sobre representación, no ya entre hijos y nietos sino, más adecuada y correctamente, entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos.

Los detalles y el proceso de maduración de estas ideas pueden seguirse en el estudio de los diversos anteproyectos de Compilación. En el Apéndice (cfr. arts. 30, párrafo 3.º, y 31.3.º) todavía no cabía anteponer a los legitimarios mediatos sobre los inmediatos. Pero esa posibilidad apareció como idea aragonesa en los tres primeros anteproyectos de Compilación. En el anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de 1965 se suprime de nuevo la idea (cfr. art. 117.2.º). La definitiva aceptación de esta concepción en cuanto a la posibilidad para el disponente de anteponer los legitimarios mediatos a los inmediatos se produjo, por fin, a partir del anteproyecto de Compilación de 1966 (cfr. art. 119), permaneciendo ya desde entonces en los siguientes anteproyectos y en la versión de la Compilación de 1967. Y en la regulación actual parece que el legislador exige siempre la existencia de negocio jurídico para que pueda haber atribución legitimaria a un legitimario mediatos, porque ve siempre en esa atribución una abstracta anteposición de los legitimarios mediatos frente a los legitimarios inmediatos en su conjunto, aunque el concreto legitimario inmediato antepuesto al mediatos concretamente atributivo no sea el efectivamente perjudicado por la atribución legitimaria. Todo lo que se atribuya a los legitimarios mediatos, parece pensar el legislador, es a base de reducir lo que se hubiera podido atribuir a los legitimarios inmediatos o, si se quiere, es a base de alterar la jerarquía natural de la sucesión intestada. Como expliqué al comentar el artículo 124, la correcta exclusión de los legitimarios inmediatos de la cuota al resto de legítima que el precepto les reconoce requiere, salvo que existan atribuciones a legitimarios que sean voluntarias y a título universal, atribuciones negociales correctas o hechas a otros legitimarios, tanto inmediatos como mediatos. Y no existe límite ninguno para hacer precisamente dichas atribuciones negociales en favor sólo de estos últimos.

Y este esquema legal parece mantenerse, en virtud de la letra muy precisa y pensada de los artículos 124 y 123, incluso en el supuesto de exclusión por mención de todos los legitimarios inmediatos existentes (o del único existente) y existiendo a la vez alguno o algunos legitimarios mediatos simplemente preteridos o (en la limitada medida en que ello es posible) injustamente desheredados, quienes ni siquiera en este caso parecen tener

atribuida por la ley cuota legal al resto de legítima ni tampoco cuota legal como legitimarios preteridos o injustamente desheredados. Lo único que el legitimario mediato tiene reconocido por la ley, y que por cierto comparte con el legitimario inmediato puesto que es algo que proviene de la mera condición de legitimario, es su pertenencia al círculo amplio de legitimarios y la consiguiente falta de límites legales sobre lo que eventualmente podría recibir del disponente por vía de atribuciones voluntarias (podría eventualmente recibir los tres tercios del caudal base de la legítima).

En el improbable caso de que se produjera una desheredación injusta de un legitimario mediato, éste no tendría, pese a la indudable ofensa recibida, ninguna acción frente a nadie. Incluso hay que reconocer que esa desheredación, recogida por ejemplo en un pacto sucesorio, sacaría al legitimario mediato del círculo de los legitimarios reduciendo injustamente la cantidad de bienes del caudal base de la legítima que eventualmente podría recibir en el futuro (sólo bienes imputables al tercio libre de disposición). Pero no parece haber mayor problema en ello, porque se parte de la más absoluta e ilimitada libertad del disponente para excluir siempre y de cualquier modo de su sucesión a cualquier legitimario mediato; porque la desheredación injusta no privaría al desheredado de ninguna cuota legal de legítima; y porque las leyes están hechas para la realidad. Y esta irrelevancia jurídica de la desheredación injusta del legitimario mediato parecen imponerla los artículos 124 y 123, como he indicado, incluso existiendo en el supuesto legitimarios inmediatos que estuvieran todos ellos excluidos por mención (ellos serían quienes tendrían cuota legal al resto de legítima *ex art.* 124).

Y algo parecido habría que decir de una hipotética y previa renuncia unilateral por un legitimario mediato a sus «derechos» legales como tal: aunque esa hipotética renuncia sacaría del círculo de legitimarios al renunciante, reduciendo la cantidad de bienes que eventualmente habría de poder recibir en el futuro, tal renuncia, en un contexto legal como el que se deriva del artículo 119, aparece como jurídicamente insignificante (falta de cuota legal renunciada) y como supuesto totalmente académico. Con todo, ese leve efecto que podría tener esta atípica renuncia de un eventual legitimario mediato a sus «derechos», acaso impide criticar al legislador por no haber restringido la letra del artículo 106 a sólo los legitimarios inmediatos, en los que, no obstante, seguramente estaba pensando al formular el precepto.

4. LA SISTEMÁTICA DE LA COMPILACIÓN

El título V del libro II de la Compilación viene titulado «De las legítimas», en plural, acaso pensando en la contraposición que a continuación se hace entre una «legítima material colectiva» y una «legítima formal»,

pero veremos más adelante que esta terminología legal parece técnicamente bastante inconsistente y que, en realidad, no parece existir sino una sola legítima propiamente dicha por cada sucesión. Es posible también que el legislador aragonés se viera influido por un cierto mimetismo con el similar título de la sección correspondiente del Código Civil («De las legítimas»: sección 5.^a del capítulo 2.º del título III del libro III), pero entonces también con escaso acierto, puesto que en este último cuerpo legal las legítimas sí que son varias, incluyendo la de los ascendientes y la del cónyuge viudo.

También parece bastante discutible la bifurcación del título V del libro II en dos capítulos, dedicado el uno al «contenido» de la legítima y el otro a la «protección» de la misma. En primer lugar, porque también parece que late aquí la pretensión de destacar excesivamente el supuesto doble contenido de la legítima según se trate de la «material» o de la «formal», distinción terminológica que me parece como digo con escaso fundamento en el Derecho aragonés. En segundo lugar, y sobre todo, porque los artículos 122 a 125, incluidos en el capítulo sobre *protección*, completan de modo sustancial la descripción del *contenido* de la legítima al establecer diversas cuotas legales de legítima imperativamente impuestas al disponente, aunque expliquen también dichos preceptos, ciertamente, las acciones y reglas de su *protección*.

Por otra parte, presupuesta la distinción de esos dos capítulos existentes y sus títulos, el artículo 126, incluido en el capítulo sobre «protección», no contiene reglas de protección sino reglas de imputación de atribuciones en la legítima, que no hubieran debido separarse de las reglas del artículo 120 y, a la inversa, el artículo 121 contiene inevitablemente también, puesto que es el único artículo referido al derecho de alimentos, la regulación de la «protección» de ese específico derecho que reconoce, a pesar de estar incluido en el capítulo sobre «contenido» de la legítima.

El orden de colocación de los diversos preceptos por nuestra Compilación tampoco parece nada afortunado. De suprimirse la bifurcación en dos capítulos que he criticado anteriormente, podría proponerse, por ejemplo, el siguiente orden. Tras el artículo 119 habría que colocar el actual artículo 124, que es el precepto más básico, importante y general y que contiene la regulación de la más importante cuota legal de legítima: la cuota al resto de legítima. A continuación, habrían de ponerse los preceptos relativos a la otra cuota legal de legítima: la de los legitimarios inmediatos preteridos o injustamente desheredados (supuesto que no se quisieran separar ambas regulaciones, que ya he dicho que no sería conveniente en el actual sistema). El orden más lógico para estos tres artículos creo que sería el de poner primero el actual artículo 120, después el actual artículo 126, y finalmente el actual artículo 123. Recuérdese que este último precepto presenta un carácter subsidiario respecto del contenido en el artículo 124. A continuación, habría de ponerse el actual

artículo 122, que contiene la regulación de casos bastante específicos y raros y sustancialmente en la línea, salvo su matización sobre la preterición errónea, de las directrices del actual artículo 124. Después conveniría poner el actual artículo 121 sobre derecho de alimentos a cargo de los sucesores, por el explicado carácter subsidiario que presenta respecto de los preceptos de los actuales artículos 124, 123 y 122. Finalmente, cerraría esta mejor ordenada regulación el actual artículo 125, que presenta considerable grado de autonomía frente a todos los demás preceptos relativos a la legítima.

De mantenerse la actual bifurcación de esta regulación en dos capítulos, al menos habría que poner el actual artículo 126 en el capítulo primero sobre «contenido» de la legítima y tras el actual artículo 120; y habrían de ordenarse los restantes preceptos del capítulo segundo en el orden explicado: actual artículo 124, actual artículo 123, actual artículo 122 y actual artículo 121, salvo que se prefiriera mantener este último precepto en el capítulo primero relativo al «contenido» de la legítima.

En otro sentido, considero bastante defendible que el actual artículo 106 sobre renuncia a la legítima, si se mantuviera su actual redacción, se trajese a la sede genérica de la legítima, en el título V del libro II de la Compilación, debiéndose poner entonces, probablemente, inmediatamente detrás del artículo 119, con el consiguiente desplazamiento de los actuales artículos 124, 123, 122 y 121. Aunque acaso debiera decirse que este tema de la renuncia a la legítima merecería mejor dos preceptos, uno en la sede actual del artículo 106 referido a la renuncia a la legítima bilateral o impropia contenida en pacto sucesorio, y otro en el título V del libro II referido a la renuncia propia o unilateral a la legítima. En general, creo que es un defecto considerable de la técnica de la regulación de la legítima por nuestra Compilación el no haber explicitado en mayor medida que esta regulación abarca tanto al testamento como al pacto sucesorio. Creo que hubiera convenido que ello se explicitase ya en el propio artículo 119, y que los actuales artículos 99 ó 100 (uno de ellos, al menos, o ambos) hubieran realizado declaraciones genéricas de salvaguarda de la legítima.

Puede advertirse finalmente aquí que es inexacta la referencia del artículo 119 a las «modalidades establecidas en este capítulo». En ese primer capítulo del título no parecen contenerse modalidades de la distribución, que más bien estarían incluidas en los artículos 125 y 126 del capítulo siguiente, sino atenuaciones o limitaciones a la plena eficacia de la libre distribución de la legítima (una la llamada *legítima formal* recogida en el art. 120, prolongado en los arts. 122 y 123, y otra el derecho de alimentos del art. 121). El legislador parecería haber pensado, como sugiere la explicación sobre el artículo 119 de la exposición de motivos de la Compilación de 1967, que sólo en estos dos casos se dan situaciones de cuantías de legítima impuestas por la ley frente a la libre voluntad del tes-

tador y en favor de legitimarios inmediatos. De modo que aceptando esta idea del legislador y entendiendo el término «modalidades» más bien como limitaciones, podría parecer correcta o coherente la remisión del inciso final del artículo 119.

Sin embargo, hay varias objeciones que hacer a esa defectuosa explicación. En primer lugar, que no deja de haber limitaciones a la voluntad del disponente, aunque quieran verse más como mero cauce al ejercicio de ella, en los preceptos de los artículos 125 y 126. En segundo lugar, la principal cuota legal de legítima, que es la cuota legal al resto de legítima del artículo 124, está recogida en el capítulo segundo y no deja de ser también limitación o «modalidad» del cumplimiento, aunque no voluntario, de la legítima. En tercer lugar, entre las «modalidades del capítulo» no se integra la desheredación injusta, de efecto equiparado a la preterición singular o total (arts. 123 y 122). Tradicionalmente, y así también la exposición de motivos de 1967, se relacionan siempre los conceptos de *legítima formal* y de *preterición*, pero no se relaciona el primero con la desheredación injusta, y por eso digo que parece haber quedado ésta fuera de las «modalidades del capítulo». Pero, conforme a lo que he explicado anteriormente, con la regulación sustantiva de la Compilación a la vista, incluso tendría más sentido extender la noción de *legítima formal* tanto a la preterición como a la desheredación injusta, ambas para el legislador formas incorrectas e ineficaces de sacar al legitimario inmediato de la legítima. La cuestión es puramente terminológica y presentará escaso interés si se acepta la propuesta que formulo en el epígrafe siguiente de prescindir del término mismo *legítima formal*. En cuarto lugar, ciertos preceptos reguladores de la legítima en los pactos sucesorios (cfr. arts. 102.2.º, 109 y 126.2.º) o están fuera de las «modalidades del capítulo» o incluso fuera del título dedicado a la regulación de la legítima.

En conclusión, el artículo 119 debería referirse a las modalidades o limitaciones establecidas en el propio título o incluso en la Compilación en su conjunto.

5. VALORACIÓN Y CRÍTICA DE LA TERMINOLOGÍA LEGAL

a) La distinción entre legítima material y legítima formal

Procedente de la pandectística alemana, nuestro legislador acogió, en los ladillos o titulillos de los artículos 119 y 120, la distinción entre una legítima denominada «material» y una legítima denominada «formal». La material aludiría a la cuota de valor del caudal base de la legítima que necesariamente ha de recaer en los legitimarios (los dos tercios, como sabemos, según el art. 119) o a la parte de dicha cuota que pueda corresponder a un legitimario determinado, y la denominada formal aludiría a

la necesidad de nombrar o mencionar a cada legitimario inmediato en el testamento para excluirlo o apartarlo de toda percepción legitimaria (arts. 120, 123 y 122).

Esta terminología legal creo que, más que ayudar a describir o entender la regulación de nuestra Compilación, la ha oscurecido y ha introducido considerable confusión. En efecto, muchos autores han creído poder defender, al explicar dicha regulación, que el testador tendría un deber jurídico de nombrar o mencionar en el testamento a todos y cada uno de los legitimarios inmediatos, y que cada uno de éstos tendría a su vez una especie de derecho honorífico a ser nombrado o mencionado en el testamento. Este supuesto derecho honorífico presentaría un carácter como subsidiario o de consolación, en el sentido de que no lo tendrían atribuido los legitimarios inmediatos que hubieran resultado ya favorecidos por liberalidades hechas en vida del causante, ni los que hubieran de resultar favorecidos luego en su sucesión intestada (cfr. art. 120).

Este modo de explicar la legítima «formal» puede resultar aceptable hasta cierto punto tomado como una mera forma un tanto tradicional de describir una regulación y que acaso ha dejado incluso una leve huella en la redacción o el espíritu del artículo 120 de la Compilación, que parece sugerir (aunque afortunadamente de forma más diluida o difusa que en algunos de los anteproyectos de Compilación) la idea de la existencia de un deber jurídico del testador de nombrar o mencionar a los legitimarios inmediatos. Ya he indicado también que el que el titulillo del título V del libro II de la Compilación se refiera a «De las legítimas», en plural, y la misma contraposición muy forzada entre los dos capítulos existentes en ese título responden en cierta medida, al parecer, a esa idea de contraponer las supuestas legítimas material y formal. Sin embargo, me parece evidente que la mencionada descripción de la regulación de las legítimas de nuestra Compilación oculta un tanto lo más sustancial de dicha regulación (reconocimiento de cuotas legales de legítima) y, además, no es sostenible en sus propios términos desde un punto de vista rigurosamente jurídico.

En efecto, la mencionada explicación de las cosas o descripción que critico oculta un tanto al intérprete que los legitimarios inmediatos están genérica o implícitamente llamados a la legítima por el legislador, al reconocerles éste dos cuotas legales de legítima y sobre todo la cuota legal de preterición *ex* artículos 123 y 122. De modo que los legitimarios inmediatos están verdaderamente incluidos inicialmente en la legítima aunque se permita al disponente excluirlos si quiere (art. 119), y conteniendo los artículos 120, 122 y 123, más que la regulación de una nueva clase de legítima (la supuesta legítima formal), la regulación de cuáles son las formas correctas y eficaces de exclusión y cuáles son las formas incorrectas e ineficaces de exclusión. El confucionismo en esta materia nace, entonces, de que el legislador utiliza dos términos de significado

parecido en castellano, como los de «exclusión» y «preterición», para aludir a esas dos situaciones jurídicas de efectos jurídicos distintos y aun contrapuestos. La preterición podría decirse que es, en este sentido, la exclusión incorrecta (no mención) e ineficaz que no consigue sacar al legitimario inmediato de la legítima global en la que el legislador le mantenía inicial y genéricamente incluido. Y la exclusión es la declaración del disponente que correcta y eficazmente consigue sacar al legitimario inmediato de la legítima global. Creo que la mención para la exclusión de un legitimario inmediato debe representar una verdadera declaración de voluntad, y no otra cosa había llegado a ser, al menos al final de su evolución, la tradicional legítima simbólica de cinco sueldos por muebles y cinco sueldos por inmuebles. En un sistema legal así, los matices en la interpretación del artículo 120 está claro que deben orientarse, entonces, por la idea de que el precepto contiene más una exigencia de contenido de una cierta voluntad, o de claridad en el contenido de la voluntad de exclusión, que una exigencia propiamente formal (mención). Y en un sistema legal así es desorientadora y doblemente defectuosa la exigencia legal de una «mención formal» para cumplir una «legítima formal», salvo que «mención formal» se tome en el sentido de mención para la exclusión seriamente hecha, o mención «expresa, precisa o determinada», que es una de las acepciones que da del adjetivo formal el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. En este sentido, creo que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993 sentó una doctrina que, pese a las críticas recibidas de bastantes profesionales aragoneses, y pese a su criticable afirmación menor sobre la distinción de partes en el testamento, estaba orientada por la intuición profunda de los auténticos fundamentos del sistema legitimario aragonés y marca para el futuro la buena dirección en materia de preterición de legitimarios inmediatos.

Y decía también que la mencionada explicación habitual en la doctrina que estoy criticando no es sostenible en sus propios términos desde un punto de vista rigurosamente jurídico. En efecto, difícilmente se puede afirmar la existencia de un verdadero derecho subjetivo honorífico a la mención en el testamento (o acaso también en el pacto sucesorio) siendo que es por hipótesis inconcebible la reclamación de su cumplimiento *in natura* al disponente, quien necesariamente habrá debido fallecer ya en el momento en que se haya de plantear cualquier problema sobre su legítima. Aparte de que poco o mal honor ha de haber en el nombramiento o mención del legitimario inmediato cuando el disponente lo haya hecho, si precisamente ese nombramiento o mención ha de servir sólo para privarle de los derechos legales que el legislador genéricamente le reconocía; o ha de servir, si se quiere decir así, para excluirle correcta y eficazmente de la legítima. Es evidente que la cuota legal de legítima *ex* artículo 123 no presenta ningún tipo de equivalencia jurídica con el supuesto perjuicio que representaría la privación del dudoso honor de ser mencionado para

la exclusión en el testamento; o si se quiere decir así, la cuota legal de legítima *ex* artículo 123 no es la indemnización por daño ninguno a un derecho previo, sino que representa una técnica de limitación y rectificación de la voluntad del disponente mediante normas imperativas que reconocen derechos subjetivos en favor de los legitimarios inmediatos. Los verdaderos derechos subjetivos de los legitimarios inmediatos preteridos son derechos a la legítima que el legislador llama «material», y derechos por cierto a un valor y no a bienes ni materia ningunos (cuota legal *ex* art. 123). Y la corrección y realismo de este análisis se percibe también en que en el caso del legitimario inmediato único son en principio los mismos los efectos de la preterición (art. 122, aunque con la posibilidad aquí de que se aplique también el apartado 2.º) que los de la exclusión por mención (art. 124, equivalente al art. 122.1.º), aunque en el primer caso habría supuestamente ofensa al honor del legitimario único y en el segundo caso se le habría hecho supuestamente el honor de mencionarlo para excluirlo.

Y por las mismas razones, no existe un verdadero deber jurídico del disponente de mencionar en el testamento a sus legitimarios inmediatos, deber cuyo cumplimiento absolutamente nadie y en ninguna circunstancia le podría haber exigido cumplir, y ni siquiera parece existir una propia carga (acaso sólo carga atípica) de nombrarlos, puesto que las consecuencias desfavorables de la falta de mención alcanzarán sólo a otros legitimarios o sucesores del disponente, pero nunca, por hipótesis, a él mismo. Pese a que el artículo 120 está acaso un tanto influido en su redacción por la idea de la existencia de un deber del disponente de mencionar a los legitimarios inmediatos, lo cierto es que dicho precepto no contiene sino un requisito negativo del supuesto de hecho legal de las normas que atribuyen a aquellos legitimarios el derecho a la cuota legal de legítima en caso de preterición (arts. 123 y 122). En definitiva, hay una sola legítima en el Derecho aragonés, es una *pars valoris*, y los derechos de los legitimarios de cualquier clase son siempre derechos a cuotas determinadas de esa legítima única y global.

b) El supuesto carácter «colectivo» de la legítima aragonesa

En otro sentido, la Compilación denomina en cuatro ocasiones como «colectiva» a la legítima aragonesa. Lo que con esta denominación parece que quiere indicar el legislador es que, habiendo varios legitimarios, ninguno tiene asegurado nada de antemano ni está excluido de recibir él solo toda la legítima, en los términos en que lo explica el artículo 119. Pero se trata de una descripción acaso no del todo afortunada de lo que se quería decir y, en todo caso, es seguro que la Compilación no regula aquí ningún propio derecho subjetivo colectivo, ni ninguna situación jurídica de comunidad, ni de cotitularidad, ni el ejercicio colectivo obligatorio de ningún tipo de acción (litisconsorcio activo necesario). Las acciones

reconocidas a los legitimarios por la Compilación son siempre acciones individuales, no sólo en los artículos 109, 121 y 123, para los que ello resulta evidente, sino también en los artículos 124, 122 y 125.2.º, en los que acaso pueda parecer este aspecto algo menos claro. La ley no regula en ningún caso tampoco actuaciones conjuntas o colectivas de los legitimarios, ni el recurso a la unanimidad o a mayorías, ni en materia sustantiva ni procesal. Las posibles situaciones de cotitularidad entre legitimarios que puedan llegar a darse procederán de otras normas distintas de las de la legítima (cfr. arts. 61, 113 y 142 de la Compilación) o de nombramientos colectivos (cfr. art. 769 del Código Civil) realizados por el disponente en la correspondiente atribución legitimaria voluntaria. En estas condiciones, no se ve por qué habría de ser más colectiva la legítima aragonesa que la del Código Civil o, dentro de ésta última, por qué habría de ser más colectivo el tercio de mejora que el tercio de legítima estricta. Sólo en un sentido impropio o no jurídico, puesto que ni la familia ni el colectivo de descendientes de alguien en un momento dado nunca pueden tener personalidad jurídica, cabría referirse a una especie de derecho de legítima de carácter familiar, y colectivo en ese sentido, pero aun en este sentido impropio la idea aparecería muy desdibujada por el peculiar juego en el régimen jurídico de la legítima de la distinción entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos y aun, desde la reforma de la Compilación de 1985, por la inclusión entre los legitimarios de los descendientes extramatrimoniales.

Sólo el legitimario único sabe en Aragón de antemano que, si sobrevive a su ascendiente, le corresponderá íntegramente la legítima global en la sucesión de éste, y que tendrá ese derecho subjetivo de legítima muy verosímilmente. Pero precisamente en este supuesto es en el que carece de sentido por completo referirse a una legítima colectiva. La Compilación olvida casi siempre mencionar este supuesto del legitimario único, sin duda que por considerarlo poco problemático, pero el supuesto no será infrecuente y se hace preciso tenerlo muy en cuenta al enfrentarse a la interpretación de las normas sobre esta materia.

En fin, el único dato que parece ofrecer una cierta base a la terminología legal que señala el carácter «colectivo» de la legítima aragonesa es el de la imposibilidad o ineficacia, dado el carácter imperativo del artículo 119, de una renuncia colectiva y simultánea de todos los legitimarios a la legítima. Esta interpretación, adelantada ya anteriormente, no se apoya en la aplicabilidad supletoria del Código Civil (arts. 655, párrafo 2.º, y 816), puesto que ya expliqué que en materia de legítimas dicho cuerpo legal debe entenderse genéricamente desplazado por la Compilación (art. 106), sino en la formulación objetivada del inicio del artículo 119, formulación a estos efectos robustecida por la misma expresión «legítima colectiva», si es que ha de tener algún significado concreto el término «colectiva», y también en la formulación objetivada del artículo 108.2.º, precepto que no hace salvedad para el caso de renuncia a sus legítimas de

todos los legitimarios y que está evidentemente inspirado en la idea de protección a la legítima y en la de su genérico carácter imperativo. Y también el artículo 108.1.º carece de salvedades sobre su renuncia a la legítima (que podría ser renuncia a la legítima «llena») por parte de los hijos no comunes, pese a que esa renuncia debería en buena lógica reconducir el supuesto, habiendo también hijos comunes, a la aplicabilidad del apartado segundo del mismo precepto. Por lo demás, el artículo 106, como se infiere claramente de su letra, contempla sólo el supuesto genérico de un renunciante individual a la legítima, pero no el diverso supuesto de renuncia del único legitimario o de todos los legitimarios existentes.

Conviene también observar que pese a que la Compilación ha puesto al artículo 124 el titulillo «Lesión de la legítima colectiva», también hay lesión a dicha legítima colectiva o global en los supuestos del artículo 122 y aun, probablemente, en los supuestos de vulneración del artículo 125, lo que no deja de demostrar también la artificiosidad de relacionar el artículo 122 sólo con la supuesta legítima formal y de la pretendida contraposición entre ésta y la legítima material. Y en los casos del artículo 122 podría decirse que hay como una preterición «colectiva»; ofensa al supuesto honor de todos y cada uno de los legitimarios y por tanto, si quiere decirse así, ofensa también al honor del grupo de legitimarios: sin embargo, en el sentido de todo lo anteriormente indicado, el artículo 122 no refuerza la sanción o la intensidad de la eficacia del reajuste ordenado por el supuesto carácter colectivo de la ofensa en relación a lo que se deduciría de la propia lógica de los artículos 124 y 123.

c) Sobre la llamada «intangibilidad» de la legítima aragonesa

Veamos finalmente qué se puede decir del término «intangibilidad» de la legítima, que el titulillo del artículo 125 recogió de la doctrina. Es frecuente en ésta, en efecto, contraponer una intangibilidad cuantitativa de la legítima, que se referiría a la necesidad de respetar las cuotas legales características de ésta y protegidas por acciones específicas, y una intangibilidad cualitativa, que se referiría tanto a la necesidad de atribuir en pago de la legítima la titularidad sobre los propios bienes del causante (legítima como *pars bonorum*), como a la imposibilidad de principio de establecer sobre dicha titularidad el disponente otros gravámenes diferentes de los legalmente admitidos (art. 125).

El titulillo del artículo 125 rinde tributo a esta terminología admitida por la doctrina más corriente, aunque afortunadamente con cierta timidez, al no aludir a intangibilidad «cualitativa», y sin ayudarnos con ello gran cosa, como vamos a ver.

Ya he adelantado mi opinión de que la legítima aragonesa es una *pars valoris*, lo que significa, no sólo, según suele reconocer la doctrina, que

los legitimarios no tienen por qué recibir su legítima a título de herederos, sino también, y contra lo que la doctrina suele considerar, que los legitimarios tienen únicamente derecho a un valor o cuota legal y que pueden percibir su legítima, por tanto, en bienes distintos de los de la herencia (legados de cosa ajena, o de sumas de dinero, aunque no lo haya en la herencia, por ejemplo). Esta última consecuencia, por lo demás útil y conveniente, me parece que se deriva con bastante claridad del principio *standum est chartae*, con amplísimo cauce legal de realización en la sucesión paccionada entre consanguíneos o afines de cualquier grado, según los artículos 99 y siguientes, con amplísimo cauce legal en la regulación de la fiducia sucesoria (cfr. arts. 110.1.º y 114.1.º), y con amplísimo cauce legal también en la regulación de las legítimas de los artículos 119 y siguientes, preceptos desde los que no me parece que se pueda construir en absoluto una norma imperativa capaz de limitar el principio *standum est chartae* estableciendo rígidamente el carácter de *pars bonorum* de la legítima aragonesa.

Es cierto que en relación a los pactos sucesorios el legislador presupone a veces que el heredero será uno de los hijos o legitimarios del causante (cfr. arts 109.1.º y 126.2.º), pero la doctrina, con razón, no deduce de ello, y menos con generalidad, que la legítima se haya de percibir a título de herencia. El propio artículo 124 contempla como hipótesis completamente normal la de que ninguno de los legitimarios ostente el título de heredero, teniendo sin embargo algunos de ellos o todos derecho a la cuota legal al resto de legítima. Y es cierto que el artículo 125, al considerar con deficiente terminología que gravámenes en la legítima (la legítima se cumple o se incumple, pero no es susceptible de propio gravamen) es lo mismo que gravámenes en las titularidades sobre bienes atribuidos en pago de la legítima, da a entender vagamente que la legítima se habría debido de concretar previamente en bienes de la sucesión o del caudal relicto. Pero esta alusión, además de indirecta y defectuosa, es claro que simplemente pudo señalar lo que más frecuentemente sucede. Y frente a la mencionada alusión, la terminología legal de los artículos 119 y siguientes apunta claramente a la idea de una legítima como *pars valoris*: «recaer forzosamente... las dos terceras partes del caudal»; «participaciones de los restantes legitimarios»; «beneficios recibidos»; «liberalidades hechas»; «pago de su haber... a cargo del heredero», etc. La única vez que el legislador se refiere a «bienes recibidos» resulta que no se refiere a los recibidos por los legitimarios, sino a los recibidos por todos sus «sucesores» (art. 121). Y el artículo 124 contempla como forma normal de satisfacerse la legítima la de que legitimarios inmediatos que no han recibido ningún bien del causante reciban únicamente la correspondiente reducción de alguna liberalidad inoficiosa, liberalidad inoficiosa que perfectamente puede ser, por ejemplo, una donación en dinero a algún no descendiente. Todo lo cual es muy significativo, si se tiene en cuenta que la Compilación aspira a una regulación sustancialmente completa de la legítima aragonesa, y que el

artículo 119 de la Compilación se remite sólo y exclusivamente al artículo 818 del Código Civil, donde se describe el caudal base de la legítima, pero no a los otros preceptos (por ejemplo, arts. 806 y 1061) en los que se funda según la opinión más común (también algunos creen que es una *pars valoris*) el carácter de *pars bonorum* de la legítima del Código Civil. Esos otros preceptos del Código Civil podrán tener un cierto papel como preceptos de aplicación supletoria, por ejemplo en materia de partición de herencia, pero su posible incidencia no puede llegar a ser la de funcionar como norma imperativa limitadora del *standum est chartae*, a los efectos de convertir la legítima en una *pars bonorum*. Recuérdese también que, en el supuesto (excepcional) en que el legislador ordena que los descendientes comunes hereden de su ascendiente lo que éste recibió de su cónyuge como dote o firma de dote, el propio legislador establece que ello habrá de suceder «con independencia de la legítima» (cfr. art. 31.1.º).

Resulta también ilustrativo estudiar los antecedentes de la Compilación en cuanto a esta cuestión. El Apéndice (cfr. arts. 30 a 32), recogiendo una concepción difundida en su tiempo sobre la legítima del Código Civil pero que acabaría siendo abandonada por casi todos, exigió bastante claramente que la legítima hubiera de cumplirse con atribuciones a título de heredero; o bien, que dos tercios del «patrimonio líquido» o del «caudal hereditario» se hicieran llegar a los «herederos forzosos». Los tres primeros proyectos aragoneses de la Compilación concibieron la legítima como una *pars bonorum* porque, aunque formulando ya con énfasis el principio *standum est chartae*, seguían refiriéndose a la distribución del «patrimonio» del causante (cfr. arts. 69 del proyecto de 1961; 72, párrafo 3.º, del proyecto de 1962, y 66 del proyecto de 1966) y recogían un precepto según el cual: «habiendo legitimarios, la institución de heredero en favor de un extraño se presumirá legado». Sin embargo, el planteamiento de la cuestión cambió decisivamente desde el proyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de 1965, proyecto en el que se hacía referencia, no a distribución del «patrimonio», sino a «distribución de la legítima», además de que ya no se recogía el mencionado precepto que ordenaba presumir que era legado toda institución de heredero en favor de extraño habiendo legitimarios. Y en dichos términos quedó ya la cuestión en los siguientes anteproyectos de Compilación y en la versión definitiva de ésta de 1967.

Decía también anteriormente que la interpretación que reconoce en la legítima aragonesa una mera *pars valoris* me parece además útil y conveniente, sobre todo tras la reforma de la Compilación de 1985 que ha incluido en la legítima a todos los descendientes extramatrimoniales. Pensemos, para persuadirnos de ello, en el siguiente ejemplo: un agricultor cuyo principal patrimonio son fincas agrícolas, y que vive en un pueblo, tiene dos hijos que viven desde muy jóvenes en la ciudad y dedicados al comercio y un sobrino huérfano muy querido que ha vivido siempre con él en el pueblo y que se ha dedicado a la agricultura con gran vocación y aptitud. Si deseando esta persona prever su sucesión, se le fuerza, alegando que la

legítima es *pars bonorum*, a dejar a los hijos la propiedad de la mayor parte de sus fincas (carece de liquidez y vender las fincas antes de morir podría no ser tampoco buena solución, o no ser fácil) y se le fuerza a proveer, por tanto, a la (deseada, se entiende) continuidad de su sobrino al frente de las fincas, mediante algún tipo de gravamen sobre las mismas (usufructo, censo, arrendamiento de larga duración, etc.) que habría de atravesar, aparte de otros posibles límites legales en función de la concreta modalidad de gravamen elegida, el problemático filtro de la «justa causa» del artículo 125.3.º En cambio, si se parte de que la legítima aragonesa es una mera *pars valoris*, podría nuestro bienintencionado agricultor, sin dejar de tener también abiertas las posibilidades antes mencionadas, atender el pago de la legítima de sus hijos con numerario obtenido de un préstamo hipotecario sobre sus fincas y transmitir a su sobrino tanto la propiedad de las fincas gravadas, como la obligación de ir restituyendo el préstamo a lo largo de los muchos años del plazo pactado. La solución sería perfectamente razonable y no creo que quepa encontrar razones jurídicas serias para impedirla legalmente. Recuérdese el artículo 1056 del Código Civil, que ya en su momento supuso una relajación de las normas generales sobre la legítima vigentes en ese cuerpo legal para atender a un conflicto de intereses similar al propuesto, aunque la reforma legal en 1981 de los artículos 841 y siguientes haya privado en gran parte de trascendencia a dicha regla. En Derecho aragonés me parece claro que podemos llegar más lejos que lo que permiten estos preceptos reformados del Código Civil.

El artículo 125 significa que los gravámenes sólo pueden disminuir el valor de las titularidades plenas de los derechos reales y de crédito adquiridos en pago de legítima en los casos en los que expresamente admite el precepto que, temporal o provisionalmente (hay que entender), la legítima quede reducida a las nudas titularidades (cfr. art. 119 y la referencia a los gravámenes del art. 818 del Código Civil). Y la habitual presencia de la viudedad legal (cfr. art. 74.2.º), junto a la amplitud con que se admiten gravámenes a la legítima con «justa causa» (art. 125.3.º), nos muestran bien a las claras que la presunta intangibilidad de la legítima se queda, por lo que hace a la prohibición de gravámenes, tan sólo en una mera prohibición genérica o de principio. Y los dos tercios del caudal base de la legítima no son de valor patrimonial real actual (momento inicial tras la distribución de la herencia) de dicho caudal, sino de valor patrimonial real actual, abstracción hecha del menor valor actual que confiere a las titularidades nudas la existencia inicial de los gravámenes legalmente admitidos (art. 125). Los dos tercios, aunque no suela advertirse en la doctrina, se refieren al valor teórico de las nudas titularidades atribuidas *mortis causa* en pago de la legítima si fueran plenas titularidades (cfr. arts. 72 y siguientes, 108.2.º, y 125).

Obsérvese que la prohibición genérica de gravámenes del artículo 125, siendo la legítima una *pars valoris*, sólo será aplicable en los casos en que se haya producido efectiva atribución de derechos reales o de crédito

a los legitimarios y en pago de su legítima, o sea, siempre que haya derechos o titularidades que gravar. Para los legitimarios acreedores de suma o que cobren una cantidad de dinero no existirá otro límite que el que pueda derivar de la cuantía global de la legítima fijada por el artículo 119, al que para estos casos no añadiría nada el artículo 125. Este precepto, por estas mismas razones explicadas, protege en la misma medida a los legitimarios inmediatos que a los legitimarios mediatos.

Pese al nombre doctrinal de «intangibilidad cualitativa», quizás el radical origen de la prohibición de gravámenes en favor de no legitimarios y fuera de las excepciones admitidas, precisamente está de modo paradójico en que todo gravamen necesariamente disminuye el valor actual o cuantía de una titularidad o atribución, con lo que para que no se perdiera o rebajase el valor de los dos tercios fijados por el artículo 119, que son suma de todas las atribuciones de cualquier clase realizadas en pago de la legítima, habría que realizar, de admitirse el principio contrario al del artículo 125, adiciones y ajustes complejíssimos en la distribución de la herencia para «compensar» esas pérdidas de valor que supondrían los así hipotéticamente admitidos gravámenes en favor de extraños. Por eso, probablemente, el legislador ha decidido imponer un principio restrictivo o prohibitivo. El artículo 125 es una norma que va contra la autonomía de la voluntad y el *standum*, y parece que inspirada por la finalidad de imponer una cierta claridad o seguridad en la distribución de la herencia (la valoración económica de derechos o titularidades fraccionados es objetivamente difícil) y de evitar esa ilimitada complejidad posible de composición de las titularidades que hubieran de sumar en conjunto dos tercios o un tercio del caudal base de la legítima, y es norma, desde luego, por su conexión con el artículo 119, en principio imperativa.

El artículo 125 parece que no tendrá efecto alguno antes de la apertura de la sucesión frente a gravámenes impuestos en pacto sucesorio a derechos atribuidos a los presumibles legitimarios, aunque no tengan «justa causa»; y aun después de la apertura de la sucesión me parece defendible que pudieran seguir sin ser desconocidos esos gravámenes impuestos en pacto sucesorio, cuando ya se hubiese confirmado que el presumible legítimo había llegado a ser definitivamente legítimo y titular del bien gravado correspondiente. Podría quizás razonarse esto último a partir de la bilateralidad del pacto sucesorio y consiguiente aceptación originaria del gravamen por el legítimo; a partir del artículo 100; a partir del artículo 126.2.º; por el tipo de ineficacia previsto en el inicio del artículo 125, y acaso desde los apartados 2.º y 4.º del propio artículo.

Por estas razones explicadas, la complejidad no está prohibida en cambio para las relaciones entre descendientes (cfr. arts. 125.1.º y 126.2.º) y el precepto no va propiamente contra los gravámenes en sí mismos, puesto que no llega a forzar legalmente la extinción de los que previamente estuvieran ya constituidos *inter vivos*, ni parece, como dije, aplicable el precep-

to al pacto sucesorio, al menos antes de la apertura de la sucesión, y puesto que no creo tampoco que impida la posible constitución y atribución en pago de legítima de nuevos gravámenes en el mismo testamento, que no obstante habría que valorar, evidentemente, para el cálculo de la legítima, teniendo en cuenta lo que inicialmente limita su valor económico la característica temporalidad o provisionalidad de los derechos meramente limitativos de una titularidad ajena. No parece que exista una regla inversa o simétrica a la explicada sobre el cómputo de los dos tercios del caudal base de la legítima, que obligue a computar como cero o sin valor esos gravámenes de titularidad de los legitimarios impuestos sobre cosas o derechos cuya nuda titularidad haya sido atribuida al tercio de libre disposición. Para el cálculo de los dos tercios del caudal base de la legítima parece que habrá que sumar, por tanto, valores teóricos de titularidades plenas que se han recibido sólo como titularidades nudas, junto con los valores reales de derechos limitados en cosa o derecho ajenos. Gravámenes éstos admisibles y en favor de legitimarios o hechos para pagarles su legítima que, con la forma de decir del artículo 125, habría que calificar como impuestos, como digo, sobre el tercio de libre disposición, dentro del que estarían los no descendientes atributarios ahora de las nudas titularidades. El artículo 125 no prohíbe dejar como legítima un derecho de uso o de censo o de usufructo o de servidumbre sobre cosa atribuida en propiedad a un no descendiente en el propio testamento que los constituyó. Como antes expliqué, precisamente estos gravámenes a cosas del tercio de libre disposición pueden incluso servir para acceder a la liquidez necesaria (préstamo hipotecario) para el pago en numerario de la legítima a los legitimarios.

En conclusión, la supuesta intangibilidad de la legítima aragonesa no parece significar que se pueda considerar a ésta como *pars bonorum*, ni es tanta la intangibilidad si referimos el término a la prohibición genérica de gravámenes, ni dicha intangibilidad es, en el fondo, tan cualitativa como suele sugerir esta usual terminología doctrinal.

6. PROPUESTA DE NUEVA REDACCIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE LA LEGÍTIMA ARAGONESA

TÍTULO V

De la legítima

LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

Art. 119. Dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código Civil, deben recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. Esta legítima (*colectiva*) puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo, con las modalidades establecidas en *esta Compilación*.

El disponente puede distribuir la legítima, por sí o mediante fiducia, total o parcialmente, y en testamento o en pacto sucesorio, o en ambos.

Los ascendientes carecen de legítima y lo mismo, para el caso de que hubiere renunciado al derecho expectante de viudedad y a la viudedad, el cónyuge viudo del causante.

IMPERATIVIDAD DE LA LEGÍTIMA Y RENUNCIA A LA MISMA

Art. 120. *La renuncia a la legítima, que cuando sea unilateral y autónoma deberá constar en escritura pública, no afectará, salvo declaración en contrario, a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que le provengan de disposiciones voluntarias o testamentarias del causante, las cuales podrán imputarse en la legítima y no necesariamente en el tercio de libre disposición.*

Será nula la renuncia a la legítima previa a la apertura de la sucesión o a la distribución fiduciaria de la herencia de todos los descendientes del causante o del único o último eventual legitimario existente.

CUOTA LEGAL AL RESTO DE LEGÍTIMA

Art. 121. *No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de legitimarios a la cuantía de la legítima (colectiva), cualquiera de ellos designado heredero, donatario universal o, en otro caso, cualquiera descendiente sin anteposición de persona capaz de heredar, podrá pedir, en cuanto le perjudiquen, la reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes.*

Cualquier legitimario o presumible legitimario podrá reclamar las atribuciones legitimarias que haya recibido en demanda del cumplimiento del título correspondiente, como donación, donación universal, pacto sucesorio o testamento.

MENCIÓN PARA LA EXCLUSIÓN DE LEGITIMARIOS INMEDIATOS Y PRETERICIÓN

Art. 122. *Aquellos descendientes sin anteposición de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser mencionados en el pacto sucesorio o testamento o acto de distribución fiduciaria que los excluya, o en uno solo de ellos pero en forma suficientemente expresiva de la definitiva exclusión cuando la ordenación de la sucesión dependa de una pluralidad de actos, manifestando así con claridad el disponente o fiduciario su voluntad de dejarles sin participación alguna en la legítima. A falta de dicha mención, el disponente o fiduciario incurrirá en preterición.*

No equivale a dicha mención, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o pacto sucesorio, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos.

IMPUTACIÓN EN LA LEGÍTIMA

Art. 123. *1. No se considerará preterido el legitimario que, a costa del ascendiente, haya seguido carrera profesional o artística, o recibiera de él liberalidades no usuales.*

2. Si con ocasión del nombramiento de heredero en contrato se asignan a cargo del instituido donaciones o dotes a los otros legitimarios, éstos habrán de imputar en pago de su haber lo recibido anteriormente del causante o del heredero, por los conceptos del párrafo anterior.

3. La imputación de lo gastado en una carrera se hará en la medida establecida para la colación en el Código Civil.

CUOTA LEGAL DE PRETERICIÓN O DESHEREDACIÓN INJUSTA SINGULARES

Art. 124. El descendiente sin *anteposición* de persona capaz de heredar preterido o injustamente desheredado tendrá derecho a una porción en el caudal *base de la legítima* igual a la del menos favorecido por el *disponente o fiduciario* o testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios.

El derecho reconocido en el párrafo anterior sólo podrá ejercitarse frente a distribuciones de bienes hechas total o parcialmente en pacto sucesorio tras la apertura de la sucesión del causante, sin perjuicio de que proceda la aplicación del precepto, por preterición o desheredación injusta, y respecto de su propia legítima, en el caso del fallecimiento del favorecido por un ascendiente en pacto sucesorio que premuera a éste, cuando incida en la distribución de dicha legítima alguna de las decisiones mencionadas en el apartado segundo del artículo 105.

CUOTA LEGAL EN CASO DE PRETERICIÓN O DESHEREDACIÓN INJUSTA DE TODOS LOS LEGITIMARIOS

Art. 125. La preterición o falta de mención *para excluirlos* en el testamento o pacto sucesorio o acto de distribución fiduciaria de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determina la delación abintestato de dos tercios del caudal *base de la legítima*. Si la cuantía total de la legítima así totalmente desconocida supera a la total cuantía del caudal relicto, se aplicará también a la diferencia entre ambas cuantías la acción de reducción de liberalidades hechas en favor de no descendientes del artículo 121.

DERECHO DE ALIMENTOS DEL LEGITIMARIO INMEDIATO

Art. 126. Aquellos descendientes sin *anteposición* de persona capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos podrán reclamarlos de los *descendientes* sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos.

LÍMITES A LOS GRAVÁMENES EN LAS TITULARIDADES ATRIBUIDAS EN PAGO DE LEGÍTIMA

Art. 127. Los gravámenes sobre *las titularidades atribuidas en pago de la legítima* se tendrán por no puestos, salvo:

1. Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes.
2. Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto.
3. Las prohibiciones de enajenar u otras limitaciones establecidas con justa causa.

4. Los demás gravámenes y prohibiciones previstos por la *Compilación o el Código Civil*.

Los términos entre paréntesis y en cursiva, como (*colectiva*), se han puesto para recordar al lector que están en el texto legal vigente, pero ya se entiende que, por las razones aducidas en el texto del trabajo, se propone su supresión.

No incluyo en esta propuesta, ni tendría sentido hacerlo, una versión reformada del actual artículo 141, pero comparto la opinión generalizada de la doctrina de que el precepto debe ser reformado, por las razones aducidas en el texto del trabajo, entre otras muchas. Por esas mencionadas razones, hay que decir que, en cuanto a la legítima se refiere, lo mejor parece que sería que el precepto no hiciera ninguna alusión a la misma, puesto que los problemas relacionados con la representación en la legítima parecen suficientemente resueltos (salvo acaso, para la renuncia, pero incluso aquí el criterio legal que con cierto esfuerzo interpretativo se deduce de nuestra vigente *Compilación* parece el preferible) por la peculiar distinción legal entre legitimarios inmediatos y legitimarios mediatos que contienen los artículos 119 y siguientes y por una razonable interpretación de los mismos.

Como se verá, la reforma que se propone dejaría la regulación sustantiva de la legítima aragonesa casi igual que está, aunque clarificando algunos aspectos o puntos oscuros de la regulación vigente, que parecen, en conjunto, de cierta importancia. En mi opinión, la regulación de la legítima por la *Compilación* es buena y bastante mejor de lo que se suele decir. Creo que algunos de los problemas que se han señalado en ella son falsos problemas y proceden de una insuficiente comprensión del sistema legal o del excesivo peso que tienen a veces para los intérpretes los esquemas adquiridos en el estudio de la legítima del *Código Civil*. De la propuesta de reforma legal que realizo deducirá el lector fácilmente que mi opinión es contraria a la realización de una ley especial de sucesiones, presumiblemente extensa, como la que parece estar preparando la Comisión de reforma del Derecho aragonés nombrada por el Gobierno de nuestra Comunidad. No creo que sea necesaria una ley extensa de Derecho de sucesiones aragonés, en materias que venían provocando escasa conflictividad y jurisprudencia y, por otra parte, la experiencia ha demostrado muchas veces que las leyes extensas supuestamente claras han oscurecido realmente al final lo que pretendidamente iban a clarificar. Soy partidario de mantener el Derecho Civil aragonés dentro de la *Compilación* y procurar mejorarlo pero sin aumentarlo, ni en el número de instituciones reguladas ni en la extensión normativa que se les dedique, o de aumentarlo, si fuera el caso, lo menos posible. En fin, soy también partidario de no contribuir desde Aragón a la excesiva disgregación del Derecho español que ha ocasionado en la práctica el abandono por la Constitución del ideal unificador de dicho

Derecho que había acompañado siempre hasta entonces a la magna empresa de la construcción de nuestro Estado liberal.

Por lo demás, personalmente no creo que exista una gran urgencia en reformar el Derecho sucesorio aragonés. Existiendo en estadios bastante avanzados de elaboración dos trabajos de investigación de envergadura, uno sobre la legítima (cfr. la nota 1 de este trabajo) y otro sobre la sucesión intestada (la tesis doctoral de la profesora María Martínez, dirigida por el profesor Delgado), y esperándose la al parecer inminente publicación de la tesis doctoral sobre historia del testamento mancomunado de la profesora Elena Bellod, a mí me parecería más prudente esperar a contar con todo ese material y preparar con más calma y debate doctrinal este tan difícil y ambicioso cambio legislativo.

La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado¹

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL *

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de La Rioja

I. INTRODUCCIÓN: EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE LA EXPULSIÓN DE SOCIOS COMO EJERCICIO DEL PODER DISCIPLINARIO DE LAS ASOCIACIONES

1. Cuando un deudor incumple la obligación que asumió voluntariamente, el Derecho contractual pone a disposición de su acreedor una serie de remedios que le permiten obtener aquello a lo que tenía derecho de acuerdo con el contrato². En el lenguaje vulgar se dice a menudo que, cuando el acreedor utiliza alguno de estos remedios, es decir, cuando exige judicialmente el cumplimiento, o cuando resuelve el contrato o cuando solicita que se le indemnicen los daños que el incumplimiento le ha causado está «sancionando» al deudor por su incumplimiento. Este uso vulgar del término «sanción» no es correcto técnicamente. La sanción, considerada como la imposición a una persona, por tanto, contra su voluntad, de una consecuencia indeseable, carece de lugar en el Derecho Privado contractual en el que rige centralmente el principio de la intangibilidad de la propia esfera jurídica sin consentimiento. *Ningún particular puede sancionar a otro particular*. Si le puede imponer consecuencias patrimoniales desfavorables —con la ayuda del Estado— es porque, previamente, el ahora afectado aceptó que tal eventualidad se derivase de su comportamiento. De sanción sólo puede hablarse, con propiedad, en el ámbito del Derecho

* jesus.alfaro@dd.unirioja.es.

¹ El autor desea agradecer al profesor Paz-Ares, los comentarios hechos a las versiones provisionales del presente trabajo, que ha contado con la financiación de la Dirección General de Enseñanza Superior a través del proyecto PB-93/0275.

² V., al respecto, por todos, F. PANTALEÓN, «Voz Incumplimiento», *Enciclopedia Jurídica Básica-Cívitas*, vol II, p. 3507; PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1042 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid 4.^a ed. 1993, pp. 574 ss.

Público, precisamente porque lo característico de éste es su imposición a los particulares contra su voluntad³.

2. La utilización vulgar del término sanción en el ámbito de las relaciones contractuales ha tenido unos efectos especialmente lamentables en el caso de las asociaciones. Se comienza denominando «poder disciplinario de la asociación» a las facultades que otorgan los estatutos o la Ley a los órganos sociales para privar de derechos sociales o de la condición de socio a los miembros de la asociación⁴. A continuación se subraya que, dentro de estas facultades, la expulsión de un asociado constituye la «máxima expresión» de este poder disciplinario⁵. Por último, puesto que tenemos ya un órgano sancionador, una sanción y un sujeto sancionado, la tentación de trasladar a las «sanciones disciplinarias» de la asociación los principios y reglas propias del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador se hace irresistible⁶ y, consecuentemente, se afirma que,

³ Así, cuando se impone a alguien una sanción administrativa por circular a mayor velocidad de la permitida su voluntad de aceptar o no la norma que tipifica la infracción y la sanción es irrelevante.

⁴ No vamos a ocuparnos aquí de otras manifestaciones del «poder disciplinario de las asociaciones» que incluiría la posibilidad de imponer «multas» a sus miembros o la «suspensión» de la condición de socio (y, por tanto, prohibirles, por ejemplo, el acceso a los locales de la asociación). Una aproximación de conjunto a los problemas que este tipo de «sanciones» plantea puede verse en K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Colonia et al. 1986 (hay ediciones posteriores), pp. 540 ss. Como señala este autor, todas estas «sanciones» sólo pueden imponerse a los socios si se encontraban recogidas en los estatutos de la asociación en el momento en que el socio ingresó en ella: «El poder para sancionar atribuido a la asociación por los estatutos, forma parte de la posición de socio. Es un problema de la organización interna de la asociación y no un caso de “poder sancionador” detentado ilegítimamente por la asociación». Consecuentemente, las «sanciones» de la asociación no constituyen un problema del Derecho Administrativo Sancionador, sino de límites de la libertad contractual.

⁵ Dado que los asociados -a diferencia de los socios- no ostentan derechos sobre el patrimonio social, las salidas de socios resultan de una conflictividad superior. Salir de la asociación implica perder cualquier posibilidad de utilización o control del patrimonio social y de una posibilidad de lograr los objetivos personales que le llevaron a formar parte de la misma dentro de tal asociación. No es de extrañar, pues, que la expulsión de asociados sea un conflicto que sólo se resuelve por medios jurídicos, v., al respecto, indicaciones en MARÍN LÓPEZ, *Comentario STS de 12 de junio de 1990*, CCJC 23 (1990) pp. 749 ss., p. 757.

⁶ En la doctrina, v., sobre todo MARÍN LÓPEZ, CCJC 36(1994) p 778; y ahora también, J. M.^a BILBAO UBILLOS, «Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones», *DP y C*, 9(1996) pp. 45 ss. Muy expresiva de esta concepción es la afirmación de J. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario a la STS de 24 de marzo de 1992», CCJC 28 (1992) pp. 285 ss. p. 295 donde reconoce el carácter contractual de las asociaciones, pero en materia de sanciones, afirma que la asociación «constituye también una institución organizada sobre el modelo de lo público, con similares relaciones de poder entre los miembros y sus dirigentes, con sus leyes internas y sus órganos parajudiciales. La traslación al ámbito endoasociativo de los esquemas sancionatorios tomados de lo público encuentra así una sólida explicación»; el mismo en CCJC 36 (1994) p. 781 afirma que «la expulsión de los socios ha de respetar otros derechos igualmente fundamentales; en concreto la regulación de dicho procedimiento no puede hacerse vulnerando los derechos de garantía que asisten a todo ciudadano, también cuando es miembro de una asociación». Esta concepción lleva a exigir a las asociaciones el cumplimiento de los artículos constitucionales que reconocen derechos fundamentales a

incluso con independencia de lo que digan los estatutos de la asociación, las decisiones de expulsión han de estar motivadas; que ha tenido que existir un expediente contradictorio; que no son válidas si han provocado «indefensión»; que no puede incurrirse en el *bis in idem* o que sólo procede la expulsión si ha existido incumplimiento por parte del socio⁷.

Ejemplos de esta forma de entender las cosas los encontramos en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina. Puede citarse, entre las primeras, el artículo 22.4 de la Ley Catalana de Asociaciones de 18 de junio de 1997 o el artículo 13.3 de la Ley Vasca de Asociaciones (Ley 3/1988, de 12 de marzo) que afirma que «los miembros de las asociaciones tienen derecho a ser oídos con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra ellos. En todo caso, serán informados de las causas que motiven aquéllas, que sólo podrán fundarse en el incumplimiento de sus deberes como socios. La aplicación de las sanciones..., será siempre motivada». También puede citarse la STS de 17 de diciembre de 1990⁸ que afirma que el socio tenía que haber conocido antes de la junta que decidió su expulsión los cargos que se le imputaban, lo que produjo «indefensión que como se ha dicho emana del principio constitucional del artículo 24, ha de proyectarse en cualquier actividad privada societaria o colectiva que tienda a la privación de los derechos que hasta entonces asisten a los miembros de dichas entidades»; también así, la SAP Asturias de 5 de octubre de 1994 (Actualidad Civil 1995, 360) afirma que la asociación infringió el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 CE e infringió las normas más esenciales que han de imperar en esa esfera punitiva

los ciudadanos y especialmente contundente en J. J. MARÍN LÓPEZ, «Nota a STS de 17 de diciembre de 1990» *PJ*, 22 (1991) pp. 379 ss., p. 381 donde afirma que «la expulsión de asociados no es sólo una resolución por incumplimiento sino también y sobre todo un ejercicio del poder disciplinario o sancionador de naturaleza privada que la asociación tiene sobre sus miembros, en *todo similar aunque con distinto fundamento al que ostenta el Estado o la Administración para la represión de los ilícitos (incumplimientos) penales o administrativos*» y p. 382 donde afirma que el artículo 24 CE es un límite constitucional a la autonomía privada

⁷ El planteamiento que reflejan todas estas decisiones es, a nuestro juicio, y según expondremos más detalladamente, erróneo (v., ALFARO, *ADC* 1993, pp. 57 ss.). Baste ahora recordar que un asociado puede (y en ocasiones hay que considerar que lo hace implícitamente) renunciar al ejercicio de derechos fundamentales como consecuencia de la pertenencia a una asociación ¿o es que alguien dudaría de la validez de una expulsión realizada por una asociación católica de un miembro que pusiese en duda dogmas de esa iglesia? ¿no estaría ejerciendo su libertad de pensamiento y expresión? También recogen sentencias en sentido parecido, FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, pp. 152 ss. Para una crítica de las concepciones paralelas en la doctrina alemana, v., W. HADDING/F. VAN LOOK, «Zur Ausschliessung aus Vereinen des bürgerlichen Rechts», *ZGR*, 1988, pp. 270 ss., p. 274, con más indicaciones de la doctrina alemana; y, en el mismo sentido que aquí se defiende, como no podía ser menos, también hay sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo. V., recientemente, la excelente STS de 2 de febrero de 1996, la Ley 1996, núm. marg. 2677.

⁸ Recogida por J. J. MARÍN LÓPEZ «El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados» *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, *Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas*, p. 33 ss., a donde se remite para un amplio repaso de la jurisprudencia sobre la materia y para las sentencias que se citan a continuación.

con «quiebra del principio de defensa». También en la misma línea van las STS de 24 de marzo de 1992 y STS de 21 de diciembre de 1992⁹ que negaron la validez de una expulsión de un asociado porque fueron adoptadas «por intolerancia y falta de respeto a la integridad de un derecho fundamental reconocido a un ciudadano, en ese caso el de libertad de expresión y de crítica o que envuelven y contienen una directa conculcación del ordenamiento jurídico y de normas de tan caracterizado rango como es el constitucional» (el asociado fue expulsado por testificar en un pleito laboral en contra del criterio del grupo); en la STS de 2 de febrero de 1995¹⁰ y ¡en relación con una cooperativa!, el ponente –Martínez Calcerrada– afirma que el juzgado de primera instancia, al aplicar el artículo 66 de la ¡Ley de Procedimiento Administrativo! a la expulsión de unos cooperativistas lo que hizo «es respetar la Constitución... en relación con el artículo 3 CC, pues es evidente (*sic*) que debiendo equiparar las cooperativas en este caso con el órgano de la administración competente...». También responde a las mismas ideas la STS de 26 de octubre de 1995 que afirma que es una *derivación del derecho de asociación la facultad de permanecer en una asociación de no mediar causa justificada en contrario*¹¹.

3. Hay, a nuestro juicio, tres grupos de razones que explican que tal fenómeno se haya producido en relación con las asociaciones y no en relación con las sociedades. En primer lugar, la extensión al Derecho Privado de soluciones de Derecho Público es fácil de explicar si se tiene en cuenta la tendencia doctrinal a considerar la asociación como una figura no societaria cuyo estudio corresponde, más bien, al Derecho Constitucional. Esta perspectiva ha «inmunizado», a las asociaciones frente a la benéfica influencia de la dogmática y las soluciones del Derecho de sociedades. No se comprende de otro modo que la negativa del presidente de una junta general de accionistas a conceder la palabra a un socio se discuta en estrictos términos de Derecho Privado (contractuales) mientras que la misma decisión del presidente de la asamblea de socios de una asociación se plantee, frecuentemente, como un problema de limitaciones a la libertad de expresión del socio.

⁹ Recogidas por MARÍN, en CCJC 36 (1994) p. 785.

¹⁰ CCJC 38 (1995) pp. 709 ss., comentada adoptando una perspectiva contractualista por I. TRUJILLO DÍEZ pp. 718-719 quien no obstante –p. 720– considera aplicable el artículo 24 CE a través del 22 CE).

¹¹ LA LEY de 4 de diciembre de 1995, núm. 14801. La frase transcrita carece de significado si la «traducimos» como sigue: el contrato que une al socio con la asociación es de duración indeterminada y, por tanto, vinculante en tanto no se resuelva, denuncie o anule. Y resulta extremadamente perturbadora si se entiende en el sentido de que, como sugiere su tenor literal, forma parte del contenido esencial del derecho de asociación un derecho a permanecer en una asociación mientras no exista una causa que justifique la salida del socio. Al margen, naturalmente, de que si tal derecho formara parte del contenido esencial del derecho de asociación, sólo significaría que el Estado no podría dictar normas que significaran la salida coactiva –por imposición de la norma estatal– de un socio de una asociación. Sobre esta sentencia v., el comentario de J. J. MARÍN LÓPEZ, CCJC 41(1996), pp. 484 ss.

No cabe duda tampoco, de que el éxito de esta doctrina se debe, en parte, a su eficacia retórica. Estamos ante lo que se conoce como una «definición persuasiva». En efecto, si no se analiza en profundidad la cuestión, es difícil estar en desacuerdo con quien afirma que la asociación no puede «causar indefensión» del asociado o «sancionarle sin que haya habido un incumplimiento grave por su parte». Pero, según trataremos de demostrar, lo correcto sistemáticamente pasa por afirmar que las cláusulas contractuales del contrato de asociación deben declararse nulas –si es que tal cosa pretende defenderse– porque facultan la expulsión en supuestos que no son de incumplimiento o que afirmar, simplemente, que los órganos de la asociación actuaron en contra de lo dispuesto en la Ley o en los estatutos al expulsar al socio.

Tampoco es ajena a estos planteamientos, por último, una cierta desconfianza en la capacidad de la libertad negocial y del Derecho Privado para proporcionar una regulación satisfactoria y equilibrada de las relaciones internas en una asociación. De acuerdo con este argumento implícito, la aplicación de las reglas y principios del Derecho Privado conducen a dejar al socio completamente inerme frente a la asociación. El Derecho Administrativo Sancionador fundado en la Constitución proporciona, por el contrario, la mejor defensa posible de tales intereses. Como hemos expuesto en otra ocasión, este planteamiento se sostiene sobre la base de ignorar que en las relaciones entre particulares es el mecanismo competitivo y todas las instituciones desarrolladas voluntariamente por los particulares en dicho marco lo que garantiza el cumplimiento de las promesas y acuerdos, correspondiendo al Derecho una función importante, aunque auxiliar¹².

4. Como puede suponerse, trataremos de argumentar, a continuación, que la concepción «publicista» del Derecho de asociaciones no merece ser acogida. Y es que, en efecto, esta doctrina es muy criticable, fundamentalmente, porque olvida que la asociación es un *contrato*. La sociedad o la asociación no «gobiernan» a sus socios en ningún sentido significativo de la palabra gobernar y, desde luego, no en el que se utiliza para referirse a la actuación de los poderes públicos en relación con los ciudadanos. Los autores que conciben la expulsión de un asociado como un ejercicio de tal poder («disciplinario») olvidan una diferencia fundamental existente entre las relaciones entre particulares y las relaciones entre particulares y el Estado. Estado sólo hay uno y los individuos no pueden sustraerse a su acción; asociaciones hay muchas y los ciudadanos pueden entrar y salir libremente de ellas y, sobre todo, dirigirse a (o crear) una competidora¹³. Frente a la posibilidad de opresión por parte del Esta-

¹² V., al respecto, las indicaciones correspondientes en J. ALFARO, «Los costes de transacción», en J. L. IGLESIAS (dir) *Estudios Homenaje a A. Menéndez*, Madrid 1996, I, páginas 131 ss.

¹³ Sobre la posibilidad de «dirigirse a la competencia» como presupuesto de la libertad contractual, v., ALFARO, *Condiciones generales*, cap. I. Sobre las diferencias entre la

do, el ciudadano ha de recurrir, necesariamente, al Derecho¹⁴. Frente a la posibilidad de opresión por parte de la asociación de la que un ciudadano es miembro, siempre cabe la posibilidad de abandonar la asociación, ingresar en una semejante o, incluso, crear una de nueva planta para perseguir idénticos fines.

5. Lamentablemente, además, los partidarios de extender el modelo de la relación Estado/ciudadanos a las relaciones entre ciudadanos *hacen un flaco favor al derecho de asociación*. La función de este derecho fundamental es permitir que el pluralismo social se exprese eficazmente contribuyendo así al desarrollo de la personalidad de los individuos que pueden perseguir sus fines vitales libremente elegidos en cooperación con otros individuos con los que comparten tales fines y utilizando, igualmente, los medios que consideren más adecuados. Homogeneizar el funcionamiento interno de las asociaciones exigiéndoles el cumplimiento de idénticos requisitos en la regulación de las relaciones entre socios a los que se exigen en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado limita extraordinariamente la *libertad de autoorganización* de las asociaciones en cuanto que si se trasladan las normas del Derecho Administrativo Sancionador, no queda más remedio que calificarlas como imperativas y, por tanto, declarar nulas las cláusulas estatutarias contrarias a dichas normas¹⁵.

posición del Estado y de un particular en relación con los derechos fundamentales de otro particular, v., ampliamente, ALFARO, ADC 1993 pp. 65-66; *contra*, afirmando expresamente la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, STS de 24 de marzo de 1992, CCJC 28 (1992) pp. 285 ss., com. MARÍN LÓPEZ: también afirma expresamente que el derecho a la libertad de expresión puede reivindicarse frente a otros particulares la STC 56/1995, de 6 de marzo «aunque en este caso el contenido y ejercicio del derecho se someta a unos límites específicos» (FJ 5.º citando sentencias anteriores). La afirmación era innecesaria, porque la argumentación del Tribunal se basa en el hecho de que la reacción de los órganos nacionales del Partido Nacionalista Vasco frente al intento de secesión de la organización del partido en Guipúzcoa no era un acto que limitara en modo alguno la libertad de expresión. En el mismo sentido que el texto, la reciente STS de 2 de febrero de 1996, La Ley 1996, núm. marg. 2677 donde puede leerse que la prescripción de faltas en el Derecho Administrativo Sancionador no puede aplicarse analógicamente a las sanciones estatutariamente previstas para infracciones cometidas por miembros de una asociación, porque «como manifestación del orden punitivo del Estado, difícilmente puede aplicarse a las relaciones puramente civiles ni, dentro de ellas, al derecho de asociaciones, en el que los asociados se dan una norma estatutaria o se adhieren a ella de modo voluntario»; o la STS de 7 de junio de 1997 (Act. Jur. Aranzadi, núm. 301 (1997)) donde, tras reconocerse que «la clasificación de los socios de la entidad... establecida en los estatutos no obedece a criterios objetivos y supone una discriminación arbitraria», rechaza el recurso sobre la base de que tal ordenación de las relaciones está protegida por el derecho de autoorganización de la sociedad y donde se rechaza expresamente la extensión de la declaración de inconstitucionalidad del límite de los sesenta años para participar en el concurso de interventor de fondos del Ayuntamiento de Barcelona a las reglas de gobierno de una asociación privada.

¹⁴ O a la desobediencia civil o a la revolución o el abandono del país.

¹⁵ Como se ha escrito en una brillante introducción al tema analizado en este trabajo, «el ámbito de lo público se rige por la democracia y el de lo privado, por la libertad... en un país libre, la democracia no tiene por qué llegar a todas partes... Exigir... (que las asociaciones)... se articulen de forma democrática es un dislate, pues la pretensión de totalidad pervierte el sentido de la democracia, que... es... también respeto a las minorías y... a la libertad individual de los ciudadanos, (para)... asociarse y organizarse a su gusto, (y)... no al de la mayoría» SALVADOR CODERCH, en la «Introducción» a SALVADOR (dir), *Asociaciones*, pp. 15-16.

En definitiva, trasladar las normas del Derecho Administrativo Sancionador a las relaciones internas de una asociación, no es sino un reflejo más de la doctrina que pretende afirmar la *eficacia de los derechos fundamentales* (en nuestro caso los arts. 24 y 25 CE) *en las relaciones entre particulares (Drittwirkung der Grundrechte)*, doctrina que, como hemos tratado de demostrar en otro lugar, es incompatible con nuestra Constitución¹⁶.

II. UNA CONCEPCIÓN CONTRACTUALISTA

1. En las páginas que siguen, trataremos de dibujar, sin ánimo de agotar los temas, los rasgos fundamentales que, desde una *perspectiva estrictamente privatista*, deberían presidir el régimen jurídico de la expulsión de asociados. Como podrá deducirse de lo expuesto hasta aquí, esta concepción parte de dos ideas básicas: la asociación es un contrato y las relaciones entre socios y asociación están sujetas directamente o por analogía al Derecho de sociedades y la expulsión de asociados, en particular, a las normas sobre exclusión de socios. Creemos que los mejores argumentos apoyan esta concepción¹⁷. Procede ya abandonar una tradición secular que ha mantenido a la asociación alejada del Derecho de sociedades. Esta tradición se fundaba en la afirmación según la cual, asociaciones y sociedades eran estructuras organizativas radicalmente diferentes porque en las primeras se perseguían fines ideales mientras que las segundas tenían por objeto la obtención de lucro para los socios, lo que permitía mantener sus regímenes jurídicos alejados y diferenciados. Hoy, tras la revisión del sentido del ánimo de lucro llevada a cabo por la doctrina, ha quedado claramente establecido que éste carece de capacidad constructiva de tipos diversos, por lo que la distinción no puede seguir sosteniéndose razonablemente¹⁸. Por el contrario, debe afirmarse que *las asociaciones*

¹⁶ J. ALFARO, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC* 1993, pp. 57 ss.

¹⁷ V., las distintas posiciones mantenidas al respecto en la doctrina y jurisprudencia alemanas en D. REUTER, «Der Ausschluss aus dem Verein», *NJW* 1987, pp. 2401-2403; HADDING/VAN LOOK, *ZGR*, 1988, p. 275.

¹⁸ V., al respecto, ampliamente, C. PAZ-ARES, «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», *Estudios Girón*, Madrid 1991 pp. 729 ss.; C. PAZ-ARES, «Comentario a los arts. 1665 ss. CC» en PAZ-ARES/SALVADOR/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ (Dir.) *Com. CC Ministerio de Justicia*, Madrid 1991, vol. II C. PAZ-ARES, voz «Derecho de Sociedades», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, II, Madrid, 1995, pp. 2251 ss., siguiéndole, J. ALFARO, Introducción y Parte General en AA.VV, *Memento de Derecho de Sociedades*, Madrid 1995, núm. 71, p. 11; también en el sentido de asimilar el régimen jurídico de las asociaciones a los principios del Derecho de Sociedades, W. HADDING/F. VAN LOOK, «Zur Ausschliessung aus Vereinen des bürgerlichen Rechts», *ZGR*, 1988, p. 279; GRUNEWALD, *Ausschluss*, pp. 44-45 con más indicaciones de la doctrina alemana mayoritaria; *contra*, manteniendo el concepto estricto de sociedad, F. VICENT CHULIA, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, I-1, 3.ª ed. Barcelona 1991, pp. 288 ss. La propuesta que se sigue en el texto implica entre otros aspectos que aquí no van a ser tratados, la consideración como sujetos protegidos por el derecho de asociación también a las sociedades mercantiles, v., al respecto, J. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario a la STS

reguladas en la Ley de 1964 son sociedades con estructura corporativa. Consecuentemente, dado que la Ley de Asociaciones de 1964 carece de regulación para la mayor parte de los problemas intrasocietarios, debe recurrirse a las normas del Derecho de sociedades en general (*infra a*) y de la sociedad anónima y de la sociedad limitada en particular para encontrar la regulación aplicable (*infra b*).

a) La aplicación directa o análoga del Derecho de sociedades está plenamente justificada. En primer lugar, porque la asociación, como cualquier sociedad, tiene una base negocial, es decir, se constituye mediante un acuerdo voluntario de los fundadores y los estatutos constituyen el contenido negocial de tal acuerdo. Al igual que en el contrato de sociedad, los socios se agrupan para perseguir un fin común contribuyendo, con sus aportaciones, a la consecución del mismo. La posición de socio se adquiere, igualmente, mediante una declaración de voluntad del nuevo socio concorde con la voluntad de la asociación de admitirle¹⁹.

de 12 de abril de 1994», *CCJC*, 36 (1994) pp. 963 ss., pp. 776 ss., con más indicaciones; v., también, A. BERKOVITZ, «Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima», *Estudios Broseta*, Valencia 1995, pp. 379 ss., p. 380 donde extrae la consecuencia, excesiva, a nuestro juicio, de que si el derecho de asociación cubre a las sociedades, las leyes de sociedades deberían ser leyes orgánicas. Este tipo de razonamiento ha sido rechazado expresamente por el Tribunal Constitucional en la STC 67/1985, de 24 de mayo, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la Ley del Deporte donde afirmó (FJ 5.º) que la reserva de ley orgánica se refiere a «la ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la ley orgánica» v., ampliamente, E. LUCAS MURILLO, *El Derecho de Asociación*, Madrid 1996, pp. 246 ss.; *contra*, por ejemplo, C. LASARTE, «Voz “Asociación”», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I Madrid 1995, 617-618.

¹⁹ Véase recientemente, en este sentido, A. GUTIÉRREZ GILSANZ «En torno a las asociaciones y a la exclusión de socios», *RdS* núm. 8 (1997), pp. 325 ss., especialmente pp. 329-331. Sobre la posición de socio como «la titularidad de la suma de derechos y deberes que derivan para cada contratante del contrato de asociación», F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, en SCIALOJA/BRANCA, *Commentario del Codice Civile*, libro primero, arts. 11-35, Bolonia-Roma 1969, p. 306; V., no obstante, las afirmaciones del Tribunal Constitucional en la STC 218/1989, recogidas en la STC 56/1995. Afirma el Tribunal Constitucional en esta segunda sentencia que «Al igual que la práctica totalidad de las asociaciones, los partidos políticos son agrupaciones voluntarias de personas, por lo que, como ha dicho este Tribunal: el acto de integración en una asociación no es un contrato en sentido estricto al que puede aplicarse el artículo 1256 del Código Civil sino que consiste... en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no sólo jurídica sino también moral que constituye la asociación». La complejidad invade al comentarista, puesto que si un acto por el cual un sujeto entra, mediante una declaración de voluntad, en una organización voluntaria, no es un contrato pero tiene naturaleza negocial y no parece que sea ni un testamento ni un cuasicontrato, no queda más remedio que calificarlo como una relación contractual, (en el mismo sentido, F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed. Heidelberg, 1994, p. 119; J. FERRER I RIBA/P. SALVADOR CODERCH, «Asociaciones, Democracia y *Drittwirkung*», en P. SALVADOR CODERCH (dir), *Asociaciones, Derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997 p. 133. Llamarlo «acto de integración» no tiene utilidad alguna si en nuestro Derecho no existe una regulación especial respecto a los actos de consentimiento para los «actos de integración» sobre todo, teniendo en cuenta que también carece de una regulación de los negocios jurídicos en general (ambiguo, J. BERMEJO VERA, «La dimensión constitucional del derecho de asociación», *RAP* 136(1996) pp. 119 ss., pp. 127-128 quien afirma que se trata de un acto «con-

b) La aplicación específica de las normas y principios propios de las sociedades anónimas y limitadas está igualmente justificado. Tanto las sociedades anónimas y limitadas como las asociaciones de las que se ocupa la Ley de Asociaciones son modelos de organización de carácter corporativo, lo que significa, básicamente, que se trata de organizaciones (conjuntos de reglas) pensadas para la estabilidad, es decir, están organizadas tanto *ad intra* como *ad extra* como una unidad y su supervivencia y existencia no dependen de las vicisitudes personales de los socios o de la pertenencia o abandono de la asociación por socios concretos. Como todas las sociedades de estructura corporativa (asociación, sociedad anónima, sociedad limitada...) comparten esta naturaleza, comparten también muchos elementos del régimen jurídico que, a la vez, las diferencian de las sociedades de personas. En primer lugar, *son sociedades estatutarias*. Los estatutos se interpretan objetivamente y con independencia de la voluntad hipotética de los socios fundadores. Además, actúan en el tráfico a través de órganos –no a través de los socios– y rige en ellas el principio mayoritario –frente a la unanimidad propia de las sociedades de personas–. Los cambios de socios no afectan a la asociación, en los que el fin común se desprende de las personas concretas de los socios²⁰.

2. Lo que se ha expuesto hasta aquí es perfectamente aplicable, en particular, al régimen de la *expulsión de asociados*. Como subraya la mejor doctrina, no hay motivo para configurar de manera sustancialmente diferente la expulsión de asociados y la exclusión de socios²¹.

vencional y, por tanto de naturaleza “contractual” [pero] es dudoso que sea simplemente bilateral, o consecuencia de un pacto entre dos sujetos de Derecho, la asociación por un lado y el socio por otro»). Lo propio cabe afirmar de quienes califican el acto constitutivo de la asociación no como un contrato sino como un «acuerdo» puesto que tampoco hay regulación alguna en nuestro Derecho de los «acuerdos» que no sean contratos v., referencias en E. LUCAS MURILLO, *Derecho de asociación*, p. 170 y p. 171 donde renuncia a tomar posición y afirma que «aunque nos parece útil acudir a la figura del acuerdo para explicar la naturaleza del acto constitutivo de las asociaciones y, sobre todo, su vertiente normativa, parece que no es del todo inconveniente tomar como referencia para solventar algunos problemas interpretativos que suscita ese negocio jurídico la regulación de los contratos». En cuanto a que la integración del asociado no lo es sólo en la esfera jurídica sino también en la moral, lógicamente, dependerá del tipo de asociación (no creemos que haya una integración moral en la asociación de propietarios de inmuebles o la asociación de jugadores de golf), pero tal «integración moral» encaja perfectamente en el artículo 1258 CC y en los deberes de lealtad de cualquier socio de una sociedad civil o mercantil respecto de los demás socios y de la sociedad. En definitiva, no hay nada de particular en la declaración de consentimiento del asociado respecto del consentimiento negocial de un socio y las diferencias, que se examinarán a continuación, tienen que ver –al igual que en el caso de las sociedades civiles o mercantiles– con la posibilidad de modificar el contrato por mayoría o con la ausencia de derechos sobre el patrimonio social.

²⁰ V., por todos, KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, pp. 106-108; en este sentido también, GUTIÉRREZ GILSANZ, *RdS* 8 (1997), pp. 333-334. Es evidente que existen asociaciones de estructura personalista cuyo régimen jurídico debe extraerse de la regulación de las sociedades de personas y asociaciones de estructura corporativa que no se someten a los requisitos de publicidad legales, respecto del régimen jurídico de éstas v., PANTALEÓN, *ADC* 1993, pp. 47 ss.

²¹ V., por todos, F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*², Heidelberg, 1985, p. 120 y p. 425; REUTER, *NJW* 1987, pp. 2401 ss.; GRUNEWALD, *Ausschluss*, p. 39. GUTIÉRREZ BILSANZ,

a) Así, en cuanto a la naturaleza de la exclusión, debe afirmarse que se enmarca en la resolución en general y constituye una concreción del deber de lealtad del socio que debe admitir ser excluido cuando concurre en su persona una causa legal o estatutaria de exclusión²².

b) En cuanto a las causas de exclusión, rige el principio de libertad estatutaria y los socios podrán establecer como causas de exclusión las que estimen convenientes²³. A falta de regulación estatutaria, la asociación podrá excluir a los socios cuando concurren «justos motivos», tal como se construye esta causa legal no escrita de exclusión y separación de socios para las sociedades²⁴. Consecuentemente, aún a falta de previsión estatutaria o legal,

RdS 8 (1997), p. 337. En las asociaciones, a diferencia de las sociedades de estructura corporativa, se reconoce un derecho de separación *ad nutum* a los asociados. Este derecho de separación está plenamente justificado por la intransmisibilidad de la posición de asociado, por la ausencia de un derecho a la cuota de liquidación y por la necesidad de garantizar la libertad de asociación (negativa) v., ampliamente, sobre este argumento, GALGANO, *Commentario*, pp. 316 ss. A nuestro juicio, no debe haber inconveniente para admitir la validez de las cláusulas que limiten el derecho de separación del socio someténdolo, por ejemplo, a un plazo de preaviso, o estableciendo que el socio deba permanecer como tal durante un tiempo determinado, tal como permite expresamente el artículo 24 del Código Civil italiano. Naturalmente, y según las consecuencias que se deriven del hecho de ser socio de una determinada asociación, no cabrá exigir *in natura* el cumplimiento del pacto estatutario de permanencia mínima por imperativo del principio *nemo ad factum cogi potest* y por exigencias constitucionales del derecho de asociación y jugarán, en todo caso, los justos motivos de separación v., GALGANO, *ibidem*.

²² V., además de los autores citados en nota anterior y D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, 2.^a ed. Milán, 1952, p. 208 (hay trad. española), ampliamente, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Conflictos intrasocietarios. Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada», *RDM* 222(1996) pp.1079 ss. donde se sostiene que la exclusión de un socio es una institución de carácter general aplicable a todos los tipos sociales (pp. 1123 ss) *contra*, afirmando que «el poder de sancionar, incluso con la expulsión, a quienes voluntariamente deciden pertenecer a una asociación privada es, a la luz de la dogmática contractual, una facultad exorbitante», FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, p. 126.

²³ Para los límites v., *infra*. V.

²⁴ Un análisis completo del régimen jurídico de la exclusión de socios en sociedades de estructura corporativa puede verse en nuestro trabajo, J. ALFARO, «La exclusión de socios», en C. PAZ-ARES (dir) *Tratando de la sociedad limitada*, Consejo General del Notariado, Madrid 1997, pp. 885 ss; admite la expulsión de asociados aún cuando no esté prevista en los estatutos, J. LLUIS y NAVAS, *Derecho de asociaciones*, Barcelona 1967, p. 194. La exclusión por «graves motivos» de una asociación está prevista expresamente por el artículo 24 del Código Civil italiano. El legislador italiano limita la libertad contractual en este punto en cuanto los motivos graves son la única causa por la que alguien puede ser expulsado de una asociación v., al respecto, deduciendo de la norma un derecho del asociado a permanecer en la asociación, GALGANO, *Commentario*, pp. 323 ss para la concreción de esta cláusula general. El carácter limitativo de la norma ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a rebajar los requisitos de los «motivos graves» del Código Civil italiano y, parece que hay «motivos graves» siempre que las causas de exclusión sean razonables y no desproporcionadas: incumplimientos graves, comportamientos extrasocietarios incompatibles con los fines sociales, pérdida de cualidades necesarias para ser miembro de la asociación, imposibilidad de contribuir al fin común... V., por ejemplo, la sentencia de la *Cassazione* de 2 de marzo de 1973, reproducida por GALGANO, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padua 1987 p.175 donde se legitimó la exclusión de un socio que había difundido hechos falsos y ofensivos para la directiva de la asociación en la prensa. Traslada estas ideas a nuestro Derecho, E. LUCAS, *Derecho de asociación*, p. 230.

debe ser posible la expulsión de un socio de una asociación cuando concurra cualquier comportamiento o circunstancias personales en la persona del socio que imposibiliten o pongan en peligro la consecución del fin social común o de cualquier otra forma haga inexigible para la asociación y los demás miembros, que el socio permanezca en la misma. La solución contraria conduciría al absurdo de que las asociaciones informales no podrían excluir a sus socios, puesto que, por definición carecen de estatutos escritos y la Ley de Asociaciones no se ocupa del problema²⁵.

En qué casos la conducta de un socio o sus circunstancias personales constituyen «justo motivo» de expulsión de la asociación depende, obviamente, del fin común perseguido por la asociación. Las asociaciones de carácter ideológico toleran mucho peor las discrepancias internas que las asociaciones cuyo objeto social consiste en desarrollar una actividad recreativa o cultural concreta. En el primer caso, las discrepancias conducen, a menudo, a la destrucción de la asociación, lo que no es habitual en el segundo caso, donde la realización de la actividad es lo que une a los asociados. Esta diferencia tiene importantes consecuencias para el control judicial de las decisiones asociativas de expulsión en uno y otro caso.

c) En cuanto al *procedimiento*, los estatutos pueden prever el procedimiento que mejor convenga a los socios sin que sea necesario ni exigible *ex constitutione* el cumplimiento de las garantías básicas que se derivan para los ciudadanos frente al Estado del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Este derecho no rige en las relaciones entre particulares. Tampoco hay inconveniente alguno para que sea la junta directiva la que tome tales decisiones si así se prevé en los estatutos²⁶. Rige pues, la libertad de configuración estatutaria sin más límites que los genéricamente recogidos en el artículo 1255 CC²⁷.

²⁵ En el mismo sentido, KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, p. 412; K. SCHMADT, *Gesellschaftsrecht*, p. 542. Los casos de «justos motivos» no son sólo de incumplimiento. Así, parece lógico pensar que una asociación ecologista ha de poder expulsar a un miembro que como ministro apruebe la realización de pruebas nucleares por parte de una potencia extranjera, aún cuando en los estatutos no figure una obligación de no hacer tales manifestaciones. Igualmente, una asociación de jóvenes ha de poder excluir a socios que cumplan una determinada edad, etc.; v., en el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, *CCJC* 28 (1992) p. 302 quien sin embargo, califica supuestos semejantes como de incumplimiento. Pero pueden ponerse otros ejemplos. La asociación de juristas X ha de poder expulsar al socio Y que ha sido condenado por un delito de estafa a un cliente aunque los hechos delictivos no tengan nada que ver con su actuación como socio.

²⁶ *Contra*, en cuanto al planteamiento, pero conforme en cuanto al resultado, MARÍN LÓPEZ, *CCJC* 28 (1992) p. 293; en el sentido del texto, KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, p. 412. GUTIÉRREZ GILSANZ, *RdS* 8 (1997) p. 339.

²⁷ Respecto del plazo para impugnar los acuerdos sociales, v., ampliamente, con un repaso de la jurisprudencia recaída al respecto, MARÍN LÓPEZ, *CCJC* 41 (1996) p. 484 ss. El artículo 12 del Decreto 1440/1965 que desarrolla la Ley de Asociaciones prevé un plazo de cuarenta días para impugnar los acuerdos contrarios a los estatutos. Respecto de los acuerdos contrarios a la Ley, se discute si debe aplicarse el mismo plazo (por aplicación analógica del citado Decreto o del artículo 19.2 del Real Decreto 177/1981 sobre impugnación de acuerdos de clubes y federaciones deportivas; igual, también la Ley Vasca de Asociaciones) o un plazo distinto. Desde el punto de vista aquí sostenido, no hay difi-

Si los estatutos no prevén nada al respecto, el juez habrá de integrar los estatutos aplicando el artículo 1258 CC. Es razonable deducir del mismo y de las reglas recogidas en los artículos 97 y siguientes de la LSRL, la necesidad de un acuerdo mayoritario de los socios favorable a la expulsión, acuerdo que será, lógicamente, impugnabile judicialmente²⁸.

d) En cuanto a los efectos, nuevamente, los estatutos podrán prever las consecuencias de la salida del socio como tengan por conveniente. A falta de regulación estatutaria, no procede la extensión analógica de las reglas correspondientes del Derecho de sociedades, precisamente porque dado que los asociados -a diferencia de los socios- no ostentan derechos sobre el patrimonio de la asociación, carece de sentido liquidar al socio su parte en la asociación, lo que no impide que exista un derecho a la cuota de liquidación en virtud de los pactos estatutarios que así lo prevean. Igualmente, dado que la posición de asociado es intransmisible, no puede ejecutarse la exclusión mediante la sustitución del socio excluido por un tercero, a salvo, nuevamente, de lo que dispongan los estatutos²⁹.

e) Dado que la asociación, como las sociedades anónima o limitada, se rigen por el principio mayoritario para la modificación estatutaria, son necesarias, como en estos tipos sociales, medidas de protección de la minoría frente a la posibilidad de exclusión. La mayoría podría modificar los estatutos estableciendo causas de exclusión que le permitan deshacerse de socios molestos sin el consentimiento de éstos. Este riesgo debe conjurarse afirmando que, salvo que pueda afirmarse que las causas incorporadas a los estatutos constituyen «justos motivos de exclusión», en cuyo caso, la cláusula estatutaria tendría mero valor declarativo³⁰, es necesario el consentimiento de todos los asociados para modificar substancialmente las causas de exclusión de socios (arts. 96 y 98 II LSRL analógico)³¹.

cultad alguna para aplicar analógicamente las normas legales previstas para la sociedad anónima (arts. 115 ss. LSA).

²⁸ Sobre el procedimiento de expulsión en asociaciones, v., GALGANO, *Commentario*, p. 330.

²⁹ Así, GALGANO, *Commentario*, p. 308. Suele afirmarse que la razón por la que la condición de asociado es intransmisible es idéntica a la razón por la que se requiere el consentimiento de todos los socios para que se pueda transmitir la condición de socio en una sociedad de personas (v., art. 143 CC): asegurar que no se producen modificaciones del contrato sin acuerdo de todos los contratantes. Pero tal argumento no parece muy convincente. Sin podemos pronunciar definitivamente, nos parece que la razón se encuentra, más bien, en la inexistencia de derecho a la cuota de liquidación lo que, unido a la existencia de un derecho a separarse *ad nutum*, hacen innecesario configurar la posición de socio como un derecho subjetivo o una relación jurídica transmisible. Por las mismas razones, hay que calificar dicha intransmisibilidad como dispositiva y, por tanto, autorizarla cuando así lo prevean los estatutos v., en el mismo sentido GALGANO, *Commentario*, p. 309.

³⁰ V., la justificación de esta afirmación de modo amplio en ALFARO, *RDM* 222 (1996) pp. 1079 ss.

³¹ La extensión analógica de lo previsto en los arts. 96 y 98 II LSRL a la asociación está menos justificada en el caso de grandes asociaciones con miles de asociados, ya que podría impedir absolutamente la modificación de la cláusula de exclusión, pero la intensi-

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES ASOCIATIVAS DE EXPULSION DE UN SOCIO: UN PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

1. Como se ve, una concepción contractualista y el recurso al Derecho de Sociedades permiten encontrar un régimen jurídico adecuado para las asociaciones, incluyendo el problema de mayor trascendencia al que se han enfrentado los Tribunales en los conflictos provocados por la expulsión de miembros de las asociaciones, es decir, el de los límites al control judicial de las decisiones asociativas de expulsión. Desde nuestra perspectiva, la respuesta a este problema resulta bastante evidente: el escrutinio judicial de los acuerdos o decisiones asociativas debe realizarse de forma semejante a como se *controlan habitualmente los acuerdos sociales adoptados mayoritariamente en sociedades de estructura corporativa*³².

Esta solución sólo podría objetarse si se afirmase que el reconocimiento constitucional del derecho de asociación obliga a atribuir a los jueces un papel distinto cuando controlan decisiones de exclusión de un asociado tomadas por los órganos de una asociación a cuando controlan la impugnación de un acuerdo social de una sociedad anónima. Así, podría argumentarse que el respeto debido al derecho de asociación, exigiría que los jueces limitasen su injerencia en los «asuntos internos» de las asociaciones y no llevaran a cabo una revisión completa de sus actos.

A nuestro juicio, este planteamiento no es correcto. Las discrepancias dogmáticas no se centran en los principios constitucionales aplicables al derecho de asociación (*infra* 2), sino únicamente en torno a una cuestión de exquisita *hermenéutica contractual*, como es la interpretación o concreción de las cláusulas. Así planteada la cuestión, las discrepancias se diluyen, y el encaje sistemático de las soluciones del derecho de asociaciones en el derecho de sociedades es completo (*infra* 3), con lo que la aplicación de las reglas generales queda fuera de cualquier objeción (*infra* 4 y siguientes).

2. El derecho fundamental de asociación incluye, como parte de su contenido esencial, el derecho del grupo a autoorganizarse, es decir, a organizar las relaciones entre los socios y entre los socios y la asociación autónomamente (sin intervención del Estado). Constituye, por lo demás, una manifestación importante de la autonomía privada. Es, por tanto, un derecho del grupo a crear normas o, en los términos empleados por la doctrina alemana, *libertad de configuración estatutaria*³³. Este

dad de la medida de exclusión y la posibilidad, en todo caso, que tiene la asociación de excluir por justos motivos permiten reducir la eficacia de la objeción.

³² Así, también HADDING/VAN LOOK, *ZGR* 1988, p. 279; H. WIEDEMANN, «Richterliche Kontrolle private Vereinsmacht», *JZ* 1968, p. 220 nota 14.

³³ Estas ideas están recogidas en nuestra jurisprudencia constitucional. V., por ejemplo, STC 218/1988, de 22 de noviembre, «Boletín Oficial del Estado» de 22 de diciembre.

derecho exige del legislador y de los jueces permitir, por ejemplo, que sean los estatutos los que decidan qué fines van a ser perseguidos por la asociación, con qué medios y qué requisitos debe reunir un sujeto para poder ser miembro de la asociación o en qué casos se pierde la condición de socio³⁴. Igualmente, el Estado ha de respetar la libertad de los socios para configurar los órganos sociales como estimen oportuno. Garantizando la autonormación, se asegura que las distintas escalas de valores presentes en una sociedad pluralista pueden manifestarse y no se imponen a los grupos sociales las valoraciones mayoritarias o estatales³⁵. El derecho de autoorganización, garantiza así la pluralidad ideológica en la sociedad³⁶.

V., sobre la sentencia, y los hechos que dieron lugar a la misma., v., J. J. MARÍN LÓPEZ, «La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de asociados», *PJ*, 14 (1989) pp. 151 ss; RIBA/SALVADOR, *Asociaciones*, pp. 55 ss.; otras resoluciones en esta materia del Tribunal Constitucional en E. LUCAS, *Derecho de asociación*, pp. 232-233 y, sobre todo, FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, pp. 55 ss.

³⁴ Así, STC 218/1988; en el mismo sentido, BERMEJO, *RAP*, 1995, p. 131. Si afirmamos que la asociación (*rectius*, los asociados) ejercita un derecho fundamental (de asociación) al regular libremente sus relaciones intrasocietarias, debe seguirse que no sólo el juez, sino también el legislador está obligado -como poder público- a respetarlo. Consiguientemente, cabrá tachar de inconstitucionales las normas legales que limiten excesiva o desproporcionadamente la libertad estatutaria de las asociaciones. Por ejemplo, nos parece que el artículo 13.3 de la Ley Vasca de Asociaciones que sólo permite la expulsión de socios por incumplimiento de los estatutos es inconstitucional, si entendemos que su contenido es imperativo puesto que, como se ha señalado, puede haber justos motivos de exclusión que no consistan en un incumplimiento por parte del socio (v., *supra* nota 25). Al impedir incluir otras causas distintas del incumplimiento como causas estatutarias de expulsión, la norma autonómica está limitando desproporcionadamente el derecho de asociación afectando a su contenido esencial en lo que a la libertad de configuración estatutaria se refiere. Consideraciones semejantes pueden hacerse respecto de la Ley Catalana de Asociaciones (art. 22.4).

³⁵ Esto es especialmente importante respecto de aquellas asociaciones cuya estructura interna es jerárquica y no democrática, como sucede con las asociaciones de carácter religioso y, en general, asociaciones ideológicas. Por eso nuestra Constitución impone el carácter democrático sólo a las organizaciones sindicales y empresariales y a los partidos políticos (arts. 6 y 7 CE). «Imponer» el funcionamiento democrático a asociaciones privadas atentaría contra la libertad de asociación y sería inconstitucional (v., con más indicaciones, FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, p. 111 y las afirmaciones contenidas en la STC 56/1995 de 6 de marzo, «Boletín Oficial del Estado» de 31 de marzo, FJ 3.º). En este sentido, resulta de gran interés el análisis de las cláusulas estatutarias que otorgan a un tercero (el obispo, por ej.) el derecho a disolver la asociación, a aprobar modificaciones estatutarias etc. v., al respecto, comentando una sentencia del Tribunal Constitucional alemán al respecto, M. SCHOCKENHOFF, «Der Grundsatz der Vereinsautonomie», *AcP* 193 (1993) pp. 35 ss. La sentencia está publicada en *NJW* 1991, p. 2626.

³⁶ Las siguientes palabras de un juez del Tribunal Supremo alemán reflejan bien la importancia que, para el pluralismo social tiene evitar concepciones administrativistas del Derecho de Asociaciones: «Nadie puede hablar seriamente de eliminar un sistema sancionatorio que se ha ido desarrollando históricamente como necesario y que las asociaciones necesitan para “mantener en orden su casa”, entendiéndolo por casa su escala particular de intereses y valores que, a menudo, sino típicamente, no coinciden con la escala de valores de una sociedad pluralista, y para conservar su dignidad ante el propio grupo y ante los demás,... además, hay que ser conscientes de que si se somete a control exhaustivo las sanciones de las asociaciones, desde la admonición hasta la expulsión pasando por la multa y otras, a la larga, perderían su derecho a establecer una escala de valores autónoma y se verían obligados a adoptar la del Estado», RÖHRICHT, *AcP* 1989, pp. 390-391; v., también, M. GEHRLEIN «Die BGH-Rechtsprechung zur Überprüfung von Vereins- und Parteiausschlüssen», *ZIP* 1994, pp. 852, 853: la configuración de la vida de la asociación no debe que-

Pero para respetar debidamente el derecho de autoorganización no es necesario, en absoluto, amparar cualesquiera decisiones de los órganos de la asociación³⁷. Los órganos sociales encuentran legitimidad para sus decisiones, no en que estén ejercitando el derecho de asociación del grupo, sino en que actúan de acuerdo con lo dispuesto en el contrato social, es decir, en el marco de sus competencias y aplicando las normas estatutarias, reglas éstas que sí están amparadas por la libertad de configuración estatutaria. Por tanto, si al tomar sus acuerdos, lo hacen conforme al contrato, los jueces carecen de competencia para anular decisiones societarias porque las valoraciones recogidas en los estatutos y aplicadas por el órgano social no coincidan con las constitucionales³⁸. Si, por el contrario, los órganos sociales se exceden en sus competencias (expulsión de un socio por órgano social incompetente de acuerdo con los estatutos, por ejemplo, el socio afectado tiene derecho a que un juez revise la decisión y la anule como tendría derecho cualquier contratante a que una decisión unilateral de la contraparte no cubierta por el contenido del contrato sea anulada por un juez sin que sea de recibo la alegación, por parte de los órganos sociales, de que al hacerlo el juez está inmiscuyéndose, indebidamente, en una esfera protegida por la libertad de asociación. Es decir, ni los órganos sociales son titulares del derecho fundamental de asociación, ni sus decisiones están amparadas por tal derecho.

3. En realidad, las discrepancias se centran en *la censura o escrutinio de la interpretación de las cláusulas estatutarias*, en particular, en *el margen de discrecionalidad que corresponda a los órganos sociales en la interpretación de las normas estatutarias* y, por tanto, en la revisabilidad de tales interpretaciones por los Tribunales. En el caso enjuiciado en la STC 218/1988, la junta directiva de la asociación había expulsado a algunos socios apoyándose en la norma estatutaria que preveía tal consecuencia cuando los socios realizaran conductas que «lastimen el buen nombre de la sociedad»³⁹ y la sala del Tribunal Constitucional se divide respecto a las facultades de revisión judicial. Mientras para la mayoría el control

dar determinada por la escala de valores del Estado»; entre nosotros, insiste en estas ideas, P. SALVADOR CODERCH, en la «Introducción» a SALVADOR (dir), *Asociaciones*, pp. 15-16.

³⁷ Al margen de que, en muchos supuestos, la distinción entre la determinación de los hechos y la subsunción en la regla estatutaria de dichos hechos será muy difícil si no imposible de realizar v., GRUNEWALD, *Ausschluss*, pp. 43-44 señalando que no hay razones para un tratamiento diferenciado de las asociaciones respecto a las sociedades en general en este punto. El argumento de la jurisprudencia criticada se funda, precisamente, en considerar necesario para garantizar la libre configuración de las relaciones internas en una asociación una restricción por parte de los jueces en el control de las decisiones v., al respecto, entre muchos, K. VIEWEG, «Die gerichtliche Nachprüfung von Vereinstrafen und -entscheidungen», *JZ* 1984, pp. 167, 169.

³⁸ Tiene razón, en este sentido, la doctrina italiana cuando señala que el juez no puede revisar la oportunidad de la expulsión (v., nota siguiente) ni si conviene o no a la asociación proceder a la expulsión del socio. v., GALGANO, *Commentario*, pp. 335 ss.

³⁹ Lo que contrasta con lo dispuesto en el artículo 207 RRM para las cláusulas de exclusión en estatutos de sociedades limitadas que exige que las causas de exclusión se determinen «concreta y precisamente». V., al respecto, ALFARO, *RDM* 222 (1996) pp. 1121-1122.

judicial «no consiste en que el juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión» y, por tanto, el juez ha de limitarse a «verificar si se han dado circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios... dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación tal y como prescriben los estatutos» (FJ 1.º)⁴⁰, para los magistrados discrepantes, «el aserto de que los integrantes de una asociación, al ingresar, deben saber a qué atenerse a la vista de los estatutos que se entiende que aceptan, no implica... que también hayan de aceptar la interpretación y aplicación que de esos estatutos o reglas hagan los órganos directivos, puesto que, caso contrario, ello supondría permanecer inermes si no pudieran acudir a los jueces y Tribunales»⁴¹.

De lo que venimos exponiendo hasta aquí habrá podido deducirse con facilidad que, a nuestro juicio, es correcto el voto particular en cuanto afirma que *la interpretación dada a las normas estatutarias por los órganos sociales es revisable por los jueces*, de manera que una decisión de exclusión de un socio basada en una interpretación errónea de los estatutos sociales puede y deber ser anulada por el juez que conozca de la impugnación del acuerdo social⁴². Sin embargo, *en el caso concreto, y debido a la naturaleza de la cláusula estatutaria objeto de aplicación, la doctrina de la mayoría de la sala es perfectamente aceptable*. No hay contradicción entre ambas afirmaciones. La doctrina recogida en el voto particular es correcta cuando se aplica a la revisión judicial de la interpretación de cláusulas estatutarias o normas legales que tengan su supuesto de hecho determinado. La doctrina contenida en la opinión mayoritaria de la sala es, por el contrario, correcta cuando los órganos sociales han interpretado y basado la decisión de expulsión en una regla estatutaria o legal que tenga la naturaleza de cláusula general, es decir, no tenga su

⁴⁰ O, en los términos de la STC 56/1995 de 6 de marzo: el control en los aspectos sustantivos ha de ser menos intenso que en los aspectos procedimentales.

⁴¹ La jurisprudencia alemana parece también limitar el poder judicial para revisar la «subsunción en el supuesto de hecho de la exclusión» realizada por los órganos societarios, v., GRUNEWALD, *Ausschluss*, pp. 40, 42 y 43 recogiendo una sentencia del TS donde el limitado control judicial se considera imprescindible para asegurar que la vida de la asociación no se verá abocada a adaptarse a la escala de valores estatal y se garantizará así que la especial escala de valores que llevaron a los socios a asociarse, es protegida. v., la crítica de GRUNEWALD, en el sentido del texto, en p. 43; en sentido semejante, SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p. 544.

⁴² V., la excelente STS de 30 de octubre de 1989, Com. MARÍN LOPEZ, CCJC 21 (1989) pp. 1021 ss. donde el Tribunal rechaza el recurso interpuesto por los órganos directivos de un club deportivo frente a la anulación por el Juzgado de Primera Instancia de la sanción de expulsión que habían impuesto a un socio. El Tribunal Supremo interpreta el artículo 9.º D de los estatutos del club (los socios tienen «derecho de expresar libremente sus opiniones en el seno del club») y considera incorrecta la calificación como falta grave que de la conducta del expulsado había hecho la junta directiva, por considerar que criticar la gestión no constituye faltar «al respeto debido a los demás asociados».

supuesto de hecho determinado como ocurría en el caso enjuiciado en el que la norma estatutaria que permitía a los órganos sociales expulsar a un socio se refería a aquellos que «lastimen el buen nombre de la sociedad».

La justificación de esta diferenciación es la siguiente. Cuando el órgano social aplica una cláusula general no se limita a llevar a cabo una operación de subsunción, sino lo que se conoce como una «concretización» de la norma mediante la elaboración de los correspondientes grupos de casos. Esta operación implica, en mayor o menor medida, que al intérprete vienen atribuidas facultades de creación del derecho⁴³. Pues bien, si los socios decidieron dar a sus órganos sociales las directrices de comportamiento (las reglas estatutarias) en forma de cláusulas generales, el respeto debido a la autonomía privada exige al juez que se limite a comprobar que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, la concreción efectuada por el órgano social es aceptable (razonable), aun cuando cupiera una más estricta o más amplia⁴⁴. La diferencia en este punto entre el contrato de asociación y un contrato de compraventa, por ejemplo, es bien patente. Si comprador y vendedor pactan que el vendedor podrá resolver el contrato cuando el comprador «se comporte en contra de las exigencias de la buena fe en la ejecución del contrato», la cláusula no estaría indicando, en absoluto, la voluntad de las partes de legitimarse recíprocamente para interpretar (concretar) unilateralmente lo que sea contrario «a las exigencias de la buena fe». En el caso de las asociaciones, por el contrario, hay una atribución de competencia expresa en tal sentido a los órganos sociales por parte de los socios; atribución que es especialmente evidente en las asociaciones de carácter ideológico respecto de lo que podemos considerar la definición de lo que sea ortodoxo o heterodoxo respecto del ideario de la asociación.

Si, por el contrario, los estatutos describen el supuesto de hecho de la regla estatutaria que recoge las cláusulas de exclusión de manera concreta y determinada, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que la cláusula previera la expulsión de los socios que «defiendan públicamente la energía nuclear», el socio no tiene por qué aceptar que se le expulse sobre la base de una interpretación errónea de la norma, porque el órgano social pretenda que dar una clase sobre en qué consiste la fisión nuclear entra dentro del supuesto de hecho de la norma. Consecuentemente, el voto

⁴³ V., por todos, J.M.^a MIQUEL, «Comentario del artículo 7.1 CC» en C. PAZ-ARES et al (dirs), *Comentario del Código Civil*, Madrid 1991 I.

⁴⁴ K. SCHMIDT ha justificado la menor intensidad de control en el caso del empleo de cláusulas generales por los estatutos afirmando que si los estatutos de una asociación deportiva permiten expulsar a cualquier asociado por tener un «comportamiento antideportivo», los jueces no tienen criterios jurídicos para revisar la calificación del comportamiento de un socio que, como antideportivo, hayan hecho los órganos de la asociación (K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p. 544). A nuestro juicio, es posible un control limitado de la concreción de esta cláusula realizada por los órganos sociales acudiendo, por ejemplo, a casos anteriores decididos por los mismos órganos; a lo que entienden los organismos de disciplina deportiva por tal, etc.

particular a la Sentencia 218/1988 que venimos comentando es, en tales casos y a nuestro juicio, plenamente correcto⁴⁵.

4. Por lo demás, nos parece que no existen diferencias substanciales exigidas por el derecho de asociación que legitimen un tratamiento diferenciado en este punto a las asociaciones y a las sociedades, por lo que pueden aplicarse a las primeras idénticas reglas a las que rigen para estas últimas. Es decir:

a) en primer lugar, habrá de determinarse si el acuerdo social de expulsión se basa en hechos probados⁴⁶ y cuya realización constituya el supuesto de hecho de la norma estatutaria o legal aplicable, incluyendo,

⁴⁵ La interpretación de los contratos es función de los Tribunales. Es lógico, por tanto, que el juez pueda entrar a decidir si el comportamiento concreto de un socio constituyó una «falta grave» y anular la exclusión si la calificación otorgada por el órgano social a la conducta del socio implicaba una interpretación inadmisibles de los estatutos sociales. Tal revisión habrá de ser, no obstante, limitada, puesto que nuevamente los estatutos están atribuyendo un poder de «concretización» a los órganos sociales. V., el caso de la STC 96/1994, de 21 de marzo, que se refería a la expulsión de un cooperativista de una cooperativa de viviendas que había insultado a los miembros de la junta directiva; v., también la STS de 24 de marzo de 1992, donde el Tribunal afirma que los jueces están legitimados para decidir «si el juicio interno (asociativo) de interpretación y de aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado». Si por «adecuado» se entiende «a la Ley y a los estatutos», la sentencia es correcta. Por el contrario, si por «adecuado» se entiende «equitativo» «justo», «conforme a los valores constitucionales» etc., la sentencia es inconstitucional STS de 30 de octubre de 1989, CCJC 21 (1989) pp. 1021 ss. en sentido parecido; también semejante, la STS de 26 de octubre de 1995, CCJC 41 (1996) pp. 474 ss., después de afirmar que la expulsión «representó una sanción notoriamente desproporcionada a la crítica y discrepancia exteriorizada por el socio» añade —lo que debió ser *la ratio decidendi*— que «esa conducta... no tiene cabida en las causas previstas en el artículo 13 de los Estatutos para producir la baja en la sociedad» con lo que, nuevamente, podría haberse prescindido de las referencias a la Constitución y haber limitado el debate a la interpretación del contrato. Es perfectamente correcto, por tanto, afirmar, como hace la STC 96/1994, que los órganos judiciales pueden revisar las decisiones societarias de expulsión «como garantía última de la conformidad a los Estatutos y a la Ley de los acuerdos de la sociedad cooperativa». Si el juez no puede entrar a revisar la interpretación dada a los estatutos por el órgano social, se estaría privilegiando las asociaciones frente a las sociedades de una forma no justificada v., ampliamente, GRUNEWALD, *Ausschluss*, p. 41 con más indicaciones; WIEDEMANN, *JZ* 1968, p. 220 rechazando el argumento del desbordamiento de los juzgados si todas las decisiones internas de las asociaciones fueran revisables por los jueces, argumento que ha sido utilizado por la jurisprudencia alemana que sigue renunciando a revisar la subsunción que de los hechos en la norma legal o estatutaria habilitadora para la sanción hagan los órganos sociales; tampoco parece aceptable la posición de VIEWEG, *JZ* 1984, p. 171 que remiten el juicio de los Tribunales a una valoración global de los intereses dignos de protección de la asociación y del socio a partir de la idea de que las normas societarias sobre sanciones tienen como objetivo reducir los conflictos internos. Esta propuesta garantizaría una escasa seguridad jurídica y no resolvería la contradicción con el control judicial de las decisiones societarias.

⁴⁶ La jurisprudencia alemana afirma que la declaración de voluntad del socio que entra en una asociación no puede interpretarse en el sentido de aceptar que le hagan responsable de actos que él no ha cometido, v., la sentencia fundamental en la materia es la BGH de 30 de mayo de 1983, *JZ* 1984, p. 186. D. LEIPOLD, «Richterliche Kontrolle vereinsrechtlicher Disziplinarmaßnahmen», *ZGR* 1985, pp. 113 ss., p. 114; GEHRLEIN, *ZIP* 1994, p. 854; como se ve, el TS alemán recurre a la interpretación del contrato de asociación y de la voluntad presumible de las partes para determinar los límites de la intervención judicial en la vida asociativa.

por tanto, el cumplimiento de los requisitos de causa o procedimiento impuestos imperativamente por la Ley⁴⁷ y teniendo en cuenta, en todo caso, la posibilidad de expulsar a un socio por justos motivos. Es decir, el primer paso del escrutinio judicial consiste en el control de la correcta aplicación de la norma que legitima la decisión del órgano societario.

b) En segundo lugar, habrá que examinar si la regulación estatutaria es contraria a los límites genéricos de la autonomía privada (art. 1255 CC) de modo que haya que considerarla nula, es decir, *control de la norma aplicada*. Es en este punto en el que hay que examinar la validez de las reglas estatutarias aplicadas por los órganos de la asociación para fundamentar la expulsión de un asociado. Dado que estamos ante reglas contractuales, el examen deberá limitarse a determinar *si las reglas estatutarias son contrarias a la moral o al orden público constitucional* (art. 1255 CC)⁴⁸. Sólo si el juez puede realizar un juicio de este tipo estaría justificada la anulación de la cláusula estatutaria. Como hemos expuesto en otro lugar, una cláusula estatutaria podrá ser calificada como contraria al orden público constitucional únicamente cuando impliquen una renuncia inadmisibles a sus derechos por parte del socio o porque sean atentatorios contra la dignidad humana del afectado⁴⁹. Sería uno de tales casos el de la cláusula que prohibiera la admisión en la asociación de personas de raza negra o el de la que estableciera que el socio incurso en el procedimiento de expulsión debiera arrodillarse ante la junta directiva o humillarse de cualquier otra forma para acceder a determinadas prestaciones o, con más dudas, el de aquellas cláusulas que prohibieran a los socios el recurso a los Tribunales y las que previeran la posibilidad de expulsar a cualquier socio por la simple decisión mayoritaria, es decir, *ad nutum*⁵⁰. Fuera de estos supuestos —como vemos muy extremos— cualquier procedimiento pactado estatutariamente debe quedar protegido por el derecho de asociación —en su con-

⁴⁷ Así, en algunos tipos sociales, como ocurre sobre todo en las cooperativas, la Ley limita específicamente la libertad contractual recogiendo las razones que pueden constituir causa de expulsión e imponiendo requisitos concretos de procedimiento. Si la cooperativa expulsa a un socio sin atender a tales requisitos, la expulsión debe considerarse, lógicamente como nula. Esta es la razón, nos parece, que justifica la solución dada a la decisión de expulsión del socio de una cooperativa de viviendas en la STC 96/1994, de 21 de mayo, (respecto de la cual, vid, ampliamente, FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, pp. 66 ss.) y no el hecho de que la expulsión significase para el socio «un perjuicio económico significativo» porque perdía el derecho a la vivienda. V., respecto al criterio del perjuicio económico, *infra* IV.

⁴⁸ Al margen quedan los supuestos en los que la regla estatutaria no sea aceptable por haber sido adoptada por mayoría e implicar un «exceso» respecto a los poderes de la mayoría para modificar los estatutos sociales.

⁴⁹ Por ejemplo, v., al respecto, ampliamente, ALFARO, *ADC* 1993, pp. 57 ss. y 106 ss.

⁵⁰ De la validez de las cláusulas de exclusión *ad nutum* esperamos poder ocuparnos en un futuro trabajo. Una primera aproximación a los problemas que plantea este tipo de cláusulas puede verse en J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La exclusión de socios» en C. PAZ-ARES (Dir.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid 1997, p. 907 especialmente nota 43 con algunas indicaciones; respecto de las cláusulas que prohíben el acceso a la jurisdicción, nuevamente, el problema debe plantearse en términos de si la renuncia a la tutela judicial por parte del socio supone o no una renuncia inadmisibles a los propios derechos.

tenido como derecho de autoorganización– y, consiguientemente, queda vedado a los poderes públicos cualquier injerencia en el mismo (prohibición de intervención) lo que, obviamente, incluye la prohibición a los jueces para declararlos nulos.

Ni siquiera procedimientos de expulsión que no prevean un trámite de audiencia del expulsado o que limiten extraordinariamente las posibilidades del socio de defenderse son inconstitucionales⁵¹. No lo son, en ningún caso, por aplicación del artículo 24 de la Constitución que es un derecho que sólo puede ejercitarse frente a los poderes públicos y, por tanto, inaplicable al enjuiciamiento de una cláusula contractual. Mucho menos, por aplicación del principio de legalidad o del de tipicidad de las infracciones (arts. 9.3 y 25 CE) que, obviamente, sólo son aplicables a las sanciones estatales. Tampoco es contrario al orden público constitucional porque implique una renuncia inadmisibles a los propios derechos por la sencilla razón de que el socio puede siempre escapar a la acción de la asociación abandonando ésta (algo que, obviamente, no puede hacer frente a un Tribunal de Justicia o un organismo sancionador de la Administración Pública).

aa) Una comprobación sencilla de lo correcto de las valoraciones que venimos exponiendo nos las proporcionan los artículos 42 y siguientes de la LSA que regulan la responsabilidad del socio de una sociedad anónima por impago de los dividendos pasivos. En sus efectos, dicha responsabilidad provoca la exclusión del socio moroso ya que sus acciones son vendidas forzosamente por la sociedad que puede así reintegrarse de la deuda impagada por el socio. Pues bien, en dicho «procedimiento de expulsión» no se prevé por ninguna parte ni la audiencia del interesado ni la posibilidad de alegar razones que justifiquen el impago. Si el legislador -poder público- se permite regular de tal forma un supuesto de exclusión sin que nadie haya puesto en duda nunca su constitucionalidad, resulta realmente incomprensible que pueda fundarse en la Constitución la nulidad de una regulación estatutaria semejante.

bb) Del mismo modo, era perfectamente válido el procedimiento previsto en los estatutos que fueron objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1988. En tales estatutos se prevenía que la sanción sería impuesta por la junta directiva quien se la comunicaría al interesado. Caso de no estar de acuerdo con ella el socio afectado, habría de celebrarse una asamblea de socios en la que, con audiencia del interesado se decidiera sobre la corrección de la decisión de la junta directiva. Estas reglas estatu-

⁵¹ *Contra*, SAP Barcelona de 19 de enero de 1989, RGD 1989 p. 3089 (cit. por MARÍN LÓPEZ, *Control judicial*) que, parece considerar contraria al artículo 1255 CC la cláusula estatutaria que recoge un procedimiento de expulsión de socios en el que no se garantiza la audiencia al afectado. Decimos parece, porque quizá la vía más correcta –si los estatutos no decían expresamente que no se daría audiencia al interesado– sería la de integrar el contrato social con un requisito en tal sentido. Según LLUIS, *Derecho de asociaciones*, p. 196, el hecho de que quepa recurso ante los Tribunales hace que no sea imprescindible el trámite de audiencia del socio expulsado.

tarias no plantean problema alguno de constitucionalidad. Los autores que defienden el «modelo sancionador» afirman que el procedimiento no respetaba los derechos fundamentales del asociado porque no había posibilidad de defensa en la primera fase (decisión por la junta directiva)⁵². Con idéntica razón, cuando varios socios acudieron directamente al juez tras la decisión de la junta directiva de la asociación de sancionarlos sin «agotar» el procedimiento interno previsto en los estatutos que atribuía a la asamblea general de socios la «revisión» de la decisión de la junta directiva, no obtuvieron una sentencia favorable ni el Tribunal Constitucional otorgó amparo⁵³. No estamos ante un problema de constitucionalidad. La decisión de los socios debe considerarse como una infracción de su deber de lealtad frente a la asociación que, sin duda, les exige seguir los cauces internos de impugnación antes de acudir a los Tribunales⁵⁴. A nuestro juicio, el error de los planteamientos criticados consiste en creer que el derecho fundamental afectado es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al que pretenden dotar de vigencia en la relación entre el socio y la asociación y, por tanto, frente a un particular. Pero si, como venimos señalando, dicho derecho sólo es ejercitable frente a los órganos estatales, no vemos de qué modo el procedimiento estatutario puede ser sometido a un escrutinio de constitucionalidad sobre la base de las garantías procesales recogidas por dicho precepto. La cuestión sería muy diferente si, tratándose de una sociedad cooperativa, el procedimiento legalmente previsto fuera imperativo y la cláusula estatutaria infringiese lo dispuesto en la Ley. Pero aún en este caso, no habría, en absoluto, un problema de constitucionalidad.

c) En tercer lugar, habrá que examinar si los órganos de la asociación ejercieron abusivamente el derecho a expulsar al socio, es decir, *control del ejercicio del derecho*⁵⁵.

5. Aplicando las reglas expuestas, el recurso al Derecho Público y, en particular, al Derecho Administrativo Sancionador o a la Constitución está perfectamente injustificado. Así, la exclusión de un socio de una cooperativa al que no se le permitió aportar pruebas (STS de 17 de septiembre de 1987) es nula, no porque le causaran indefensión, sino porque dicho expediente no cumple los requisitos del artículo 37 LGCoop interpretado en

⁵² MARÍN, *PJ* 14 (1989) p. 155.

⁵³ Ya una sentencia de 9 de febrero de 1905 del Tribunal Supremo sentó la doctrina de que si se prevén recursos internos, se debe acudir a éstos antes de comparecer ante los Tribunales, LLUIS, *Derecho de asociaciones*, p. 196.

⁵⁴ Es más, el problema más grave se plantea cuando los propios estatutos prevén las consecuencias de no hacer uso de los cauces internos de reclamación y prevén, por ejemplo, que se considerará que acepta la sanción el socio que no recurra en un plazo determinado ante un órgano de conflictos, de manera que, prescrito dicho plazo, quedaría cerrada igualmente la vía judicial v., sobre este problema, WIEDEMANN, *JZ*, 1968, p. 220.

⁵⁵ V., STS de 2 de febrero de 1996, La Ley 1996, núm. marg. 2677 donde se señala que si se ejercita por la asociación el derecho a sancionar a un socio con mucho retraso respecto de la infracción, la asociación puede haber incurrido en ejercicio desleal de los derechos (retraso desleal), ya que actúa en contra de las exigencias de la buena fe el que «ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo».

el sentido de que la audiencia del interesado a la que se refiere el precepto incluye el derecho a alegar hechos y probarlos; si la Ley establece un plazo de dos meses para imponer la sanción desde la incoación del expediente disciplinario, lógicamente, la imposición más allá de ese plazo es nula (STS de 24 de septiembre de 1987), pero no porque se haya infringido el artículo 24 de la Constitución, sino porque se ha infringido la Ley; una decisión societaria tomada por un órgano incompetente es nula (STS de 28 de octubre de 1987, 3 de noviembre de 1992 y 14 de octubre de 1993: sanciones impuestas por la asamblea general en lugar de por el Consejo Rector de la cooperativa) no porque se apliquen principios del Derecho Administrativo Sancionador exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva sino porque incumple los estatutos y la Ley; como es nulo el acuerdo de exclusión adoptado por una mayoría insuficiente (STS de 6 de diciembre de 1991 y Auto TC de 11 de enero de 1993); si el acuerdo de exclusión de un cooperativista no señala los hechos que justifican la decisión, se incumple el artículo 37 LGCoop y la decisión es nula (STS de 29 de noviembre de 1990), pero no se ha infringido el artículo 24 CE; la carga de la prueba del incumplimiento –causa de exclusión– corresponde al que pretende «resolver el contrato», por lo que si la cooperativa no prueba el incumplimiento del socio, no puede expulsarlo, pero eso no tiene nada que ver con la «presunción de inocencia» del socio cooperativista⁵⁶; igualmente es nulo el acuerdo de expulsión de un afiliado a un partido político sin cumplir los requisitos estatutarios (STC 185/1993), aunque el Tribunal Constitucional añade, indebidamente, que el control judicial se basa en impedir que se vulneren «derechos fundamentales» de los afectados⁵⁷. Como se ve, las argumentaciones traídas directamente de la Carta Magna no son sino formas de tomar la Constitución en vano.

IV. EXCEPCIONES AL RÉGIMEN GENERAL: LAS REGLAS APLICABLES A LAS ASOCIACIONES CON POSICIÓN DE DOMINIO

1. Queda, por último, examinar si el régimen jurídico que se ha expuesto hasta aquí, que es aplicable a la generalidad de las asociaciones, merece ser excepcionado en algún caso particular. A nuestro juicio, la

⁵⁶ Como parece dice la STS de 25 de marzo de 1985 y la SAP Palma de Mallorca 9 de diciembre de 1988 (RGD 1990 pp. 651-654) que afirma que «es incuestionable que en la sanción impuesta, la más grave –la expulsión–, se ha producido una patente indefensión por infracción del principio de audiencia, pues dado su carácter penal, le es de aplicación la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución».

⁵⁷ También deben interpretarse así, numerosas sentencias de instancia, recogidas por MARÍN LÓPEZ, *Control judicial, passim*; MARÍN LÓPEZ CCJC 36 (1994) p. 779. Así, la SAT Bilbao 21 de abril de 1987, RGD 1988, pp. 4726-4728 afirma que la autonomía de las asociaciones ha de ejercerse «con respeto y observancia de todos los principios constitucionales, entre ellos los de audiencia y defensa que han de presidir todo proceso sancionador según el artículo 24.2 de la Constitución. Tan pomposa declaración del Tribunal era innecesaria, porque la exclusión era nula porque se había tomado por un órgano social incompetente de acuerdo con los estatutos; como en el texto, KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, p. 425.

respuesta es afirmativa. Un régimen excepcional merecen las decisiones de expulsión tomadas por *asociaciones con poder de mercado*⁵⁸.

Cuando la asociación en la que se produce la expulsión es una asociación con posición de dominio, el control judicial de los estatutos y de la actuación de los órganos sociales ha de ser especialmente intenso⁵⁹. Los mismos principios y valoraciones que nos llevan a afirmar que no cabe un control judicial del contenido de los estatutos de las asociaciones en general conducen a exigir que los estatutos de las asociaciones con posición de dominio recojan una regulación de la exclusión o de cualquier otro aspecto del régimen jurídico al que está sometido al asociado equivalente a la del Derecho dispositivo. La razón es bien simple: si la asociación tiene posición de dominio en el mercado, no hay garantía de libertad contractual en la aceptación de los Estatutos por parte de los asociados⁶⁰. Procede aplicar directamente o por analogía el artículo 6.2 de la ley de defensa de la competencia y exigir que las causas, el procedimiento y la aplicación de la expulsión de un socio sean equitativas⁶¹.

⁵⁸ Naturalmente, si estamos ante una *corporación de Derecho Público* o a cualquier otra organización de carácter jurídico público, los principios son los de Derecho Administrativo y no los de Derecho Privado V., al respecto, detalladamente, MARÍN LÓPEZ, *CCJC* 28 (1992) p. 291.

⁵⁹ Así, la STC 218/88 de 22-11. v., el comentario de MARÍN LÓPEZ, *PJ* 14(1989) pp. 156 ss.

⁶⁰ V., las referencias jurisprudenciales alemanas en H. J. BUNTE, «Richterliche Inhaltskontrolle von Verbandsnormen», *ZGR*, 1991, p. 316 ss., pp. 318-319 quien señala, correctamente, que los principios del derecho de las condiciones generales —el control del contenido básicamente— deben ser aplicables siempre que en un sector de las relaciones entre particulares no «actúe la fuerza desapoderadora de la competencia» p. 322. Para un análisis más detallado de estos problemas v., BARTODZIEJ, *ZGR* 1991, p. 517 ss. En esta línea, podrían entenderse las afirmaciones del TS en la S. 24-3-92, *CCJC* 28(1992) p. 285 que se ocupa de un conflicto interno en una asociación «oficial» en la que las «reglas estatutarias... deben ser consecuentes con los valores que informan la Constitución».

⁶¹ V., ampliamente, al respecto, P. BARTODZIEJ, «Ansprüche auf Mitgliedschaft in Vereinen und Verbänden», *ZGR*, 1991, p. 517 ss., esp. p. 522; entre nosotros, ampliamente, FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, pp. 103 y 107. Lógicamente, la aplicación a una asociación concreta de las reglas propias de la posición de dominio exige determinar previamente que tal asociación disfruta de dicha posición de dominio. Los criterios para determinarlos pueden ser los mismos que se utilizan en el Derecho de la competencia. Así pues, la cuestión debe resolverse examinando si la asociación en cuestión está sometida a competencia efectiva o potencial por parte de otras asociaciones. Habrá que determinar si en el mercado en el que actúa la asociación hay barreras de entrada importantes que dificulten la creación de una asociación competidora. Por ejemplo, la imposición legal de que sólo exista una asociación «oficial» en el deporte organizado de una región constituye una barrera de entrada invencible que garantiza el monopolio de la asociación existente. Visto desde la perspectiva del asociado expulsado (o que desea ser admitido en la asociación) lo relevante será si le es exigible al particular expulsado dirigirse a otras asociaciones o fundar él mismo una asociación nueva. En la realización de este juicio será relevante el tipo de prestaciones que brinde la pertenencia a la asociación, analizando su necesidad desde el punto de vista del libre desarrollo de la personalidad, es decir, si pueden perseguirse los fines que busca la asociación sin pertenecer a ella y si puede exigirse que renuncie a la persecución de tales fines, v., al respecto, BARTODZIEJ, *ZGR* 1991, p. 537; en el mismo sentido, entre nosotros, P. SALVADOR, *Introducción*, p. 19: «nada impide... que una asociación cuyo objeto es absolutamente trivial se organice cerrada y monopolísticamente».

El Tribunal Constitucional mantuvo la misma opinión en la sentencia 218/1988 donde puede leerse que «lo dicho hasta ahora se refiere a las asociaciones puramente privadas. Una situación distinta surgiría si la expulsión del socio... se produjese en una asociación que aun siendo privada, ostentase de hecho o de derecho una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la pertenencia o exclusión de ella supusiese un perjuicio significativo para el afectado». Sin embargo, en la STC 96/1994, de 21 de marzo⁶², parece modificarse tal criterio al convertir el perjuicio significativo no en una consecuencia de la expulsión de una asociación que ostente posición de dominio porque el expulsado no tiene alternativa en el «mercado de asociaciones» para desarrollar su personalidad, sino en un criterio añadido que justifica, por sí solo el control. De modo que basta con que la exclusión produzca un perjuicio al excluido (en el caso se trataba de una cooperativa de viviendas con la pérdida consiguiente de la adjudicación de la vivienda) para que el control de la decisión societaria pueda ser más intenso⁶³. A nuestro juicio, el único perjuicio relevante es el derivado de la falta de alternativas razonablemente disponibles a la pertenencia a la asociación en cuestión. El hecho de que alguien sufra un perjuicio grave porque su contraparte resuelve el contrato que les une no altera la legitimidad de la resolución, la cual dependerá de que se haya realizado en los casos previstos por la ley o pactados por las partes. Los contratantes pueden y deben prever los posibles perjuicios derivados de una eventual resolución y «contratarlos» adecuadamente. El «perjuicio económico» es un criterio poco adecuado para delimitar el ámbito de intervención de los jueces en los conflictos internos de una asociación. Es evidente, por ejemplo, que la expulsión de un individuo de un club deportivo titular de un campo de golf, puede suponerle un perjuicio económico mayor (si tiene que desplazarse y pagar una entrada en otro campo de golf para poder seguir practicando tal deporte) que la expulsión de una sociedad cooperativa o anónima si tenemos en cuenta que los socios de una asociación carecen de derechos sobre el patrimonio social.

2. El *control del contenido de los estatutos sociales* debe realizarse de acuerdo con idénticos criterios a los del derecho de las condiciones generales⁶⁴. Por tanto, serán nulas las cláusulas que prevean motivos

⁶² Comentario MARÍN LÓPEZ, *CCJC*, 36 (1994), pp. 771 ss.

⁶³ En este sentido, la crítica de Marín, *CCJC*, 36 (1994), p. 785. V., ampliamente, FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, p. 72

⁶⁴ También puede recurrirse directamente al artículo 6 LDC ya que el contenido de su número 2 es semejante al contenido de una ley de condiciones generales. En dicho precepto se prohíbe la imposición de «precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativas» (letra *a*) lo que sería valorativamente semejante a la inclusión en los estatutos sociales de cláusulas inicuas; «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios» (letra *C*) sería equivalente, en el caso de una asociación, a la negativa a admitir a una persona determinada como socio injustificadamente; «la aplicación... de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes» (letra *d*) sería equivalente a la inclusión de discriminaciones en el *status* de los socios, etc.

fútiles, arbitrarios o de escasa relevancia como causas de exclusión teniendo en cuenta que la asociación –aun cuando ostente posición de dominio– tiene un legítimo interés en autoprotgerse frente a socios que puedan perturbar la vida asociativa y, en general, poner en peligro la consecución del fin común. Igualmente, ha de respetarse el derecho de la asociación a mantener en su seno sólo a personas que cumplan determinados requisitos, pero, en tal caso, los requisitos no pueden ser arbitrarios sino que han de estar razonablemente ligados al fin perseguido por la asociación⁶⁵. Igualmente, corresponde a los jueces -a falta de regulación legal expresa- determinar la regulación estatutaria «conforme con la buena fe» (art. 1258 CC), es decir, la que resulte de una valoración equilibrada de los intereses del socio y del grupo y utilizar la misma como medida de valoración de la regulación estatutaria [arg. analog. *ex art. 10.1 c) LCU*]. También parecen extensibles a la nulidad de una cláusula estatutaria de una asociación las consecuencias contractuales previstas para la nulidad de una condición general en un contrato de intercambio⁶⁶.

V. ¿ OTRAS EXCEPCIONES? LOS ESTATUTOS COMO CONDICIONES GENERALES, EL PRINCIPIO MAYORITARIO Y LAS ASOCIACIONES CON FINES IDEOLÓGICOS

1. A menudo se ha planteado la necesidad de extender el régimen excepcional que acabamos de describir para las asociaciones con posición de dominio a *cualquier asociación* sobre la base de un argumento semejante al que se utiliza para justificar el control del contenido de las condiciones generales. Se afirma que la adhesión a los estatutos sociales es semejante a la adhesión a condiciones generales: el que se integra en una asociación adopta una actitud semejante a la del que se adhiere a unas condiciones generales y se produce una *asimetría informativa* semejante en ambos casos⁶⁷: no lee los estatutos ni participa, habitualmente,

⁶⁵ Véase, BARTODZIEJ, *ZGR*, 1991, p. 535: es obvio que un sindicato, aun cuando ostente posición de dominio, puede expulsar a un miembro que haya dejado de ser trabajador y se haya convertido en empresario.

⁶⁶ En el mismo sentido, BUNTE, *ZGR*, 1991, p. 324-325.

⁶⁷ Para lo que sigue, véase, ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 44 ss. No parece haber comprendido nuestra posición acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales P. PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996, pp. 684 ss. Contra lo que se deduce de la exposición de esta autora (véase, p. ej. p. 686, nota 72), no hemos sostenido que la firma al pie de un formulario no sea consentimiento contractual *respecto a los elementos esenciales del contrato*, sino únicamente que la firma al pie de un formulario no significa *consentimiento del adherente respecto de las condiciones generales*. Por tanto, la firma será aceptación del contrato suficiente para vincular al adherente, pero insuficiente para que le sean oponibles condiciones generales, porque la validez de éstas no depende de que hayan sido aceptadas, sino de que su contenido sea equilibrado: ¿cómo puede justificarse que las

en su modificación. A nuestro juicio, tal extensión está injustificada: la situación de un asociado respecto de la asociación a la que pertenece no es, en muchos aspectos significativos, semejante a la del adherente a unas condiciones generales.

a) En relación con las *asociaciones de carácter «cerrado»*, es decir, con un número reducido de socios y en el que los socios participan en la vida social activamente, la comparación con las condiciones generales resulta poco afortunada. Cualquiera de los que participan en la fundación de una asociación tiene los incentivos suficientes para consentir –participar en la asociación– sólo tras haberse preocupado por el contenido de los estatutos. La conducta del fundador que se despreocupa del contenido del contrato social es reprochable, ya que le hubiera sido exigible contro-

condiciones generales sean válidas o nulas, no en función de que hayan sido acordadas o no –criterio que vale para el contenido esencial del contrato, cuya validez no se ve afectada–, sino en función de que su contenido sea equilibrado o desequilibrado como dispone el art. 10.1 c) LCU? (véase, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 77-79, 103 y 138); tampoco hemos sostenido –sino precisamente lo contrario– que «es un hecho que la posibilidad o imposibilidad de la negociación de los términos del contrato no puede impedir la caracterización de un acto objetivo de asentimiento como declaración de voluntad». Justamente, creemos haber aclarado en nuestra doctrina que el «regateo» o la negociación no garantizan la existencia de libertad contractual (ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 66 ss.). La profesora Perales afirma (p. 688, nota 74) que el profesor Gondra y el profesor Giner han «desmontado» el «andamiaje» que construimos en nuestro libro porque han mostrado que «las condiciones generales de la contratación... (constituyen un)... factor de competencia empresarial en el mercado. Y no únicamente en lo que respecta a los elementos esenciales del contrato, sino respecto a otros elementos que se sopesan perfectamente por los oferentes y por los demandantes de un bien o servicio». Creemos poder sacar a la autora de un error. El argumento reproducido no es del profesor Gondra ni de Giner, sino de Zöllner y está debidamente contestado en nuestro libro en la página 74 nota 126, nota que debió de pasar desapercibida al profesor Gondra. Creemos modestamente que el tono empleado por la autora no se compadece con lo escasamente fundado de sus opiniones en esta materia. Tras afirmar que hay libertad contractual en la adhesión, considera justificado el control del contenido de los contratos sobre la base de normas como los artículos 7, 1288 y 1289 CC y 53, 57, 58 y 59 CCo (p. 690) lo que resulta, cuando menos, sorprendente porque, por un lado, se trata de normas aplicables a todo tipo de contratos y no sólo a los de adhesión y, por otro, supone resucitar el control encubierto del contenido de los contratos a través de las normas de interpretación contractual, lo que no parece aceptable. No se entiende, tampoco, que, siendo partidaria del control del contenido, rechace nuestra propuesta de extender la aplicación del artículo 10.1 c) LCU a los adherentes-empresarios. Hay, a nuestro juicio, algunos otros errores graves en la exposición de esta materia por la profesora Perales. El artículo 2.20 de los principios Unidroit estaría a su juicio recogiendo una norma de control del contenido de las condiciones generales que sería la de la «razonabilidad» (p. 692). La simple comparación del precepto citado con el § 3 AGBG permitiría a cualquiera reconocer que recoge la regla de las cláusulas sorprendentes que es un requisito de inclusión de las condiciones en el contrato). Pero lo que resulta más sorprendente es que, a pesar de que todos los argumentos hablan en contra de la idea de que las «guerras de formularios» o conflictos entre condiciones generales se encuentren reguladas en la Convención de Viena, lo que es doctrina absolutamente mayoritaria, afirme que no le cabe «ninguna duda» en sentido contrario (véase p. 712 donde la autora *no puede citar ni un sólo autor en favor de su opinión*, lo que debería haberle llevado, cuando menos, a dudar de la corrección de su interpretación), opinión tanto más sorprendente cuanto la simple lectura de su trabajo conduce, a cualquier lector razonable, a pensar lo contrario (véase p. 713-714). Lógicamente, con ese punto de partida, la autora tiene que luchar contra el mundo en lo que al régimen jurídico de las «guerras de formularios» se refiere.

lar dicho contenido antes de dar su consentimiento. Es esencial a la contratación estandarizada la existencia de un predisponente (que formula en su interés el contenido de las condiciones contractuales) y adherentes, esto es, clientes que se ven «coaccionados» a aceptar las condiciones generales. Tal situación no es, ni formal ni sustancialmente, la que se produce en el momento de constituirse la asociación. Ninguno de los socios tiene los incentivos que tiene el predisponente para modificar la situación legal en su beneficio y todos los socios tienen más incentivos para controlar la conducta del «redactor» del contrato de los que tiene un adherente a condiciones generales. En términos más rotundos, el contrato de asociación es un contrato «individual», no un contrato de «adhesión»⁶⁸. Pero es que, además, la posibilidad de explotación del socio de una asociación, en comparación con las sociedades mercantiles es mucho menor por dos razones. En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede en las sociedades mercantiles, en las asociaciones, los votos que sirven para tomar las decisiones sociales se atribuyen por cabezas y no en función de la aportación al capital social, lo que hace difícil que se produzca la situación típica en la que un socio puede ser explotado, esto es, que se encuentre en minoría frente a una mayoría estable (porque uno de los socios o un grupo de ellos ostente un porcentaje de acciones o participaciones mayoritario). La posibilidad de mayorías cambiantes es mucho mayor en las asociaciones. En segundo lugar, la posibilidad que tienen los socios de abandonar la asociación en cualquier momento y sin necesidad de justificación alguna impide que el socio quede «encerrado» en la asociación y sometido a la explotación de sus consocios. Así pues, puede afirmarse que en las asociaciones de carácter cerrado, los *mecanismos contractuales* garantizan la existencia de libertad contractual y hacen innecesario el control del contenido propio del Derecho de las condiciones generales de la contratación.

b) En el caso de las asociaciones que podríamos denominar «abiertas», esto es, las asociaciones con un elevado número de miembros y en las que existe una clara separación entre la «propiedad y el control», es decir, entre la masa social «pasiva» y una minoría de socios muy activa que gestiona directamente o controla a los gestores profesionales de la asociación los mecanismos que protegen a los socios son —como ocurre con las sociedades anónimas abiertas— *mecanismos de mercado*. Si estas asociaciones tienen posición de dominio, se aplica lo expuesto en el apartado anterior. Si no tienen posición de dominio están, por definición, sometidas a competencia por la captación de socios, de manera que cualquier intento por parte de los socios de control de incluir reglas abusivas en los estatutos sociales o abusar de cualquier otra forma de los socios pasivos se traducirá, a medio plazo, en un abandono de la asociación por parte de éstos que,

⁶⁸ En sentido similar, K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2.^a ed, 1991, reimpr. 1994, Colonia *et al.* pp. 107-108.

como frente a cualquier proveedor insatisfactorio, se dirigirán a la competencia para satisfacer las necesidades (alcanzar los fines) que les llevaron a incorporarse a la citada asociación. Así pues, y como ocurre con carácter general, la existencia de una alternativa razonablemente disponible a soportar las condiciones inicuas —el abandono de la asociación y la incorporación a la asociación competidora— garantizan la libertad contractual⁶⁹.

c) Por último, debe añadirse que las leyes de condiciones generales provocan, por su mera existencia una cierta uniformización de los contratos que se utilizan en la práctica, en cuanto obligan a los empresarios a adaptar sus formularios a la regulación supletoria legal que, por efecto de la legislación de condiciones generales adquiere un carácter imperativo si no en sus reglas concretas sí en sus valoraciones y principios⁷⁰. Tal uniformización reduce la variedad contractual, lo que no es excesivamente grave en estos tipos contractuales porque los tipos reales se asemejan notablemente. En el caso de las sociedades y asociaciones, sin embargo, la uniformidad estatutaria que provocaría una normativa legal imperativa significaría una limitación inaceptable del derecho de autoorganización de los grupos al que antes nos hemos referido. Limitación inaceptable porque el legislador no estaría en condiciones de atender, con una sola regulación la variedad de necesidades que derivan de la pluralidad social tanto en los fines perseguidos como en los medios que los particulares desean utilizar para lograrlos. Si algo se deduce de la discusión actual acerca del Derecho comparado de sociedades es que no tiene sentido afirmar que una organización determinada de una actividad en común de varias personas es más eficiente que otra *para cualquier actividad*⁷¹. Ofrecer a los particulares estructuras legales que les permitan adaptarse a los cambios del entorno exige derecho dispositivo, es decir, espacio para los acuerdos contractuales⁷². El problema es

⁶⁹ Véase, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 44 ss: posibilidad de «salir» de la asociación sin excesivos costes y fundar una perfectamente adaptada a los deseos del asociado, etc. en sentido parecido, BUNTE, *ZGR*, 1991, p. 323, quien afirma que el papel de la competencia entre asociaciones por atraer asociados protege a éstos frente a regulaciones estatutarias abusivas.

⁷⁰ Véase J. ALFARO, voz «Condiciones generales de la contratación», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid 1995, vol I, p. 1382: «las condiciones generales... sólo son válidas si son conformes con la cláusula general de buena fe [art. 10.1 c) LCU] ... buena fe significa conformidad de la condición general con el reparto de riesgos recogido en el Derecho dispositivo»

⁷¹ Véase en el ámbito de las sociedades anónimas y limitadas, J. MACEY «Takeover Defense Tactics and Legal Scholarship: Market Forces Versus the Policymaker's Dilemma», *Yale L. J.*, 96 (1986) p. 342.

⁷² «El diseño de acuerdos institucionales que proporcionan incentivos para estimular la experimentación... sin inmunizar tales experimentos respecto del test definitivo de la supervivencia», H. DEMSETZ, «Information and Efficiency: Another Viewpoint», *J. L. & Econ.*, 12 (1969) pp. 2 ss. reproducido en H. DEMSETZ, *Efficiency, Competition & Policy. The Organization of Economic Activity*, vol. II, Oxford, 1989, pp. 3 ss., esp. p. 19 por donde se cita; véase, en particular, F. EASTERBROOK/D. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge Mass. 1991, p. 166; véase, también L. E. RIBSTEIN, «Efficiency, Regulation and Competition. A Comment on Easterbrook & Fischel's ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW», *Northwestern U. L. Rev.*, 87 (1992) pp. 253 ss, esp. p. 255.

especialmente grave en el caso de las asociaciones, puesto que en el caso de las sociedades, los particulares disponen, al menos, de un sustitutivo, aunque imperfecto, de la libertad contractual, como es la multiplicación de tipos societarios⁷³. Los futuros socios de una actividad empresarial pueden elegir entre una amplia panoplia de tipos sociales (sociedad colectiva, limitada, anónima, anónima laboral, cooperativa, etc.) y escapar así al Derecho imperativo de cualquier tipo concreto si lo consideran ineficiente para sus fines, pero los socios de una asociación no tienen alternativa: si el Derecho de asociaciones fuera imperativo, bien directamente o bien a través de la aplicación del derecho de las condiciones generales a los estatutos de cualquier asociación, no tendrían escapatoria para huir de tal Derecho si les parece ineficiente, ya que sólo existe un tipo legal de asociaciones. En definitiva, aplicar a las asociaciones el Derecho de las condiciones generales provocaría los mismos efectos indeseables sobre el contenido esencial del derecho de asociación que provoca la traslación indebida de los principios del Derecho administrativo sancionador aquí criticada.

2. Por último, según algunos autores, también merecen un tratamiento excepcional —en lo que al control de las decisiones asociativas se refiere— las asociaciones de carácter ideológico. En este caso, el régimen legal debería ir dirigido, en sentido contrario, a garantizar que el control judicial sea muy reducido en el caso de las «entidades que promueven fines ideológicos», es decir, de las «asociaciones religiosas o de las asociaciones de personas que comparten un cierto ideario o una u otra concepción del mundo»⁷⁴. Estas asociaciones —se afirma— «pueden tener un poder inmenso»⁷⁵ (pero) «no están sujetas a control judicial. La pugna entre las distintas creencias y el debate de las ideas deben quedar al margen de los conflictos judiciales porque un tribunal no es la sede adecuada para decidir *cuestiones ideológicas* y, además porque las asociaciones basadas en un ideario común no pueden subsistir si deja de haber comunidad de ideas»⁷⁶. (Por el contrario) «si los fines asociativos son preponderantemente económicos, rige un criterio distinto: la ley ampara la revisión judicial plena de las sanciones porque presupone que al socio

⁷³ La multiplicación de tipos o formas societarias legales es un sustitutivo imperfecto porque no ofrece la variedad óptima socialmente deseada. Este es un tema muy largamente discutido en Europa, v., con más indicaciones, LUTTER, «Das System der Kapitalgesellschaften», *GmbH* 1990, 377 ss.; ROTH (ed) *Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch - Ein internationaler Vergleich*, 1990

⁷⁴ Así, FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, p. 127.

⁷⁵ Debe aclararse que el hecho de que una asociación tenga un «poder inmenso» no significa que tenga poder de mercado o posición de dominio. *Greenpeace* o la iglesia católica tienen un poder inmenso en sus ámbitos de actuación, pero están sometidos a competencia efectiva y, sobre todo, a competencia potencial, por lo que el «poder inmenso» no implica posibilidad de opresión sobre la sociedad. Cuando la Iglesia católica ha podido oprimir a los ciudadanos ha sido cuando el Estado le ha prestado su apoyo. Se repite, en el ámbito ideológico, idéntica situación a la que observamos en el ámbito económico: no hay monopolio que cien años dure sin la cooperación o el sostenimiento del Estado.

⁷⁶ FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, p. 127.

expulsado se le causa siempre, por el mero hecho de la expulsión, un daño patrimonial»⁷⁷. Por último –concluyen estos autores– si la asociación en cuestión es una asociación democrática, «los órganos de gobierno no pueden sancionar a nadie por exponer hechos u opiniones relevantes para el ejercicio de estos derechos ni, menos todavía, por ejercerlos efectivamente»⁷⁸.

En nuestra opinión, las conclusiones que se acaban de exponer son plenamente compartibles, pero para alcanzarlas no es necesario alterar el planteamiento expuesto en estas páginas.

a) En primer lugar, la expulsión de una sociedad no tiene por qué causar al excluido ningún perjuicio económico. Si los estatutos y la ley garantizan el derecho del socio excluido al valor real de su participación, el socio excluido no experimenta daño patrimonial alguno por su salida de la sociedad⁷⁹. El «daño» patrimonial lo experimentan los socios de aquellos tipos sociales que, como las cooperativas, no reconocen a los socios plenos derechos sobre el patrimonio social. Pero tal sucede, exacerbadamente, en las asociaciones puesto que si en las cooperativas los derechos patrimoniales de los socios sobre los bienes comunes son limitados, en el caso de las asociaciones, los socios carecen de cualquier derecho sobre dicho patrimonio⁸⁰. Por tanto, el criterio del perjuicio económico debería llevar, precisamente, a someter a un control exhaustivo las decisiones de todas aquellas asociaciones cuya pertenencia determine la posibilidad de disfrutar de un determinado patrimonio (asociaciones recreativas, culturales, deportivas, etc.), disfrute que termina cuando el asociado causa baja por expulsión.

b) En segundo lugar, es perfectamente cierto que los juzgados no son lugares «equipados» adecuadamente para dirimir conflictos ideológicos y que resulta consecuente afirmar que las decisiones y normas internas de las asociaciones ideológicas quedan sometidas, *de facto*, a un control judicial de menor intensidad que las asociaciones y sociedades de otro tipo. Pero, tal resultado no justifica, a nuestro juicio y según hemos adelantado, que los jueces deban aplicar a dichas asociaciones reglas especiales. Lo que sucede es que *la aplicación de las mismas reglas conduce a un control efectivo de las decisiones asociativas de menor intensidad*. En efecto, el control, en todos los casos, debe hacerse atendiendo al fin común –causa del contrato de asociación– y a las normas legales y estatutarias aplicables. Ocurre que, procediendo de esta forma, en el caso de las asociaciones de carácter ideológico, la salvaguardia del fin común tolera muy escasamente

⁷⁷ FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, pp. 127-128.

⁷⁸ FERRER/SALVADOR, *Asociaciones*, p. 131.

⁷⁹ Véase ALFARO, *Exclusión de socios*, pp. 917 ss.

⁸⁰ Tales limitaciones se compensan con un régimen fiscal muy favorable del que no disfrutaban las sociedades cuyos socios ostentan plenos derechos sobre el patrimonio social.

«desviaciones» o discrepancias por parte de los socios. Es decir, la consecución del fin común se ve puesta en peligro mucho más fácilmente por los comportamientos disidentes de cualquiera de los socios en una secta religiosa que en el caso de una asociación recreativa que organiza excursiones a los Pirineos. Es, pues, una exigencia del fin común en el primer caso —y, en mucho menor grado en el segundo—, que la asociación pueda disponer de mecanismos eficaces para separar de la asociación a los socios discrepantes. De lo cual se deriva que, la mera discrepancia respecto de la ortodoxia ideológica sea (justo motivo) causa de expulsión con independencia de quién —los órganos directivos o los disidentes— pudiera ser «mejor guardian de las esencias ideológicas de la asociación», cuestión en la que, obviamente, los jueces no pueden entrar⁸¹. Pero fuera de esta «concretización» de la cláusula general de exclusión por justos motivos, acorde con el distinto fin común, parece obvio que el juez deberá comprobar si, en la expulsión, se han seguido las normas procedimentales previstas en los estatutos y en la ley, de igual modo que en una asociación recreativa; si los hechos de los que se «acusa» al expulsado son ciertos y si la asociación ha actuado de conformidad con la buena fe al ejercitar su derecho a expulsar al socio disidente.

VI. CONCLUSIÓN

Es una verdad evidente que la metodología aprendida por el investigador condiciona su aproximación a los temas que estudia. La pereza de los privatistas en ocuparse de las asociaciones⁸² se ha pagado con deformaciones que resultan de haber pretendido encajar agrupaciones voluntarias de personas y relaciones entre particulares en las categorías e instrumentos del Derecho público. Afortunadamente, todavía estamos a tiempo de dejar claro que el Derecho de asociaciones no plantea problemas esencialmente distintos al Derecho público constitucional, administrativo o

⁸¹ Véase GALGANO, *Commentario*, p. 336 y en nota 41 con algunos ejemplos expresivos ¿cómo puede juzgar un tribunal si el comportamiento del socio es contrario a la «consolidada ortodoxia del pensamiento social cristiano»? Parece claro que, en tales casos, «el juez deberá limitarse a comparar las declaraciones del asociado con las directivas ideológicas del partido y no a constituirse en árbitro de la ortodoxia ideológica de este último» p. 337. Además, las sociedades «ideológicas» difícilmente pueden alcanzar una posición de dominio que justifique la imposición, por parte del Estado, de deberes de comportamiento concretos en materia de admisión y expulsión de socios. Por el contrario, le es perfectamente exigible al socio discrepante con la «línea oficial de pensamiento» de la asociación, que se separe de la misma y cree una asociación competidora si así lo cree oportuno.

⁸² Resulta sorprendente, en este sentido, la desproporción existente en los trabajos en la materia. Cualquiera que se haya introducido en ella habrá comprobado que, mientras abundan sobremanera los estudios dedicados al Derecho de sociedades, la literatura elaborada dogmáticamente desde una perspectiva de Derecho privado en el campo de las asociaciones es prácticamente inexistente.

penal de los que plantea el Derecho de la sociedad limitada⁸³; que forma parte del Derecho de sociedades; que las relaciones entre los socios y la asociación se rigen por los principios y reglas del Derecho contractual y que los socios de una asociación, como los socios de una sociedad limitada, pueden ser expulsados de acuerdo con los estatutos y, en todo caso, por «justos motivos»; que las intromisiones del Derecho público en la materia son ilegítimas, tanto si son directas como si se producen a través de principios generales, sencillamente porque las reglas de comportamiento que la Constitución impone a los poderes públicos en sus relaciones con los particulares no pueden trasladarse, ni siquiera analógicamente, a las relaciones entre particulares; que el rechazo a tal analogía está bien fundado porque, como en todos los ámbitos del Derecho privado, la protección de los derechos y libertades de los asociados está remitida, no a la acción del legislador sino a las garantías que ofrece el mercado: a la «voz» dentro de la asociación si las reglas internas de la asociación lo facilitan y, sobre todo, a la «salida», a la posibilidad de cambiar de asociación o de crear una nueva, incluso, sin otro objetivo que liberar a la sociedad de la presencia de la primera.

⁸³ Véase, por ejemplo, LUCAS MURILLO, *Derecho de asociación*, p. 272, que afirma, siguiendo a Santamaría Pastor, que «las asociaciones, aun siendo personas jurídicas privadas, persiguen, como dice el mismo Código Civil, finalidades de interés general que implican una vertiente administrativa indudable y que explican, hoy por hoy, la intervención de la Administración en su desenvolvimiento». el carácter no lucrativo del fin, sino también que éste sea «de interés general» (en el mismo sentido, LASARTE, *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, pp. 617-618). Dicha limitación no puede, naturalmente, aceptarse, puesto que una asociación cuyo fin sea que sus miembros disfruten de unas instalaciones recreativas no podría, por ejemplo, ser considerada como asociación. En el mismo sentido que Lasarte, aparentemente, E. LUCAS, *Derecho de asociación* p. 272. Sólo hay que advertir que el Código Civil no habla de asociaciones de interés general, sino de asociaciones de interés público y asociaciones de interés privado; y que, según la doctrina más autorizada, interés público y privado deben entenderse como interés impersonal/corporativo (véase, sobre el debate respecto a los artículos 35 y 36 CC, F. PANTALEÓN, «Sociedad y asociación», *ADC*. 1993, pp. 19 ss., rechazando que dichos preceptos sirvan para fundar una clasificación tipológica de las personas jurídicas en nuestro Derecho.

Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral *

G. CALABRESI y A. D. MELAMED

Traducción de PEDRO DEL OLMO GARCÍA

(Universidad Carlos III de Madrid)

I. INTRODUCCIÓN

Pocas veces se han abordado las cuestiones relativas a *Propiedad* y las cuestiones relativas a *Responsabilidad civil extracontractual* desde un punto de vista unitario. Sin embargo, recientes estudios jurídicos¹ sobre temas relacionados con la economía y estudios sobre el derecho realizados por economistas, sugieren que sería útil tratar de integrar las relaciones jurídicas que se engloban en esas materias y que este empeño sería provechoso tanto para los estudiantes jóvenes como para los estudiosos de mayor nivel. En este trabajo se propone una visión semejante partiendo del concepto de «derecho»² y distinguiendo según se proteja la situación de poder del individuo con *reglas de propiedad*, *reglas de responsabilidad* o *reglas de inalienabilidad*³. Después se analizarán algunos aspectos del problema de la

* «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral». Artículo publicado en *Harvard Law Review*, abril de 1972, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128. Debo agradecer al Prof. Dr. D. Santos Pastor la idea de traducir este artículo. También quiero agradecer al Prof. Dr. D. Fernando Pantaleón, el tiempo que dedicó a discutir conmigo la traducción más razonable de algunos términos técnicos del original.

¹ Véase, por ejemplo, MICHELMAN, «Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's COSTS», 80 *YALE L. J.* 647 (1971) (análisis de tres posibles soluciones para problemas de contaminación); DEMSETZ, «*Toward a Theory of Property Rights*», 57 *Am. Econ. Rev.* 347 (1967) (vol. 2) (análisis de la propiedad como una dimensión de la internalización de costes que ignora las posibles alternativas en términos de reglas de responsabilidad).

² En el original se emplea el término «entitlement». Normalmente lo traducimos como «derecho», pero también emplearemos «titularidad» y/o «facultad». Se trata de definir una situación de poder que el sistema jurídico reconoce a ciertas personas, ya sea en términos generales (como derecho a la vida), o ya sea en casos concretos (se habla de tener derecho a detener la actividad contaminante de tu vecino a resultas de un procedimiento judicial concreto). (*Nota del traductor.*)

³ Una visión que supusiese una total y completa integración es probablemente imposible, por ello hay que insistir en que este artículo representa solamente una de las maneras de abordar y analizar problemas jurídicos. Por eso no nos dedicaremos a estudiar esas cues-

contaminación y del problema de las sanciones penales para demostrar que el enfoque elegido nos permite descubrir ciertas cuestiones que han sido ignoradas por los autores que han tratado cada uno de estos dos campos.

La primera cuestión que debe afrontar cualquier sistema jurídico es la de decidir, ante un determinado conflicto de intereses, cuál de las partes enfrentadas va a prevalecer, esto es, decidir en qué sentido se va a resolver un conflicto de intereses existente. En ausencia de esa decisión del Estado, imperaría la ley del más fuerte: el acceso a los bienes y servicios, el acceso a la vida misma, dependería de un criterio de mera fuerza o astucia y triunfarían siempre las pretensiones de aquel que fuese más fuerte o más astuto⁴. Ante un conflicto de intereses entre dos personas, o entre dos grupos de personas, el Estado debe, pues, decidir qué parte va a estar facultada para hacer valer sus intereses. Así nos encontraremos con decisiones del Estado acerca de si va a reconocer un derecho a hacer ruido o si, por el contrario, va a reconocer un derecho a exigir silencio, otras decisiones acerca de si va a existir un derecho a contaminar o si va a existir un derecho a respirar aire puro, acerca de si se va a reconocer el derecho a tener hijos o se va a reconocer un derecho a prohibir tener hijos.

Una vez que se ha decidido convertir en derecho la posición de una de las partes del conflicto de intereses, es decir, una vez que se ha decidido qué parte del conflicto va a resultar ganadora y se ha reconocido su correlativo derecho o facultad, el Estado debe preocuparse de que esos derechos o facultades sean respetados. Es claro que la simple decisión sobre quién tiene derecho no nos hace superar la fase en la que impera la ley del más fuerte, por lo que siempre será necesaria una mínima intervención estatal⁵ en apoyo de estas decisiones iniciales.

tiones jurídicas fundamentales que se centran en qué instituciones y qué procedimientos son los mejores para adoptar cada tipo de decisiones, a menos que en ellas se esté planteando directamente el problema de qué derechos reconocer y con qué tipo de protección. Esto no supone que infravaloremos la importancia, quizá la primacía, de las consideraciones jurídicas formales, véase, más abajo, pp. 40 y 41, sino que aquí estamos interesados por los resultados que pueda ofrecer un análisis basado en una aproximación distinta sobre problemas que usualmente se estudian a la luz de esas consideraciones de dogmática jurídica.

Como gusta decir el profesor Harry Wellington en muchas discusiones sobre Derecho, este artículo quiere ser sólo uno de los cuadros de Monet sobre la catedral de Rouen. Para hacerse una idea de cómo es la catedral hay que contemplar todos los cuadros. Vid. HAMILTON, *Claude Monet's paintings of Rouen Cathedral*, 4-5, 19-20, 27 (1960).

⁴ Se podría concebir el Estado como una gran coalición entre amigos que tendría por objeto simplemente hacer obligatorias las reglas necesarias para que se alcanzaran los deseos de la coalición dominante. Las normas jurídicas no serían otra cosa, desde ese punto de vista, que la ley del más fuerte puesta por escrito para cada caso. Esta visión del Estado no nos parece plausible aunque sólo sea por el hecho de que el Estado decide innumerables cuestiones en uno u otro sentido y para satisfacer los intereses de muy distintos grupos sociales. Este hecho, por sí mismo, postula un tipo de análisis distinto al de considerar que todos los derechos que se reconocen se basan en usos más o menos directos y descentralizados de la ley del más fuerte.

⁵ Véase la excelente exposición de esta cuestión general, hecha por un economista, en SAMUELS, «Interrelations Between Legal and Economic processes», *14 J. Law & Econ.* 435 (1971).

Esto es fácil de comprender con un ejemplo de propiedad privada. Si Taney es propietario de un campo de coles y Marshall, que es más fuerte⁶, desea una col, no bastará con que se reconozca al primero un derecho a la propiedad de la tierra y sus frutos, sino que hará falta una intervención del Estado para evitar que Marshall simplemente arrebate una col a Taney. Si el Estado no adoptase inicialmente un derecho a la propiedad privada sino un derecho a la propiedad comunal sobre la tierra y sus frutos, también se necesitaría de su intervención para que esa decisión inicial tuviese eficacia. El ejemplo sería ahora el de un fornido Marshall que ha plantado coles en un campo comunal y que se niega a proporcionárselas a Taney, que es más débil. El Estado deberá entonces intervenir para hacer que se respete el derecho de Taney a disfrutar las coles de propiedad común.

Se puede encontrar un paralelismo similar si pensamos un ejemplo relativo a la integridad física. Pensemos en la situación de un individuo canijo en un Estado que le reconoce en abstracto el derecho a su integridad, pero que no dispone de mecanismos para proteger ese derecho frente a una lujuriosa Juno. Si la decisión estatal inicial fuese la contraria, esto es, reconocer a todos un derecho a disponer del cuerpo de los demás, piénsese en la situación del canijo que pretende los favores de una Juno poco propicia cuando no exista la posibilidad de instar al Estado para que haga cumplir esa decisión inicial.

Esta necesidad de intervención del Estado para hacer respetar los derechos o facultades que haya decidido reconocer, se aprecia también, aunque de una manera un poco más complicada, en los casos en los que una persona resulta lesionada por la actuación de otro. Cuando en un accidente de automóvil se deja que sea la víctima la que sufra las consecuencias de los daños causados, no es porque así lo haya ordenado Dios, sino porque el Estado ha reconocido al autor del daño un derecho a realizar una actividad sin verse sujeto a responsabilidad por las eventuales

No creemos que esté implícito que el Estado se apoye siempre en la fuerza para hacer respetar los derechos que reconoce. Tampoco pensamos que sin la intervención del Estado sólo triunfaría la fuerza. La utilización por el Estado de creencias de que se está obligado o de normas morales es crucial para que se respete la mayor parte de los derechos reconocidos en una sociedad y, además, es de una gran eficiencia. Paralelamente, en una situación en la que no hubiese Estado, los individuos probablemente se pondrían de acuerdo en algunas normas de comportamiento para regular los derechos que solucionarían los eventuales conflictos, sobre la base de criterios distintos al de la ley del más fuerte. Esto no implica que esas normas de comportamiento obedecieran a las mismas consideraciones que, como veremos, subyacen a las normas jurídicas que establecen derechos. Lo que hay que destacar es que esos acuerdos que los individuos podrían alcanzar llegarían, de la misma manera que ocurre con las normas jurídicas, a establecer lo que podemos llamar «obligaciones», y esas obligaciones harían que los individuos se comportaran, en un caso concreto, conforme al acuerdo social que las estableció, por mucho que existiera o no un grupo dominante. En este artículo no nos ocuparemos tanto de esas obligaciones como de los motivos que pueden explicar las normas que dan lugar a su nacimiento.

⁶ «Más fuerte» no alude, evidentemente, sólo a fuerza física, sino que alude al conjunto de recursos que el individuo puede emplear. Si la pandilla de Marshall es más ingeniosa y más musculosa que la de Taney, la primera será la que consiga las coles.

consecuencias dañosas que pudieran derivarse de la misma; además el Estado estará dispuesto a intervenir para evitar que los amigos de la víctima se tomen la justicia por su mano en el caso de que resulten ser más fuertes que el autor del daño⁷. La regla inicial opuesta conducirá a casos en los que el daño no será asumido finalmente por la víctima, sino que será otra persona, por ejemplo el autor, la que sufrirá las consecuencias patrimoniales del evento dañoso. Lo que sucede en estos casos es que se habrá partido del reconocimiento estatal del derecho a ser compensado por los daños derivados de la actuación de otro, y que el Estado tendrá mecanismos preparados para evitar que el autor del daño pueda rechazar la petición de compensación de la víctima cuando ésta sea más débil que aquél.

El Estado no sólo tiene que decidir, como hemos visto, qué derechos va a reconocer y quiénes van a ser sus titulares, sino que también ha de adoptar otro tipo de decisiones que podemos considerar como de segundo grado. Estas decisiones de segundo grado se refieren a la técnica elegida para construir el derecho que se reconoce al sujeto y con las posibilidades de disposición sobre su derecho que se van a reconocer al titular. En un determinado conflicto de intereses, pues, el Estado no sólo tiene que elegir qué parte va a resultar favorecida por su apoyo, sino que también tiene que elegir el tipo de protección que se va a otorgar al titular. Este artículo va a tratar, principalmente, de este segundo tipo de decisiones del Estado, decisiones que van a dar forma a las relaciones subsiguientes entre la parte que resultó ganadora en el conflicto de intereses y la parte que resultó perdedora. En este sentido, estudiaremos tres tipos de *derechos*, distinguiendo según se reconozcan siguiendo una regla de propiedad, una regla de responsabilidad o una regla de inalienabilidad. Evidentemente, esta distinción no es absoluta, pero permite comprender algunas de las razones que nos llevan a proteger unos derechos de una determinada manera y no de otra.

⁷ Culturas diferentes dan un trato diferente a estas cuestiones. Véase el siguiente relato periodístico:

La póliza del «seguro de vida» es cuatro toros y 1.200 dólares. Port Moresby, Nueva Guinea. Peter Howard demuestra que valora su vida más que cuatro toros y 1.200 dólares. Pero exige 24 dólares y un cerdo en compensación.

El Sr. Howard entregó el dinero y las reses a miembros de la tribu Jiga, que le habían amenazado de muerte por haber matado a un miembro de la tribu en un accidente de automóvil el pasado 29 de octubre.

La policía se mostró conforme con el acuerdo después de advertir al Sr. Howard que no podían protegerle de la venganza anunciada por la tribu, que habita en el monte Hagen, a unas 350 millas al noreste de Port Moresby.

El Sr. Howard, de 38 años y originario de Cambridge, Inglaterra, fue atacado y golpeado duramente por los miembros de la tribu después del accidente. Le dijeron que le matarían a menos que entregara el número de reses y el dinero que exigían las tradiciones de la tribu. Es la primera vez que un hombre blanco se ha visto obligado a acatar las leyes tribales de Nueva Guinea.

Después del pago, el Sr. Howard pidió ser compensado con 24 dólares y un cerdo por los daños debidos al ataque de los miembros de la tribu. Un portavoz de la tribu le dijo que la tribu Jiga «lo pensaría». *New York Times*, 16 de febrero de 1972, p. 17, col. 6.

Decimos que un derecho está protegido por una *regla de propiedad* cuando sólo a través de un acuerdo con su titular se le puede desalojar de la posición de tal; es decir, el que quiera ocupar la posición de titular deberá convencer al que actualmente la ocupe para que se la ceda por un precio. El titular actual de un derecho construido según un criterio de propiedad puede decidir, pues, tanto sobre la transmisión de su derecho como sobre el precio por el que accede a transmitirlo. Éste es el tipo de protección de un derecho que exige menos intervención estatal, ya que una vez que se ha decidido el derecho que se va a reconocer, el Estado no se tiene que preocupar de establecer su valor⁸, sino que se deja al arbitrio de los interesados. En efecto, el Estado permite a cada parte que exprese el valor que otorga a la titularidad del derecho en cuestión, y concede al titular actual una especie de poder de veto: si el interesado en ocupar la posición de titular no ofrece una cantidad suficientemente alta, el titular actual de ese derecho protegido por una regla de propiedad podrá negarse a transmitirlo. De esta manera, podemos decir que las reglas de propiedad implican una decisión estatal sobre a quién debe reconocérsele inicialmente el derecho, pero no sobre el valor a asignar a la titularidad del mismo.

Hablamos, en segundo lugar, de derecho protegido por una *regla de responsabilidad*, cuando cualquiera puede privar del mismo a su titular si está dispuesto a pagar por ello una cantidad establecida objetivamente. Ese valor objetivo que se va a dar a la titularidad de un derecho protegido por una regla de responsabilidad, podrá establecerse por relación al valor hipotético que el titular inicial del mismo habría exigido para acceder a un intercambio voluntario o por otro criterio objetivo, pero una vez establecido ese valor, no se atenderá a las reclamaciones del concreto titular que alega que él hubiera exigido más en un intercambio voluntario.

El construir un derecho o facultad según un criterio de responsabilidad, implica dar un paso más en la intervención del Estado, ya que ahora no basta con decidir qué derecho se va a reconocer y quién va a ser su titular, sino que se necesitará de un órgano estatal para decidir sobre el valor que se va a otorgar a la titularidad del concreto derecho de que se trate.

Decimos, por último, que un derecho es *inalienable* cuando no está permitido un intercambio voluntario de su titularidad. No se podrá, pues, transmitir uno de estos derechos por mucho que exista un acuerdo en tal sentido entre el titular actual del mismo y un tercero interesado en su

⁸ Una regla de propiedad exige una menor intervención estatal en el sentido de que, aunque sí supone intervención para establecerla y para hacerla respetar, no supone esa intervención en el problema de determinar el valor que se va a otorgar al derecho en cuestión. Entonces, ante un caso concreto en el que sea especialmente difícil hacer respetar un concreto derecho protegido por una regla de propiedad -por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en determinadas zonas urbanas- nos podemos encontrar con que se da un nivel de intervención estatal muy alto, tanto que puede llegar a superar el nivel de intervención que exigiría actuar con derechos protegidos por reglas de responsabilidad.

adquisición. El Estado no sólo interviene aquí para determinar quién ocupa inicialmente la titularidad del derecho y la compensación que le es debida en caso de que su posición sea atacada, sino que también interviene para prohibir la enajenación del derecho en todas o algunas circunstancias. La diferencia fundamental de los derechos que se construyen como inalienables respecto de los que emplean reglas de propiedad o de responsabilidad, está en que en estos últimos el Estado se limita a otorgar a sus titulares una protección de manera genérica, mientras que en los primeros, en la medida en que no se permita el intercambio voluntario, está implícita una cierta limitación a la posición jurídica que se le reconoce al titular.

No debería hacer falta aclarar que la mayor parte de los derechos que conocemos en la práctica serían, desde el punto de vista que aquí se propone, de carácter mixto; es decir, no responderían exclusivamente a uno de los tipos de reglas que acabamos de exponer. Así, el derecho que Taney ostenta sobre su casa estaría protegido por una regla de propiedad cuando Marshall intenta comprarla. La protección respondería, sin embargo, al esquema propio de una regla de responsabilidad en los casos en los que una administración pública necesitase expropiar la casa. Por último, encontraríamos una protección de la titularidad de Taney basada en una regla de inalienabilidad, en los casos en los que Taney estuviera incapacitado temporal o definitivamente para expresar un consentimiento libre y espontáneo, por ejemplo, en los casos en los que Taney, estando borracho, pretendiera vender su casa.

Este artículo va a tratar de dos cuestiones: 1.^a ¿En qué circunstancias y a quién se debe reconocer un derecho?, 2.^a ¿En qué circunstancias debemos proteger esos derechos por medio de reglas de propiedad, reglas de responsabilidad o reglas de inalienabilidad?

II. EL ESTABLECIMIENTO DE UN CONJUNTO DE DERECHOS

¿Qué razones hay para decidir si se reconoce un derecho a contaminar libremente o, por el contrario, se reconoce un derecho a respirar aire puro? ¿Con qué criterio elegir entre el derecho a tener los hijos que se deseen o el establecimiento de límites a la procreación? ¿Qué razones nos llevan a elegir el reconocimiento de un derecho a la propiedad privada o el reconocimiento de un derecho a la propiedad común? Podemos tratar de agrupar esas razones bajo tres rúbricas: eficiencia económica, preferencias distributivas y otras consideraciones de justicia⁹.

⁹ Véase, en general, CALABRESI, *The Costs of accidents* 24-33 (1970), a partir de ahora citado como *COSTS*. Existe traducción al español de J. BISBAL: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona: Ariel, 1984.

A. Eficiencia económica

Quizá la razón más simple para decidir el reconocimiento de un derecho y no de otro, es la de minimizar los costes de ejecución para el Estado. Este era el argumento que empleaba HOLMES para justificar que fuese la víctima de un accidente la que asumiera los costes del mismo, costes que sólo habría que trasladar a otra persona cuando de ello se obtuviera un beneficio social claro¹⁰. En realidad, esta razón de economía administrativa sólo justificaría que prevaleciese siempre el más fuerte, ya que ese resultado se produciría por sí mismo, con unos costes estatales mínimos.

De todas maneras, este criterio de eficiencia administrativa puede resultar, en ocasiones, decisivo. Así, cuando otros criterios de eficiencia no nos hagan preferir el resultado que se alcance por el establecimiento de uno u otro de los derechos alternativos, el criterio de eficiencia administrativa nos impulsará a elegir el establecimiento de aquel derecho que implique unos menores costes de ejecución para el Estado. De igual manera, será relevante este criterio de la eficiencia administrativa cuando sea pequeña la diferencia entre los resultados que obtendríamos al reconocer uno u otro derecho como punto de partida, y sin embargo el establecimiento de uno de ellos produjera unos costes de ejecución para el Estado mucho más elevados.

En cualquier caso, la eficiencia administrativa es sólo una pequeña parte del concepto de eficiencia económica. La eficiencia económica postula el establecimiento de aquel conjunto de derechos que conduzcan a una asignación de recursos tal que no pueda ser mejorada en el sentido de que un cambio en dicha asignación no mejore la condición de los que ganan con el cambio hasta el punto de que puedan compensar con su ganancia a los que hayan perdido y aun así queden en una situación mejor que la inicial. Esto es lo que se suele llamar «óptimo de Pareto» o criterio de eficiencia óptima de Pareto¹¹. Por ejemplo, la eficiencia postula el establecimiento

¹⁰ Véase HOLMES, *The Common Law* 76-77 (Howe ed., 1963). Para una crítica actual de esa justificación en materia de accidentes, véase COSTS 261-63. Cfr. POSNER, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29 (1972).

¹¹ No nos ocupamos de la multitud de versiones que se dan en torno al concepto de eficiencia de Pareto. Muchas de estas variaciones nacen del hecho de que, a menos que se produzca una compensación después del intercambio (y esto implica por sí mismo que preexiste un conjunto de derechos desde el cual se llega al acuerdo que permite alcanzar un óptimo paretiano), la nueva distribución de la riqueza que provoca el intercambio puede hacernos retornar a la previa posición que también aparecería como óptimo paretiano. No hay ninguna variación de este tipo que los economistas no hayan estudiado en profundidad, pero como en el mundo en que los juristas viven no se puede aspirar a nada que sea eficiente desde un punto de vista paretiano, y hasta es posible que sea mejor así, no nos detendremos en estas sutilezas por mucho que sean esenciales para comprender en profundidad el concepto de eficiencia de Pareto.

La mayor parte de las versiones de la eficiencia de Pareto se basan en la premisa de que nadie conoce mejor que los individuos lo que es mejor para ellos. Entonces, está

de la combinación entre el derecho a desempeñar actividades potencialmente dañosas y el derecho a estar libre de daños derivados de esas actividades, que más previsiblemente conduzca a que sea más baja la suma entre los costes de los accidentes y los costes de adoptar precauciones para evitar los accidentes¹². Asimismo, la eficiencia postula el establecimiento de aquel tipo de derecho de propiedad, privada o pública, que lleve a alcanzar el mayor valor del producto para un esfuerzo productor dado.

Recientemente se ha argumentado que, con ciertos postulados normalmente resumidos con la expresión «ausencia de costes de transacción», se alcanzaría un resultado eficiente, un óptimo paretiano, independientemente de los derechos establecidos como punto de partida y de sus titulares¹³. Para poder mantener esta afirmación, hay que entender la expresión «ausencia de costes de transacción» en un sentido muy amplio que englobe un conocimiento perfecto y una total ausencia de impedimentos y/o costes de negociación. Entre estos costes de negociación hay que considerar, por ejemplo, los costes de excluir a los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*)¹⁴ de los resultados que produzca el funcionamiento del mercado.

implícito que para determinar cuándo los que ganan con un intercambio van a poder compensar con su ganancia a los que pierden, lo que hay que tener en cuenta es la valoración que esos individuos hacen respecto de las ganancias y de las pérdidas. En cualquier caso, podemos dar una noción más amplia de eficiencia económica que no arranque necesariamente de las valoraciones que los individuos otorgan a las cosas. Así, podemos considerar que en ocasiones el Estado puede estar, por razones de paternalismo, véase más abajo el apartado III. B. en mejores condiciones para determinar cuando la ganancia total de los que ganan con un intercambio es mayor que la pérdida total de los que pierden.

¹² El término «costes» es empleado aquí en un sentido amplio que englobaría todas las consecuencias negativas que produce un accidente y su evitación. Por ello ese término aludiría no sólo a costes monetarios, ni a costes que son de alguna manera cuantificables en dinero, sino que también comprendería «costes» —como por ejemplo la pérdida de una pierna a resultas de un accidente— cuya mera enunciación en términos monetarios parecería de gran insensibilidad. Una de las consecuencias de que no podamos asignar un valor monetario a algunos de los «costes» o daños es la de que, en tales casos, el mercado no servirá para establecer su valor; cuando esto ocurra estaremos en presencia de uno de los motivos que nos harán abandonar las reglas de propiedad y acudir a reglas de responsabilidad o de inalienabilidad.

¹³ Esta proposición fue establecida por primera vez por COASE en su clásico artículo «The problem of Social Cost», 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960), (existe versión en español en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, pp. 245-374), y ha sido objeto de posterior desarrollo en la literatura económica. Véase CALABRESI, «Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules - A Comment», 11 *J. Law & Econ.* 67 (1968); NUTTER, «The Coase Theorem on Social Cost: A Footnote», II *J. Law & Econ.* 503 (1968). Véase también, STIGLER, *The Theory of price* 113 (3.ª ed. 1966); MISHAN, «Pareto Optimality and the Law», 19 *Oxford Econ. Papers* 255 (1967).

¹⁴ Beneficiario que no paga (*freeloader*) es la persona que no se vacuna contra la viruela porque piensa que, como la mayor parte de la gente está vacunada, el riesgo de contraer la enfermedad es menor que el de sufrir daños a causa de la vacunación. Es también aquel que no está dispuesto a contribuir para el establecimiento de un nuevo parque en la ciudad, a pesar de que él también lo desea, porque cree que otros pondrán el dinero suficiente para ello, de tal forma que el parque se establecerá y él podrá utilizarlo sin tener que pagarlo. Véase *COSTS*, 137, núm. 4. Los costes necesarios para excluir al beneficiario que no paga de las ventajas por las que no quiere pagar, pueden ser muy elevados, como sugieren los dos ejemplos anteriores. Serán especialmente altos cuando tengamos que considerar, dentro de esos costes, la ineficiencia debida a la necesidad de poner un precio a

En una sociedad tan poco conflictiva, se producirían intercambios hasta que nadie pudiese resultar beneficiado en una nueva transacción sin que otro se viera perjudicado. En realidad, este resultado nos parece una consecuencia necesaria, si no tautológica, de la definición que hemos dado de óptimo paretiano y de la expresión de «ausencia de costes de transacción».

Aunque admitamos que se llegará a un óptimo paretiano con independencia del inicial reparto de derechos, ha de quedar claro que sí depende de ese punto de partida la asignación de recursos que al final se va a alcanzar. Por ejemplo, la predisposición de Taney a pagar por el derecho de hacer ruido depende de su nivel de riqueza, al igual que la predisposición de Marshall a pagar por gozar del silencio, que también depende del suyo. En una sociedad que reconozca el derecho de Taney para hacer ruido, de tal manera que Marshall tenga que pagarle para poder gozar de silencio, el primero será más rico de lo que sería en una sociedad que hubiese establecido el conjunto de derechos alternativo como punto de partida, esto es, reconociese el derecho de Marshall a gozar del silencio y obligase a Taney a compensarle para poder hacer ruido. Dependiendo de cómo el deseo de Marshall de gozar de silencio y el deseo de Taney de hacer ruido varíen con sus respectivos niveles de riqueza, el nivel de ruido que se alcanzará tras la negociación será distinto si el punto de partida es el reconocimiento de un derecho al silencio o si, por el contrario, partimos de un derecho a hacer ruido¹⁵. Esta variación en los niveles de ruido y de silencio a que conduce el partir del reconocimiento de uno u otro derecho, es un ejemplo de cómo se llega a situaciones distintas, pero igualmente eficientes, si se

ciertos bienes, como un precio de entrada en el parque una vez construido, por encima de su coste marginal para que el beneficiario que no paga se vea forzado a revelar su verdadero deseo de utilizar el parque, de tal manera que en función de ese deseo podamos hacerle contribuir inicialmente por una parte de los costes de construcción.

La capacidad del mercado para hacer que los individuos revelen sus verdaderas preferencias es lo que abre paso a la posibilidad teórica de que el funcionamiento de ese mercado lleve a situaciones de óptimo paretiano por medio de sucesivos intercambios. La presencia de beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) es una de las numerosas circunstancias en las que el mercado no es capaz de hacer revelar esas preferencias. Si suponemos un conocimiento perfecto (definido en términos más amplios de los habituales), de forma que incluya también el conocimiento de las preferencias individuales, no se nos planteará el problema de los beneficiarios que no pagan. Esta definición de conocimiento perfecto, a pesar de que quizá esté ya incluida en la noción de ausencia de costes de transacción, supone que no sólo podremos llegar fácilmente a situaciones de óptimo paretiano por medio del mercado, sino que también es igualmente sencillo alcanzar resultados similares a través de decisiones institucionales.

Para una discusión más profunda de lo que supone manejar una noción amplia de ausencia de costes de transacción, véase más abajo la nota 59. Para una discusión sobre otros mecanismos que pueden hacer que los individuos revelen sus preferencias, véase más abajo la nota 38.

¹⁵ Véase MISHAN, «Pareto Optimality and the Law», 19 *Oxford Econ. Papers* 255 (1967). A menos que los deseos de Taney y Marshall de hacer ruido y de gozar de silencio, respectivamente, no varíen en absoluto según su nivel de riqueza, es decir, sean completamente inelásticos respecto de su riqueza, un cambio en ese nivel de riqueza alterará el valor que cada uno asigna al ruido y al silencio, por lo que también resultará afectado el acuerdo que alcancen a través de negociaciones entre ellos.

parte de distintas distribuciones de riqueza. Vemos así, que una situación es óptima según un criterio de Pareto para una distribución de la riqueza dada y que si partimos de una distribución de la riqueza diferente alcanzaremos asignaciones de recursos distintas pero que también serán situaciones de óptimo paretiano. Cada distribución inicial de la riqueza implica, pues, su propia asignación óptima (Pareto) de recursos¹⁶.

Esta argumentación sugiere cómo la distribución inicial de la riqueza puede afectar a que la sociedad elija establecer unos derechos y no otros, pero no conduce a ninguna conclusión sobre cómo elegir esos derechos con criterios de eficiencia si partimos de la ausencia de costes de transacción. Lo que sucede es que, en la práctica, nadie puede decir que no existan costes de transacción. Suponer que no existen costes de transacción, igual que el suponer que no existe rozamiento para un físico, o la ley de Say en macroeconomía, puede ser un buen punto de partida, una buena herramienta, para estudiar cómo al ir adquiriendo importancia en el análisis diferentes elementos que podemos llamar «costes de transacción», el criterio de eficiencia empieza a hacer preferible una determinada elección de derechos frente a las posibles alternativas¹⁷.

Como uno de nosotros ha estudiado en profundidad la manera en que una sociedad debe afrontar los distintos tipos de costes de transacción a través del establecimiento de unos determinados derechos en el campo del derecho de accidentes¹⁸, bastará con decir aquí lo siguiente:

1.º Desde el punto de vista de la eficiencia, es aconsejable el establecimiento de aquel conjunto de derechos que facilite la posibilidad de hacer elecciones racionales entre «beneficios sociales» y los costes necesarios para obtenerlos y «costes sociales» y los costes necesarios para evitarlos.

2.º Eso implica, si no hay certeza de que un resultado merezca la pena para la sociedad, que el coste sea asignado a la parte o a la actividad que esté en mejor posición para hacer ese cálculo de coste-beneficio.

¹⁶ Esto no implica que una situación de óptimo paretiano sea preferible a otra situación que no represente un óptimo paretiano y que resulte de una distinta distribución de la riqueza. Lo único que implica es que partiendo de la misma distribución de la riqueza, la situación de óptimo paretiano es preferible, desde luego, a otra que no lo sea.

¹⁷ Véase DEMSETZ, «When Does the Rule of Liability Matter?», *I.J. Legal Stud.* 13, 25-28 (1972); STIGLER, «The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars», *I.J. Legal Stud.* 1, 11-12 (1972).

El problema de expresiones como «ausencia de costes de transacción» es el de que en ellas se engloban múltiples fallos del mercado. Si el objetivo es tender hacia una situación de óptimo paretiano, la respuesta estatal tendrá que ser muy distinta según se enfrente a uno u otro tipo de impedimentos a la negociación. En algunos casos la respuesta correcta será la de ignorar el impedimento: si el obstáculo está representado por los costes administrativos de establecimiento de un mercado, será mejor no tratar de corregirlos, porque los costes de una acción institucional en tal sentido pueden ser aún mayores. De la misma forma, si los impedimentos se deben a la incapacidad del mercado para hacer que los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) revelen sus verdaderas preferencias, es posible que no se pueda obtener un resultado mejor a través de una intervención estatal.

¹⁸ Véase, *COSTS* 135-97.

3.º En algunos campos, como el de accidentes o el de contaminación, esto llevará a asignar los costes a la parte o actividad que pueda evitarlos de manera más barata.

4.º Si no estamos seguros de qué parte puede evitar los costes más fácilmente, se deberá asignar dichos costes a la parte o actividad que pueda, con los costes de transacción más reducidos, actuar en el mercado para, corrigiendo un error en la elección inicial del conjunto de derechos, «sobornar» o persuadir (por un precio) al que pueda evitar más fácilmente los costes de que los evite¹⁹.

5.º Como estamos en un área en la que, por hipótesis, el mercado no es perfecto —hay costes de transacción—, a menudo habrá que decidir si es preferible acudir al mecanismo del mercado o a medidas institucionales para acercarnos al óptimo paretiano que hubiera alcanzado un mercado perfecto²⁰.

¹⁹ En *The Costs of Accidents*, los criterios resumidos en el texto son estudiados con mayor profundidad y son subdivididos en otros criterios más específicos para evitar las distintas externalidades y para identificar al «mejor sobornado» («*best briber*»). Ese análisis detallado es necesario para aplicar los criterios que se resumen en el texto a cada sector concreto del ordenamiento, pero en el nivel de generalidad en que se mueve este artículo, no nos parece necesario.

²⁰ En el campo del Derecho de accidentes o de la responsabilidad civil, esa decisión se plantea como una opción entre prevención (disuasión) general o de mercado y prevención específica, que supone que el nivel de actividad permitido y la manera de desarrollar actividades potencialmente peligrosas se determinan por medio de una decisión institucional. Por ejemplo, la sociedad puede reconocer un derecho a conducir automóviles y un derecho a ser indemnizado por los daños causados en un accidente de tráfico, permitiendo que sean los individuos los que decidan cómo y cuánto conducen. Pero la sociedad puede obtener un mayor grado de prevención específica por medio del establecimiento de un conjunto de derechos distinto y acorde al análisis coste-beneficio que ella misma realice. La sociedad puede, por ejemplo, prohibir los coches que tengan más de una potencia determinada.

En comparación a la prevención general, el principal inconveniente de la prevención específica es el de que exige, a quien vaya a adoptar una decisión al respecto, el conocer no sólo los costes que pueda generar una actividad, sino también el medir los beneficios que se puedan esperar de ella, para así poder decidir cuál es el nivel óptimo de actividad. La cuestión está en que es muy difícil y muy costoso para una instancia de decisión centralizada, el tener toda la información sobre costes y beneficios que se puedan esperar a resultados de una gama amplia de actividades. Lo irónico es que ese tipo de decisiones institucionales pueden funcionar de la mejor manera posible cuando tenemos una información perfecta y sin costes; y lo que ocurre es que, en un mundo en el que no hubiera costes de transacción, lo cual supone una información sin costes, la asignación óptima de recursos se alcanzaría por medio de acuerdos en el seno del mercado, sin que surgiera, por tanto, la necesidad de acudir a decisiones institucionales. También se puede plantear la ironía del caso de manera opuesta, si consideramos que el mercado funcionaría de la mejor manera posible cuando hubiese un conocimiento perfecto, circunstancia bajo la que los mecanismos institucionales funcionarían perfectamente, haciendo innecesario el acudir a las decisiones de mercado. El hecho de que tanto el funcionamiento del mercado como el acudir a decisiones institucionales presenten dificultades a la hora de alcanzar esa situación de óptimo paretiano, a la que se llegaría si hubiese un conocimiento perfecto y en ausencia de costes de transacción, no implica que esas dificultades sean siempre igual de grandes para las dos posibles formas de actuar. Por ello, habrá numerosas ocasiones en las que podremos suponer con bastante seguridad que el mercado va a funcionar mejor que una instancia centralizada de decisión, y habrá otras en las que podremos suponer lo contrario. Véase *COSTS* 103-13.

Aunque esta breve enumeración refleja lo complicada que puede ser la decisión sobre qué derechos reconocer como punto de partida, en la práctica los criterios que se han resumido indicarán qué asignación de titularidades es más probable que conduzca a decisiones de mercado óptimas sobre si es mejor comprar otro coche o viajar en tren, si es preferible recolectar una col más o trabajar menos tiempo bajo un sol de justicia, si es mejor tener más artefactos o dejar de respirar la contaminación que supone el fabricarlos.

La eficiencia económica no es, de todas formas, la única razón que una sociedad tiene en cuenta para seleccionar el conjunto de derechos que va a reconocer. Las preferencias por una cierta distribución de la riqueza también son tenidas en cuenta, por lo que ahora pasamos a estudiar qué razones distributivas puede haber para elegir un determinado conjunto de derechos.

B. Fines distributivos o de equidad

A la hora de elegir los derechos que se van a reconocer, se puede distinguir la cuestión de la distribución de la riqueza propiamente dicha y la distribución de lo que a veces se ha llamado bienes *preferentes* o *meritorios* (*merit goods*).

Cada sociedad tiene preferencias por ciertos modos de distribución de la riqueza, que son más difíciles de estudiar que las cuestiones relativas a la eficiencia. Estas últimas pueden ser discutidas en el marco de un concepto general, como el criterio de Pareto, y un conjunto de excepciones, como el paternalismo²¹. En cambio, estudiar las preferencias de distribución de la riqueza es más difícil, ya que no pueden ser estudiadas en un único marco conceptual. Hay algunas preferencias que son generalmente aceptadas (distribución según criterios de casta en unas sociedades mientras que en otras se tiende más al igualitarismo). Junto a ellas hay otras preferencias vinculadas a conceptos de eficiencia de carácter dinámico, como pueda ser la de que los productores deben ser recompensados porque, al final, todos nos beneficiamos del resultado de su actividad. Hay, por fin, una multitud de preferencias muy individualizadas sobre quién debe ser más rico y quién más pobre, que no tienen nada que ver con criterios de eficiencia o de equidad —se debe apoyar a los amantes del silencio frente a los amantes de hacer ruido porque lo merecen²².

²¹ Para una discusión sobre el paternalismo, véase más abajo el apartado III. B.

²² El primer tipo de preferencias viene a coincidir más o menos con las nociones que autores como FLETCHER, siguiendo a ARISTÓTELES, llaman «justicia distributiva». El segundo y el tercer grupo, en cambio, tienen que ver presumiblemente con la noción de «justicia compensatoria» («*corrective*») que mantiene FLETCHER (recompensas basadas más en lo que la gente hace que en lo que la gente es). Véase FLETCHER, «Fairness and Utility in Tort Theory», 85 *Harv. L. Rev.* 537, 547 núm. 40 (1972).

Dentro de la categoría de «justicia correctiva», nuestros grupos segundo y tercero distinguen entre aquellas preferencias que están nítidamente vinculadas a nociones de efi-

Aunque estas razones distributivas sean difíciles de estudiar, está claro que juegan un papel fundamental para decidir qué conjunto de derechos serán reconocidos en cada sociedad y a favor de qué titulares, ya que de esa elección depende en gran medida la propia distribución de la riqueza en esa sociedad. En efecto, si una sociedad pretende una distribución de la riqueza absolutamente igualitaria, no bastará con partir de una situación inicial en la que todos sus miembros tengan igual cantidad de dinero: aun partiendo de una distribución equitativa del dinero, una sociedad que reconoce el derecho de hacer ruido libremente estará haciendo más rico al eventual ruidoso que al amante del silencio²³.

De igual forma, una sociedad que permite a las personas inteligentes apropiarse de los frutos de su ingenio, tendrá una distribución de la riqueza distinta de la que se producirá en una sociedad que exige de cada cual según su capacidad y da a cada cual según su necesidad. Se puede dar un paso más y considerar que una persona bien parecida es más rica en una sociedad que reconoce el derecho a la integridad física de lo que sería en una sociedad que reconoce a todos el libre disfrute de la belleza existente.

Con estos razonamientos podemos ver lo difícil que es imaginar una sociedad en la que haya una absoluta igualdad en la distribución de la riqueza. Tal sociedad tendría que estar integrada por individuos idénticos, o bien habría que articular mecanismos para compensar a los que resultaron relativamente menos favorecidos en el inicial reparto de titularidades. La primera idea es un absurdo que llevaría a una sociedad formada por individuos clónicos y la segunda es casi imposible de imaginar debido a la necesidad de conocer los gustos y preferencias de cada uno y de gravar con tributos al titular de cada derecho de tal forma que pague por su titularidad una cantidad tal que eliminara la ventaja relativa que esa titularidad le ha conferido. La segunda idea implicaría, por ejemplo, que cada beneficiado por el ejercicio del derecho a aprovechar su belleza o su ingenio pagase lo necesario para compensar a los menos dotados que, sin embargo, desearan gozar de los frutos que puede reportar el ser guapo o el ser inteligente.

Como esa perfecta igualdad es inalcanzable, la sociedad deberá manejar criterios distintos al de igualdad absoluta para elegir el conjunto de derechos que va a reconocer. La sociedad puede hacer esa elección de

ciencia y aquellas otras cuyos fundamentos son menos obvios. Si contásemos con una teoría de merecimientos (*desserts*) generalmente aceptada, podríamos hablar en términos generales del papel que juega el tercer grupo de la misma manera en que hablamos del que juega el primero y el segundo. No creemos que exista una «teoría de merecimientos» y es dudoso que pueda existir. Véase también, más abajo, el apartado II. C.

²³ Suponemos que no existe bastante espacio como para que el ruidoso y el amante del silencio coexistan sin interferencias. En otras palabras, estamos suponiendo que nos enfrentamos con un problema de asignación de recursos escasos, ya que si no lo fueran no surgiría la necesidad de establecer una titularidad inicial sobre los mismos. Véase más arriba, en general, MISHAN, nota 12.

muchas formas y, según emplee una u otra, las consecuencias distributivas serán diferentes. Puede, por ejemplo, conceder un derecho con generalidad y luego, para proteger a los que se han visto perjudicados por el establecimiento de ese derecho, pagar a los titulares del mismo para que limiten su ejercicio. Alternativamente, la sociedad podría reconocer el derecho a realizar ciertas actividades sólo a los que previamente obtuvieran, mediante precio, el permiso necesario para ello. Así se puede, por ejemplo, permitir que cada uno tenga el número de hijos que estime conveniente y luego crear incentivos para que controlen la natalidad, o bien, alternativamente, exigir que aquel que desee tener hijos obtenga un permiso estatal mediante el pago de cierta cantidad. De igual forma, la sociedad puede establecer que las personas no estén sujetas a un servicio militar obligatorio y luego incentivarlas a que se alistén, o bien puede establecer un servicio militar obligatorio y permitir que se libren de su cumplimiento los que paguen una cierta cantidad.

Parece razonable suponer que la sociedad elegirá entre estos dos métodos alternativos de reconocer un derecho (concesión general y gratuita frente a concesión particular mediante precio) basándose, al menos en parte, en que la decisión adoptada favorezca la distribución de la riqueza que la sociedad estime más deseable²⁴.

²⁴ Cualquier derecho que se reconozca con generalidad y de forma gratuita implica una posición contraria por la que hay que pagar. Frente a los que les gustan los niños, hay otras personas a las que les fastidian; frente a los que rechazan los ejércitos, hay otros que desean lo que los ejércitos pueden lograr. De otra manera, no se plantearía el problema de asignar recursos escasos, con lo que tampoco se plantearía la necesidad de reconocer unos derechos como medio de resolver conflictos de intereses. A pesar de todo, no se puede decir de forma simplista que reconocer un derecho con generalidad y de forma gratuita sea más progresivo y que reconocerlo sólo de forma particular, mediante precio, sea más regresivo. Es cierto que cuantos más bienes se proporcionen de forma gratuita sin alterar la situación de los demás, mayor será el nivel de igualdad; pero como el reconocer un derecho de forma gratuita y con generalidad implica siempre la aparición de la necesidad de pagar para poder adquirir la posición contraria, no podemos considerar el reconocimiento de derechos como una manera de proporcionar bienes de forma gratuita. Así, la cuestión de la progresividad o regresividad de un conjunto de derechos generales y gratuitos, y la del conjunto alternativo, dependerá de las preferencias respectivas de los beneficiados y perjudicados por cada conjunto.

En sentido estricto, hay que añadir que esto sólo es cierto si el dinero desembolsado en la actuación del Estado, o el dinero que el Estado obtiene a resultas de su actuación, es recaudado o invertido, respectivamente, de una manera que no afecte a la distribución de la riqueza. La cuestión en realidad es sencilla: incluso un impuesto muy regresivo puede impulsar una distribución igualitaria de la riqueza si todos los fondos que con él se recaudan se destinan a beneficiar a los ciudadanos más pobres; incluso un sistema de asistencia benéfica para ricos ociosos puede favorecer la igualdad en la distribución de la riqueza si los fondos necesarios para establecerlo se recaudan de entre los ricos más acaudalados. Por ello, cuando estemos considerando la progresividad o regresividad del establecimiento de un programa de tributos, o de un programa de gastos, o estemos considerando, desde ese punto de vista, el reconocimiento de un conjunto de derechos, deberemos tener en cuenta si el destino de los fondos recaudados (si se trata de un tributo) o la manera de obtenerlos (si es un programa de gastos) irá en contra del efecto (re)distributivo del propio programa.

Así como la elección inicial de un determinado conjunto de derechos afecta a la distribución de la riqueza en sí misma considerada, también afecta a que sean mayores o menores las posibilidades de acceso a los bienes preferentes²⁵ (*merit goods*). Cuando una sociedad desea que los individuos tengan las máximas posibilidades de acceder a un mínimo de determinado bien (educación, vestidos, integridad física), normalmente elegirá como punto de partida el reconocimiento de un derecho a ello. Si la sociedad considera, además, que el gozar de esos bienes es algo fundamental independientemente de la voluntad de su titular, lo que hará será reconocer ese derecho con el carácter de inalienable²⁶. Otra posible solución sería, en vez de reconocer un derecho a determinado bien, el dar a cada individuo una cantidad de dinero para que tuviera asegurado el acceso a un mínimo de los bienes que él mismo eligiera. Si la sociedad no lo hace así será porque considera que ella puede juzgar, mejor que cada individuo, lo que es bueno para ese individuo y para la sociedad en su conjunto; por ello, en vez de dar una cantidad de dinero a cada individuo, le reconoce un derecho determinado y, además, lo hace con el carácter de inalienable.

Hemos visto que es ineludible resolver, en un sentido u otro, los conflictos de intereses que se planteen, es decir, que es ineludible el reconocer un derecho o el alternativo²⁷. En la práctica, normalmente se reconocerá el derecho a hacer ruido o el derecho al silencio, dependiendo de las circunstancias. Tendremos derecho a la protección de nuestro cuerpo, o de nuestras propiedades o, por el contrario, derecho a compartir el goce de los cuerpos y propiedades de los demás, según los casos. Luego podremos comprar la titularidad del derecho que nos interese y podremos vender la que no nos interese, pero tenemos que empezar en algún sitio, en algún punto de partida, lo que implica un determinado conjunto de derechos.

En estas circunstancias, una sociedad que prefiera que los individuos gocen de silencio, o que tengan bienes en propiedad, o que gocen de integridad física, pero que no considere que las bases de su preferencia sean lo suficientemente importantes como para imponérselas a individuos que tengan gustos distintos, lo que hará será conceder derechos conforme a aquellas preferencias colectivas pero permitiendo negociar con ellos a los individuos.

²⁵ Cfr. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, 13-14 (1959).

²⁶ Los motivos que habitualmente se manejan para justificar una actuación social en tal sentido se discuten, más abajo, en el apartado III. B. Todos ellos son, por supuesto, motivos por los que habitualmente se considera que esos bienes son bienes preferentes. Cuando la sociedad se decide a subvencionar un determinado bien, está adoptando una decisión en ese mismo sentido y por el mismo tipo de motivos, pero en esos casos la actuación sólo alcanza a hacer menos costosa la posibilidad de acceder a esos bienes de lo que sería en caso de que el Estado no interviniese. Es decir, no implicaría que los individuos tuviesen que tener necesariamente la posesión de esos bienes.

²⁷ Esto es cierto a menos que estuviéramos dispuestos a permitir que las partes del conflicto lo resolvieran sobre la base de la ley del más fuerte, lo que por su parte, también puede ser considerado como una forma de establecer titularidades o derechos.

Cuando existan costes de transacción muy elevados, la decisión de conceder los derechos en la manera arriba descrita será tan efectiva a la hora de garantizar a los individuos el acceso a uno de los bienes preferentes como el conceder sobre ellos un derecho inalienable. Como el hecho de que el bien sea prácticamente invendible conlleva cierta coacción, la sociedad sólo podrá elegir entre hacer que un individuo disfrute de un bien, entregándoselo, o impedir que lo tenga, concediéndole en su lugar una compensación económica²⁸. En estas circunstancias, la sociedad elegirá reconocer el derecho que considere más beneficioso para el bienestar común, sin preocuparse de la alienabilidad o coacción, porque habrá conseguido aumentar las oportunidades de que los individuos tengan acceso a determinados bienes sin que ello suponga incrementar el grado de coacción que se les impone²⁹. Un ejemplo usual de esto es el de bienes que representan la certeza actual de tener acceso (por compra) a beneficios futuros cuando es demasiado costoso el establecimiento de un «mercado de futuro» sobre esos bienes³⁰.

²⁸ Para una discusión sobre este inevitable, y por tanto irrelevante, grado de coerción, véase *COSTS*, 50-55, 161-73.

²⁹ La situación es análoga a la que se plantea al elegir entre sistemas de asignación de los costes de los accidentes que minimizan los cambios bruscos en el nivel de riqueza, a través de distribuirlos, y los sistemas que no lo hacen. De hecho, si el evitar cambios bruscos en el nivel de riqueza es considerado como un bien preferente, la analogía es completa. En los estudios sobre accidentes se ha prestado gran atención a la cuestión de los cambios bruscos en el nivel de riqueza. Véase, por ej., MORRIS & PAUL, «The Financial Impact of Automobile Accidents», 110 *U. Pa. L. Rev.* 913, 924 (1962). Pero véase también BLUM & KALVEN, *Public Law Perspectives on a private law problem -Auto Compensation Plans* (1965).

³⁰ Una discusión en profundidad de esta justificación para entregar directamente bienes en especie está fuera del alcance de este artículo, pero quizá sea conveniente hacer una pequeña indicación sobre el asunto. Una de las muchas razones que explican que se dé a los individuos el derecho al voto «en especie», en vez de darles una cantidad de dinero que les proporcionara, en una sociedad sin derecho al voto, todos los beneficios que supone tener ese derecho al voto, es la de que en un momento dado el valor de esos beneficios futuros es completamente imposible de determinar, por lo que ninguna cantidad de dinero aseguraría a los individuos el tener acceso a esos beneficios futuros. No sería lo mismo si contásemos con un empresario que pudiera garantizar esos beneficios futuros a cambio del pago actual de una cierta cantidad de dinero. Esto es lo que ocurre en los mercados de futuro de mercancías o productos percederos. El grado de incertidumbre, respecto del coste de los beneficios futuros que el voto proporcionaría, es tal que el establecimiento de un mercado de futuro es imposible o, lo que es lo mismo, demasiado costoso como para que merezca la pena. En estas circunstancias, la alternativa, ajena al mercado, de entregar el bien directamente, en especie, parece más eficiente. Muchos de los bienes preferentes que, de hecho, se entregan directamente en nuestra sociedad –por ejemplo, educación– comparten esa característica de implicar derechos actuales a gozar de beneficios futuros en circunstancias en las que no existe un mercado de futuro y en las que, a primera vista, parece muy difícil organizarlo de forma poco costosa. No creemos que ésta sea la única justificación de la manera en que el voto es reconocido en nuestra sociedad. Esa justificación, por ejemplo, no explica por qué el voto no se puede vender. (Se puede encontrar una explicación para ello en el hecho de que el beneficio que Taney recibe por tener reconocido el derecho al voto puede depender de que Marshall no tenga más «derechos de voto» que él). En cualquier caso, esta visión de las cosas añade una explicación que no se suele manejar para explicar que en ocasiones se asignen bienes en especie a los individuos en vez de dinero.

C. Otras consideraciones de justicia

Bajo este epígrafe podemos englobar el resto de razones que pueden influir en la decisión inicial sobre el establecimiento de un conjunto de derechos, si bien hay que reconocer que es difícil determinar el contenido que podamos darle, habida cuenta del amplio concepto que hemos mantenido de eficiencia económica y de fines distributivos (equidad). Un par de ejemplos nos ilustrarán sobre el problema.

Pensemos que tenemos por un lado a Taney, amante del ruido, y por otro lado a Marshall, que gusta del silencio, y pensemos que son, irremediablemente, vecinos. Supongamos también que no existen costes de transacción que dificulten la negociación entre ellos y que no podemos saber nada sobre sus respectivos niveles de riqueza ni sobre cualquier otra de sus circunstancias. Con esto, ya sabemos que, independientemente de que se reconozca inicialmente un derecho a hacer ruido o un derecho a gozar del silencio, se alcanzará un resultado eficiente (de óptimo paretiano). Desde el punto de vista de la distribución de la riqueza, tampoco podemos preferir el establecimiento de uno de los dos derechos porque no sabemos si ello conducirá a una mayor o menor igualdad. Esto nos deja sólo con dos razones para elegir el derecho que vamos a reconocer: la primera sería el valor relativo de los amantes del silencio respecto de los amantes del ruido; la segunda sería la coherencia del derecho elegido con otros derechos ya reconocidos por la sociedad.

La primera razón suena bien, es atractiva, porque parece aludir a la justicia, pero es muy difícil de estudiar: ¿por qué, a menos que la elección afecte a otras personas, preferimos a uno y no al otro?³¹. Decir, por ejemplo, que deseamos hacer al amante del silencio relativamente más rico porque preferimos el silencio al ruido, no es una respuesta válida porque no es más que volver a plantear la cuestión. Si nuestra decisión sobre a qué parte apoyar en el conflicto afectara a otras personas además de a Taney y Marshall, sí tendríamos una base en la que apoyarnos, pero la constatación de que esos efectos externos son muy frecuentes y que influyen mucho en nuestras decisiones no es de gran ayuda. Sugiere, eso

³¹ La respuesta más frecuente sería la de aludir a razones religiosas o trascendentales, pero con ello se nos plantean problemas. Si lo que queremos decir es que Chase, un tercero ajeno a la cuestión, sufre si preferimos al ruidoso, porque según sus creencias religiosas el silencio es más valioso que el ruido, entonces nuestra elección sí afecta a terceros; es decir, como Chase se siente herido, habrá efectos externos. Y, precisamente, habíamos excluido los efectos externos al construir nuestro caso hipotético. En la práctica, esos efectos externos, normalmente llamados «moralismos» (*moralisms*), son muy frecuentes y complican mucho la cuestión de alcanzar situaciones de óptimo paretiano.

Pero las razones religiosas o trascendentales pueden ser de otro tipo; Chase puede preferir el silencio no por él mismo, no porque, en sus creencias, los amantes del silencio sean más dignos, sino porque cree que el ruido hace sufrir a dios. Ninguna compensación económica puede resolver este problema. Una razón de este tipo es, claramente, una razón ajena a todo criterio de eficiencia o equidad, lo que no quiere decir que deje de tener importancia en ciertos casos.

sí, que el alcanzar un resultado de óptimo paretiano es, en la práctica, muy complicado, a causa precisamente de esos efectos externos a los que el mercado no encuentra una buena solución. Sugiere también que existen cuestiones distributivas entre Taney y Marshall, de un lado, y el resto del mundo, de otro lado, que van a influir en la elección inicial de derechos, pero no nos dice nada sobre que haya que tener en cuenta más razones que las distributivas y las de eficiencia para hacer la elección entre ellos.

En otras palabras, si las hipótesis de ausencia de costes de transacción y de indiferencia respecto del resultado desde el punto de vista de los efectos distributivos que hemos supuesto en las relaciones entre Taney y Marshall (donde son ya bastante improbables), se pudieran mantener en las relaciones del mundo entero (donde son imposibles), el hecho de que la elección entre el ruido de Taney o el silencio de Marshall pudiera afectar a otras personas no nos daría ningún argumento para decidir el conflicto entre ellos. Entonces, lo que nos pareció un criterio de justicia resulta que no es más que replantear cuestiones relativas a eficiencia y fines distributivos que son demasiado heterogéneas y generales para ser analizadas en profundidad en la decisión de un caso específico.

La segunda razón que se nos planteaba –la de la coherencia o no con otros derechos ya reconocidos– suena bien porque se parece a la regla de dar igual tratamiento a casos similares (*treating like cases alike*). Si el reconocimiento de un poder de hacer ruido para molestar a otro es considerado por la sociedad como análogo al poder de golpear a otro por el puro gusto de hacerlo, y si hay razones de eficiencia y de equidad (distributivas) que aconsejan no reconocer un poder semejante, entonces encontraremos un buen motivo para elegir el establecimiento de un derecho al silencio en el conflicto entre Taney y Marshall. Como ese derecho al silencio es coherente con el derecho a no ser golpeado gratuitamente por otros, el reconocimiento del primero reforzará al segundo, que hemos supuesto que estaba basado en sólidas razones de eficiencia y equidad³². De esta manera, se reducirán los costes de hacer respetar el derecho a no ser golpeado, ya que el reconocimiento del derecho al silencio refuerza y reitera los valores protegidos por aquél, simplificando la tarea de obedecer las normas jurídicas al reducir el número de discriminaciones o distinciones que deben realizar los individuos entre unas actividades y otras.

El problema de dar esta argumentación para basar nuestra elección del derecho al silencio está en que con ello también estamos replanteando cuestiones de eficiencia y/o de equidad. En efecto, hemos preferido al silencioso porque el reconocer su derecho, si bien no afecta a la distribución de la riqueza que se propugna en el conflicto entre Taney y Marshall

³² También se podría mantener lo contrario si consideráramos que el hacer ruido es análogo a ser industrioso y el silencio es análogo a la pereza e inactividad, y tuviéramos buenas razones distributivas y de eficiencia para preferir la actividad al perezoso letargo.

y tampoco nos aleja de la eficiencia en ese conflicto concreto, nos ayuda a alcanzar esos objetivos de eficiencia y/o de equidad en otras situaciones en las que existen costes de transacción y/o en las que no somos indiferentes desde un punto de vista distributivo. Esto sucede así porque los individuos no se dan cuenta de que la coherencia entre el derecho al silencio y el derecho a no ser golpeado es sólo aparente. Si pudiéramos explicarles, tanto racional como emocionalmente, las razones de eficiencia y de equidad (distributivas) que hacen que el golpear a otro sin justificación sea ineficiente o conduzca a distribuciones no deseadas de la riqueza y, por otro lado, pudiéramos explicarles que el reconocer un derecho a hacer ruido en vez de reconocer un derecho al silencio en el caso concreto de Taney y Marshall, no conduce a esas consecuencias indeseables de ineficiencia o mala distribución, entonces no estaríamos socavando el derecho más general a la integridad física al reconocer ese derecho a hacer ruido. La apariencia de similitud entre los dos casos persiste, pues, porque es muy costoso, si no imposible, el hacerla desaparecer. Pero evitar estos costes innecesarios, aunque sea una buena razón para escoger una solución, no es más que una parte del objetivo de eficiencia económica³³.

A pesar de todo, debemos admitir que justificar el reconocimiento de uno u otro conjunto de derechos sólo con argumentos de eficiencia o de equidad, por muy amplio que sea el sentido que queramos darle, no es plenamente satisfactorio; veamos por qué, aunque sólo sea de pasada. El motivo por el que hasta ahora hemos explicado el reconocimiento de uno u otro derecho sólo en términos de eficiencia y equidad es, llevado a sus últimas consecuencias, tautológico. En su momento, definimos «razones distributivas» (de equidad) de tal forma que englobara cualquier tipo de motivo que no fuera de eficiencia y que nos hiciera preferir hacer más rico a Taney que a Marshall. Con esta definición es evidente que no existen razones para justificar esa preferencia que escapen al concepto de «razones distributivas». En ese concepto, caben ideas generalmente aceptadas, como la igualdad o como, en otras sociedades, las preferencias de casta, tanto como ideas más concretas del tipo de «favorecer al amante del silencio». Usamos la mencionada definición porque era útil agrupar todas aquellas razones que nos hacían preferir a Taney frente a Marshall que no pudieran ser explicadas en términos de mejorar el bienestar de las partes y contrastarlas con las razones de eficiencia, paretianas o no, que sí podían ser explicadas en esos términos.

³³ No queremos dar a entender que sea pequeña la importancia de la apariencia de coherencia como fundamento del reconocimiento de derechos. Es más, parece que una sociedad muchas veces prefiere establecer una determinada titularidad, a pesar de que con ello se llegue a pequeñas ineficiencias o a distribuciones de riqueza no deseadas en las relaciones entre dos individuos concretos, porque con ella refuerza otras titularidades o derechos que considera cruciales para la eficiencia o distribución de la riqueza en la sociedad como un todo, y porque el convencer a la gente de que las situaciones no son análogas supondría unos costes mayores a las ventajas que se podrían obtener al decidir de otra manera en las relaciones entre esos dos individuos concretos.

Ahora debemos advertir que el agrupar esas razones de esta manera tiene algunas desventajas para el análisis. Meter en un mismo saco todas esas razones parece que da a entender que no podemos distinguir entre las justificaciones de una preferencia distributiva frente a las de otra. Así, por ejemplo, parece que damos por supuesto que existen los mismos fundamentos de universalidad para hacer relativamente más ricos a los amantes del silencio que los que existen para que la igualdad sea relativamente preferible, lo cual es mucho suponer. Para evitar estos peligros, el término «distribución» (equidad) se suele reservar para unos pocos conceptos generales, como el de igualdad, reservando la expresión «razones de justicia» para aquellas otras preferencias que no pueden ser explicadas fácilmente en términos de esos pocos conceptos que gozan de un amplio reconocimiento, ni tampoco pueden ser explicadas en términos de eficiencia.

El problema de esta última expresión, «razones de justicia», está en que a veces se entiende que el prestigio moral de la palabra «justicia» se reserva para estas preferencias residuales y que no tiene cabida ni en aquellas preferencias más amplias, ni en las preferencias basadas en criterios de eficiencia. Y esto probablemente no sea así, ya que muchos derechos que, en nuestra sociedad, se explican correctamente como basados en la justicia, se pueden fácilmente explicar en términos de preferencias más amplias, como la igualdad, y/o en términos de eficiencia.

Al emplear en este artículo la expresión «otras consideraciones de justicia» tratamos de evitar estos problemas, así como poner de relieve que las nociones de justicia aparecen tanto en las preferencias distributivas más amplias y en las basadas en la eficiencia, como en esas otras preferencias más concretas. Mientras nos ocupemos en contrastar diferencias entre las justificaciones de eficiencia de los conjuntos de derechos y otras justificaciones que puedan tener, nos bastará con el binomio eficiencia-equidad (o eficiencia-distribución). Pero si lo que se quiere es profundizar en razones que, si bien están relacionadas con la eficiencia, han adquirido sustantividad propia, o profundizar en razones que, a pesar de estar relacionadas con la equidad, no se pueden explicar en términos de amplios principios, como el de igualdad, entonces parece útil emplear la expresión «otras consideraciones de justicia»³⁴.

III. REGLAS O CRITERIOS PARA PROTEGER DERECHOS

Cuando una sociedad elige inicialmente un conjunto de derechos, también tiene que decidir sobre la manera en que van a ser reconocidos, sobre la manera en que se va a construir cada derecho. Desde nuestro punto de vista, la sociedad debe decidir si va a proteger el derecho que ha reconocido mediante reglas de propiedad, reglas de responsabilidad o

³⁴ Véase, anteriormente, FLETCHER, nota 21, en 547, núm. 40.

haciéndolo inalienable. En nuestro marco conceptual, consideraremos que lo que se denomina propiedad privada está usualmente protegida por una regla de propiedad, ya que nadie puede ocupar la posición de titular a menos que el titular actual acceda a venderla y se pague el precio en que él valora subjetivamente su derecho. Habrá otras ocasiones en las que el interés social o la utilidad pública justifiquen la expropiación de ese derecho, por lo que diremos que entonces sólo estará protegido según una regla de responsabilidad, en la medida en que se utiliza un criterio objetivo para determinar un valor (precio) que facilite la transmisión del derecho desde el titular actual al beneficiario de la expropiación³⁵. Finalmente, habrá otros casos en los que no se permita enajenar la propiedad, es decir, que protegeremos el derecho con una regla de inalienabilidad.

En esta sección se estudian las circunstancias en que la sociedad debe emplear una u otra regla para resolver situaciones conflictivas. Trataremos las dos primeras, reglas de propiedad y reglas de responsabilidad, de forma conjunta, porque están muy relacionadas y porque una de ellas se aplicará en los casos en que la otra se muestra insuficiente. Trataremos las reglas de inalienabilidad en una sección aparte.

A. Reglas de propiedad y reglas de responsabilidad

¿Podría una sociedad decidir simplemente quién es el titular de cada derecho y dejar a futuros acuerdos de voluntades las posibles transmisiones de esos derechos que reconoce?; en otras palabras, ¿podría una sociedad funcionar sólo con criterios de propiedad para proteger los derechos que reconozca? Para hacerlo, sólo tendría que preocuparse de establecer inicialmente los derechos correspondientes y luego de protegerlos de todos los ataques, quizá mediante sanciones penales³⁶, estableciendo también que los contratos que se celebren para transmitir esos derechos sean obligatorios. ¿Para qué hacen falta las reglas de responsabilidad?

Las razones son fáciles de comprender desde el punto de vista de la eficiencia económica. En ocasiones, el coste de las negociaciones necesarias para establecer el valor del derecho es tan alto que su transmisión no llegaría a producirse a pesar de que fuese beneficiosa para todas las partes implicadas. Si dispusiéramos de un mecanismo para establecer objetivamente un precio, se produciría la transmisión del derecho en cuestión, y llegaríamos sin mayores problemas a un resultado eficiente, es decir, se produciría esa transmisión que beneficia a todos.

³⁵ Véase, por ej., *BOOMER*, véase. *Atlantic Cement Co.*, 26 NY 2d 219, 309 NYS 2d 312, 257 NE 2d 870 (1970) (no prospera la acción de cesación (*injunction*) pero se establece una compensación permanente de daños a los demandados).

³⁶ Las relaciones entre sanciones penales y derechos protegidos por una regla de propiedad, serán examinadas más adelante, en el apartado V.

Encontramos un buen ejemplo en los casos de expropiación. Supongamos que tenemos una porción de terreno, llamado Guidacres, dividido en mil parcelas pertenecientes a mil propietarios. Supongamos también que el establecer allí un parque beneficia de tal modo a los 100.000 habitantes de un pueblo cercano que estarían dispuestos a pagar cada uno 100 dólares para conseguirlo. El establecimiento del parque sería deseable desde el punto de vista de la eficiencia (Pareto) si los propietarios de las parcelas de Guidacres valorasen sus tierras en menos de 10.000.000 de dólares o (lo que es lo mismo) si valorasen cada parcela en menos de 10.000 dólares, como media.

Vamos a suponer que todas las parcelas son idénticas y que todos los propietarios las valoran en 8.000 dólares cada uno. En este caso, el establecimiento del parque sería un resultado eficiente, pues beneficia a los habitantes en 10.000.000 de dólares y sólo costaría 8.000.000 de dólares. Pese a ello, es posible que el parque no llegara a establecerse debido a comportamientos estratégicos (*hold-out*): si un número suficiente de propietarios reclama por sus respectivas parcelas más de 10.000 dólares para así apropiarse de una parte de los 2.000.000 de dólares que sospechan que están dispuestos a pagar los compradores por encima del precio de 8.000 dólares cada parcela, el precio exigido será mayor de 10.000.000 de dólares y no se llegará a un acuerdo para el establecimiento del parque. Los vendedores tienen un incentivo para ocultar el valor que realmente otorgan a su parcela y el simple funcionamiento del mercado no conseguirá establecer ese valor.

Se puede poner un ejemplo para ver la necesidad de emplear reglas de responsabilidad que afecten a los compradores. En el supuesto anterior, pongamos que todos los propietarios de Guidacres se han puesto de acuerdo en un precio de venta de 8.000.000 de dólares [son todos parientes y deciden en una comida familiar que el adoptar una posición de fuerza (*hold-out*) les haría perder a todos]. A pesar de esto, es posible que los compradores no puedan recaudar esa suma por mucho que cada uno de los 100.000 habitantes valore en 100 dólares el establecimiento del parque; es posible que alguno de ellos manifieste que el parque vale sólo 50 dólares para él, o que no vale nada en absoluto, esperando que un número suficiente de habitantes esté dispuesto a pagar más de los 100 dólares y se logre reunir así el precio de 8.000.000 de dólares, de tal forma que el parque se establezca sin que el primero tenga que pagar por él o pagando una cantidad menor. Tampoco aquí hay razón para pensar que un mecanismo de mercado, un sistema de valoración descentralizado, vaya a lograr que los individuos expresen el valor que realmente otorgan a las cosas, de tal manera que se alcancen resultados que todos realmente consideran deseables.

En estos casos, hay motivos para abandonar la regla de propiedad y acudir a una regla de responsabilidad. Si la sociedad es capaz de sacar del mercado la decisión sobre el valor de cada parcela, es capaz de proporcionar un valor objetivo y es capaz de imponérselo a los titulares de las fincas,

habrá conseguido superar el problema de comportamientos estratégicos (*hold-out*) entre los vendedores. Paralelamente, si la sociedad es capaz de valorar institucionalmente el deseo de cada ciudadano de tener un parque y es capaz de gravarle con un tributo sobre dicho deseo, el problema de los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) también habrá desaparecido. Si la cantidad recaudada a través del tributo es mayor que la cantidad que hay que destinar para el pago de las indemnizaciones a los propietarios expropiados (*justiprecio*), se conseguirá establecer el parque en Guidacres.

Por supuesto que habrá casos en los que será más barato el excluir a los beneficiarios que no pagan, o el distribuir el uso del parque de acuerdo con lo que cada uno pagó por su establecimiento. En estos casos, habremos conseguido destruir el incentivo para tratar de aprovecharse del dinero ajeno (*freeload*). Pero estas soluciones, cuando son posibles, no suelen ser baratas y lo mismo se puede decir de los mecanismos de mercado, que eliminarían el problema de los comportamientos estratégicos en la parte vendedora.

Además, aunque se pudieran solucionar los problemas de comportamientos estratégicos en la parte vendedora y los problemas debidos a los beneficiarios que no pagan en la parte compradora a través de mecanismos de mercado, todavía quedaría un argumento a favor del empleo de una regla de responsabilidad. Supongamos, en el ejemplo anterior, que se pudiera excluir a los beneficiarios que no pagan con un coste de 1.000.000 de dólares y que, con un coste de 500.000 dólares en publicidad y *cocktails*, se pudiera convencer a los propietarios de Guidacres de que la venta sólo se producirá si revelan el valor real que dan a sus respectivas parcelas. De esta manera, conseguiríamos establecer el parque, puesto que 8.000.000 de dólares más 1.500.000 dólares es menos que los 10.000.000 de dólares que estaban dispuestos a pagar los habitantes de la ciudad vecina. Pero este resultado de establecer el parque a través de mecanismos de mercado, sería ineficiente si la valoración colectiva de las parcelas y de los beneficios que produciría el establecimiento de ese parque pudiera hacerse con un coste menor a 1.500.000 dólares³⁷.

³⁷ Se puede argumentar diciendo que, dado un conocimiento imperfecto, el mercado es preferible porque siempre implica limitar —al coste de establecer un mercado— el volumen de la posible pérdida, mientras que los costes de coacción (*coercion*) que están implícitos en las reglas de responsabilidad no se pueden definir y pueden ser infinitos. Esto puede ser cierto en algunos casos, pero no tiene que ser necesariamente así. Si, por ejemplo, sabemos que los que están adoptando un comportamiento estratégico accederían a la venta por 500.000 dólares más de lo que se les ofrece, ya que ellos mismos han ofrecido recientemente sus tierras a ese mayor precio, el daño que les supondría coaccionarles para que vendiesen sus parcelas a un precio objetivamente determinado entre la oferta de los compradores y la demanda de los vendedores, no podría ser más alto que esos 500.000 dólares. Vemos que los costes debidos a coacción no tienen por qué ser infinitos. Tampoco es una respuesta el decir que la persona que accedería voluntariamente a vender por un precio más alto, pero se ve coaccionada a vender por un precio inferior, sufre un coste indefinido, y que no puede ser cuantificado en dinero, que viene a sumarse al que le supone la diferencia entre la cuantía de los respectivos precios de venta, y que es debido al mero hecho de que la coacción le hace sentirse agraviado. Por mucho que esa coacción le haga sentirse agraviado, podemos encontrar un agravio similar, que tampoco podríamos cuantificar en dinero, en aquellos que desean el establecimiento del

Las reglas de responsabilidad, por supuesto, también plantean sus propios problemas. Nunca podremos estar seguros de si el propietario Taney está mintiendo o está adoptando un comportamiento estratégico cuando afirma que valora su parcela en 12.000 dólares; el hecho de que los propietarios vecinos acepten vender unas parcelas idénticas por 10.000 dólares tampoco es decisivo, porque Taney puede estar más sentimentalmente vinculado a su tierra. Por ello, en los casos de expropiación, podemos estar dando un valor menor al que Taney hubiera pedido para aceptar la venta de su parcela, incluso si buscamos darle su verdadera valoración subjetiva. En la práctica, es tan difícil determinar el valor que Taney otorga a su derecho que se le dará un valor «objetivo», a sabiendas de que ese valor supondrá que estemos sobrevalorando o infravalorando el derecho expropiado.

Lo mismo se puede decir de la parte compradora; en efecto, las contribuciones especiales (*benefits taxes*) raramente tratan, y menos aún consiguen, ajustarse al deseo relativo de cada individuo de gozar del beneficio (servicio, prestación) en cuestión. Lo que sucede es que, si bien no miden con precisión el deseo del individuo de gozar del beneficio, la alternativa que ofrece el mercado es todavía peor. Por ejemplo, cincuenta habitantes diferentes de un mismo vecindario valorarán de forma distinta la creación de un nuevo paseo que rodee sus casas. Pero como es muy difícil, si no imposible, determinar la valoración de cada habitante concreto, lo que haremos normalmente será gravar a cada uno con la misma cantidad.

Los casos de expropiación son un ejemplo de las numerosas ocasiones en que una sociedad emplea una regla de responsabilidad. Encontramos otro ejemplo en el campo de los accidentes (responsabilidad civil extracontractual). Si reconociéramos a las víctimas un derecho a no ser accidentalmente lesionadas y lo protegieramos con una regla de propiedad, estaríamos obligando a todos los que quisieran realizar actividades potencialmente dañosas a negociar con las posibles víctimas antes de que se produjera un accidente y a adquirir de ellas el derecho a lesionarlas³⁸.

porque pero no lo obtienen debido a que el mercado es incapaz de establecer un precio para las tierras de aquellos que adoptan un comportamiento estratégico para lograr un precio mayor al valor real de sus parcelas. En otras palabras, pueden existir indeterminables costes originados por el resentimiento, que se deban tanto a fallos del mercado como a la coacción.

³⁸ Incluso si esto fuese posible, debe de quedar claro que el bien que sería vendido no sería el mismo que el bien del que realmente privamos a su titular. Si Taney renuncia a su derecho a no sufrir la amputación accidental de una pierna a cambio de 1.000 dólares, sufra o no esa amputación, estará negociando una combinación de bienes que se compone de «su preferencia o aversión al riesgo» y «su deseo de conservar una pierna». El bien del que se ve privado es, en cualquier caso, la pierna. Que esos dos bienes son distintos se puede apreciar en el hecho de que una persona que exija 1.000 dólares por sufra una probabilidad del 1 por 1.000 de perder una pierna, exigirá más de 100.000 dólares si la probabilidad fuese de 1 contra 10, y exigirá más de 1.000.000 de dólares para acceder a vender la pierna a alguien que la necesite para un trasplante. Véase, en general, *COSTS* 88-94. Lo dicho no significa que el resultado de esas negociaciones, en el caso de que sean posibles, fuese peor que el resultado de las valoraciones institucionales (colectivas). Lo único que significa es que la situación, cuando sea posible, es distinta de aquella en la que Taney vende su casa por un precio dado.

Estas negociaciones previas al accidente serían muy costosas, a menudo prohibitivas³⁹, y si las exigiéramos estaríamos impidiendo el desarrollo de muchas actividades potencialmente dañosas que, sin embargo, merece la pena realizar. Además, en un momento posterior al accidente, el que ha perdido una pierna o un brazo a resultas del mismo podría verosímilmente negar que él hubiera accedido a vender su derecho a ser lesionado al precio que el comprador hubiera ofrecido. De hecho, cuando se producen negociaciones después de un accidente, por ejemplo, cuando se alcanzan acuerdos previos a la celebración del juicio, se debe en gran medida a que la alternativa es una valoración judicial de los daños.

Este no es el lugar adecuado para estudiar los casos en los que es demasiado caro establecer un mercado, o los casos de fallo del mercado, ni cuando es preferible acudir a mecanismos institucionales de valora-

³⁹ En ocasiones, esas negociaciones previas al accidente, entre los autores y las víctimas potenciales, no serán excesivamente costosas. Así, en los casos típicos de responsabilidad del fabricante por defectos en los productos, el coste de negociar sobre un daño eventual no tiene por qué ser prohibitivo. El vendedor de una segadora mecánica para el césped puede ofrecerla a un menor precio si el comprador se compromete a no pedirle indemnización en el caso de resultar herido por la máquina. De todas formas, la sociedad a menudo prohíbe ese tipo de pactos por considerarlos indeseables por alguna de las razones sugeridas anteriormente en la nota 37, o por alguno de los motivos que la llevan a construir ciertos derechos como parcial o totalmente inalienables, véase más adelante el apartado III. B.

Se han realizado intentos de manejar situaciones en las que no eran factibles negociaciones *ex ante*, por medio de mecanismos fiscales diseñados para que los individuos revelen sus preferencias. Uno de ellos consistía en requerir a los individuos a que declarasen el valor que otorgaban a sus propiedades, o incluso a su propio cuerpo, y en imponer un tributo sobre ese valor declarado. Ese valor sería el que se asignaría al bien en el caso de que su titular se viera privado del bien en cuestión por un accidente o por una expropiación. Véase, en general, TIDEMAN, *Three Approaches to Improving Urban Land Use*, ch. III (1969) (tesis doctoral no publicada, realizada para el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago, localizable en los fondos de la biblioteca de Derecho de Yale). Por supuesto, si el titular del bien se ve privado del mismo sólo por un accidente o por una expropiación, el problema de la mayor o menor aversión al riesgo descrito anteriormente en la nota 37, seguirá planteándose. En cambio, si se permite que el individuo se vea privado de sus propiedades o de los miembros de su propio cuerpo, a voluntad de otro y mediante precio calculado sobre el valor que el primero declaró, surgirán grandes problemas debido a la aparición de los enormes costes, unos cuantificables en dinero y otros no, que implica el forzar a los individuos a que asignen valores monetarios a todas sus pertenencias y a los miembros de su cuerpo.

Estos mecanismos fiscales, basados en un tributo sobre el valor de los bienes que el individuo declara, presentan un problema adicional, aunque no imposible de resolver, consistente en la exclusión de la posibilidad de la aparición de un excedente del consumidor. Es posible que esto no sea relevante desde el punto de vista de la eficiencia, pero si la existencia de un excedente del consumidor en muchos intercambios en el mercado se considera que tiene unos efectos favorables para la distribución de la riqueza, esto bien podría explicar que los mecanismos fiscales descritos anteriormente sean vistos con escepticismo. Cfr. LITTLE, *Self-Assessed Valuations: a Critique* (1972) (documento sin publicar, disponible en los fondos de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard). El lector puede razonablemente preguntarse por qué muchos de los individuos que ven con escepticismo los mecanismos fiscales basados en la autovaloración de los bienes no muestran una actitud semejante respecto de otro mecanismo que puede ser muy similar: cobertura de daños personales propios del asegurado en accidentes de automóviles. Véase, por ejemplo, CALABRESI, *The New York Plan: a Free Choice Modification*, 71 *Colum. L. Rev.* 267, 268, núm. 6 (1971).

ción. La literatura económica ha intentado resolver este problema sin conseguirlo del todo, al menos de un modo inteligible para los juristas⁴⁰. Aquí nos basta con señalar que uno de los motivos más frecuentes, quizá el más frecuente, para emplear una regla de responsabilidad en lugar de una regla de propiedad para proteger un derecho, es el de que la valoración de ese derecho a través del mercado es considerada como ineficiente; es decir, o no es posible o es muy costosa en comparación a la valoración institucional.

Por otro lado, hay que reconocer que el criterio de eficiencia no es el único que puede justificar la elección de una regla de responsabilidad. Al igual que el reconocimiento inicial de uno u otro derecho también se podía justificar empleando criterios de justicia distributiva, la elección de una regla de responsabilidad para proteger un derecho determinado muchas veces se apoya en que a través de esa regla de responsabilidad es posible alcanzar una combinación de eficiencia y equidad que sería difícil lograr en el caso de que construyésemos el derecho en cuestión empleando una regla de propiedad. Como veremos en el contexto de la contaminación, emplear una regla de responsabilidad nos permitirá alcanzar un nivel de redistribución que, en el caso de que empleáramos una regla de propiedad, sólo conseguiríamos con un sacrificio de eficiencia prohibitivo.

En ocasiones, una vez que se ha optado por una regla de responsabilidad por motivos de eficiencia, se la usa también para perseguir fines distributivos. De nuevo encontramos buenos ejemplos en los casos de expropiación y de derecho de accidentes. En estos dos campos, se puede apreciar cómo ha variado el nivel de compensación al titular del derecho afectado a medida que iban cambiando los fines distributivos de la sociedad, y esa variación no se explica bien diciendo que se trata de dar al afectado el equivalente, objetivamente medido, del precio que hubiera exigido para vender voluntariamente aquello de lo que se ha visto privado.

No debería sorprendernos que esto ocurra con frecuencia, incluso si se optó inicialmente por una regla de responsabilidad debido a razones de eficiencia. Esto se deberá a que realizar fines distributivos es una tarea difícil y costosa, y la valoración institucional que implica el funcionar con reglas de responsabilidad se presta fácilmente a promocionar esos fines distributivos⁴¹. Esto no implica que éste sea un buen camino para

⁴⁰ Para una buena exposición de los fallos del mercado, realizada en una forma inteligible para juristas, véase BATOR, *The Anatomy of Market failure*, 72 Q. J. Econ. 351 (1958).

⁴¹ La valoración colectiva de los costes también hace más fácil cuantificarlos en lo que la sociedad estima que la víctima debería valorarlos, en vez de atender al valor que la víctima asignaría en el mercado libre, en el caso de que ese mercado fuese posible. Es cierto que atender al valor que la sociedad estima que el individuo debería asignar supone una actitud paternalista, pero eso no es malo por sí mismo. El peligro está en que, de forma inconsciente, se introduzca un paternalismo no deseable en la valoración de los costes cuando estamos en casos en los que la valoración tiene que ser forzosamente colectiva. Véase, más adelante el apartado III. B.

intentar realizar los fines distributivos de que se trate; en efecto, el decidir caso por caso es siempre problemático, y la dificultad se acentúa cuando la resolución de conflictos concretos entre particulares se emplea como mecanismo para perseguir una solución a problemas distributivos más amplios. De todas formas, es posible que los fines distributivos pueden ser perseguidos de esta manera mejor que de otras⁴².

B. Derechos inalienables

Hasta aquí nos hemos ocupado de la cuestión de cuándo una sociedad debe proteger un derecho con una regla de propiedad y cuándo debe protegerlo con una regla de responsabilidad. Quedan por examinar unos derechos que suponen un grado todavía mayor de intervención por parte de la sociedad. En ellos el Estado no sólo decide quién va a ocupar la posición de titular y qué compensación le será debida en el caso de que su posición sufra algún ataque, sino que además regula las posibilidades de disposición que aquel titular va a tener sobre su propio derecho (por ejemplo, estableciendo condiciones para la validez de la enajenación del derecho, o prohibiendo cualquier tipo de disposición sobre el mismo). A pesar de que proteger un derecho construyéndolo como inalienable es sustancialmente distinto a protegerlo por medio de reglas de responsabilidad o de propiedad, podemos afrontar la cuestión de cuándo se debe recurrir a una regla de inalienabilidad estudiando los mismos motivos de eficiencia y equidad que hemos visto que subyacían en la opción entre reglas de responsabilidad y reglas de propiedad.

A primera vista, pudiera parecer que limitar la posibilidad de realizar intercambios de determinados bienes va en contra de los objetivos de eficiencia. Sin embargo, un estudio más detenido nos muestra que hay casos, quizá numerosos, en los que esos objetivos de eficiencia pueden ser mejor servidos a través del establecimiento de ese tipo de limitaciones. Esto sucederá cuando un intercambio voluntario produzca efectos externos, es decir, cuando a resultas de un intercambio voluntario se produzcan costes a terceros.

Por ejemplo, si Taney pudiese vender su finca a Chase, conocido contaminador, estaría perjudicando a su vecino Marshall, que vería descender el valor de su propiedad. Posiblemente, Marshall estaría dispuesto a pagar a Taney para que no vendiera su terreno a Chase, pero si hay, junto a Marshall, muchas personas afectadas por la operación, el problema de los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) y los costes de información llegarían a

⁴² Para más sugerencias sobre cómo a veces los programas distributivos sistemáticos producen peores asignaciones de recursos que las decisiones *ad hoc*, véase ACKERMAN, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 Yale L. J. 1093, 1157-97 (1971); CALABRESI, anteriormente, en nota 12.

hacer imposible esa negociación con Taney. El Estado podría intervenir para atender a la doble finalidad de, por un lado, proteger a todos los Marshalls afectados y, por otro lado, facilitar la venta de los terrenos; podría hacerlo a través de reconocer a los vecinos afectados la facultad de prohibir la venta y protegiendo esa facultad por medio de una regla de responsabilidad. Así, el Estado podría establecer un impuesto especial (*excise tax*) sobre las ventas de terreno a contaminadores, calculando su cuantía en función de los costes externos estimados que se causarían a los Marshalls afectados. El problema surgiría entonces cuando el número de vecinos afectados por la venta fuera muy grande, pues ningún contaminador estaría dispuesto a comprar terreno por la enorme cantidad que habría que pagar al estar protegiendo la posición de los vecinos afectados con una regla de responsabilidad. En estos casos, los costes de establecer el mecanismo de valoración colectiva que requieren las reglas de responsabilidad serían un gasto inútil (ya que el precio que tendría que pagar el contaminador que desea comprar un terreno sería tan alto que nadie estaría dispuesto a pagarlo). Prohibir la venta de terreno a los contaminadores sería el resultado más eficiente porque parece claro que evitar la contaminación es más barato que pagar sus costes, incluyendo los costes causados a los Marshalls afectados.

Los costes externos también pueden justificar el construir derechos como inalienables en los casos en que no hay manera objetiva de establecer institucionalmente un valor para esos costes sin caer en la arbitrariedad. Este problema de asignación de un valor monetario es característico de toda una categoría de costes externos, llamados «moralismos» (*moralisms*), que en la práctica nos lleva muchas veces a construir ciertos derechos como inalienables.

Si permitimos que Taney se venda como esclavo, que corra riesgos indebidos de arruinarse, o que venda uno de sus riñones para un trasplante, Marshall se puede sentir herido simplemente porque es una persona sensible a la que no le gusta ver cómo otros viven en esclavitud, o viven en la indigencia, o cómo mueren por haber vendido un riñón. De nuevo podemos pensar que Marshall estaría dispuesto a pagar a Taney para que éste no vendiera su libertad a Chase, pero también en este caso, debido a que Marshall no es más que uno de los muchos posibles afectados, aparecerían los problemas de beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) y de costes elevados de información, que harían prácticamente imposible alcanzar un acuerdo en tal sentido. Podemos pensar que el Estado podría intervenir por medio de una regla de responsabilidad, de tal manera que se estimase objetivamente el coste externo causado a Marshall y se obligase a Chase a pagarlo. El problema estaría, entonces, en el hecho de que ese coste externo no admite una asignación objetiva de valor, y por ello sería desaconsejable la utilización de una regla de responsabilidad de ese tipo.

En el caso que antes expusimos, en el que Taney vendía su finca al contaminador Chase, el empleo de una regla de responsabilidad era desaconse-

jable porque *sabíamos* que los costes de Taney y los costes de los Marshalls afectados eran mayores que los beneficios de Chase. En el caso que ahora nos ocupa, lo que sucede es que no podemos saber qué resultado daría un análisis de los costes y beneficios implicados; en otras palabras, lo que sucede es que no se puede emplear una regla de responsabilidad porque es imposible, por hipótesis, asignar un valor monetario a los bienes en cuestión. El Estado se enfrenta, consecuentemente, a la alternativa de ignorar los costes externos de Marshall, o bien, si considera que esos costes son lo suficientemente importantes, prohibir el intercambio que provoca la aparición de esos costes externos, haciendo inalienable la libertad personal de Taney⁴³.

De todas formas, el coste externo que conlleva uno de estos moralismos no es siempre considerado relevante para que nos lleve a prohibir el intercambio de los bienes en cuestión⁴⁴. Por otro lado, ciertos costes externos distintos a los moralismos pueden ser tan difíciles de valorar que esté justificado el uso de una regla de inalienabilidad en ciertas circunstancias, aunque el uso de reglas de inalienabilidad sea más adecuada cuando hay costes morales⁴⁵.

Existen otros dos motivos que justifican el uso de reglas de inalienabilidad: el autopaternalismo (*self paternalism*) y el verdadero paternalismo. Ejemplos del primer tipo de paternalismo son el de Ulises atándose al mástil de su barco (para resistir el canto de las sirenas) y el de los ciudadanos que aprueban una declaración de derechos que evitará que puedan caer en tentaciones momentáneas que consideran dañinas para ellos mis-

⁴³ Garantizar a Taney un derecho inalienable a su libertad personal supone, en ciertos aspectos, lo mismo que garantizar a la mayoría de sus conciudadanos una facultad de conservar a Taney como persona libre, y protegerla con una regla de propiedad. La gente podría negociar y decidir hacer decaer su derecho, por ejemplo, modificando el ordenamiento jurídico, pero existen límites a la posibilidad de negociaciones de ese tipo, que hacen prácticamente inalienable esa facultad de conservar la libertad de Taney.

⁴⁴ Por ejemplo, se me permite comprar y leer los libros que yo quiera, se me permite vender mi casa a quien yo quiera, independientemente de que con ello esté disgustando a mis vecinos. Que se me permita hacer eso puede ser visto como una forma de autopaternalismo del resto de mis vecinos, temen que adoptar una norma de comportamiento distinta podría traerles mayores inconvenientes a largo plazo. También es posible que se me permita hacer eso por considerar que con ello se refuerzan otros derechos que parecen análogos. Véase, anteriormente, el apartado II. C. Pero también puede reflejar la consideración de que el daño que sufren mis vecinos se debe a moralismos que ellos comparten, pero que no son tan comúnmente aceptados como para hacer más eficiente el reconocerles un derecho a impedir esos comportamientos por mi parte. En otras palabras, las personas que se sienten dañadas por mi comportamiento son las que pueden evitar los costes con el menor sacrificio (*cheapest cost avoiders*); es decir, el coste que a ellos les supone que a mí se me permita comportarme de aquella manera, es menor que el coste que a mí y a los que estén en mi misma situación, nos supondría la adopción de un derecho contrario como punto de partida.

⁴⁵ El hecho de que la sociedad pueda diseñar un derecho como inalienable no significa, por supuesto, que el titular del mismo no vaya a ser compensado en el caso de que se vea privado de él. Así, aunque la sociedad no permita a los individuos la venta de uno de sus riñones, no por ello dejará de prever una indemnización para los casos en los que alguien sufra la pérdida de un riñón en un accidente de tráfico. Las situaciones son distintas y la integridad física, el riñón, estará protegida siguiendo reglas también distintas, según sea el caso del que estemos hablando.

mos. Este tipo de limitación autoimpuesta no es en modo alguno verdadero paternalismo; en realidad, ese tipo de limitación es perfectamente coherente con el criterio de eficiencia de Pareto, que se basa en la idea de que, por encima de la multiplicidad de casos posibles, nadie sabe mejor que el propio individuo qué es lo mejor para él o para ella. El introducir estas autolimitaciones es lo que permite al individuo optar por el mejor resultado a largo plazo; evidentemente, esta decisión implicará ciertas renunciaciones a la libertad de opción a corto plazo. El autopaternalismo es lo que nos hace exigir la concurrencia de ciertos requisitos previos a la enajenación de un derecho, que condicionarán la validez de esa enajenación. Esta idea nos ayudará a explicar muchos casos en los que se limita el poder de disposición sobre los derechos, como por ejemplo los casos de contratos anulables por haber sido celebrados bajo los efectos del alcohol, o celebrados bajo violencia o intimidación. Pero sólo con esta idea no podemos encontrar una explicación completa, ni siquiera en los casos reseñados⁴⁶.

La noción de paternalismo en sentido estricto, el verdadero paternalismo, nos va a permitir encontrar una explicación completa para casos de limitación del poder de disposición sobre derechos como los anteriormente enunciados y también para otros casos más generales, en los que de igual forma se establecen soluciones basadas en la inalienabilidad. Sería el caso, por ejemplo, de las normas que establecen prohibiciones de disposición por parte de los menores de edad.

El verdadero paternalismo se basa en la idea de que hay ocasiones en las que los Marshalls saben mejor que Taney lo que es mejor para él⁴⁷. Aquí no estamos hablando de que los Marshalls puedan sentirse heridos porque Taney quiera leer pornografía o quiera venderse como esclavo, sino que partimos de estimar que Taney no estaba en posición de elegir lo más conveniente para él cuando decidió leer pornografía o cuando decidió convertirse en esclavo⁴⁸. La primera idea responde a lo que antes llama-

⁴⁶ En la práctica, muchas veces será imposible limitar el efecto del criterio de inalienabilidad adoptado a aquellos que lo desean para sí por razones de autopaternalismo; por ello, este autopaternalismo implicará imponer ciertas restricciones a aquellos que hubiesen querido enajenar los derechos de los que fuesen titulares. Esas restricciones no hacen que el autopaternalismo sea en modo alguno menos coherente con las premisas de la eficiencia paretiana. Lo único que suponen es otro reconocimiento de que en un mundo imperfecto se pueden alcanzar los resultados más próximos a un óptimo paretiano a través de sistemas que implican una cierta coacción, mejor que a través de acuerdos absolutamente libres.

⁴⁷ Esta consideración dejaría abierta la cuestión de si el futuro bienestar de Taney será decidido, en último extremo, por el propio Taney o por los numerosos Marshalls. Esto último supondría un alejamiento adicional de las premisas de Pareto. La primera idea, que puede ser típica del paternalismo que se despliega sobre los menores, implicaría sólo que los menores no tienen los suficientes conocimientos como para ejercitar sobre sí mismos un cierto grado de autopaternalismo.

⁴⁸ A veces se emplea el término «paternalismo» para justificar la utilización de reglas de inalienabilidad en situaciones en las que limitar la posibilidad de disposición de un derecho no coloca ni a los numerosos Marshalls ni al coaccionado Taney en una situación de mayor bienestar. Se afirma que la inalienabilidad se impone porque los numerosos Marshalls creen que el hacer inalienable el derecho de que se trate es la voluntad de Dios,

mos moralismos, y ya vimos cómo es uno de los motivos más frecuentes e importantes que nos llevan a construir derechos como inalienables. Los casos de moralismos son coherentes con el criterio de eficiencia de Pareto; por el contrario, la segunda idea, el paternalismo en sentido estricto, que también justifica el uso de una regla de inalienabilidad por motivos de eficiencia, contradice las premisas del criterio de Pareto. En efecto, el resultado eficiente no es ya el que se alcanzaría a través de acuerdos entre las partes en ausencia de costes de transacción, ya que alguna persona estará en una mejor situación si se le prohíbe realizar ciertos intercambios.

De la misma manera que en ciertas circunstancias la eficiencia aconseja el uso de reglas de inalienabilidad, también podemos encontrar razones de equidad para justificar la existencia de derechos inalienables. En muchas ocasiones, la decisión sobre si un bien se puede o no enajenar, afecta directamente a la distribución de la riqueza entre los individuos. Así, la prohibición de vender bebés hace más pobres a los que pueden fácilmente tenerlos y más ricos a los que pueden conseguir uno de esos niños no deseados a través de un mecanismo ajeno al mercado⁴⁹. De la misma manera, la prohibición de introducir cláusulas de exoneración de responsabilidad del fabricante por daños causados por defectos de las mercancías, hace más ricos a los que efectivamente fueron lesionados por el defecto de fabricación y más pobres a los que no sufrieron daño pero tuvieron que pagar un precio relativamente mayor por la mercancía debido a esa prohibición de pactar una exoneración de responsabilidad para el fabricante⁵⁰. El deseo de favorecer al grupo beneficiado por la prohibición de intercambiar puede ser o no lo que motivó el establecimiento de esa prohibición, pero hay que destacar que, independientemente de la razón que impulsó al legislador a prohibir la celebración de ciertos contratos, habrá un grupo de individuos que se beneficiará de esa prohibición.

es decir, que la enajenación del derecho haría sufrir a la divinidad. Reconociendo, desde luego, que esta situación se puede dar en la práctica, nosotros no la denominaremos «paternalismo», ya que esa expresión se debe reservar para los casos en los que se pretenda proteger los intereses de la parte que resulta coaccionada por la inalienabilidad. Véase, anteriormente, nota 30.

⁴⁹ Eso supone asumir que la prohibición de vender niños no deseados pueda ser efectivamente impuesta. Si la prohibición es eficaz, los niños no deseados no supondrán ningún beneficio dinerario para los padres, mientras que resultarán beneficiados aquellos que consigan adoptar un niño sin tener que pagar por ello, debido a haber optado por un mecanismo de asignación ajeno al mercado. Los efectos distributivos son algo más complejos si la prohibición es sólo parcialmente eficaz en la práctica. En estas circunstancias, no habría cambios para aquellos que consiguieran adoptar a un niño según los cauces legales, es decir, sin tener que sobornar a nadie, y lo mismo se puede decir respecto a los padres naturales que obedecieran la ley, que tampoco aquí obtendrían ninguna compensación. Pero el que acudiera a cauces ilícitos sí tendría que pagar, y el que ilegalmente vendiera un niño sí cobraría un precio, que además resultaría ser más elevado de lo que sería en el caso de que estuviera permitida la venta de niños. Esto produciría, en el seno del grupo de los compradores y vendedores ilegales de niños, un efecto distributivo mayor del que se alcanzaría si la venta de niños fuese legal.

⁵⁰ Véase, anteriormente, la nota 37.

Esta idea debería bastar para ponernos en guardia, ya que sugiere que es posible que se construya un derecho como inalienable por razones estrictamente distributivas, es decir, que el diseñar un derecho de esa manera persiga directamente una determinada distribución de la riqueza, por mucho que se justifique la opción por la inalienabilidad con criterios no distributivos, sean estos de paternalismo, autopaternalismo o relativos a costes externos⁵¹. Esto no significa que sea indeseable tener en cuenta los fines distributivos; es más, será claramente deseable tenerlos en cuenta cuando la sociedad es indiferente al establecimiento de un derecho como alienable o inalienable desde el punto de vista de la eficiencia, pero existen motivos de equidad que hacen preferible elegir una de las dos posibles soluciones. También habrá ocasiones en las que será igualmente deseable tener en cuenta esos motivos de equidad, a pesar de que ello suponga un cierto sacrificio en términos de eficiencia. El peligro está en que una regla de inalienabilidad aparezca justificada por paternalismo, por ejemplo, y en realidad estemos ante una vía indirecta de beneficiar a cierto tipo de personas que, por el contrario, no tenemos motivo real para querer beneficiar desde el punto de vista de la distribución de la riqueza. Por ejemplo, podemos emplear un plan de urbanismo para conservar las zonas verdes basándonos en que los más desfavorecidos se verán beneficiados, a pesar de que hoy no lo sepan apreciar. La conservación del entorno de las ciudades efectivamente les beneficiará a largo plazo, pero la regulación del plan de urbanismo también encarece las viviendas de las zonas residenciales, con lo que es posible que toda esa regulación esté dirigida a proporcionar beneficios a los habitantes de esas zonas privilegiadas, olvidándose de los intereses de los más desfavorecidos que aparentemente se trataba de proteger⁵².

⁵¹ En la práctica, suele ser imposible determinar si un derecho se ha construido como parcialmente inalienable por alguno de los citados motivos de eficiencia o por motivos distributivos. ¿Por qué impedimos a los individuos que vendan sus cuerpos, por los costes que ello supondría en términos de paternalismo, de autopaternalismo o de moralismo? ¿Sobre qué bases prohibimos a un individuo que, por un precio muy alto, corra el riesgo de uno contra tres de tener que dar su corazón a una persona muy rica que lo necesita para un trasplante? ¿Tratamos de evitar el funcionamiento de un mercado sobre recursos médicos escasos por motivos distributivos, o por alguno de los motivos de eficiencia antes descritos?

⁵² Hay otro conjunto de motivos que nos llevan a prohibir la venta de algunos derechos y que a veces se denominan «distributivos». Esos motivos nos hacen prohibir la enajenación de ciertos derechos por considerar indeseable la distribución de la riqueza que subyace en esos intercambios; no creemos que estos motivos sean auténticas bases distributivas para decidir, sino que creemos que en realidad se trata de motivos de eficiencia que adquieren relevancia por causa de la mala distribución inicial de la riqueza. Como tales motivos de eficiencia que son, pueden ser clasificados, de nuevo, en debidos a efectos externos, debidos al autopaternalismo y debidos al paternalismo en sentido estricto: 1.º Marshall se siente herido por ver cómo Taney, a causa de su pobreza, vende uno de sus riñones, y, por lo tanto, Marshall vota a favor de que se prohíban tales ventas (sería un moralismo); 2.º Taney, tratando de evitar momentáneas tentaciones debido a su estado de pobreza, vota para que se prohíba la venta (autopaternalismo); 3.º El ordenamiento prohíbe a Taney la venta porque una mayoría de la población estima que, independientemente de lo que piense Taney, éste gozará más tarde de un mayor bienestar si se le prohíbe la venta que si se le permite dicha venta, impulsado por su estado de pobreza actual (paternalismo en sentido estricto). Al advertir que se trata de motivos no estrictamente distributivos, no queremos minimizar la importancia de estos motivos, simplemente queremos distinguirlos de aquellos otros en los que las consideraciones distributivas afectan de una manera más directa a la inalienabilidad de los derechos.

IV. EL MODELO Y EL CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN

El campo de las inmisiones (relaciones de vecindad) o de la contaminación es una de las áreas más interesantes en las que se plantea la cuestión de a quién reconocer un derecho y de cómo se debe proteger el derecho que se decida establecer⁵³. Tradicionalmente, y de forma rigurosa en un reciente artículo del profesor MICHELMAN, se ha buscado una solución al problema de las inmisiones por contaminación a través de tres reglas⁵⁴: la primera sería aquella según la cual Taney no puede contaminar a menos que su vecino Marshall –supongamos que es su único vecino– se lo permita (Marshall puede obtener la prohibición⁵⁵ de la inmisión perjudicial de Taney)⁵⁶. La segunda posibilidad sería permitir a Taney que contamine, pero con la obligación de indemnizar a Marshall los daños causados (se aprecia inmisión pero el remedio se limita a una indemnización)⁵⁷. La tercera vía de solución del problema consistiría en reconocer a Taney la facultad de contaminar a discreción, de tal forma que Marshall sólo podría detener la acción de su vecino si le convence para ello mediante un precio (la contaminación que Taney produce no se califica como inmisión perjudicial)⁵⁸. En nuestra terminología, la primera y la segunda solución parten de reconocer un derecho a Marshall: la primera partiría de un derecho a no ser contaminado, protegido por una regla de propiedad; la segunda también partiría del establecimiento de un derecho a no ser molestado por la contaminación de tu vecino, pero construyéndolo según una regla de responsabilidad. La tercera solución enunciada (no apreciar

⁵³ Debe de quedar claro que el problema de contaminación que estudiamos aquí, en realidad sólo es una parte del problema más amplio de cómo planificar el uso de los terrenos en general. Gran parte de este análisis podrá tener relevancia más adelante, al tratar otras cuestiones relativas al uso del suelo, como, por ejemplo, las prohibiciones de ciertos usos (*exclusionary zoning*), las limitaciones o servidumbres «ecológicas» (*ecological easements*) y las limitaciones convencionales del dominio (*restrictive covenants*). Véase, más adelante, la nota 58.

⁵⁴ MICHELMAN, anteriormente en nota 1, en p. 670. Véase también *Restatement (Second) of Torts*, 157-215 (1965). MICHELMAN también tiene en cuenta la posibilidad de inalienabilidad en p. 684. Para una discusión sobre el uso de reglas de inalienabilidad en el contexto de la contaminación, véase, más adelante en este mismo apartado pp. 51-53.

⁵⁵ En el original se emplea el término «*injunction*», que se suele traducir por «acción de cesación», con la observación de que el «*injunction*» como remedio de una inmisión no es sustituible por una indemnización: se concreta en la prohibición de una cierta actividad. (*Nota del traductor*.)

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Department of Health & Mental Hygiene v. Galaxy Chem. Co.*, 1 *Envir. Rep.* 1660 (Md. Cir. Ct. 1970) (prohibición de emitir malos olores químicos); *Ensign v. Walls*, 323 *Mich.* 49, 34 *NW 2d* 549 (1948) (prohibición de criar perros en zona residencial).

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 *NY 2d* 219, 309 *NYS.* 2d 312, 257 *NE 2d* 870 (1970) [no prospera la acción de cesación (*injunction*) pero a condición de que se abone una compensación permanente de daños a los demandantes].

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Francisco v. Department of Institutions & Agencies*, 13 *NJ Misc.* 663, 180 *A.* 843 (Ct. Ch. 1935) (los demandantes no pueden prohibir el ruido y los olores de un sanatorio cercano); *Rose v. Socony-Vacuum Corp.*, 54 *RI* 411, 173 *A.* 627 (1934) (no se puede prohibir la contaminación de aguas subterráneas en ausencia de comportamiento negligente).

inmisión perjudicial) partiría del reconocimiento del derecho contrario, el derecho de Taney de contaminar libremente, y supone la protección del mismo por una regla de propiedad, ya que sólo se podrá detener la acción de Taney contando con su consentimiento y mediante el precio que él establezca.

La sola enunciación de estas tres vías de solución en el contexto de nuestro marco conceptual sugiere que nos hemos dejado algo en el tintero. Nos hemos dejado una cuarta vía de solución, que consistiría en partir del reconocimiento de un derecho a contaminar a favor de Taney, pero que estuviera protegido sólo mediante una regla de responsabilidad. Esta cuarta solución posible, en realidad una especie de «expropiación» parcial complementada por algo similar a una contribución especial (*benefits tax*), podría ser enunciada de la siguiente manera: Marshall puede detener la acción de Taney, pero si lo hace deberá indemnizarle.

No es difícil comprender por qué incluso juristas tan finos como el profesor Michelman han ignorado esta cuarta posibilidad. A diferencia de las tres primeras, esta cuarta solución muchas veces no es susceptible de ser judicialmente impuesta debido al propio funcionamiento del procedimiento judicial. Por ejemplo, aunque pudiésemos medir con precisión los daños que produce la actividad de Taney, la existencia de numerosos vecinos afectados haría surgir el problema de distribuir entre ellos la indemnización que le sería debida a Taney, cuestión para la que los tribunales no están bien preparados. Si exigimos que contribuyan a reunir esa indemnización sólo aquellos vecinos afectados que ejerzan su derecho a prohibir contaminar a Taney, surgirían dificultades insuperables debido al problema de los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*).

Si, por el contrario, la regla de responsabilidad habilitara a uno solo de los vecinos afectados para solicitar la prohibición de la actividad de Taney de tal manera que luego pudiera dirigirse al resto de vecinos para exigirles una parte alícuota de la indemnización que él pagó a Taney, los tribunales tendrían que afrontar la difícil tarea de determinar quién se beneficia, y en qué cuantía, del hecho de que Taney haya dejado de desarrollar su actividad contaminadora, para así poder imponerles una contribución de acuerdo con la medida de ese beneficio; y todo ello dentro de los límites procedimentales que la ley procesal les impone⁵⁹.

⁵⁹ Esta tarea es mucho más difícil de la que se plantea en la segunda solución, en la que los numerosos vecinos afectados serían indemnizados por los daños que les produjese la contaminación. En esa segunda solución, cada víctima puede actuar individualmente, tanto para exigir una compensación en primera instancia, como para decidir cuándo va a formar parte de un grupo (*class*) para exigir compensación. Si lo desea, y es capaz de convencer al tribunal (por medio de algún estándar objetivo admisible) de que ha resultado lesionado, obtendrá una indemnización. Esta actuación individual es costosa, e incluso puede resultar inútil, pero no presenta especiales problemas desde el punto de vista del funcionamiento habitual de los tribunales. Pero cuando el grupo actor está integrado no por los que tienen el derecho a solicitar la prohibición de la contaminación, sino por aquellos que deben pagar para obtener la prohibición, surgen problemas por la posibilidad de aparición

De esta manera, la cuarta solución posible para los casos de inmisión no se incluye en la formación que se da a los estudiantes de Derecho, por lo que éstos tienden a ignorarla por mucho que a veces ofrezca mejores resultados que las otras tres vías alternativas. De hecho, es posible que esa cuarta solución sea, en una u otra forma, el mecanismo más frecuentemente utilizado⁶⁰. Ahora examinaremos cuándo se debe emplear cada una de las soluciones enunciadas, para así apreciar la utilidad de esta cuarta solución en comparación con las tres soluciones tradicionales.

Desde el punto de vista de la eficiencia, recurriremos a la primera solución (derecho a no ser contaminado protegido por una regla de propiedad) cuando el contaminador Taney puede evitar o reducir los costes de la contaminación de forma más barata que Marshall, que es el que sufre la contaminación. En otras palabras, se podrá detener la actividad de Taney

de beneficiarios que no pagan, que hacen que el tribunal deba indagar si algún vecino que no quiera pagar es beneficiado por la eventual prohibición, y deba requerirle para que contribuya a la correspondiente compensación. La dificultad básica consiste en que si partimos de la premisa que subyace a nuestra noción de eficiencia, la de que los individuos saben mejor que nadie lo que es mejor para ellos, deberemos afrontar la anomalía de obligar a alguien a que contribuya a una indemnización por unos hechos que él afirma que no le benefician, pero que un tribunal estima que sí le reportan algún beneficio.

Este problema es análogo a las dificultades que ofrecen los supuestos de *restitución* (*quasi-contracts*). En efecto, según la teoría de eficiencia económica, la justificación de la compensación debida en casos de beneficios obtenidos de manera no negocial (a menudo incluso accidentales) es similar a los argumentos que justifican la necesidad de indemnizar en los casos de responsabilidad civil extracontractual. Así, los tribunales, por regla general, requieren una compensación en los casos de «cuasicontrato» sólo cuando concurren dos requisitos conjuntamente, por un lado, ha de haber un beneficio incontestable a favor de una de las partes (normalmente de naturaleza pecuniaria o económica), y, por otro lado, debe existir un cierto tipo de reconocimiento subjetivo por la otra parte de haber sido beneficiado por la actividad de la primera (normalmente una promesa subsiguiente de pagar). Véase, CORBIN, *Contracts*, ** 231-34 (1963). Esa actitud dubitativa por parte de los tribunales, sugiere que tienen poca confianza en su capacidad de diferenciar entre beneficios reales y beneficios aparentes. Quizá sea de mayor importancia el que esa actitud pueda reflejar el reconocimiento por parte de los tribunales de que lo que puede ser claramente un «beneficio» objetivo, puede no serlo desde el punto de vista subjetivo, es decir, desde el punto de vista del sujeto objetivamente «beneficiado» —aunque sólo sea por el hecho de que un cambio involuntario en el *statu quo* a menudo implica costes psicológicos. Si esas fuesen las circunstancias, no habrá existido beneficio alguno desde el punto de vista de nuestro criterio de eficiencia.

⁶⁰ Véase KNEESE & BOWER, *Managing Water Quality: Economics, Technology, Institutions*, 98-109 (1968); KRIER, *The pollution problem and legal institutions: a Conceptual Overview*, 18 UCLAL Rev. 429, 467-75 (1971).

Virtualmente, todos los casos de expropiación de un uso de suelo que se venía realizando de un terreno con anterioridad a la entrada en vigor de un plan de urbanismo (*non-conforming use*), parece que pueden considerarse como ejemplos de esta cuarta solución. Otro ejemplo señero sería el de las servidumbres «ecológicas» (*ecological easements*). Otro ejemplo sería el de los casos en los que un plan de urbanismo (*zoning ordinance*) exige a un promotor que ceda parte de los terrenos en los que pretende edificar para establecer un parque o construir una escuela, y en compensación por haberle privado de parte de sus terrenos, la autoridad local le «indemniza»: le autoriza a que aumente la edificabilidad de los terrenos restantes. La cuestión de asignar los daños implícitos en una servidumbre «ecológica» plantea problemas similares a los planteados por la asignación de beneficios en los «cuasicontratos» (*quasi-contracts*). Véase, anteriormente, nota 57.

cuando éste se encuentre en mejor posición para comparar los costes de contaminar con los costes de no hacerlo. Acudiremos a la tercera solución (establecimiento de un derecho a contaminar protegido por una regla de propiedad), también desde el punto de vista de la eficiencia, cuando consideremos que es la otra parte, la que sufre la contaminación, la que está en mejor situación de contrapesar los daños producidos por la contaminación y los costes que implicaría el evitarla. Así, si nos hubiésemos equivocado al apreciar quién está en mejor posición para realizar ese cálculo y no existieran costes de transacción entre Taney y Marshall (o fueran razonablemente pequeños), la titularidad de la que hubiéramos partido en estas soluciones primera y tercera podría ser transmitida y se obtendría siempre un resultado eficiente⁶¹. En efecto, si partimos de reconocer a Taney la titularidad de un derecho a contaminar y resulta que Marshall valora el gozar de aire puro más de lo que vale para Taney la actividad contaminadora, Marshall pagará a Taney para que detenga su actividad, a pesar de que no calificamos su acción de inmisión perjudicial. Si, por el contrario, partimos de reconocer a Marshall la titularidad de un derecho a prohibir/detener la contaminación que realice su vecino Taney y luego resulta que éste valora el poder contaminar más de lo que valora el primero el verse libre de contaminación, Taney pagará a Marshall para que no ejercite una acción de cesación (*injunction*) o comprará el terreno de Marshall y lo venderá a alguien que se comprometa a no tratar de detener su actividad. Como hemos partido de que no había ningún otro vecino al que pudiese molestar la actividad de Taney, éste podría ahora desarrollar libremente su actividad contaminante, a pesar de que, por haber estimado erróneamente quién podía evitar de forma más barata los costes totales implicados (*cheapest cost avoider*), habíamos partido del derecho a prohibir la contaminación.

Por ello, decimos que cuando no existan costes de transacción relevantes y nuestro objetivo sea lograr un resultado eficiente, podremos emplear derechos protegidos por reglas de propiedad incluso, si no estamos seguros de que sea preferible partir del reconocimiento de un derecho o de su contrario, ya que posteriores negociaciones como las anteriormente descritas corregirán un posible error en tal sentido. Desde luego, el partir del reconocimiento inicial de un derecho o de su contrario sí tendrá importantes implicaciones desde el punto de vista de la distribución de la riqueza, pero, como hemos visto, no afectará de manera importante a la consecución de un resultado eficiente.

⁶¹ Para una discusión sobre cuándo se puede alcanzar la eficiencia a largo plazo y cuándo a corto plazo, véase anteriormente COASE, nota 12; CALABRESI, nota 12 (señala que si «ausencia de costes de transacción» significa inexistencia de impedimentos a la negociación en el corto o en el largo plazo, y la optimalidad paretiana implica una asignación de recursos que no puede ser mejorada por intercambios voluntarios, el hecho de partir de las premisas de ausencia de costes de transacción y de comportamientos racionales de los negociadores, implica ya el alcanzar una situación de óptimo paretiano). NUTTER, nota 12 (con una demostración técnica de la aplicabilidad del teorema de Coase a problemas a largo plazo). Véase también, DEMETZ, nota 16, en 19-22.

Si ahora ampliamos el modelo de tal forma que sí existan costes de transacción relevantes, la situación cambia drásticamente. Supongamos que prohibimos a Taney realizar actividades contaminantes y que ahora existen 10.000 vecinos (Marshalls) afectados; entonces, aunque Taney valore el derecho a contaminar más que lo que valoran el derecho a estar libres de contaminación los 10.000 vecinos, la prohibición seguirá resultando efectiva, ya que para superarla Taney tendría que pagar a los vecinos afectados el valor que cada uno asignase a su derecho y surgirían, inevitablemente, problemas de comportamientos estratégicos, que harían que esas cantidades fuesen excesivamente elevadas. Para que fuera posible alterar la situación inicial originada por el establecimiento de un derecho a no ser contaminado protegido por una regla de responsabilidad, haría falta recurrir a un mecanismo equivalente a una especie de «expropiación» a favor de Taney.

Si suponiendo que existen costes de transacción, partimos del reconocimiento inicial del derecho contrario, es decir, si partimos del reconocimiento del derecho a contaminar libremente, los 10.000 vecinos afectados tendrían grandes dificultades, dado el problema de evitar a los beneficiarios que no pagan (*freeloaders*), para ponerse de acuerdo y lograr, mediante precio, que Taney dejase de realizar su actividad contaminante. La cosa se complicaría aún más si, frente a esos 10.000 vecinos afectados, hubiera más de un sujeto que deseara realizar actividades contaminantes. En cualquier caso, debe quedar claro que esas dificultades, causadas por la existencia de costes de transacción, estarían presentes incluso si los daños producidos por la contaminación fuesen mayores que el valor que Taney asigna a su derecho a contaminar.

A pesar de todo, si los costes de transacción no fueran *simétricos*, todavía podría ser conveniente emplear una regla de propiedad. Supongamos que Taney puede fácilmente negociar con los vecinos afectados y comprarles su derecho porque, por alguna razón, no se planteen problemas de comportamientos estratégicos y, sin embargo, los vecinos afectados tuviesen que afrontar graves problemas causados por los beneficiarios que no pagan. En esta situación, se debería partir del reconocimiento del derecho de los vecinos a no ser contaminados, a menos que tuviésemos la *seguridad* de que ellos fuesen los que mejor pueden evitar los costes totales de la contaminación (*cheapest cost avoiders*). Si no estuviéramos seguros de qué parte es la que podría evitar los costes implicados de forma más barata, deberíamos partir también del establecimiento del derecho a no ser contaminado, ya que, si nos equivocamos al establecer ese punto de partida, es decir, si nos equivocamos al estimar que los vecinos son los *cheapest cost avoiders*, Taney podría negociar con ellos y obtener, mediante precio, el permiso para contaminar, con lo que se alcanzaría un resultado eficiente en cualquier caso. Si hubiéramos partido del derecho contrario, del derecho a contaminar libremente, y nos hubiéramos equivocado en nuestra apreciación, los vecinos no hubieran sido

capaces de llegar a un acuerdo para detener la actividad de Taney a través de pagarle el valor que él asignase a su derecho a contaminar. Desgraciadamente, los costes de transacción suelen ser elevados para las dos partes en conflicto, con lo que el establecimiento inicial de un derecho, por mucho que luego resulte contrario a los postulados de la eficiencia, difícilmente será corregido por el funcionamiento del mercado.

En estas circunstancias, que además son las usuales en el campo de la contaminación y las inmisiones, tendremos que recurrir a las reglas de responsabilidad siempre que no tengamos certeza sobre qué parte puede evitar los costes implicados de la forma más barata. Si tuviéramos esa certeza no acudiríamos a las reglas de responsabilidad, ya que acudir a esas reglas de responsabilidad siempre implica ciertos costes (costes necesarios para realizar una valoración institucional de los daños causados a todos los afectados y costes debidos a la coacción sobre los que no hubieran vendido su derecho al precio objetivamente establecido) que, en ese caso, resultarían ser gastos innecesarios. En efecto, serían innecesarios porque los costes de transacción y los impedimentos a la negociación se hacen irrelevantes en el caso de que pudiésemos establecer con seguridad quién puede evitar los costes de la manera más barata. Si tuviésemos seguridad sobre quién puede afrontar más fácilmente los costes implicados, podríamos realizar la elección correcta sobre qué derecho reconocer inicialmente, con lo que alcanzaríamos un resultado eficiente sin necesidad de pasar por el mecanismo de mercado, sin necesidad de negociaciones posteriores.

En la práctica, muchas veces no sabemos con certeza quién puede evitar los costes con menor sacrificio. En estos casos, la doctrina jurídica tradicional tiende a calificar de inmisión perjudicial la conducta de Taney, pero, en vez de forzarle a detener su actividad, sólo le hace pagar una indemnización a los vecinos afectados⁶². De esta manera, si la cantidad que Taney tiene que pagar como indemnización se aproxima a los daños efectivamente causados, se obtendrá un resultado eficiente. Si Taney no puede afrontar el pago de esa cantidad, será porque los costes de la inmisión son mayores que el beneficio que le reportaría desarrollar la actividad contaminante. En realidad, el reconocimiento de un derecho a estar libre de contaminación, a menos que te indemnicen, no responde a la consideración de que probablemente Taney asigne a la posibilidad de emitir contaminación un valor menor que el valor que esos vecinos otorgan a gozar de aire puro, ni tampoco responde a alguna razón de equidad (distributiva) por la que preferimos cargar los costes a Taney en lugar

⁶² Véase, por ejemplo, *City of Harrisonville v. W. S. Dickey Clay Mfg. Co.*, 289 US 334 (1933) [se opta por la indemnización de daños cuando la prohibición de la actividad (*injunction*) perjudicaría un interés público importante]; *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.*, 133 Tenn. 331, 83 SW 658 (1904) (se opta por la indemnización de daños por el hecho de que el demandante ha esperado diez años antes de intentar que se detenga la actividad).

de cargarlos a los vecinos afectados. En realidad, el reconocimiento de ese derecho en favor de los vecinos afectados responde a que simplemente *ignoramos* cuándo Taney valora la posibilidad de contaminar más de lo que los vecinos valoran el verse libres de contaminación, y la única manera que se nos ocurre para comprobar el valor que pueda tener esa posibilidad de emitir contaminación es la de aplicar la regla de responsabilidad tradicional, la que antes enunciamos como segunda vía de solución para los problemas de inmisiones, es decir, la de obligar a Taney a indemnizar los daños causados por la contaminación (si Taney valora la posibilidad de contaminar más de lo que valoran los vecinos el no tener que soportar la contaminación, estará dispuesto a pagarles por ello). Ésta sería la solución que ofrecería un tribunal que se preocupase por la eficiencia económica y creyese estar limitado a las tres vías de solución tradicionales.

La solución novedosa que mencionamos en cuarto lugar ofrece, por lo menos, la posibilidad de que también se pudiera llegar a un resultado eficiente partiendo del establecimiento del derecho contrario en casos de incertidumbre. Supongamos, por un momento, que existiera un mecanismo institucional (colectivo) que permitiera determinar el daño que se le causa a Taney al prohibirle contaminar (sus vecinos) y también existiera un mecanismo del mismo tipo que nos permitiera establecer el beneficio que obtiene cada uno de los vecinos afectados por el hecho de haber detenido la actividad de Taney. Entonces, suponiendo que podamos obtener el mismo nivel de precisión en la valoración objetiva (colectiva) que la que tuviéramos en la órbita de la segunda solución (la que consistía en una indemnización a cargo de Taney), los vecinos afectados podrían detener la actividad contaminante si ésta les perjudica más de lo que beneficia a Taney. Si todo esto es así, entonces, a pesar de que pensemos que debemos emplear una regla de responsabilidad, todavía tenemos un margen de decisión para elegir entre reconocer el derecho de Taney o el de los vecinos afectados, en el bien entendido de que el derecho que elijamos (por las razones de eficiencia o de equidad que resulten relevantes) se construirá siguiendo una regla de responsabilidad.

En realidad, las cosas son todavía más complicadas. De igual manera que vimos que los costes de transacción no eran necesariamente *simétricos* cuando analizábamos el caso de cuál de los dos derechos alternativos reconocer desde el punto de vista de las reglas de propiedad, los costes que aparecen cuando operamos con reglas de responsabilidad —básicamente los costes de asignar un valor objetivo y los debidos a la necesaria coacción sobre el que no hubiera vendido voluntariamente a ese precio objetivamente determinado—, que son análogos a los costes de transacción en el ámbito de las reglas de propiedad, tampoco tienen por qué ser simétricos bajo las dos posibilidades de actuación que hemos visto que se plantean cuando funcionamos con reglas de responsabilidad. En algunos casos, puede ser muy difícil establecer el valor de los daños causados por la inmisión y puede que los costes de informar a todos los posibles

afectados y de hacerlos comparecer en el juicio resulten prohibitivos; además, puede resultar menos costoso en esos casos determinar objetivamente los daños irrogados a Taney por hacerle parar su actividad contaminante, por un lado, y los beneficios que ello reporta a los vecinos afectados, por otro lado. Pero también se pueden plantear otros casos en los que estos términos aparezcan invertidos. Así, también al igual que ocurría con los derechos protegidos con reglas de propiedad en los que nos decidíamos por uno u otro según se estableciese esa asimetría de costes de transacción y según estimásemos que el mercado podría corregir la asignación inicial de titularidades por la que nos hubiéramos decidido, la elección sobre si reconocer el derecho de Taney o el de los vecinos afectados cuando vayamos a utilizar una regla de responsabilidad para proteger el derecho por el que optemos, también se basará en esa asimetría en la distribución de los costes de determinación institucional.

Cuando empezamos a tener en consideración razones de equidad (distributivas) en nuestro análisis, la introducción de esa cuarta posible solución para los casos de inmisión por contaminación adquiere una mayor importancia. Para apreciar esa nueva dimensión, no necesitaremos examinar los resultados, que en términos del compromiso entre eficiencia y equidad, se alcanzaría según optásemos por una u otra de las soluciones enunciadas. Nos basta con poner un ejemplo: supongamos que tenemos una fábrica que por utilizar un carbón muy barato emite contaminación sobre un barrio de la ciudad donde habita gente adinerada; supongamos también que en esa fábrica trabajan muchas personas con un bajo nivel de ingresos y que las mercancías que se producen van dirigidas fundamentalmente a consumidores con poco poder adquisitivo. Supongamos también que existe un fin distributivo claramente establecido, consistente en favorecer la igualdad en la distribución de la riqueza. La primera solución –derecho de los vecinos afectados a estar libres de la contaminación protegido por una regla de propiedad– posiblemente nos llevaría a un buen resultado en términos de eficiencia (si la contaminación dañara a los acaudalados vecinos más de lo que la fábrica estaría ahorrando por usar un tipo barato de carbón), pero los resultados serían desastrosos en términos de equidad. También produciría resultados perversos desde el punto de vista de la eficiencia si nuestra apreciación inicial sobre los costes de evitar la contaminación hubiese sido errónea y los costes de transacción fuesen elevados.

La segunda solución –derecho a estar libre de contaminación protegido por una regla de responsabilidad– permitiría poner a prueba si el evitar la contaminación es o no eficiente, incluso en presencia de costes de transacción elevados, pero con bastante probabilidad, o bien expulsaría a la fábrica del sector, o bien haría que produjese menos, con lo que se alcanzarían los mismos resultados perniciosos en términos de equidad que en la primera solución.

Con la tercera solución –derecho a contaminar libremente protegido por regla de propiedad– tendríamos buenos resultados distributivos porque se protegería la posibilidad de que los trabajadores de la fábrica siguieran obteniendo su salario. Pero si los daños que la contaminación causa a los vecinos fuesen mayores que los costes que tendría que afrontar la fábrica para evitarla mediante el uso de un carbón de mejor calidad, y estuviéramos en presencia de costes de transacción –debido a comportamientos estratégicos– tales que impidiesen a los vecinos ponerse de acuerdo y pagar a la fábrica para que utilizara un carbón mejor, esta tercera solución llevaría a resultados ineficientes.

La cuarta solución –que los vecinos puedan forzar a la fábrica a usar un carbón mejor, pero que indemnicen a la fábrica por los perjuicios que ello le supone– es la única que permite alcanzar las dos metas, de eficiencia y equidad, que nos habíamos propuesto⁶³.

Ciertamente, se puede construir un caso ideal que encaje igual de bien en cualquiera de las otras posibles soluciones; además, la cuarta solución implica problemas de coacción, que pueden ser en la práctica extremadamente graves: ¿cómo pueden los vecinos afectados llegar a la decisión de detener el uso por parte de la fábrica de carbón de mala calidad?; ¿cómo podemos cuantificar los daños y asignar proporcionalmente la indemnización correspondiente en función de los beneficios que cada vecino obtiene? De todas formas, la segunda solución plantea problemas análogos que pueden ser igualmente importantes: ¿cómo podemos cuantificar los daños que se irrogan a cada uno de los múltiples vecinos afectados?; ¿cómo hacemos para informar a todos los afectados de su derecho a ser indemnizados?; ¿cómo evaluamos y limitamos los costes administrativos de las intervenciones judiciales que esta solución implica?

La seriedad del problema depende, bajo cada una de las dos posibles reglas de responsabilidad, del número de personas cuyos beneficios o perjuicios estemos tratando de cuantificar y del coste y la posibilidad de error que implique esa cuantificación. Es indispensable emitir un juicio sobre estas cuestiones a la hora de analizar, en términos de eficiencia, los resultados que alcanzaríamos con cada una de las dos reglas de responsabilidad que manejamos. El hecho de que, en cada caso, sea más fácil realizar una u otra de esas cuantificaciones, puede ayudarnos a comprender por qué acudimos a los tribunales cuando se trata de aplicar la segunda solución y por qué la cuarta solución –en los casos en los que se opta por

⁶³ Cualquiera de las dos soluciones, basadas en criterios de responsabilidad, puede ser también utilizada en otra forma para conseguir una finalidad distributiva. Por ejemplo, si las víctimas de la contaminación fuesen pobres, y si la sociedad propugna una distribución de la riqueza más igualitaria, se podría incrementar intencionadamente los daños «objetivos» que se reconocieran en el seno de la segunda solución. Paralelamente, si estuviéramos manejando la cuarta solución, se podría disminuir la compensación que se reconocería a los dueños de la fábrica, sin alterar la eficiencia del resultado. En cualquier caso, ya advertimos de que existen inconvenientes en esta búsqueda de finalidades distributivas a través de decisiones *ad hoc*. Véase, anteriormente, el apartado III. A, *in fine*.

ella— se alcanza sólo a través de órganos políticos que puedan, por ejemplo, prohibir la contaminación, o puedan «expropiar» (*sic*) el derecho a no sufrir contaminación para construir un avión supersónico, indemnizando a aquellos que sufran daño por la adopción de tales decisiones⁶⁴.

⁶⁴ Por supuesto, los órganos políticos también pueden manejar soluciones basadas en las otras reglas de propiedad y responsabilidad. La tercera solución, la de reconocer al contaminador un derecho construido según pautas de propiedad, puede ser encauzada a través de exenciones de impuestos, o a través de otros incentivos, como puede ser el de ofrecer un fuel menos contaminante a precios parcialmente subvencionados para lograr una disminución voluntaria en los niveles de contaminación. En estos esquemas, al igual que ocurría en la cuarta solución, las instituciones políticas son utilizadas para lograr una asignación de beneficios global, superando así los problemas debidos a la aparición de beneficiarios que no pagan, que inevitablemente surgirían en el caso de optar por un mecanismo más descentralizado, como es el mercado. De todas formas, emplear un mecanismo centralizado supone adoptar una solución mixta, en la medida en que sustituye pagos voluntarios realizados por víctimas individuales de la contaminación, por pagos colectivos sobre los que no tiene por qué existir unanimidad de pareceres. El sujeto que realiza las actividades contaminantes puede estar conforme con la enajenación de su derecho, pero el grado de disminución de la contaminación y la cantidad que por ello paga cada víctima de esa contaminación no han sido establecidos ni consentidos por cada una de ellas.

Las relaciones entre soluciones mixtas, como la anteriormente descrita, y las cuatro soluciones posibles para cuestiones de contaminación, se pueden enunciar en términos más generales. Se puede considerar que el eventual adquirente de una cierta titularidad, sea de las protegidas con reglas de propiedad o sea de las protegidas con reglas de responsabilidad, ocupa una posición que puede ser descrita como el derecho, protegido según criterios de propiedad, de no adquirir aquella titularidad si no quiere hacerlo. Cuando surgen problemas por la aparición de beneficiarios que no pagan, ese derecho, en vez de reconocerse a cada individuo, puede ser reconocido a favor de todo un grupo (*class*) de compradores potenciales. Ese «grupo» puede ser un municipio, una autoridad encargada del alcantarillado, o cualquier otro organismo que tenga atribuido el poder de adquirir una titularidad y compeler a los beneficiarios al pago de un precio objetivo. Cuando esto sucede, los individuos comprendidos dentro de ese «grupo» tienen un derecho a no adquirir la titularidad en cuestión si no quieren hacerlo, pero se trata de un derecho protegido sólo por una regla de responsabilidad.

Como ya hemos tenido ocasión de examinar, la persona que ocupa una titularidad puede tener garantizado el que sólo se permita la transmisión de la misma si ella consiente y por el precio que ella determine, o puede tener garantizado solamente que va a recibir un precio objetivo si alguien quiere ocupar la posición de titular que ella viene ocupando: su derecho puede estar protegido con criterios de propiedad o con criterios de responsabilidad, respectivamente. Entonces, como en todo intercambio, el comprador puede tener un derecho de no adquirir, protegido por reglas de propiedad o de responsabilidad, y el vendedor puede tener un derecho a no vender, protegido, a su vez, con criterios de propiedad o de responsabilidad, tendremos cuatro posibles combinaciones de reglas para cada posible asignación de un derecho: vendedor voluntario y comprador voluntario; vendedor voluntario y comprador compelido a la compraventa; vendedor forzado y comprador voluntario; vendedor y comprador obligados al intercambio. La cuestión es más complicada todavía, pues, como la titularidad que se vende y que se compra puede haber sido reconocida originalmente a la parte contraria, habrá no cuatro, sino ocho posibles reglas.

Con lo anterior no queremos sugerir que las instituciones políticas sean utilizadas sólo para asignar derechos de propiedad de titularidad *colectiva*. La segunda solución, por ejemplo, reconoce a las víctimas un derecho a estar libres de contaminación protegido por una regla de responsabilidad, y esa solución puede ser administrada mediante mecanismos descentralizados de asignación de daños indemnizables, como sucedería en la litigación, o puede ser administrada a través de técnicas, como la de establecer una tasa de vertido a cargo de los que contaminen. Este último tipo de actuación pública será preferible cuando nos enfrentemos a problemas que afecten a múltiples personas y los costes de una valoración de daños descentralizada sean elevados. De todas formas, el precio de «venta» es determinado de forma institucional en las dos posibles formas de actuar, por lo que no varía el carácter del derecho que se le reconoce a las víctimas como punto de partida.

En cualquier caso, no debemos olvidar que contamos con una cuarta posibilidad de actuación consistente en reconocer un derecho a contaminar pero protegiéndolo sólo a través de una regla de responsabilidad, y que esta cuarta solución es la que nos puede permitir, en ciertos casos, alcanzar la mejor combinación posible entre los fines de eficiencia y equidad.

Dijimos que en este artículo íbamos a hablar poco de la Justicia y lo vamos a cumplir, pero debemos dejar claro que, de la misma manera que esta cuarta solución nos permite en ocasiones obtener la mejor combinación posible entre fines de eficiencia y fines distributivos, también nos permitirá combinar de manera óptima la eficiencia con otros fines que se suelen enunciar en términos de justicia. En el ejemplo que manejábamos antes, supongamos ahora que la fábrica venía utilizando un tipo barato de carbón con anterioridad a que se edificara el barrio residencial. En ese caso, la cuarta solución no sólo permitiría alcanzar la mejor combinación posible entre fines de eficiencia y fines distributivos, en los términos que vimos anteriormente, sino que también alcanzaríamos un resultado conforme con las ideas de justicia vinculadas al hecho de «haber llegado antes». Esto es así tanto cuando consideramos esas ideas de justicia como parte de un fin distributivo, como cuando las consideramos como parte de un fin de eficiencia a largo plazo basado en la protección de las expectativas, o, por último, cuando las consideramos englobadas en un concepto autónomo de Justicia.

En este capítulo no hemos aludido hasta ahora a la posibilidad de emplear derechos contruidos como inalienables para solucionar los problemas de inmisiones por contaminación. Una política general de prohibición de emitir contaminación parece claramente irrealizable⁶⁵, pero podemos emplear correctamente reglas de inalienabilidad para limitar los niveles permitidos de contaminación y para controlar el nivel de actividad de actuaciones contaminantes⁶⁶.

Un argumento a favor de las reglas de inalienabilidad podría ser el de la existencia de moralismos muy extendidos en contra de la polución. Así puede que el hecho de que Taney, un habitante de gran ciudad acostumbrado a la contaminación, enajene su derecho a estar libre de contaminación (es decir, permita que otro le contamine), hiera a los que están acostumbrados a vivir en el campo. Hay otro tipo de externalidades o de

⁶⁵ Véase MICHELMAN, anteriormente, nota 1, en p. 667.

⁶⁶ Sería estrictamente análogo a la idea de prevención específica en el contexto de las actividades potencialmente productoras de accidentes. Véase *COSTS* en pp. 95-129.

Aunque pueda parecernos fantástica, existe la posibilidad de que un Estado desee establecer un derecho contrario: un derecho a contaminar inalienable en ciertos circunstancias. Esto puede suceder cuando el Estado en cuestión considere que, a largo plazo, todos gozarán de un mayor bienestar si se permite que los sujetos que realizan actividades contaminantes puedan elaborar sus productos, sin tener en cuenta si el sujeto aceptaría o no el ser indemnizado a cambio de detener su actividad productora.

moralismos que pueden tener mayor importancia; sería el caso de que parte de la población se sintiera herida por la contaminación por considerar que, si bien las generaciones presentes pueden soportar los actuales niveles de contaminación sin grave daño para la salud, las generaciones futuras tendrán que afrontar el vivir en un medio ambiente completamente deteriorado que, además, no serán capaces de volver a su estado original⁶⁷. Este argumento en favor del uso de reglas de inalienabilidad se vería reforzado si llegáramos a conclusiones similares desde el punto de vista del *autopaternalismo*. Sobre estas bases la sociedad podría llegar a limitar la alienabilidad, de tal forma que aquel amplio sector de la población que se sentía herido por el hecho de que Taney permitiera que otro le contaminara, ahora consideraría que Taney goza de un mayor bienestar, aunque él no sea consciente, al poder ver las estrellas y respirar aire puro.

Cualesquiera que sean las razones que nos llevan a plantearnos la posibilidad de utilizar derechos inalienables para resolver problemas de contaminación, hay que volver a insistir en que también se deben tener en cuenta los efectos distributivos que inevitablemente se producirán al decidir a favor o en contra de la inalienabilidad. De esta manera, podemos reconocer el derecho de los habitantes de una ciudad a estar libres de contaminación en sus aguas por vertidos de una industria química cercana; y podemos construir ese derecho como inalienable por motivos de paternalismo, es decir, por considerar que los habitantes de esa ciudad gozarán de mayor bienestar en el largo plazo si tienen acceso a playas no contaminadas. Pero pudiera ser que el derecho se hubiera construido como inalienable para preservar bellos parajes en beneficio de los más adinerados y al mismo tiempo supusiese que un gran número de habitantes de la ciudad quedase en paro⁶⁸.

V. EL MODELO Y LAS SANCIONES PENALES

En este artículo, evidentemente, no podemos recorrer todo el ordenamiento para demostrar la relevancia que pudiera tener en cada sector del mismo el enfoque que estamos proponiendo. Sin embargo, creemos que sería bueno que examináramos, a la luz del enfoque elegido, la cuestión de los delitos contra la propiedad y contra la integridad física⁶⁹. El

⁶⁷ Véase MICHELMAN, anteriormente, nota 1, en p. 684.

⁶⁸ Cfr. FRADY, «The View from Hilton Head», *Harper's*, mayo, 1970, pp. 103-112 (conflicto sobre el establecimiento de una industria química que contaminaría las playas de la zona, en una localidad económicamente deprimida de Carolina del Sur; los grupos ecologistas opuestos al establecimiento de la industria eran respaldados por los promotores de lugares de veraneo para gente adinerada, mientras que los que proyectaban la industria eran apoyados por los representantes de los habitantes en paro de la ciudad vecina).

⁶⁹ En Estados Unidos se llaman en esa expresión los delitos que en España se llaman «contra la libertad sexual». (*Nota del traductor.*)

aplicar nuestro enfoque a la cuestión de utilizar sanciones penales en los casos de robo y de ataque a la integridad física será útil porque ayudará a entender lo dicho con anterioridad, especialmente, en la medida en que nos permitirá identificar los diferentes tipos de problemas que cada caso plantea al ordenamiento y las diferentes maneras en que podemos afrontarlos.

Los alumnos principiantes a veces preguntan, cuando toman contacto por primera vez con la noción de eficiencia, por qué no basta con la devolución del valor de la cosa robada como sanción para los casos de robo. Lo mismo se preguntan algunos filósofos del derecho⁷⁰. Si la cosa robada vale más para el ladrón que para el propietario, ¿no se cumplen los postulados de eficiencia al imponer semejante sanción penal? Las respuestas que podemos ofrecer derivan enseguida hacia profundas y, desde luego relevantes, reflexiones morales. Pero esas reflexiones no satisfacen al que planteó la pregunta porque se basarían en la existencia de una obligación de no robar por un precio determinado, y la pregunta inicial aludía más bien a por qué debemos imponer ese tipo de obligaciones.

Una respuesta sencilla consistiría en decir que los ladrones no son capturados siempre que roban y que, por ello, debemos tener en cuenta esa probabilidad de no ser capturado cuando establezcamos los costes para el ladrón⁷¹. Pero esta respuesta no soluciona completamente la cuestión, porque, aunque los ladrones fueran capturados siempre que robaran, todavía querríamos imponerles una sanción mayor que los daños que objetivamente hubiera causado a la víctima del robo.

Podemos basar una respuesta más completa en las diferencias existentes entre derechos protegidos con reglas de propiedad y derechos protegidos con reglas de responsabilidad. Para nosotros, imponer en los casos de robo una sanción equivalente al valor objetivamente determinado de la cosa robada, sería convertir todos los derechos protegidos por reglas de propiedad en derechos protegidos por una regla de responsabilidad.

La pregunta, entonces, se podría replantear en los siguientes términos: ¿por qué no convertir todas las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad? Por supuesto, la respuesta es sencilla: las reglas de responsabilidad suponen sólo una aproximación al valor que tiene el bien para su titular, y el estar dispuesto a pagar tal valor aproximado no nos dice nada sobre si el ladrón valora más la cosa que su dueño. Es decir, que incluso dejando aparte los costes sociales necesarios para establecer ese valor objetivo, el estar dispuesto a pagar el precio aproximado del bien no implica necesariamente que se vaya a alcanzar un resultado eficiente a

⁷⁰ Uno de los últimos artículos del profesor DEL VECCHIO está cerca de encontrar una respuesta. Véase DEL VECCHIO, «Equality and Inequality in Relation to Justice», 11 *Nat. Law Forum* 36, pp. 43-45 (1966).

⁷¹ Véase, por ejemplo, BECKER, «Crime and Punishment: an Economic Approach», 76 *J. Pol. Econ.*, p. 169 (1968).

través de esa transmisión del bien⁷². Si esto es así en los delitos contra la propiedad, con más motivo todavía lo defenderemos para los delitos contra la integridad física, de tal manera que no trataremos de llegar a una valoración objetiva ni de los costes de una violación para la víctima ni de los beneficios que el violador obtenga de ella, por mucho que nuestra única meta sea la eficiencia. De hecho, cuando consideramos cuestiones relativas a integridad física, nos estamos aproximando a zonas del ordenamiento en las que no se permite la enajenación de los derechos y en las que los postulados de eficiencia económica han de ser tenidos en cuenta de una manera más complicada. Pero es que incluso cuando los bienes sustraídos o destruidos son susceptibles de ser enajenados, no impondremos un precio objetivo al titular actual de los mismos sin una buena razón para ello.

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que no podemos limitarnos a actuar con el criterio de responsabilidad, y de que a menudo es deseable, incluso por motivos de eficiencia, manejar reglas de propiedad, podemos ofrecer una respuesta clara a la pregunta inicial del alumno principiante. Esa respuesta partiría de considerar que el ladrón no sólo daña a la víctima, sino que también está socavando normas y distinciones que tienen un significado que sobrepasa el caso concreto. Por ello, aunque en un caso concreto sepamos con certeza que el bien robado no vale más de X y el ladrón haya sido capturado y esté dispuesto a indemnizar, no nos bastará con imponerle una sanción de X, sino que tendremos que imponer una sanción mayor. Ese plus de sanción que tendremos que imponer se basa en que en la mayor parte de los casos no podremos saber si la transmisión de los bienes mediante robo es eficiente o no, y responde a la necesidad social de que nadie pueda por su voluntad convertir los derechos protegidos por reglas de propiedad en derechos protegidos por reglas de responsabilidad⁷³. En otras palabras, al imponer sanciones penales estamos tratando de evitar que en el futuro otros individuos traten de convertir las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad⁷⁴.

⁷² También se puede destacar que muy frecuentemente el ladrón no tendrá dinero para pagar el precio objetivamente determinado del objeto robado, es más, su falta de dinero es probablemente el motivo que le lleva a delinquir. En esos casos, si la sociedad insiste en querer mantener la regla de responsabilidad, tendrá que compensar al titular inicial del derecho con fondos procedentes de las arcas del Estado. Cuando esto ocurra, el ladrón no sufrirá el impacto de la regla de responsabilidad, con lo que no se evitará futuros comportamientos igualmente delictivos por su parte. Cfr. *COSTS*, 147-48.

⁷³ Si no estuviésemos interesados en conservar las reglas de propiedad como tales, y por ello no impusiésemos un plus sancionatorio, presumiblemente querríamos ajustar la cantidad que se le exige al ladrón para compensar a la víctima, al hecho de que no siempre se captura a los ladrones; es decir, estableceríamos una indemnización mayor (*price-penalty*) que reflejase el valor del bien y la probabilidad de ser capturado.

⁷⁴ Un problema relacionado con las sanciones penales es el de establecer mayores indemnizaciones (*punitive damages*) para los ilícitos civiles intencionados. Si Taney instala un resorte que activa una pistola con el propósito de matar o herir al que invada su propiedad, será consciente de lo que hace y de los riesgos que está creando, lo que lo sitúa en una situación más parecida a la del conductor que intencionadamente causa un daño que a

Puede que nuestro contumaz alumno principiante siga insistiendo y pregunte ahora por qué damos al ladrón o al violador un trato distinto del que reservamos para el conductor que causa daños en un accidente de automóvil o para el contaminador en un caso de inmisión. ¿Por qué establecemos soluciones basadas en reglas de responsabilidad para esos casos? En cierto sentido, ya hemos dado respuesta a esta pregunta. Antes del accidente, el conductor sólo puede negociar el valor del bien que ocasionalmente va a lesionar a la víctima eventual de su actividad, en un nivel en el que las transacciones son demasiado costosas. En cambio, el ladrón o el violador podría haber negociado con su víctima sin incurrir en costes indebidos (al menos en los casos de aquellos bienes que se pueden enajenar), ya que debemos asumir que él tenía conocimiento de lo que iba a hacer y de a quién se lo iba a hacer. Los casos de accidentes de automóvil son distintos porque ese conocimiento sólo existe en el nivel de decidir si se va a conducir o no, o en el de decidir si se va a conducir a mayor o menor velocidad, y en esos niveles las negociaciones con las posibles víctimas son normalmente imposibles.

En los casos de inmisión, por el contrario, el sujeto que va a emitir contaminación sobre el vecino, sí sabe qué va a hacer y muchas veces también sabe a quién va a afectar. Pero, como ya hemos visto, los problemas que supone la aparición de beneficiarios que no pagan (*freeloaders*) o la de comportamientos estratégicos (*holdout problems*) pueden impedir que se llegue a cualquier tipo de acuerdo entre el sujeto que contamina y los afectados por esa contaminación. Además, a menudo no tenemos la

la del conductor negligente. Pero como Taney ignora cuál de sus vecinos va a ser la víctima de su actividad, la posibilidad de establecer negociaciones *ex ante* parece difícil. ¿Cómo justificamos, entonces, el uso de sanciones penales y de indemnizaciones mayores que la compensación de daños? Probablemente la respuesta se basa en el hecho de que asumimos que los beneficios de la actuación de Taney no merecen la pena si los comparamos con los daños que se pueden derivar de ella, una vez que esos daños hayan sido completamente evaluados. Partiendo de que ese hecho, a diferencia de lo que ocurre en un caso de simple negligencia, podría ser mostrado al sujeto activo en el momento en que actúa, impondremos una indemnización mayor. Nuestra estimación es la de que la mayoría de la gente actuaría de diferente manera si se pudiera establecer la carga de un coste-beneficio verdadero. Partiendo de esa estimación, y dada la imposibilidad de imponer dicha carga por medio de una valoración institucional —debido a un conocimiento inadecuado—, nos aseguramos de que en caso de que nos equivoquemos, nos equivocaremos del lado de sobreestimar el coste.

Puede existir otra dimensión en esta cuestión. A diferencia de las multas u otras sanciones penales, las indemnizaciones incrementadas (*punitive damages*) suponen una compensación mayor para la víctima que puede no ser una simple ganancia inesperada (*pure windfall*). Una vez que hemos establecido que consideramos que los daños derivados de ilícitos civiles intencionados son menos deseables que los daños no intencionados —ya sea porque se espera que sean menos eficientes o ya sea porque existe menor justificación para el hecho de que el autor no se haya preocupado de adquirir el derecho en vez de cometer el ilícito intencionado— puede que el daño subjetivo real que sufre la víctima de un ilícito civil intencionado se vea incrementado. Si un automóvil es destruido accidentalmente, su propietario sufre la pérdida del coche; pero si un automóvil es destruido intencionadamente, su propietario también sufre la pérdida del coche, pero esa pérdida es mayor debido a que sabe que fue intencionada y, por lo tanto, evitable.

certeza de qué parte puede evitar los costes de la contaminación con menor sacrificio (*cheapest cost avoider*). En estas circunstancias es adecuado emplear una regla de responsabilidad, lo que, al menos, permite hacer una prueba sobre si la proyectada transmisión de un derecho es eficiente o no, aunque con ello estemos permitiendo la apropiación no accidental de un derecho sin la voluntad de su titular actual. Debemos recordar, sin embargo, que allí donde no existan costes de transacción que impidan la negociación entre el que desee desarrollar una actividad contaminante y las víctimas de esa contaminación, o donde tengamos una certeza razonable sobre quién puede afrontar los costes de la contaminación con menor sacrificio, no existen razones de eficiencia para permitir esas apropiaciones del derecho ajeno, por lo que podremos utilizar reglas de propiedad y defenderlas mediante *acciones de cesación (injunctiões)* o sanciones penales⁷⁵.

VI. CONCLUSIÓN

En este artículo se ha tratado de demostrar cómo podemos plantear provechosamente una amplia gama de problemas jurídicos en términos de un marco conceptual específico. De todas formas, el método de construir marcos conceptuales o modelos tiene dos inconvenientes. El primero sería llegar a confundir el modelo con una visión global de fenómenos que, como las relaciones jurídicas, son demasiado complejos para ser correctamente reflejados en una sola imagen. El segundo inconveniente sería que el trabajar con modelos supone acuñar conceptos que, una vez contruidos, nos hagan caer en la tentación de tratar de englobar en ellos supuestos que en realidad no encajan bien. Pero a pesar de los inconvenientes, el trabajar con modelos ofrece ventajas indudables. Los estudiosos del Derecho, precisamente porque tienden a evitar el método de construir modelos, suelen trabajar casuísticamente, examinando cada caso concreto y tratando de descubrir las categorías que puedan aparecer. Esta manera de trabajar también tiene el inconveniente de que sólo ofrece un punto de vista para contemplar la Catedral. Si nos limitamos a trabajar de esa manera podemos pasar por alto algunas posibles relaciones entre los problemas que estudiemos en cada caso, relaciones que se pueden perci-

⁷⁵ Cfr. el apartado III. B.

No hemos abordado la cuestión de qué relación existe entre fines distributivos y sanciones penales. Ello se debe, en parte, a que hemos dado por sentada la asignación inicial del derecho en cuestión –hemos partido de que la víctima de un delito tenía derecho sobre el bien sustraído o sobre su propia integridad física–. De todas formas, existe otra faceta de los fines distributivos que se relaciona con la concreta regla que hayamos elegido para proteger el derecho inicialmente establecido. Por ejemplo, se puede plantear la cuestión de hacer depender la gravedad de la sanción penal del nivel de riqueza del autor del delito o del nivel de riqueza de la víctima. Estos aspectos de los fines distributivos pueden ser un interesante tema de estudio, pero están fuera del ámbito de este artículo.

bir nítidamente si construimos modelos, precisamente por lo que antes dijimos de que trabajar con modelos supone definir previamente conceptos o categorías.

El marco conceptual que hemos empleado aquí puede ser utilizado en muchas áreas del ordenamiento jurídico. Creemos que con él podemos encontrar y definir una posibilidad adicional de respuesta para los casos de contaminación. Por ello también creemos que habrá merecido la pena gastar las pinturas que han sido necesarias para pintar este cuadro.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

1. **Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, «DOCE», L, núm. 257, de 10 de octubre de 1996.**

Directiva encaminada a la prevención, la reducción y, en la medida de lo posible, la eliminación de la contaminación, actuando preferentemente en la fuente misma; sus principios básicos son el conocido de «quien contamina paga» y el de la prevención de la contaminación. El contenido de la Directiva es esencialmente de corte administrativo, incidiendo en la importancia de la concesión de permisos, tanto para instalaciones existentes cuanto para nuevas instalaciones. Se hace también hincapié en la necesaria adaptación de las medidas de prevención de la contaminación a las mejoras técnicas y a su evolución. Regula también la transparencia y la participación de los interesados en el proceso de concesión de permisos. Entre las categorías de actividades industriales a las que se aplica la Directiva, el Anexo I señala, las instalaciones de combustión, de producción y transformación de metales, industrias minerales, industria química, gestión de residuos y otras actividades, como las destinadas a la fabricación de papel, textiles, relacionadas con la cría y sacrificio en masa de animales, etc.

2. **Recomendación de la Comisión de 9 de diciembre de 1996 relativa a los acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican Directivas comunitarias, «DOCE», L, núm. 333, de 21 de diciembre de 1996.**

Con carácter general, en los casos en que en una Directiva sobre medio ambiente se autorice expresamente una aplicación mediante acuerdos, los Estados miembros deberán ajustarse a las orientaciones que señala la Recomendación. Destacan entre éstas la necesidad de que los acuerdos revistan la forma de un contrato cuya aplicación se ha de efectuar de acuerdo con el Derecho Público o el Derecho Civil; tales acuerdos deben ser publicados en el diario oficial (*v. gr.*, «BOE») o en cualquier otra forma que garantice una igual facilidad de acceso por parte del público en general. Estos convenios podrán contener sanciones disuasorias, como multas, penalizaciones o retiradas de permisos en caso de incumplimiento.

3. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 34/96, de 31 de mayo de 1996, por la que se modifica el Anexo XIX (*Protección de los consumidores*) del Acuerdo EEE, «DOCE», L, núm. 237, de 19 de septiembre de 1996.**

LIBERTADES: PERSONAS, SERVICIOS, MERCANCÍAS

4. **Reglamento (CE) núm. 1356/96, del Consejo, de 8 de julio de 1996, relativo a las normas comunes aplicables al transporte de mercancías o personas por vía navegable entre los Estados miembros con el fin de obtener la libre prestación de servicios en dicho transporte, «DOCE», L, núm. 175, de 13 de julio de 1996.**
5. **Directiva 96/49/CE, del Consejo, de 23 de julio de 1996, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al *transporte* de mercancías peligrosas por ferrocarril, «DOCE», L, núm. 235, de 17 de septiembre de 1996**
6. **Directiva 96/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de septiembre de 1996, que modifica la Directiva 67/548/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las *sustancias peligrosas*, «DOCE», L, núm. 236, de 18 de septiembre de 1996.**
7. **Decisión núm. 162, de 31 de mayo de 1996, relativa a la interpretación de los artículos 14, en su apartado 1, y 14 ter, en su apartado 1, del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, relativo a la legislación aplicable a los *trabajadores destacados*, «DOCE», L, núm. 241, 21 de septiembre de 1996.**
8. **Acción común, de 14 de octubre 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace (96/602/JAI), «DOCE», L, núm. 268, de 19 de octubre de 1996. Vid. el núm. 11 de la Crónica anterior.**
9. **Acción Común, de 28 de octubre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se aprueba un programa de fomento e intercambios para**

profesionales de la justicia («Grotius»), «DOCE», L, núm. 287, de 8 de noviembre de 1996. Vid. el núm. 11 de la Crónica anterior.

RELACIONES EXTERIORES

10. **Acción Común, de 22 de noviembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base de los artículos J.3 y K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las medidas de protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, «DOCE», L, núm. 309, de 29 de noviembre de 1996.**
11. **Reglamento (CE) núm. 2271/96, del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, «DOCE», L, núm. 309, de 29 de noviembre de 1996.**

Como respuesta a la política legislativa estadounidense en relación con la imposición de sanciones a las personas y entidades con intereses comerciales en Cuba y otros Estados de la Comunidad internacional, la reacción de la Unión Europea se ha concretado, entre otras medidas, en este interesante Reglamento, donde claramente se señala que la pretendida aplicación extraterritorial de estas leyes, reglamentaciones y otros instrumentos legislativos vulnera el Derecho internacional y obstaculiza la consecución de los objetivos del desarrollo armonioso del comercio mundial y la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales. A tales efectos, el presente Reglamento se dirige a proteger el ordenamiento jurídico establecido, los intereses de la Comunidad y los de las personas físicas y jurídicas que ejercen sus derechos en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Las normas de los Estados Unidos de América a las que se refiere el Reglamento están contenidas en el Anexo al mismo y son, en esencia: la National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Title XVII –Cuban Democracy Act 1992, sections 1704 y 1706; la Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996; la Iran and Libya Sanctions Act of 1996; por último, el Reglamento CFR [Code of Federal Regulations Ch. V (7-1-1995 edition) Part 515]–, Cuban Assets Control Regulations, subpart B (Prohibitions), E (Licenses, Authorizations and Statements of Licensig Policy) and G (Penalties).

El artículo 11 señala el ámbito de aplicación del Reglamento. Se aplicará a toda persona física residente en la Comunidad y nacional de un

Estado miembro; a toda persona constituida en sociedad en la Comunidad; a toda persona física o jurídica contemplada en el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CEE) núm. 4055/86, del Consejo, de 22 de diciembre de 1996, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros; a cualquier otra persona física residente en la Comunidad, a menos que se encuentre en el país del que es nacional; a cualquier otra persona física que se encuentre en la Comunidad, incluidos sus aguas territoriales y el espacio aéreo, y en toda aeronave o buque sujetos a la jurisdicción o control de un Estado miembro que actúen profesionalmente.

Entre las medidas de protección figuran la de la denegación de reconocimiento («no podrán ser reconocidas ni cumplidas en modo alguno», dice el Reglamento) para todas las resoluciones de juzgados o tribunales y las decisiones de autoridades administrativas ubicados fuera de la Comunidad que hagan efectivos, directa o indirectamente, los textos legislativos enumerados en el anexo. Asimismo, toda persona contemplada en el artículo 11 (beneficiarios del Reglamento) que vaya a emprender una actividad relacionada con el comercio internacional o con el movimiento de capitales o actividades comerciales afines entre la Comunidad y terceros Estados, y se vea afectada por la aplicación extraterritorial de las disposiciones que figuran en el Anexo, tendrá derecho a una compensación por cualquier daño, incluidas las costas procesales, que se le cause al amparo de la aplicación de los textos legislativos que se enumeran en dicho anexo. La citada compensación podrá reclamarse a la persona física o jurídica o a cualquier otra entidad que haya causado los daños o a cualquier persona que actúe en su nombre como intermediario. En este contexto, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil se aplicará a los procedimientos judiciales entablados y a las resoluciones judiciales dictadas con arreglo al Reglamento. La compensación se podrá obtener sobre la base de lo dispuesto en las secciones 2 a 6 del título II de dicho Convenio, así como de acuerdo con el apartado 3 del artículo 57 del mismo, mediante un procedimiento judicial entablado ante los Tribunales de cualquier Estado miembro en que la persona causante del daño *posea activos*. Continúa el Reglamento que, sin perjuicio de otros medios utilizables y de conformidad con la legislación aplicable, la compensación podrá revestir la forma de incautación y venta de activos en poder de las personas responsables del daño, incluyendo las acciones que posean en una persona jurídica constituida en sociedad en la Comunidad. Véase, también, el Anuncio relativo a la publicación de una lista de nacionales y de empresas de Estados Unidos de América (EE. UU.) que presentan una demanda en virtud del título III de la Ley de Libertad y Solidaridad Democrática 1996 (Libertad) (HR 927), «DOCE», C, núm. 276, de 21 de septiembre de 1996.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS, TRABAJOS LEGISLATIVOS**MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES**

12. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la revisión de las normas de la UNE en materia de *medio ambiente* con vistas a su adaptación a las normas nacionales más estrictas vigentes en los tres nuevos Estados miembros, «DOCE», C, núm. 211, de 22 de julio de 1996.**
13. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 87/102/CEE (modificada por la Directiva 90/88/CEE) relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de *crédito al consumo*, «DOCE», C, núm. 235, de 13 de agosto de 1996.**

Con el fin de que los consumidores sean capaces de reconocer los términos utilizados en los diferentes Estados miembros para referirse al porcentaje anual de cargas financieras (en España conocido como TAE), la presente propuesta impone la utilización de un símbolo común, además del término existente, que deberá ser obligatoria en todos los anuncios de crédito al consumo y en los contratos suscritos por los consumidores en toda la Comunidad Europea.

14. **Posición común (CE) núm. 40/96, aprobada por el Consejo el 25 de junio de 1996 con vistas a la adopción de la Directiva 967.../CE, del Consejo, por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE relativa a la evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el *medio ambiente*, «DOCE», C, núm. 248, de 26 de agosto de 1996.**
15. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de *indicación de los precios* de los productos ofrecidos a los *consumidores*, «DOCE», C, núm. 249, de 27 de agosto de 1996.**

Con el objeto de prever la indicación del precio de venta y del precio por unidad de medida de los productos ofrecidos por los comerciantes a los consumidores finales, facilitando así la comparación de los precios, la Propuesta pivota sobre los conceptos clave de «precio de venta» (precio válido para una cantidad determinada de producto); «precio por unidad de medida» (precio válido para un kilogramo, un litro, un metro, un metro cuadrado... o cualquier otra cantidad única cuando se utilice de manera generalizada y habitual para la comercialización de productos específicos). Los precios de venta y por unidad de medida deberán ser inequívocos, fácilmente identificables y legibles, debiéndose, en su caso, hacer especial referencia a las can-

tidades netas de los productos. Las modificaciones introducidas afectan a algunos aspectos excluidos (ventas en subastas y ventas privadas), a la necesaria introducción de los aspectos fiscales (impuestos, tales como IVA) y demás costes anejos al precio que el consumidor deba pagar, algunas exenciones de la obligación de indicar el precio por unidad de medida (alimentos vendidos en hoteles, cafeterías, restaurantes y otros establecimientos similares; venta ambulante; productos vendidos en medios de transporte...).

16. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión sobre las prioridades de la política de los consumidores» (1996-1998), «DOCE», C, núm. 295, de 7 de octubre de 1996.

Vid., en el núm. 26 de la Crónica anterior, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre «Mercado Único y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos en el gran mercado» («DOCE», C, núm. 39, de 12 de febrero de 1996).

El presente documento se articula sobre los siguientes aspectos: educación e información de los consumidores; alerta sobre la vigencia de los intereses de los consumidores en la realización del mercado interior; estudio de los servicios financieros desde la óptica del consumidor; protección de los intereses de los consumidores en la prestación de servicios esenciales de utilidad pública; medidas que permitan a los consumidores aprovechar las oportunidades que ofrece la sociedad de la información; medidas para mejorar la confianza del consumidor en los productos alimenticios; fomento de un sistema práctico para conseguir un consumo sostenible; refuerzo y aumento de la representación de los consumidores; ayuda a los países de Europa central y oriental para el desarrollo de sus políticas de consumo y consideraciones en materia de política de los consumidores en los países en vías de desarrollo.

Entre otros extremos, el CES echa en falta en la Comunicación de la Comisión una mayor atención al tema de la influencia del principio de subsidiariedad (¿en qué casos propone la Comisión soluciones armonizadas y en qué otros tiene la intención de dejar a los Estados miembros un marco u otros instrumentos para ayudarles a encontrar ellos mismos las soluciones de los problemas?), así como un tratamiento concreto de la importancia de la política de competencia para la consecución de los objetivos de la política de los consumidores.

17. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de bienes de consumo, «DOCE», C, núm. 307, de 16 de octubre de 1996.

Vid. en el núm. 34 de la Crónica aparecida en *ADC*, número I de 1995, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa. («DOCE», C, núm. 295, de 22 de octubre de 1994).

La venta transfronteriza como mecanismo idóneo de consecución del mercado único a través de las nuevas tecnologías de comunicación a distancia hace que se imponga una base mínima común de derechos para los consumidores, válida independientemente del lugar de la compra de los bienes en la Comunidad. En este sentido, el mayor problema detectado es el de la falta de conformidad del bien adquirido con el contrato. Esta exigencia, base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales, es la que, en la propuesta de Directiva, determina la responsabilidad directa del vendedor ante el comprador, mediante el otorgamiento al comprador consumidor de un derecho para pedir la reparación o la sustitución del bien, o, en concepto de indemnización, una reducción del precio pagado por él, o la rescisión del contrato de venta. Hasta que se demuestre lo contrario, se presume que la falta de conformidad que se manifieste en un período de seis meses a partir del momento de la entrega ya existían en esa fecha (salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o el carácter de la falta de conformidad).

En cuanto al capítulo de garantías, cualquier garantía ofrecida por un vendedor o un productor obligará jurídicamente a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la publicidad correspondiente, y deberá situar al beneficiario en una posición más ventajosa que la que resulte del régimen relativo a la venta de bienes de consumo establecido en las disposiciones nacionales aplicables.

Las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor antes de la denuncia de la falta de conformidad que excluyan o limiten los derechos que resultan de la Propuesta de Directiva no vincularán al consumidor. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, sea cual fuere la Ley aplicable al contrato, y siempre que éste presente un estrecho vínculo con el territorio de los Estados miembros, el consumidor no se vea privado de la protección de la Propuesta.

La Propuesta considera la Directiva como «de mínimos», por lo que no se excluye una reglamentación estatal más estricta (siempre que sea compatible con el Tratado), ni la posibilidad de que el consumidor se acoja a un régimen nacional de responsabilidad contractual o extracontractual más favorable.

PROPIEDADES ESPECIALES

18. **Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aprobación del Convenio europeo sobre aspectos de los *derechos de autor y derechos afines* en el ámbito de la *radiodifusión transfronteriza vía satélite*, «DOCE», C, núm. 164, de 7 de junio de 1996.**

El Convenio a que se refiere la Posición Común viene a solaparse en, cierta medida, con el contenido de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas dispo-

siciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable («DOCE», L, núm. 248, de 6 de octubre de 1993) de la que ya dimos cuenta en una Crónica anterior. Sin embargo, existen ciertas diferencias que consideramos interesantes. En lo que afecta a su contenido conflictual, en el Convenio del Consejo de Europa su capítulo II aparece rotulado «Ley aplicable», título que va a corresponder también a su artículo 3.^º Los artículos 4.^º (derecho de autor) y 5.^º (derechos afines) establecen una serie de normas materiales que constituyen Ley aplicable. Por el contrario, en la Directiva no aparece referencia alguna a la Ley aplicable ni en los rótulos de los distintos epígrafes ni en el texto articulado.

Esta discrepancia en la manifestación del carácter conflictual de algunas normas conduce a una división más profunda. El Convenio del Consejo de Europa establece que «una transmisión de obras... tiene lugar en el Estado parte sobre el territorio del cual se sitúa el origen de la transmisión y, en consecuencia, se rige exclusivamente por la Ley de este Estado». Un texto semejante no aparece en la Directiva 93/83 que se detiene antes de la «consecuencia» establecida en el anterior. La regla contenida en el Convenio del Consejo vincula la producción del acto a la aplicación de Ley, en el más puro estilo clásico, mientras que en la Directiva la ligazón se produce en un segundo estadio.

La norma general establecida en ambos instrumentos conduce a idéntico resultado aunque la fórmula empleada sea diferente. La Directiva 93/83 dispone que «la comunicación al público vía satélite se producirá únicamente en el Estado miembro en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la Tierra»; con anterioridad se había aclarado, a modo de definición, que «se entenderá por comunicación al público vía satélite el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la Tierra». El Convenio del Consejo de Europa, por su parte, dispone que «una transmisión de obras y de otras contribuciones cubierta por el artículo 1 tiene lugar en el Estado parte sobre el territorio del cual se sitúa el origen de la transmisión y, en consecuencia, se rige exclusivamente por la Ley de ese Estado»; además, se precisa que «el Estado parte sobre el territorio del cual se sitúa el origen de la transmisión significa el Estado parte en el cual las señales portadoras de programas transmitidos por satélite son introducidas, bajo el control y la responsabilidad del organismo de radiodifusión, en una cadena ininterrumpida de comunicación...». Es claro que la regulación de la norma general se produce de modo diferente.

En la Directiva 93/83 no se hace alusión alguna a la Ley aplicable, lo que sí se efectúa en el Convenio del Consejo de Europa, que contiene dos normas: por una parte, una norma sobre determinación de la Ley del país de origen de la emisión como la llamada a regular la situación litigiosa; por otra, una norma de aplicación que precisa qué debemos entender por tal país. La posibilidad de una hipotética futura coexistencia de esta diversidad en la formulación del sistema conflictual en el seno de un mismo Ordenamiento hace que pueda plantearse una serie de interrogantes derivadas de la diferentes maneras de entender el régimen de protección internacional de la propiedad intelectual por lo que al Derecho aplicable se refiere en los distintos países de la Comunidad, en función de que exista o no una disposición específica en materia de Ley aplicable en materia de propiedad intelectual. En el primero de los casos (como es el supuesto español, con nuestro artículo 10.4 del Código Civil) cabe establecer una nueva distinción según esa norma establezca como conexión la Ley del país de protección entendida como *lex loci delicti* o bien una conexión de naturaleza diferente. Aspectos que exceden de los objetivos de esta nota.

Para tratar de contrarrestar los posibles efectos nocivos de un grado de heterogeneidad importante en la reglamentación nacional de los Estados parte, el Convenio del Consejo de Europa dispone que «cuando el origen de la transmisión se sitúe en un Estado que no es parte del Convenio y cuya Ley no confiere el nivel de protección de los que los titulares de derechos previstos en los artículos 4.º y 5.º del presente Convenio y cuando las señales portadoras de programas son transmitidas al satélite desde una estación de señal ascendente situada en un Estado parte del presente Convenio, se considera que el origen de la transmisión se sitúa en el Estado parte concernido. Sucede lo mismo cuando un organismo de radiodifusión establecido en un Estado parte en el presente Convenio es responsable de la transmisión».

19. Propuesta de Reglamento (CE), del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2081/92 relativo a la protección de las *indicaciones geográficas* y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, «DOCE», C, núm. 241, de 20 de agosto de 1996.

El contenido normativo de la presente propuesta se reduce a la posibilidad de que no obstante lo prescrito en el Reglamento modificado, los Estados miembros podrán mantener las medidas nacionales que autoricen el uso de las denominaciones registradas en virtud del artículo 17 durante un período máximo de cinco años tras la fecha de publicación del registro, siempre que los productos hayan sido comercializados legalmente con esas denominaciones durante, al menos, cinco años antes de la fecha de publicación del Reglamento y la etiqueta indique claramente el auténtico origen del producto. No obstante, esta excepción no podrá conducir a que se comercialicen libremente los productos en el territorio de un Estado miembro en el que estuviesen prohibidas dichas denominaciones.

20. **Propuesta de Decisión del Consejo por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea al protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al *registro internacional de marcas*, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989, «DOCE», C, núm. 293, de 5 de octubre de 1996.**
21. **Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94 sobre la *marca comunitaria*, con objeto de llevar a efecto la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989, «DOCE», C, núm. 300, de 10 de octubre de 1996.**

Vid. el número anterior de esta misma Crónica.

La propuesta de Reglamento trata de integrar, en un régimen de protección más eficaz, los mecanismos del Reglamento 40/94, sobre la marca comunitaria y el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas, adoptado en la capital de España el 27 de junio de 1989, en vigor desde el 1 de diciembre de 1995. Se trata de que la complementariedad de ambos instrumentos se haga efectiva a fin de que las empresas puedan gozar de los beneficios de la marca comunitaria mediante el Protocolo de Madrid y viceversa; para ello es necesario que los solicitantes y titulares de una marca comunitaria puedan solicitar la protección internacional de sus marcas mediante la presentación de una solicitud internacional con arreglo al protocolo de Madrid y que, a la inversa, los titulares de registros internacionales con arreglo al protocolo de Madrid puedan solicitar la protección de sus marcas en virtud del sistema de la marca comunitaria.

A tales efectos, el Reglamento sobre la marca comunitaria incorpora un nuevo título XIII (arts. 140 a 157) sobre el Registro internacional de marcas, que disciplina dicho Registro a partir de solicitudes de marca comunitaria y de marcas comunitarias; se regula también los registros internacionales que designan a la Comunidad Europea. Todo ello sobre la base de que el Reglamento y cualesquiera actos adoptados en ejecución del mismo se aplicarán *mutatis mutandis* a las solicitudes de Registro internacional efectuadas en virtud del Protocolo de Madrid, basadas en una solicitud de marca comunitaria o en una marca comunitaria, y a los registros de marcas en el Registro internacional gestionado por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que designen a la Comunidad Europea.

22. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la *protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*», «DOCE», C, núm. 295, de 7 de octubre de 1996.**

23. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la *protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*, «DOCE», C, núm. 296, de 8 de octubre de 1996.**

Vid. el número anterior de esta misma Crónica.

La importancia creciente e imparable que la Biotecnología y la Ingeniería Genética poseen en la actividad industrial y comercial en general hace que no se pueda permanecer al margen desde el punto de vista de la protección de las invenciones biotecnológicas desde el punto de vista comunitario. La observación del heterogéneo nivel de protección en cada Estado parte, así como de la existencia de prácticas administrativas sumamente dispares, aconsejan la adopción de un mecanismo de armonización que allane los eventuales obstáculos a los intercambios y a la realización del mercado interior.

En este contexto, la presente Propuesta de Directiva parte del hecho de que no es preciso elaborar todo un complejo subsistema de protección para las invenciones biotecnológicas, sino, más bien, partir del Derecho nacional de patentes, referencia básica para la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, dando por sentado que ha de ser completado o adaptado en determinados aspectos específicos para tener en cuenta, de forma adecuada, la evolución de la tecnología que, aunque utiliza materia biológica, cumple, sin embargo, las condiciones de patentabilidad. A tales efectos, la Propuesta establece un marco jurídico circunscrito a la definición de determinados principios aplicables a la patentabilidad de la materia biológica como tal; principios cuyo objetivo principal consiste en determinar adecuadamente la diferencia entre invenciones y descubrimientos.

Entre otros aspectos destacables, la Propuesta excluye de la patentabilidad los conocimientos sobre el cuerpo humano y sus elementos en su estado natural, encuadrables más dentro del ámbito del descubrimiento científico que del de la invención patentable; no obstante, será patentable el objeto de una invención susceptible de aplicación industrial que se refiera a un elemento aislado del cuerpo humano, resultado de procedimientos técnicos que la hayan identificado, purificado, caracterizados y multiplicado fuera del cuerpo humano (resultado que la naturaleza no habría podido obtener por sí misma). También se determina el alcance de la exclusión de la patentabilidad de las variedades vegetales y razas animales: por ejemplo, es patentable el animal o vegetal obtenido por un procedimiento en el que haya concurrido una etapa esencialmente microbiológica (no por el recurso a medios biológicos). El recurso al orden público y a las buenas costumbres se introduce con la idea de que pueda evaluarse la utilidad de la invención, por una parte, y sus posibles riesgos o, en su caso, las objeciones basadas en valores fundamentales del ordenamiento jurídico, por otra. En este sentido, y si que ello suponga una enumeración exhaustiva, se considerarán como no patentables los méto-

dos de tratamiento terapéutico génico germinal del ser humano o los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimientos o perjuicios físicos sin utilidad sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos, en la medida en que dichos sufrimientos o perjuicios físicos sean desproporcionados con respecto al objetivo perseguido. En definitiva, un compromiso entre la ética y el progreso.

24. Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información», «DOCE», C, núm. 320, de 28 de octubre de 1996.

Vid. en el número 28 de la Crónica anterior el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información» («DOCE», C, núm. 97, de 1 de abril de 1996).

La presente Resolución repasa en sus 34 puntos numerosos aspectos relacionados con el tema que la rubrica, poniendo especial atención en la dialéctica que asegure un correcto equilibrio entre la defensa de la propiedad intelectual y el interés general, favoreciendo en la medida más amplia posible el acceso de los ciudadanos a la información y a obras y servicios que se consideren de interés público. No se deja de repasar también el candente problema de la digitalización y la comunicación pública de obras protegidas por el derecho de autor a su través; la preocupación por las nuevas tecnologías está presente en la Resolución; también los graves problemas de Ley aplicable que plantea la difusión, teledifusión y radiodifusión de otras más allá de las fronteras territoriales del Estado, con una atención prioritaria al respeto de las soluciones ya arbitradas por instrumentos internacionales en vigor (Convenio de Berna, Convenio de Roma, TRIPS...). En definitiva, la Resolución ofrece un repaso panorámico por numerosos aspectos, entre los que no olvida el tema de la regulación de la copia privada.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

- 25. Posición común (CE) núm. 32/96, aprobada por el Consejo el 3 de junio de 1996 con vistas a la adopción de la Directiva 96/220/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, «DOCE», C, núm. 220, de 29 de julio de 1996.**
- 26. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos para las actividades profesionales a que se refieren las Directiva de libe-**

realización y de medidas transitorias y se completa el *sistema general de reconocimiento de títulos*», «DOCE», C, núm. 295, de 7 de octubre de 1996.

27. **Posición común (CE) núm. 39/96**, aprobada por el Consejo el 18 de junio de 1996, con vistas a la adopción de la *Directiva 96/.../CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la *Directiva 93/16/CEE*, del Consejo, destinada a facilitar la *libre circulación de los médicos* y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, «DOCE», C, núm. 248, de 26 de agosto de 1996.

SOCIEDADES

28. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de *sociedades* relativa a las ofertas públicas de adquisición»**, «DOCE», C, núm. 295, de 7 de octubre de 1996.
29. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro verde sobre la revisión del Reglamento sobre el *control de las operaciones de concentración*»**, «DOCE», C, núm. 295, de 7 de octubre de 1996.

ACTIVIDADES TELEVISIVAS; TELECOMUNICACIONES

30. **Propuesta modificada de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al *ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva***, «DOCE», C, núm. 221, de 30 de julio de 1996.

El concepto de prestación de servicios al que se refieren los artículos 59 y 60 del Tratado abarca la difusión, incluso a través de entidades de distribución por cable, de programas de televisión. La Propuesta de Directiva destinada a modificar la Directiva 89/522 incide en una serie de heterogéneos aspectos que tratan de dar respuesta a las necesidades creadas por la puesta en práctica de las actuales normas. A la Propuesta de la que ya dimos cuenta en la Crónica aparecida en el número I del *ADC*, 1996, la presente incide especialmente en temas relacionados con la publicidad (incluida la autopromoción) y la televenta: entre otras disposiciones nuevas se señala que la publicidad televisada y la televenta

deberán ser fácilmente identificables y diferenciarse claramente del resto del programa gracias a medios ópticos y/o acústicos; los espacios publicitarios y de televenta aislados constituirán la excepción; la publicidad y la televenta no deberán utilizar técnicas subliminales, quedando prohibida la publicidad encubierta. La propuesta modificada desarrolla también el concepto de «organismo de radiodifusión sometido a la jurisdicción de un Estado miembro», introduce matizaciones a la influencia de la radiodifusión sobre los menores (condiciones de emisión de determinados programas que puedan afectar a su desarrollo físico y psíquico) y regula el derecho de réplica en relación con las lesiones al honor y la reputación de las personas físicas o jurídicas. Véase, también, la Posición común (CE) número 49/96, aprobada por el Consejo el 8 de julio de 1996, con vistas a la adopción de la Directiva 96/.../CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, «DOCE», C, núm. 264, de 11 de septiembre de 1996.

31. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE, del Consejo, a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones, «DOCE», C, núm. 291, de 4 de octubre de 1996.**
32. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicación, «DOCE», C, núm. 291, de 4 de octubre de 1996.**
33. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y al servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, por la que se sustituye la Directiva 95/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, «DOCE», C, núm. 371, de 9 de diciembre de 1996.**

DERECHO INSTITUCIONAL

34. **Decimotercer Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario-1995, «DOCE», C, núm. 303, de 14 de octubre de 1996.**

El Decimotercer Informe pone de manifiesto un seguimiento más estrecho a las infracciones cometidas en relación con la aplicación del

Derecho comunitario directamente aplicable; en este marco, destaca el gran número de procedimientos incoados relativos a la libre circulación de las personas, en particular en lo que atañe a las discriminaciones en materia de acceso al empleo y de derecho de residencia. También, en el ámbito del empleo y de la política social, la importancia del contencioso relativo al artículo 119 del Tratado sobre la igualdad de trato a hombres y mujeres no disminuye. La sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, relativa a las discriminaciones positivas en favor de las mujeres dio lugar a una comunicación interpretativa de la Comisión.

En el capítulo de comunicación de las medidas adoptadas en ejecución de las Directivas, el número de procedimientos incoados aumentó ligeramente en relación con el año anterior. Es significativo, en este sentido, que España, con un 93,1 por 100 de comunicación de medidas nacionales adoptadas en cumplimiento de Directivas, se encuentra claramente por encima de la media de la Unión (90,7 por 100). Son los sectores de las comunicaciones y el de los servicios financieros los que más heterogeneidad muestran en cuanto al seguimiento y respeto por parte de los Estados miembros; en cuanto a aquéllos en los que más se nota la falta de adaptación de las legislaciones internas se cifran los de medio ambiente, transportes y energía.

Mayores problemas presenta el examen de la conformidad de las medidas comunicadas con el Derecho comunitario. En este punto, además de haber aumentado el número de expedientes registrados por falta de conformidad, se observan especiales dificultades en los casos en que las medidas nacionales de ejecución se multiplican en función de los distintos ámbitos estatal, regional o provincial; problema especialmente detectable en relación con las Directivas sobre medio ambiente.

MATERIAS VARIAS: RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES; PLAZOS DE PAGO EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES; RESPONSABILIDAD DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS; PUBLICIDAD COMPARATIVA; AUDITORES LEGALES; EXTRADICIÓN

35. **Posición común (CE) núm. 50/96, aprobada por el Consejo el 8 de julio de 1996, con vistas a la adopción de la Directiva 96/.../ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., por la que se modifica el Anexo de la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, «DOCE», C, núm. 264, de 11 de septiembre de 1996.**

Vid. el número 35 de la Crónica anterior.

36. Resolución del Parlamento Europeo sobre la Recomendación de la Comisión relativa a los *plazos de pago en las transacciones comerciales*, «DOCE», C, núm. 211, de 22 de julio de 1996.

Vid. el número 21 de la Crónica correspondiente al *ADC* número III, de 1995, donde la Comisión establecía una serie de recomendaciones, a la luz de los problemas planteados por la larga duración de los plazos de pago en las transacciones comerciales y del deterioro sufrido en los últimos años en las prácticas de pago. Sin cuestionar la libertad contractual para fijar la forma, modalidades y plazos de pago, se trataba de incidir en una mayor transparencia de los plazos aplicables entre las partes contratantes, así como el respeto a los plazos acordados y el fortalecimiento de las medidas y procedimientos en manos del acreedor para un pronto pago.

En este contexto, el Parlamento Europeo propone las siguientes orientaciones: *a)* Reconocimiento por Ley de intereses de demora para los acreedores que se aplicarían de forma automática y resultarían adecuados como sanción y factor disuasorio; *b)* Reconocimiento por Ley de las indemnizaciones por los costes en que se haya incurrido en relación con la recuperación de las deudas de conformidad con las tarifas que deberá determinar la autoridad pública competente; *c)* Armonización mínima de las disposiciones legales relativas a: *i)* Procedimientos extrajudiciales sencillos y eficaces... *ii)* Procedimientos judiciales simples y eficaces para la recuperación de los pagos atrasados y de los costes que éstos traen aparejados; *d)* Medidas concretas de formación de las PYME en materia de gestión de créditos; *e)* Aplazamiento del pago del IVA hasta que no se abonen las facturas; *f)* Disposiciones sobre una adecuada información relativa a los créditos con datos exactos sobre demoras de pago persistentes o impagos incumplimiento injustificado, abuso de posición dominante, fraude, etc.; *g)* Disposiciones sobre la concesión de licencias a los cobradores de deudas, que deberá cumplir determinados requisitos que ofrezcan garantías financieras en el respeto de las normas armonizadas en relación con la probidad, la solvencia financiera y un alto nivel de formación; *h)* Normas de derecho supletorio que definan un plazo de pago legal.

37. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento (CE), del Consejo, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente», «DOCE», C, núm. 212, de 22 de julio de 1996.

38. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la *responsabilidad de las compañías aéreas* en caso de accidente (enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo), «DOCE», C, núm. 320, de 28 de octubre de 1996.

Vid. el número 37 de esta misma Crónica, y el número 32 de la Crónica anterior, correspondiente al *ADC*, número III, de 1996.

Entre las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo podemos destacar la número 12 que afecta al aspecto más destacado de la propuesta (la exclusión del límite de responsabilidad); en función de ella, el artículo 3 de la Propuesta queda redactado de la siguiente manera: «La compañía aérea de la Comunidad no podrá invocar la limitación de responsabilidad contemplada en el apartado 1 del artículo 22 del Convenio de Varsovia en caso de reclamación en virtud del artículo 17 del citado Convenio, ni ninguna limitación de naturaleza análoga impuesta o acordada de conformidad con la legislación nacional, en caso de muerte, herida o lesión corporal sobrevenidas en accidente... La compañía aérea de la Comunidad no podrá ampararse en ninguno de los medios de defensa previstos en el apartado 1 del artículo 20 del Convenio de Varsovia, ni en ningún medio de naturaleza análoga previsto en la legislación nacional, con respecto a las reclamaciones que no excedan de 120.000 ecus».

Además, otras novedades son las que contienen los artículos 6 bis («Siempre que la Comisión negocie en el ámbito de la aviación civil con terceros países en nombre de la Comunidad se fijará como objetivo la incorporación de las disposiciones del presente Reglamento a los acuerdos...») y 7 bis («Los Estados miembros garantizarán a las compañías aéreas el derecho a recurrir, incluido el derecho de ser indemnizadas total o parcialmente, frente a cualquier tercero de conformidad con la legislación aplicable... En caso de disputa en relación con una reclamación de indemnización, se ofrecerá a las partes la posibilidad de una mediación antes de cualquier acción ante los tribunales»). La propuesta también incluye una enmienda que limita los fueros de competencia judicial internacional: de los tribunales donde el pasajero tuviere su domicilio o su residencia permanente, se pasa a los tribunales en los que aquél posea su domicilio en el momento del accidente, como tribunales competentes al margen de los que se establecen en el artículo 28 del Convenio de Varsovia.

39. Posición Común (CE) núm. 29/96, aprobada por el Consejo el 19 de marzo de 1996 con vistas a la adopción de la Directiva 96/.../CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la *publicidad comparativa*, «DOCE», C, núm. 219, de 27 de julio de 1996.

Teniendo en cuenta las grandes diferencias que presentan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en relación con la publicidad comparativa, el hecho de que la internacionalización de la publicidad trasciende al territorio de cada Estado miembro, que la autorización para emitir o difundir determinado contenido publicitario en un Estado miembro puede encontrar graves obstáculos en otro generando un desequilibrio entre las personas establecidas en la Comunidad y teniendo en cuenta los intereses de todos los operadores implicados, especialmente los de los consumidores, la posición común

establece la necesidad de proponer disposiciones en materia de publicidad comparativa autorizada, por lo que se refiere a la comparación, a fin de determinar qué prácticas relacionadas con la publicidad comparativa pueden distorsionar la competencia, perjudicar a los competidores y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores.

A la hora de establecer los criterios objetivos de comparación, diversos intereses pueden entrar en conflicto. Aspectos relacionados con la protección de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios o con la protección del derecho exclusivo que posee el titular de una marca registrada para prohibir su uso a un tercero, son tratados por la presente Posición para colocarlos en la situación de equilibrio idónea en relación con el resto de intereses.

40. **Libro Verde sobre «Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea», «DOCE», C, núm. 321, de 28 de octubre de 1996.**

En la actualidad, la labor de los Auditores de Cuentas, en tanto que profesionales independientes y técnicamente cualificados, es una de las contribuciones más importantes a la transparencia del mercado. Como en tantos otros ámbitos del comercio internacional, la reglamentación específica de la labor de los auditores está, en gran medida, en manos de las propias asociaciones profesionales (Fédération des Experts Comptables Européens, Europea Confederation of Institutes of Internal Auditing, International Federations of Accountants). Ello, sin embargo, no redundaría en una situación de desconfianza hacia su labor (y sus declaraciones) sino, precisamente, todo lo contrario. Dicha reglamentación, a través de los estrictos criterios de responsabilidad imputable a los auditores, garantiza un cierto grado de prestigio y credibilidad asociados a su trabajo, dado que la buena marcha de las transacciones internacionales depende, en buena medida, de la confianza acordada a los estados financieros auditados.

La incipiente reglamentación de Derecho Comparado que contempla una parte de la labor de los Auditores como complementaria o auxiliar de las funciones y potestades de la Administración incide en su importante función y en la presunción de veracidad de sus declaraciones, incluso en los supuestos en los que la auditoría es encargada por los propios accionistas a cambio, claro está, de una contraprestación. Esta imagen de solvencia se corrobora por la práctica impugnatoria de las propias sociedades auditadas.

Sin embargo, a pesar de esta actuación solvente al amparo de una «normativa» espontánea y una incipiente regulación estatal, la propia importancia de la labor desarrollada por los Auditores en la realización del mercado interior aconseja el estudio de las eventuales medidas normativas *ad hoc* que puedan adoptarse a nivel comunitario y estatal. En el Documento de la Comisión, tras una breve exposición de la normativa

vigente en materia de auditoría legal en la Unión Europea y de las razones que pueden justificar nuevas medidas a escala de la Unión, se examinan las principales cuestiones relacionadas con la función y la posición del Auditor legal, su responsabilidad civil, la auditoría de pequeñas sociedades, los sistemas de auditoría de grupos y la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en el sector de la auditoría de grupos y la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en el sector de la auditoría. Cada capítulo del Documento termina con un breve apartado en el que se proponen posibles prioridades de actuación, así como formas y medios de abordar las cuestiones que se plantean en el plano de la Unión Europea.

41. **Acto del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, por el que se establece el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, «DOCE», C, núm. 313, de 23 de octubre de 1996.**

II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTAS

42. **Pregunta escrita núm. 369/96 de Nel van Dijk a la Comisión (22 de febrero de 1996). Asunto: *Discriminación por parte de la legislación española*. Respuesta del señor Monti en nombre de la Comisión (1 de abril de 1996) («DOCE», C, núm. 217, de 26 de julio de 1996).**

Pregunta: Un grupo de veraneantes neerlandeses decidió acampar en un camping español en julio de 1994. En principio se les permitió el acceso al mismo, pero cuando el encargado del camping se percató de que el grupo no sólo estaba compuesto por neerlandeses «blancos» sino también por neerlandeses de «color» procedentes de las Antillas, les negó la entrada al mismo. Las personas en cuestión presentaron de inmediato una denuncia ante la policía española, quien puso de lado el asunto al no tratarse de un hecho delictivo: 1. ¿No opina la Comisión que la forma de discriminación descrita anteriormente constituye una grave infracción del artículo 8A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, según el cual todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros? 2. ¿Considera la Comisión que el artículo 19 de la Constitución española –según el cual se otorga el derecho a la libertad de movimiento tan sólo a los ciudadanos españoles– es contrario al artículo del Tratado previamente citado? 3. ¿No considera la Comisión que es inadmisibles que la legislación española prescriba tan sólo que todos «los españoles son iguales ante la Ley» (art. 14 de la Constitución) y que de esta manera discrimine implícitamente al resto de los ciudadanos de la Unión Europea? 4. El hecho de que las conductas racistas no constituyan delito en sí, ¿no resulta incompatible con la

Declaración común de 11 de junio de 1986 del Parlamento Europeo, del Consejo, de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y de la Comisión, contra el racismo y la xenofobia, según la cual se rechaza cualquier forma de segregación hacia los extranjeros y en la que se señala que es indispensable la adopción de las medidas necesarias a fin de garantizar la realización de dicha voluntad común?

Respuesta: La lucha contra el racismo y la xenofobia es parte integrante de todas las políticas comunitarias dirigidas a garantizar, respetando siempre los derechos humanos, la libre circulación de personas dentro de la Comunidad. Sin embargo, son los Estados miembros quienes deben velar, en primer lugar, por la observancia de sus propias leyes y la conformidad de éstas con los compromisos internacionales en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia. Por lo que respecta a la Constitución española, la Comisión señala que ésta dispone, en su artículo 13, que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas entre las que se incluyen los derechos mencionados por Su Señoría. Además, dicho país acaba de aprobar un nuevo Código Penal que sanciona la denegación de prestaciones profesionales por razón de raza, sexo o religión. La Comisión lamenta el incidente citado por Su Señoría pero considera que el presente caso se refiere a actos estrictamente privados y que, dada la actual situación del Derecho Comunitario, no puede ser sancionado con arreglo a los procedimientos establecidos en el Tratado CE.

43. **Pregunta escrita núm. 1099/96 de Nel van Dijk y Claudia Roth a la Comisión (13 de mayo de 1996). Asunto: Prohibición del matrimonio entre dos personas del mismo sexo y reglamentación europea. Respuesta del señor Flynn en nombre de la Comisión (10 de junio de 1996).** («DOCE», C, núm. 280, de 25 de septiembre de 1996).

Pregunta: El 16 de abril de 1996, la Segunda Cámara del Parlamento neerlandés aprobó una resolución en la que se solicita la derogación de la prohibición del matrimonio entre dos personas del mismo sexo vigente en los Países Bajos. En este sentido, se pide al Gobierno neerlandés que elabore lo antes posible un proyecto de Ley sobre la materia en el que se tengan también en cuenta los aspectos internacionales de la cuestión, especialmente el contexto europeo. ¿Conviene la Comisión en que en la reglamentación europea no existe ningún impedimento para la derogación de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Países Bajos y, en su caso, en otros Estados miembros? Si la Comisión no comparte esta opinión, ¿puede indicar qué impedimentos existen en la reglamentación europea a la derogación de dicha prohibición?

Respuesta: El Derecho de la familia y, en particular, la legislación relativa a la capacidad para contraer matrimonio no entran dentro de las competencias de la Comunidad.

44. **Pregunta escrita núm. 768/96 de Ben Fayot a la Comisión (1 de abril de 1996). Asunto: Disposición discriminatoria en la legislación belga sobre los seguros («DOCE», C, núm. 280, de 25 de septiembre de 1996).**

Pregunta: La Ley belga de 27 de marzo de 1995 relativa a la función de intermediario de seguros y a la distribución de seguros, en el punto 5 del artículo 10 precisa que el intermediario de seguros debe ser fiador de la conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias belgas de interés general de los productos que ofrece si se trata de contratos de seguros celebrados con empresas de seguros que no sean objeto de un acuerdo en Bélgica. ¿No es discriminatoria esta disposición en el sentido de que sólo contempla los contratos celebrados en libre prestación de servicio? La referencia que se hace al acuerdo obtenido en Bélgica, ¿no es discriminatoria e incluso contraria al principio del «pasaporte europeo» que introducen las terceras directivas? Además, ¿no constituye este disposición un obstáculo caracterizado a la libre prestación de servicio en el sentido de que disuade a los intermediarios de seguros establecidos en Bélgica de ofrecer productos de seguros no establecidos?

Respuesta: La Comisión está examinando actualmente la Ley belga de 27 de marzo de 1995 relativa a la intermediación en materia de seguros y a la distribución de seguros. La Comisión estima que el apartado 5 del artículo 10 de la Ley no es conforme al Derecho Comunitario, y, en concreto, a los artículos 52 y 59 del Tratado CE. Para ser admitido a registro y autorizado a ejercer la actividad de intermediario en Bélgica, un intermediario de seguros debe garantizar que los contratos de seguros que ofrece, y que son celebrados con empresas de seguros que no sean objeto de acuerdo en Bélgica, son conformes a todas las disposiciones jurídicas y reglamentarias belgas en lo que concierne al interés general. No obstante, un intermediario no tiene la obligación de garantizar que los contratos de seguros que ofrece, y que son celebrados con empresas de seguros autorizadas en Bélgica, son conformes a las disposiciones belgas mencionadas anteriormente. Por lo tanto, el apartado 5 del artículo 10 es discriminatorio respecto a las empresas de seguros autorizadas en otros Estados miembros y que operan en Bélgica mediante libre prestación de servicios o mediante libertad de establecimiento. La Comisión se pondrá en contacto con las autoridades belgas para informarlas de su posición y para solicitarles una serie de precisiones al respecto.

45. **Pregunta escrita núm. 769/96 de Jan Mulder a la Comisión (1 de abril de 1996). Asunto: Protección de la denominación de origen para productos agrícolas. Respuesta del señor Fischler en nombre de la Comisión (30 de abril de 1996) («DOCE», C, núm. 280, de 25 de septiembre de 1996).**

Pregunta: Recientemente se ha publicado una lista con propuestas de productos agrícolas con denominación de origen y de productos gené-

ricos. Sorprendentemente, en la lista de los productos con denominación de origen protegida no figuraban los nombres de productos lácteos neerlandeses ya típicos desde hace siglos, como son los quesos de Gouda y Edam. Dichas variedades de queso se recogían, no obstante, en la lista de productos genéricos, cosa que carece de lógica dado que ambas variedades de quesos se fabrican en los Países Bajos desde el siglo XIII de acuerdo con unos métodos de producción muy concretos. A raíz de las mencionadas propuestas, desearía que la Comisión respondiera a las siguientes preguntas: 1. ¿Qué motivos tiene la Comisión para incluir los quesos de Gouda y Edam en la lista de productos genéricos mientras que incluye a productos como Danablu, Feta y Parmigiano Reggiano en la lista de productos con denominación de origen protegida? 2. En vista de lo anterior, ¿está dispuesta la Comisión a revisar sus propuestas de manera que los quesos de Gouda y Edam se supriman de la lista de productos genéricos? 3. ¿Está dispuesta la Comisión a incluir los quesos de Gouda y Edam en la lista de productos con denominación de origen protegida, caso de que el Estado miembro en cuestión así lo requiriera?

Respuesta: La lista de las denominaciones genéricas a la que se refiere Su Señoría se deriva de la obligación de la Comisión de presentar al Consejo una lista indicativa no exhaustiva de las denominaciones que se han convertido en genéricas de conformidad con el artículo 3 del Reglamento (CEE) núm. 2081/92, del Consejo, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. En efecto, las denominaciones genéricas no pueden registrarse y protegerse con arreglo al Reglamento antes citado. Con el fin de conocer mejor la situación existente en los Estados miembros, la Comisión consideró indispensable solicitar a los Estados miembros que le presentaran una lista de los nombres de productos que considerasen susceptibles de ser reconocidos como nombres genéricos. Para elaborar esta lista, la Comisión tuvo en cuenta, por lo tanto, los criterios del artículo 3, tomando en consideración las legislaciones pertinentes y las sugerencias de los Estados miembros. Ahora bien, un gran número de Estados miembros, incluyendo los Países Bajos, propuso las denominaciones Edam y Gouda (así como las denominaciones Camembert, Brie, Cheddar y Emmentaler). Por otra parte, estas denominaciones no estaban protegidas por acuerdos internacionales (convenio bilateral y otros). Por último, en una reciente sentencia (Esportur), el Tribunal de Justicia insistió en la importancia de la situación en el Estado miembro de origen, para determinar el carácter genérico de un nombre. Se puede admitir que un Estado miembro que considere que una de sus propias denominaciones es susceptible de ser protegida no proponga que sea declarada genérica. En cambio, las autoridades de los Países Bajos propusieron para su registro las denominaciones «Noord-Hollandse Edammer» y «Noord-Hollandse Gouda» como denominación de origen. Estas últimas denominaciones, que se ajustan a las exigencias del artículo 17

del Reglamento (CEE) núm. 2081/92, figuran en la primera lista de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas propuestas para su registro por la Comisión.

46. **Pregunta escrita núm. 442/96 de Hans-Gert Poettering a la Comisión (29 de febrero de 1996). Asunto: Adaptación de las normativas nacionales sobre las asociaciones al Derecho Comunitario. Respuesta del señor Papoustís en nombre de la Comisión (15 de marzo de 1996) («DOCE», C, núm. 280, de 25 de septiembre de 1996).**

Pregunta: En los últimos tiempos se suceden las quejas de las organizaciones centrales europeas de todo tipo de asociaciones, que desean inscribirse en los diferentes registros de asociaciones de los Estados miembros de la Unión Europea y tropiezan con la negativa de los tribunales competentes, los cuales aducen que los estatutos europeos coinciden en muy raras ocasiones —¿como podría ser de otra forma?— con el correspondiente Derecho nacional de asociaciones. Por tal motivo, se ven privadas de capacidad jurídica: 1. ¿Conoce la Comisión dichos problemas? 2. ¿Cómo proyecta la Comisión poner fin a esta situación, en la que las asociaciones europeas se ven privadas de su capacidad jurídica en los Estados miembros? 3. ¿Sería posible alcanzar una solución provisional, mediante un Reglamento, hasta que las normativas nacionales sobre las asociaciones se adapten definitivamente al Derecho Comunitario?

Respuesta: 1. La Comisión es consciente de los problemas que las asociaciones encuentran cuando se proponen desarrollar actividades transnacionales, en particular porque se ven obligadas, excepto si obtienen el reconocimiento de su personalidad jurídica, a adquirir una nueva personalidad jurídica en el Estado miembro donde quieren establecerse o ejercer su actividad, lo que significa la creación de una nueva asociación. 2. Por esta razón, la Comisión adoptó, en diciembre de 1991, una propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el estatuto de la asociación europea. Este estatuto, que tiene un carácter opcional, permitirá a las asociaciones que lo deseen tener una personalidad jurídica en el terreno comunitario. La inscripción en el registro de un único Estado miembro será suficiente para poder disfrutar de la capacidad jurídica en cada uno de los Estados miembros. El Parlamento y el Comité Económico y Social emitieron su dictamen, respectivamente, los días 20 de enero de 1993 y 26 de mayo de 1992. La propuesta modificada relativa a este estatuto se transmitió al Consejo el 6 de julio de 1993 y está en vías de estudio. 3. Pendiente de la aprobación del Reglamento por el que se establece el estatuto de asociación europea, no hay provista ninguna solución provisional. Existe, sin embargo, un Convenio europeo sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales no gubernamentales, celebrado en

el marco del Consejo de Europa, que entró en vigor en 1991, pero no es operativo en todo el territorio de la Comunidad.

47. **Pregunta escrita núm. 1089/96 de Sergio Ribeiro a la Comisión (13 de mayo de 1996). Asunto: Protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias. Respuesta del señor Flynn en nombre de la Comisión (26 de junio de 1996) («DOCE», C, núm. 297, de 8 de octubre de 1996).**

Pregunta: La Comisión, en su Comunicación sobre el «Programa de acción social a medio plazo 1995-1997» daba a conocer que durante el primer semestre de 1995 adoptaría una recomendación para estimular a los Estados miembros a aprobar el Convenio internacional de las Naciones Unidas, de 1990, sobre «la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias», con el fin de mejorar la situación de los ciudadanos que residen en estas condiciones en países comunitarios y garantizar que los derechos que se les conceden corresponden a las normas internacionales. ¿Puede informar la Comisión de cuál ha sido el seguimiento dado a su afirmación y la reacción de los diferentes Estados miembros?

Respuesta: Los Estados miembros de la Comunidad no han ratificado todavía el Convenio de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias. Es cierto que en su Programa de acción social a medio plazo la Comisión declaró que adoptaría una recomendación para estimular a los Estados miembros a ratificar dicho Convenio a fin de mejorar la situación de los trabajadores migrantes y de sus familias que residen en la Comunidad y garantizar que los derechos que se les conceden correspondan a normas internacionales. La Comisión continúa los trabajos preparatorios al respecto, incluida la elaboración de un informe sobre las dificultades y posibilidades de ratificación por parte de los Estados miembros, así como sobre el valor añadido de la ratificación del Convenio susodicho en comparación con otros instrumentos internacionales adoptados por la Organización Internacional del Trabajo y el Consejo de Europa. Dado que el trabajo de la Comisión está todavía en su fase preparatoria, no es posible ofrecer información sobre la reacción de los Estados miembros.

48. **Pregunta escrita núm. 2333/96 de Anita Pollak a la Comisión (27 de agosto de 1996). Asunto: Apartamentos en régimen de multipropiedad. Respuesta de la señora Bonino en nombre de la Comisión (3 de octubre de 1996) («DOCE», C, núm. 365, de 4 de diciembre de 1996).**

Pregunta: No aparece disposición alguna en la Directiva sobre multipropiedad que proteja a los consumidores contra las compañías sin escrúpulos que venden apartamentos en España en régimen de multipropiedad

y que no están registradas como sociedades ni en España ni en el Reino Unido. ¿Qué se puede hacer para proteger a los consumidores contra las citadas sociedades?

Respuesta: La Directiva 94/47/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, denominada a veces de forma coloquial «Directiva multipropiedad», tiene por objeto, como su nombre indica, regular determinados aspectos de los contratos relativos a la multipropiedad. No se refiere a los métodos generales de venta y comercialización, ámbito éste que excede en mucho a la cuestión estricta de la multipropiedad. Hasta el momento no existe legislación comunitaria sobre estos aspectos, que son competencia de los Estados miembros.

49. Pregunta escrita núm. 2413/96 de Anita Pollack a la Comisión (11 de septiembre de 1996). Asunto: Servicios posventa. Respuesta de la señora Bonino en nombre de la Comisión (1 de octubre de 1996) («DOCE», C, núm. 365, de 4 de diciembre de 1996).

Pregunta: ¿Qué está obstaculizando la aparición, prometida desde hace mucho tiempo, de una Propuesta de Directiva sobre las garantías al consumidor y los servicios postventa?

Respuesta: La Comisión aprobó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo que presentó al Consejo y al Parlamento.

50. Pregunta escrita núm. 2026/96 de Ángela Billingham a la Comisión (12 de julio de 1996). Asunto: Ley de nacionalidad del Reino Unido 1981. Respuesta de la señora Gradin en nombre de la Comisión (16 de septiembre de 1996) («DOCE», C, núm. 385, de 19 de diciembre de 1996).

Pregunta: Con anterioridad a la Ley de nacionalidad del Reino Unido de 1981, que entró en vigor en 1983, un niño únicamente podía obtener la nacionalidad británica a través de su padre y no de su madre. Esta Ley no es retrospectiva. He tenido noticias de un caso en el cual una mujer de nacionalidad británica, casada con un nacional sudanés, no puede obtener la ciudadanía británica ni el pasaporte británico para su hijo nacido en 1962, porque no solicitó un pasaporte británico para él antes de que cumplierse los dieciséis años. La Ley británica anterior a 1981 aún le afecta directamente a ella. Si su hijo hubiera nacido después de 1981 o si se hubiese tratado de un ciudadano británico con una esposa extranjera, su hijo hubiera tenido derecho a la nacionalidad británica aunque no se hubiese solicitado un pasaporte para él antes de los dieciséis años. ¿No considera

la Comisión que esto constituye un caso de discriminación sexual directa? ¿Tiene la Comisión conocimiento de casos similares a éste? ¿Existen medidas o salvaguardias europeas para proteger a las personas contra este tipo de discriminación, derivado del carácter no retrospectivo de la Ley de nacionalidad del Reino Unido de 1981? ¿Tiene la Comisión proyectos de introducir este tipo de salvaguardias?

Respuesta: Las normas que rigen la concesión de nacionalidad de un Estado miembro no son competencia de la Comunidad. De conformidad con la Declaración núm. 2 anexa al Tratado CE, siempre que en el Tratado se hace referencia a nacionales de un Estado miembro la cuestión de si un particular posee la nacionalidad de un Estado miembro se determinará únicamente ateniéndose a la nacional de ese Estado miembro. Por consiguiente, no procede que la Comisión intervenga en la forma que propone Su Señoría.

III. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

51. **STJCE de 17 de septiembre de 1996, Asunto C-289/94, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Obligación de notificación previa con arreglo a la Directiva 83/189/CEE. La República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 8 de la Directiva 83/189/CEE, del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, en su versión modificada por la Directiva 88/182/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1988, al adoptar los cuatro Decretos del Ministerio de Sanidad núm. 256 de 1 de agosto de 1990, núm. 257 de 1 de agosto de 1990, luego de 1 de septiembre de 1990 y de 7 de junio de 1991, sin haberlos notificado a la Comisión en la fase de proyecto.**
52. **STJCE de 3 de octubre de 1996, Asunto C-380/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. Directiva 91/414/CEE. No adaptación del Derecho interno. La República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 23 de la Directiva 91/414/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.**

53. **STJCE de 7 de noviembre de 1996, Asunto C-221/94, *Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/263/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de telecomunicación, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad. Telecomunicaciones. Equipos terminales de telecomunicaciones. Reconocimiento mutuo de su conformidad.**
54. **STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-302/94, *The Queen/ Secretary of State for Trade & Industry Ex parte: British Telecommunications plc*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Telecomunicaciones. Directiva 90/387/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990 («Directiva “red abierta”»). Directiva 92/44/CEE, del Consejo, de 5 de junio de 1992 («Directiva “líneas arrendadas”»). Derechos especiales o exclusivos. Directiva sobre líneas arrendadas. Oferta de un conjunto mínimo de líneas arrendadas. Noción de organismos de telecomunicaciones.**
55. **STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-104/95, *Georgios Kontogeorgas/Kartonpak AE*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Derecho a comisión. Operaciones comerciales concluidas durante la vigencia del contrato de agencia. Ámbito territorial.**

AYUDAS DE ESTADO

56. **STJCE de 11 de julio de 1996, Asunto C-39/94. *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros/La Poste y otros*. Ayudas de Estado. Cuestión prejudicial. Interpretación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE. Consecuencias de la infracción del apartado 3 del artículo 93 del Tratado. Competencia del órgano jurisdiccional nacional que conoce de la acción. Presentación paralela de una denuncia ante la Comisión que aún está pendiente de resolución. No incompetencia. Posibilidad de recurrir al recurso prejudicial del artículo 177 o de consultar directamente a la Comisión. Devolución de ayudas no notificadas.**
57. **STJCE de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-241/94, *República Francesa/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Concepto de ayudas de Estado en el sentido del aparta-**

do 1 del artículo 92 del Tratado. Intervenciones estatales de carácter social. El apartado 1 del artículo 92 no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos. El carácter social de las intervenciones del FNE (*fonds national de l'emploi*) no basta para que escapen desde un principio a la calificación de ayudas en el sentido del artículo 92 del Tratado (Tribunal de Justicia en Pleno)

58. STJCE de 15 de octubre de 1996, Asunto C-311/94, *Ijssel-Vliet Combinatie BV/Minister van Economische Zaken*. Ayudas de Estado. Cuestión prejudicial. Ayudas de Estado a la construcción de un barco de pesca. Interpretación de los artículos 42, 92, y 93 del Tratado CEE, del Reglamento (CEE) núm. 4028/86, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986; de la Directiva 87/167/CEE, del Consejo, de 26 de enero de 1987, y de las Líneas directrices para el examen de la ayudas nacionales en el sector pesquero.
59. STJCE de 24 de octubre de 1996, Asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95. *República Federal de Alemania/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Garantía concedida por las autoridades públicas en favor, indirectamente, de una empresa de construcción naval, para la adquisición de una empresa de otro sector. Diversificación de las actividades de la empresa beneficiaria. Recuperación.
60. STPICE de 24 de octubre de 1996, Asunto T-154/94, *Comité des Salines de France y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Régimen de ayudas con finalidad regional. Escrito de la Comisión relativo a un ayuda. Letra c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.
61. STPICE de 22 de octubre de 1996, Asunto T-330/94, *Salt Union Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Negativa de la Comisión a proponer medidas apropiadas en el sentido del apartado 1 del artículo 93 del Tratado. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.

COMPETENCIA

62. STPICE de 8 de octubre de 1996, Asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Compagnie Maritime Belge SA y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Transportes marítimos internacionales. Conferencias marítimas. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Perjuicio de los inter-

cambios comerciales. Posición dominante colectiva. Aplicación de un acuerdo que prevé un derecho exclusivo. Buques de lucha. Rebajas de fidelidad. Multas. Criterios de apreciación.

63. **STJCE de 24 de octubre de 1996, Asunto C-73/95-P, *VIHO Europe BV/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Grupos de sociedades. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Presunta infracción del artículo 2, de las letras c) y g) del artículo 3 y del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE; del artículo 86 del Tratado CE, y del artículo 190 del Tratado CE.**
64. **STPICE de 22 de octubre de 1996, Asuntos acumulados T-79/95 y T-80/95, *Société Nationale des Chemins de Fer Français y British Railways Board/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Túnel bajo el Canal de la Mancha. Reserva del 50 por 100 de la capacidad del túnel a dos compañías ferroviarias. Restricciones de la competencia. Exención. Acceso de terceros.**
65. **STJCE de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-333/94, *Tetra Pak International SA/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Competencia. Posición dominante. Definición de los mercados de los productos. Aplicación del artículo 86 del Tratado a prácticas seguidas por una empresa dominante en un mercado distinto del mercado dominado. Ventas asociadas. Precios predatorios. Multa.**

CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL

66. **STJCE de 10 de octubre de 1996, Asunto C-78/95, *Bernardus Hendrikman y Maria Feyen/Magenta Druck & Verlag GmbH*. Convenio relativo a la competencia judicial. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, tal como ha sido modificado por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Interpretación del número 2 del artículo 27. Reconocimiento de una resolución. Concepto de demandado en rebeldía**

DERECHO DE SOCIEDADES

67. **STJCE de 2 de mayo de 1996, Asunto C-234/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Derecho de sociedades. Incumplimiento. No adopción dentro del plazo señalado**

de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse al desarrollo de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (de igual fecha y con igual contenido en relación con la República Federal de Alemania y la República Helénica, son las sentencias recaídas en los Asuntos C-253/95 y C-311/95).

68. STJCE de 19 de septiembre de 1996, Asunto C-236/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Derecho de sociedades. Incumplimiento. Artículo 5 de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. No adaptación del Derecho interno.
69. STJCE de 19 de noviembre de 1996, Asunto C-42/95, *Siemens AG/Henry Nold*. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Aumento de capital. Aportaciones no dinerarias. Derecho de suscripción preferente de los accionistas. Supresión. La Directiva 77/91/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital y, en particular, los apartados 1 y 4 del artículo 29, no se opone a que el Derecho interno de un Estado miembro conceda un derecho de suscripción preferente a los accionistas en caso de aumento de capital por aportaciones no dinerarias y someta la legalidad de un acuerdo por el que se suprime este derecho preferente a un control de contenido como el desarrollado por el Bundesgerichtshof.

DERECHO INSTITUCIONAL

70. STJCE de 13 de junio de 1996, Asunto C-114/95, *Ministère Public/Jean-Louis Maurin y Metro SA*. Derecho institucional. Cuestión prejudicial. Interpretación del principio de tutela del derecho de defensa y principio de contradicción. Legislación nacional en materia de represión de fraudes. Disposiciones comunitarias vigentes en materia de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados

al consumidor final. Venta de productos cuya presentación se ajustan a la Directiva pero con fecha de caducidad transcurrida. Materia fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Incompetencia del Tribunal de Justicia.

71. STJCE de 8 de octubre de 1996, Asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94 *Erich Dillenkofer y otros/Bundesrepublik Deutschland*. Derecho institucional. Cuestión prejudicial. Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. No adaptación del Derecho interno. Riesgos de insolvencia y de quiebra de los organizadores de viajes combinados y/o de los detallistas que sean parte en el contrato. Responsabilidad y obligación de reparar del Estado miembro

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

72. STJCE de 30 de abril de 1996, Asunto C-194/94, *Cia Security International SA/Signalson SA y Securitel SPRL*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Interpretación del artículo 30 del Tratado CE y de la Directiva 83/189/CEE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Legislación nacional en materia de comercialización de sistemas y centrales de alarma. Autorización administrativa previa. Reglamento nacional no notificado con arreglo a la Directiva.
73. STJCE de 23 de mayo de 1996, Asunto C-5/94. *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Artículo 36 del Tratado CEE. Negativa a la expedición de una licencia de exportación: situaciones y condiciones en las que genera obligación del Estado de reparar los daños causados a un particular. Reparación en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad.
74. STJCE de 20 de junio de 1996, Asuntos acumulados C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94 y C-15/94, C-23/94 y C-24/94, y C-332/94. *Semerano Casa Uno Srl y otros/Sindicato del comuni di Erbusco y otros*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Artículos 30, 36 y 52 del Tratado. Legislación nacional sobre cierre de comercios en domingos y festivos que afecte a todos los operadores económicos que ejerzan su actividad en el territorio nacional. Igual afectación a productos nacionales y a productos procedentes de otro Estado miembro. No contrariedad con el derecho comunitario.
75. STJCE de 27 de junio de 1996, Asunto C-293/94. *Jacqueline Brandsma*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudi-

cial. Artículos 30 y 36 del Tratado. Disposición nacional por la que se prohíbe comercializar, adquirir, ofrecer, exponer u ofrecer en venta, poseer, preparar, transportar, vender, ceder a título oneroso o gratuito, importar o utilizar plaguicidas destinados a usos no agrarios que no hayan sido previamente autorizados. Medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. justificación sobre la base de la protección de la salud pública. Alcance.

76. STJCE de 27 de junio de 1996, Asunto C-240/95. *Rémy Schmit*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Artículo 30 del Tratado CE. Vehículos automóviles. Legislación nacional que fija unos criterios diferentes para la asignación del año de fabricación a vehículos de una misma marca y modelo en función de que hayan sido objeto o no de importación paralela. Contrariedad con el derecho comunitario.
77. STJCE de 11 de julio de 1996, Asuntos acumulados C-429/93 y C-436/93. *Bristol-Myers Squibb y otros/Paranova A/S*. Libre circulación de mercancías. Artículo 36 del Tratado CE. Artículo 7 de la Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Reenvasado de productos importados de otro Estado miembro con indicación de la marca sin autorización de su titular. Condiciones y límites a la oposición a la comercialización por parte del titular de la marca. (Ver también de esta misma fecha y en relación con la misma problemática Asuntos acumulados C-71/94, C-72/94 y C-73/94, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH/Beiersdorf AG y otros*; Asunto C-232/94, *MPA Pharma GmbH/Rhône-Poulenc Pharma GmbH*).
78. STJCE de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-341/94, *André Allain/Ministère public*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Declaración en aduana. País de origen. Unificación alemana. Sanciones. Las disposiciones aduaneras comunitarias, aplicables como consecuencia de la unificación de la República Federal de Alemania y de la República Democrática Alemana, no se oponen a una posible recalificación de los hechos en Derecho nacional para sancionar las infracciones de la normativa comunitaria aplicable en la época en que éstos acaecieron.
79. STJCE de 7 de noviembre de 1996, Asunto C-126/94, *Société Cadi Surgelés y otros/Ministre des Finances y otros*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Arancel Aduanero Común. Política comercial común. Régimen fiscal de los departamentos franceses de ultramar. Bienes procedentes de terceros países. No compatibilidad con el Tratado CEE, actualmente

Tratado CE, de la recaudación de un derecho de aduana o de una exacción de efecto equivalente establecidos unilateralmente por un Estado miembro con posterioridad a la entrada en vigor del Arancel Aduanero Común, el 1 de julio de 1968, que graven las importaciones directamente procedentes de países terceros no vinculados a la Comunidad por un acuerdo particular.

80. **STJCE de 12 de noviembre de 1996, Asunto C-201/94, *The Queen/The Medicines Control Agency, ex parte: Smith & Nephew, Pharmaceuticals Ltd y Primecrown Ltd/The Medicines Control Agency*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Especialidades farmacéuticas. Importación paralela. Efecto directo de la Directiva 65/65/CEE tal como ha sido modificada especialmente por la Directiva 87/21/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, así como sobre las obligaciones relacionadas con la autorización de las especialidades farmacéuticas. Autorización de comercialización.**
81. **STJCE de 26 de noviembre de 1996, Asunto C-313/94, *F.lli Graffione SNC/Ditta Fransa*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Letra b) del apartado 2 del artículo 12 de la Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Prohibición de utilizar una marca en un Estado miembro. Prohibición de importar un producto de otro Estado miembro con la misma marca. Artículos 30 y 36 del Tratado CE y Directiva sobre las marcas. Dialéctica entre intereses de la protección de los consumidores y libre circulación de mercancías.**
82. **STJCE de 5 de diciembre de 1996, Asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95, *Merck & Co. Inc. y otros/Primecrown Ltd y otros*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Acta de adhesión de España y Portugal. Interpretación de los artículos 47 y 209. Fin del período transitorio: para el Reino de España, el 6 de octubre de 1995 y, para la República Portuguesa, el 31 de diciembre de 1994. Artículos 30 y 36 del Tratado CE. Importaciones paralelas de productos farmacéuticos no patentables.**

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

83. **STJCE de 30 de abril de 1996, Asunto C-214/94, *Ingrid Boukhalfa/Bundesrepublik Deutschland*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Nacional de un Estado miembro residente en un tercer Estado. Empleado en la embajada de otro**

- Estado miembro distinto del de su nacionalidad. Trato diferente en relación con los empleados de la embajada nacionales del Estado miembro del que depende la embajada. Aplicabilidad del Derecho comunitario. Discriminación por razón de nacionalidad establecida en el artículo 48.2 del Tratado y el artículo 7, apartados 1 y 4 del Reglamento 1612/68.
84. STJCE de 6 de junio de 1996, Asunto C-101/94. *Comisión de las Comunidades Europeas /República Italiana*. Libre circulación de personas. Actividad de corretaje en valores mobiliarios. Artículos 52 y 59 del Tratado CEE. Limitación de ejercicio de la actividad a los bancos y a las sociedades que poseen su domicilio en Italia. Contrariedad con el Derecho comunitario.
85. STJCE de 27 de junio de 1996, Asunto C-107/94. P.H. *Asscher/ Staatssecretaris van Financiën*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Artículo 52 del Tratado. Sujetos que ejercen actividades económicas en dos Estados miembros. Incompatibilidad con el artículo 52 del tratado de la legislación nacional que impone un tipo de gravamen distinto en el Impuesto sobre la Renta, y superior al aplicable a los residentes que ejercen la misma actividad.
86. STJCE de 2 de julio de 1996, Asunto C-473/93. *Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo*. Libre circulación de personas. Empleos en la Administración pública. Artículo 48 del Tratado CE y Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Incumplimiento de Estado (de la misma fecha y con contenido similar son otras dos Sentencias relativas a los asuntos C-173/94 –Bélgica– y C-290/94 –República Helénica–).
87. STJCE de 11 de julio de 1996, Asunto C-25/95, *Siegfried Ottel/Bundesrepublik Deutschland*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad social de los trabajadores migrantes. Normativa comunitaria. Ámbito de aplicación material. Prestación abonada a trabajadores de la industria hullera que han superado determinada edad y han sido despedidos con ocasión del cierre o reconversión de empresas. Prestación abonada con carácter de subvención. Cálculo de la prestación. Toma en consideración de una pensión abonada en virtud de la legislación de otro Estado miembro.
88. STJCE de 10 de septiembre de 1996, Asunto C-222/94. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Libre circulación de personas. Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la

coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Legislación nacional que aplica un régimen diferente a los servicios nacionales por satélite y a los servicios no nacionales por satélite. Legislación nacional que ejerce un control sobre las emisiones transmitidas por una organismo de radiodifusión que depende de la competencia de otro Estado miembro.

89. STJCE de 10 de septiembre de 1996, Asunto C-11/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Libre circulación de personas. Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Transmisión por cable. Incumplimiento. Emisiones procedentes de otros Estados miembros sujetas a autorización previa. No adopción de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse íntegramente a lo dispuesto en la Directiva.
90. STJCE de 12 de septiembre de 1996, Asunto C-278/94, *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Libre circulación de personas. Artículo 48 del Tratado CEE. Reglamento (CEE) núm. 1612/1968, del Consejo, de 18 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Exigencia de requisitos suplementarios para la concesión de un subsidio de espera a los hijos de los trabajadores migrantes. Discriminación indirecta por razón de nacionalidad. Incumplimiento de Estado.
91. STJCE de 10 de octubre de 1996, Asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94, *Ingrid Hoever e Iris Zachow/Land Nordrhein-Westfalen*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Prestaciones familiares. Artículo 73 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE. Apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68. Una prestación de las características de la prestación por crianza establecida por la BErzGG, que se concede automáticamente a quienes cumplen determinados requisitos objetivos al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales y que está destinada a compensar las cargas familiares, debe asimilarse a una prestación familiar en el sentido de la letra h) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento núm. 1408/71, del Consejo.
92. STJCE de 24 de octubre de 1996, Asunto C-335/95, *Institut National d'Assurances Sociales pour Travailleurs Indépendants*

- (Inasti)/Michel Picard.** Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Seguro de vejez y muerte. Prestaciones. Liquidación concomitante de pensiones con arreglo a las legislaciones de dos Estados miembros. Carácter automático de la liquidación tan pronto como se presente una solicitud ante la institución competente de uno de los Estados miembros. Obligación de presentar, para obtener la liquidación concomitante de las pensiones, una solicitud ante la institución del Estado de residencia.
93. STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-3/95, *Reisebüro Broede/Gerd Sandker*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Cobro de créditos por vía judicial. Empresas de gestión de cobros que desean efectuar cobros de créditos de terceros. Normativa estatal que reserva dicha actividad, ejercida con carácter profesional, a la profesión de Abogado. Compatibilidad con el artículo 59 del Tratado CE.
94. STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asuntos acumulados C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 y C-339/94. *Reti Televisive Italiane SpA (RTI) y otros/Ministero delle Poste e Telecomunicazioni*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Disposiciones italianas en materia de «promociones televisivas» y de patrocinio. Expresión «formas de publicidad como las ofertas al público realizadas directamente».

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

95. STJCE de 2 de mayo de 1996, Asunto C-133/94, *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Medio ambiente y consumidores. Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente. Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985 y artículo 189 del Tratado CE. Incumplimiento de estado. No adaptación completa y correcta del Derecho belga.
96. STJCE de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-168/95, *Luciano Arcaro*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Vertidos de cadmio. Interpretación de las Directivas 76/464/CEE y 83/513/CEE, del Consejo. Efecto directo. Posibilidad de invocar una Directiva frente a un particular. Artículo 3 de la Directiva 76/464/CEE, del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la

contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad. Invocación de la Directiva por la autoridad pública frente a un particular a falta de una adaptación completa por parte de un Estado miembro. El Derecho comunitario, no contiene un mecanismo que permita al órgano jurisdiccional nacional eliminar disposiciones internas contrarias a una disposición de una Directiva a la que no se haya adaptado el Derecho nacional, cuando esta última disposición no puede ser invocada ante el órgano jurisdiccional nacional.

97. STJCE de 17 de octubre de 1996, Asunto C-312/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado –Directivas 90/219/CEE y 90/220/CEE– Organismos modificados genéticamente. Incumplimiento por no haber adoptado, dentro de los plazos señalados, las medidas necesarias para atenderse a dichas Directivas.
98. STPICE de 16 de octubre de 1996, Asunto T-336/94, *Efisol SA/ Comisión de las Comunidades Europeas*. Medio ambiente y consumidores. Reglamento (CEE) núm. 594/91 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono - Asignación de cuotas - Licencias de importación - Denegación de su concesión - Demanda de indemnización - Protección de la confianza legítima.
99. STJCE de 24 de octubre de 1996, Asunto C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV y otros/Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Medio ambiente. Expresión «obras de canalización y regularización de cursos de agua», que figura en la letra e) del punto 10 del anexo II de la Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.
100. STJCE de 7 de noviembre de 1996, Asunto C-262/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a las Directivas 82/176/CEE, 83/513/CEE, 84/156/CEE, 84/491/CEE y 86/280/CEE relativas al vertido de determinadas sustancias peligrosas en el medio acuático.
101. STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-10/96, *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux ASBL y otros/Région wallonne*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Directiva del Consejo 79/409/CEE relativa a la conservación de las aves silvestres. Prohibición de captura.

Excepciones. Autorización para la captura de determinadas especies protegidas, de modo decreciente y limitado en el tiempo, con la finalidad de permitir que los aficionados abastezcan sus pajareras: no.

102. STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-297/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Artículo 19 de la Directiva 91/271/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas.
103. STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-298/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a las Directivas 78/659/CEE y 79/923/CEE dentro del plazo señalado. Calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces. Calidad exigida a las aguas para cría de moluscos.
104. STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-302/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 91/271/CEE. Tratamiento de las aguas residuales urbanas.
105. STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asunto C-142/95, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Medio ambiente y consumidores. Recurso de casación. Personas físicas o jurídicas. Acto que les afecta directa e individualmente.

POLÍTICA SOCIAL

106. STJCE de 30 de abril de 1996, Asunto C-13/94, *P/S y Cornwall County Council*. Política Social. Cuestión prejudicial. Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo. Contrariedad con la Directiva.
107. STJCE de 11 de julio de 1996, Asunto C-228/94, *Stanley Charles Atkins/Wrekin District Council, Department of Transport*. Política social. Cuestión prejudicial. Ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la

aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Legislación nacional que concede reducciones sobre transportes públicos a determinadas categorías de personas y, en particular, a personas de edad avanzada. No vulneración del Derecho comunitario.

108. STJCE de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-79/95, *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Política social. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a una Directiva. El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 10 de las Directivas 89/654/CEE, del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, 89/655/CEE, del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización en el trabajo de los equipos de trabajo, y 89/656/CEE, del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual; del apartado 1 del artículo 9 de la Directiva 90/269/CEE, del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular, dorsolumbares, para los trabajadores; del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 90/270/CEE, del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, y del apartado 1 del artículo 19 de la Directiva 90/394/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo, al no haber adoptado dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dichas Directivas.
109. STJCE de 15 de octubre de 1996, Asunto C-298/94, *Annette Henke/Gemeinde Schierke y Verwaltungsgemeinschaft «Brocken»*. Política social. Cuestión prejudicial. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Cesión de diversas funciones administrativas de un municipio a un organismo creado con ese fin por varios municipios. Apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977.
110. STJCE de 24 de octubre de 1996. Asunto C-435/93, *Francina Johanna Maria Dietz/Stichting Thuiszorg Rotterdam*. Política social. Cuestión prejudicial Igualdad de retribución entre traba-

jadores y trabajadoras. Derecho a participar en un Plan de Pensiones de Empresa. Derecho a cobrar una pensión de jubilación. Trabajadores a tiempo parcial. Limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88): no se aplica al derecho a participar en un Plan de Pensiones de Empresa, como aquél del que se trata en el procedimiento principal, ni al derecho a percibir una pensión de jubilación en el caso de un trabajador que ha sido excluido de la participación en dicho Plan infringiendo el artículo 119 del Tratado.

111. **STJCE de 7 de noviembre de 1996, Asunto C-77/95, *Bruna-Alessandra Züchner/Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen*. Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Directiva 79/7/CEE. Población activa. El artículo 2 de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social: no se refiere a una persona que ejerza una actividad no retribuida consistente en ocuparse de su cónyuge minusválido, independientemente de la importancia de esta actividad y de la competencia exigida para desempeñarla, en la medida en que, para hacerlo, la persona de que se trate no ha abandonado una actividad profesional ni ha interrumpido la búsqueda de un empleo.**
112. **STJCE de 12 de noviembre de 1996, Asunto C-84/94, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte/Consejo de la Unión Europea*. Política social. Directiva 93/104/CE, del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Recurso de anulación: anulación del párrafo segundo del artículo 5 de la Directiva 93/104/CE, del Consejo.**
113. **STJCE de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-305/94, *Claude Rotsart de Hertaing/J. Benoidt SA, en liquidation y otros*. Política social. Cuestión prejudicial. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Transferencia al cesionario de los derechos y obligaciones que resultan de un contrato de trabajo. Fecha de la transmisión. La transferencia de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales tiene lugar necesariamente en la fecha de la transmisión de la empresa y no puede ser fijada en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario.**
114. **STJCE de 12 de diciembre de 1996, Asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95. Política social. Cuestión prejudicial. Directiva 90/270/CEE, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen**

pantallas de visualización. Concepto de trabajador. Reconocimiento de los ojos y de la vista. Concepto de puesto de trabajo en el sentido de los artículos 4 y 5. Alcance de las obligaciones establecidas en los artículos 4 y 5.

PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO

115. STJCE de 26 de septiembre de 1996, Asunto C-43/95, *Data Delecta Aktiebolag y Ronny Forsberg/MSL Dynamics Ltd.* Principios de Derecho comunitario. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato. Discriminación por razón de la nacionalidad. *Cautio judicatum solvi*. El apartado 1 del artículo 6 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro exija la constitución de una *cautio judicatum solvi* por una persona jurídica establecida en otro Estado miembro, que haya instado, ante uno de los órganos jurisdiccionales del primer Estado miembro, una acción judicial contra nacionales de éste o contra una sociedad establecida en el mismo, cuando una exigencia semejante no puede imponerse a las personas jurídicas de dicho Estado, en una situación en que la acción tiene conexión con el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario.

RELACIONES EXTERIORES

116. STJCE de 3 de octubre de 1996, Asunto C-126/95. *A. Hallouzi-Choho/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos. Apartado 1 del artículo 41. Principio de no discriminación en materia de Seguridad Social. Efecto directo. Esposa de un trabajador marroquí. Modalidades particulares de aplicación de la normativa neerlandesa relativa al seguro de vejez generalizado. Derecho a la concesión de prestaciones previstas por su legislación en favor de los nacionales que reúnan determinados requisitos de residencia en dicho Estado, a la esposa de un trabajador marroquí que cumple dichos requisitos de residencia.
117. STJCE de 3 de diciembre de 1996, Asunto C-268/94, *República Portuguesa/Consejo de la Unión Europea*. Relaciones exteriores. Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Europea y la República de la India. Cooperación al desarrollo. Protección de los derechos humanos y de los principios democráticos. Cooperación en los sectores de la energía, del turismo, de la cultura, de la lucha contra la droga y de la protección de la propiedad intelectual. Competencia de la Comunidad. Base jurídica.

118. Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales.

El desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario es fruto, en gran medida, de la colaboración establecida entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los jueces nacionales, a través del procedimiento prejudicial previsto en el artículo 177 del Tratado CE y en las correspondientes disposiciones de los Tratados CECA y CEEA. (También se prevé un procedimiento prejudicial en los protocolos de determinados convenios celebrados por los Estados miembros, en particular el Convenio de Bruselas, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).

Para facilitar esta colaboración y satisfacer mejor las expectativas de los órganos jurisdiccionales nacionales, proporcionando respuestas útiles a las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia pone a disposición de los interesados, y en especial de los jueces nacionales, las indicaciones siguientes.

Conviene subrayar la naturaleza y la finalidad puramente informativas de estas indicaciones, carentes de valor normativo o incluso interpretativo de las disposiciones que regulan el procedimiento prejudicial. Se trata de meras indicaciones prácticas que, a la luz de la experiencia en la aplicación del procedimiento prejudicial, pueden resultar útiles para evitar al Tribunal de Justicia una serie de dificultades con las que, a veces, se ha encontrado.

1. Cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede solicitar al Tribunal de Justicia la interpretación de una norma de derecho comunitario contenida en los Tratados o en una disposición de derecho derivado, si lo considera necesario para resolver un litigio del que esté conociendo.

Los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno están obligados a someter al Tribunal de Justicia las cuestiones de interpretación que se les planteen, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia o cuando la manera correcta de aplicar la norma comunitaria sea de todo punto evidente. [Sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit (283/81, Rec. p. 3415)].

2. El Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre la validez de las disposiciones y de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad. Los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la posibilidad de desestimar los motivos de invalidez que se invoquen ante ellos. Todo órgano jurisdiccional nacional, incluso aquellos cuyas decisiones sean susceptibles de recurso, ha de dirigirse al Tribunal de Justicia cuando pretenda cuestionar la validez de una disposición o de un acto comunitario. [Sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, Rec. p. 4199)].

No obstante, cuando el juez nacional tenga serias dudas sobre la validez de una disposición o de un acto de la Comunidad que sirva de base a un acto interno, puede de modo excepcional, acordar la suspensión provisional u otro tipo de medida cautelar respecto del acto nacional. En tal caso está obligado a someter al Tribunal de Justicia la cuestión de validez, indicando las razones por las que considera que la disposición o el acto comunitario no son válidos. [Sentencias de 21 de febrero de 1991, Zuckerfabrik (C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415), y de 9 de noviembre de 1995, Atlanta (C-465/93, Rec. p. I-3761)].

3. La cuestión prejudicial debe limitarse a la interpretación o a la validez de una norma comunitaria, ya que la interpretación del derecho nacional y la apreciación de su validez no son competencia del Tribunal de Justicia. La aplicación de la norma comunitaria en el caso concreto del que conoce el juez remitente es competencia de este último.

4. La decisión mediante la que el juez nacional somete una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia puede revestir cualquiera de las formas admitidas en su derecho interno para resolver los incidentes procesales. El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo, por lo general, la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie, pero la decisión a este respecto corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional interno, con arreglo a su propio derecho.

5. La resolución que plantee la cuestión prejudicial debe ser traducida a las demás lenguas oficiales de la Comunidad por los servicios del Tribunal de Justicia. Por otra parte, los problemas relativos a la interpretación o a la validez del derecho comunitario revisten muy a menudo un interés general y los Estados miembros y las Instituciones comunitarias tienen derecho a formular sus observaciones. Es de desear, por tanto, que la resolución de remisión esté redactada de la manera más clara y precisa posible.

6. La resolución de remisión debe motivarse de manera sucinta pero suficientemente completa, de modo que permita tanto al Tribunal de Justicia como a quienes se ha de notificar (Estados miembros, Comisión y, en su caso, Consejo y Parlamento Europeo) comprender adecuadamente el marco de hecho y de derecho del asunto principal. [Sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo (C-320/90, Rec. p. I-393)].

En particular, debe incluir los antecedentes de hecho cuyo conocimiento resulte indispensable para comprender el alcance jurídico del litigio principal, los fundamentos de derecho eventualmente aplicables, las razones que hayan conducido al juez nacional a plantear la cuestión al Tribunal de Justicia y, en su caso, las alegaciones de las partes, todo ello con objeto de que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional.

Además, la resolución de remisión debe ir acompañada de una copia de los documentos necesarios para la adecuada comprensión del litigio, especialmente de las disposiciones nacionales aplicables. Habida cuenta de que el expediente o los documentos anexos a la resolución de remisión no siempre se traducen íntegramente a las diferentes lenguas oficiales de la Comunidad, el juez remitente debe velar por que su resolución contenga toda la información pertinente.

7. El órgano jurisdiccional nacional puede remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre algún extremo de interpretación o de validez. Debe subrayarse, no obstante, que al Tribunal de Justicia no le corresponde resolver ni las controversias relativas a las circunstancias de hecho del asunto principal ni las divergencias de opinión sobre la interpretación o aplicación de las normas de derecho nacional. Por consiguiente, es de desear que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir, siquiera sea de un modo hipotético, el marco fáctico y jurídico del problema. En cualquier caso, puede resultar útil para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de haber oído a las partes. [Sentencia de 28 de junio de 1978, *Simmenthal* (70/77, Rec. p. 1453)].

8. La resolución de remisión y los documentos pertinentes deben ser enviados directamente al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional mediante correo certificado (dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo», teléfono 352-43031). Hasta que se dicte la sentencia, la Secretaría del Tribunal de Justicia se mantendrá en contacto con el órgano jurisdiccional nacional, al que transmitirá copia de los sucesivos documentos (observaciones escritas, informe para la vista y conclusiones del Abogado General). El Tribunal de Justicia también transmitirá su sentencia al órgano jurisdiccional remitente, encareciéndole que le informe acerca de la aplicación que haga de ella en el litigio principal y que le envíe, llegado el caso, su decisión definitiva.

9. El procedimiento prejudicial es gratuito y el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las costas del litigio principal.

INFORMACIÓN LEGISLATIVA*

A cargo de **PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH**
y **LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ**

SUMARIO: I. *Derecho civil*. 1. Parte General. 2. Derecho de Obligaciones. 3. Derechos Reales. 4. Derecho de Familia. 5. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho Registral*.—III. *Derecho Mercantil*.—IV. *Derecho Procesal*.—V. *Otras Disposiciones*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE OBLIGACIONES

1. **CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se procede a la promulgación del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.**

Ley de la Asamblea Regional de Murcia 4/1996, de 14 de junio («Boletín Oficial del Estado» de 2 de octubre).

La presente disposición ha sido promulgada en el ejercicio de la competencia sobre el desarrollo legislativo y la ejecución de la defensa del consumidor y usuario, incorporada al Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia por la Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLVII, fascículo II, disposición núm. 16), y con el objetivo de sistematizar los mecanismos y medidas de defensa del consumidor y usuario a desplegar por las Administraciones públicas de la Región de Murcia.

Como ya ocurriera con el Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, aprobado mediante la Ley autonómica 3/1995, de 9 de marzo (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo II, disposición núm. 13), la norma presentada reitera en buena medida el contenido de la Ley estatal 26/1984, especialmente en sus disposiciones generales y en los aspectos relativos a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos y sociales de los consumidores, así como a los derechos a la información y educación de dicho colectivo; como en aquella disposición, las principales novedades vienen integradas por el llamamiento a las Administraciones públicas de

* Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el cuarto trimestre de 1996.

la Región de Murcia para que promuevan la tutela de dichos intereses y derechos, la creación de un Registro de Organizaciones de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia y la previsión de que se creen Consejos de Consumo a través de los cuales se canalice el derecho de consulta de las organizaciones de consumidores en la elaboración de las disposiciones generales que les afecten.

Mayor interés pueden tener las normas configuradoras del régimen sancionador, contenidas en el título III de la Ley, y en especial los artículos 37 y 38 de la misma, que establecen la posibilidad de acordar la publicación de las sanciones impuestas en el «Boletín Oficial de la Región de Murcia» y los medios de comunicación social de mayor difusión, corriendo el coste de dicha publicidad a cuenta del sancionado, así como la de exigir al infractor la publicación a sus expensas de un comunicado, en que se rectifique la publicidad que contravenga las disposiciones contenidas en la Ley, y que deberá realizarse en las mismas o similares condiciones en que se produjo la actuación sancionada.

Las normas orientadas a regular el Estatuto de la Inspección de Consumo resultan destacables por atribuir a su funcionamiento la consideración de agentes de la autoridad y otorgarles una serie de prerrogativas, entre las que pueden citarse la de requerir la documentación industrial, mercantil y contable que la Ley obligue a cumplimentar, o la de acceder directamente a los locales y dependencias en que se realicen actividades de trascendencia para los consumidores y usuarios; por último, merece la pena destacar la posibilidad, contemplada por el artículo 20 de la Ley, de que se proceda a la retirada, inmovilización o suspensión de la comercialización de productos o servicios, o a la adopción de cualquier otra medida cautelar proporcionada, cuando existan riesgos para la salud y seguridad o grave riesgo de perjuicio para los consumidores y usuarios, así como la previsión relativa al establecimiento de condiciones previas para la comercialización de los productos, en prevención de los mencionados riesgos.

DERECHOS REALES

2. ESPACIOS NATURALES. Se procede a su regulación en Navarra.

Ley del Parlamento de Navarra 9/1996, de 17 de junio («Boletín Oficial del Estado» de 8 de octubre).

La presente Ley ha sido promulgada para la consecución de dos objetivos: establecer un régimen jurídico propio en el marco de la legislación básica del Estado y de las Directivas Comunitarias medioambientales, e integrar y armonizar las normas relativas a espacios naturales con la

abundante legislación promulgada por la Comunidad Foral en las materias relativas a urbanismo, medio ambiente y ordenación del territorio.

Los aspectos más relevantes de la norma autonómica son los siguientes:

1. Como viene siendo habitual en este sector del ordenamiento, resultan especialmente interesantes las disposiciones relativas a las actividades y usos que pueden desarrollarse en los espacios naturales, contenidas principalmente en las secciones 2.^a a 4.^a del capítulo I de la Ley y cuya regulación parte de diferenciar entre usos permitidos sin necesidad de autorización, usos autorizables y usos directamente prohibidos. Ese estatuto básico de limitaciones, directamente derivado de la Ley, puede ser ampliado mediante los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, los Planes Rectores de Uso y Gestión, el planeamiento urbanístico municipal, o las normas mediante las cuales se declare o modifique cada concreto espacio natural, ya que todos estos instrumentos pueden establecer condiciones adicionales de protección.

2. En cuanto a las indemnizaciones que pudieran derivarse de las limitaciones de usos y actividades establecidas de acuerdo con la Ley, el artículo 28 diferencia entre limitaciones generales de usos y actividades, que no darán lugar a indemnización alguna, y limitaciones singulares y efectivas, que resulten incompatibles con el ejercicio de actividades y usos tradicionales y consolidados propios del medio rural, y que vinieran realizándose con anterioridad de forma reiterada y notoria, las cuales serán indemnizables en la cuantía que se determine de acuerdo con las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

3. El régimen aplicable a la gestión de los espacios naturales atribuye a la Administración competente un derecho de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a los terrenos ubicados en el ámbito de los espacios naturales, estableciéndose además la obligación de que los Notarios y Registradores que actúen dentro del ámbito territorial de la Comunidad Foral condicionen la autorización e inscripción de las escrituras correspondientes a que se acredite la práctica de la notificación preceptiva a la administración competente (art. 26 de la Ley). Sobre estos aspectos de la Ley, hemos de señalar lo siguiente:

El establecimiento de derechos de tanteo y retracto por el legislador autonómico viene resultando una medida harto frecuente: recuérdense, por poner sólo algunos ejemplos, los establecidos en la Ley 14/1992, de 28 de diciembre, de Patrimonio Agrario de Aragón (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLVI, fascículo II, disposición núm. 6); en la Ley Forestal de la Comunidad Valenciana 3/1993, de 9 de diciembre (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLVII, fascículo II, disposición núm. 5), o en las Leyes de Patrimonio de diversas Comunidades Autónomas. a las cuales también hemos tenido ocasión de

aludir en estas páginas. El problema planteado por tanto derecho de adquisición es que perturba el tráfico jurídico de los bienes sin gran beneficio para el interés público que se pretende tutelar, especialmente cuando se trata de bienes inmuebles, y si consideramos que la transmisión no impide que las limitaciones dominicales surtan sus efectos en relación con el subadquirente, que la vía expropiatoria es el instrumento idóneo cuando el cumplimiento de la finalidad protectora exija la titularidad pública de unos terrenos determinados, y, sobre todo, que la efectiva utilización por parte de los entes públicos de esos derechos de retracto será, en la práctica, poco menos que anecdótica.

En los aspectos relativos al deber impuesto a Notarios y Registradores, los problemas planteados por la Ley son todavía más graves, ya que la ordenación de los registros e instrumentos públicos es competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, de manera que, como el propio Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidad en el fundamento jurídico número 39 de su sentencia de 20 de marzo de 1997, «es al Estado al que compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción... al previo cumplimiento de ciertos requisitos». Sin embargo, el tema es delicado, ya que si entendemos que las Comunidades Autónomas son competentes para establecer derechos de tanteo y retracto, u otros instrumentos cualesquiera que afecten al régimen jurídico sustantivo de los bienes inmuebles, resulta difícil entender que no lo sean para regular aquellos aspectos notariales y registrales orientados a garantizar la mayor eficacia de esos derechos o instrumentos, aún sin considerar la rechazable dependencia del legislador autonómico respecto del estatal que tal entendimiento implicaría.

4. Los artículos 39 a 43 de la Ley son especialmente destacables por establecer el régimen aplicable a la responsabilidad derivada de los daños causados a los espacios naturales como consecuencia de actos constitutivos de delito o infracción administrativa. El deber de reparar el daño que se impone a los sujetos responsables se declara compatible con la imposición de las sanciones penales o administrativas procedentes, estableciéndose la imprescriptibilidad de la acción administrativa orientada a exigir dicha responsabilidad cuando se hubieran dañado bienes de dominio público, y contemplándose un plazo de prescripción de diez años para los demás supuestos. También resultan de interés las previsiones relativas a la posibilidad de que la Administración imponga multas coercitivas para asegurar la ejecución de las medidas de restauración acordadas, la proclamación de la imposibilidad de que la destrucción total o parcial de un espacio natural por acciones contrarias a la Ley supongan la alteración de su clasificación y régimen jurídico en plazo anterior a treinta años, y el establecimiento de una acción pública para exigir ante las Administraciones públicas de Navarra la observancia de lo establecido en la Ley Foral y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.

DERECHO REGISTRAL**3. ORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Comunicación entre Registradores y Ordenación de sus archivos.**

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 1996 («Boletín Oficial del Estado» del 9 de noviembre).

Los aspectos más importantes de la presente Instrucción, que viene a desarrollar las previsiones relativas a la recuperación de los índices prevista en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de agosto de 1987 y en el Real Decreto de 30 de marzo de 1990, son los correspondientes a la publicidad instrumental proporcionada en base al Servicio de Índices del Colegio de Registradores —que se restringe cuando sea solicitada directamente a dicho Servicio a las relaciones entre el Colegio de Registradores y los entes públicos— y a la intercomunicación entre Registradores, orientada a posibilitar la solicitud y remisión de notas simples entre dichos profesionales, de manera que los interesados puedan solicitarlas ante un Registrador distinto del que tenga atribuida la competencia territorial para su emisión.

4. SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO. Se procede al desarrollo del Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1996 («Boletín Oficial del Estado» del 18).

La presente Instrucción ha sido dictada con el objetivo de resolver las dudas planteadas en la práctica como consecuencia de la aplicación del Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; en este sentido, la Instrucción contiene algunas precisiones relativas al plazo establecido para que los Notarios remitan al Registro las comunicaciones de haber autorizado escrituras susceptibles de inscripción registral y al contenido de dichas comunicaciones, contemplándose también la obligación profesional de que los Notarios y Registradores adopten las medidas precisas para asegurar que las líneas de telefax, destinadas a posibilitar la mutua comunicación entre dichos profesionales, se encuentren permanentemente operativas.

Resultan especialmente destacables las previsiones sobre los recursos procedentes ante la eventual negativa del Registrador a practicar el asiento de presentación de las comunicaciones notariales por telefax (art. 5) y también las destinadas a resolver los problemas planteados por una eventual discrepancia entre la copia auténtica y la comunicación previamente

presentada, para cuya resolución se atiende al carácter «sustancial o de concepto» de dicha diferencia: Así, cuando la diferencia no merezca tal calificación, bastará con rectificar el asiento de presentación, en la misma nota marginal en que se haga constar la aportación de la copia auténtica o en nota separada; por el contrario, si la diferencia es sustancial o de concepto —y siempre lo son las que se refieren a la identidad de los otorgantes y a la naturaleza o elementos esenciales del derecho reflejado— ha de procederse a la práctica de un nuevo asiento de presentación, cuya fecha será la que determine la prioridad registral, manteniéndose los efectos del primitivo durante el plazo general de sesenta días (art. 2 de la Instrucción).

OTRAS DISPOSICIONES

5. **IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. Se establecen medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.**

Ley 10/1996, de 18 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 19).

La presente disposición ha sido promulgada con el objetivo fundamental de modificar la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en algunos aspectos relativos al tratamiento de los dividendos y plusvalías correspondientes a valores representativos de la participación en el capital de entidades jurídicas residentes tanto en España como en el extranjero.

Así, en relación con las entidades residentes en territorio español, la novedad de la norma consiste en establecer la deducción por doble imposición no sólo en el momento de la distribución del beneficio, sino también en el de la transmisión de las acciones, sobre la base de entender que la plusvalía incorpora los beneficios no distribuidos generados durante el período de tenencia de la participación.

Esta deducción es aplicable a la transmisión de participaciones correspondientes a entidades residentes en España que tributen al tipo general de gravamen o al del 40 por 100, siempre que el porcentaje de participación poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior a la transmisión sea igual o superior al 5 por 100; el importe de la deducción es la cantidad resultante de aplicar el tipo de gravamen al incremento neto de los beneficios no distribuidos correspondiente al tiempo de tenencia de la participación o al importe de las rentas computadas, si éste fuera menor.

En cuanto a los dividendos y plusvalías de fuente extranjera, se incorpora el llamado método de exención, aplicable siempre que se cumplan

determinados requisitos, entre los que destaca el relativo a que la entidad participada realice una actividad de naturaleza empresarial y tenga como lugar de residencia un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, provisto con cláusula de intercambio de información.

Además de las mencionadas modificaciones, la disposición adicional primera de la norma presentada viene a establecer el régimen aplicable al tributo que grava las revalorizaciones realizadas al amparo del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (presentado en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo III, disposición núm. 7).

6. FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. Se procede a la modificación parcial de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 28).

Las modificaciones introducidas en la LOFCA van prioritariamente orientadas a posibilitar la cesión a las Comunidades Autónomas de una parte del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, así como la atribución a dichos entes territoriales de ciertas competencias normativas sobre los tributos cedidos por el Estado. Además, y aprovechando la ocasión que proporciona la modificación de dicha Ley en relación con tales aspectos, se procede a insertar en el marco orgánico del régimen de financiación autonómico la nueva realidad derivada de la condición de Ciudades Autónomas, adquirida por Ceuta y Melilla, y a adaptar el régimen jurídico de las tasas autonómicas a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público.

7. DISCIPLINA PRESUPUESTARIA. Establecimiento de medidas.

Ley 11/1996, de 27 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 28).

La realización de gastos que no cuentan con cobertura presupuestaria, o que cuentan con una cobertura insuficiente, suele ocasionar el desplazamiento en la aplicación de dichos gastos a ejercicios posteriores, con el consiguiente perjuicio del rigor en la contención del déficit público que imponen los criterios de convergencia europea.

En la disposición presentada se contienen una serie de medidas orientadas a evitar dichas situaciones, planteando especial interés las relativas

a la modificación del artículo 73.1.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, que viene a establecer un plazo máximo de treinta días para dar cuenta al Consejo de Ministros del inicio de la obra considerada de emergencia, con la acreditación de la existencia de crédito o la iniciación del oportuno expediente de modificación presupuestaria, o la reforma del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en virtud de la cual se exige la previa existencia de crédito para que la ocupación de bienes pueda ser declarada como urgente.

8. ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. Se procede a la reforma de los correspondientes a Canarias y a Aragón.

Leyes Orgánicas 4/1996 y 5/1996, de 30 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 31).

9. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. Se aprueban los correspondientes a 1997.

Ley 12/1996, de 30 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 31).

Pese a la influencia proyectada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido de la Ley de Presupuestos, cuya consecuencia más destacable ha sido la de dividir toda la prolija regulación que tradicionalmente venía configurando su contenido entre la propia Ley de Presupuestos y la que ha venido a conocerse como «ley de acompañamiento», las normas presupuestarias siguen incorporando, por su propia naturaleza, una larga serie de medidas, cuyo concreto alcance resulta imposible sintetizar en unas líneas. Por ello, nos limitaremos a exponer los rasgos más relevantes de la norma presupuestaria aprobada para el año 1997, que a nuestro juicio son los siguientes:

La austeridad en el gasto público, que se considera imprescindible para combatir la inflación y el elevado precio del dinero, es el objetivo al que se orientan una serie de medidas relativas a la ejecución presupuestaria, tales como la suspensión de la posibilidad de realizar incorporaciones de crédito, salvo en casos concretos, o la restricción de las transferencias de crédito de operaciones de capital a operaciones corrientes, así como la imposibilidad de que el conjunto de créditos comprometidos durante 1997 supere, con salvedades puntuales, la cuantía total de los créditos inicialmente aprobados para operaciones no financieras.

En materia de funcionarios y pensiones, la norma establece la congelación salarial de los trabajadores del sector público y de todos los altos cargos de la Nación, restringe la oferta de empleo público e incrementa las pensiones públicas en un 2,6 por 100.

El interés legal del dinero se fija en el 7,5 por 100, y el interés de demora al que se refiere el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria en el 9,5 por 100.

En relación con la transmisión de bienes inmuebles situados en España por sujetos pasivos no residentes que actúen sin establecimiento permanente, la reforma operada por el artículo 52 de la Ley de Presupuestos, en relación con el artículo 19 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLIV, fascículo III, disposición núm. 21), es importante por cuanto obliga al adquirente a retener e ingresar el 5 por 100, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente al transmitente. Además, se establece la afección de los bienes transmitidos al pago del impuesto cuando la retención o el ingreso a cuenta no se hubieran verificado.

Continuando con la materia tributaria, pueden destacarse también las siguientes modificaciones:

a) *Impuesto sobre Sociedades*: se modifican los coeficientes de depreciación monetaria para el cálculo de las rentas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado, al tiempo que se aumentan las obligaciones relativas al pago fraccionado de este impuesto.

b) *Impuesto sobre Bienes Inmuebles*: se actualizan los valores catastrales mediante la aplicación del coeficiente 2,6.

c) *Impuesto de Actividades Económicas*: se modifican algunos epígrafes de las tarifas.

d) *Impuestos Especiales*: se incrementan los relativos a la cerveza y los productos intermedios en un 2,6 por 100, así como el que grava la gasolina sin plomo 98 en un 4 por 100.

e) Tasas de la Hacienda estatal: se elevan los tipos de cuantía fija por aplicación del coeficiente 1,08 a la cuantía exigible en 1996.

10. MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DE ORDEN SOCIAL. Se procede a su establecimiento.

Ley 13/1996, de 30 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 31).

Como ya se comentara en la presentación de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (disposición núm. 9 de estas mismas páginas de información legislativa), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al contenido de las leyes de presupuestos ha motivado que el papel de «cajón de sastre» tradicional-

mente desempeñado por las citadas disposiciones pase a desarrollarlo ahora la que ha venido a denominarse «Ley de acompañamiento», a través de la cual se procede a modificar una larga serie de disposiciones del más diverso objeto, con la finalidad de conseguir unos determinados objetivos de política económica.

El resultado de esta forma de proceder evita los inconvenientes relativos a las peculiaridades procedimentales que conlleva la aprobación de la Ley de Presupuestos y a la eventual limitación del debate parlamentario que de las mismas pudiera derivarse, pero es obvio que no garantiza la más eficaz localización de la norma vigente para cada concreta materia, y por lo tanto no resulta demasiado compatible con el principio constitucional de seguridad jurídica y con la carga de conocimiento del derecho que parece derivarse de la redacción dada al artículo 6.1 del Código Civil.

En cuanto al contenido concreto de la norma presentada, nos parece oportuno destacar los siguientes aspectos:

En materia fiscal, la norma establece algunas modificaciones que afectan al régimen legal de los siguientes tributos:

Impuesto sobre Sociedades: se modifican las deducciones por actividades de investigación y desarrollo y exportación, se introducen deducciones para inversiones protectoras del medio ambiente y para contratación de trabajadores minusválidos y se precisa la regla de imputación temporal de las rentas generadas en transmisiones lucrativas y societarias del apartado 3 del artículo 15 de la Ley 43/1995.

Impuesto sobre el Valor Añadido: se modifican determinados aspectos en relación con el lugar de realización del hecho imponible y con el régimen aplicable a la base imponible cuando las operaciones gravadas quedan sin efecto por resolución judicial o administrativa, a las deducciones de las cuotas soportadas con anterioridad al comienzo de la actividad empresarial, y a los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección.

Impuesto sobre Primas de Seguros: se trata de un nuevo tributo creado en virtud de la Ley presentada y que grava las operaciones de seguro y capitalización; su base imponible es el importe de la prima y el tipo impositivo del 4 por 100.

Impuestos especiales: se introduce una exención en el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte, en caso de traslado de la residencia de su titular desde un país extranjero a España, y se fijan tasas por diversas actividades prestadas por la Administración, al tiempo que se actualizan otras ya existentes.

Impuesto sobre Bienes Inmuebles: las modificaciones afectan, entre otros aspectos, a la calificación del suelo de naturaleza urbana, pasando a

tener tal consideración el urbanizable y asimilado que establezca la normativa autonómica en tanto cuente con las facultades urbanísticas inherentes al suelo urbanizable en la legislación estatal, y a la exención de determinados bienes públicos de este impuesto, condicionada a que los bienes en cuestión sean de aprovechamiento público y gratuito.

Entre las prescripciones legales cuya incidencia trasciende de la mera modificación del régimen aplicable a un determinado tributo, podemos destacar las siguientes:

1. *Se establece la obligación de reflejar la referencia catastral en cuantos documentos públicos o privados contengan actos y negocios de trascendencia real que afecten a bienes inmuebles, así como en las inscripciones y anotaciones que deban practicarse en el Registro de la Propiedad, y también la de acreditar dicha referencia ante la autoridad judicial o administrativa competente para instruir o resolver un procedimiento que afecte a los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley.*

El incumplimiento de esta obligación por los otorgantes o requirientes no afecta a la eficacia del acto o negocio, ni a la del documento en que se formalice (art. 51.4 de la Ley), y tampoco suspende la tramitación del procedimiento administrativo ni impide su resolución (art. 52.4), pero la falta de constancia de la referencia catastral es considerada como infracción tributaria simple, sancionada con multa de 1.000 a 150.000 pesetas (art. 54); además, los Notarios y los Registradores de la Propiedad vienen obligados a comunicar al Catastro la identidad de los incumplidores.

Como la referencia catastral se refiere a una finca identificada en el citado registro administrativo por una determinada configuración física (linderos, situación, superficie, etc.), el artículo 53.2 de la Ley establece que cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado (cosa que también ha de verificar el Notario aplicando los criterios establecidos en el art. 51.2 de la norma), o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciar la identidad, sólo podrá reflejarse en el Registro de la Propiedad la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que permitirían inmatricular la finca, debiendo publicarse los correspondientes edictos y no produciendo esa referencia catastral efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo.

Además, la norma presentada prohíbe que en lo sucesivo pueda inmatricularse ninguna finca sin aportar certificación catastral descriptiva y gráfica de la misma y regula los procedimientos a seguir para rectificar la cabida o alterar los linderos de una finca registral, y contemplando la

posibilidad de que esa rectificación pueda llevarse a cabo sobre la base de una certificación catastral.

2. *Se modifica el artículo 113 de la Ley General Tributaria*, para permitir la cesión de datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria, al objeto de proteger derechos e intereses de menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.

3. *Se introduce un nuevo párrafo en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria* para permitir que, mediante certificación administrativa, puedan inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas, y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales.

4. *Se incluye un nuevo número 6 en el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*, para exceptuar de la obligación de fianza a las Administraciones públicas, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local, así como los organismos autónomos, entidades de derecho público y demás entes públicos dependientes de ellas, cuando la renta haya de ser satisfecha con cargo a sus presupuestos.

5. *En lo relativo a la responsabilidad de la Administración por los daños derivados de actos terroristas*, se procede a incrementar las prestaciones en los supuestos de lesiones invalidantes y muerte.

6. *En materia de protección a la familia*, se equiparan los efectos de la filiación adoptiva y natural en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo por causa de maternidad.

7. *En relación con la gestión del patrimonio del Estado*, y entre otros aspectos que sería prolijo relacionar, resulta destacable la introducción de la figura del contrato de obra de pago único, que permite efectuar el mismo en el momento en que la obra haya sido entregada, y también la adopción de una serie de medidas orientadas a modificar el régimen aplicable a la venta de acciones del Patrimonio del Estado, con el fin de agilizar el proceso de privatización de sociedades estatales.

8. *Se modifica el régimen jurídico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores*, añadiendo un nuevo párrafo en el artículo 24 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLI, fascículo IV, disposición núm. 12), con la finalidad de regular el destino de los beneficios de cada ejercicio, y estableciendo la posibilidad de que el Gobierno determine la cuantía en la que pueden ser disminuidas las reservas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

9. *La normativa aplicable a la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión* se modifica en determinados aspectos, que guardan relación con las obligaciones del adjudicatario, la posibilidad de que la sociedad adjudicataria amplíe su objeto social a actividades conexas a la que constituya su objeto principal, y la ampliación del plazo concesional hasta setenta y cinco años en determinadas condiciones.

10. *En lo relativo a la ordenación de los transportes terrestres*, se procede a modificar la Ley 16/1987, de 30 de julio (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XL, fascículo IV, disposición núm. 14), en los aspectos relativos a la regulación de las Juntas Arbitrales de Transporte, eliminándose además la exigencia de la declaración de porte y las fianzas referidas a las autorizaciones de transporte público por carretera y actividades complementarias del mismo; también se deja sin efecto el régimen de licencias y autorizaciones para el transporte de emigrantes y se regulan algunos aspectos del régimen sancionador de las empresas de transporte de personas.

11. *En materia de aguas*, se regula el contrato de concesión y explotación de obras hidráulicas y se modifica la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, para permitir a los organismos de cuenca adquirir y enajenar títulos representativos de capital de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción o explotación de obras hidráulicas, y a las empresas mercantiles concesionarias construir o explotar tales obras públicas, suscribir convenios o participar en agrupaciones o uniones temporales de empresas con dicho objeto.

11. TRIBUTOS. Se regula la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y se establecen medidas fiscales complementarias.

Ley 14/1996, de 30 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 31).

Mediante la presente disposición, se materializa la cesión a las Comunidades Autónomas de una parte del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la atribución a los citados entes territoriales de determinadas competencias normativas en relación con los tributos cedidos por el Estado, objetivos que motivaron la reforma parcial de la LOFCA mediante la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre (presentada con el núm. 6 en estas mismas páginas de información legislativa). Además, la norma viene a establecer el nuevo régimen legal relativo a la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, derogando el contemplado por la Ley 30/1983, de 28 de diciembre (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XXXVII, fascículo I, disposición núm. 47), que sólo seguirá vigente en aquellas Comunidades Autónomas que no asuman, en todo o en parte, la nueva regulación.

12. SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL. Se procede a su establecimiento para el año 1997.

Real Decreto 2656/1996, de 27 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 28).

El salario mínimo interprofesional para el año 1997 queda fijado en 2.221 pesetas/día, o 66.630 pesetas/mes, para los trabajadores mayores de dieciocho años, y en 1.971 pesetas/día, o 59.130 pesetas/mes, para los menores de dicha edad.

13. ACTUALIZACIÓN DE BALANCES. Se aprueban las Normas aplicables a la misma.

Real Decreto 2607/1996, de 20 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 21).

La disposición presentada constituye el desarrollo reglamentario del artículo 5 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (presentada en la páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo III, disposición núm. 7). Entre otros aspectos de interés, la disposición gubernativa se extiende a la regulación de las obligaciones registrales exigibles a las personas físicas que realicen actividades profesionales, los coeficientes de actualización aplicables, la amortización del incremento neto de valor resultante de las operaciones de actualización y la comprobación de las operaciones de actualización.

14. ARANCELES DE NOTARIOS Y REGISTRADORES. Se modifican los establecidos en los Reales Decretos 1426/1989 y 1427/1989, de 17 de noviembre, en relación con las operaciones acogidas a la Ley 2/1994, de 30 de marzo.

Real Decreto 2616/1996, de 20 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» del 21).

El presente Real Decreto viene a reducir los aranceles de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad en relación con las operaciones de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, reguladas por la Ley 2/1994, de 30 de marzo (presentada en las páginas de información legislativa correspondientes al tomo XLVII, fascículo II, disposición núm. 4).

En este sentido, se establece que la base para el cálculo de los honorarios de estos profesionales será el capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación, y, en el caso de las novaciones modificativas, la cantidad que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo; además, los folios de la matriz no devengarán cantidad alguna en favor del Notario hasta el décimo folio inclusive.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, 332 pp.

1. Del mismo modo que J. Foyer escribía hace unos años que la filiación constituía el laboratorio del derecho internacional privado, podríamos hoy decir que la cuestión alimenticia se convierte en crisol de sus métodos. En ella confluyen normas sobre sus tres sectores clásicos –junto a disposiciones enderezadas a la cooperación entre autoridades–, que permiten a su través reconstruir todo el sistema internacional privatístico y enjuiciar el mayor o menor éxito en la incorporación de los valores con los que se ha querido impregnar tales sectores.

Así las cosas, cabe recordar cómo la creación de un espacio judicial integrado en la Comunidad Europea nos conduce al Convenio de Bruselas de 1968, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (con el que podemos considerar su corolario, el Convenio de Lugano), que en el momento de introducirse en nuestro ordenamiento opera sobre una variopinta red de instrumentos bilaterales; mientras, la necesidad de afrontar situaciones de deudas alimenticias internacionales, consecuencia, entre otras, de masivos movimientos de población, desemboca en la instauración de mecanismos más amplios de cooperación, a saber, fundamentalmente, los Convenios de La Haya de 1973, sobre ley aplicable y sobre reconocimiento de decisiones en materia de alimentos. Pues bien, habiéndose incorporado España a ese entramado, y contando con la pesada presencia de la normativa de origen interno y los convenios bilaterales en la materia, en *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges* se afronta con éxito cada una de las dimensiones de la relación privada internacional, delineando las posibles situaciones que en la materia se pueden suscitar y definiendo los respectivos ámbitos de aplicación normativos. El trabajo se convierte en punto de referencia inevitable para el jurista que desee conocer esta parcela del ordenamiento, no sólo en el Derecho español, sino incluso en los sistemas de nuestro entorno, teniendo en cuenta ya sea la unificación operada vía convencional ya sea la soltura del autor en el manejo del dato comparado. Lo cual no empece para que a nuestro juicio sea posible formular algunas apreciaciones críticas de mero detalle.

2. Basta una mera lectura de esas normas para constatar que existen diferencias evidentes entre los alimentos derivados de una relación de filiación o de un matrimonio constante o los debidos como efecto de su disolución. Y una de ellas, tal vez la más importante, sus privativas interferencias con otras consecuencias económicas de la disolución como la liquidación del régimen económico (al fin y al cabo, como subraya Martiny, hablamos de algo que no es más que otra de sus consecuencias financieras), a lo que se une el dato de la incidencia permanente del proceso judicial: en línea de principio, por lo tanto, no cabría descartar una potencial entrada en juego de varios ordenamientos con vocación de intervenir en la disciplina de tal situación. (Todo lo cual en definitiva fuerza a

poner en primer plano la cuestión calificatoria: no podría no partirse de la identificación y discernimiento de instituciones intermedias.)

3. La mayor parte del primer capítulo se dedica al estudio de la competencia judicial internacional en el sistema del CB (art. 5.2). Piedra de toque de toda la exposición es precisar qué se entiende por alimentos a los efectos de la puesta en funcionamiento de sus normas de competencia judicial. Aquí el Dr. Álvarez González se pronuncia por una comprensión amplísima del mismo, que en ocasiones (*v. gr.*, véanse los párrafos dedicados a las *litis expensas*) más parece operar mediante una indiscriminada inclusión en esa etiqueta de todo lo que satisfaga una necesidad que como resultado de la consideración de la naturaleza de las cosas. La propia jurisprudencia del TJCE en *De Cavel II* —que considera alimentos la pensión compensatoria del CC francés, no fundada en la necesidad— y el informe Schlosser, que da esa calificación a institutos carentes de las notas típicas de los alimentos, institutos que incorporan una noción de culpa o que presentan tintes indemnizatorios— abogaban a su juicio por esa calificación; lo que ocurre es que quizás una y otro se extralimitaron en su generosidad.

Así, la pensión compensatoria de nuestro CC va a recibir la consideración de alimentos, e idéntico tratamiento reciben los pactos de alimentos que tengan una base legal en cuanto a su existencia (p. 66) y las *litis expensas*, expresándose algunas dudas en cuanto a la asignación del uso de la vivienda (p. 72).

La disciplina de la competencia se halla dominada por dos principios (es claro que no fungibles): en primer lugar, el *favor creditoris*, que justifica el foro de la residencia del alimentista; en segundo término, la buena administración de justicia, que inspira el de la conexidad (así en el art. 5.2 CB). Como se pone de relieve, «el interés del acreedor alimenticio en acudir a los tribunales más próximos no es un punto de llegada y comparte su presencia con otros criterios, que también operan indirectamente hacia la satisfacción de su pretensión» (p. 31), sin contar con que hay razones, también con apoyo en la idea de proximidad y de eficiencia en la administración de la justicia, que se alinean en favor de la competencia de los tribunales del alimentante (p. 34). De nada vale en efecto abrir un foro de competencia inspirado en la necesidad de favorecer al alimentista —o una indiscriminada pluralidad de foros— si después la resolución que obtenga va a carecer de efectividad. Por ello la competencia judicial internacional debe ser construida sobre la base de la efectividad (p. 37), predicando la proximidad que inspira los foros no respecto de un Estado sino para un sistema jurídico integrado.

Expresa sus críticas respecto a aquellos que pretenden realizar una reducción teleológica de la ordenación de la competencia cuando sea el deudor el demandante, de suerte que sólo tenga a su disposición el foro general del domicilio del demandado, evidenciando justamente que no se garantiza así mejor el objetivo de proximidad y de tutela de la parte necesitada de protección (p. 83). Pero el problema que permanece es el del domicilio dependiente, caso en el que al deudor fácilmente puede abrirse un *forum actoris* que nada tenga que ver con la residencia habitual (real, efectiva) del acreedor. De otro lado, tratándose de terceros pagadores que actúan en vía de regreso, opta por la vía del artículo 5.2, destacando, como ya ponderara Gaudement Tallon, la conveniencia de no incentivar el incumplimiento del deudor (pp. 86 ss.).

En cuanto a la competencia por conexidad —y habiendo partido de la idea de que se justifica mejor en un plano interno que en el internacional, donde no pasa nada si ésta es fraccionada (p. 35)—, estudia el problema demasiado frecuente de la presencia de un foro exorbitante como fundamento para la acción de estado a la que se quiere vincular la de alimentos y el de la eventual concurrencia de otros factores junto a la exclusiva nacionalidad de una parte cuando el foro se construye sólo en atención a ella (así en el § 606a 1.º ZPO), así como la consiguiente exigencia de abstención del Juez en tales casos (p. 80), en una escrupulosa comprensión del mecanismo pergeñado por el sistema convencional.

El problema de la *vigencia temporal* del foro de la conexidad lo resuelve apoyándose en el propio tenor del artículo 5.2: el carácter incidental de la demanda de alimentos a que se refiere justifica su apertura sin violentar la proximidad mínima razonable, proximidad que no existe en peticiones aisladas (p. 82).

La última parte del capítulo I se cierra con la exposición del régimen de adopción de medidas provisionales y cautelares en la materia, acumulando el sistema convencional y el autónomo, lo que tiene todo el sentido teniendo en cuenta la interpretación del artículo 24 CB como norma de remisión —lo que se impone a partir de una mera lectura de precepto, que dice lo que dice y no lo que algunos, que olvidan conceptos como el de efecto útil del Convenio, querrían que dijese— y no como norma de atribución directa de competencia: tal asunción supone que no es posible estudiar separadamente ambos regímenes desde el momento en que el funcionamiento del CB sigue de cerca el tenor de la LOPJ (p. 114).

Baste en fin reseñar las indicaciones acerca del papel de la autonomía de las partes en materia de medidas cautelares, que enmarca en la privatización y contractualización del derecho de familia, donde, en cualquier caso, los pactos entre partes carecen de fuerza si no es porque un Juez los homologa (pp. 130 ss.).

4. La segunda parte del ensayo se consagra al estudio de la ley aplicable a la relación alimenticia, cuestión ésta presidida en nuestro Derecho por el mencionado Convenio de La Haya de 1973, cuyo artículo 8 potencia en situaciones de crisis matrimonial el interés de coherencia de los sistemas de derecho material y la fácil aplicación de los sistemas de Dipr (p. 139).

Como se hizo para la competencia, se delinea un concepto amplio de alimentos, que abarca prestaciones con carácter alimenticio, indemnizatorio (así lo hará, *v. gr.*, con prestación compensatoria: pp. 152 ss.) o mixto. La inclusión de la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio se presenta dudosa, y de nuevo el principio *favor creditoris* lleva al autor a preferir su inclusión en el concepto de alimentos, porque las conexiones de los artículos 4 a 6 del Convenio le parecen más idóneas que las del artículo 9.2 y 3 CC (pp. 147 ss.). Ahora bien, no le parece buena la conexión nacionalidad común recogida en aquél, pero ¿cuál es acaso la del artículo 5 del Convenio? Cabría además expresar cierta perplejidad por el razonamiento calificatorio utilizado, que argumenta por el resultado cuando en principio debería operar con mayor asepsia, reservando las orientaciones sustantivas a la puesta en funcionamiento del mecanismo conflictual (y no es baladí el dato de que los criterios de conexión retenidos en el Convenio de La Haya no buscan el mejor entre los resultados materiales posi-

bles). De todas formas, se pone de relieve que la íntima conexión entre el levantamiento de las cargas matrimoniales y sus efectos generales puede obligar a «una adaptación que tenga buena cuenta del respeto por los conjuntos normativos presentes» (p. 150), fórmula cuyo exacto significado nos resulta algo difuso, abriendo una marea de posibilidades de integración, y que de hecho no impide que finalmente se termine reconociendo que existen argumentos en favor de una calificación no alimenticia que no conviene desdeñar, y que hay que actuar con flexibilidad en el discernimiento de si los alimentos son el componente esencial de la reclamación o no (p. 151). [Es cierto que la complejidad de la materia obliga muchas veces a conciliar posiciones y dejar abiertas cuestiones que sólo en una aproximación caso por caso pueden recibir un tratamiento adecuado; así, más adelante, en el análisis de los contratos alimenticios, a propósito de los cuales el autor, tras constatar su contenido usualmente heterogéneo, asevera que «puede afirmarse como regla que si bien los convenios (alimenticios) entre cónyuges con vistas a la regulación de sus relaciones tras las crisis matrimoniales pueden estar sujetos a una ley propia derivada de su naturaleza contractual, es preciso reservar en todo caso su compatibilidad con la ley aplicable a las obligaciones alimenticias»: p. 162]. La misma calificación deben recibir las *litis expensas*. Apunta asimismo las dificultades de calificación de la asignación del uso de la vivienda familiar, ponderando su carácter asistencial durante el proceso de disolución del matrimonio, lo que abogaría por una calificación como alimentos. En caso de disolución ya declarada, el estatuto rector de la misma tiene vocación para disciplinar la materia. La cuestión queda abierta (p. 170).

En lo que afecta a la determinación de la ley aplicable, el sistema es distinto, según se trate de alimentos reclamados constante el matrimonio o tras una crisis, variando sus conexiones y orientación material (gráficamente describía Kegel la situación, diciendo que el entramado convencional manifiesta menor simpatía por los divorciados). Aquí la ley rectora de los alimentos se hace depender del estatuto regulador del divorcio, la nulidad o la separación, lo que comporta el doble problema de la ausencia de unificación en este sector —que se traslada evidentemente al de los alimentos— y la eventual lejanía de esa ley respecto de una situación esencialmente cambiante, cuando resulta que las modificaciones de la realidad no dan lugar a la modificación automática de la ley aplicable. Ulterior problema es el tratamiento de las cuestiones previas de matrimonio, que el autor prefiere dejar al Dipro del foro en aras de la salvaguardia de la armonía interna (p. 199).

Clave del sistema desde el punto de vista del ordenamiento español es la reserva del artículo 15 (referencias iniciales en p. 177), que suscita la duda de su eventual prevalencia respecto a la solución específica del artículo 8; aquí el profesor Álvarez González se muestra conciliador, reconociendo como principio la primacía de las soluciones específicas, pero matizando la idoneidad que se puede derivar de su utilización cuando se trate de aplicar un ordenamiento tal vez desconocido, sin contar de todos modos con el hecho de que en una contemplación conjunta del artículo 8, en relación con la primera conexión del 107 CC y el artículo 15, las consecuencias son idénticas (p. 186).

El artículo 8 es reconducido a su verdadero sentido, al corregir la deficiente traducción española y partir de la ley aplicada y no la aplicable, con la consiguiente duda a propósito de la integración de su enunciado en los casos de alimentos concedidos en el curso de un proceso de nulidad como cuestión conexa, donde existe un cúmulo de leyes que impiden hablar con propiedad de *ley apli-*

cada. En estos casos, la solución propuesta tiene el mérito de resolver un *impasse* imprevisto: estar a la ley española cuando haya concurrido entre las potencialmente aplicables, y, en los demás supuestos, a la más estrechamente vinculada al caso (p. 190).

Del mismo modo, para identificar la ley rectora de los alimentos solicitados tras la declaración de nulidad, separación o divorcio, o en los casos en que se solicite la modificación de la pensión acordada en concepto de alimentos, hay que estar a la ley que se aplicara en la resolución; si nada se dijo y la segunda solicitud se hace ante los mismos tribunales que declararon la disolución, ellos determinarán la ley aplicable de acuerdo con su sistema de *Dipr*; si ante los de otro Estado, el Juez debe actuar como lo habría hecho el que declaró la disolución, solución respetuosa con el principio de conservación del alcance de la norma (p. 193).

En una materia como ésta, en la que las concepciones de los ordenamientos nacionales son tan dispares, la excepción de orden público adquiere una tendencial fuerza expansiva no despreciable. En las hipótesis extrañas en las que el Derecho primeramente reclamado no conceda alimentos, no cabe el recurso al orden público, habiendo previsto el Convenio que se recorra una cascada de ordenamientos para alcanzar ese fin (claro que esta apreciación del autor no puede valer para las situaciones del art. 8). Tampoco puede proyectarse la excepción sobre los supuestos de no inclusión de conceptos sí previstos por el Derecho del foro (p. 179). La operatividad del orden público será mayor en lo que se refiere a cantidad y condiciones. No serán infrecuentes las situaciones en que el nivel de vida de los Estados de residencia del acreedor y deudor sean muy diferentes. Con los alimentos se pretende asegurar unas necesidades vitales al acreedor: «Desde este punto de vista, hay que partir de que los alimentos cuantificados en la moneda de que se trate han de ajustarse al cumplimiento de tal función y satisfacer las necesidades medidas de conformidad con los criterios que establezca el estatuto alimenticio (art. 10 del Convenio) y, hasta donde sean aplicables, los que prevé el artículo 11.2 del Convenio» (p. 216). La escasez o excesiva onerosidad quedan cubiertos por el artículo 11.2, «que se integrará en la ley rectora de los alimentos, restringiendo parcialmente su alcance y frenando el recurso al orden público» (p. 203). Recuerda el autor que los criterios elencados en esa norma no son los únicos relevantes, pues los criterios de medida definitivos son los que aporta la ley nacional aplicable (p. 214), que, es claro, puede cambiar a lo largo de la vida de la deuda alimenticia, determinando el cambio en su montante (acerca de la modificabilidad y alcance de las modificaciones, pp. 222 ss.).

Por último, y como en el capítulo anterior, se cierra este capítulo II con un estudio de la ley aplicable a las medidas provisionales. Lo normal es la correlación *forum-ius* (art. 24 CB), permitiendo la urgencia cierta relajación en la investigación de la aplicación y aplicación de la ley extranjera (p. 232). «Es absolutamente suscribible la idea de que el derecho procesal, por estar al servicio del derecho sustantivo, está obligado a ser un derecho elástico cuando el sistema de *Dipr* reclama la aplicación de un derecho material extranjero» (p. 233 y nota 450). La del autor no es una opción legeforista, sino que defiende una calificación funcional que impida vanificar los efectos queridos por el Convenio (p. 237).

5. Como en los sectores referidos anteriormente, el del reconocimiento de decisiones extranjeras viene marcado por la concurrencia de instrumentos, y por

ello una cierta inseguridad jurídica (p. 241), acrecentada por la mayor incidencia que aquí tienen los convenios bilaterales –desde el momento en que el CB nada dispone acerca de las cuestiones de estado civil– y por la presencia de dos convenios multilaterales sobre el tema (CB y La Haya) el primero de los cuales permite el juego de convenios específicos, mientras que el segundo deja paso al régimen más favorable. Y ello sin dejar de lado el régimen de la LEC. El problema es pues buscar cauces de compatibilidad.

Para delimitar las relaciones entre el CB y el de La Haya se puede otorgar la preferencia al invocado por el acreedor como más favorable –lo que se apoya en el tenor de las normas– y, si nada dijera el acreedor, aplicar la regla de la máxima eficacia, y, por ello, el régimen que más favorezca el reconocimiento (p. 248), si bien se abre paso la idea de que el Juez no está vinculado por las alegaciones de las partes, y por lo tanto elige guiado por el *favor recognitionis* (p. 253). Es asimismo defendible la aplicación conjunta y parcial de los dos convenios, con el único límite de la coherencia (p. 251): el principio de *favor* conduce a la doble consecuencia de la admisibilidad de combinaciones de regímenes normativos distintos y del reconocimiento y ejecución parcial de decisiones alimenticias vinculadas a nulidad, separación o divorcio (p. 259). Lo que ocurre en este punto es que la proyección de la cuestión de estado hace que con frecuencia el contenido de la decisión de alimentos no puede integrarse en el foro sin vulnerar el orden público (p. 263), optando el autor en este punto por una solución algo paradójica: entiende que si no se reconoce la decisión de estado (*v. gr.*, divorcio) –y con ella la de alimentos vinculados a aquélla–, cabría solicitar alimentos entre cónyuges tomando como punto de partida en la determinación del montante los hechos derivados de la sentencia no reconocida (p. 265): ¿qué base tiene ello en nuestro Derecho? ¿Cómo se va a tomar como punto de partida una decisión que no existe jurídicamente en el foro desde el momento que no puede ser reconocida?

El límite del orden público se proyecta en dos aspectos: la relevancia de la culpa de un cónyuge y el montante de la obligación (pp. 267 ss.). Se analizan los posibles remedios que quedan al acreedor al que no le han reconocido derecho alguno –o éste es irrisorio– y al deudor condenado al pago de cantidades desmesuradas.

Analiza asimismo los demás obstáculos al reconocimiento: la inconciliabilidad de la decisión extranjera con una del foro, en el CB y en el Convenio de La Haya (pp. 271 ss.); la regularidad del emplazamiento, con el problema de si puede existir uno sólo en caso de reclamaciones de alimentos vinculadas a una acción principal de estado, cuestión ésta resuelta en el sentido de que si la demanda principal fue regular no hace falta un emplazamiento específico en cuanto a los alimentos (p. 280); el control de ley aplicada que incorpora el CB y que puede llevar a soluciones carentes de toda lógica en acciones de estado más alimentos que reciben diferente tratamiento (pp. 281 ss.); el control de competencia del Juez de origen, que en el Convenio de La Haya es casi irrelevante, habida cuenta de la amplitud de criterios que se formulan desde los que realizar ese control y la flexibilidad que se defiende en el sistema autónomo (p. 284). (Lo que no nos queda claro es que se diga que tal control de competencia se puede realizar desde los criterios de convenios bilaterales desplazados por el CB; por más que se diga que «no se trata de una aplicación *strictu sensu* sino de una toma en consideración de sus soluciones como un dato a integrar en la solución del artículo 8 del Convenio de La Haya» (p. 283), lo que parece es que se está apli-

cando, al menos en el ejemplo que nos ofrece; y lo que está claro es que algunos convenios bilaterales no resultan aplicables.)

En cuanto al reconocimiento de medidas provisionales en materia de alimentos entre cónyuges, subraya cómo la urgencia da lugar con frecuencia a su adopción por el tribunal del domicilio o del lugar de ejecución de las mismas, con lo que no han merecido demasiada atención.

Estudia en primer lugar el CB, en el que las medidas adoptadas *inaudita altera parte* no es que no sean reconocibles o ejecutables, sino que quedan fuera del convenio (p. 289), lo que no suscita problema alguno desde la perspectiva del Derecho español (p. 291). En el Convenio de La Haya se prevé la posibilidad de reconocer o declarar ejecutorias las resoluciones ejecutorias provisionales y las medidas provisionales, aun cuando sean susceptibles de recurso ordinario, disponiendo de la cobertura del orden público para no reconocer las adoptadas sin audiencia de parte. En los convenios bilaterales no existe una línea definida, mientras que en la LEC el reconocimiento se limita a las sentencias, sin admitir las medidas provisionales. De entre las diversas vías alternativas propuestas, la única modesta posible es considerar las medidas extranjeras como justa causa para su adopción en España por un Juez español (p. 299).

6. Estamos en fin en presencia de una monografía capaz de plantear interrogantes y definir respuestas en una materia de vigorosa actualidad, preñada de dificultades de delimitación, capaz de constituirse en un microcosmos del método conflictual; un trabajo exhaustivo, arriesgado en alguna de sus soluciones concretas, coherente en todo caso en su planteamiento global.

Luis F. CARRILLO POZO

LEIBLE, Stefan: *Finanzierungsleasing und arrendamiento financiero*, Berlín, 1996, Editorial Duncker & Humblot, pp. 478.

1. Hace quince años publiqué en las páginas de este *Anuario* un comentario a la monografía de Giovannoli, «*Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*», París, 1980 (Cabanillas, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, pp. 41-120). La razón de comentarla se debió al propósito de que el lector español tuviera conocimiento de la existencia del importante estudio de Derecho comparado que Giovannoli realizó en torno al *leasing* financiero, con exposición detallada de su configuración jurídica en Alemania, Francia, Bélgica, Suiza e Italia. El profesor Hemard destaca en el prólogo la riqueza de la monografía, tanto por el número de indicaciones sobre la utilización del *leasing* en dichos países, como por el análisis de las reglas jurídicas (civiles y fiscales) que le son aplicables en cada uno de ellos.

Como es lógico, la extraordinaria evolución que ha experimentado el *leasing* financiero en los últimos años determina que la monografía de Giovannoli, siendo todavía extraordinariamente útil, haya quedado algo obsoleta en relación con la información que suministra sobre los distintos textos legales, modelos de contratos, jurisprudencia y bibliografía.

Recientemente, ha llegado a mis manos, por gentileza del Dr. Stefan Leible, otro magnífico estudio de Derecho comparado sobre el *leasing* financiero mobiliario, en el que a diferencia del de Giovannoli, no analiza el *leasing* financiero en Europa, sino que centra su atención en la configuración de este contrato en Alemania y España. Para nosotros, si cabe, tiene todavía más interés la monografía de Leible que la de Giovannoli, pues éste no expone el desarrollo y el régimen jurídico del *leasing* financiero en España, mientras que aquél lo examina con gran detenimiento.

Creo por ello que es oportuno que el lector español tenga conocimiento de la monografía publicada por Leible, la cual debe ser punto obligado de referencia en cualquier investigación jurídica que sobre el *leasing* financiero mobiliario se realice en nuestro país.

Para evidenciarlo, es muy ilustrativo el prólogo del Profesor Dr. Ulrich Spellenberg, de la Universidad alemana de Bayreuth, en el que afirma que el estudio de Derecho comparado realizado por Stefan Leible sobre el *leasing* financiero en Alemania y en España ofrece indicaciones muy valiosas, tanto desde la perspectiva del Derecho comparado como también para la práctica en ambos países.

2. Tras una breve presentación, en la que Leible reconoce el magisterio recibido del Profesor Dr. Ulrich Spellenberg en la Universidad de Bayreuth, así como el apoyo recibido en España de Andreas Wirth, Jesús Alfaro, Anxo Tato Plaza y Fernando García Solé, comienza la monografía con la exposición del régimen jurídico del *leasing* financiero en Alemania, que constituye el capítulo I (pp. 34 a 200).

En relación con el Derecho alemán, Leible muestra el desarrollo y la significación del *leasing*, su concepto y fundamento, señalando las clases de *leasing*: el *leasing* financiero, el *leasing* operativo, el *leasing* de marca, el *leasing* inmobiliario y las formas especiales de *leasing*.

Se exponen las analogías y diferencias del *leasing* con diversos tipos de contratos, como el puro contrato de arrendamiento, el arrendamiento-venta, el arrendamiento con financiación, la compra al contado y la compra a plazos.

A continuación, se muestran las ventajas fiscales, con detallada exposición de la normativa y la jurisprudencia.

Con amplitud, se analiza el debatido problema de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*. La cuestión de la naturaleza jurídica, o mejor la calificación jurídica del contrato de *leasing*, no sólo interesa en el plano dogmático o teórico. La misma tiene una gran importancia práctica, porque de su respuesta depende la aplicación de determinadas normas jurídicas, especialmente civiles. Hay que tener en cuenta que la determinación de la naturaleza jurídica prejuzga la regulación del contenido, ejecución y desarrollo del contrato. Además, al ser el *leasing* derecho formulario por excelencia, el conocimiento de la naturaleza jurídica es básico para el control del contenido de las estipulaciones contractuales de especial significación.

La dificultad de la clasificación del *leasing* financiero en el sistema de los tipos de contratos del BGB resulta de la función del contrato. En el *leasing* financiero tiene lugar una combinación de elementos de diversos tipos de contratos en un solo contrato, que difícilmente se deja enmarcar en una de las categorías contractuales conocidas.

La doctrina alemana dominante y la jurisprudencia de forma constante califican al *leasing* como contrato de arrendamiento. Algunos autores lo califican como puro contrato de arrendamiento en el sentido de los parágrafos 535 y siguientes del BGB, mientras que la mayor parte entiende que se trata de un contrato de arrendamiento atípico.

No puedo dejar de destacar la influencia que ejerció en mí la doctrina y la jurisprudencia alemanas, perfectamente expuestas por Leible, a la hora de configurar en el citado estudio el *leasing* financiero como arrendamiento especial, salvo que el precio de opción de compra sea insignificante o simbólico, en cuyo caso se está más cerca de la compraventa que del arrendamiento. Además, como he subrayado en el estudio publicado también en el Anuario en 1991 [«La configuración del arrendamiento financiero “leasing” por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre “leasing” internacional», *ADC*, 1991, p. 981, nota 21], en el año 1980, a diferencia de lo que acontece ahora, las sociedades de *leasing* españolas defendían el carácter arrendaticio del *leasing* financiero, con el objeto de evitar la *vis* atractiva de los artículos 2 y 3 de la Ley de 17 de julio de 1965. Esto se tradujo en la conducción al marco del más genuino arrendamiento. La voluntad de aproximación al arrendamiento, confiesa García Barbón («Diccionario jurídico del *leasing*». Corporación Financiera Hispamer, Madrid, 1991, p. 16), fue común en cuantos se ocupaban entonces del *leasing*.

La posición de la doctrina y la jurisprudencia alemanas sirve para evidenciar que la crítica que se ha hecho contra la tesis que defendí en el estudio publicado en 1982, diciendo que no cabe duda de que en el tema del *leasing* caminamos con un cierto retraso, no sólo respecto a Estados Unidos, sino también respecto de nuestros vecinos más próximos (Rojo Ajuria, «Leasing mobiliario», Madrid, 1987, p. 155) es rebatible, pues en Europa (no solamente en Alemania) son muchos los autores y tribunales que propugnan el carácter arrendaticio del *leasing*, aunque la función financiera del contrato determine que se trate de un arrendamiento especial.

Debo no obstante subrayar que la publicación en nuestro país de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988 me ha forzado a cambiar de tesis, como pongo de relieve en el estudio anteriormente citado, sin que ello haya determinado una inferior protección del usuario.

No faltan autores alemanes que configuran el *leasing* financiero como un contrato de venta a plazos con reserva de dominio, como un préstamo o un contrato de crédito, como un contrato mixto (comisión, préstamo, depósito, derecho de opción) y sobre todo como un contrato *sui generis*.

Se refiere Leible a la posible aplicación de la Ley de venta a plazos (AbzG) o de la Ley de crédito al consumo (VerbrKG) a los contratos de *leasing* financiero, aunque la posible aplicación de estas disposiciones legales al *leasing* es escasa, ya que una gran parte de los usuarios del *leasing* son comerciantes.

Otra de las cuestiones que se examinan con mayor detenimiento es la del control de las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero en virtud de la aplicación de la Ley sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (AGBG). Hay que tener en cuenta que los contratos de *leasing* son casi siempre contratos que son concluidos a través de condiciones generales, por lo que es preciso examinar si las mismas están en consonancia con la AGBG.

Cuando el usuario es comerciante, es aplicable el artículo 24 de la AGBG, a cuyo tenor los preceptos de los artículos 2, 10, 11 y 12 no se aplican a las condiciones que hayan de utilizarse frente a un comerciante, cuando el contrato pertenezca a la explotación de su actividad comercial. Como subraya Leible, esto concierne a la mayoría de los usuarios en el *leasing* financiero, pues la mayor parte –no todos– de los usuarios son comerciantes. Sin embargo, las cláusulas prohibidas por los artículos 10 y 11 de la AGBG no quedan totalmente sin significación, ya que deben ser tenidas en cuenta en el marco del control del contenido del artículo 9 de la AGBG, como indicio de un perjuicio desproporcionado al adherente.

Están prohibidas las cláusulas sorpresivas y oscuras (arts. 3 y 5 de la AGBG). En estrecha conexión con estos preceptos, aparece el mandato de transparencia en la formulación de las condiciones generales (art. 2 de la AGBG). Graf von Westphalen se refiere a la necesidad de transparencia en la configuración del contrato en el *leasing*.

Como criterio general de control del contenido, el artículo 9 de la AGBG establece que las cláusulas contenidas en condiciones generales son ineficaces cuando perjudiquen al adherente de forma desproporcionada, habida cuenta los preceptos de la buena fe objetiva.

El Tribunal Supremo Federal (BGH) y la doctrina dominante, tienen en cuenta la calificación arrendaticia del contrato de *leasing* financiero, y, en consecuencia, las estipulaciones del *leasing* son medidas teniendo presente los principios esenciales de la regulación legal de los párrafos 535 y siguientes del BGB. En cambio, si se configura el *leasing* como un contrato atípico, habrá que determinar si las condiciones del contrato están en contra de los principios jurídicos esenciales de los contratos bilaterales.

Leible examina con atención los problemas que se plantean en torno a la ejecución del contrato de *leasing*, enjuiciándolos jurídicamente.

Desde el momento de la conclusión hasta el de su terminación, el contrato de *leasing* puede estar expuesto a múltiples impedimentos.

En relación con la conclusión del contrato de *leasing*, hay que subrayar la responsabilidad que surge frente al usuario por violación de los deberes de información y por la conducta dolosa del suministrador en las negociaciones contractuales.

Surgen importantes impedimentos de la prestación en los casos de imposibilidad y mora, debido a que el suministrador no entrega al usuario los bienes o no lo hace en tiempo adecuado. Se plantea la cuestión de si el usuario puede demandar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento frente a la sociedad de *leasing* de acuerdo con los párrafos 325 y 326 del BGB.

Otro problema importante es el relativo a la admisibilidad de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad de la sociedad de *leasing* frente al usuario. No puede sorprender que la sociedad de *leasing* procure siempre limitar su responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento inexacto en el suministro de los bienes al usuario.

Se refiere también Leible a los derechos de la sociedad de *leasing* en caso de mora del usuario en el pago.

Los contratos de *leasing* contienen habitualmente cláusulas por virtud de las cuales el usuario ha de soportar el riesgo de la cosa y del precio, y que se enjuician en virtud de la aplicación del artículo 9 de la AGBG.

Se plantea el problema de la admisibilidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* por vicios en los bienes y evicción.

Pertenece a la estructura típica del *leasing* financiero que la sociedad de *leasing* se exonere de la responsabilidad por evicción y vicios. Al mismo tiempo, la sociedad de *leasing* cede al usuario las acciones de saneamiento, que puede interponer frente al suministrador.

La validez de esta cláusula es enjuiciada teniendo en cuenta el artículo 11.10 de la AGBG, cuando el usuario no es comerciante, y el artículo 9 cuando lo es.

En relación con la terminación del contrato de *leasing*, se plantean abundantes problemas, que tienen que ver básicamente con la expiración del plazo acordado o la rescisión del contrato.

Por último, Leible se refiere a la quiebra en el *leasing* y a la ejecución forzosa, tanto en relación con el usuario como la sociedad de *leasing*.

En el capítulo II (pp. 201 a 364) se expone el régimen jurídico del *leasing* financiero en España, adoptándose el mismo esquema seguido para reflejar el régimen jurídico del *leasing* financiero en Alemania. Por ello, se comienza con la exposición del desarrollo y la significación económica del *leasing* en España. A continuación se da noticia de su concepto y fundamento, así como de las clases de *leasing*: el *leasing* financiero, el *leasing* operativo, el *leasing* de marca y diversas formas especiales de *leasing*. Se muestran las diferencias y analogías con otros tipos de contratos, como el alquiler simple, el arrendamiento-venta, la compra al contado y la venta a plazos. También se exponen las ventajas fiscales del *leasing*, tras lo cual se analiza la cuestión fundamental, que como acontece en el Derecho alemán, es la relativa a la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*.

Leible expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los tribunales de instancia, llegando a la conclusión de que para nuestro Tribunal Supremo el *leasing* financiero es un contrato atípico y complejo, cuyo contenido es determinado a través de cláusulas específicas.

La discusión existente en la doctrina española es análoga a la que existe en Alemania, sosteniéndose puntos de vista semejantes: el contrato de *leasing* es un préstamo o un contrato de crédito, un negocio fiduciario, un contrato mixto con elementos de la comisión, préstamo, depósito y derecho de opción, una compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio, un contrato atípico o *sui generis* o un contrato de arrendamiento.

Leible, de igual manera que algunos autores españoles (Rojo Ajuria, «Leasing mobiliario», cit., p. 155) apunta que soy el máximo representante en España de la corriente que defiende la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero. Sin embargo, el propio Leible subraya que he abandonado esta tesis a partir del estudio publicado en este Anuario en 1991, al que anteriormente me referí. En efecto, la promulgación de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988, me impuso la difícil tarea de reconsiderar la tesis que, atendiendo a las condiciones generales que operaban en el tráfico y a la

situación legal existente, defendí en dos estudios publicados en el Anuario sobre la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero.

La citada Ley establece expresamente que la sociedad de *leasing* es una entidad de crédito, que actúa como intermediaria financiera entre el usuario y el suministrador de los bienes. Esto explica que aquélla conserve la propiedad de los bienes cedidos en *leasing* como garantía de que el usuario le devolverá lo que ha tenido que pagar al suministrador para adquirirlos, los intereses crediticios, las comisiones y los demás gastos que conlleva esta operación. Desde esta perspectiva, eminentemente crediticia, existirá una auténtica fiducia *cum creditore* cuya causa y consecuencias han sido destacadas con rigor y realismo por De Castro, criticando con agudeza la teoría del doble efecto. A través de la fiducia *cum creditore* no cabe infringir normas imperativas sobre las garantías reales, y, en concreto, la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1884 CC).

Leible se refiere a la configuración del contrato de *leasing* como un negocio mercantil (art. 2 CCO), con intervención de fedatarios mercantiles. Sin embargo, a mi juicio, tan conclusión no es irrefutable, como pretenden algunos autores españoles, ya que falta en el Código de Comercio una normativa que discipline al *leasing* financiero, y como he puesto de relieve en el estudio anteriormente citado, el régimen jurídico de este contrato, y en especial el control de las condiciones generales que lo caracterizan, ha de hacerse básicamente a través del Código Civil. Es significativo que tanto en España como en Alemania el *leasing* financiero ha sido estudiado por numerosos civilistas, seguramente porque no lo consideran ajeno al Derecho civil.

A continuación, se examina el debatido problema de la posible aplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 al *leasing* financiero, teniendo en cuenta el artículo 2 de la misma, y mostrando las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación de esta Ley. También se tiene en cuenta la nueva Ley de Crédito al Consumo de 1995.

Se expone con amplitud y rigor el control de las condiciones generales en los contratos de *leasing* financiero. Leible muestra la situación legal existente en esta materia en España, refiriéndose al Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1987, claramente inspirado en la AGBG alemana, y a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, con especial atención a su artículo 10. Esta Ley circunscribe su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores o usuarios que tienen la consideración de destinatarios finales de los productos o servicios.

El problema radica en que en la mayor parte de los casos no podrá aplicarse esta Ley al *leasing* financiero, al no actuar el usuario como destinatario final, es decir, como consumidor. La disposición adicional séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988 no se refiere al crédito al consumo, sino al crédito a la inversión.

Al referirse al control del contenido de las condiciones generales de la contratación, Leible alude a la fundamental aportación de De Castro, que tanto ha influido en la doctrina española, así como a los estudios de García Amigo y Clavería y a la jurisprudencia. De acuerdo con Alfaro, plantea la posible aplicación analógica del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, teniendo en cuenta que en España los contratos de *leasing* financiero

son habitualmente celebrados por dos empresarios. A mi juicio, difícilmente puede considerarse aplicable la Ley mencionada por analogía, ya que exige ineludiblemente que el consumidor o usuario sea destinatario final de los bienes o servicios. Si no se cumple este presupuesto subjetivo de aplicación, no hay más remedio que aplicar los criterios de control de las condiciones generales de la contratación que configura el Derecho común, magistralmente expuestos por De Castro.

Concluye Leible puntualizando que los contratos de *leasing* están sometidos en España, aunque no sean generalmente celebrados con consumidores, a un control de las condiciones generales. Una norma para lograr una interpretación *contra proferentem* aparece en el artículo 1288 CC. La aplicación analógica del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios permite un amplio control del contenido, que ha de ajustarse a los principios de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones.

A continuación, se muestran los problemas que surgen en torno a la ejecución del contrato de *leasing* y su enjuiciamiento jurídico.

Se parte de la conclusión del contrato, aludiendo a los posibles efectos de los incumplimientos o conductas dolosas del suministrador en el curso de las negociaciones. Se analiza especialmente la violación de los deberes de información.

Se tienen en cuenta los casos de imposibilidad de la prestación y de mora del suministrador en la entrega de los bienes al usuario, cuestionándose la posible validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de la sociedad de *leasing*. Leible subraya que la cuestión de la admisibilidad de tales cláusulas es muy debatida desde hace mucho tiempo, tanto en España como en Alemania.

Seguidamente, se mencionan los derechos de la sociedad de *leasing* por mora del usuario en el pago, aludiendo a la resolución del contrato y al establecimiento de una cláusula penal, que sustituye en tal caso a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses. Se apunta la posible moderación judicial de tal cláusula de acuerdo con el artículo 1154 CC.

La cláusula contractual que faculta para la resolución del contrato en caso de incumplimiento de un deber accesorio constituye un abuso del derecho, y por ello es nula.

Como acontece en Alemania, los contratos de *leasing* contienen generalmente cláusulas por cuya virtud el usuario, en caso de deterioro o pérdida no culpable de los bienes, está obligado a pagar a la sociedad de *leasing* los plazos, sin que pueda demandar a ésta la entrega de nuevos bienes en sustitución de aquéllos. Mientras que la jurisprudencia no ha prestado atención hasta la fecha a tales cláusulas, en la doctrina es muy discutida su validez. En el Derecho alemán se distingue entre riesgo de la cosa y riesgo del precio, pero una semejante distinción es inusual en la literatura española. Se refiere, no obstante, Leible al problema de la imputación de uno y otro tipo de riesgo.

Con detenimiento se muestra la responsabilidad por vicios ocultos y evicción. Se discute en España si la sociedad de *leasing* puede exonerarse totalmente de esta responsabilidad, teniendo en cuenta que los bienes son elegidos por el

usuario y que éste se subroga en la posición de la sociedad de *leasing* para dirigirse directamente contra el suministrador.

Al referirse a la terminación del contrato, Leible alude a la conclusión por la llegada del término acordado, surgiendo la obligación del usuario de restituir los bienes a la sociedad de *leasing*, salvo que el usuario ejercite el derecho de opción de compra o concluya un nuevo contrato de *leasing*. También se extingue el contrato cuando tiene lugar su resolución en virtud de la aplicación del artículo 1124 CC.

Finalmente, Leible se refiere al *leasing* financiero y el juicio ejecutivo, a la quiebra y a la ejecución forzosa, tanto en relación con el usuario como la sociedad de *leasing*.

El capítulo III de la monografía (pp. 365 a 433) se destina a hacer una recapitulación, desde la perspectiva del Derecho comparado, de los resultados, teniendo en cuenta, lógicamente, las experiencias alemana y española en torno al *leasing* financiero mobiliario.

Se parte de que tanto en Alemania como en España el *leasing* financiero se presenta como una forma de financiación alternativa, junto a los otros tipos usuales de financiación.

Se alude a la regulación del contrato de *leasing* en uno y otro país, fundamentalmente de carácter fiscal; al Convenio del Unidroit sobre el *leasing* y el *factoring* internacional de 1988; a la configuración jurídica del contrato de *leasing*, a la influencia del Derecho fiscal; a la relación triangular que surge entre la sociedad de *leasing*, el usuario y el suministrador; a la protección del consumidor, la legislación sobre condiciones generales y la libertad contractual, con la necesidad de distinguir entre los contratos de *leasing* celebrados con comerciantes y con consumidores finales. También se hace referencia a la relación entre el *leasing* financiero, la venta a plazos y los negocios de cobertura de un crédito.

Para Leible, el *leasing* financiero se ha desarrollado en Alemania y España como una forma alternativa de financiación. En ambos ordenamientos, falta, sin embargo, hoy en día, una regulación civil de esta nueva figura contractual.

Se aprecian importantes diferencias entre los regímenes jurídicos del *leasing* financiero en Alemania y España. El derecho del *leasing* es por excelencia un derecho formulario. La cuestión central radica en la determinación del programa de regulación contractual, sobre todo, los deberes de prestación contractuales, y, simultáneamente, la determinación del derecho aplicable.

El Tribunal Supremo Federal y la doctrina alemana dominante conciben al contrato de *leasing* financiero como un contrato de arrendamiento atípico, siendo aplicables los parágrafos 535 y siguientes del BGB sobre el arrendamiento. Consecuencia de ello es el predominio del elemento cesión de uso. Se reconoce también la función de financiación del contrato de *leasing* y de ella se deduce el principio de la amortización plena. Aquí radica la diferencia decisiva con el simple contrato de arrendamiento.

En cambio, el Tribunal Supremo y la doctrina dominante en el Derecho español han asumido una concepción de autonomía contractual. Así, el arrendamiento financiero es un contrato atípico, que se caracteriza por su propio sistema de cláusulas y su contenido no siempre uniforme.

Claros diferencias se observan en el tratamiento de los impedimentos de la prestación. En Alemania, se hace gran hincapié en la protección que se otorga al usuario con la consiguiente concentración de riesgos en el ámbito de la sociedad de *leasing*. En España, el Tribunal Supremo y la doctrina dominante consideran admisibles las cláusulas sobre los impedimentos de la prestación que aparecen en los contratos de *leasing*. La sociedad de *leasing* puede, a través de las condiciones generales, excluir el ejercicio por el usuario de los derechos derivados de los impedimentos de la prestación frente a ella y exonerarse de la eventual indemnización de daños y perjuicios. Para ello, es preciso que la sociedad de *leasing* ceda al usuario todos los derechos que le corresponden por los impedimentos de la prestación contra el suministrador. Evidentemente, esta liberación sólo es posible en la medida en que el impedimento de la prestación no sea causado directamente por la sociedad de *leasing*.

También es divergente la valoración de las cláusulas de distribución de riesgos, típicas en el contrato de *leasing*. Esto se debe sobre todo a la diversa determinación de la naturaleza jurídica del *leasing* financiero. La caracterización del *leasing* financiero como una forma atípica de arrendamiento determina que en el Derecho alemán sea preciso tener en cuenta la normativa dispositiva del arrendamiento para el control de las condiciones generales. Esto conduce en principio al predominio del elemento cesión de uso. Por el contrario, la concepción de autonomía contractual del Tribunal Supremo español permite un enjuiciamiento diferente.

Se aprecia una diversa configuración del sistema de control de las condiciones generales de la contratación. Mientras que en Alemania existe un sistema muy minucioso de control, en el Derecho español las medidas de control desde siempre han sido flexibles.

En Alemania, el contrato de *leasing*, en la práctica actual, es aplicado a todo tipo de usuarios: consumidores, comerciantes, profesionales, etc. La situación es diferente en España, ya que los contratos de *leasing* financiero sólo cumplen una finalidad empresarial, por lo que son celebrados por empresarios.

Otra diferencia importante entre los dos regímenes radica en la adquisición de los bienes. En Alemania cabe concertar el *leasing* sin una opción para adquirir definitivamente los bienes cedidos. En cambio, en España, la opción de adquisición por el usuario es un elemento esencial del contrato de *leasing* financiero, exigiendo la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988 para el reconocimiento fiscal del arrendamiento financiero la existencia de un derecho de opción.

Como resultado de todo lo expuesto, Leible constata que hasta el día de hoy ni en Alemania ni en España se ha logrado un sistema de regulación satisfactorio de esta modalidad de contrato. Por este motivo, es preciso cuestionar si debe ser codificado el derecho sobre el contrato de *leasing*.

En la actualidad, tanto en Alemania como en España se aboga por una codificación del *leasing*. Especialmente en el Derecho alemán esto podría hacerse realidad, puesto que se está redactando un informe sobre la reforma del Derecho de obligaciones y la regulación normativa de una serie de contratos hasta ahora atípicos. Sin embargo, el contrato de *leasing* queda al margen de este trabajo codificado.

Es conveniente la codificación plena del *leasing*. Para ello, tiene una importancia primordial el establecimiento de una reglamentación que proteja los intereses legítimos de las partes y que discipline los aspectos más importantes como la determinación de las obligaciones principales, las consecuencias jurídicas de los impedimentos de la prestación, la quiebra y la ejecución forzosa. En el Derecho español, es conveniente una disposición que establezca criterios seguros para distinguir el contrato de *leasing* financiero de la venta a plazos.

Leible defiende la incorporación de la regulación del *leasing* en el Código Civil o en el Código de Comercio. Así, en Alemania aconseja su inclusión en el BGB, y, en España, en el Código de Comercio.

Al defender la naturaleza civil del *leasing*, yo me inclino, en cambio, por la regulación de esta modalidad contractual por una norma civil. Considero que es más apropiado el Código Civil que el Código de Comercio para disciplinarlo.

El *leasing* financiero debería estructurarse como un negocio jurídico unitario con tres partes. Como modelo podría servir el Convenio del Unidroit sobre el *leasing* y el *factoring* internacional. Para el caso de que los legisladores, tanto de Alemania como de España, se decidieran por la estructura tradicional de dos negocios jurídicos separados entre sí, Leible enumera seis puntos de referencia, que habrán de tenerse en cuenta, en consonancia con el fundamento de la teoría bifuncional *sui generis*: la sociedad de *leasing* asume el deber de prestación principal de financiar la adquisición de los bienes, y por ello está obligada a la conclusión y el cumplimiento del contrato de suministro, además de ceder al usuario el uso y disfrute de los bienes en el plazo convenido; el deber de prestación principal del usuario es el pago de los plazos del *leasing*; a partir del momento de la entrega de los bienes, el usuario soporta el riesgo de la cosa y del precio; si los bienes entregados están viciados, el usuario puede ejercitar contra el suministrador las acciones de saneamiento que le han sido cedidas; si el usuario incurre en mora en el pago o hace un uso ilícito del objeto del *leasing*, la sociedad de *leasing* puede resolver inmediatamente el contrato; después de haber expirado el plazo establecido por las partes, el usuario está obligado a restituir los bienes a la sociedad de *leasing* a no ser que haga uso del derecho para adquirirlos o renovar el contrato de *leasing*.

3. La extensa monografía de Leible concluye con dos apéndices, en los que se reproducen las condiciones generales de «Unileasing, SA», y se da noticia de las sentencias pronunciadas por los tribunales españoles sobre el *leasing*, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Territoriales y Provinciales y de Juzgados de Primera Instancia. También se mencionan las principales resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se indica el lugar donde se encuentran las sentencias y resoluciones, lo cual facilita su hallazgo.

Para la exposición de las sentencias de los tribunales alemanes, Leible se remite a la última edición de la monografía de Graf von Westphalen, «Der Leasingvertrag», pp. 642 ss.

La última de las sentencias del Tribunal Supremo español que menciona Leible es la de 7 de febrero de 1995, lo cual se explica porque, como se indica en el prefacio, se ha tenido en cuenta la jurisprudencia española hasta junio de 1995.

Recientemente, han aparecido tres importantes sentencias del Tribunal Supremo sobre el *leasing* financiero, que Leible no ha podido exponer, por la razón expuesta.

Estas sentencias tienen un especial interés, porque en ellas se aborda el problema de la validez de determinadas cláusulas que usualmente aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero, lo cual, como subraya Leible, según vimos, apenas ha sido abordado por el Tribunal Supremo español, en contraste con lo que acontece en el Derecho alemán, donde existe una abundante jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo Federal.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1995, se plantea la configuración del *leasing* financiero como un negocio fiduciario *cum creditore* y la nulidad del pacto comisorio, que, sin embargo, no se solicitó, por lo que razones de congruencia imposibilitaron declararla.

La lectura de esta sentencia es conveniente, porque en ella se alude al enfoque que, a mi juicio, es más acertado para entender actualmente en nuestro Derecho el *leasing* financiero mobiliario, como he expuesto en el estudio, anteriormente citado, «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional».

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1995 afirma la vulneración de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por dos condiciones generales de un contrato de *leasing*: una que prevé la subrogación del arrendatario (usuario) en los derechos que el arrendador (la sociedad de *leasing*) tuviese contra el suministrador del bien objeto del *leasing*, y otra que declara cumplidas ya todas las obligaciones derivadas del contrato por el hecho de su suscripción.

El mayor interés de la sentencia radica en que considera aplicable el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al *leasing* financiero, lo cual ha sido defendido por algunos autores, entre los que yo no me encuentro, como subraya Leible, según vimos, aunque sea por analogía.

En un supuesto de vicios en los bienes entregados (equipos informáticos) al usuario, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996 afirma que de la mutua interconexión o dependencia funcional que existe, en todo contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, entre éste y el de compraventa que, con anterioridad o simultáneamente, han de celebrar la entidad arrendadora financiera y la proveedora o suministradora de los respectivos bienes de equipo, la resolución, ya acordada, del contrato de compraventa ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero.

Tras el aludido índice jurisprudencial, Leible refleja la literatura citada, fundamentalmente alemana y española. Se mencionan en treinta y dos páginas las monografías, artículos de revista y comentarios jurisprudenciales existentes en Alemania y España sobre el *leasing* financiero mobiliario, lo que evidencia el encomiable esfuerzo investigador realizado por Leible para elaborar la monografía que reseño, magníficamente editada y con acertado índice sistemático. También consta de un índice de materias, que resulta muy útil.

Se aprecia un extraordinario análisis de la normativa, esencialmente fiscal, la doctrina y la jurisprudencia de Alemania y España, donde se combina sabia-

mente la documentación, realmente exhaustiva, con el rigor, la teoría con la práctica, que ha de contribuir de manera decisiva a un correcto entendimiento de la compleja problemática jurídica que plantea el *leasing* financiero mobiliario en ambos países.

Estamos, sin duda, en presencia de uno de los mejores estudios de Derecho Comparado que se han realizado sobre este peculiar negocio de financiación, por lo que necesariamente debe ser tenido en cuenta por todos los que quieran conocerlo adecuadamente.

Para mí es una satisfacción que esta recensión pueda contribuir a que el lector español tenga conocimiento de la existencia de esta importante obra que el doctor Leible ha escrito sobre el *leasing* financiero mobiliario, donde explica con detenimiento la labor que numerosos juristas y Tribunales españoles han llevado a cabo en torno al mismo, lo que hay que agradecer a este excelente investigador alemán, que también conoce nuestro Derecho.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil

PIÑAR MAÑAS y OLMOS VICENTE (Directores): *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Fundación Alonso Martín Escudero, Ed. Dykinson, Madrid 1997, pp. 547.

La disposición adicional quinta de la Ley 30/1994, de Fundaciones, autorizaba al Gobierno para que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, dictara las normas reglamentarias precisas para su desarrollo, pues bien, el Gobierno, en cumplimiento de dicha obligación legal, ha aprobado el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (Real Decreto 316/1996, de 16 de febrero), el Reglamento del Registro de Fundaciones (Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo), y se ha desarrollado, en parte, el régimen de incentivos fiscales (Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo).

En el libro objeto de esta recesión, se recoge el texto completo de las ponencias que diversos especialistas y profesionales del mundo fundacional realizaron, con ocasión de las jornadas organizadas por la Fundación Alfonso Martín Escudero, sobre «El desarrollo reglamentario de la Ley de Fundaciones». La obra es un fiel reflejo de lo que en aquellas jornadas se analizó, y nos da una visión contrastada de los aspectos positivos y negativos, que a la normativa fundacional, aportan los tres reglamentos publicados en desarrollo de la Ley.

Los autores son consumados especialistas en la materia, a los que se unen, profesionales de las fundaciones y miembros del Protectorado, semejante mezcla, avala la calidad de lo que a lo largo de la obra se expone y lo contrastado de las opiniones que allí se manifiestan, debiendo destacar, la claridad en la exposición y el rigor técnico, con el que la totalidad de los que participan en este libro abordan cada uno de los problemas que analizan.

El libro se abre con las palabras que, en el acto de apertura de las jornadas, pronunció el ex-Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Pascual Sala, discurso que se centra en un examen de la evolución histórica de las fundaciones desde sus orígenes hasta nuestros días.

Entrando en el contenido de la obra, hay que decir que aparece dividida en diversos bloques, en los que, agrupados en función de materias, se analizan, prácticamente, la totalidad de los problemas que, en aplicación de los citados reglamentos, se pueden plantear.

El primer bloque de materias, comienza con una exposición, a cargo del notario José María de Prada, de todas las cuestiones relativas al régimen de constitución de las fundaciones, y en particular, de aquéllas en las que de algún modo inciden los reglamentos, y si de algún modo debemos calificar su postura, es de crítica, llegando a afirmar que aquéllos se han dictado «a espaldas de la realidad social», y reiterando, que en la mayor parte de las materias objeto de desarrollo, el reglamento aporta muy poco, limitándose a reproducir el contenido de la Ley. Seguidamente, María Cristina Santaolalla, Subdirectora General del Notariado y los Registros de la Propiedad y Mercantiles del Ministerio de Justicia, realiza un examen, más descriptivo que crítico, de la organización y funcionamiento del Registro de Fundaciones, al que califica como un instrumento de «publicidad de las fundaciones», tras la definición y novedades que la Ley presenta en esta materia, su análisis se centra, en el desarrollo reglamentario que de aquél se efectúa en el nuevo reglamento, destacando el tratamiento que hace del funcionamiento del Registro, y de los pasos que en este sentido debe dar una fundación que se va a constituir. Finaliza esta primera parte la profesora Alicia Real, con el examen de los principales problemas que la modificación, fusión, y extinción de las fundaciones, pueden plantear, en un tono también descriptivo, pero no exento de ciertas dosis de crítica, llegando a calificar la normativa sobre la materia como «insuficiente y confusa».

En el segundo bloque de materias se analizan fundamentalmente los aspectos relativos al patrimonio y a la actividad de las fundaciones. Toda la problemática relativa al régimen de autorizaciones previsto para enajenar y gravar los bienes de las fundaciones es objeto de análisis por Ignacio Olmos, Secretario General del Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, en su exposición se aleja del tono crítico de los otros autores, destacando los aciertos, que en algunos aspectos se contienen en la nueva normativa, como por ejemplo, la mayor liberalización que, a su juicio, se produce en el régimen de autorizaciones; quizás, lo más destacable de su estudio sea el tratamiento del procedimiento para las autorizaciones y las consecuencias de su incumplimiento, que, a su entender, pueden llegar a la nulidad del contrato. Enrique Ortega, somete a examen la normativa sobre la información económica de las fundaciones y los documentos que la integran, es decir, el inventario, el balance, la cuenta de resultados, la memoria y el presupuesto, aspectos en los que el desarrollo reglamentario, en su mayoría, aún está pendiente, pues no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, ni el artículo 23, ni se ha aprobado la adaptación al plan general de contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, que prevé la disposición adicional octava de la Ley de Fundaciones. Finaliza esta parte, con la exposición, breve pero muy sustanciosa, de José Antonio del Campo, en torno a dos problemas muy concretos, como son, el destino de las rentas e ingresos de las fundaciones y los gastos de administración, el autor pone de manifiesto, de una parte, el hecho de que el Reglamento al establecer una base monista para la aplicación del porcentaje del 70 por 100 es contrario a la Ley que establece un régimen dual, y de otra parte, y en relación a los gastos de administración, la confusión que, a su juicio, se produce en el Reglamento entre aquellos y los denominados gastos generales.

En el tercer bloque de materias se analizan, lo que podríamos denominar, derecho público de fundaciones. Arranca esta parte, con el estudio a cargo de Rafael de Lorenzo, de la organización y atribuciones del Protectorado, girando toda su exposición, en torno a la idea de que la actividad del Protectorado debe pasar de ser una actividad de policía y control, a una actividad más acorde con el nuevo derecho de fundaciones, como es la de fomento y protección. El profesor José Luis Piñar, aborda el análisis de lo que constituye una de las mayores innovaciones de la Ley de Fundaciones, la creación del Consejo de Fundaciones, el autor acoge de muy buen grado la creación de este organismo, que califica como «Órgano de encuentro entre las fundaciones y las Administraciones Públicas», pero se muestra cauteloso, en lo que se refiere a su futura operatividad, siendo muy crítico con el sistema de elección de sus miembros que se configura en el Reglamento de Fundaciones, y en concreto, con lo que considera el mayor escollo para la puesta en marcha del Consejo de Fundaciones, el hecho que las diecisiete Comunidades Autónomas, sólo elijan a doce representantes.

Para finalizar el examen de la normativa reglamentaria aprobada hasta el momento, Ignacio Olmos nos apunta algunas cuestiones relativas al régimen de las cargas duraderas que se contiene en la disposición adicional primera del Reglamento de Fundaciones Estatales, destacando lo que, en su opinión, supone una mayor novedad en el régimen de aquéllas, su valoración a efectos de capitalización.

El último bloque de materias lo constituye la exposición de las opiniones que merece la normativa reglamentaria, tanto a los miembros del Protectorado, como a los representantes de las fundaciones, por éstas, intervienen, José Luis Pallarés, José Manuel Morán y José Luis Piñar, y podemos decir que en su exposición se aprecia un general descontento y frustración con el resultado final del desarrollo reglamentario de la Ley. Como miembros de los Protectorados, intervienen, Marta Cañellas, Soledad Díez-Picazo, Ignacio Olmos y Marisol Pineda, las opiniones vertidas por éstos son radicalmente opuestas a las de los representantes de las fundaciones, calificando de positiva la nueva regulación del Protectorado y destacando el hecho de que se han simplificado el régimen de autorizaciones, o la unificación del régimen aplicable a las fundaciones de ámbito estatal. Mención a parte merece el estudio que realiza Ignacio Olmos, sobre las fundaciones docentes, muy útil para todos aquellos que estén interesados en un mayor conocimiento de la actividad económica de las fundaciones.

El libro finaliza con un anexo normativo en el que se incluye el texto completo de todas las disposiciones que han sido objeto de estudio, y en el que de forma adicional se incorporan los dictámenes del Consejo de Estado relativos a los proyectos de reglamentos de desarrollo de la Ley de Fundaciones, todo lo cual resulta sumamente práctico.

Para acabar, debo afirmar que estamos ante el primer estudio en el que se aborda de forma rigurosa el análisis de los reglamentos publicados en desarrollo de la Ley de Fundaciones, y recomendando su lectura, no sólo a los estudiosos del derecho, sino también, a todos aquellos que de algún modo intervienen en la vida de las fundaciones, como pueden ser los patronos de las mismas, pues, con la lectura de este libro pueden ver, sino solucionados, al menos aclarados, algunos de los problemas fundamentales que en el devenir cotidiano de la vida de las fundaciones les pueden surgir.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: *El Derecho al honor de las personas jurídicas*, ed. Motecorvo, Madrid, 1996, pp. 340.

Hay que subrayar desde el principio que no estamos en presencia de «otra monografía más» acerca del derecho al honor de las personas jurídicas, sino que se trata de una obra eminentemente práctica que no se pierde en las profundidades de las teorías construidas hasta el día de hoy acerca del concepto y la naturaleza jurídica de la persona jurídica, ni en discusiones doctrinales acerca de la función del derecho al honor de este tipo de entes jurídicos. Ahora bien, afirmar el pragmatismo de esta obra no quiere decir que sea simplista, sino que prima más la visión tópica que la dogmática. En este sentido, hay que agradecerle a su autora que haya planteado en sus justos términos los problemas que este derecho fundamental provoca al intentar otorgar su titularidad a las personas jurídicas y que se haya decantado de manera razonada por una solución propia.

Las personas jurídicas ¿son titulares del derecho fundamental al honor o detentan un bien jurídico parecido pero de naturaleza jurídica distinta? El interrogante no es baladí, puesto que de la respuesta que se ofrezca depende la aplicación de los diversos sistemas de protección frente a las lesiones que en este orden puedan sufrir. Sin embargo, en este punto, la autora hace una advertencia clara: plantearse esta cuestión únicamente tiene sentido si la LO 1/1982, de 5 de mayo, constituye un régimen realmente privilegiado de protección al honor, porque en caso de que sea un mero desarrollo de la responsabilidad civil del artículo 1902 CC no merece la pena cuestionarse que los entes personificados ostenten la titularidad del derecho al honor del artículo 18.1 CE, ya que prácticamente daría lo mismo que la protección se realizase por una u otra vía si las diferencias entre ellas no son esenciales.

Pues bien, en el primer capítulo tras llevar a cabo un análisis histórico de la protección de los derechos de la personalidad, se revisa el conjunto de teorías que se han elaborado en torno a la titularidad del honor de las personas jurídicas (teoría de la ficción, teoría organicista, tesis revisionistas). En este punto, la autora critica motivadamente el hecho de que la mayoría de ellas haya partido del concepto de persona jurídica, oscuro desde todos los puntos de vista, y no se hayan intentado resolver los problemas desde el concepto mismo de derecho al honor. A su juicio, no se puede resolver el problema planteado desde el exclusivo punto de vista del concepto de persona jurídica, puesto que de por sí no es unívoco, como demuestra la experiencia histórica y permanece en la oscuridad también hoy en día.

El segundo capítulo, siguiendo el *iter* argumentativo, está dedicado al estudio de los argumentos a favor del reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas. El otorgamiento de capacidad jurídica a las personas sociales para ser titulares de derechos es una decisión que compete fundamentalmente al propio ordenamiento. Por este motivo, la autora reconduce el estudio al análisis de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de la LO 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla el artículo 18.1 CE. El hecho de que ninguna conclusión pueda extraerse de la exégesis del texto constitucional, ni de su desarrollo legislativo, lleva a la necesidad de intentar buscar la respuesta en el propio concepto de honor. El concepto de honor viene conformado por dos aspectos, el objetivo y el subjetivo. El honor en sentido objetivo es la buena fama, reputa-

ción, esto es, el derecho a no ser rebajado frente a los demás y a no ser aislado de los otros conciudadanos por causa de afirmaciones falsas acerca del propio comportamiento. Y en sentido subjetivo es la propia estimación, la autoestima. Esta distinción o desdoblamiento del concepto de honor es decisiva para el reconocimiento de honor en las personas jurídicas, puesto que si bien no pueden ver lesionado el aspecto subjetivo (no tienen sentimiento de la propia dignidad al carecer de capacidad de sufrimiento), sí puede dañarse en su aspecto objetivo.

Tras el reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas, la autora, siguiendo el hilo conductor, analiza si esta afirmación puede predicarse de todas las personas jurídicas o si por el contrario debe ser limitado acudiendo a criterios tales como su pertenencia a la organización social, su estructura y los fines que persigue. También analiza y tipifica la afirmación, muchas veces recurrente entre nuestros autores, de que el atentado al honor de una persona jurídica no es otra cosa más que la lesión al honor de cada uno de sus miembros. Finaliza esta primera parte de la obra dedicada de manera general al derecho al honor de las personas jurídicas con un capítulo especial dedicado a la tutela de la reputación de las sociedades mercantiles y especialmente al llamado «honor del empresario social». De la reputación que goce el empresario depende en gran medida los resultados de la actividad que desarrolla y en consecuencia, debe articularse un mecanismo especial para la defensa y tutela de las posibles lesiones a que puede verse expuesto. En este sentido, como afirma la autora, no basta con otorgar al prestigio del empresario social la protección recogida en la LO 1/1982, de 5 de mayo, o ejercer la acción del artículo 1902 CC. Existen determinados ataques al prestigio mercantil que son algo más que lesiones al honor, que constituyen ilícitos concurrenciales y para su represión entra en juego la normativa dedicada a los actos desleales. Por este motivo se debe, y ella lo hace, individualizar los ataques para delimitar qué sistema de protección debe aplicarse a cada uno.

Si la primera parte de esta obra está dedicada íntegramente al honor de las personas jurídicas, en la segunda, la autora, afronta el problema del honor de las colectividades sin personalidad jurídica. Con esta finalidad lleva a cabo una clasificación de esta categoría distinguiendo tres grupos: los entes de hecho (que carecen del requisito de la publicidad registral o de hecho), los colectivos no personificados en sentido estricto (que son conjuntos de personas con una característica común, a veces elegida de forma voluntaria y otras inmutable o inherente a los propios individuos) y, en último lugar, los grupos cualificados por su función pública (clases determinadas del Estado e instituciones públicas).

Tras la lectura de esta monografía como es lógico pueden suceder dos cosas: que el lector comparta las conclusiones de la autora o que, por el contrario, no lo haga, pero sea lo uno o lo otro, lo cierto es que hay que reiterar lo dicho anteriormente. En cualquier caso es de agradecer, como expone en el prólogo el profesor José María Miquel González, el enfrentarse con este tema sin perderse en las discusiones doctrinales en torno al concepto y naturaleza jurídica de las personas jurídicas y pronunciarse sobre una materia tan polémica evitando el laberinto dogmático.

Revistas Españolas

A cargo de ISABEL ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la Persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos Reales. Derecho Inmobiliario Registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de Sociedades. 3. Contratos mercantiles. 4. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 5. Derecho Concursal. III. *Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*.—IV. *Derecho de Unión Europea*.—V. *Derecho Procesal*.—Abreviaturas

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

GARCÍA AMIGO, Manuel: «La norma civil y sus fuentes», *Actualidad Civil*, núm. 1, 1997, pp. 1 ss.

GINESTA AMARGOS, José: «El valor del “*instrumentum*” en Derecho Romano», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 9 ss.

MARONDA FRUTOS, J. L., y TENA FRANCO, M.^ª I.: «La informática jurídica y el Derecho de la informática», *RGD*, marzo 1997, pp. 1741 ss.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: «Presente y futuro del Derecho Comparado en España», *RDP*, marzo 1997, pp. 202 ss.

MARTÍNEZ VAL, José María: «Cicerón jurista», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 13 ss.

MEDINA DE LEMUS, Manuel: «El «*Corpus Iuris Civilis*». Historia y ediciones», *RCDI*, núm. 636, 1996, pp. 1905 ss.

ORTEGA LLORCA, Vicente: «Del Derecho Foral Valenciano al Derecho Civil Especial Valenciano», *RGD*, diciembre 1996, pp. 12781 ss.

PÉREZ FUENTES, Gisela María: «El Derecho Civil en Cuba durante los siglos XIX y XX. Valoración de la Parte General (Libro Primero) en el Código Civil de 1987», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 377 ss.

RODRÍGUEZ GAYÁN, Eloy Miguel: «Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional», *RGD*, julio/agosto 1996, pp. 8069 ss.

DERECHO DE LA PERSONA

- ALBACAR LÓPEZ, José Luis: «Protección de la intimidad del menor», *La Ley*, 1996-1, pp. 1763 ss.
- ALBADALEJO, Manuel: «Desde el instante en que nace todo niño es persona e inscribible en el Registro», *RDP*, marzo 1997, pp. 166 ss.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 12 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997, pp. 17 ss.
- ARAGÓN REYES, Manuel: «Independencia judicial y libertad de expresión», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 259 ss.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «Resolución del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1996. Inscripción al margen de la de nacimiento del menor, en el Registro Civil, de la suspensión de la patria potestad y consiguiente asunción de la tutela por parte de una entidad pública de protección de menores. Naturaleza jurídica de esta tutela. Su carácter no supletorio respecto de la tutela ordinaria. Su carácter provisional. La suspensión de la patria potestad: no requiere intervención judicial y afecta al ejercicio de la patria potestad pero no a su titularidad», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1167 ss.
- EGBEA FERNÁNDEZ, Joan: «Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (A propósito de la sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994)», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 323 ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 26 de julio de 1995. Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información, y derecho al honor e intimidad personal y familiar», *RDP*, septiembre 1996, pp. 681 y ss.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: «La Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos: una nueva respuesta a la sociedad de la información», *Actualidad Civil*, núm. 14, 1997, pp. 313 ss.
- FREIXES MONTES, Jordi: «La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos. ¿Un modelo para Europa?», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 269 ss.
- GARCÍA GUERRERO, José Luis: «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 117 ss.
- GARCÍA ROCA, Javier: «¿Existe un derecho a crear televisión?», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 147 ss.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, 1996-1, pp. 1690 ss.
- JIMENA QUESADA, Luis: «Los monopolios radiotelevisivos y la libertad de comunicación audiovisual en el marco europeo», *RGD*, diciembre 1996, pp. 13121 ss.

- MATA RIVAS, Francisco: «El derecho del menor a ser oído, y la incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el Derecho aragonés», *RDP*, octubre 1996, pp. 737 ss.
- ORTELLES RAMOS, Manuel: «Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil», *Actualidad Civil*, núm. 42, 1996, pp. 925 ss.
- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *Actualidad Civil*, núm. 44, 1996, pp. 957 ss.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 209 ss.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1996. Incapacitación: irretroactividad. Capacidad contractual: validez de compraventa anterior a la declaración de incapacidad. Juicio de incapacitación: audiencia a los parientes más próximos», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 773 ss.
- ROMERO RODRÍGUEZ, José Ramón: «Libertad de establecimiento y desarrollo de televisión local en el ordenamiento español», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 297 ss.
- RUBIDO DE LA TORRE, José Luis: «Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor», *RGD*, diciembre 1996, pp. 12494 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Honor y libertad de expresión en 1995. Una reseña jurisprudencial», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 329 y ss.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana: «El fraude en el Registro Civil», *Actualidad Civil*, núm. 13, 1997, pp. 283 ss.
- SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: «La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El derecho al proselitismo religioso y el asunto Kokkinakis c. Grecia (1)», *RGD*, octubre/noviembre 1996, pp. 11569 ss.
- VARELA GARCÍA, Carlos: «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad Civil*, núm. 12, 1997, pp. 261 ss.

PERSONA JURÍDICA

- ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor: «Breves consideraciones en torno a la personalidad jurídica, responsabilidades, utilidad pública y disolución de las asociaciones en la Ley Vasca 3/1988, de 12 de febrero», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 9 ss.
- BILBAO UBILLOS, Juan María: «Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 45 ss.
- CARRILLO, Marc: «Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 91 ss.

- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1995. Asociaciones: expulsión de asociados; condiciones. Impugnación del acuerdo de expulsión a través del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Plazo de impugnación: distinción entre acuerdos contrarios a los estatutos y contrarios a la Ley. Libertad de expresión de los asociados; comportamiento democrático de las asociaciones. Principio democrático en la imposición de penas», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 475 ss.
- MONFORT FERRERO, M.^a Jesús y SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El panorama normativo de las asociaciones en España», *RGD*, diciembre 1996, pp. 12819 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1996. Sociedad civil irregular. Disolución y liquidación de la sociedad. Fallecimiento de un socio. Determinación del momento en que se verifica la disolución y apertura de la liquidación. Relevancia de tal fecha en el contenido de los derechos económicos de los herederos», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1211 ss.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «El Registro de Fundaciones», *RCDI*, núm. 638, 1997, pp. 9 ss.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: «El derecho de fundación como derecho fundamental», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 147 ss.
- REAL PÉREZ, Alicia: «Las fundaciones en proceso de formación», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 185 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Notas sobre el nuevo régimen de las asociaciones de utilidad pública», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 95 ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «La regulación del órgano de gobierno en la Ley de Fundaciones del País Vasco: algunas peculiaridades», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 275 ss.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas», *RDP*, septiembre 1996, pp. 615 ss.
- ZORNOZA PÉREZ, Juan J.: «Derecho de fundación y sistema tributario», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 297 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBADALEJO, Manuel: «De nuevo sobre las arras», *RDP*, diciembre 1996, pp. 877 ss.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1996. Responsabilidad extracontractual. Daños causados con motivo de una actuación judicial. Suspensión de obra en el procedimiento de interdicto de obra nueva. Sentencia interdictal estimatoria y el efecto de cosa juzgada. La conducta de los interdictantes. La antijuridicidad de la acción interdictal», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 943 ss.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual por acto médico», *La Ley*, 1996-2, pp. 1474 ss.

- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «El violari i el censal, fonaments del contracte de renda vitalicia», *RJC*, 1996-4, pp. 997 ss.
- BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, y SALVADOR CRESPO, Juan Ignacio: «Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica», *Actualidad Civil*, núm. 7, 1997, pp. 143 ss.
- BECKER, Rainer, y GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos», *RDP*, diciembre 1996, pp. 913 ss.
- BELLO JANEIRO, Domingo: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 31 de mayo de 1995, núm. 4106. La culpa extracontractual en los accidentes de trabajo y la delimitación de las materias sometidas a la jurisdicción laboral», *RDP*, enero 1997, pp. 66 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995. Contrato de concesión o distribución en exclusiva: distinción del contrato de agencia; resolución por incumplimiento; contrato de adhesión», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 525
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1996. Responsabilidad derivada de daño (muerte de un bebé) causado por producto (cuna) defectuoso», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1197 ss.
- BONET NAVARRO, Angel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1996. Ejecución de sentencia de condena a hacer una cosa. El hacer a costa del ejecutado en el caso de incumplimiento de la conducta imperada: supuestos. Carácter de la ejecución subsidiaria a costa del ejecutado. La indemnización al ejecutante por el montante del costo de las obras a realizar en caso de incumplimiento del ejecutado. Recurso de casación en ejecución de sentencia por resolver la providencia dictada puntos esenciales que contradicen lo ejecutoriado», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 873 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil "ex delicto": antijuricidad. Efectos de las causas de exclusión de la antijuricidad en la responsabilidad civil extracontractual. Legítima defensa», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1155 ss.
- CABALLERO LOZANO, José María: «Los contratos agroindustriales: reflexiones en torno a su naturaleza jurídica a la luz de la experiencia italiana», *RDP*, enero 1997, pp. 19 y ss.
- CASTRO LUCINI, Francisco: «Algunas observaciones acerca de la notificación y requerimiento fehacientes en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 213 ss.
- COLINA GAREA, Rafael: «El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores», *RDBB*, núm. 63, 1996, pp. 721 ss.
- CONTIJOCH, Ramón: «Regulación de la renta en las VPO según la LAU de 1994», *RJC*, 1996-4, pp. 1027 ss.

- CONTIJOCH, Ramón: «Ejercicio de la acción –acumulada– de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad», *RJC*, 1997-1, pp. 97 y ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1433 ss.
- CUESTA SÁENZ, José María de la: «Contractualidad del arbitraje (A propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre)», *DPC*, núm. 9, 1996, pp. 315 ss.
- DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS, María: «Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1996. Autocontratación: abuso de derecho en su ejercicio, negocio bajo persona interpuesta; distinción entre mandato concebido en términos generales y mandato que abarca una generalidad de negocios; acción reivindicatoria», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 899 ss.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: «Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Muerte por accidente en explotación minera. Relación de casualidad», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 715 ss.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: «Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de junio de 1996. Responsabilidad médica. Fallecimiento de enfermo mental tras arrojarlo por la ventana. Relación de causalidad. Caso fortuito», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1093 ss.
- DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, Carlos: «Las cláusulas de limitación temporal (*claim made*) en el seguro de responsabilidad civil», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 57 ss.
- ESPIAU ESPIAU, S., y MULLERAT BALMAÑA, R.: «Relaciones contractuales de hecho y contratos de adhesión: notas para el estudio del contrato de aparcamiento público», *RDP*, noviembre 1996, pp. 787 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada en la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos; consideraciones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de julio de 1995», *RGD*, septiembre 1996, pp. 9765 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «La pretendida lesión extracontractual del crédito por el deudor a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo», *RGD*, julio/agosto 1996, pp. 8121 ss.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis: «La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 221 ss.
- FERRARI, Franco: «El ámbito de la aplicación del Convenio de Viena sobre la Compraventa Internacional», *RDM*, núm. 221, 1996, pp. 883 ss.
- FUENTE NORIEGA, Ángela: «El seguro de crédito: el riesgo asegurado y el objeto de la indemnización (comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de noviembre de 1995)», *RGD*, julio/agosto 1996, pp. 8161 ss.

- FUENTESECA, Cristina: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de octubre de 1995, núm. 887. Eficacia de una compraventa en documento privado», *RDP*, octubre 1996, pp. 770 ss.
- FUENTESECA, Cristina: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 31 de mayo de 1996. Determinación de si hubo tradición de una finca vendida en escritura pública», *RDP*, marzo 1997, pp. 237 ss.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995», *RCDI*, núm. 637, 1996, pp. 2179 ss.
- GEYSSELS, Lisabeth: «El derecho de retención y prenda sobre la mercancía transportada, según la legislación de Bélgica», *RGD*, diciembre 1996, pp. 13315 ss.
- GÓMEZ, Fernando: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 5 de diciembre de 1995. Noción de culpa extracontractual. Objetivación de la responsabilidad. Medidas precautorias exigibles. Compatibilidad», *RDP*, diciembre 1997, pp. 922 ss.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: «La responsabilidad del médico por omisión», *Poder Judicial*, 1995, núm. 4, pp. 287 ss.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «El contrato agrario: libertad negocial, intervención estatal, libertad negocial asistida. (Un estudio de Derecho italiano)», *RGD*, octubre/noviembre 1996, pp. 11243 ss.
- GONZÁLEZ ORTIZ, Miguel Ángel: «Suspensión resolución y extinción del arrendamiento de vivienda», *La Ley*, 1996-1, pp. 1520 ss.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Algunas consideraciones en relación con la disposición transitoria segunda B), número 9, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos», *RDP*, marzo 1997, pp. 192 ss.
- IGLESIAS REDONDO, Julio I.: «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», *Actualidad Civil*, núm. 45, 1996, pp. 971 ss.
- IGLESIAS REDONDO, Julio I.: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 31 de octubre de 1995. Contrato de obra», *RDP*, octubre 1997, pp. 752 ss.
- LAPIEDRA ALCAMI, Rosa: «Crisis y renovación del régimen internacional de los contratos en materia de ley aplicable», *RGD*, diciembre 1996, pp. 13171 ss.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: «Los guardacoches urbanos. Tratamiento jurídico», *RGD*, marzo 1997, pp. 1843 ss.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «La inscripción de los contratos de arrendamiento en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *RCDI*, núm. 637, 1996, pp. 2117 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996. *Leasing*: vicios de la cosa. Subrogación del usuario en las acciones del comprador arrendador. Resolución de la compraventa y del arrendamiento financiero. Daños y perjuicios. Congruencia», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 741 ss.

- MARONDA FRUTOS, Juan Luis: «Los derechos de adquisición preferente en la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos», *RGD*, octubre/noviembre 1996, pp. 11173 ss.
- MARTÍN GARCÍA, M.^a del Lirio: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 10 de octubre de 1995. Responsabilidad civil extracontractual de los centros docentes por los hechos dañosos producidos por sus alumnos menores con resultado de muerte», *RDP*, diciembre 1996, pp. 950 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Sobre la regulación legal de la financiación al consumidor: de la Ley de Ventas a Plazos a la Ley de Crédito al Consumo», *Actualidad Civil*, núm. 36, 1996, pp. 795 ss.
- MERCHÁN, José F.: «El arbitraje en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994», *RDP*, octubre 1996, pp. 722 ss.
- MERINO MERCHÁN, José F.: «El arbitraje en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *La Ley* 1996-I, pp. 1530 ss.
- MIGUEL PERALES, Carlos de: «El encargo de dar crédito. Naturaleza jurídica del mandato de crédito, y su expresión a través de cartas de patrocinio», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 41 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 8 de noviembre de 1995. Caracterización del contrato de concesión con exclusiva. Resolución del contrato por incumplimiento. Cumplimiento e incumplimiento de obligaciones», *RDP*, febrero 1997, pp. 138 ss.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, Luis: «El desahucio arbitral», *Actualidad Civil*, núm. 8, 1997, pp. 169 ss.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis: «Sobre el anatocismo», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 343 ss.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996. Desistimiento del contrato de arrendamiento de local por el arrendatario antes del plazo pactado», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 803 ss.
- PÉREZ VENEGAS, Francisco: «El secreto médico profesional y situaciones de conflicto», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 147 y ss.
- PRATS ALVENTOSA, Lorenzo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1995. Contrato de arrendamiento de obra: diferencias entre el ejercicio de la facultad resolutoria “ex” artículo 1.1.24 del Código Civil y el desistimiento del dueño de la obra “ex” artículo 1.594 del Código Civil», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 695 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «El contrato vitalicio. (Especial consideración de su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia)», *Actualidad Civil*, núm. 39, 1996, pp. 851 ss.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Prescripción de acciones. Desestimiento del demandante en juicio declarativo anterior. Efectos en cuanto a la interrupción de la prescripción. Contrato de seguro», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 641 ss.

- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1996. Contrato de seguro colectivo o de grupo de cobertura de invalidez e incapacidad absoluta y permanente. Siniestro: concepto y momento en que se produce. Declaración del riesgo», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1033 ss.
- REIG FABADO, Isabel: «El Convenio de Roma de 1980 sobre contratos internacionales: problemática de su interpretación», *RDG*, diciembre 1996, pp. 13215 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Análisis y valoración del artículo 648.2.º del Código Civil frente al artículo 338 bis del Código Penal (actual artículo 195 del nuevo Código Penal)», *RCDI*, núm. 636, 1996, pp. 1951 ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «Los daños ecológicos como actos ilícitos civiles», *Actualidad Civil*, núm. 5, 1997, pp. 95 ss.
- SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: «Las arras penitenciales. Un estudio sobre el artículo 1.454 del Código Civil y sus diversas interpretaciones», *RJN*, núm. 15, 1995, pp. 65 ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1996. Arrendamientos rústicos. Acceso a la propiedad: ámbito objetivo de este derecho; criterios de determinación del precio de la finca», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 929 ss.
- SERRA MALLOL, Antonio J.: «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero», *RGD*, diciembre 1996, pp. 12899 ss.
- SILLERO CROVETTO, Blanca, y FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^a Soledad de la: «Contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 26/1991», *Actualidad Civil*, núm. 38, 1996, pp. 829 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Procedimiento pericial de tasación de daños y fijación de indemnización del artículo 38 de la Ley de Contratos de Seguro. Doctrina y jurisprudencia», *La Ley*, 1996-1, pp. 1538 ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria», *La Ley*, 1996-1, pp. 1739 ss.
- TORRE OLID, Francisco de la: «Análisis del Real Decreto 297/1996, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos», *RGD*, septiembre 1996, pp. 9657 ss.
- URIARTE RICOTE, Maite: «Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1995. Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de servicio público; incompetencia de jurisdicción», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 497 ss.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a del Rosario: «La protección de la familia en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *RJC*, 1996-4, pp. 949 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Arrendamientos urbanos y arbitraje de consumo», *La Ley*, 1996-1, pp. 1515 ss.
- VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «Interpretación de un contrato desde el trópico», *RCDI*, núm. 636, 1996, pp. 1963 ss.

VIANA CONDE, A., y SAS FOJÓN, A. de: «El consentimiento informado del enfermo», *La Ley*, 1996-2, pp. 1330 ss.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: «El Derecho común de la responsabilidad civil y la normativa especial de la Ley 30/1995. Su necesaria complementariedad para el resarcimiento íntegro de las víctimas de los accidentes de circulación», *RGD*, marzo 1997, pp. 1855 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ALBACAR LÓPEZ, José Luis: «Subcomunidades de propiedad horizontal», *La Ley*, 1996-1, pp. 1805 ss.

BARONA VILAR, Silvia: «Resolución del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1996. Denegación de inscripción en el Registro de la Propiedad por carecer de trascendencia real, pues el rango registral de las cargas anotadas es siempre el derivado del orden de presentación y despacho de los títulos que las motivan, sin que la declaración de mejor derecho al cobro altere el rango registral», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1107 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996. Propiedad intelectual: folleto de instrucciones como obra. Modelo de utilidad. Legitimación para ejercer la acción de nulidad del modelo», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 731 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996. Propiedad Intelectual: comunicación pública en locales y habitaciones de hotel a través de aparatos receptores de emisiones de radio-difusión», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 825 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996. Propiedad Intelectual y derecho a la imagen: fotografías de encargo para una modelo», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 835 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1996. Vídeo comunitario y derecho de autor», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1183 y ss.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.^º: «Precedentes históricos de la publicidad registral: el Libro Registro de Censos de Écija (Real Provisión de 8 de agosto de 1590)», *RCDI*, núm. 636, 1996, pp. 2003 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel: «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», *RDP*, diciembre 1996, pp. 886 y ss.

DÍAZ FRAILE, J. M., y HERRANZ DÍAZ, M.: «Limitaciones del dominio derivadas de la legislación especial. En particular su régimen de publicidad registral», *RCDI*, núm. 638, 1997, pp. 65 ss.

DÍAZ FRAILE, J. M., y PUENTE ALFARO, F. de la: «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1339 ss.

DÍEZ GARCÍA, Helena: «Resolución de la DGRN de 19 de enero de 1996. Inscripción parcial de título. Nota de calificación: objeto del recurso gubernativo.

Hipoteca: pacto de anatocismo. Extensión de la cobertura hipotecaria por costas y gastos a otros gastos distintos. Acreditación del saldo adeudado por certificación bancaria expedida por el prestamista. Extensión objetiva de la hipoteca en relación al bien hipotecado y respecto a la obligación asegurada», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 705 ss.

FERNÁNDEZ ALBOR, A.: «La explotación económica de la obra cinematográfica», *RDG*, marzo 1997, pp. 2223 ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen: «Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1996. Cooperativa de viviendas y comunidad de propietarios surgida tras la adjudicación de pisos y locales a los socios. Acción de reparación de defectos constructivos. Ejecución a costa del deudor. Legitimación activa. Subsananabilidad de los defectos relativos a la capacidad procesal de las partes», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 979 ss.

HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 19 de diciembre de 1995. Atribución del dominio de dos saldos depositados en atención a las relaciones internas de los cotitulares», *RDP*, noviembre 1996, pp. 861 ss.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Algunas consideraciones en torno al «*lease back*» en su conexión con el derecho de superficie urbano», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1393 ss.

LAUROBA LACASA, M.^a Elena: «Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995. Adhesión invertida. Petición de indemnización del valor del terreno. Congruencia», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 627 ss.

LINARES NOCI, Rafael: «Algunas consideraciones sobre la multipropiedad», *RDP*, septiembre 1996, pp. 635 ss.

LÓPEZ MENDEL, Jesús: «Ejecución hipotecaria en bienes afectos a residencias o servicios», *Poder Judicial*, 1995, núm. 4, pp. 249 ss.

MOLINA, Enrique: «Notas al artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *RDP*, febrero 1997, pp. 130 ss.

MOLL DE ALBA LACUVE, Chantall: «Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1996. Adhesión invertida. Requisitos», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 891 ss.

MORO ALMARAZ, M.^a Jesús, y SÁNCHEZ CID, Ignacio: «Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1996. LPH: impugnación de acuerdo de supresión de portería; improcedencia. Validez del acuerdo adoptado por mayoría», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 787 ss.

MUNAR BERNAL, Pedro A.: «Nuevas reflexiones sobre la multipropiedad», *La Ley*, 1996-2, pp. 1379 ss.

PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: «Los derechos de producción en las explotaciones pecuarias», *RDP*, enero 1997, pp. 3 ss.

PARADA VÁZQUEZ, José Daniel: «La privatización de líneas aéreas y aeropuertos. La cláusula de propiedad sustancial y control efectivo. Aspectos aeronáuticos, civiles, internacionales y mercantiles», *Actualidad Civil*, núm. 46, 1996, pp. 1001 ss.

- RODRÍGUEZ OTERO, Lino: «Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1539 ss.
- RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, Pilar: «Protección administrativa: el Registro de la Propiedad Intelectual», *RCDI*, núm. 636, 1996, pp. 1733 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Nuevas tecnologías y propiedad literaria», *RDP*, octubre 1996, pp. 699 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», *RDP*, febrero 1997, pp. 83 ss.
- SAAVEDRA MONTERO, Eva: «Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma», *Actualidad Civil*, núm. 3, 1997, pp. 41 ss.
- SEGURA GARCÍA, M.^ª Jesús: «La protección penal de la propiedad industrial en el nuevo Código Penal de 1995», *RGD*, marzo 1997, pp. 2261 ss.
- VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio: «El problema de la determinación de la autoría en las obras audiovisuales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1995», *Poder Judicial*, 1995, núm. 4, pp. 411 ss.
- VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «Reforma del régimen de horizontalidad en Puerto Rico y una jurisprudencia que rectifica», *RCDI*, núm. 637, 1996, pp. 2219 ss.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1996. División de comunidad: artículos 400 y 404 del Código Civil. Concurrencia de bienes comunes y privativos», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1067 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- CAMARERO SUÁREZ, M.^ª Victoria: «Uniones de hecho y conflictividad matrimonial», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 67 y ss.
- CUTILLAS TORNS, José María: «Aplicabilidad y pertinencia de la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte a la liquidación de la sociedad de gananciales practicada en convenio regulador aprobado judicialmente en base a separación o divorcio promovido por los cónyuges», *RGD*, marzo 1997, pp. 1761 ss.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1995. Adopción de menor salvadoreño por españoles acordada en El Salvador por la competente autoridad salvadoreña. Denegación de inscripción en el Registro Civil español: Posibilidad de anotación. Adopción simple salvadoreña no guarda parangón alguno con la regulada en el Código Civil español. Posibilidad de conversión de la adopción simple extranjera en plena en España, de acuerdo con el artículo 9.5.IV del Código Civil», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 463 y ss.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan A.: «La libertad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico», *RGD*, diciembre 1996, pp. 13151 ss.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a Begoña: «Los vicios de la voluntad en el reconocimiento de hijos no matrimoniales», *Actualidad Civil*, núm. 48, 1996, pp. 1951 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo», *Actualidad Civil*, núm. 40, 1996, pp. 879 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995. Capitalización de pensión compensatoria derivada de un pacto de separación amistosa mediante pacto de cesión de bienes», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 565 ss.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: «Las uniones familiares de hecho en el Derecho Civil», *Actualidad Civil*, núm. 41, pp. 895 ss.
- GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La delimitación de los alimentos aludidos en el artículo 294 del Código Civil», *Actualidad Civil*, núm. 6, 1997, pp. 109 ss.
- LÓPEZ ORELLANA, Isabel: «La adopción internacional», *RGD*, julio/agosto 1996, pp. 8027 ss.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a Teresa: «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1995. Liquidación de la sociedad de gananciales: valoración de vivienda de protección oficial; adjudicación de la misma cuando su uso ha sido atribuido previamente a uno de los cónyuges por sentencia de separación matrimonial», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 659 ss.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995. Resolución canónica de dispensa de matrimonio rato y no consumado. Declaración de ajuste al Derecho del Estado. Reconocimiento de efectos civiles», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 605 ss.
- QUICIOS MOLINA, M.^a Susana: «Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad; negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas y alcance de la llamada "exceptio plurium concubentium"», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1141 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Naturaleza privativa o ganancial de la propiedad intelectual», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 27 ss.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1995. Sociedad de gananciales; responsabilidad del cónyuge del comerciante. Legitimación pasiva. Sociedad mercantil irregular: disolución y rendición de cuentas», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 573 ss.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Inscripción en el Registro Mercantil de la oposición de un cónyuge al ejercicio del comercio por parte del otro cónyuge», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1519 ss.
- TAMAYO MUÑOZ, Carlos: «La incidencia de las uniones de hecho en la pensión de viudedad», *RGD*, septiembre 1996, pp. 9849 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1996. Valor de la hipoteca convenida en escritura pública pero no inscrita; adjudicación de fincas en pago, con asunción por el adjudicatario de deudas del adjudicante y su garantía; clasificación de créditos; litisconsorcio pasivo necesario», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 967 ss.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Sustitución fideicomisaria con deber de conservar; contrato de arrendamiento rústico otorgado por el fiduciario; resolución por extinguirse el derecho del fiduciario; derecho de goce análogo al del usufructuario, superficiario y enfiteuta; derecho de retracto», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 813 ss.
- BARRAL VIÑALS, Immaculada: «La successió intestada del causant impúber: el principi de troncalitat», *RJC*, 1996-4, pp. 971 ss.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1996. Juicio declarativo de menor cuantía sobre testamentaria. Declaración de la naturaleza privativa o en proindiviso con la sociedad de gananciales de la que fue la vivienda familiar adquirida por precio aplazado, cuando parte del precio se satisfizo después del matrimonio. Alterabilidad o no de la designación de beneficiarios de seguro de vida cuando el asegurado se somete al régimen de la sociedad de gananciales. Propiedad de saldos en cuentas indistintas», *CCJC*, núm. 42, 1996, 1123 ss.
- CANTERO NÚÑEZ, F. J., y PARDO GARCÍA, H. R.: «Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de Sucesiones», *RD*, octubre 1996, pp. 707 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «La sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia», *Actualidad Civil*, núm. 11, 1997, pp. 237 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996. Testamento ológrafo: adverbación y protocolización a través de un juicio declarativo. Dolo. Revocación tácita del testamento anterior por otro posterior. Pluralidad de testamentos», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1019 ss.
- GUTIÉRREZ-SOLAR Y BRAGADO, Eduardo: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 14 de mayo, núm. 368/1996. La revocación tácita del testamento. La interpretación de la voluntad del testador como idea esencial en la revocación tácita y como función propia de los juzgadores de Instancia. La compatibilidad de testamentos sucesivos», *RD*, enero 1997, pp. 52 ss.
- LOBATO GÓMEZ, J. Miguel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1996. Albacea contador-partidor: plazo para practicar la división; liquidación de la sociedad de gananciales; caducidad y prórroga del plazo», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 959 ss.
- MOZOS, José Luis de los: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 19 de mayo de 1995, núm. 470. Nulidad de la renuncia de los derechos hereditarios del abuelo materno realizadas por las recurrentes», *RD*, octubre 1996, pp. 742 ss.

- NÚÑEZ BOLUDA, M.^a Desamparados: «Las facultades de los contadores partidores del artículo 1.057 del Código Civil y su reforma por la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996», *Actualidad Civil*, núm. 43, 1996, pp. 937 ss.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Beneficiario y heredero en el seguro de vida», *RDP*, marzo 1997, pp. 212 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El derecho a la herencia en el Ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la función social de este derecho», *RCDI*, núm. 638, 1997, pp. 119 y ss.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Carmen: «La "hereditas iacens": intereses en juego y tráfico jurídico», *Actualidad Civil*, núm. 37, 1996, pp. 811 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- BAÍLLO Y MORALES-ARCE, Jaime: «Breves consideraciones en torno a la representación en Derecho Mercantil», *RDBB*, núm. 64, pp. 1117 ss.
- BASTIDA FREJEDO, Francisco J.: «Problemas constitucionales de la creación de empresas informáticas», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 11 ss.
- CASERO MEJÍAS, Manuel: «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 71 ss.
- EIZAGUIRRE, José María: «La metamorfosis de un manual. Del "Handelsrecht" de CAPELLE al "Handelrecht" de CANARIS», *RDM*, núm. 220, 1996, pp. 485 ss.
- ESTABAN DE LA ROSA, Fernando: «Aplicación del derecho "antitrust" y técnicas del Derecho Internacional Privado», *RDP*, noviembre 1996, pp. 815 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Aplazamiento de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1479 ss.
- GARZÓN, Miguel: «Marcas genéricas, comunes y descriptivas: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1992 (Chupa Chups/Chupa Cielos)», *RGD*, marzo 1997, pp. 2357 ss.
- LLEBOT MAJO, José Oriol: «Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)», *RDM*, núm. 220, 1996, pp. 319 ss.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La confusión en el Derecho contra la competencia desleal», *RGD*, octubre/noviembre 1996, pp. 11615 ss.
- MONTEAGUDO, M.: «Signos distintivos», *RGD*, marzo 1997, pp. 2313 ss.
- NIETO TAMARGO, Alfonso: «Tendencias en la configuración de la empresa informativa», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 183 ss.

- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996. Actos de competencia desleal por denigración a través de medios confidenciales: carta dirigida a un antiguo cliente informando de forma inexacta y no veraz sobre las cualidades y condiciones de un competidor. Fin concurrencial. *«Exceptio veritatis»*. Identidad sustancial a efectos competenciales del negocio gestionado por una comunidad de bienes y el propio partícipe mayoritario y gestor único. Comparación desleal. Cláusula general de buena fe en la concurrencia económica», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 909 ss.
- PORTELLANO DíEZ, Pedro: «Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista», *RDM*, núm. 221, 1996, pp. 721 ss.
- REMÓN PEÑALVER, Jesús: «Problemática de la organización y régimen jurídico de la empresa pública», *RDM*, núm. 221, 1996, pp. 921 ss.
- SCHMIDT, Karsten: «Sucesión universal en virtud de negocio jurídico. Comprobación de la eficacia de una institución de Derecho Civil en el Derecho de la Empresa», *RJN*, núm. 15, 1995, pp. 197 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las normas de protección de la clientela en el mercado de valores», *RDBB*, núm. 63, 1996, pp. 561 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Concepto y tipos de empresa según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *RCDI*, núm. 637, 1996, pp. 2203 ss.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «Actividad informativa y Derecho Privado», *DPC*, núm. 10, 1996, pp. 219 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Conflictos intrasocietarios. (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», *RDM*, núm. 222, 1996, pp. 1079 ss.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «La modificación de los estatutos en la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (aspectos generales)», *La Ley*, 1996-2, pp. 1401 ss.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «La sociedad de responsabilidad limitada, ¿corporación personalizable?», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 31 ss.
- BOTANA AGRA, Manuel: «A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales», *La Ley*, 1996-2, pp. 1607 ss.
- BRENES CORTÉS, Josefa: «Resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 1995. Sociedades anónimas: disolución por transcurso del plazo de duración previsto, disolución de pleno derecho, interpretación. Acciones en cartera: prohibición en la LSA; ineficacia de disposición estatutaria que las prevé. Fusión por absorción: modificación del objeto social de la absorbente, no requiere la identidad o similitud de objetos de las sociedades implicadas; suspensión del derecho de separación de los socios; incorporación de nuevas actividades relacionadas con

- las que constituían el objeto de la absorbida manteniendo las preexistentes: inexistencia de sustitución del objeto social. Registro Mercantil: sociedades anónimas; fusión por absorción de sociedad disuelta por transcurso del plazo de duración previsto: procedencia; derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo; existencia de un determinado número de acciones en cartera que integran el capital de la sociedad absorbida: procedencia; balance de fusión que recoge la cifra de capital social realmente suscrito y desembolsado prescindiendo de las acciones en cartera que se consideran inexistentes; no infracción de la prohibición de canje de acciones propias», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 539 ss.
- CASERO MEJÍAS, Manuel: «La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995», *La Ley*, 1996-2, pp. 1223 ss.
- CUEVAS ALDASORO, Miguel Ángel: «Incidencia en el régimen de la auditoría de cuentas de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la reforma proyectada del Reglamento del Registro Mercantil», *RCDI*, núm. 636, 1996, pp. 1747 ss.
- DORADO MUÑOZ, Manuel: «Aspectos registrales de una sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales», *RCDI*, núm. 637, 1996, pp. 2159 ss.
- EMBED IRUJO, J. M., y Martínez Sanz, F.: «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Aplicación de resultados y defensa del capital social. De nuevo sobre la crisis (presunta) de la noción de capital social», *RGD*, julio/agosto 1996, pp. 8543 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Irregularidad societaria y derecho de las sociedades de capital (Notas sobre el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas)», *RDP*, septiembre 1996, pp. 643 ss.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen: «Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1996. Compraventa de acciones. Desistimiento pactado del contrato. Devolución del precio satisfecho», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 989 ss.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «Relaciones entre fusión y reactivación en la sociedad anónima. (Comentario a la resolución de 8 de noviembre de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», *RDM*, núm. 221, 1996, pp. 943 ss.
- LOBATO, Manuel: «Sobre las participaciones de voto plural y sobre las participaciones sin voto. Estudio del artículo 53.4 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *La Ley*, 1996-1, pp. 1782 ss.
- LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J.: «Disolución de pleno derecho y cancelación registral de los asientos correspondientes a las sociedades anónimas incurso en el supuesto de hecho de la disposición transitoria sexta. 2 TRLSA», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 98 ss.
- LLEBOT MAJO, José Oriol: «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 49 ss.

- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1995. Prenda de acciones. Pacto comisorio y derechos del acreedor prendario. Nulidad del acto de disposición. Artículos 1.872 CC y 323 Ccom. Acciones y usucapión», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 677 ss.
- MARTÍNEZ MACHUCHA, Pablo: «Resolución de la DGRN de 27 de mayo de 1996. Denegación de la inscripción de una escritura de disolución de una sociedad anónima», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1077 ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia: «Usufructo de acciones y aumento de capital con cargo a cuenta de actualización (STS de 29 de noviembre de 1994)», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 217 ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia: «En torno a la delegabilidad de la facultad de convocatoria de la junta en caso de Consejo de Administración (STS de 24 de febrero de 1995)», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 232 ss.
- MASSAGUER, José: «Algunas consideraciones acerca de los efectos de la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales», *RCDI*, núm. 638, 1997, pp. 99 ss.
- NAVARRO VIÑUALES, José María: «La documentación de los acuerdos sociales en la sociedad limitada», *RJN*, núm. 15, 1995, pp. 9 ss.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín: «Aumento de capital social con emisión de nuevas acciones y con elevación del valor nominal de parte de las acciones existentes (RDGRN de 15 de noviembre de 1995)», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 257 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «El voto en el Derecho societario español», *RGD*, julio/agosto 1996, pp. 8495 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «La sindicación de acciones en sociedades cotizadas o bursátiles», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 405 ss.
- PORTALE, B.: «Grupos y capital social», *RGD*, julio/agosto, 1996, pp. 8431 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Operación acordeón» y derecho de suscripción preferente (RDGRN de 29 de mayo de 1995)», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 217 ss.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, Juan Antonio: «La delegación en los administradores del aumento de capital», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 115 ss.
- ROJO, Ángel: «Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, núm. 220, 1996, pp. 457 ss.
- RUANO BORRELLA, Juan Pablo: «Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996», *RCDI*, núm. 638, 1997, pp. 119 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M.º: «Responsabilidad de los administradores y Registro Mercantil (SSAP Barcelona de 5 de octubre de 1995 y 12 de diciembre de 1995)», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 316 ss.
- SÁNCHEZ FELIPE, J. M., y BECKER, N.: «Validez de la cláusula estatutaria de una sociedad por acciones alemana que permite celebrar su junta general en el extranjero (Auto del Oberlandesgericht de Hamburgo de 7 de mayo de 1993)», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 283 ss.

- SANTAOLALLA LÓPEZ, María Cristina: «La sociedad unipersonal», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 171 ss.
- TORRENT, Armando: «La reelección de los auditores de cuentas», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1311 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALBIEZ DOHRMANN, K. Jochen: «Las bases dogmáticas de las garantías bancarias», *RCDI*, núm. 636, 1996, pp. 1799 ss.
- BADENES CARPIO, Manuel: «Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1995. Prescripción extintiva: interrupción de la prescripción mercantil; la reclamación extrajudicial como medio adecuado para interrumpir la prescripción de acciones mercantiles», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 617 ss.
- BATALLER GRAU, Juan: «La aplicación de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 al seguro marítimo [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 20 de febrero de 1995 (RAJ, 1995/883)]», *RDM*, núm. 220, 1996, pp. 501 ss.
- BATALLER GRAU, Juan: «Las causas de impugnación del dictamen pericial del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro: la labor pericial. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1995)», *RDM*, núm. 222, 1996, pp. 1285 ss.
- CARAZO LIÉBANA, María José: «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)», *RDM*, núm. 222, 1996, pp. 1305 ss.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas (STS de 10 de noviembre de 1995)», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 293 ss.
- CUESTA SÁENZ, José María de la: «Introducción al arbitraje de consumo», *RDP*, febrero 1997, pp. 121 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1996. Crédito documentario; presentación de documentos fuera de plazo», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1049 ss.
- GÓMEZ-JORDANA, Íñigo, y LAVILLA, Juan José: «La titulación de los derechos de compensación por la denominada "moratoria nuclear". Antecedentes y régimen jurídico», *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 945 ss.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 4 de diciembre de 1995. La interrupción de la prescripción mercantil por reclamación extrajudicial», *RDP*, marzo 1997, pp. 226 ss.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier: «La nueva trascendencia social de los contratos normalizados de opción negociados en mercados secundarios de productos o instrumentos derivados», *RDM*, núm. 220, 1996, pp. 389 ss.

- MADRID PARRA, Agustín: «Transporte de mercancías: proyecto de UNCITRAL de regulación jurídica uniforme acerca del uso de medios electrónicos», *La Ley*, 1996-2, pp. 1595 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia», *RDM*, núm. 222, 1996, pp. 1143 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍN, Mauro: «Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1995. Contrato de *leasing*. Anulación de condiciones generales. Aplicación de la LGDCU», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 591 ss.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996», *La Ley*, 1996-2, pp. 1457 ss.
- PIÑEL, Enrique: «La moneda única y los contratos bancarios», *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 999 ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1996. El consignatario de buques tiene la cualidad de comisionista. A sus derechos, por ser complejos y nacidos del contrato de comisión, ha de aplicárseles la prescripción de quince años (art. 50 del Código de Comercio y 1964 del Código Civil)», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 1009 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 31 de julio de 1995. Revocación del cheque. Posición jurídica del librado en el cheque. Extorno en cuenta corriente», *RDP*, noviembre 1996, pp. 849 ss.
- BONET NAVARRO, José: «Algunas consideraciones sobre la falta de timbre en los títulos ejecutivos bancarios», *Actualidad Civil*, núm. 4, 1997, pp. 81 ss.
- CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Análisis jurídico de los conceptos de “valor negociable” e “instrumento financiero”», *RDM*, núm. 221, 1996, pp. 773 ss.
- CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Análisis comparativo del concepto teórico doctrinal de valor negociable y del concepto reglamentario contenido en el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores», *RDM*, núm. 222, 1996, pp. 1201 ss.
- INFANTE PÉREZ, Vicente: «Utilización de documentos bancarios como medio de pago de deudas derivadas de operaciones bancarias de activo. Comentario al Auto y Sentencias de la Audiencia Provincial de León, de 7 y 9 de diciembre de 1994», *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 1105 ss.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel: «La responsabilidad por pago de cheque falso o falsificado: el artículo 156 de la LCCH a la luz de algunas resoluciones judiciales», *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 1083 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «La revocación del cheque. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de diciembre de 1995», *RCDI*, núm. 64, 1996, pp. 1131 ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «El concepto de valor negociable», *RDBB*, núm. 63, 1996, pp. 609 ss.

DERECHO CONCURSAL

- BISBAL MÉNDEZ, Joaquín: «Anotaciones contables para la práctica de la Ley de Suspensión de Pagos», *RDM*, núm. 221, 1996, pp. 891 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: «El nuevo Derecho Francés en materia de quiebras (Ley núm. 94475 de 10 de junio de 1994)», *RDM*, núm. 222, 1996, pp. 1253 ss.
- GARRIDO, José María: «La reforma del Derecho Concursal Español. Reflexiones en torno a la "Propuesta de anteproyecto de la Ley Concursal" del Profesor Ángel Rojo», *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 889 ss.
- MIGUENS, Héctor José: «Crítica y soluciones a los sistemas de extensión de la quiebra en los grupos de sociedades en el Derecho Comparado», *RDS*, núm. 7, 1996, pp. 132 ss.
- MONTES, Vicente L.: «Problemas que suscita la incorporación de créditos a la lista definitiva de acreedores de la suspensión de pagos», *RJC*, 1997-1, pp. 9 ss.
- ORÍA FERNÁNDEZ DE MUNIÁN, Román: «La quiebra internacional», *RGD*, diciembre 1996, pp. 13253 ss.
- RIVAS TORRALBA, Rafael A.: «Registro de la Propiedad y procesos concursales», *RCDI*, núm. 635, 1996, pp. 1247 ss.
- SALA REIXACHS, Albert: «La Hacienda Pública en los procedimientos concursales», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 139 y ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente: «El reparto de competencias en materia medioambiental y su alteración en situaciones de necesidad», *RDU*, núm. 151, 1997, pp. 127 ss.
- BETRÁN ABADÍA, R.; CORVINOS BASECA, P., y FRANCO HERNÁNDEZ, Y.: «Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística», *RDU*, núm. 151, 1997, pp. 15 ss.
- BORREL CALONGE, Agustín: «Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y sobre el patrimonio arquitectónico. Aspectos técnicos», *RDU*, núm. 151, 1997, pp. 63 ss.
- CHINCHILLA, Juan Antonio: «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo», *RDU*, núm. 152, 1997, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, Fernando: «Aproximación a una tabla de vigencias como consecuencia del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo», *RDU*, núm. 150, 1996, pp. 49 ss.
- GARCÍA URETA, Agustín: «Protección del ambiente y acceso a los Tribunales: Asunto T-585/93, Greenpeace International y otros v. Comisión (Decisión de 9 de agosto de 1995, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Primera Sala)», *RDU*, núm. 150, 1996, pp. 113 ss.

- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «El deber de conservación de los bienes inmuebles: comentarios al artículo 245 de la Ley del Suelo», *RGD*, marzo 1997, pp. 1795 ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Ejecución del planeamiento: sistemas de cooperación y compensación», *RDU*, núm. 152, 1997, pp. 117 ss.
- LÓPEZ ABARCA, Antonio: «Comentario al Real Decreto-Ley 5/1996», *RDU*, núm. 150, 1996, pp. 17 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Resolución de la DGRN de 3 de noviembre de 1995. Declaración de obra nueva verificada en suelo no urbanizable y terminada en el año 1985, según certificación municipal. Aplicabilidad al suelo no urbanizable de la excepción contemplada por la disposición transitoria quinta del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en relación con la necesidad de que se acredite el otorgamiento de licencia y la expedición por técnico competente, de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 511 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Resolución de la DGRN de 26 de febrero de 1996. Declaración de obra nueva terminada en suelo no urbanizable. Acreditación de conformidad de la obra terminada con el proyecto aprobado mediante certificación extendida por el Secretario del Ayuntamiento de acuerdo con los antecedentes que obran en el Ayuntamiento y los informes pertinentes», *CCJC*, núm. 42, 1996, pp. 885 ss.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos», *RDU*, núm. 151, 1997, pp. 53 ss.
- MÁRQUEZ DIÉGUEZ, José Luis: «Comentario sobre el procedimiento para la obtención de licencias», *RDU*, núm. 151, 1997, pp. 89 ss.
- PORTO REY, Enrique: «La urbanización y su costeamiento en las actuaciones asistemáticas tras el Real Decreto-ley 5/1996», *RDU*, núm. 151, 1997, pp. 93 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «El interés general y las urbanizaciones de iniciativa particular», *RDU*, núm. 150, 1996, pp. 59 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La aprobación del planeamiento general tras la Ley 8/1990», *RDU*, núm. 152, 1997, pp. 89 ss.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, Alberto: «Consideraciones sobre la anotación registral y la subrogación de terceros en las cargas urbanísticas», *RDU*, núm. 150, 1996, pp. 101 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo: «Derecho Comunitario Europeo y Derecho del Deporte: efecto directo y derecho de la competencia», *La Ley*, 1996-1, pp. 1583 ss.
- CASES, L.: «El Derecho Comunitario de la competencia y la organización administrativa de los Estados miembros (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995, as. C-140/94 y C-142/94)», *RGD*, octubre/noviembre 1996, pp. 11731 ss.

- GÓMEZ-JORDANA, Íñigo: «La Directiva 96/10/CE, de 21 de marzo de 1996, que modifica la Directiva 289/647/CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual», *RDBB*, núm. 63, 1996, pp. 651 ss.
- PRIEGO, Francisco Javier: «El estatuto jurídico del euro: la fungibilidad funcional de las monedas nacionales y el euro», *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 985 ss.
- RON MARTÍN, Fernando: «El principio de efecto directo horizontal en la jurisprudencia europea: su aplicación en la práctica forense», *RJN*, núm. 16, 1995, pp. 123 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Notas sobre el estatuto de la asociación europea», *Actualidad Civil*, núm. 9, 1997, pp. 183 ss.
- VERCHER NOGUERAS, Antonio: «El medio ambiente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *La Ley*, 1996-2, pp. 1487 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Acotaciones al Libro Verde de la Comisión sobre “Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la Unión Europea”», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 637 ss.

DERECHO PROCESAL

- ARIAS LOZANO, David: «La llamada “condena con reserva”». Estudio del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *RGD*, octubre/noviembre 1996, pp. 11141 ss.
- GARBERI LLOBREGAT, José: «Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995. Admisibilidad de la actividad probatoria en la segunda instancia civil. Medios de prueba que, por cualquier causa no imputable al que los propusiere, no se hubieran practicado en todo o en parte en la primera instancia. Alcance de la imputabilidad a la parte en la falta de práctica de la prueba propuesta y no practicada en la primera instancia», *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 635 ss.
- MARTÍN BRAÑAS, Carlos: «El control jurisdiccional de la declaración de pertinencia de la prueba», *Actualidad Civil*, núm. 10, 1997, pp. 203 ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «De cómo probar los “hechos secretados” en el proceso civil», *RJC*, 1997-1, pp. 125 ss.
- OCHOA MONZO, Virtudes: «De nuevo sobre el artículo 1435.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Comentario a la STC 141/1995, de 3 de octubre)», *RDBB*, núm. 63, 1996, pp. 791 ss.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «La litispendencia y sus relaciones con la cosa juzgada», *RGD*, enero/febrero 1997, pp. 81 ss.
- SILVESTRE PEÑARROCHA, J. L., y VERDAGUER LÓPEZ, V.: «La comparecencia prevista en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *RGD*, octubre/noviembre 1996, pp. 11341 ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
DPC	Derecho Privado y Constitución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNav.	Revista Jurídica de Navarra
RJN	Revista Jurídica del Notariado

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley
Poder Judicial

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 directamente los Libros del Registro Civil con fines de carácter científico. Datos relativos a las adopciones internacionales.

Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1996.

HECHOS:

Con fecha 30 de noviembre de 1995 la promotora obtuvo autorización del Juez encargado de la sección par del Registro Civil Central para examinar los libros del mismo a fin de realizar, en el ámbito de su profesión, una investigación sociológica y jurídica sobre la adopción internacional. Dicha autorización sólo permitía a la promotora obtener datos abstractos y bajo vigilancia de persona designada por el Juez.

Posteriormente, la promotora solicitó otra autorización similar para examinar los libros de la sección impar del mismo Registro, cuyo Juez encargado la denegó al considerar que, por tratarse de datos atinentes a la intimidad personal y familiar, el derecho más primordial de protección a la intimidad debía prevalecer sobre el derecho a realizar una investigación científica. Significó, asimismo, el Juez encargado que el examen directo de los libros podría ser suplido por notas simples informativas.

La promotora impugnó ante la DGRN dicho acuerdo, cuya confirmación fue instada por el Ministerio Fiscal.

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 LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la LO 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 y 35 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1985, y las Resoluciones de 15 de junio de 1972, 25 de octubre de 1985, 12 de febrero y 2 de mayo de 1988, 23 de mayo de 1991, 5 de marzo de 1994 y 20 de mayo de 1995.

II. La cuestión que se suscita es si el interés en investigar sobre las adopciones internacionales legitima al interesado para consultar por sí directamente los libros del Registro o si la información que se quiere obtener puede serle proporcionada por otros medios.

A estos efectos debe tenerse presente que las adopciones, por su propia naturaleza, afectan a la intimidad personal y familiar de los directamente interesados, de modo que su publicidad está especialmente restringida (cfr. arts. 6 y 51 LRC y 17, 18, 21 y 22 RRC), como consecuencia de que el *Derecho Constitucional a la intimidad* (art. 18 CE) *funciona como un límite al derecho de acceso a los Registros* (cfr. art. 105 CE).

III. Como indicó, para un supuesto muy semejante, la Resolución de 5 de marzo de 1994, aunque el derecho a investigar científicamente las adopciones internacionales no deba ser coartado, el mismo no alcanza a permitir que personas ajenas al Registro lleguen a conocer datos íntimos sobre otras personas, como así ocurriría si se admitiera que aquéllas pudieran examinar por sí mismas los libros de nacimientos. En efecto, por más que tales datos íntimos no vayan a ser divulgados, el derecho a la intimidad exige que tales datos no sean conocidos más que por las personas directamente afectadas. Los terceros han de invocar y *justificar un interés legítimo especial referido a la necesidad de probar un estado civil o el contenido del Registro* (cfr. art. 21, *fine*, RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1987).

IV. No obstante lo anterior, el derecho de acceso a los Registros puede verse satisfecho por un procedimiento menos drástico que el de la manifestación de los libros de nacimientos. Puesto que los datos que interesan a la promotora—fechas de las inscripciones, nacionalidad de los adoptados, edad de los adoptantes y adoptados, autoridad que concedió la adopción y Comunidad Autónoma de residencia de los adoptantes—son abstractos y no identifican a los adoptantes y adoptados, podrán ser facilitados por medio de notas simples informativas (cfr. art. 35 RRC).

La Dirección General *acordó* confirmar el acuerdo apelado sin perjuicio de lo señalado en el último fundamento jurídico.

2. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

2.1 Inscripción de nacimiento de hija de madre casada: presunción de paternidad del marido de la madre.

Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 1996.

HECHOS:

La promotora, doña S. M. L., española, quien contrajo matrimonio el día 24 de marzo de 1995 con don J. C. G., dominicano, alumbró, con fecha 6 de octubre de 1995, una niña, cuya inscripción de nacimiento instó ante el Registro Civil de su domicilio, manifestando que la nacida no es hija de su marido, del cual,

mediante declaración jurada, dijo haberse separado de hecho el día 1 de abril de 1995. Por todo ello, la promotora solicitó que se inscribiera el nacimiento de la referida menor como hija suya no matrimonial.

Por su parte, don J. C. G. declaró no ser padre de la hija de la promotora y que conoció el embarazo de ésta antes de que ambos contrajeran matrimonio.

La Juez encargada dictó auto declarando vigente la presunción legal de paternidad del marido de la promotora y ordenando practicar la inscripción de nacimiento de la menor como hija matrimonial de aquél y ésta.

Dicho auto fue impugnado por la promotora ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 17, 116, 117, 129, 136, 137, 1250 y 1251 del Código Civil; 27 y 28 de la Ley del Registro Civil; 183 y 184 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 5 de marzo y 26 de mayo de 1994, 19 de enero, 28 de septiembre, 23 de octubre y 30 de noviembre de 1995.

II. Como está determinada legalmente la filiación materna de la nacida y la madre tiene la nacionalidad española, es esta Ley española, como personal de la hija (cfr. art. 9.4.º CC), la que debe ser aplicada para resolver la cuestión planteada sobre filiación, sin que importe a estos efectos que el marido de la madre tenga otra nacionalidad.

III. Para inscribir dentro de plazo la filiación no matrimonial del hijo de casada es necesario que en las diligencias comprobatorias de la calificación (cfr. art. 28 LRC y Circular de 2 de junio de 1981) se acredite que no rige la presunción legal de la paternidad del marido, tal y como está formulada por el artículo 116 del Código Civil.

En este caso, como el nacimiento tuvo lugar a los ciento noventa y seis días desde el matrimonio de la madre, es obvio que no entra en juego las previsiones del artículo 117 del Código Civil, por lo que la declaración auténtica del marido, con consentimiento de la mujer, de que conocía el embarazo antes del matrimonio carece de eficacia y no basta, según la letra del artículo, para destruir la presunción legal de la paternidad del marido.

Es, pues, de plena aplicación el artículo 116 del Código Civil, ya que ambos cónyuges han afirmado que la separación de hecho se produjo ocho días después de celebrarse el matrimonio.

IV. Al no haberse destruido la presunción, las alegaciones de los cónyuges en el sentido de que el marido no es el padre de la hija de su mujer tendrán cabida en el ámbito judicial, cuando por los legitimados al efecto se ejercite la oportuna acción de impugnación de la paternidad.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar la calificación efectuada.

2.2 Inscripción de nacimiento fuera de plazo: denegación. Nacida en el extranjero de madre extranjera. Destrucción de la presunción de la paternidad del marido español de la madre: sentencia de divorcio. Determinación de la filiación conforme a la legislación española.

Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 1996.

HECHOS:

El día 22 de noviembre de 1994, doña F. S., de nacionalidad marroquí, promovió ante el Registro Civil de su domicilio en España expediente para inscribir fuera de plazo el nacimiento de su hija N., nacida en Marruecos el 13 de diciembre de 1989, fruto de su matrimonio, contraído el 10 de diciembre de 1988, con don D. S. C., de nacionalidad española. Notificado éste de la solicitud, manifestó haberse divorciado de la promotora y que no reconocía a N. como hija suya.

Trasladadas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado dictó auto por el que ordenaba inscribir el nacimiento de la menor como hija matrimonial de la promotora y don D. S. C., quien impugnó dicho auto ante la DGRN, alegando que: como se declara probado en la sentencia firme de divorcio, de fecha 14 de diciembre de 1994, la convivencia conyugal entre él y la promotora «duró diez días y concluyó el 20 de diciembre de 1988, sin que conste que se haya reanudado»; que, en consecuencia, la presunción de paternidad ha sido desvirtuada por haberse acreditado que el nacimiento se produjo transcurridos trescientos días desde la separación de hecho de los cónyuges.

En trámite de alegaciones, la promotora negó que la convivencia conyugal durase sólo diez días y afirmó que, al no haber ella comparecido en el procedimiento de divorcio, no pudo rebatir los hechos en que se basa la sentencia dictada en rebeldía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 17, 69, 113, 116, 117, 129 y 132 del Código Civil; 15 y 95 de la Ley del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 30 de abril y 7 (1.^a y 2.^a) de noviembre de 1994 y 22 de junio, 23 de octubre y 11 de diciembre de 1995.

II. Para inscribir fuera de plazo la filiación matrimonial es necesario que el nacimiento haya acaecido durante la vigencia de la presunción de paternidad del marido de la madre, es decir, después de la celebración del matrimonio y antes de transcurrir trescientos días desde la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges (cfr. arts. 116 y 117 CC).

En este caso, el marido ha probado durante la tramitación del recurso, mediante lo declarado en la correspondiente sentencia de divorcio, que la menor nació pasados trescientos días desde la separación de hecho de los esposos, una vez decaída, pues, la presunción de paternidad del marido de la madre. El valor probatorio de esta prueba puede apreciarse por ser de interés público su admisión

(cfr. art. 358.2 RRC). En consecuencia, no es posible la inscripción de la filiación matrimonial.

III. La aplicación de la Ley española a la determinación de la filiación matrimonial está justificada en este caso (cfr. art. 9.4 CC), a pesar de la nacionalidad marroquí de la madre y de la hija, por ser el territorio español el lugar de residencia habitual de una y otra y por no estar probado que el matrimonio en cuestión tenga validez para el Derecho marroquí (cfr. art. 12.6 CC), de modo que no puede aplicarse la presunción de legitimidad establecida por esta legislación. En todo caso, siempre quedará a salvo la acción judicial de reclamación de la filiación matrimonial (cfr. arts. 129 y 132 CC).

IV. Al no poder inscribirse la paternidad del marido español, se trata de un nacimiento acaecido en el extranjero y que no afecta a ningún ciudadano español, por lo que tampoco debe ser inscrito el nacimiento (cfr. arts. 15 LRC y 66 RRC) y la inscripción practicada debe ser cancelada totalmente (cfr. arts. 163 y 164 RRC), como resultado de la estimación del recurso interpuesto.

V. Ha de advertirse, finalmente, que el recurso ha sido entablado en plazo oportuno, como es el de quince días hábiles a partir de la notificación (cfr. art. 355 RRC), puesto que se trata de un recurso contra la resolución de un expediente y no de un recurso contra la calificación del encargado.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar se cancele la inscripción de nacimiento extendida en estas actuaciones.

2.3 Inscripción de nacimiento fuera de plazo y marginal de adopción constituida en el extranjero: denegación por no ajustarse a la figura de adopción regulada en el Ordenamiento Jurídico español.

2.3.1 Adopciones constituidas en Méjico.

Resoluciones de la DGRN de 1 de abril de 1996 y 22 de abril de 1996.

(NOTA: Las dos Resoluciones resuelven hechos análogos y contienen similares fundamentos jurídicos.)

HECHOS:

Por comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, los cónyuges don R. S. P. y doña T. V. P., españoles y residentes en España, solicitaron que fuese inscrita la adopción por ellos efectuada respecto de un menor mejicano, nacido en Méjico el 28 de febrero de 1993, así como la inscripción fuera de plazo de nacimiento de éste.

Por su parte, los cónyuges españoles don R. C. A. y doña M. S. A., formularon las mismas solicitudes respecto de otro menor mejicano y nacido en Méjico el 15 de marzo de 1995.

Sendas adopciones fueron constituidas en Méjico los días 27 de agosto de 1993 y 7 de abril de 1995, respectivamente, conforme a la legislación de dicho país.

En ambos casos, los correspondientes Jueces Encargados acordaron denegar las inscripciones instadas, al considerar que la adopción regulada por las leyes mejicanas no es equiparable a la prevista en el Ordenamiento Jurídico español, puesto que aquélla es susceptible de revocación y no extingue los derechos y obligaciones que resultan del parentesco biológico, excepción hecha de la patria potestad que adquieren los adoptantes.

Los promotores recurrieron estos acuerdos ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 19, 108, 172 y ss. del Código Civil; 1, 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 81, 145 y 154 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción, y las Resoluciones de 1 de septiembre y 25 de octubre de 1995 y 27 de enero y 29 de febrero de 1996.

II. El problema central que plantean estos recursos es el de si es inscribible en el Registro Civil español la adopción, constituida en Méjico, por un matrimonio español en favor de un menor de edad de nacionalidad mejicana.

En caso afirmativo habría que practicar también la inscripción de nacimiento del menor —o la anotación soporte del art. 154.1.º RRC— para extender en su margen la inscripción de la adopción (cfr. art. 46 LRC).

III. A tenor de la legislación mejicana aplicable a estas adopciones: el hijo adoptivo conserva todos sus derechos y obligaciones respecto de su familia natural, excepto la patria potestad; la adopción sólo crea relaciones entre adoptante y adoptado, pero no con la familia del primero; y la adopción puede revocarse por mutuo acuerdo una vez que el adoptado llegue a la mayoría de edad.

Frente a todo ello, la única adopción regulada por el Código Civil español: supone la integración total del adoptado en la familia adoptiva, equiparado a un hijo por naturaleza (art. 108 CC); como regla, produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia anterior (art. 178 CC); y es, como regla, irrevocable.

En consecuencia, la citada institución jurídica mejicana ha de ser calificada como radicalmente distinta a la adopción española, no puede surtir los mismos efectos, ni puede incluirse en la lista de actos inscribibles detallados en el artículo 1 de la LRC, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción.

IV. Por otra parte, no existe norma de Derecho Internacional privado español ni compromiso internacional asumido por España, que obligue a nuestro país a convertir una adopción simple constituida en el país de origen en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida. Por contra, el artículo 9.5.º-5 del Código Civil, en su redacción por Ley Orgánica 1/1996, establece que «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». En definitiva, la transformación de una en otra adopción requerirá bien que así se acuerde, si ello es posible, en el país de origen,

bien que se constituya la adopción española ante Juez español (arts. 176.1 CC y 27 del Convenio de La Haya). Este Juez será competente para ponderar si la adopción mejicana puede ser asimilada a un acogimiento legal preadoptivo o a una tutela a los efectos de poder prescindir de la propuesta de la entidad pública (cfr. art. 176.2.3.º CC).

V. Precisamente porque hay que reconocer los efectos de la adopción constituida ante la competente autoridad extranjera, no sería respetuoso el atribuir a tal adopción los efectos distintos de una institución diferente, como son los derivados de la adopción española, entre ellos la adquisición de esta nacionalidad (cfr. art. 19 CC). El interés del adoptado exige no desvirtuar la institución que se ha tenido presente por la autoridad extranjera al constituir la adopción.

VI. Sin embargo, no hay inconveniente para que, a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a adoptantes españoles, sea susceptible de anotación en el Registro Civil español, pues la figura envuelve una situación personal de prohijamiento o acogimiento que, si se ha constituido en España, es anotable en virtud de lo previsto por el artículo 154.3 del RRC y que, si se ha constituido en el extranjero, lo será por medio del documento auténtico extranjero (cfr. art. 81 RRC). La anotación con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 y 145 RRC) se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154.1 del propio Reglamento. Claro está que, en tales casos, habrá de hacerse constar expresamente que no está acreditada conforme a Ley la nacionalidad española del nacido (cfr. art. 66, *fine*, RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar los recursos y confirmar los acuerdos apelados.

2.3.2 Adopción constituida en la República Dominicana.

Resolución de la DGRN de 12 de julio de 1996.

HECHOS:

Con fecha 1 de septiembre de 1995, los cónyuges españoles don M. C. T. y doña A. P. M. solicitaron del Registro Civil de su domicilio la inscripción fuera de plazo de nacimiento, así como la adopción del menor dominicano, nacido en la República Dominicana el día 28 de enero de 1995. Dicha adopción fue constituida en la República Dominicana, y conforme a sus leyes, mediante acta notarial homologada por la autoridad judicial de aquel país.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado *acordó* denegar lo solicitado por tratarse de una adopción ordinaria regulada en el Ordenamiento Jurídico dominicano, que no extingue los vínculos del adoptado con su familia biológica, por cuyo motivo no es asimilable a la adopción contemplada en el Ordenamiento Jurídico español.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 176, 178 y 180 del Código Civil; 1, 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 81, 145 y 154 del Reglamento del Registro Civil; la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, ratificada por España («BOE» de 1 de agosto de 1995), y las Resoluciones de 24 de junio, 1 de septiembre (1.ª y 2.ª), 13 y 25 de octubre de 1995, 27 de enero, 1 y 29 de febrero, 1 y 22 de abril de 1996.

II. En la legislación dominicana existen dos tipos de adopción, la ordinaria y la privilegiada. Mientras en la primera el adoptado conserva en su familia natural todos sus derechos, en la segunda el menor deja de pertenecer a su familia natural y tiene los mismos derechos y obligaciones que si hubiera nacido del matrimonio adoptante. Por lo tanto, sólo esta última es equiparable a la única adopción regulada en el Código Civil español, mientras que la primera, por no suponer ruptura de vínculos con la familia de origen, no puede ser calificada como adopción según la Ley española (cfr. art. 12.1 CC); no puede ser reconocida en España como tal adopción, porque sus efectos no se corresponden con los previstos por la Ley española (art. 9.5.5.º CC, en su redacción vigente por la Ley Orgánica 1/1996); y no puede estimarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1 de la LRC, so pena de producir grandes equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción.

III. En el presente recurso se intenta demostrar que la adopción constituida es una adopción privilegiada, pero este intento no puede prosperar, pues no se dan las condiciones de que el menor haya sido abandonado por sus padres o que éstos sean desconocidos o hayan fallecido, imprescindibles para la adopción privilegiada. Además, la adopción no se ha constituido por sentencia, sino por acta notarial homologada judicialmente, siendo este procedimiento el propio de la adopción ordinaria. Tampoco ha habido cambio del nombre propio del adoptado, sólo posible en la adopción privilegiada, y el cambio de apellidos realizado es un fenómeno común a las dos modalidades de adopción.

IV. Se trata, en definitiva, de una adopción simple constituida en el país de origen que no puede ser convertida automáticamente en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida. La transformación de una en otra adopción requerirá que así se acuerde, si ello es posible, en el país de origen, bien que se constituya la adopción española ante Juez español (arts. 176.1 CC y 27 del Convenio de La Haya). A este Juez corresponderá ponderar si esta adopción ordinaria dominicana puede ser asimilada a un acogimiento legal preadoptivo o a una tutela a los efectos de poder prescindir de la propuesta de la entidad pública (cfr. art. 176.2.3.º CC).

V. Ha de quedar a salvo que el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, pueda ser objeto de la anotación prevista en el artículo 154.3 del RRC, sirviendo de título para la anotación del documento auténtico extranjero (cfr. art. 81 RRC) y siempre que así lo solicite el Ministerio Fiscal o cualquier interesado. En tal caso, la anotación, con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo

lo 154.1 del RRC, haciendo constar expresamente que no está acreditada conforme a la Ley la nacionalidad española del nacido (cfr. art. 66, *fine*, RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

3. EXPEDIENTE PREVIO A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN FORMA CIVIL

3.1 Expedición de certificado de capacidad matrimonial: presunción general de buena fe y ejercicio del *ius nubendi*.

Resolución de la DGRN de 27 de abril de 1996 (3.^a).

HECHOS:

Con fecha 4 de agosto de 1995, ante el Consulado General de España en C. (Marruecos), doña N. C., marroquí, residente en Marruecos, solicitó certificado de capacidad exigido por la Ley coránica a los efectos del matrimonio que proyectaba celebrar ante autoridad marroquí con don C. L. A., español y domiciliado en España.

El Canciller en funciones de Ministerio Fiscal emitió informe contrario a la solicitud deducida al apreciar falta de real consentimiento matrimonial en los interesados, conclusión fundada en la notoria diferencia de edad entre ellos, inexistencia de idioma común, breve plazo de relaciones, conveniencia para el interesado de contar con ayuda en su negocio y precarias condiciones de vida de la interesada.

Los promotores presentaron sendos recursos frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 de Derechos Civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1.253 del Código Civil; 238, 245, 246, 247 y 252 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20 de enero, 30 de mayo, 25 de septiembre y 22 de noviembre de 1995 y 8 de enero y 22 de marzo de 1996.

II. Cuando, como en el presente caso, un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración y esta Ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial (cfr. art. 252 RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995). Es, pues, trámite necesario la audiencia personal, reservada y por sepa-

rado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede, en ocasiones, descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio —ni contribuir, como en este caso, a la autorización—, nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1.253 CC).

V. En el caso actual, los hechos comprobados por medio de ese trámite de la audiencia a ambos contrayentes no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las relaciones entre el español y el marroquí no se han limitado a unos pocos días y el recurso entablado por ambos demuestra una persistencia de su voluntad de casarse, para enjuiciar sobre cuya realidad hay que prescindir de los motivos particulares que inducen a uno y a otra para fundar una familia.

VI. Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9 de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubi*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General *acordó* estimar los recursos y revocar la decisión recurrida.

3.2 Resolución de la DGRN de 26 de junio de 1996 (1.^ª).

HECHOS:

Con fecha 12 de junio de 1995, don F. G. G., español, y doña E. M., filipina, ante el Consulado General de España en M. (Filipinas), promovieron expediente previo para contraer matrimonio en forma civil.

Tras la preceptiva audiencia a los promotores, el Canciller en funciones de Ministerio Fiscal informó de su oposición al pretendido enlace fundándose en: la diferencia de edad y escaso conocimiento entre los interesados, la inexistencia de idioma común y en haber declarado el promotor que le interesa casarse porque «... se está haciendo mayor».

El Cónsul General dictó auto por el que denegaba la solicitud deducida al apreciar la falta de verdadero consentimiento matrimonial para el enlace pretendido.

El promotor recurrió frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La presente Resolución reproduce los fundamentos jurídicos contenidos en la Resolución de la DGRN de 27 de abril de 1996 (vid. supra), completándolos con el siguiente razonamiento: «La diferencia de edad no es por sí sola motivo para la denegación y esa misma es el único dato objetivo del que puede deducirse el fraude, cuando para apreciar la existencia de éste hay que contar con más datos de este carácter, debiendo prescindirse de los motivos particulares que inducen a los promotores para fundar una familia, pues su indagación invadiría la esfera de su intimidad personal constitucionalmente protegida».

La Dirección General *acordó*, asimismo, estimar el recurso y revocar el auto apelado.

4. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

4.1 Matrimonio celebrado en España ante autoridad consular extranjera: nulidad cuando uno de los contrayentes es español.

Resolución de la DGRN de 13 de enero de 1996 (2.ª).

HECHOS:

Con fecha 4 de octubre de 1995 y ante el Registro Civil de su domicilio en España, don M. F. H., español, y doña P. W. L., nacional de la República de Costa de Marfil, solicitaron la inscripción del matrimonio en forma civil que contrajeron el 31 de agosto de 1995 en la Embajada de Costa de Marfil en Madrid y que fue autorizado por el Embajador de dicho país.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado *acordó* denegar la inscripción instada al considerar que no pueden acceder al Registro Civil español los matrimonios celebrados en España ante autoridad consular extranjera en los que uno de los contrayentes sea de nacionalidad española.

El promotor recurrió frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 49, 50, 65, 73 y 78 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; 5 del Convenio de Viena, de 24 de abril de 1963, sobre Relaciones Consulares; y las Resoluciones de 5 de agosto de 1981, 20 de enero de 1982 y 4 de mayo de 1988.

II. Cualesquiera que fueran las dudas sobre el caso en la regulación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio (cfr., por ejemplo, la Res. de 20 de enero de 1982), después de dicha Ley, y el régimen no ha sido modificado por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, alcalde o funcionario señalado por el Código Civil, bien en la forma religiosa legalmente prevista (cfr. art. 49 CC). El matrimonio consular que pueden contraer válidamente dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. art. 50 CC), no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en este segundo caso el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73.3 CC.

III. Consiguientemente y por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro Civil (cfr. arts. 23 LRC y 85 RRC), ha de denegarse la inscripción del matrimonio celebrado en la Embajada de Costa de Marfil en España entre un español y una nacional de aquel país. La calificación por el encargado alcanza, sin duda, a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (cfr. arts. 65 CC y 256 RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

4.2 Matrimonio en forma civil celebrado por poder. Denegación de inscripción de matrimonio: matrimonios de complacencia. Simulación; prueba.

Resolución de la DGRN de 8 de enero de 1996.

HECHOS:

Con fecha 9 de octubre de 1995, doña Y. S. C., cubana, residente en L. H. (Cuba) y nacida el 1 de mayo de 1979, solicitó ante el Consulado de España en L. H. la inscripción del matrimonio civil por poder contraído por dicha señora el 5 de octubre de 1995 en Cuba, conforme a la *lex loci*, con don C. H. R., español y domiciliado en M. (España). Entre la documentación aportada por la promotora se incluye copia de la escritura de poder especial por la que don C. H. R. confiere poder a don J. B. D., español y con domicilio en M. (España), para que en nombre y representación de aquél pueda éste contraer matrimonio civil con doña Y. S. C.

La promotora declaró, en audiencia reservada ante el Cónsul General de España en L. H., no haber sido su intención real el contraer matrimonio con don C. H. R., sino que la razón de dicho enlace fue el poder viajar a España con su verdadero novio (y apoderado del promotor), don J. B. D., con quien en el futuro, y una vez divorciada, pretende casarse.

El encargado del Registro Civil consular acordó denegar la práctica de la inscripción solicitada al considerar que no ha existido verdadero consentimiento matrimonial.

Frente a dicho acuerdo, los promotores interpusieron ante la DGRN sendos recursos, de los que fue notificado el Canciller de la citada representación consular, quien, en funciones de Ministerio Fiscal, oyó al apoderado del promotor, don J. B. D., el cual manifestó que el matrimonio intentado le fue aconsejado por sus abogados a fin de permitir la entrada en España de la promotora, con quien le une una relación sentimental. En consecuencia, el Ministerio público significó en su informe la falta de verdadero consentimiento matrimonial.

El Juez encargado del Registro Civil consular instó la confirmación del acuerdo apelado por tratarse de un matrimonio simulado y por ende nulo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 del Convenio de Roma, de 4 octubre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 55, 56, 65, 73 y 1.253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 9 de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20 de enero, 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995.

II. El problema de los llamados matrimonios de complacencia es un fenómeno común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a una reciente Instrucción de carácter general de la DGRN. Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del otro cónyuge aparente.

III. El matrimonio de complacencia es, sin duda, nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC). Por exigencias del principio de legalidad ha de evitarse, pues, en la medida de lo posible, la autorización por los funcionarios españoles competentes de estos matrimonios simulados y, a estos efectos, cobra especial importancia el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente prevista por el artículo 246 RRC. Dada la normal ausencia de pruebas directas de la voluntad encubierta, esa audiencia, junto con otros datos objetivos, puede servir para deducir de los hechos probados la convicción en el instructor del expediente de la simulación a través de la prueba de presunciones (cfr. art. 1.253 CC).

IV. Como han destacado las Resoluciones de 30 de mayo y 22 de noviembre de 1995, la inscripción de los matrimonios celebrados por un español en el extranjero conforme a la *lex loci* está sujeta a la calificación por el encargado de la eventual ausencia de consentimiento matrimonial. Por aplicación del artículo

lo 65 CC, el encargado debe comprobar, antes de la inscripción, si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio y este precepto ha sido desarrollado por los artículos 256 y 257 RRC, redactados por el Real Decreto 1917/1986. Resulta así que el matrimonio que conste por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3 RRC) es inscribible «siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española», siendo título para practicar la inscripción «el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas». Puesto que estas declaraciones complementarias integran el título inscribible, de ellas puede en ocasiones deducirse –lo mismo que puede suceder en el trámite previo de la audiencia– la falta de real consentimiento matrimonial, lo que ha de llevar consigo la denegación de la inscripción.

V. Ha de insistirse en todo caso que tanto por la presunción general de buena fe como porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, es necesario que la convicción del fraude se forme en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

Ahora bien, en el supuesto de la presente resolución, hay una serie de hechos acreditados de los que es una deducción más que fundada, según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1.253 CC), la de que el matrimonio es nulo por simulación.

VI. No siendo las presentes actuaciones suficientes para inscribir el matrimonio, la vía registral del expediente previsto en el artículo 257 RRC queda de hecho impedida, pues no habrá otros elementos de juicio que pudieran sustentar una conclusión distinta a la obtenida en momentos más próximos cronológicamente a la celebración del matrimonio, de modo que el principio de economía procesal (cfr. art. 354 RRC) aconseja prescindir de ese camino.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

4.3 Denegación de inscripción de matrimonio: matrimonios de complacencia; simulación; prueba. Falta de señalamiento, en el auto denegatorio, del plazo para impugnarlo: subsanación mediante la interposición del correspondiente recurso.

Resolución de la DGRN de 22 de marzo de 1996.

HECHOS:

Con fecha 13 de diciembre de 1995, ante el Consulado de España en S. D. (República Dominicana), don J. N. F., español domiciliado en L. (España) y doña F. C. C., dominicana residente en S. D., solicitaron la inscripción del matrimonio por ellos contraído en la República Dominicana según la *lex loci*.

De lo declarado por los interesados ante el Cónsul General de España en el curso de las preceptivas audiencias reservadas, resultó que: los promotores se conocieron por teléfono y sólo se vieron tres días antes de la celebración del matrimonio; uno y otro ignoraban datos elementales sobre sus respectivas vidas;

el promotor, que llegó a la República Dominicana provisto de certificado de nacimiento y fe de soltería, no recordaba cuándo y dónde se celebró el matrimonio.

El Cónsul de España, como encargado del Registro Civil consular, dictó auto denegando la inscripción instada al considerar que no existía verdadero consentimiento matrimonial.

El promotor recurrió frente a dicho auto ante la DGRN alegando, substancialmente, la existencia de consentimiento matrimonial así como la nulidad del auto denegatorio por no señalarse en el mismo ni el tipo de recurso ni el plazo para su impugnación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La presente Resolución reproduce esencialmente los fundamentos jurídicos contenidos en la Resolución de 8 de enero de 1996 (vid. supra), y añade:

«Ha de advertirse finalmente que el auto denegando la inscripción fue notificado personalmente a los interesados, con indicación expresa de que podían interponer recurso ante la Dirección General. La circunstancia de que no se haya señalado el plazo de quince días hábiles para entablarlo no es motivo bastante para anular la notificación, puesto que se ha interpuesto el recurso pertinente y ello dota de eficacia a la notificación defectuosa (cfr. art. 355 RRC)».

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

4.4 Denegación de inscripción de matrimonio: matrimonios de complacencia; simulación; prueba.

Resolución de la DGRN de 18 de julio de 1996 (3.ª).

HECHOS:

Con fecha 19 de enero de 1996, ante el Consulado de España en L. H. (Cuba), doña O. V. G., cubana, nacida en 1934 y domiciliada en L. H., solicitó la inscripción del matrimonio por ella contraído, en Cuba conforme a la *lex loci*, con don V. M. G., español, nacido en 1974 y residente en España.

El Cónsul General de España oyó reservadamente a la promotora, la cual declaró no recordar cuándo ni dónde conoció a don V. M. G., ignorar lo que hacía éste en Cuba cuando se conocieron así como sus estudios, profesión y aficiones.

El Cónsul General, como encargado del Registro Civil consular acordó denegar la inscripción instada por considerar que no existió verdadero consentimiento matrimonial.

Los interesados interpusieron sendos recursos frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La presente Resolución reproduce los fundamentos jurídicos contenidos en la Resolución de 8 de enero de 1996 (vid supra).

La Dirección General *acordó* desestimar los recursos entablados, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

4.5 Denegación de inscripción de matrimonio por concurrir en el contraente impedimento de vínculo. Sentencia extranjera de divorcio, que no obtuvo el correspondiente *exequatur*, y posterior sentencia española de divorcio.

Resolución de la DGRN de 3 junio de 1996.

HECHOS:

Don R. C. P., español, contrajo matrimonio en España en el año 1975, que fue debidamente inscrito en el Registro Civil competente y respecto del cual fue dictada sentencia de divorcio por autoridad judicial estadounidense el 10 de febrero de 1982, sin que se solicitara el *exequatur* previsto en el Ordenamiento jurídico español. Este mismo matrimonio fue posteriormente disuelto mediante sentencia firme de 28 de junio de 1990 dictada por Tribunal español.

El día 20 de febrero de 1982, don R. C. P. contrajo un segundo matrimonio civil en EE.UU., según la *lex loci*, con doña K-L. G., nacional de dicho país, donde ambos residían en aquellas fechas. Trece años después, en febrero de 1995, doña K-L. G. solicitó la inscripción de este matrimonio en el Registro Civil de M. (España), donde se halla domiciliada dicha señora.

El Juez encargado acordó denegar la inscripción instada al considerarla inviable en tanto no se haya obtenido el necesario *exequatur* respecto de la sentencia estadounidense de divorcio.

La promotora interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 46, 49, 65, 73, 85, 89 y 107 del Código Civil; 2, 23, 27, 73 y 76 de la Ley del Registro Civil; 85, 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 28 de enero, 2 de noviembre y 23 de diciembre de 1981, 31 de marzo de 1982, 30 de septiembre de 1985, 1 de junio de 1989, 5 de octubre de 1990, 20 de noviembre de 1992, 15 de junio y 8 de noviembre de 1993, 24 de mayo y 2 de junio de 1994, 11 de noviembre de 1995, 22 de enero, 12 y 19 de febrero de 1996.

II. Un español puede contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (cfr. art. 49.2 LRC). Ahora bien, la inscripción de este enlace, aunque conste su existencia por medio de la oportuna certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebra-

ción (cfr. art. 256.3 RRC), está sometida a la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales para su celebración (cfr. art. 65 CC). Por esto, la calificación del encargado, a la vista de esa certificación y de los documentos complementarios oportunos, alcanza al control de la inexistencia de impedimentos, pues ha de llegarse a la convicción de que el matrimonio es válido y legal para el Derecho español, pudiendo en esta calificación tenerse en cuenta los obstáculos que surjan de los asientos del Registro (cfr. arts. 23 y 27 LRC y 85 y 256 RRC).

III. En el caso presente, cuando el matrimonio se celebró en EE.UU., el contrayente español estaba ligado por un vínculo matrimonial, que no quedó disuelto hasta la sentencia española de divorcio pronunciada en 1990.

Puesto que el interesado había obtenido en EE.UU., en un momento anterior al segundo enlace, el divorcio de su primer matrimonio, debería haber promovido el *exequatur* (cfr. art. 107.2 CC) de dicha sentencia extranjera para que, de haber prosperado, se hubiera reconocido en España la disolución de su primer vínculo y se hubiera posibilitado la inscripción del segundo.

Al no hacerse así, sino que el divorcio se ha obtenido en España como un hecho nuevo con total independencia del ya sobrevenido en el extranjero, se ha producido una anómala situación en la que no corresponde a la DGRN pronunciarse sobre las vías judiciales para conseguir el resultado pretendido, especialmente si cabrá o no todavía, después de la sentencia española de divorcio, intentar el *exequatur* de la anterior sentencia extranjera.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso.

4.6 Inscripción de matrimonio: se admite una vez otorgado el *exequatur* de sentencia extranjera de divorcio. Retroactividad. Sentencia española de divorcio posterior a la extranjera y anterior al *exequatur*.

Resolución de la DGRN de 5 de julio de 1996.

HECHOS:

Don J. B. V., español, contrajo matrimonio en España en 1968, que fue inscrito en el Registro Civil competente y respecto del cual recayó sentencia de divorcio dictada en mayo de 1982 por autoridad competente en la República Dominicana.

El día 20 de mayo de 1983 don J. B. V. contrajo un segundo matrimonio en la República Dominicana, según la *lex loci*, con doña N. L. M., dominicana y residente en dicho país.

Mediante sentencia firme de 8 de octubre de 1992, dictada por Tribunal español, se declaró disuelto el primer matrimonio de don J. B. V. Posteriormente, con fecha 19 de septiembre de 1995, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó auto por el que se acordó conceder el *exequatur* a la sentencia dominicana de divorcio.

Habiendo solicitado don J. B. V. la inscripción de su matrimonio con doña N. L. M. ante el Registro Civil del Consulado de España en S. D. (República Dominicana), lugar donde residen los promotores, el Cónsul General acordó denegarla por haberse celebrado el enlace con anterioridad tanto a la sentencia española de divorcio como al otorgamiento del *exequatur* de la sentencia extranjera.

El promotor interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 46, 49 y 107 del Código Civil; 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 23 de la Ley del Registro Civil; y las Resoluciones de 28 de enero, 2 de noviembre y 23 de diciembre de 1981, 31 de marzo de 1982, 12 de junio de 1984, 11 de abril y 30 de septiembre de 1985, 1 de junio de 1988, 5 de octubre de 1990, 20 de noviembre de 1992, 15 de junio de 1993, 24 de mayo y 2 de junio de 1994, 11 de noviembre de 1995, 12 de febrero y 3 de junio de 1996.

II. Tras la obtención del divorcio en el extranjero, el matrimonio que el español puede contraer fuera de España según la *lex loci* (cfr. art. 49 CC) requiere, para su inscripción en el Registro Civil, que la sentencia extranjera de divorcio haya obtenido su reconocimiento en nuestro ordenamiento conforme a lo dispuesto en la LEC (cfr. art. 107.2 CC), lo que implica normalmente la necesidad de obtener el *exequatur* ante la Sala Primera del Tribunal Supremo (cfr. arts. 955 LEC y 83 y 265.2 RRC).

III. En el caso presente, habiéndose obtenido el *exequatur* de la sentencia dominicana, que ha sido objeto de la oportuna inscripción marginal, y no existiendo duda de la realidad del hecho del matrimonio y de su legalidad conforme a la ley española, debe practicarse su inscripción, sin necesidad de previo expediente, en virtud de la certificación expedida por el Registro extranjero (cfr. arts. 23 LRC y 85 y 256.3 RRC).

IV. No es argumento que a la fecha del matrimonio civil contraído por los recurrentes no se había obtenido el *exequatur* de la sentencia dominicana de divorcio, ya que precisamente una vez otorgado por el Tribunal Supremo dicho *exequatur*, la resolución extranjera tiene eficacia en nuestro ordenamiento desde la fecha en que se dictó, desapareciendo por tanto el impedimento de ligamen y teniendo los contrayentes plena capacidad para contraer matrimonio.

El presente caso es distinto al resuelto por la Resolución de 12 de junio de 1984, que el Cónsul y el Canciller invocan erróneamente como fundamento de la decisión denegatoria recurrida. En efecto, dicha resolución se refería a matrimonio celebrado entre el divorcio dictado en el extranjero y el obtenido en España. Durante ese intervalo, faltando el *exequatur*, el contrayente español mantenía su estado civil de casado y quedaba impedida la inscripción del segundo matrimonio, puesto que el impedimento de ligamen sólo desaparecía a partir de la fecha de la sentencia de divorcio española. La propia resolución admitía como solución que la sentencia de divorcio extranjera llegara a producir efectos en el ordenamiento español mediante el *exequatur*. Sólo se daría el supuesto y las solu-

ciones de la Resolución de 12 de junio de 1984 en el supuesto de que habiendo sentencia extranjera de divorcio y otra posterior española, no se hubiera obtenido, después de solicitarlo, el *exequatur* de la sentencia extranjera por no reunir los requisitos exigidos en nuestra legislación para dotarla de eficacia en cuanto a su fondo.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso y ordenar la inscripción de matrimonio solicitada.

5. TUTELA

Suspensión del ejercicio de la patria potestad acordada por autoridad administrativa y consiguiente tutela asumida *ex lege* por entidad pública: denegación de acceso al Registro Civil.

Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1996.

HECHOS:

Con fecha 7 de marzo de 1996, el Letrado Defensor del Menor de la Consejería de Servicios Sociales de una Comunidad Autónoma, en nombre de ésta, solicitó del Registro Civil competente la inscripción, al margen de la de nacimiento del menor R. D. M., de la suspensión de la patria potestad ostentada por la madre del menor así como la consiguiente asunción de la tutela del mismo por la Administración de dicha Comunidad Autónoma.

El referido menor, cuyo padre ha fallecido, nació el 27 de noviembre de 1986 y fue declarado en situación de desamparo por resolución de la repetida Administración autonómica, fechada el 29 de febrero de 1996, la cual asumió la tutela y custodia del menor tras suspender el ejercicio de la patria potestad de la madre.

El Juez encargado del Registro Civil denegó la práctica de la inscripción marginal instada, al estimar que el procedimiento administrativo actuado no es cauce adecuado para resolver sobre la privación parcial de la patria potestad.

El Letrado solicitante recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 39 de la Constitución; 154, 170, 172, 173, 173 bis, 218 y 239 del Código Civil; 1, 46 y 88 de la Ley del Registro Civil; 154, 180, 284, 355 y ss. del Reglamento del Registro Civil.

II. Se plantea en este recurso la cuestión de si es o no inscribible en el Registro Civil la suspensión de la patria potestad y consiguiente asunción de la tutela por parte de una Entidad Pública de protección de menores.

Ante todo, debe precisarse la naturaleza jurídica de esta tutela, ya que de ello dependerá la solución que se adopte al respecto.

La situación que se produce cuando una entidad pública asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores (cfr. art. 39 CE).

Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede asimilarse a la tutela propiamente dicha y que como tal debe inscribirse en el Registro Civil, por más que el artículo 172 CC se refiera a la función protectora ejercida como tutela asumida por ministerio de la Ley. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en el Registro Civil, por afectar al estado civil de las personas (cfr. art. 218 CC), faltando dicha resolución, por definición, en la tutela legal del artículo 172 CC.

III. El Código Civil establece que «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil» (cfr. art. 218) siendo evidente, por tanto, la no aplicación de este precepto al caso planteado. Por otro lado, esta tutela por ministerio de la ley debe considerarse supletoria, en el sentido de que, en defecto de patria potestad, deberá procederse al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este (cfr. art. 239 CC), lo cual implica que la tutela asumida por las entidades públicas, no es propiamente la tutela ordinaria a la que se refiere el artículo 218 CC, sino la consecuencia que, en orden a la protección del menor y por imperio de la ley, se produce cuando existe una situación de desamparo.

IV. Esta situación de desamparo es la que, *de facto*, desencadena todo el procedimiento protector, debiendo cesar tan pronto como desaparezca la causa que la motivó. Habida cuenta de que, sólo la autoridad judicial puede adoptar medidas sobre los menores por lo que a la privación total o parcial de la patria potestad se refiere (cfr. art. 170 CC), hay que concluir que la suspensión a que hace referencia el artículo 172 CC es consecuencia del hecho del desamparo, o lo que es igual, se declara el desamparo precisamente porque no se están ejerciendo las obligaciones que la patria potestad conlleva, lo que de hecho conduce a la suspensión en su ejercicio, pero no en su titularidad, como lo demuestra que no cesan totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado (cfr. art. 172 CC).

En todo caso los padres han de poder, si la situación de desamparo desapareciera, solicitar el auxilio de la autoridad judicial para recuperar al menor desamparado (cfr. art. 154 CC), sin perjuicio de que puedan confiar la guarda del menor a la entidad pública (cfr. art. 172-2 CC).

Son estas notas de provisionalidad, de venir impuesta por la realidad de los hechos más que por un acto de autoridad y de la carencia de un mandato legal, las que llevan forzosamente a la conclusión de que no es inscribible la llamada tutela asumida por ministerio de la Ley y, por ende, lo que es causa y al mismo tiempo efecto de esa situación de desamparo, es decir, la suspensión de la patria potestad.

V. Por consiguiente, si la tutela del artículo 172 CC no es inscribible, difícilmente lo será lo que no es sino consecuencia de la asunción de la tutela atri-

buida a la Entidad pública, siendo contradictorio el admitir esta posibilidad sobre la base de lo establecido en el artículo 284.1 RRC.

VI. Cabe señalar, por último, que no es argumento el manifestar que es posible la inscripción debatida, sobre la base de que el acogimiento es susceptible de anotación en el Registro Civil. Efectivamente, el artículo 154 RRC recoge esta posibilidad; pero hay que tener en cuenta que se trata de supuestos totalmente diferenciados, estando el acogimiento perfectamente regulado en nuestro ordenamiento, teniendo unos efectos, si cabe mucho más intensos que los que la suspensión de la patria potestad pueda producir, amén de su carácter más estable, al estar las causas de su extinción claramente establecidas (cfr. art. 173.4 CC) y poder ser, incluso, antesala de la adopción. No es el acogimiento un acto modificativo del estado civil, pero sí tiene importantes efectos civiles, y de ahí que esté prevista su anotación en el Registro Civil.

No se puede pedir igual tratamiento para situaciones jurídicas diferentes y, a mayor abundamiento, tampoco se puede pretender que la suspensión de la patria potestad dé lugar a una inscripción en el Registro Civil, en tanto que el acogimiento, de efectos civiles más intensos, tenga acceso por medio de una anotación, con el régimen peculiar de este tipo de asuntos, más limitado que el de las inscripciones.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso, confirmar el acuerdo recurrido e instar al Ministerio Fiscal para que investigue de oficio las declaraciones que sobre la filiación del menor resultan de las actuaciones, a los efectos civiles y penales procedentes.

6. NACIONALIDAD

6.1 Adquisición de la nacionalidad española por opción: órgano registral competente para recibir las declaraciones de opción.

Resolución de la DGRN de 12 de enero de 1996.

HECHOS:

Con fecha 21 de diciembre de 1994, doña F. Z. Z., nacional marroquí y domiciliada en T. (Marruecos), presentó escrito ante el Encargado del Registro Civil de Ceuta por el que declaró su voluntad de adquirir por opción la nacionalidad española al amparo de los artículos 20 y 23 CC, juró fidelidad a SM el Rey y obediencia a las leyes.

La interesada nació en Marruecos el 22 de diciembre de 1972 y, conforme a la ley marroquí, alcanzó la mayor edad al cumplir los veinte años.

El Juez encargado remitió las actuaciones, para su prosecución, al Cónsul General de España en T. (Marruecos) quien, el día 9 de octubre de 1995, acordó no haber lugar la solicitud instada porque debería haber sido formulada en el citado Registro Civil Consular.

La promotora recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 20 y 23 del Código Civil; 28, 46 y 64 de la Ley del Registro Civil; 2, 124, 128, 229, 348 y 358 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 3 de agosto de 1993, 9 de abril, 30 de mayo y 17 de diciembre de 1994, y 1 de marzo de 1995.

II. Ni el Código Civil, ni la Ley del Registro Civil, descienden al detalle de precisar cuál es el órgano registral competente para recibir las declaraciones de opción a la nacionalidad española. El párrafo primero del artículo 64 LRC contiene una remisión, que en su día lo era al lugar de residencia (cfr. art. 18 CC redactado por Ley de 15 julio 1954), y el párrafo segundo del mismo artículo se preocupa de cómo debe procederse cuando el Encargado del lugar de residencia no tiene a su cargo el Registro donde consta inscrito el nacimiento, puesto que la opción da lugar a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento (cfr. art. 46 LRC).

III. Conforme resulta de los artículos 2 y 229 RRC, también el Registro correspondiente al lugar de una residencia accidental ha de ser el competente para recibir la declaración de opción a la nacionalidad española, debiendo, entonces, levantarse la oportuna acta por duplicado y remitirse uno de sus ejemplares al Registro competente para la extensión de la correspondiente inscripción marginal. Cualquiera otra solución, por la que se limitase la competencia para recibir estas declaraciones al Registro del nacimiento y al del domicilio del optante, supondría un rigorismo formal excesivo y perjudicaría gravemente a aquellas personas, como la del caso, que comprueban que el plazo para ejercitar su derecho de opción está a punto de caducar (cfr. art. 20 CC).

IV. Como la calificación del Encargado del Registro Consular se ha limitado a apreciar la falta de competencia del Encargado del Registro Civil de Ceuta que ha recibido la declaración, no pueden examinarse ahora (cfr. art. 358 RRC) las cuestiones de fondo en torno a la procedencia o improcedencia de la opción, aunque conviene advertir que la calificación desfavorable de un Encargado debe comprender todos los defectos que impidan la inscripción pretendida (cfr. arts. 124 y 127 RRC).

La Dirección General *acordó* revocar la calificación efectuada y ordenar al Encargado del Registro Consular de T. que califique el fondo del asunto.

6.2 Adquisición de la nacionalidad española: opción por razón de la patria potestad. Denegación en caso de adopción constituida conforme al Derecho marroquí, cuyos efectos no se corresponden con los previstos por la legislación española.

Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 1996.

HECHOS:

Con fecha 10 de enero de 1995, don B. M. H., español, y su esposa, doña F. B., marroquí, solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio en España que

fuese concedida la nacionalidad española a la menor S. I., marroquí y nacida en Marruecos el 21 de noviembre de 1988, sobrina por línea materna de doña F.B.

Según se desprende del acta expedida por autoridad marroquí, dicha menor fue entregada, con fines de adopción, por sus padres biológicos a los promotores el día 22 de febrero de 1994, asumiendo éstos últimos las obligaciones de educación y custodia de la citada menor.

El Juez Encargado del Registro Civil del domicilio de los interesados, sin oposición del Ministerio Fiscal, autorizó a éstos para optar por la nacionalidad española en nombre de la repetida menor, con invocación del artículo 20.2.a) CC. Ejercitada esta opción, se levantó al efecto oportuna acta que fue remitida al Registro Civil Central para su inscripción.

El Juez Encargado de este Registro acordó denegar dicha inscripción al considerar inaplicable la opción prevista en el artículo 20 CC, pues la menor nunca ha estado sujeta a la patria potestad de ciudadano español, ya que la adopción efectuada en Marruecos conforme a la *lex loci* no genera ningún vínculo de filiación entre adoptantes y adoptado, por lo que no guarda parangón con la adopción regulada por el ordenamiento español. Todo ello sin perjuicio de que, conforme al artículo 154.3 RRC, pueda ser objeto de anotación.

Dicho acuerdo fue impugnado por la promotora ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 10, 12, 19, 20, 108, 154 y 172 y ss. del Código Civil; 1, 15, 27, 38, 46 y 81 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 145 y 154 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993 y 13 de octubre de 1995.

II. La circunstancia de que el Juez Encargado del Registro Civil del domicilio, con dictamen favorable del Ministerio Fiscal, haya autorizado a un matrimonio para que opte a la nacionalidad española en nombre de la menor que tienen bajo su custodia, no exime para que el Encargado correspondiente al lugar del nacimiento —aquí el del Registro Central (art. 68 RRC)— califique la procedencia de la opción ejercitada. Una cosa es esa autorización previa, que tiene en cuenta el interés del menor [cfr. art. 20.2.a) CC], y otra cosa distinta es el control de los presupuestos legales que permiten la opción a la nacionalidad española por razón de patria potestad. Este control corresponde a la función calificadora que ha de ejercer el Encargado del que se solicita la inscripción (cfr. art. 27 LRC).

III. En el Derecho español las relaciones de patria potestad son las que tienen lugar entre padres e hijos, de modo que presuponen que la filiación por naturaleza o adoptiva está determinada legalmente. Por esto, cuando la ley española concede, en determinadas condiciones, el derecho a optar por la nacionalidad española a quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español (cfr. art. 20 CC), esta institución ha de ser calificada conforme a la ley española (cfr. art. 12.1 CC). La sola circunstancia de que un matrimonio se haya hecho cargo de la educación y custodia de un menor de edad no es suficiente para que este menor pueda optar a la nacionalidad española de uno de los cónyuges porque no existe la base —la patria potestad— que justifica la opción.

IV. Por lo demás, aunque la entrega de la menor al matrimonio sea conceptualizada como una adopción por la legislación marroquí, lo cierto es que, como han señalado las Resoluciones citadas en los vistos, de acuerdo con las informaciones obtenidas sobre esa legislación, la «adopción» constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos; y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que los «adoptantes» se hacen cargo del «adoptado» y han de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esta figura no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1 LRC, so pena de producir graves equívocos sobre el alcance y efectos de la figura.

V. En fin, el hecho de que la repetida «adopción» marroquí surta determinados efectos conforme a esta legislación y conforme a las normas españolas de Derecho Internacional Privado, no implica en modo alguno que su eficacia haya de ser precisamente la de la adopción española. Así se desprendería ya de artículo 12.1 CC, y hoy más rotundamente del inciso que contiene el artículo 9.5 CC, añadido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, a cuyo tenor «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española».

Queda, eso sí, a salvo la anotación con valor simplemente informativo al amparo de los artículos 38 LRC y 81, 145 y 154.3 RRC (cfr. Res. 14 de mayo de 1992).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

6.3 Adquisición de la nacionalidad española: opción por razón de patria potestad. Denegación por caducidad del plazo para ejercitar la opción previsto en el artículo 17.2 del Código Civil.

Resolución de la DGRN de 18 de junio de 1996 (2.^a).

HECHOS:

Con fecha 5 de octubre de 1995, doña A. G. R., venezolana, nacida en Venezuela el 9 de marzo de 1956, manifestó ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio en S. C. T. (España) su voluntad de optar por la nacionalidad española, al amparo de la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, sin renunciar a la nacionalidad venezolana. A tales efectos, la promotora acreditó haber sido reconocida su filiación paterna por ciudadano español de origen mediante escritura pública otorgada ante Notario español el día 1 de marzo de 1993, con el consentimiento de la reconocida mayor de edad.

La interesada instó asimismo la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil Central. Trasladadas a este Registro las actuaciones, el Juez Encargado acordó denegar tanto la inscripción de nacimiento como la de opción a la nacionalidad española.

La promotora recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN solicitando que se acepte conjunta o alternativamente la procedencia de formular las inscripciones de nacimiento y de opción a la nacionalidad española.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 112, 120 y 123 del Código Civil; 15, 16, 23 y 46 de la Ley del Registro Civil, las disposiciones transitorias tercera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, y primera de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre; la Circular de 11 de abril de 1978; la Instrucción de 20 de marzo de 1991, y las Resoluciones de 5 y 21 de mayo, 14 de junio, 12 de julio, 17 y 18 de septiembre de 1993; 5 de abril, 5 de mayo y 16 de octubre de 1994; 24 de junio, 28 de octubre y 23 de noviembre de 1995.

II. En cuanto a la opción, y pese a estar determinada legalmente la filiación de la promotora respecto de progenitor español, ésta no ha adquirido automáticamente la nacionalidad española de origen de su padre. En efecto, el artículo 17.2 CC, excepcionando la aplicación de los artículos 17.1.a) y 112 del propio Código, establece claramente que la filiación, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad no es por sí sola causa de adquisición de la nacionalidad española, añadiendo que «el interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación».

En este caso la filiación paterna aparece como un hecho nuevo descubierto y determinado legalmente (cfr. art. 120.1.º y 123 CC) después de los dieciocho años de edad de la interesada, mediante reconocimiento formalizado el 1 de marzo de 1993; cuando ésta formuló la opción —el 5 de octubre de 1995— había caducado el plazo de dos años previsto en la norma para el ejercicio de dicha opción.

III. La recurrente sostiene que la opción ejercitada no es la prevista en el artículo 17.2 CC, sino la establecida por la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, que ha pasado hoy a la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995.

Sin embargo, esta segunda opción se concede a «las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España». El empleo en pasado del verbo subrayado da claramente a entender que la opción está pensada para el hijo de un progenitor español cuando éste ya no fuera español en el momento de nacer el hijo; es decir, esta opción beneficia a «personas que han nacido después del momento en que su progenitor hubiera perdido la nacionalidad española» (cfr. Instrucción de 20 de marzo de 1991, ap. VIII). La interpretación gramatical y lógica de la norma excluye casos como el presente en el que el padre mantenía la nacionalidad española cuando nació el hijo, porque entonces este hijo será español por filiación y, si no lo es, por haber quedado determinada la filiación paterna después de los dieciocho años, la solución no está en aplicar una norma prevista para otras hipótesis, sino en la aplicación de la regla específica pertinente al caso, como es la opción del artículo 17.2 CC, que aquí ha caducado.

IV. En cuanto a la inscripción de nacimiento, hay que tener en cuenta que el nacimiento acaecido en el extranjero, cuando afecta mediatamente al estado

civil de un español (cfr. art. 66 RRC), debe ser inscrito en nuestro Registro Civil. Por esto, aquí el nacimiento acaecido en Venezuela debe acceder al Registro Central sin necesidad de expediente y sirviendo de título la certificación venezolana aportada (cfr. arts. 23 LRC y 85 RRC), puesto que está comprobado que el padre es español y el nacimiento de la hija afecta a la relación paterno-filial respecto del progenitor español.

Ahora bien, no siendo española la nacida, en la inscripción de nacimiento ha de hacerse constar expresamente que no está acreditada conforme a la ley su nacionalidad española (cfr. art. 66 *fine* RRC).

La Dirección General *acordó* estimar parcialmente el recurso exclusivamente en cuanto a la procedencia de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Central.

6.4 Adquisición de la nacionalidad española de origen por aplicación del artículo 17.4 del Código Civil. Denegación al quedar destruida la presunción de nacimiento en territorio español.

Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1996 (3.ª).

HECHOS:

Con fecha 18 de mayo de 1995 fue abandonado, en la Comisaría de Policía de Melilla, el menor M. R. M. por ciudadana marroquí quien manifiesto ser madre del citado menor y que éste había nacido ocho días antes en la ciudad de N. (Marruecos). Estos hechos dieron lugar a la declaración de desamparo y a la asunción de los oportunos deberes legales, para la protección del menor, por parte de la Junta Provincial de Protección de Menores de Melilla.

El Presidente de dicha Entidad, como tutor del menor abandonado, promovió expediente frente al Registro Civil de Melilla para que fuese inscrito fuera de plazo el nacimiento de M. R. M. por entender que se trata de un menor hallado en territorio español cuyo lugar de nacimiento no ha quedado debidamente acreditado.

El Juez Encargado denegó la aprobación del expediente por considerar probado el nacimiento del menor en Marruecos.

La Entidad promotora recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 21, 22, 172, 1.250 y 1.251 del Código Civil; 95 de la Ley del Registro Civil; 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 29 de octubre de 1980; la Instrucción de 7 de octubre de 1988; y las Resoluciones de 21 de septiembre de 1994, 10 de enero y 9 de mayo de 1995.

II. El único extremo discutido en el presente expediente atañe a una cuestión de hecho: decidir si está o no debidamente comprobado que el nacimiento del menor, cuya inscripción se pretende, ha acaecido en España. A tales efectos,

el Centro Directivo estima que dicho nacimiento tuvo lugar en Marruecos, tal y como resulta de las propias manifestaciones de la madre.

III. Por consiguiente, la loable intención que persigue la actuación de la Entidad recurrente carece de toda justificación. Ciertamente le corresponde por ministerio de la Ley la tutela del menor abandonado (cfr. art. 172 CC), pero esta situación de hecho que corresponde declararla a la propia Entidad, no implica la inclusión automática del menor en el caso del artículo 17.4 CC a fin de considerarle español de origen.

En efecto, la resolución de desamparo dictada por la Junta de Protección de Menores de Melilla es presupuesto para asumir la tutela por ministerio de la Ley, pero no implica que el menor haya nacido en España ni que carezca de filiación, que son, independientemente del hecho físico del abandono, los dos requisitos básicos para la aplicación del artículo 17.4 CC. Por lo tanto, es evidente que la presunción establecida en dicho precepto ha de ceder ante las declaraciones de la madre, la cual afirmó que el parto tuvo lugar en Marruecos. En efecto, aunque la filiación materna no esté determinada o acreditada legalmente (cfr. Exposición de Motivos de la Ley 18/1990), ha de probarse el nacimiento en España del menor desamparado para concluir que éste es español, y si «a estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español», esta presunción legal, como todas, en principio, puede quedar desvirtuada por prueba en contrario (cfr. art. 1.251 CC).

III. En consecuencia, al no estar perfectamente claro y probado el hecho base, que es el nacimiento en territorio español, no puede obtenerse el hecho consecuencia, que sería la atribución de la nacionalidad española *iure soli* y, por tanto, su inscripción en el Registro Civil.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

6.5 Pérdida de la nacionalidad española: requisitos.

Resolución de la DGRN de 5 de enero de 1996.

HECHOS:

Con fecha 4 de julio de 1994 don A. M. H., domiciliado en T. (Marruecos) solicitó ante el Consulado General de España en esa ciudad le fuese expedido pasaporte español. Según quedó acreditado, el promotor nació en 1932 en la repetida localidad, en cuyo Registro Civil consular aparece inscrito como hijo de padres españoles; que estuvo provisto de documento nacional de identidad y de pasaporte español desde 1976 hasta 1982, pero no procedió a su posterior renovación.

Por su parte, doña H. M. M., nacida en Marruecos el 9 de julio de 1968 e hija de don A. M. H., solicitó, en 1994, su inscripción en el Registro de Matrícula de españoles de la citada sede consular, en cuyo Registro Consular aparece la promotora inscrita como hija de progenitores españoles.

El Cónsul General de España en T., con fecha 22 de junio de 1995, adoptó sendos acuerdos, de similar contenido, denegando las solicitudes deducidas al considerar que no consta acreditado que el padre del promotor hubiese ostentado nunca la nacionalidad española, por lo que no se pudo transmitir la misma ni al interesado, ni a la hija de éste.

Los promotores interpusieron sendos recursos frente a dichos autos ante la DGRN, que fueron acumulados de oficio (art. 347 CC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 y 11 de la Constitución, 17 del Código Civil, en su redacción originaria y en la dada por la Ley de 15 de julio de 1954; 22 del Código Civil, en su redacción por la Ley 14/1975; 23 del Código Civil, en su redacción por Ley 51/1982; 24 del Código Civil, en su redacción por Ley 18/1990; 2, 15, 92 y 96 de la Ley del Registro Civil; 66, 335, 338, 340 y 347 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 27 de enero, 7 de marzo y 14 de julio de 1994; 10 de mayo, 26 de septiembre, 23 y 28 de noviembre de 1995.

II. Son ajenas a la competencia de la DGRN las cuestiones administrativas en torno a la renovación del pasaporte o a la inclusión de los interesados en el Registro de Matrícula. Por ello la petición de los particulares de que se les reconozca la nacionalidad española ha de ser encauzada por la vía registral oportuna, es decir, como si expresamente hubieran incoado el expediente para declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española (cfr. art. 96.2 LRC), para lo que es competente en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio (art. 335 RRC). Dicha declaración puede referirse a cualquier edad del sujeto (art. 338 RRC) y da lugar, si la decisión es favorable, a una anotación en la inscripción de nacimiento (art. 340 RRC).

III. No hay motivos bastantes para poner en duda ahora la eficacia de la inscripción de nacimiento del promotor (cfr. art. 2 LRC), y el simple dato de que no se haya podido localizar en el Registro Civil de Ceuta el nacimiento del padre del interesado no es suficiente para deducir que este no hubiera adquirido por título legal la nacionalidad española y, en todo caso, si esa deducción tuviera apoyo, lo procedente sería lograr previamente por los medios oportunos la rectificación o cancelación de la inscripción de nacimiento del hijo.

IV. Puesto que, según lo razonado, ha de estimarse que el solicitante era español desde su nacimiento, el problema se reconduce ahora a examinar si en algún momento posterior ha podido incurrir en causa legal de pérdida de la nacionalidad española, partiendo de la base de que, según todos los indicios, ha tenido también la nacionalidad marroquí desde su nacimiento.

Hasta 1982, el interesado no pudo incurrir en pérdida de la nacionalidad española por asentimiento voluntario a la nacionalidad marroquí (art. 22 CC, en su redacción por Ley 14/1975), dado que estuvo provisto de documentación española en vigor. Esta forma de pérdida requería, además de la capacidad del interesado y de estar libre del servicio militar español en período activo, que transcurrieran tres años en esa conducta de aceptación libre y voluntaria de otra nacionalidad. Dicho plazo de tres años no llegó a transcurrir en este caso, puesto que el artículo 22 CC fue derogado por el artículo 23 del Código en su redacción por Ley 51/1982.

V. Durante la vigencia de este artículo 23 CC, la situación del español que ostentaba desde su menor edad otra nacionalidad además de la española, sólo provocaba pérdida de ésta mediante renuncia expresa, que aquí no consta se haya producido.

Actualmente el artículo 24 CC, redactado por la Ley 18/1990, establece que la utilización exclusiva por el español residente habitual en el extranjero de la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación, lleva consigo la pérdida de la nacionalidad española una vez que transcurran tres años desde la emancipación. Como viene señalando la doctrina de este Centro Directivo, a partir especialmente de la Resolución de 14 de julio de 1994, es menester interpretar restrictivamente dicho artículo 24 para no crear formas de pérdida al margen de la ley y porque un español de origen, sin contar con su voluntad, no puede ser privado de la nacionalidad (art. 11.2 y 3 CE). Por esto, y para no dar eficacia retroactiva a una norma sancionadora (cfr. art. 9.3 CE), hay que concluir que todos los requisitos establecidos para esa pérdida de la nacionalidad española por utilización exclusiva de otra nacionalidad, han de cumplirse después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990.

En este caso, la emancipación y el plazo de tres años acaecieron antes de la vigencia de esta Ley, por lo que la conducta anterior no llegó a provocar, como se ha razonado, la pérdida de la nacionalidad española; 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.

VI. Gran parte de lo argumentado hasta ahora respecto del padre es también de aplicación para la hija, la cual llegó a la mayor edad en 1986 en un momento en el que, bajo la Ley de 1982, sólo la renuncia expresa a la nacionalidad española producía pérdida de ésta cuando se ostentaba otra nacionalidad desde la minoría de edad.

Al entrar en vigor la Ley de 1990, ya había sobrevenido la emancipación de la promotora y transcurrido el plazo de tres años desde ésta, por lo que la conducta posterior de utilización exclusiva de la nacionalidad marroquí no provoca la pérdida de la nacionalidad española de origen.

La Dirección General *acordó* revocar los autos impugnados y declarar, con valor de simple presunción, que los promotores son españoles de origen y mantienen esta nacionalidad el día de hoy. La declaración se anotará (cfr. art. 340 RRC) al margen de las respectivas inscripciones de nacimiento.

6.6 Renuncia expresa a la nacionalidad española: requisitos.

6.6-1.^a Resolución de la DGRN de 20 de enero de 1996.

HECHOS:

El día 25 de enero de 1995 don J. P. A., ante el Registro Civil de S. C. T. (España), donde reside, presentó escrito por el que formulaba su renuncia expresa a la nacionalidad española basándose en su condición de ciudadano alemán. Según quedó acreditado, don J. P. A. nació en B. (España) el 26 de septiembre

de 1975, hijo de padre alemán y madre española, nacida en España y en ella domiciliada al tiempo de nacer el promotor.

Don J. P. A. está registrado como ciudadano alemán en el Consulado de Alemania en S. C. T. y provisto de pasaporte alemán así como de tarjeta de residencia en España.

Trasladadas las actuaciones al Registro Civil de B., donde aparece inscrito el nacimiento del interesado, el Juez Encargado dictó providencia considerando improcedente la intentada renuncia a la nacionalidad española, con invocación del artículo 24.3 CC.

El promotor no impugnó dicha denegación, pero procedió a solicitar del Registro Civil de B. la cancelación de su inscripción de nacimiento como español, por considerar que no ostenta ni ha ostentado nunca la nacionalidad española.

El Juez Encargado acordó denegar la cancelación instada, y el promotor recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17 del Código Civil en su redacción por la Ley de 15 de julio de 1954; 17 y 24 del Código Civil en su redacción vigente; 15, 67 y 96 de la Ley del Registro Civil; 232, 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 25 de abril de 1988, 30 de enero, 28 de abril y 9 de mayo de 1990, 20 de noviembre y 7 de diciembre de 1991, 1 de julio y 19 de octubre de 1992, 24 y 26 de abril y 4 y 19 de octubre de 1993, 28 de enero, 18 y 26 de marzo, 31 de mayo, 13 de septiembre y 30 de noviembre de 1994 y 1 de marzo y 8 de mayo de 1995.

II. En el acuerdo impugnado se afirma que todo nacimiento acaecido en España debe ser inscrito en el Registro municipal correspondiente (cfr. art. 15 LRC), independientemente de la nacionalidad del nacido, cuya nacionalidad no consta como dato expreso, aunque en ocasiones puede deducirse implícitamente del conjunto de los datos del asiento; que en este caso, dado que la madre ha nacido también en España y estaba domiciliada en 1975 en España, se deduce que el hijo es español de origen *iure soli*, por aplicación de lo que disponía el artículo 17.3 CC en su redacción por la Ley de 15 de julio de 1954 y conforme a reiterada doctrina de la DGRN; y que cualquier duda sobre la nacionalidad española de origen del interesado podrá disiparse en el ámbito registral mediante el expediente para declarar con valor de simple presunción la nacionalidad (cfr. art. 96.2 LRC), que ha de ser resuelto en primera instancia ante el Encargado del Registro Civil del domicilio (cfr. art. 335 RRC).

III. Esta calificación, totalmente acertada, ha de ser mantenida, pese al recurso interpuesto. No es necesario rebatir los argumentos esgrimidos por el interesado puesto que, de tener algún valor, habrán de ser apreciados, no por el Encargado que ha calificado, sino por el Encargado del Registro Civil del domicilio, el cual es competente para decidir en primera instancia el expediente con valor de simple presunción sobre la nacionalidad.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar la calificación efectuada.

6.6-2.ª Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 1996.

HECHOS:

El 21 de junio de 1994 don A. P. R., mayor de edad, con doble nacionalidad hispano-portuguesa desde su nacimiento, tras ratificar su renuncia expresa a la nacionalidad española, solicitó del Cónsul General de España en C. (EE.UU.) la inscripción marginal de dicha renuncia.

Según quedó acreditado, el promotor ha trabajado como médico internista, desde el 1 de julio de 1993, en la Facultad de Medicina de la Universidad de S. L. (EE.UU.), por la que está contratado para continuar en dicho empleo a partir de 1995. El promotor también aportó el oportuno permiso de ocupación de vivienda en la mentada ciudad estadounidense.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil de M. (España), el Juez Encargado acodó no haber lugar a inscribir la renuncia a la nacionalidad española del interesado al considerar, con invocación del artículo 24 CC, que no se ha probado debidamente su residencia habitual en el extranjero.

El promotor recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 24 y 40 del Código Civil; 46 y 67 de la Ley del Registro Civil; 232 y 342 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 15 y 27 de enero y 10 de noviembre de 1994, 1 de marzo y 8 de mayo de 1995.

II. Conforme señala el artículo 24.3 CC: «En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero». Presupuesta la concurrencia de los demás requisitos para que la pérdida se produzca, la cuestión se reduce a decidir si el renunciante, que manifestó formalmente su voluntad en junio de 1994, tenía entonces su residencia habitual fuera de España.

III. Esta cuestión de hecho debe ser resuelta a favor de la pretensión del recurrente. Está, en efecto, suficientemente comprobado que, desde julio de 1993, está trabajando en los Estados Unidos de América. En la fecha de la renuncia la residencia fáctica del promotor no se encontraba en territorio español y, desde un punto de vista objetivo, habría que presumir que iba a continuar viviendo en el extranjero. En el momento de interpretar el concepto de residencia habitual que emplea el artículo 24.3 CC (cfr. también art. 40.1 CC), hay que decidirse por un criterio objetivo que tenga en cuenta la realidad de hecho de una estancia previsiblemente prolongada y para la que son ajenas nociones administrativas ligadas al padrón municipal en España, a la inscripción en el Registro de Matrícula del Consulado y a las condiciones de la residencia del interesado en el extranjero.

IV. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, al explicar la modificación llevada a cabo en ese apartado del artícu-

lo 24 CC, la nueva redacción ha querido evitar los propósitos cuasi fraudulentos que podían envolver las declaraciones de renuncia a la nacionalidad española formuladas en España, cuya eficacia admitía la anterior redacción del artículo 23 CC por virtud de la Ley 51/1982. Si un viaje turístico al extranjero no ha de ser bastante para dotar de eficacia a la renuncia a la nacionalidad española, sí lo ha de ser una relación prolongada de trabajo fuera de España, la cual excluye la posibilidad de fraude.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar la providencia recurrida y ordenar que al margen de la inscripción de nacimiento del interesado se inscriba la pérdida de su nacionalidad española en virtud de su renuncia expresa.

7. VECINDAD CIVIL

Adquisición, conservación y pérdida de la vecindad civil: requisitos substanciales. Competencia funcional. Acto de carácter personalísimo: límites de la actuación a través de representante.

Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1996.

HECHOS:

Con fecha 20 de octubre de 1995, el Procurador de los cónyuges don C. M. F. y doña A. M. C. así como de los tres hijos de éstos, menores de edad, A., C. y N., vecinos todos ellos de Barcelona, solicitó ante el Registro Civil de esta ciudad que fuese dictado auto de conservación de la vecindad civil foral navarra de sus representados y la correspondiente anotación marginal en las respectivas inscripciones de nacimiento. A tales efectos, se presentó copia de la escritura de «poder para pleitos y especial», autorizada por Notario, por el que los interesados facultan al citado Procurador para «...en forma especial... tramitar expediente ante el Registro Civil de conservación de la vecindad civil foral navarra y ratificarse en la solicitud del mismo en cuantos casos fuere solicitada la ratificación personal para la total tramitación de dicho expediente...»

Según quedó acreditado, don C. M. F. y doña A. M. C. nacieron en Barcelona, en 1956 y 1957 respectivamente, de padres también nacidos en Barcelona. En cuanto a sus hijos, también nacieron en Barcelona los días respectivos de 15 de octubre de 1987, 4 de julio de 1990 y 11 de mayo de 1995. Aparece asimismo probado que los mencionados cónyuges adquirieron la vecindad civil foral navarra con fecha 19 de abril de 1993, mediante sendas declaraciones de voluntad formuladas ante el Juez Encargado del Registro Civil de P. (Navarra), donde se hallaban entonces domiciliados.

El Juez Encargado acordó no haber lugar a inscribir las declaraciones de conservación instadas por cuanto las mismas deben ser efectuadas personalmente por los interesados ante el propio Juez Encargado y no valiéndose de poder aunque este sea especial.

Los promotores recurrieron frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 14, 1.216 y 1.712 del Código Civil; 438 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 23, 27, 28, 64, 65 y 68 de la Ley del Registro Civil; 2, 7, 16, 225 a 231 y 348 del Reglamento del Registro Civil; y la Resolución de 21 de noviembre de 1992

Las presentes actuaciones plantean cuestiones formales y de fondo, que deben ser examinadas separadamente.

II. Respecto de los problemas formales, debe abordarse en primer lugar la cuestión relativa a si la escritura notarial de apoderamiento, presentada por el Procurador de los promotores, es título suficiente para practicar las inscripciones pretendidas. A tales efectos ha de señalarse que la cláusula de poder transcrita no se corresponde con la mecánica registral establecida para la inscripción de las declaraciones voluntarias en materia de vecindad civil. En efecto, estas declaraciones inscribibles –que son hoy las admitidas por el artículo 14 CC– no dan lugar a ningún expediente registral, sino que, del mismo modo que ocurre con las declaraciones de opción y de recuperación de la nacionalidad española, tales declaraciones, si cumplen los requisitos de fondo u otros formales complementarios (cfr., por ejemplo, la asistencia del representante legal del art. 14.3.4.^º), son directamente inscribibles en el Registro competente, previa la oportuna calificación de su Encargado. Así resulta de los artículos 23, 27, 28 y 64 LRC. En todos estos casos, hay un núcleo esencial inscribible cual es la declaración de voluntad, de modo que, una vez formulada ésta, la misión del Procurador, a diferencia de lo que sucede en un proceso o expediente, quede reducida a la de un mero presentante del título, sin que esté facultado, pese a la letra del poder especial, para completar, modificar o matizar de algún modo la declaración ya emitida. Por esto su función aquí se reduce a la de un mero *nuntius*, el cual, a diferencia del verdadero apoderado, no tiene un margen de libertad para desenvolverse dentro de los límites del poder.

III. Es indudable, por otra parte, que la voluntad de los interesados de conservar para ellos y sus hijos la vecindad civil navarra está claramente expresada en la escritura notarial presentada, por lo que la cuestión no es ya que el Procurador ratifique tal voluntad –lo que sería inútil y superfluo–, sino determinar si tales manifestaciones de voluntad, recogidas en una escritura pública notarial, se han formulado por el medio instrumental adecuado para tener acceso al Registro Civil. Se trata, pues, de una cuestión de competencia funcional que, por ser de orden público, puede y debe ser apreciada de oficio (ctr. arts. 23 y 27 LRC).

IV La cuestión apuntada fue solucionada en sentido negativo por la Resolución de 21 de noviembre de 1992. En ella se indica que «aunque el Notario sea, en principio, el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, esta declaración promulgada en 1862 ha sido objeto, en el curso de los años, de numerosas excepciones y matizaciones».

Ciñéndonos al ámbito del Registro Civil, ya aparecen en la redacción original del Código Civil casos de competencia compartida entre los Notarios y los Encargados de los Registros Civiles –como ocurre en los supuestos de emancipación y de reconocimiento de la filiación, que aún subsisten– y casos en los que la

competencia para autorizar el documento o acto inscribible se atribuye con exclusividad a los Encargados de los Registros, así sucedía, y el criterio persiste, en la autorización del matrimonio civil, en las opciones a la nacionalidad española (habría que añadir las recuperaciones) y en las declaraciones relativas a la vecindad. En esta materia relacionada con la nacionalidad y la vecindad, el artículo 64 LRC vigente establece en sus dos primeros párrafos que: «A falta de disposición especial, es funcionario competente para recibir las declaraciones de conservación o modificación de nacionalidad o vecindad, el mismo que determinan las reglas sobre opción de nacionalidad. Cuando dicho funcionario no sea el Encargado del mismo Registro donde conste inscrito el nacimiento, levantará acta con las circunstancias exigidas para la inscripción y la remitirá al Registro competente para la práctica de la inscripción marginal oportuna». Tanto por la dicción literal de este segundo párrafo, como por la referencia a las normas del Código Civil entonces vigente (cfr. art. 18 CC redactado por la Ley de 15 de julio de 1954), se deduce, sin lugar a dudas, que las actas relativas a la nacionalidad o vecindad han de ser levantadas por los Encargados de los Registros Civiles en cuanto tales, sin otra excepción —«a falta de disposición especial»— que la que se da cuando la declaración se formula en países extranjeros en que no exista agente diplomático o consular español (cfr. hoy art. 230 RRC).

V. Las declaraciones de voluntad de conservar la vecindad civil navarra han sido, pues, formuladas ante órgano incompetente y, por ende, no son inscribibles por este defecto formal, que no puede ser subsanado por una nueva manifestación del Procurador, que se produciría *ex novo* y en mengua del carácter personal de aquellas declaraciones. Conviene, sin embargo, indicar que hay también razones de fondo que impiden las inscripciones marginales intentadas. Dada la dificultad de la materia relacionada con la vecindad civil y las dudas que plantea la regulación contenida en el artículo 14 CC, redactado por la Ley 11/1990, el Centro Directivo considera oportuno intentar dar alguna luz sobre estos puntos.

VI. Los cónyuges interesados, nacidos en Barcelona de padres nacidos en Cataluña, por comparecencia efectuada en abril de 1993 en el Registro Civil de Pamplona declararon su voluntad de adquirir la vecindad civil navarra y, levantadas las actas oportunas, se practicaron seguidamente las correspondientes inscripciones marginales en los asientos de nacimiento respectivos. Siendo esto así, la declaración de voluntad de conservar esa vecindad civil es innecesaria y, por consiguiente, no inscribible. Como señala el artículo 65.3 LRC: «Tampoco necesita prestar declaración de conservarla quien haya declarado su voluntad de adquirir la misma... vecindad». Esta innecesidad de reiterar la declaración viene expresamente confirmada por el artículo 14.5 CC, tanto en su redacción actual como en la anterior, de modo que, por ministerio de la Ley, esa vecindad civil navarra adquirida se mantiene, «cualesquiera que sean el tiempo transcurrido o los cambios de residencia» (cfr. art. 65.2 LRC) y a salvo, claro está, que los cónyuges, por residencia continuada durante dos años en otro territorio, adquieran por su voluntad manifestada la vecindad civil correspondiente a tal territorio.

VII. Respecto a la hija del matrimonio, nacida en Barcelona en 1995, ya le corresponde por filiación la misma vecindad civil navarra de sus padres (cfr. art. 14.2 CC) y es también innecesario que se haga constar, al margen de toda previsión al respecto en el artículo 14 CC, que los padres quieren que conserve tal vecindad civil, pues esta se mantendrá por imperativo legal salvo que llegue a adquirirse otra conforme a las posibilidades que ofrece el mismo artículo.

VIII. Finalmente, en cuanto a los otros dos hijos del matrimonio, nacidos en 1987 y en 1990 en Barcelona de padres también nacidos en Barcelona, tienen la vecindad civil catalana por presunción legal (cfr. art. 14.6 CC actual; art. 14.5 CC en su redacción anterior y art. 68.2 LRC). Esta vecindad no se vio afectada por el cambio de vecindad de los padres (cfr. art. 14.3 CC), de modo que estos no pueden pretender que sus hijos conserven la vecindad civil navarra que a los mismos no corresponde, ni están facultados para atribuirla a los hijos menores de catorce años. Por el contrario, sólo los hijos a partir de esta edad y asistidos por sus representantes legales serán los que podrán optar por la vecindad civil navarra de sus padres (cfr. art. 14.3 *fine* CC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de derecho transitorio

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo
de 17 de marzo de 1995

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

I. PLANTEAMIENTO

La Sentencia que vamos a comentar se ocupa de uno de los aspectos sobre los cuales la influencia de la Constitución sobre materias civiles, como norma jurídica superior del ordenamiento jurídico, fue más señalada; en concreto, el principio constitucional de igualdad ante la Ley de las distintas clases de filiación (arts. 14 y 39.2 de la Constitución) que entró en contraste con parte de la normativa del Código sobre la filiación, y sobre las normas de la sucesión forzosa y de la intestada.

En la doctrina generalmente existe acuerdo en que el principio constitucional de igualdad deroga en algunos puntos el sistema de filiación del Código Civil, pero no resulta totalmente claro qué normas deroga en concreto y qué derecho resulta de aplicación tras dicha derogación¹. El propio devenir procesal del caso que estamos comentando nos confirma en la dificultad de esta tarea. Debe notarse por ejemplo, que, aun coincidiendo el Tribunal Supremo con la Sentencia de la Audiencia en los principios jurídicos aplicables al litigio discrepan de forma esencial en los efectos². Tan es así que en cuando el Tribunal Supremo hace referencia a las costas no tiene más remedio que reconocer la dificultad del supuesto planteado³.

¹ Precisamente se alegaba, en un tema que parcialmente nos interesa, en favor de la no derogación inmediata de las normas sucesorias contrarias a la igualdad, que «en general, las normas sucesorias no pueden ser derogadas directamente porque precisan de otras que las sustituyan y a falta de las cuales habría una laguna»: así LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, ed. 1981, p. 534.

² Lo reconoce el propio Tribunal Supremo en el sexto fundamento de Derecho: «Los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que, no obstante, encauzan en algún sentido a la resolución del problema desde una perspectiva constitucional en el razonamiento, no terminaron de extraer todas las consecuencias a que tal examen obliga así respecto de las pretensiones ejercitadas (“acciones”), así respecto a la interpretación del derecho probatorio aplicable a un proceso nacido bajo el imperio de la Ley nueva».

³ Señala el Tribunal Supremo en el FD 17: «Las costas de la primera instancia en atención a la complejidad del asunto y problemas de Derecho transitorio y derogaciones por inconstitucionalidad que han debido ponderarse, determinan la concurrencia de circunstancias que aconsejan no hacer imposición expresa de las mismas, esto es, deberán satisfacerse por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

Junto a todo ello, en el caso que contemplamos, se suscita la cuestión –ligada a toda hipótesis de sucesión de normas en el tiempo– de cuál será el Derecho transitorio que resulte de aplicación en el conflicto producido, materia en la que nuestra Sentencia tiene una gran importancia. A este respecto, es interesante destacar que la solución de las dudas planteadas por la sucesión de normas en el tiempo que se produce en materia de filiación es muy compleja, por estar involucradas tres regulaciones diferentes en un corto espacio de tiempo: la previa a la Constitución; la establecida por ésta al derogar la precedente en lo que contrastaba con el principio de igualdad⁴; y, por último la introducida por la Ley de Reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981⁵.

En un trabajo anterior en que nos ocupábamos de la reforma constitucional de la legítima y los consiguientes problemas de Derecho transitorio que conllevaba⁶, afirmábamos que el alcance práctico del tema quedaba reducido por la reforma legal del Código Civil para adaptarlo a los requerimientos constitucionales, ya que el período de tiempo de aplicación directa de las normas dimanadas de la Constitución fue bastante breve. Además, decíamos entonces, habría que tener en cuenta que las cuestiones referidas al Derecho transitorio de ese período irían teniendo una importancia menor con el paso del tiempo. Todo ello no impide, como vemos en la Sentencia comentada, que aún puedan plantearse conflictos, cuya importancia teórica y doctrinal, aparte de su trascendencia práctica, es muy destacada.

II. LA SENTENCIA

1. Hechos

Con independencia de que en los fundamentos de Derecho se encuentran perfectamente expuestos los antecedentes del caso, estimamos preferible hacer una escueta referencia en este momento para lograr una mayor claridad.

En el año de 1944 nació una niña, doña Cristina, la hoy demandante y recurrente, cuya madre fue doña Blanca, que estaba casada con don Joaquín. Consecuencia de estos hechos, la filiación de la referida niña quedó determinada, por lo que fue inscrita en el Registro Civil como hija legítima del matrimonio formado por doña Blanca y don Joaquín.

Muchos años después, el día 30 de diciembre de 1985, doña Cristina interpone demanda para reclamar una filiación diferente, e impugnar la filiación matrimonial que tenía determinada. A esa fecha ya habían fallecido tanto el padre «legal», que lo había hecho antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981 de

⁴ Derogación producida en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria tercera de la Constitución: «asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

⁵ MIQUEL, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, p. 1998, ya advirtió que la existencia de tan variadas normativas en un corto espacio de tiempo daría lugar al planteamiento de problemas de Derecho transitorio bastante complejos. La contemplación del caso concreto nos confirma lo acertado de esta apreciación.

⁶ Cfr. «Reforma constitucional de la legítima y problemas de derecho transitorio», *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, 1995, pp. 3914 ss.

reforma del Código Civil, como el supuesto padre biológico, que falleció el día 26 de marzo de 1981, antes –también– de que entrara en vigor la referida Ley. La demanda de filiación se basa en una serie de pruebas que acreditaban, unas, las relaciones íntimas que existieron durante años entre la madre de la demandante y el supuesto padre; mientras que otras llevaban a la conclusión de la inexistencia de relaciones sexuales entre los cónyuges en la época de la generación.

El problema precedente, de clara resolución en el Derecho actualmente vigente, se complicaba en razón de que la fecha del fallecimiento del presunto padre dificultaba la nítida determinación de la norma aplicable, suscitando importantes problemas de Derecho transitorio.

Unido al anterior litigio se suscitaba asimismo cuestión sobre la condición jurídica de la demandante en la sucesión de su pretendido padre. A este respecto hay que indicar que el presunto progenitor, había contraído matrimonio con otra mujer posteriormente al nacimiento de la demandante y había fallecido, como se ha indicado ya, el 26 de marzo de 1981, bajo testamento otorgado el día 22 de julio de 1975. En él llamaba a la demandante como sustituta fideicomisaria (de residuo) en determinados bienes que atribuía a su viuda, ahora demandada, que era instituida heredera universal en razón de no haber tenido hijos del referido matrimonio. La demanda pretendía la consecución de la legítima de la demandante y que se declarara la preterición de la misma, con la subsiguiente nulidad de la institución de heredero y declaración de heredera única en favor de la demandante.

Una última petición se añadía a la demanda y era la relativa a la nulidad por simulación de determinadas enajenaciones de bienes de la herencia que había realizado la viuda del presunto progenitor.

El Juez de primera instancia dictó Sentencia estimando la demanda. La Audiencia la desestimó –revocando la Sentencia de primera instancia– por no considerar posible la determinación de la filiación por razones que se explicitan en los fundamentos de Derecho.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia recurrida y confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

2. Fundamentos de Derecho⁷

PRIMERO.–El presente recurso trae causa de tres procesos acumulados con objetos litigiosos diversos, pero conexos, cuya cuestión nuclear y previa a las demás respuestas judiciales consiste en la determinación de la filiación paterna no matrimonial de la actora, no obstante, la matrimonial que tiene reconocida. El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión, se ha centrado en la interpretación de la «disposición transitoria» séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo modificativa del Código civil en materia de filiación en cuanto establece que «las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o

⁷ Para evitar cualquier posibilidad de manipulación del texto de la Sentencia, la transcribimos –salvo error por nuestra parte– tal como aparece recogida en el repertorio de jurisprudencia «Aranzadi», sin corregir erratas ni alterar los signos de puntuación.

el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley». Alienta, sin duda, tras esta norma el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica, una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas, un tema, como el debatido, relativo al estado de las personas debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la Constitución Española, a la luz, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre 1982 que declara inconstitucional el artículo 137 del Código civil en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualquiera discriminación contraria, análoga a la señalada por aplicación del artículo 14 y la disposición derogatoria tercera de la Constitución Española. Las discrepancias acerca de la trascendencia e incidencia de la precedente doctrina en el caso enjuiciado se reflejan en los distintos criterios que mantienen la sentencia impugnada y el voto disidente que contra la misma formuló uno de los magistrados.

SEGUNDO.—Derechamente el primero de los motivos del recurso, encauzado bajo el ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (versión anterior a la actual) acusa la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1982 y de los artículos 118, 139 y 113 del Código civil en su precedente redacción, así como la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, según la cual el artículo 118 del Código Civil en su redacción primitiva ha de ser objeto de interpretación expansiva durante la vigencia de la Constitución y aplicado a toda clase de hijos. Para la parte recurrente el problema de la norma aplicable a las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial exige que se tome en consideración que el artículo 14 de la Constitución Española es un precepto dotado de aplicación directa que reclama, desde la vigencia de la norma suprema, que se estimen modificados y derogados todos los primitivos preceptos del Código Civil que establecían diferencias entre las distintas clases de filiación y derechos consiguientes, de manera que la legislación antigua del Código Civil sólo puede tenerse como válida en cuanto no esté contradicha por la Constitución Española. Sobre este extremo —sostiene— es decisiva la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre 1982, que declara que el primitivo artículo 118 del Código Civil ha de ser objeto desde la Constitución de una interpretación expansiva, en virtud de la cual el derecho que el precepto concede a los hijos matrimoniales de reclamar su filiación mientras vivan, ha de ser reconocido a toda clase de hijos, ya sean matrimoniales o extra-matrimoniales. Así pues el derecho de la actora y recurrente a reclamar su verdadera filiación, como hija de don Jesús G. R., no admite la menor duda y consiguientemente deviene indiscutible la infracción de los preceptos invocados por parte de la sentencia recurrida. Y este derecho —sigue— no puede ser desconocido a pretexto de ser inimpugnable la aparente filiación matrimonial de la actora como hija de don Joaquín O. A. En efecto, la sentencia recurrida se basa para ello en lo dispuesto por el artículo 113 del Código Civil en su redacción primitiva, olvidando que ese precepto no es de aplicación al caso por referirse a acciones ejercitadas por el padre, no a las que pueda ejercitar el hijo. El Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 20 de marzo 1919 esa doctrina, y reconoció el

derecho del aparente hijo matrimonial a impugnar tal filiación, en cualquier momento. En síntesis, mantiene que su representada tiene perfecto derecho a reclamar la filiación extramatrimonial que le corresponde respecto de don Jesús G.R. y a impugnar por tanto la aparente filiación matrimonial respecto de don Joaquín O.A. Y puesto que la sentencia recurrida se lo niega, infringe todos los preceptos invocados y jurisprudencia asimismo citada, por lo que este motivo debe prosperar y ser casada la sentencia en cuestión.

TERCERO.– Teóricamente –dice la sentencia recurrida– la filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores. Con ella se funda una estricta relación paternofilial («status filii») y, además, una relación más amplia de carácter parental o familiar («status familiae»). Mas la filiación como hecho jurídico ni es el simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento. Y esto viene a colación por cuanto pueden existir casos de una filiación jurídica determinada, que, sin embargo, no coincida con la filiación biológica, puesto que ésta no tiene «a priori» un carácter indubitado. De ahí, que el Derecho haya acudido tradicionalmente para su determinación jurídica al sistema de presunciones («pater is est quem nuptias demonstrat»), estableciendo para su seguridad jurídica limitaciones en orden a su impugnación, a través de plazos de caducidad y restricción de las personas legitimadas para ejercitar la acción. Y este principio de seguridad jurídica, proyección del de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la Constitución, no es menos importante que el de igualdad del artículo 14 que la parte actora alega en defensa de sus intereses.

CUARTO.–De lo anterior deduce la sentencia recurrida que en orden a la filiación, existen dos tipos de veracidades, la biológica y la que pudiéramos denominar sociológica. Ciertamente –dice– la reforma de 1981, no exenta de críticas aun desde el punto de vista constitucional, se inclina por el principio de veracidad biológica, pero, como no podía ser menos, acepta también el de la veracidad sociológica conforme se desprende del contexto general de la reforma y de la propia exposición de motivos del proyecto, que inexplicablemente no acompañó al texto de la Ley. Y así, aquella exposición indica: «...se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites ante los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco», porque el establecimiento de la filiación no es solamente una cuestión de prueba, sino que afecta al fondo mismo del Derecho. Ello da lugar, como ya se apuntó, a la posible falta de coincidencia entre la filiación como hecho natural y la filiación como hecho jurídico, lo que puede producirse por las limitaciones impuestas a la legitimación activa, cuanto por los plazos de caducidad legalmente establecidos. De ahí la conservación del principio de veracidad sociológica, basado en la conveniencia de proporcionar seguridad al estado civil de las personas en lo que a su filiación concierne, de suerte que se taseen las posibilidades de que un «status» legalmente establecido pueda ser removido indefinidamente, con independencia, de que la filiación determinada fuera matrimonial o extramatrimonial, pues a nadie se le escapa que tanto la citada presunción de paternidad matrimonial, como el reconocimiento extramatrimonial, pueden ser biológicamente falsos, pese a lo cual jurídicamente pueden ser inamovibles reflejando una veracidad sociológica tutelada por el Derecho.

QUINTO.—Asimismo mantiene la expresada sentencia, objeto de recurso, que con arreglo a la legislación anterior, e incluso la presente, está determinada la filiación matrimonial de la actora que en este juicio impugna a la vez que reclama una filiación extramatrimonial, inviable en el régimen anterior por su carácter de adulterina. Se da además la circunstancia de que tanto el padre matrimonial, como el presunto progenitor biológico, han fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13 mayo 1981. De otro lado, aún admitiendo, por la testifical practicada, que la actora era considerada en su entorno, y por su propia madre y hermana, como hija de Jesús G. y no del marido, es lo cierto que oficialmente, siempre ostentó el estado familiar de hija matrimonial llevando siempre los apellidos del padre matrimonial, quien además la instituyó heredera mejorada en su testamento. Conforme a la legislación anterior, donde la presunción de paternidad tenía el carácter casi «iuris et de iure» que le otorgaba el artículo 108 del Código Civil, es incuestionable que por efecto de la misma esa filiación era inatacable, al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artículo 113 donde la acción, según el artículo 111, tan sólo correspondía al marido o a sus herederos. De otro lado, también en aquél sistema era inviable una filiación natural adulterina. Puede admitirse —sigue— que con la nueva regulación, quedara abierta para la actora la posibilidad de reclamar su filiación extramatrimonial, una vez derogado el contenido del antiguo artículo 119, y que tal acción a la luz de la normativa constitucional, ya en vigor con anterioridad a la reforma de 1981, correspondía a la actora durante toda su vida (art. 14 de la Constitución española, en relación con el antiguo art. 118 del Código Civil). Sin embargo, la tesis actora tropieza con serios obstáculos en su ejercicio. Así por una parte la disposición transitoria 7.^a de la Ley 13 mayo 1981, antes referida, parece abiertamente oponerse a su viabilidad de las acciones de impugnación y de reclamación, teniendo en cuenta que tanto el padre legal como el progenitor pretendido han fallecido con anterioridad a su entrada en vigor, lo que determinaría la aplicación de la legislación anterior, según la cual ni podría impugnarse la filiación matrimonial, por caducidad de la acción (art. 113), ni reclamarse la extramatrimonial por haber fallecido el presunto padre natural (art. 137). Tal escollo podría salvarse en benigna aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria 3.^a de la misma Ley, que forzando su contenido, y aún a riesgo de contradecir lo dispuesto en la 7.^a, podría determinar la ampliación de los plazos de régimen anterior al de toda la vida del hijo que previene el artículo 133 para la reclamación de la filiación no matrimonial. Ejercitada así esta acción, conjuntamente con la de la impugnación de la filial matrimonial, para la que también los nuevos artículos 136 y 137 establecen un plazo de caducidad, podría entenderse, en virtud de lo previsto en el discutido artículo 134.1, que ese plazo se extendería a toda la vida del hijo en concordancia con la acción de reclamación conjunta de una filiación contradictoria. Ahora bien —concluye—, tal equilibrio jurídico, sin duda acorde con la «ratio legis», en cuanto se pretenda la reclamación de una filiación, deviene endeble con el propio espíritu de la Ley y el principio de veracidad sociológica y de seguridad jurídica, cuando lo pretendido es la impugnación de una filiación matrimonial legalmente determinada tanto por la legislación anterior, como por la vigente, habida cuenta, incluso, el tiempo que la actora dejó transcurrir para ejercitar su acción, tanto desde la entrada en vigor de la Constitución, 27 de diciembre de 1978, como de la entrada en vigor de la Ley 13 mayo 1981, al ser presentada la demanda el día 30 de diciembre de 1985. Pero es que aunque se admitiera, salvando todos esos obstáculos, la posibilidad procesal de impugnar la filiación matrimonial, es lo cierto que ésta deviene determinada en

el presente caso, por la presunción del artículo 116 (antes 108 de mayor contundencia) y esa presunción no puede entenderse destruida por la prueba practicada en estos autos donde se carece de pruebas biológicas, únicas que de manera inconcusa permiten excluir una paternidad o con poco margen de error determinar otra.

SEXTO.—Los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que, no obstante, encauzan en algún sentido a la resolución del problema desde una perspectiva constitucional en el razonamiento, no terminaron de extraer todas las consecuencias a que tal examen obliga así respecto de las pretensiones ejercitadas («acciones»), así respecto a la interpretación del derecho probatorio aplicable a un proceso nacido bajo el imperio de la Ley nueva. La doctrina científica ha valorado la retroactividad de determinados efectos de la filiación con el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento tomando en consideración la jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales y, en especial, reconoció el carácter normativo de la Constitución Española y la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 diciembre 1982 con anulación de una Sentencia de esta Sala que aplicó después de la Constitución Española el viejo artículo 137 del Código Civil. Es verdad que con criterios meramente legales la disposición transitoria 7.^a se configura como una excepción a la retroactividad, pero también, examinada la legalidad desde una interpretación constitucional no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva ejercitadas las acciones de reclamación de la filiación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referencias a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales.

SÉPTIMO.—Los artículos 111 y 113 del Código Civil en la redacción legal anterior a la que rige por Ley 11/1981 y recogidos por la sentencia recurrida en apoyo de su tesis, en cuanto aluden a la legitimación del marido o de sus herederos para desconocer o impugnar la filiación no son aplicables, ni siquiera analógicamente al caso ya que la pretensión debatida se actúa por la hija del progenitor fallecido. Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil «hijos ilegítimos», tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida como ocurre con la «acción que para reclamar su legitimidad compete «a los hijos legítimos», conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente». Así pues estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por Ley 11/1981 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución una equiparación de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción, durante toda su vida, para reclamar su filiación, la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que,

en definitiva, significa que no se extienden al hijo sino a otros posibles legitimados «cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley» (Ley 11/1981).

OCTAVO.—En lo que concierne al Derecho probatorio ha de sostenerse que, aunque determinadas normas de prueba entre las que se incluyen las presunciones y prohibiciones y limitaciones probatorias legales aparecen recogidas en leyes materiales, como tradicionalmente ha ocurrido en materia de filiación, todas en tanto se hacen valer en el proceso para configurar o formar la convicción judicial tienen naturaleza procesal y, por ello, iniciado un proceso, aunque se refiera a situaciones jurídico materiales de carácter litigioso anteriores a las nuevas normas procesales son éstas y no las vigentes según la situación jurídico material litigiosa, las que deben aplicarse, según determina la disposición transitoria 4.^a del Código Civil al distinguir entre acciones y derechos nacidos y no ejercitados con anterioridad a la ley nueva y ejercicio, duración y procedimiento de estas acciones y derechos conforme a la ley nueva. No puede, por ello, sostenerse que la destrucción de las presunciones establecidas por el artículo 116 sólo cabe mediante la práctica de pruebas biológicas, puesto que el artículo 141 de la legislación anterior ya no resulta aplicable y, si en cambio el artículo 127 actual que establece con toda claridad que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

NOVENO.—Las razones expuestas conducen a la estimación del motivo y, con ello, a la casación de la sentencia recurrida por lo que deviene inútil el examen de los demás motivos casacionales, no obstante, puedan tenerse en cuenta sus razonamientos como ilustrativos, a los demás efectos, en tanto en cuanto de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1715 debe resolverse en la instancia a partir de los términos en que está planteado el debate.

DÉCIMO.—El examen y la valoración de las pruebas obrantes en autos demuestran con certidumbre que la actora doña Cristina O. V. es hija del fallecido don Jesús G. R. y de doña Blanca V. G. de C., y, por tanto, que no es hija de don Joaquín O. A. que figura como tal padre a efectos legales en el Registro Civil. Son importantes en este sentido las conclusiones probatorias a que llegaron el Juez de Primera Instancia y el Magistrado que con su voto disintió de la sentencia recurrida, hecho que, además, admite la propia sentencia recurrida al reconocer «por testifical practicada y por las (declaraciones) de la madre y de la hermana que la actora era hija de don Jesús G. y no del marido». Tal dato se evidencia, asimismo, por la correspondencia habida entre el padre biológico y la madre de la actora. La íntima y cordial relación amorosa entre la madre de la actora y el pretendido padre, se deduce inequívocamente de las cartas de los folios 6 al 35, ambos inclusive, escritas entre los días 6 de diciembre de 1958 y 10 de mayo de 1960. En las de 23, 25 y 27 de noviembre de 1959, le dice sucesivamente: «Hablé con el Notario de lo de Cris, me dijo que lo mejor era la adopción»; «quería dejar todas las cosas atadas, mira si tú puedes hacer lo de la adopción de Cris» y «supongo que lo de prohijar a Cris no lo consideras posible y por eso no me hablas del paso». En la correspondencia que mantiene con la demandante (folios 36 a 39), el tono y fondo son los propios de una persona unida a la otra por lazos muy íntimos, superiores a los de un simple «padrino», como pretende la demandada apelante. La forma cariñosa de reírle y la rumbosa de proporcionarle medios económicos, son los propios de una relación paterno-filial.

Significativa es también la nota que dejó a su esposa tardía, la demandada, de fecha de 25 de enero de 1975 (folio 99), «para después que yo desaparezca... dispón de forma inmediata que, después de tu muerte, y de desquitar el dinero que me prestaste, el resto pase a mi familia, hija y hermana y los isauros», con lo que viene a reconocer, una vez más, el carácter de la actora, pues la demandada ni alegó, ni probó, la eventual existencia de otra hija que no sea la actora. Asimismo es relevante el testamento de fecha 22 de julio de 1975, en cuya cláusula segunda (folio 120 vuelto), declara, «que de su matrimonio con la expresada doña María B. D., único que contrajo, no conserva sucesión, careciendo de ascendientes». Es decir, no afirma, pero tampoco niega que tenga hijos. Se observa, finalmente, a través de la prueba practicada, que el pretendido padre biológico de la actora, la tenía por hija suya, la trataba como tal y no lo ocultaba (véase la abundante prueba testifical de los folios 500 y siguientes, 540 y siguientes, 550, 559, 621 y siguientes, etc.), e incluso se sentía orgulloso de ello; pero no puede ocultarse, por otro lado, que la actora, «socialmente», formaba parte de una familia muy conocida de La Coruña, con la carga moral y psicológica que ello comportaba, en una época en la que, política, social y jurídicamente, lo más importante queda reflejado no sólo en las obsoletas normas legales que regulaban la filiación y el derecho de familia en general (recuérdese que incluso era delito el adulterio, hasta hace bien pocos años), sino que la paternidad extramatrimonial era sancionada por la famosa frase «respeto a la paz y tranquilidad de las familias», siendo los hijos nacidos en circunstancias como la de la demandante, los que más tenían que sufrir las consecuencias del proceder de sus progenitores. Aunque, en el presente caso, hubiera quedado paliado el indudable trauma psíquico que hubo, sin duda, de representar para la actora la situación, por la postura de hecho (aunque no la hubiese plasmado jurídicamente, sin duda por no interferir en el «status» social de aquélla) de su padre biológico: afecto y ayuda económica con largueza. De las fotografías aportadas a los folios 115 y siguientes se infiere como un indicio más el gran parecido físico entre la actora y su padre biológico, corroborado, además, por numerosos testigos que lo conocieron en su juventud. En el orden de la paternidad legal aparente, la carta de don Enrique V., a su hija Blanca (madre de la actora), de fecha 20 de septiembre de 1943, que obra al folio 2 (recuérdese que la actora nació el 29 de julio de 1944), claramente refleja la grave crisis del matrimonio de aquélla con el referido padre «legal» de la demandante. A ello hay que añadir la comparecencia notarial de la madre, de 20 de diciembre de 1984 (folios 103 y siguientes), donde declara que desde 1939 no mantenía relaciones sexuales con su marido, del que en 12 de diciembre de 1945 pidió la incapacitación legal por alcohólico (folios 3 y 4). Igualmente la declaración notarial de la hermana de la actora (folios 110 y 111), donde afirma que sus padres vivían en habitaciones separadas y que su madre mantenía relaciones íntimas amorosas con el pretendido padre de la actora, desde 1940. Todo ello corrobora que es racional pensar en la falta de relación sexual entre los cónyuges.

UNDÉCIMO.—A mayores, las pruebas que se relatan acreditan en cuanto a la relación paterno-filial reclamada una «posesión de estado», obviamente, limitada dentro de los condicionamientos de tiempo y lugar a los elementos definidores posibles de la situación, pero con la suficiente entidad y firmeza corroboradora. Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 1991 «la posesión de estado en tema de filiación no matrimonial no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos, que, en su caso, provendrían cuando

se trate de una filiación matrimonial». Eludido, por tanto, el elemento configurativo del «nomen» que, dadas las circunstancias del caso, no cabe que se exija, tanto el «tractatus» como la fama o «reputatio» coinciden en la apreciación favorable a la posesión del estado de hija, por cuanto las generosas ayudas y las atenciones y consejos prodigados por el padre pretendido a la actora son inequívocos y acreditan una prolongada situación en el que su comportamiento en lo afectivo y en lo material («tractatus») se produjo de forma notoriamente exteriorizada que excedió del ámbito familiar (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 marzo 1994) y generó una opinión pública, aún soterranea por las circunstancias, expresiva y aseguratoria de la paternidad (fama o «reputatio»), hasta el punto de que consta acreditado que en su etapa escolar la demandante era discriminada por sus circunstancias de filiación.

DUODÉCIMO.—El ejercicio conjunto de las acciones de reclamación de la paternidad y de la impugnación de la filiación contradictoria, hoy plenamente permitida, según el tenor literal del artículo 134 (sin entrar, en cuestiones acerca de si cobija dos pretensiones acumuladas o una sola pretensión con varios componentes), exige, en todo caso, en un buen orden lógico procesal la supeditación de la segunda a la primera, dado el carácter principal de esta última que embebe en su contenido a la otra cuando existe una filiación opuesta a la reclamada, según ha resuelto la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 junio 1988 y 23 febrero 1990). Permitir en todo caso —dicen— la impugnación de la filiación contradictoria «equivale», por un lado, a decir que la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro, que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 para la de impugnación; artículo que ahora no es de aplicación porque se refiere a una acción que sólo fue ejercitada en este juicio inevitablemente como secundaria de la de reclamación de filiación; siendo factible en todo caso la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, como ocurrió en el caso discutido. En el asunto, han quedado probadas tanto los hechos constitutivos de la reclamación como de la impugnación. En consecuencia procede que se declare la filiación no matrimonial de doña Cristina O. V. cuyo padre biológico es don Jesús G. R., ordenándose, por ello, la rectificación del acta de nacimiento en cuanto a los datos de la verdadera paternidad en el Registro Civil, con los asientos que procedan.

DECIMOTERCERO.—Reconocida la verdadera filiación biológica de la actora y, por tanto, la paternidad reclamada, corresponde resolver sobre las demás pretensiones relativas a la herencia del padre. Al efecto ha de señalarse que de seguirse una interpretación simple y literal de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 mayo («Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación») habrían de rechazarse las peticiones sobre la sucesión del progenitor causante. Pero la jurisprudencia ha matizado las diferentes situaciones posibles, según que entre la fecha de promulgación de la ley y la fecha del nacimiento del causante, siguiera o no como ley suprema interpuesta la vigente Constitución. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero 1990, referida a una sucesión abierta antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, tras analizar la retroactividad o irretroactividad de las disposiciones transitorias 1.ª y 8.ª de la Ley de 1981 en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, concluye afirmando «que la transitoria 8.ª consagra una retroactividad

de grado mínimo, en el sentido de que la nueva ley se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no a las que, como la discutida, se abrieron con anterioridad no sólo a la Ley de 1981, sino a la propia Constitución Española, pues falleció el causante en 1969». El precedente criterio ya se sostuvo con toda suerte de consideraciones acerca de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida que afectare a situaciones jurídicas de efectos ya consumados sobre herencias en cuanto a hijos «ilegítimos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 noviembre 1987). En cambio, la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14 sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que sólo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 1986, luego de examinar la mentada disposición transitoria y relacionarla con la fecha de fallecimiento del causante posterior a la Constitución Española (en el caso que examinamos, el padre falleció el día 26 de marzo de 1981) establece que «en aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 del Código Civil) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada disposición derogatoria 3.^a, quedaron sin efecto los preceptos del Código civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio (de padre o madre casados como ilegítimo)⁸ no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y por tanto niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada un vigor de la Constitución». El precedente criterio aparece asimismo reconocido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987, de 14 de octubre al sentar que en su disposición transitoria octava prescribe, la Ley 11/1981 (de «Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio») que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación». Formalmente es esta una regla de remisión cuyo contenido se reduce, como es patente, a la determinación de la normativa aplicable a las sucesiones abiertas antes de la modificación de régimen sucesorio que la propia Ley opera. Como norma sobre la aplicación del Derecho, esta disposición transitoria no es en sí misma, por tanto, regla «aplicable» en el procedimiento del que la cuestión procede y no puede negarse por ello algún fundamento a la advertencia que el Letrado del Estado hace de que la decisión del proceso que está en la base del presente vendrá condicionada por la conformidad o disconformidad con la Constitución de las disposiciones legales a las que la cuestionada se remite, y no por el contenido de la regla de Derecho transitorio. Y más adelante añade «pero es que, además,

⁸ La frase entre paréntesis, que se corresponde con el texto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, resulta omitida en la Sentencia de 17 de marzo de 1995, al menos en la versión que manejamos.

tampoco el tenor literal de la tantas veces citada disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el juez ordinario, como ha hecho el Tribunal Supremo en la sentencia ya citada. Esta interpretación, de acuerdo con la cual la remisión de la disposición transitoria octava a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada, no sólo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. Limitar a los viejos preceptos del Código civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la disposición transitoria, equivaldría en efecto a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución, en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra».

DECIMOCUARTO.—La condición, por tanto, de heredera forzosa de la actora en la sucesión del señor G., su progenitor, no puede eludirse. Y su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia de su padre. La atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de complemento de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, acción que, obviamente, ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legitimarios. En ningún caso puede admitirse que los derechos actuales de la actora sobre los dos tercios de la legítima queden gravados por una sustitución fideicomisaria. El fideicomiso de residuo en favor de la actora respecto de finca determinada carece tanto por el carácter potencial y no actual de la herencia como por la naturaleza condicional de su efectividad de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero con los efectos procesales frente a terceros que determina el artículo 1252 del Código civil y, por ende, ha de procederse respecto de la herencia según las reglas de la sucesión intestada. En definitiva deben respetarse los derechos de heredera única de doña Cristina O.V., sin perjuicio de los derechos usufructuarios del cónyuge viudo. Se han tomado en consideración, especialmente, los artículos 813, 814 y 834 del Código civil en la versión anterior a la vigente de la Ley 11/1981 junto con las derogaciones que por exclusión de discriminaciones impone la Constitución Española, particularmente el artículo 14.

DECIMOQUINTO.—Por consecuencia, de acuerdo con los razonamientos del juez de primera instancia y, también con los explicitados por el magistrado que votó en disidencia, debe ordenarse la nulidad de las inscripciones registrales de dominio a favor de la demandada doña María B. D., indicadas en el hecho

quinto de la demanda por lo que procede su cancelación y rectificación de conformidad con el fallo. Así mismo la demandada responde frente a la actora del valor de los bienes de la herencia del causante de que haya dispuesto con obligación de indemnizar en su caso y, asimismo, está obligada a entregar a la actora los bienes integrantes de la herencia del causante con los frutos percibidos y debidos percibir, sin otra detracción que la correspondiente al usufructo viudal de que es titular.

DECIMOSEXTO.—En relación con la venta efectuada por doña María B. D. a don José Francisco y doña María Dolores P. V. se aceptan las premisas de hecho sentadas en cuanto a hechos probados por el Juzgado de Primera Instancia determinativos del precio vil en que aquélla se concertó, dato que junto con las demás circunstancias concurrentes, permite la legítima inferencia de la simulación del negocio, ya que no existen documentos probatorios definidos que induzcan a la convicción de que se pagara un precio superior, ni siquiera tomando en consideración la prueba de la segunda instancia. Se trataba sólo de cubrir la apariencia de una compraventa con el fin de perjudicar a la actora. De ahí que no pueda estimarse que la adquisición fuera de buena fe, y, por tan potísima razón que nunca nació la protección registral que se otorga al tercero hipotecario (art. 34 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, los adquirentes deben soportar las consecuencias de la declaración de nulidad del título y, con ello, la nulidad y cancelación de la inscripción registral correspondiente, sin perjuicio de las acciones que la competen contra la vendedora titular aparente de los bienes. Análogas consideraciones cabe hacer respecto de las ventas realizadas por doña María B. D. a doña María Estrella F. N., criada de la casa por un precio casi siete veces inferior al valor real de los bienes.

DECIMOSÉPTIMO.—Las costas de la primera instancia en atención a la complejidad del asunto y problema de Derecho transitorio y derogaciones por inconstitucionalidad que han debido ponderarse, determinan la concurrencia de circunstancias que aconsejan no hacer imposición expresa de las mismas, esto es, deberán satisfacerse por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Las de segunda instancia deben imponerse a los apelantes y las del presente recurso deben satisfacerse por cada parte las suyas (art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

III. COMENTARIO

1. El Derecho transitorio: la determinación de la norma aplicable

El problema inicial que se suscita en la Sentencia, como paladinamente reconoce el Tribunal Supremo, es principalmente de Derecho transitorio: averiguar la norma aplicable a la determinación de la filiación⁹. Como hemos destacado, en el

⁹ Señala el FD 1.º: «El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión, se ha centrado en la interpretación de la “disposición transitoria” séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del Código civil en materia de filiación en cuanto establece que “las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley”».

caso la presunta hija reclama la filiación no matrimonial impugnando para ello la filiación matrimonial que había quedado determinada por la presunción de paternidad del marido de su madre. En definitiva, se trataba de ejercitar una acción mixta de reclamación-impugnación de la filiación, del tipo de las previstas hoy en el artículo 134 CC. El problema fundamental es que para la resolución del caso, la DT 7.^a de la Ley 11/1981 remite a la legislación anterior. A este respecto ninguno de los Tribunales que conocen del caso dudan de que tienen que aplicar la DT 7.^a de la Ley 11/1981. Dispone esta norma que «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley». Es evidente que en el caso del pleito se ha producido una de las hipótesis que prevé la disposición transitoria –fallecimiento del progenitor discutido–, por lo que sin duda resulta de aplicación lo dispuesto en la legislación anterior.

El segundo problema que se ventila en el pleito está estrechamente unido a la resolución del primero, pues se cuestiona la norma sucesoria aplicable una vez determinada la filiación. A la materia resultaría de aplicación la DT 8.^a de la Ley 11/1981 que utiliza el criterio de Derecho transitorio habitual en materia sucesoria: es aplicable a la sucesión la legislación vigente en el momento de su apertura. Ya sabemos que el fallecimiento del causante y la consiguiente apertura de la sucesión se producen con posterioridad a la Constitución, pero antes de la entrada en vigor de la Ley, por lo que no cabe duda de que la norma aplicable es la «legislación anterior». Pudiera parecer, tras la constatación del contenido de las normas de Derecho intertemporal, que la resolución del pleito fuera sencilla, por remitirse la Ley de 1981 al régimen codicial precedente.

Sin embargo, nada más alejado de la realidad que estimar admisible esta afirmación. A este respecto, en la interpretación de las disposiciones transitorias de la Ley 11/1981 es inequívoca la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1987, también invocada por el Tribunal Supremo en nuestra Sentencia. En el caso el Tribunal Constitucional resolvió una cuestión de inconstitucionalidad relativa a un caso de Derecho transitorio. La duda fue planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Mieres que suscitaba la posible inconstitucionalidad de la DT 8.^a de la Ley 11/1981 en cuanto que ordenaba que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley se regirían por la legislación anterior. El Juzgado entendía que ello suponía la remisión a una legislación contraria a la Constitución. El Tribunal Constitucional consideró que:

«tampoco el tenor literal de la tantas veces citada Disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución»¹⁰.

¹⁰ En el mismo sentido que el Tribunal Constitucional se habían manifestado MIQUEL en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., pp. 1992 ss., donde destacaba que sería absurdo que la ley se remitiera a una normativa derogada por la entrada en vigor de la Constitución; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, p. 1992.

El mismo criterio resulta acogido también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1989 en lo que se refiere –ahora– a la disposición transitoria 7.^a de la Ley 11/1981. A este respecto el Tribunal Supremo señala que:

«no se puede entender referida la comentada disposición transitoria séptima a preceptos del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma, que denegaban el ejercicio de acciones, desconocían los derechos sucesorios, y limitaban las medidas protectoras de una clase determinada de hijos, discriminándolos por razón de su nacimiento (arts. 139, 140 y 141 del Código Civil en su primitiva redacción)».

Por tanto es razonable que, en consonancia con la doctrina anterior, se indique ahora, en referencia a la DT 7.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, que «la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo sino a otros posibles legitimados «cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley» (Ley 11/1981), como dice el FD 7.^o de nuestra Sentencia.

De forma que, de acuerdo con este criterio, sabemos ya con seguridad que no podemos resolver el problema del caso por el simple expediente de acudir a las normas del Código, sino que debemos discernir cuáles estaban en vigor tras la vigencia de la Constitución. En esta tarea, referida en concreto a la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación, es, precisamente, donde se plantea la divergencia entre la decisión de la Audiencia y la Sentencia de casación.

Por otra parte, es pacífico admitir que se rigen por la nueva Ley (igualdad en los derechos sucesorios) las sucesiones abiertas con posterioridad a la Constitución –como la de nuestro caso–, y nunca las que se abrieron antes. Es, por otro lado, la solución establecida en la disposición transitoria 12.^a del Código Civil, para los problemas de Derecho transitorio que la entrada en vigor del propio Código provocó¹¹.

No se separa de esta conclusión, comúnmente aceptada, la Ley de reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 que en su Disposición transitoria 8.^a vino a reiterar el criterio de solución empleado por la DT 12.^a del Código, señalando que la sucesión se rige por la norma vigente en el momento de apertura de la misma¹².

Aunque no afecta directamente a la resolución del caso litigioso, nuestra propia Sentencia hace referencia a la posible aplicación de la igualdad constitucional

¹¹ Dispone así dicha DT: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código...».

¹² En la jurisprudencia también se sigue el parecer de que la conexión que se debe utilizar para la determinación del Derecho aplicable a una determinada sucesión es la de la fecha de apertura de la misma, criterio que también aplica el Tribunal Supremo al concreto caso de la derogación por la Constitución de las normas discriminatorias entre las diversas clases de hijos. Vid., por ejemplo, entre las más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1984 (referida a un caso de adopción); 13 de febrero de 1990; 30 de noviembre de 1990; 21 de diciembre de 1990; 26 de diciembre de 1990; 26 de febrero de 1992 y 26 de septiembre de 1992; entre otras muchas citadas por éstas.

a sucesiones abiertas antes de entrar en vigor la Constitución. Siguiendo un criterio asentado de Derecho transitorio, el Tribunal Supremo vuelve a reiterar que es la norma vigente en el momento de la apertura de la sucesión la que resulta de aplicación, aunque ésta tuviera carácter discriminatorio¹³, de forma que la igualdad constitucional no puede tener en este campo alcance retroactivo¹⁴.

Por tanto, en lo que se refiere al Derecho transitorio aplicable a la sucesión, pueden distinguirse tres hipótesis diferentes que se resuelven por la aplicación de la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión, teniendo en cuenta que la materia sucesoria fue afectada posteriormente por la reforma del Código Civil de 1981:

– Sucesiones abiertas antes de la Constitución: se rigen por la normativa del Código civil vigente en el tiempo de la apertura. Esto es así aunque la filiación se determine después de la Constitución o tras la Ley de 1981. La justificación legal de esta solución es clara ya que el Código Civil en su disposición transitoria 12.^a señala que la sucesión se rige por la normativa vigente al tiempo de su apertura y, como ya ha quedado dicho, se trata de una norma de Derecho transitorio aplicable en defecto de otra previsión legal. El argumento queda reforzado, después de la Ley 11/1981, por la DT 8.^a de dicha ley coincidente con el criterio de la norma del Código¹⁵. Nunca serán de aplicación a dichas sucesiones las normas constitucionales porque ello sería contrario al principio de irretroactividad de las normas y a la seguridad jurídica que lo fundamenta.

– Sucesiones abiertas después de la Constitución pero antes de la Ley del año 1981. La ley aplicable es, según el criterio del Tribunal Constitucional¹⁶, la resultante de interpretar el Código Civil de forma compatible con la Constitución, en virtud de la eficacia derogatoria de ésta que alcanza a todas las normas preconstitucionales que contradigan lo dispuesto en ella; en este caso todo lo que

¹³ Vid. nuestro artículo *Reforma constitucional de la legítima y problemas de Derecho transitorio*, cit., pp. 3935 ss. Sobre este tema la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara: la fecha relevante para fijar la norma sucesoria es la de la apertura de la sucesión y no ninguna posterior; por tanto la relación sucesoria no puede ser afectada por una norma posterior a su apertura, aunque sea la propia Constitución. En este sentido las Sentencias de 10 de noviembre de 1987, 13 de febrero de 1990, 26 de febrero de 1990 y 8 de noviembre de 1991.

¹⁴ Sobre el principio de irretroactividad de las normas en general: cfr. LÓPEZ MENDUZO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982; GAYA SÍCILIA, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, cit., pp. 544 ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 2.^o, pp. 16 ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, disposiciones transitorias, pp. 2184 ss. REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, volumen 2.^o, cit., p. 743; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo primero, volumen primero, cit., pp. 610 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, volumen primero, cit., pp. 193 ss.; LACRUZ-SANCHO-DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I, cit., pp. 243 ss.; DIEZ-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, cit., pp. 109 ss.; MONTÉS, *Derecho civil. Parte general*, coord. por Montés, cit., pp. 209 ss.; en la doctrina extranjera: ROUBIER, *Le droit transitoire*, París, 1960.

¹⁵ Esta norma transitoria resulta mencionada repetidas veces en las Sentencias del Tribunal Supremo antes analizadas, además de haber sido objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1987, también analizada anteriormente.

¹⁶ De forma expresa y determinante en la Sentencia de 14 de octubre de 1987.

contraviniera la igualdad de efectos de la filiación resulta derogado. Está claro que en nuestra Sentencia se contempla un caso encuadrable en esta hipótesis.

– Sucesiones abiertas después de la Ley de 1981. En virtud de la Disposición transitoria 8.^a de la propia Ley estas sucesiones se regirán por lo dispuesto en la nueva Ley.

2. El principio constitucional de igualdad y su incidencia sobre el régimen de la filiación

A) DEROGACIÓN DE ALGUNAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL POR LA CONSTITUCIÓN

Hay que reiterar en este apartado algunas de las ideas adelantadas en el anterior. Como hemos visto es evidente que el sistema codicial previo a la Constitución no podía seguir vigente tras ella, porque, como es suficientemente sabido, la misma proclamó el principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles (art. 14), que se concreta, entre otras cosas, en que todos los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la ley (art. 39.2)¹⁷. Contra este principio chocaba de forma palmaria un sistema de determinación de la filiación en el que las diferentes clases de filiación encontraban distintas posibilidades de prosperar. Tampoco se avenían bien con la igualdad constitucional los demás efectos de la filiación —entre ellos los sucesorios—, por lo que la normativa no era sostenible desde la entrada en vigor de la norma constitucional, si se atendía al valor normativo de la Constitución y a la eficacia derogatoria de ésta¹⁸, aunque hay que advertir que inicialmente parte de la doctrina sostuvo que el principio de igualdad constitucional no implicaba la derogación inmediata de todas las normas que establecían diferencias entre los hijos¹⁹.

¹⁷ Vid., en general, sobre el principio de igualdad: FUENMAYOR, *Alcance del principio constitucional de igualdad*, ADC, 1983, pp. 1327 ss; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, «Principio de igualdad y Derecho privado», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, volumen II, Madrid, 1991; SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, 1985; del mismo autor «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 837 ss. Allí se puede completar la referencia bibliográfica.

¹⁸ Cuestiones en las que no pretendemos entrar con profundidad, sino simplemente señalar los datos principales sobre los que se reflexionó y su incidencia en nuestro tema, para lo que puede verse: GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», ADC, 1979, pp. 291 ss.; NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», RAP, 1983, p. 371 ss.; Díez-PICAZO, «Constitución, Ley, Juez», REDC, 1985, pp. 9 ss.; GORDILLO CAÑAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo I, volumen 1, Madrid, 1992, pp. 67 ss.

¹⁹ Para esta doctrina la reforma del Código Civil de 1981 era vista como el modo de concretar en el ordenamiento civil el principio de igualdad. De esta opinión son, entre otros: VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Madrid, 1986, p. 262; GÁLVEZ, en el Comentario al artículo 39, en *Comentarios a la Constitución de Garrido Falla*, Madrid, 1985, p. 764; MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, Madrid, 1981, p. 50; RUIZ VADILLO «La Constitución española y el Derecho civil», RDP, 1979, p. 252; y LACRUZ: en la anterior edición de sus *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1981, p. 534. El propio Tribunal Supremo, en una jurisprudencia ya superada, se inclinó en varias ocasiones por no considerar derogados automáticamente los preceptos del Código Civil que distinguían entre los hijos en razón de su origen. Así sucedió en las

Por contra, hoy la interpretación que se ha impuesto es que los preceptos discriminatorios del Código civil fueron derogados por la propia Constitución. A este respecto gran parte de la doctrina consideró que la Constitución de 1978 había abandonado expresamente el modelo de nuestro constitucionalismo histórico —que consideraba la Constitución como texto «político» o programático— y constituía una verdadera norma jurídica; esta opinión contaba con el importante apoyo de la disposición derogatoria tercera de la propia Constitución²⁰. En consecuencia, para esta línea de interpretación, el artículo 14 de la Constitución supondría la derogación inmediata de las normas del Código civil discriminatorias entre los diversos tipos de hijos; por tanto tal regulación habría quedado derogada a la entrada en vigor del texto constitucional. Es decir, que aunque formalmente se mantuviera la vigencia del Código Civil, en realidad se habría producido una derogación de sus normas en aquello que contradijera el principio de igualdad²¹.

De forma temprana el Tribunal Constitucional, en las Sentencias de 2 de diciembre y 31 de marzo de 1981, se decanta hacia la tesis de la derogación de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución, y en su doctrina establece importantes principios para resolver la cuestión que ahora nos ocupa, como son el de la naturaleza normativa de la Constitución y la consiguiente eficacia derogatoria de las disposiciones anteriores que se opongan a la misma. Sin embargo, no es hasta la Sentencia de 20 de diciembre de 1982, cuando esta doctrina se aplica inequívocamente a la materia civil, y en concreto al punto referido a la igualdad de todos con independencia de su filiación. En dicha Sentencia declara el Tribunal Constitucional que el artículo 14 es de aplicación directa e inmediata y que supone la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente nulidad de todas las normas que siguieran un criterio discriminatorio al establecer los efectos de las distintas clases de filiación²². Similares ideas se proclaman en la

Sentencias de 8 de mayo de 1981, de 31 de octubre de 1981 y de 8 de abril de 1982 que fue planteada en amparo al Tribunal Constitucional que resolvió en Sentencia de 20 de diciembre de 1982, en sentido contrario al Tribunal Supremo, con los argumentos que después se reproducen. Siguió el criterio del Tribunal Supremo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 1981.

²⁰ En esta línea de pensamiento destacó GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», *ADC*, 1979, pp. 291 ss.; cfr., hoy, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1993, pp. 93 ss. Sobre el valor normativo de la Constitución vid, también: GORDILLO CAÑAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo I, volumen 1, Madrid, 1992, pp. 67 ss.

²¹ Expresamente en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, cit., p. 317; DE LA CÁMARA, «Los hijos no matrimoniales y la Constitución de 1978», *Actualidad jurídica*, 2, 1981, pp. 16 ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 326.; RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994, pp. 142 ss.

²² La Sentencia responde al recurso de amparo planteado contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982, antes mencionada. El caso se refería a una presunta hija natural que después del fallecimiento de su posible padre acciona en reclamación de dicha filiación, lo que le es denegado, por estimarse caducada la acción en la que se fundaba su derecho (cfr. art. 137 CC, redacción anterior). Durante la tramitación de la apelación ante la Audiencia, entra en vigor la Constitución, y la interesada alegó el principio de igualdad, estimando que el citado precepto era discriminatorio, resultaba derogado y no podía aplicarse al caso. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de abril de 1982, no estimó dichos argumentos. El Tribunal Constitucional, por el contrario, consideró que: «Las dos sentencias impugnadas han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el artículo 137 del Código civil en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio dis-

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1987²³, también invocada por el Tribunal Supremo en la que aquí comentamos.

El Tribunal Supremo, a causa de la Sentencia de 20 de diciembre de 1982 del Tribunal Constitucional, modificó su anterior postura sobre la eficacia derogatoria de la Constitución, y reconoció en ocasiones sucesivas derechos legítimos a todos los hijos por igual, con independencia de su filiación, cuando la apertura de la sucesión se había producido bajo la vigencia de la norma constitucional, pero antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Civil. La aplicación de esta doctrina se realiza en las Sentencias de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1990, 30 de noviembre de 1990, 26 de diciembre de 1990²⁴ y 8 de noviembre de 1991.

De particular importancia es la Sentencia de 10 de febrero de 1986 que se ocupa precisamente de la preterición²⁵. En ella el Tribunal Supremo en el tercer fundamento de Derecho, revocando la Sentencia de la Audiencia, consideró que:

criminatorio por razón de nacimiento contrario a la igualdad en punto al régimen de las acciones de filiación, entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o el de la extramatrimonial, tanto la sentencia de apelación como la de casación contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente posconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas por este Tribunal». Es de hacer notar que la Sentencia se pronuncia sobre las acciones de filiación, y señala que «la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 (“Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres...») genera su nulidad»; en cambio el artículo 118 (Decía la versión derogada de este precepto: «La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste...»), igualmente discriminatorio en su sentido literal si aplicamos el mismo criterio, entiende que debe ser interpretado «expansivamente».

La Sentencia ha sido criticada por falta de precisión técnica por realizar una aplicación retroactiva de la Constitución, por DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, III, 1, Madrid, 1982, pp. 978 ss. Esta crítica quizá sea demasiado severa teniendo en cuenta la materia en la que nos movemos —el principio de igualdad, y la determinación de la filiación— muy necesitado de que la nueva legislación sea permisiva, si no se quiere que las situaciones de desigualdad subsistan más allá de lo razonable. Por otro lado no se puede olvidar que los criterios de las propias Disposiciones Transitorias de la Ley son muy favorables a que la investigación de la paternidad no encuentre demasiados obstáculos. Recuérdese que incluso se permite ir contra la eficacia de la cosa juzgada: así la DT 6.^a: «las Sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva». La doctrina es consciente de la importancia de esta DT: cfr. PEÑA BERLARDO DE QUIRÓS, *Comentarios*, cit., pp. 1990 y 1991. Evidentemente si se permite incluso privar de eficacia a las Sentencias firmes parece que no tiene mucho sentido hacer remilgos a otras posibilidades de ejercicio de la acción bajo la nueva legislación. Por otro lado es lo más coherente con los principios constitucionales y los que informan la nueva Ley de favorecer la determinación de la filiación. Por todos estos motivos, no parece que la crítica tenga demasiada razón de ser.

²³ A la que sigue el Tribunal Supremo en la suya de 26 de septiembre de 1989.

²⁴ A, hijo ilegítimo no natural, había sido omitido en el testamento de su abuelo, fallecido en 1980. A pesar de que en la legislación precedente a la Constitución A no sería legítimo de su abuelo, tras ésta sí lo sería, por lo que los Tribunales lo consideran preterido. A este respecto el Tribunal Supremo afirma que: «la propia Constitución, que entró en vigor el 29 de diciembre de 1978, igualó por completo ante la Ley a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y derogó expresamente, por medio de la disposición derogatoria tercera, toda ley que se oponga a la Constitución».

²⁵ Los hechos son los siguientes: el demandante A, nacido en 1957, era hijo adulterino del causante de la herencia que fallece el 31 de enero de 1979, bajo testamento otorga-

«a)... los derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (art. 53.1.º); b) Consecuentemente, el principio de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de dicho texto fundamental rige desde la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la Disposición derogatoria 3.ª de dicha Norma fundamental que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida».

Consecuencia de todo lo dicho es que la interpretación simplista de las disposiciones transitorias séptima y octava de la Ley de 13 de mayo de 1981 no es sostenible. Cuando dichas disposiciones, u otras de las transitorias, remiten a la legislación anterior lo hacen para referirse a la norma que resultara de aplicación en el caso concreto, teniendo en cuenta también la influencia de la Constitución sobre el Código Civil.

No otra cosa hace el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos donde, con expresa cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, estima que se debe interpretar la legalidad preconstitucional de acuerdo con el principio de igualdad, por lo que «examinada la legalidad desde una interpretación constitucional no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva ejercitadas las acciones de reclamación de la filiación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referencias (*sic*) a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales» (FD 6.º).

B) DERECHO APLICABLE AL CASO DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN, SEGÚN LAS NORMAS DE DERECHO INTERTEMPORAL

Partiendo de la última afirmación de la Sentencia que comentamos y supuesto que el Derecho aplicable al caso no es simplemente el contenido en el texto del Código Civil hasta la Reforma de 1981, sino el mismo pero modificado por la Constitución, es necesario referir brevemente cuál era aquel Derecho y, después, concretar la influencia sobre él de la norma constitucional.

do el 5 de octubre de 1977 en el que instituía herederos a sus tres hijos matrimoniales y no mencionaba al demandante. Éste reclama por entender que ha sido preterido, y pide en consecuencia la anulación de la institución de heredero según el artículo 814.

A este respecto es fundamental recordar en sus líneas generales el sistema de filiación que se mantuvo en el Código hasta la reforma de 1981²⁶, porque su examen nos va a llevar a la conclusión de que muchas de dichas normas no pudieran ser aplicadas en razón de la influencia derogatoria que sobre ellas tuvo la Constitución. De forma que, tras el estudio de ese sistema concluiremos que no puede ser a ese régimen al que se remiten las disposiciones transitorias en cuestión²⁷.

a) *En lo que se refiere a las acciones de filiación*

Evidentemente es necesario comenzar el análisis por las posibilidades de ejercitar las acciones de filiación, puesto que ello es cuestión previa a la resolución de los problemas de Derecho sucesorio. El régimen vigente en nuestro Derecho en el momento en que entra en vigor la Constitución –y no se olvide, también formalmente vigente hasta la reforma de 1981– distinguía entre tres tipos de filiación, cada una de las cuales comportaba muy diferentes modos de determinación.

Por un lado, los hijos legítimos, aquellos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, seguían un régimen muy parecido en sus grandes líneas al que hoy existe para los hijos matrimoniales, en lo que se refiere a la determinación de la filiación. A su favor existía una presunción de paternidad del marido de la madre que a grandes rasgos coincide con la que hoy sigue subsistiendo para los hijos matrimoniales²⁸.

Las acciones de impugnación de la filiación matrimonial estaban rígidamente limitadas por el artículo 108.2, que señalaba que para destruir la presunción de paternidad del marido sólo se admitía la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieran al nacimiento, lo que dejaba muy disminuida la posibilidad de impugnar esta filiación.

²⁶ De todos modos no es necesario un estudio en profundidad para esta finalidad meramente instrumental, pues sólo será necesario hacer referencia a aquellas cuestiones que guarden relación con el principio de igualdad. Para un análisis más detenido del sistema del Código, en aspectos aquí omitidos o tratados superficialmente, se puede acudir a las obras generales de Derecho de familia: cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, II, Barcelona, 1970; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, V, 2, octava edición modificada y ampliada con la colaboración de Castán Vázquez, Madrid, 1966. Para las materias de Derecho sucesorio: son especialmente útiles: LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973; VALLET, *Las legítimas*, dos tomos, Madrid, 1974. En esta última obra puede encontrarse bibliografía exhaustiva sobre la materia.

²⁷ Señala a este respecto, refiriéndose a la DT 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, MIQUEL, *Comentarios*, cit., pp. 1993-1994: «un problema previo a la aplicación de la disposición transitoria consiste en determinar cuál es la legislación anterior, porque también en una primera lectura pudiera pensarse que el texto del CC anterior a la reforma de mayo de 1981. Y sin embargo, no siempre es así. (...) hay que entender que la disposición transitoria octava no puede remitir a una legislación derogada (...) Las normas de Derecho transitorio no tienen por misión declarar si la Constitución derogó o no derogó el texto de cierto cuerpo legal. En nuestro caso, la disposición transitoria octava no podía determinar que lo que había sido derogado por la Constitución reviviera ahora; sería una curiosa manera de legislar materia inconstitucional *per relationem*».

²⁸ Disponía a este respecto el artículo 108.1: «Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges».

Por otro lado la acción de impugnación, a pesar de que la Ley no lo dijera explícitamente, se entendía que correspondía sólo al marido, y debía ejercitarse en unos plazos extraordinariamente breves²⁹. En determinados casos, legalmente tasados, se extendía también la legitimación activa a los herederos del marido³⁰. A veces se indica en la doctrina³¹, y también lo hace la Sentencia que comentamos, que una Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1919 extendió la legitimación de la acción de impugnación al hijo y declaró que éste podía ejercitarla durante toda su vida. Si esto fuera así, este criterio tendría particular importancia para la resolución de nuestro problema porque sabríamos que antes de la Constitución incluso el hijo tenía acción para impugnar la filiación matrimonial; sin embargo, en lo que nos parece, la Sentencia de 20 de marzo de 1919 no tiene demasiada relación con nuestro caso, porque se ocupaba de la impugnación de la maternidad, y no debía haber sido acogida, siempre en nuestra opinión, por el Tribunal Supremo al ser invocada por el recurrente³². En este sentido es más razonable, desde el punto de vista del Derecho anterior, la tesis de la Audiencia que no reconoce acción a la hija para impugnar su filiación matrimonial³³.

²⁹ Artículo 113: «La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, o, en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausente, el plazo será de tres meses si residiere en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará a contarse desde que se descubriere el fraude».

³⁰ Artículo 112: «Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1.º Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

2.º Si muriere después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.

3.º Si el hijo nació después de la muerte del marido».

³¹ Así CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V. II, cit., p. 34.

³² En efecto, es cierto que en uno de los Considerandos el Tribunal Supremo, refiriéndose a la legitimación del hijo para impugnar la filiación matrimonial, señaló que «no es violento afirmar que idéntica atribución concede el Código a la demandante para combatir la eficacia de un título aparente de filiación que su propia naturaleza rechaza, pues al decir en su artículo 118 que asiste al hijo durante toda su vida, acción para reclamar el estado cierto de legitimidad este mismo concepto gramatical determinando en locución genérica, comprende a *sensu contrario* la facultad de impugnar por la razón de que en su espíritu, tanto vale demandar una cosa justa como contradecir la que se tenga por injusta». A pesar de esta afirmación, en el caso lo que se impugnaba no era sólo la paternidad, sino el acta de nacimiento que se estimaba fingida, de forma que si la paternidad se combatía ello era porque la maternidad no se aceptaba, lo cual es muy distinto a impugnar la presunción de paternidad. De ahí que señalara el Tribunal Supremo en otro Considerando que al hijo «debe dejársele en libertad de rechazar un supuesto nacimiento que, aunque consignado en acta, no tiene más que un carácter provisional o valor de presunción destructible en juicio contradictorio por otros elementos de prueba». Por ello, una vez demostrada falsedad del parto la presunción de paternidad decaía, y podía pasarse a reclamar la filiación natural. En consecuencia, no está tan claro que, vistos los hechos, la afirmación de la Sentencia de 20 de marzo de 1919, de admitir la impugnación de la paternidad por el hijo sea verdaderamente correcta, porque en el caso lo verdaderamente importante es la demostración de la falsedad del acta de nacimiento: pues demostrado que la niña de cuya filiación se trata no nació de la pretendida madre, es obvio que cesa la presunción de paternidad del marido. Por tanto a nuestro modo de ver el caso no tiene relación con el que se plantea en el supuesto de nuestra Sentencia.

³³ La Sentencia de la Audiencia sostenía que «Conforme a la legislación anterior, donde la presunción de paternidad tenía el carácter casi *iuris et de iure* que le otorgaba el artículo 108 del Código Civil, es inquestionable que por efecto de la misma esa filiación era inatacable, al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artículo

Por otro lado, los hijos naturales, a tenor del antiguo artículo 119 CC, eran los nacidos «fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella». Estos hijos podían ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres o por concesión Real. Con independencia de ello, podían ser reconocidos «por el padre y la madre conjuntamente, o por uno sólo de ellos» (art. 129). La doctrina solía distinguir entre el reconocimiento voluntario, que consistía prácticamente en lo que hoy el Código Civil sigue entendiendo por tal, y que es el concepto más propio de reconocimiento; y, por otra parte, el reconocimiento forzoso. Este segundo modo de reconocimiento era aquel en el que una Sentencia determinaba la filiación a petición del hijo, basándose en determinados hechos tasados que conducían a imponer al progenitor la filiación discutida³⁴.

Las acciones dirigidas al reconocimiento del hijo natural sólo podían ejercitarse «en vida de los presuntos padres, salvo: 1.º Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad. 2.º Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en que se reconozca expresamente al hijo. En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento» (art. 137). Basándose en este precepto la Audiencia, en el caso que nos ocupa, había considerado imposible el reconocimiento (aunque también destaca que la hija no era ni siquiera natural)³⁵.

Por último, los hijos ilegítimos no naturales eran aquellos cuyos padres no podían contraer matrimonio en el momento de la concepción. En el caso que estudiamos la hija era precisamente de este tipo, ya que es concebida en la relación entre una mujer casada y un hombre soltero. Sus derechos en la legislación anterior eran ciertamente muy reducidos, porque las posibilidades de ver deter-

lo 113 donde la acción, según el artículo 111, *tan sólo correspondía al marido o a sus herederos*. De otro lado, también en aquel sistema era inviable una filiación natural adulterina».

³⁴ Los casos en los que el Tribunal tenía que acceder a la determinación de la filiación natural eran los recogidos en los artículos 135 y 136 que disponían:

Artículo 135: «El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código Penal en cuanto al reconocimiento de la prole».

En cambio mayor facilidad había cuando se pretendiera determinar la filiación respecto de la madre.

El artículo 136 señalaba a este respecto: «La madre estará obligada a reconocer al hijo natural:

1.º Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2.º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

³⁵ Señalaba la Sentencia de la Audiencia que «con arreglo a la legislación anterior... reclama una filiación extramatrimonial, inviable en el régimen anterior por su carácter de adulterina... es incuestionable que por efecto de la misma (legislación) esa filiación era inatacable, al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artículo 113».

minada su filiación eran muy escasas, ya que el Código no les reconocía la posibilidad de investigar la paternidad más que en casos muy limitados³⁶ y porque el reconocimiento que se hiciera en su favor podía ser impugnado por aquel a quien perjudicara (art. 138)³⁷.

Partiendo de esta realidad normativa y continuando con el argumento del FD 6.^º que reflejábamos en el apartado anterior, el Tribunal Supremo prosigue su razonamiento en el FD 7.^º: «Los artículos 111 y 113 del Código Civil en la redacción legal anterior a la que rige por Ley 11/1981 y recogidos por la sentencia recurrida en apoyo de su tesis, en cuanto aluden a la legitimación del marido o de sus herederos para desconocer o impugnar la filiación no son aplicables, ni siquiera analógicamente al caso ya que la pretensión debatida se actúa por la hija del progenitor fallecido. Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil “hijos ilegítimos”, tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida como ocurre con la “acción que para reclamar su legitimidad compete a los hijos legítimos, conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente”. Así pues estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por Ley 11/1981 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución una equiparación de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción, durante toda su vida, para reclamar su filiación, la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo sino a otros posibles legitimados “cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley” (Ley 11/1981)».

Encontramos algunas vacilaciones o puntos más débiles en esta argumentación, en relación con la que el Tribunal Supremo había seguido en el precedente FD 2.^º Si, como dijo en aquel lugar (FD 2.^º), los artículos 111 y 113 no son aplicables al caso³⁸, por referirse simplemente a las acciones que corresponden al padre y sus herederos y no a las que corresponden al hijo que, según la Sentencia de 20 de marzo de 1919, tendría acción durante toda su vida para impugnar la

³⁶ En concreto se referían a esta materia los artículos 140 y 141 que disponían:

Artículo 140: «El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1.^º Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil.

2.^º Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

3.^º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

Artículo 141: «Fuera de los casos expresados en los números 1.^º y 2.^º del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa o indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales».

³⁷ Sobre el problema del reconocimiento de los hijos «adulterinos» en el sistema anterior: cfr. la opinión de DE LA CÁMARA, *Comentarios*, cit., pp. 355 ss., y las referencias a la jurisprudencia y a otros autores.

³⁸ El artículo 111 CC, versión anterior, no es aplicable de ningún modo al caso por que no responde a la hipótesis de hecho que estamos tratando.

filiación matrimonial³⁹, no se ve la necesidad de que ahora se señale (FD 7.º) que estos preceptos no son aplicables o que deben interpretarse después de la Constitución de un determinado modo. Sin embargo, si se acepta –como creemos que es lo correcto– que en realidad la legislación preconstitucional impedía por otros medios que no fueran los tasados la reclamación de la filiación a los hijos ilegítimos; y que, desde luego, en todo caso les prohibía impugnar una filiación matrimonial, el razonamiento del FD. 7.º recobra su sentido.

b) En lo relativo a los efectos sucesorios de la filiación

Una vez aceptada la posibilidad de que la filiación quede determinada, es necesario entrar en el problema de los efectos sucesorios de dicha filiación. A este respecto entendemos que se suscitan dos cuestiones fundamentales en el pleito: la legítima en sí misma y la figura de la preterición. Como advertencia inicial adelantamos que el tratamiento de la materia sucesoria en la Sentencia no es muy detallado, lo cual se justifica quizá en la práctica en que no era un tema en el que se hubiera entrado en la Sentencia ahora casada, ya que ésta negaba la posibilidad de reclamar la filiación. A pesar de esta justificación pensamos que el Tribunal Supremo debiera haber prestado más atención a los interesantes problemas que se planteaban que, estimamos, no ha resuelto con total precisión.

Ya hemos visto que la jurisprudencia constante⁴⁰ distingue en función de la fecha de apertura de la sucesión los supuestos de aplicabilidad de la antigua y de la nueva norma. Ni más ni menos es el criterio que se adopta en el FD 13.º: «Al efecto ha de señalarse que de seguirse una interpretación simple y literal de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 mayo (“Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación”) habrían de rechazarse las peticiones sobre la sucesión del progenitor causante. Pero la jurisprudencia ha matizado las diferentes situaciones posibles, según que entre la fecha de promulgación de la ley y la fecha del nacimiento del causante, siguiera o no como ley suprema interpuesta la vigente Constitución (...) En cambio, la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14 sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que sólo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados».

Para la correcta aplicación de estas ideas hay que tener en cuenta que entre el régimen de los hijos legítimos y el de las restantes clases se producían también en materia sucesoria diferencias fundamentales, lo cual dará lugar a la inaplicabilidad de este sistema a sucesiones abiertas tras la Constitución. A los hijos legítimos se les reservaba una parte considerable de la herencia, en concreto los dos

³⁹ Señala el Tribunal Supremo en dicho FD 2.º: «la sentencia recurrida se basa para ello (para denegar la acción) en lo dispuesto por el artículo 113 del Código Civil en su redacción primitiva, olvidando que ese precepto no es de aplicación al caso por referirse a acciones ejercitadas por el padre, no a las que pueda ejercitar el hijo. El Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 20 de marzo 1919 esa doctrina, y reconoció el derecho del aparente hijo matrimonial a impugnar tal filiación, en cualquier momento (...) Y puesto que la sentencia recurrida se lo niega, infringe todos los preceptos invocados y jurisprudencia asimismo citada, por lo que este motivo debe prosperar y ser casada la sentencia en cuestión».

⁴⁰ Cfr. nota 12.

tercios de la masa de cálculo, según disponía el artículo 808 en su redacción anterior⁴¹.

En cambio, los hijos naturales reconocidos aunque acreditaban siempre derecho a legítima, era de una cuantía variable en función de las distintas hipótesis de concurrencia con los parientes legítimos del causante. Así tenían derecho, en caso de no quedar descendientes ni ascendientes legítimos, a una tercera parte de la herencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 842 en su redacción anterior⁴².

Por otro lado la presencia en la sucesión de los hijos ilegítimos no naturales era muy escasa. Ya en vida de sus padres sólo tenían derecho a alimentos⁴³, si bien se preveía la extensión de ese deber contra los herederos de los mismos: «la obligación del que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad» (art. 845 anterior). Se trataba de un derecho que no podía considerarse sucesorio ni legitimario, puesto que no atribuía ningún tipo de derecho hereditario, sino que era prolongación del derecho de alimentos que, excepcionalmente, no se extinguía con la muerte del alimentante, sino que se continuaba contra la herencia o los sucesores⁴⁴.

Hay que hacer notar también que el régimen legal de la legítima del cónyuge viudo, imponía diferentes cuantías en función de las diferentes hipótesis de concurrencia, aunque no todos los casos recibieron en la ley una solución clara, ni la doctrina interpretó el Código con unanimidad. En primer lugar, cuando concurría con descendientes legítimos tenía el usufructo del tercio destinado a mejora⁴⁵. Cuando la concurrencia fuera con hijos naturales la legítima sería el usufructo de un tercio de la herencia⁴⁶.

En caso de que no existiera concurrencia con descendientes ni ascendientes el usufructo viudal alcanzaba los dos tercios de la herencia. Esta hipótesis de

⁴¹ Artículo 808: «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos.

La tercera parte restante será de libre disposición».

⁴² Artículo 842: «Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia».

⁴³ Artículo 139: «Los hijos ilegítimos, en quienes no concorra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143».

⁴⁴ Sobre la peculiaridad del sistema: cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, cit., pp. 83-84; VALLET, *Las legítimas*, I, cit., pp. 138 ss. y pp. 303 ss.

⁴⁵ Artículo 834: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

⁴⁶ El artículo 841 disponía a este respecto que «Cuando el testador no dejare hijos o descendientes legítimos, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia. Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, que, concurriendo con hijos naturales reconocidos, será un tercio de la herencia en usufructo...». Según la opinión que consideramos mejor fundada, la solución era la que seguimos en el texto. La duda se planteaba en razón de que algunos autores pensaban que el artículo citado sólo se refería al caso de triple concurrencia de ascendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge, por lo cual cuando sólo concurren hijos naturales y cónyuge la norma aplicable sería el artículo 838 que establecía el usufructo de dos tercios. Sobre todo ello, cfr. VALLET, *Las legítimas*, I, cit., pp. 551-552.

hecho se producía también en el caso de que los únicos descendientes que existieran fueran los «adulterinos»⁴⁷.

Ahora bien, supuesto que la norma aplicable a la sucesión es el Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 1981, pero con las derogaciones impuestas por la Constitución, hay que delimitar cuáles son, en concreto, los derechos legitimarios existentes en el caso, o lo que es lo mismo, qué normas del Código Civil han quedado derogadas. En relación con ello, la norma legitimaria postconstitucional, interesa averiguar si la Constitución impide que el cónyuge viudo reciba diferentes cuantías de legítima en razón de con quién concurra, aunque es éste un problema que la Sentencia da por solucionado y no se plantea. Nos explicamos: tras la entrada en vigor de la Constitución se incorporan al sistema legitimario los hijos «adulterinos» del causante. En estos casos bajo el régimen anterior la legítima viudal era de dos tercios: *¿sigue siendo posible dicha extensión del usufructo en sucesiones abiertas –como la del caso– tras la Constitución?* La respuesta no es fácil, porque si bien las anteriores diferencias normativas respondían a un sistema discriminatorio, también podría considerarse que, salvada la igualdad entre los hijos, nada impediría seguir considerando vigente la legítima conyugal más extensa cuando concurriera con determinados hijos no matrimoniales del causante (los llamados ilegítimos no naturales). *¿Es posible esta última interpretación?* A nosotros esta tesis, según razonábamos en otro lugar⁴⁸, nos parece incompatible con la norma constitucional. La solución de la Sentencia también va en esa línea, aunque no lo señale explícitamente, pues sólo hace salvedad de los derechos legitimarios del cónyuge, sin cuantificarlos. De todos modos este criterio derivaría con claridad de que invoca expresamente al artículo 834.

En cambio, sí nos parece subsistente tras la entrada en vigor de la Constitución, el párrafo primero del antiguo artículo 836 que disponía que «en el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición». En este sentido, probablemente el precepto deba ser interpretado, después de la entrada en vigor de la Constitución, de acuerdo con la igualdad impuesta por la misma. Por tanto se referirá a la concurrencia con cualquier clase de hijos no comunes, porque la ratio del precepto se mantiene en todos los casos en los que la concurrencia de derechos de los diferentes legitimarios sobre la misma cuota pueda causar problemas⁴⁹.

Por último, aunque dada la solución de la Sentencia que resuelve el caso a través de la preterición, el tema no tenga trascendencia práctica en el supuesto, no cabe duda de que la Constitución implica igualdad en la cuantía de las legítimas de las distintas clases de hijos. A este respecto parece claro que la solución adecuada es que el artículo 808, en su antigua redacción, pasa a incluir tras la entrada en vigor de la norma constitucional a todas las clases de hijos, que deberían repartirse entre ellos una legítima de dos tercios.

Esta última solución ha sido la acogida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de enero de 1990. En esta Sentencia la legítima de los hijos natura-

⁴⁷ Así lo disponía el artículo 838: «No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia».

⁴⁸ *Reforma constitucional de la legítima y problemas de derecho transitorio*, cit., pp. 3927 ss.

⁴⁹ En este punto la Sentencia nada dispone.

les, también cuando concurren con los legítimos, queda fijada en la cuantía resultante de dividir dos tercios entre el número de hijos, sin atender a su origen; y sin tener en cuenta que en los casos de concurrencia la legítima global era más extensa en la regulación derogada. De todos modos el Tribunal Supremo no entra en la justificación de esta opción sino que da por supuesto que es la correcta. En la doctrina esta solución es también la sugerida por Miquel⁵⁰, que la apoya además en que el criterio del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 20 de diciembre de 1982 fue precisamente igualar a todos los hijos sobre la base de las normas establecidas para los hijos matrimoniales.

De manera que, en nuestro caso, hay que aceptar como lógico y evidente que las legítimas serían de dos tercios en favor de la hija —lo cual resulta expresamente reconocido por la Sentencia— y de un tercio en usufructo en favor de la viuda, usufructo que debería recaer sobre el tercio de libre disposición (art. 836.1 antigua redacción), aunque sobre esto último la Sentencia calla.

3. Sobre la preterición

A) LA CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO COMO PRETERICIÓN

Hay que hacer notar que el supuesto del caso que nos ocupa es un tanto peculiar en lo que se refiere a la calificación jurídica que debe merecer. Obsérvese que el Tribunal Supremo señala que la razón de la preterición no es aquí la absoluta omisión en el testamento sino «la atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija sino en cuanto a persona fuera del círculo de los legitimarios de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios». Para el Tribunal Supremo dicha atribución «no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición».

El argumento del Tribunal Supremo debe ser desdoblado en dos para su examen. En primer lugar, la Sentencia afirma que la atribución al legitimario de su legítima a través de la sustitución en un fideicomiso de residuo que se establece en favor del heredero instituido hace que el legitimario deba entenderse preterido. Nos parece cierto, como indica la Sentencia, que la insuficiencia de la referida atribución para cubrir la legítima deriva de su carácter potencial y no actual, así como de su naturaleza condicional. También es cierto que dicha insuficiencia no se puede remediar a través de la acción de complemento, pero estamos en desacuerdo con que la vía acertada de solución sea la preterición⁵¹. Para nosotros,

⁵⁰ «Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1985», *CCJC*, núm. 9, 1986, p. 2886.

⁵¹ Dice el FD 14: «su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia de su padre. La atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante, en parte de los bienes hereditarios no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de complemento de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, acción que, obviamente, ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legitimarios. En

lo que se podrá decir de esa atribución es que vulnera la intangibilidad cualitativa de la legítima, lo cual viene a reconocer la propia Sentencia cuando invoca como fundamento de su fallo el artículo 813 CC. En consecuencia, siguiendo a Lacruz, y a la mejor doctrina sobre el particular, estimamos que «no hay preterición, desde luego, cuando se menciona al “heredero forzoso” en testamento para intentar satisfacer sus derechos mediante una atribución que infringe la regla de intangibilidad cualitativa. En tal caso, los remedios serán los de la infracción de dicha regla: no el de la preterición»⁵². Por tanto, a nuestro juicio, en razón de la existencia de disposición en favor del legitimario estimamos que no hay ninguna razón para considerar preterida a la hija litigante, aunque la insuficiencia cualitativa deba remediarse por su medio propio: considerar no puesto el gravamen⁵³.

En segundo lugar, la Sentencia señala que la mención suficiente para evitar la preterición debía ser una atribución de derechos en cuanto hija y no en cuanto persona extraña, y que, dado que ello no se produce en el supuesto, procedería calificar el caso como preterición. Aun aceptando que para evitar la preterición fuera necesario que se contemplara al beneficiario de la atribución como legitimario⁵⁴, hay que valorar que en la hipótesis era imposible que al testar el causante tuviera en cuenta a su hija como legitimaria, puesto que aun conociendo el testador que se trataba de su hija, era también plenamente consciente de que la misma no tenía la condición de legitimaria. Es evidente que la hipótesis de hecho es muy peculiar porque no se encuentra dentro de las coordenadas normales de aplicación de la norma sobre preterición. Aun así está claro, a tenor de los antecedentes de hecho, que el testador conocía cumplidamente la condición de hija de la litigante.

En contra de la solución de la Sentencia, la doctrina había admitido que para que la atribución testamentaria de bienes evitara la preterición no se requería el reconocimiento explícito en el testamento de la condición de legitimario, aunque Vallet había estimado que se podría estimar la existencia de preterición cuando el testador obrara con error⁵⁵, cosa que no sucede en nuestro caso. Por su lado la jurisprudencia había sostenido con claridad que no era necesario para evitar la preterición realizar la atribución precisamente en razón del carácter de legitimario, bastando que existiera una disposición en favor de éste, aunque no fuera apta cuantitativa y cualitativamente para cubrir

ningún caso puede admitirse que los derechos actuales de la actora sobre los dos tercios de la legítima queden gravados por una sustitución fideicomisaria. El fideicomiso de residuo en favor de la actora respecto de finca determinada carece tanto por el carácter potencial y no actual de la herencia como por la naturaleza condicional de su efectividad de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero».

⁵² *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 182. Cita al respecto el caso de la institución del legitimario como sustituto vulgar.

⁵³ A nuestro juicio VALLET, *Las legítimas*, I, cit., pp. 610 ss. ha demostrado cumplidamente que la solución en los casos de designación del legitimario como sustituto fideicomisario del heredero instituido era no considerarlo preterido. De modo que el artículo 813.2 CC de acuerdo con los antecedentes históricos supondría, precisamente, estimar no puesta la sustitución, percibiendo el legitimario su legítima libre de gravámenes considerando no puestos los mismos. Cfr. allí más doctrina, prácticamente unánime, en este sentido.

⁵⁴ Lo cual no admitimos. El propio Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932 estimó no preteridos a los hijos naturales cuya condición se negaba y en favor de los cuales se ordenaban legados.

⁵⁵ *Las legítimas*, I, cit., p. 604. En el mismo sentido LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, II, cit., p. 173.

la legítima⁵⁶. Ante tales argumentos, no podemos menos de afirmar que en razón de este motivo no podría considerarse preterida a la persona de cuya sucesión trata nuestra Sentencia, por lo que, en este fundamental extremo, discrepamos del criterio utilizado por la misma para resolver el caso.

B) LA PRETERICIÓN EN EL CASO DE LOS TESTAMENTOS PRECONSTITUCIONALES MERECE UNA SOLUCIÓN ESPECIAL DE DERECHO TRANSITORIO

Aceptemos, no obstante, a los solos efectos argumentativos, que pudiera existir preterición. ¿Es razonable la consecuencia que de ello sigue el Tribunal Supremo? No lo olvidemos, la Sentencia anula por completo la institución de heredero y ordena la distribución de la herencia de forma intestada, sucesión en la que la hija pretendidamente preterida resulta ser heredera única, sin perjuicio de la cuota legitimaria de la viuda⁵⁷.

⁵⁶ La Sentencia de 16 de enero de 1895 se ocupó de un caso de testamento anterior al Código Civil en el que el testador manifestaba carecer de herederos forzosos y disponía de sus bienes de la manera que tenía por conveniente, incluyendo un legado en favor de la que, tras la entrada en vigor del Código, reconoce como hija natural. Muerto tiempo después se impugna el testamento por preterición de la hija natural. El Tribunal Supremo señala que el legado se debe imputar a la legítima de la hija natural, quedando subsistentes el resto de las disposiciones testamentarias. En la Sentencia de 25 de mayo de 1917 se sigue una doctrina muy parecida. Después de la muerte del testador se impone judicialmente la paternidad natural en razón de la conducta concluyente del mismo y se solicita también en el mismo pleito la nulidad por preterición de la institución de heredero hecha por el padre natural en su testamento, en el cual señalaba carecer de legitimarios, y legaba a la reclamante de la filiación una cantidad de dinero que debía percibir al fallecimiento del resto de sus herederos. Como se puede apreciar es un caso muy parecido al que ahora consideramos. El Tribunal Supremo entendió, al igual que la Audiencia que «los artículos 815 y 817 prevén y regulan el caso en que el testador haya hecho mención de la persona que reúne las condiciones de heredero forzoso y deje para ella, por cualquier título que lo hiciese, menos de lo que la corresponda en concepto de legítima autorizando sólo al heredero que reclame el complemento de su porción hereditaria, a diferencia del caso previsto en el artículo 814, en el cual, para anular la institución de heredero, requiere la preterición, o sea que el testador nada deje, por ningún título, al heredero forzoso, y como es hecho admitido que a doña E. L., su padre natural don P. G. la transmitió en su testamento una cantidad determinada, resulta hecha con acierto por la Sala sentenciadora la aplicación de aquellos textos, así como del párrafo segundo del artículo 813 del citado Cuerpo legal, en igual respeto a la integridad de la legítima debida y a la subsistencia de las prescripciones testamentarias que no la perjudiquen». Hay que hacer notar que la Audiencia había señalado que el legado testamentario debía percibirse «completamente libre de toda condición y gravamen», extremo que el Tribunal Supremo confirma y que es expresivo de la aceptación de la doctrina que antes invocábamos a propósito de la atribución de la legítima mediante una disposición sobre la que pesara alguna sustitución o gravamen. En parecido sentido la Sentencia de 23 de abril de 1932 se ocupó de un supuesto en el que el testador ordenaba un legado en favor de una hija natural en un testamento en que niega que tuviera herederos forzosos.

⁵⁷ El régimen de la preterición de herederos forzosos anterior a la reforma de 1981 se entendía aplicable no sólo a los hijos legítimos sino también a los naturales (cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, 1994, p. 144, nota 40), sin que, por no tener derecho a legítima puedan ser objeto de ella los hijos ilegítimos no naturales. El artículo 814 disponía que: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código.

En nuestra opinión las conclusiones generales sobre el régimen de Derecho transitorio aplicable al caso son válidas en lo que se refiere a los efectos de la sucesión y, en concreto, en las cuestiones relativas a la legítima. Sin embargo cuando, como se plantea en nuestro supuesto de hecho, la sucesión abierta tras la Constitución se rija por testamento otorgado antes de ella existen algunos problemas que no está tan claro que se puedan resolver con aquéllos criterios. En concreto, la cuestión será si a los testamentos en que fueron omitidos los hijos o descendientes que tengan la condición de legitimarios sólo tras la entrada en vigor de la Constitución se pueden aplicar los efectos de la preterición⁵⁸.

El tema no se plantea por primera vez al Tribunal Supremo en esta Sentencia. También se le suscitó en el caso que dio lugar a la de 10 de febrero de 1986⁵⁹ que es oportunamente invocada en esta de 17 de marzo de 1995 que ahora comentamos. En la de 1986, que ya conocemos, el Tribunal Supremo indicó que: «a tenor del artículo 814 del Código Civil debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador», con lo que, aun diciendo que se está aplicando el Derecho vigente a la apertura de la sucesión, en realidad no se está dando al antiguo artículo 814 la extensión de efectos que en realidad tenía, pues el Tribunal Supremo prefiere «reducir» la institución de heredero antes que «anularla», solución que ha sido criticada por Miquel⁶⁰, De Pablo Contreras⁶¹ y Rivera Fernández⁶², que estiman que al producirse un supuesto de preterición bajo la vigencia del antiguo artículo 814 –si bien corregida su interpretación bajo el prisma igualitario de la Constitución– la consecuencia debía ser la entonces establecida por aquella norma: la nulidad de la institución de heredero, y no la que deriva de su reforma en 1981: reducción de dicha institución.

De todos modos la crítica de estos autores, cuya solución se aplica en la Sentencia que comentamos, puede ser discutible. En nuestro caso, sería muy extraño que un testamento realizado con arreglo a la normativa vigente en la fecha de su otorgamiento, pueda ser privado casi totalmente de contenido (anulación de la institución de heredero en favor, además, del cónyuge viudo) a causa de una cir-

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto».

Hay que hacer notar que el precepto, tras la entrada en vigor de la Constitución, si bien no va a sufrir problemas de inconstitucionalidad, sí va a verse ampliado en sus elementos personales por aquellos legitimarios que comienzan a serlo tras la Constitución. Esto es precisamente lo que sucedería según el Tribunal Supremo en el caso que contemplamos.

⁵⁸ Sólo plantea peculiaridad el caso de los hijos «adulterinos» y los ilegítimos no reconocidos porque el de los hijos naturales se consideraba resuelto ya bajo la regulación derogada en el sentido de que su omisión constituía preterición: cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición*, cit., p. 144 y nota 40.

⁵⁹ Está comentada por MIQUEL GONZÁLEZ, *CCJC*, núm. 10, 1986, pp. 3435 ss. y por DE PABLO CONTRERAS, *Preterición, derecho intertemporal y Constitución española*, *ADC*, 1987, pp. 701 ss.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 3442.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 710: «la norma que debió ser aplicada era el artículo 814 en su redacción anterior a 1981 y, en consecuencia, declarar la anulación de la institución de heredero».

⁶² «El Tribunal Supremo (...) concede efectos retroactivos a la Ley 11/1981 sin tener presente que en lo que la Constitución derogó al Código Civil, la reforma no tendrá efectos retroactivos porque ya se derivan del texto constitucional y en lo que ésta no derogó al Código Civil, la reforma no tiene porqué tener efectos retroactivos»: *La preterición*, cit., p. 147.

cunstancia ajena a la voluntad del testador (la aparición de nuevos legitimarios por disposición de la ley), y contrariando su evidente voluntad⁶³. A este respecto es interesante recordar que para los casos de preterición que se produjeron a la entrada en vigor del Código la disposición transitoria 12.^a había establecido una solución mucho más matizada que la que deriva de aplicar, sin más, la norma del antiguo artículo 814, consistente en salvar la legítima de los nuevos legitimarios, pero sin admitir que pudieran ejercer la acción de preterición⁶⁴.

Por nuestra parte, entendemos que al caso que ahora nos planteamos, Derecho intertemporal necesario para resolver los conflictos provocados por la preterición producida por la reforma del Código por la Constitución, le hubiera sido de aplicación el criterio dispuesto en la disposición transitoria 12.^a del Código Civil, puesto que ésta intentó resolver el problema similar que en 1889 provocó la entrada en vigor del Código, y que la actual regulación no contempla ninguna solución a esta hipótesis⁶⁵.

De modo que, dado que en nuestro caso la anulación de la institución de heredero, resultado de aplicar la norma de la preterición, no sería necesaria para que la hija extramatrimonial defienda su legítima, pensamos que lo procedente era respetar el testamento en lo que no lesionaba la legítima de dicha hija, haciendo aplicación de la disposición transitoria 12.^a Es decir, nos parece que la solución más justa del caso sería, en aplicación de la referida Disposición transitoria, conceder legítima al hijo no matrimonial pero aplicando las reglas de reducción

⁶³ El problema precedente se suscita no sólo en la Sentencia de 10 de febrero de 1986 y en la que ahora comentamos, sino también en el caso del que conoció la Sentencia de 26 de diciembre de 1990, aunque en esta última los efectos de la preterición no fueron objeto del recurso, y la Audiencia ya había resuelto decretando la nulidad de la institución de heredero, por lo que el Tribunal Supremo no entró en la materia que ahora nos ocupa y, por tanto, de poco sirve esta Sentencia para aclarar la cuestión.

⁶⁴ Dice así: «...La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código». La Exposición de Motivos de la edición reformada del Código Civil era clara en las razones de la introducción de la referida DT: «La legislación antigua no reconocía porción legítima a los cónyuges ni a los hijos naturales, como lo hace la vigente (...) el testamento habrá de cumplirse reduciendo o aumentando las porciones hereditarias si así fuere necesario, para que todos los partícipes forzosos en la herencia según el nuevo derecho, reciban lo que les corresponda conforme al mismo».

Por su parte la doctrina no duda de que la mencionada Disposición transitoria se aplicaba a las hipótesis de preterición originadas por la entrada en vigor del Código: así: REGLERO CAMPOS, *Comentarios*, cit., pp. 743 ss.: «habiéndose otorgado testamento de acuerdo con la legislación anterior al Código, el testador fallece con posterioridad a su entrada en vigor, conteniendo aquél disposiciones contrarias a las normas imperativas (...) no se predica la ineficacia del negocio testamentario (...) a pesar de esa validez, quedó sensiblemente reducida la eficacia de los testamentos.»; SCAEVOLA, *Código civil*, redactado por Reyes Monterreal, tomo XXXII, volumen 2.^o, Madrid, 1965, pp. 1159 ss.; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo XII, 6.^a ed. revisada por Gómez Ysabel, Madrid, 1973, pp. 1334 ss. Sin embargo ninguno de los autores hace expresa referencia al problema de la preterición, único al que resulta de más interés la norma. Sí hace referencia expresa a que la DT 12.^a tendrá especial interés en materia de preterición MIQUEL, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., p. 1999. También lo consideró así el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de enero de 1895.

⁶⁵ La doctrina científica suele ser concorde en admitir la aplicabilidad de las normas del Código sobre Derecho transitorio a las reformas posteriores del mismo para solucionar conflictos de Derecho intertemporal que no fueron los concretos y específicos para los que

de disposiciones inoficiosas, y no la más radical solución de la nulidad de la institución por heredero⁶⁶. Miquel había dudado de la conveniencia de esta solución porque piensa que mantenerla «puede ser equivalente a perpetuar la discriminación bajo la vigencia de la Constitución aunque sea por derecho transitorio»⁶⁷.

A nosotros la objeción «constitucional» a nuestra solución no nos parece concluyente, porque el criterio de la Disposición transitoria del Código es perfectamente admisible desde la óptica constitucional: respetar el testamento, pero dando entrada a los nuevos principios sobre la legítima⁶⁸. En otras palabras, el Código no consideró aplicables las normas de la preterición a la omisión de un legitimario que llega a serlo por el cambio de ley posterior al testamento, y no parece suficientemente justificado que pueda abandonarse ese criterio en razón del principio de igualdad, porque sería tanto como modificar el propio concepto de preterición, perjudicando la efectividad de la voluntad testamentaria.

Indudablemente a nuestra interpretación se le puede poner otra objeción fundamental, y es que el criterio de la norma transitoria aplicable hoy es suficientemente expresivo de una solución contraria a la establecida en el segundo inciso de la DT 12.^a del Código. En efecto, la DT 8.^a de la Ley 11/1981 nada indica acerca de la posible excepción de la preterición de la regla general, por lo que no habría laguna que rellenar con la aplicación de la norma codicial de Derecho transitorio ya que el criterio de la nueva Ley sería contrario a dicha norma. Entendemos que la objeción tiene bastante peso, pero no es incontrovertible. Estimamos cierto que la invocación de la DT 12.^a CC no puede hacerse directamente, porque en efecto la norma especial de la Ley, la DT 8.^a de la Ley 11/1981, cubre el supuesto que se pretendería resolver; es decir, no se está ante un supuesto de inexistencia de criterio de Derecho intertemporal que justificara, sin más, el

la norma fue dictada: Cfr. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1942, p. 578; SANCHO REBULLIDA, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, DT 12.^a, pp. 2210-2211; REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, volumen 2.^o, Madrid, 1994, p. 743; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo primero, volumen primero, duodécima edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, 1988, pp. 630-631; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, volumen primero, Barcelona, 1991, pp. 207 ss; LACRUZ-SANCHO-DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona, 1988, p. 252; Díez-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1992, pp. 119-120; MONTÉS, *Derecho civil. Parte general*, coord. por Montés, Valencia, 1993, p. 213; MIQUEL, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., DT 8.^a, pp. 1997-1998.

⁶⁶ Hay que tener en cuenta que en el momento en que se abrió la sucesión la solución impuesta por la aplicación conjunta del principio de igualdad constitucional, el antiguo artículo 814 CC y la DT 12.^a del mismo era la de no considerar preterida a la hija y salvarle la legítima de dos tercios. Es evidente que ello supone una solución desigual en caso de omisión testamentaria en función de las distintas clases de hijos, pero la desigualdad radica en la desigual importancia de la omisión según se omita en el testamento a quien ya es legitimario o a quien no se considera legalmente tal.

⁶⁷ *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., DT 8.^a, p. 1999. Es una opinión que pretende ampararse en la decisión del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de diciembre de 1982 en el sentido de no perpetuar las situaciones de discriminación bajo la vigencia de la Constitución. En esta Sentencia, ya analizada, el Tribunal Constitucional trataba una cuestión de Derecho transitorio, pero referida a las acciones de filiación.

⁶⁸ La norma de la DT pretende solucionar el problema concreto de la preterición que no es más que el de la incidencia en el fenómeno sucesorio de dos momentos temporales: el de otorgamiento del testamento, instante que cobra interés considerando el testamento como negocio jurídico, y el de apertura de la sucesión, momento central del fenómeno sucesorio: cfr. p. ej. ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 309.

recurso a las disposiciones transitorias del Código. Aun así se le puede reconocer a la DT 12.^a un cierto carácter interpretativo de la DT 8.^a de acuerdo con el criterio más normal en esta materia, aunque –desde luego– ello sería dudoso⁶⁹.

También podría pensarse que cuando la DT 8.^a de la Ley del 81 remite al derecho anterior está invocando no sólo a la estricta norma resultante de aplicar a la legítima la igualdad constitucional, sino también a las eventuales matizaciones que puedan derivar del Derecho transitorio del Código. En otras palabras que la norma de Derecho intertemporal no designa directamente la norma material aplicable, sino que la designa a través de la norma de Derecho intertemporal del propio Código⁷⁰.

En favor de nuestra interpretación, hay que señalar que el efecto que consigue es el más razonable, teniendo en cuenta que en la materia se suceden no sólo dos regímenes modificatorios, sino también dos regímenes transitorios –si aceptamos que de la DT 8.^a de la Ley 11/1981 no se puede derivar el evitar la preterición en casos como el que contemplamos– y ello en un corto espacio de tiempo. Todo lo cual daría lugar a problemas sustancialmente similares que tendrían una solución injusta si se les aplicaran efectos diferentes.

En concreto, se pueden dar tres posibilidades referidas a testamentos preconstitucionales en el que se omita a un legitimario que llega a serlo a partir de la Constitución:

– apertura de la sucesión después de la Constitución, pero antes de la Ley de Reforma, y que se pretenda resolver judicialmente antes de dicha Ley. Hay que sostener con claridad que la solución de la DT 12.^a CC es aplicable a estos casos, porque entonces no se podía acudir a otra norma de conflicto. Por tanto, planteado un problema de legítima, la solución habría sido reconocer la legítima al nuevo legitimario, pero no considerarlo preterido por el testamento preconstitucional.

– En cambio, si el supuesto se plantea judicialmente después de la Ley de 1981, la solución ya sería distinta si entendemos que la DT 8.^a de la Ley del 81

⁶⁹ MIQUEL, *Comentarios*, cit., pp. 1997-1998: «en lo que se refiere a la disposición transitoria 12.^a del CC hay coincidencia en la primera parte, pero no se reproducen las limitaciones que al principio así establecido se contienen en dicha disposición. Por tanto, hay que preguntarse qué significado tiene tal proceder: ¿significa que no se ha querido aplicar la disposición transitoria 8.^a de la ley 11/1981 con los temperamentos que se derivan de la segunda parte de la transitoria 12.^a del CC? o, por el contrario, ¿la no reproducción de su contenido no significa la inaplicabilidad en esta ocasión? La cuestión me parece dudosa. Si bien puede pensarse que no era preciso para que tal disposición se aplicara que se recogiera su contenido, también puede entenderse que el silenciar una parte de la disposición y recoger otra puede ser significativo; por otra parte, que si bien es cierto que las disposiciones transitorias del CC pueden aplicarse a cualquier modificación que éste experimente, fueron especialmente dictadas para el cambio que el CC introdujo y su valor en otras reformas pudiera defenderse que es orientativo, pero no vinculante, sobre todo cuando la nueva ley contiene alguna disposición referida al tema.

Con todo, me inclino a pensar que no ha sido propósito de la Ley que aquellas disposiciones transitorias no fueran aplicadas al caso. Sin embargo, mantengo graves dudas y cuestiono entonces la necesidad de la disposición transitoria octava. Como no sea para negar efecto retroactivo a la Ley, lo que tampoco era necesario en rigor». A pesar de esto, más adelante, el mismo MIQUEL (cfr. pp. 1999-2000) no considera posible evitar en el caso que nos planteamos los efectos de la preterición.

⁷⁰ Lo cual, realmente, concuerda mal con el carácter de las normas de derecho intertemporal.

dispone algo diferente a la DT 12.^a del Código, y habría que considerar preterido al legitimario con arreglo al antiguo 814 CC.

– Por si todo esto no fuera complicado, si el fallecimiento con testamento preconstitucional se produjera bajo la vigencia de la Ley de 1981, la solución volvería a cambiar, pues entonces la legislación aplicable sería el nuevo artículo 814 CC, y la calificación más probable de la preterición sería de intencional⁷¹.

De modo que se daría una solución desigual a supuestos similares sólo en función de la fecha en que hubiera debido resolverse el problema o se produjera el fallecimiento, sin que las diferencias encuentren demasiada justificación. Además, si aceptamos la opinión de que la DT 12.^a no se puede aplicar tras la Ley de 1981, esta misma Ley haría revivir, aunque sólo fuera por la vía del Derecho transitorio, el criterio contenido en el antiguo artículo 814; precisamente cuando la nueva norma se opone directamente a dicho criterio, lo cual parece absurdo.

Por ello, nos parece que también se podría defender nuestra solución estimando que el nuevo artículo 814 es tácitamente retroactivo⁷² y que la preterición que se produce en el caso era intencional; también consideramos defendible nuestro criterio admitiendo que en el antiguo 814 no estaban incluidos los supuestos de preterición intencional, y que esos casos se deberían resolver con los efectos propios de la desheredación injusta⁷³. En cualquier modo, estimamos

⁷¹ Opina MIQUEL, *Comentarios*, cit., pp. 1295-1296; BOLÁS, «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, 1982, pp. 203-204, y nosotros lo aceptamos, que el caso en que haya cambiado la legislación entre el testamento preconstitucional y la muerte del causante (evidentemente se están refiriendo a causantes que fallezcan después de la Ley de 1981) dará lugar a un supuesto de preterición intencional. Sobre la naturaleza intencional de la omisión en este caso habría que añadir que el testador conocía la existencia de la hija «adulterina», y aparece clara la voluntad de disponer a favor de ella simplemente con el llamamiento fideicomisario.

⁷² Al plantearse la reforma de 1981, motivada por la exigencia constitucional de igualdad entre las filiaciones, se suscitó la preocupación de que al ampliarse el número de legitimarios, los herederos forzosos preteribles también crecían, pudiéndose originar una gran cantidad de casos en que se podría llegar a la anulación de la institución de heredero. Por eso se decide reformar una materia que no iba a ser objeto, en principio, de los trabajos legislativos. La exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma, que finalmente no se incorporó al texto de la Ley, explicaba la reforma de la preterición en estos términos: «debe explicarse el porqué de la reforma en materia de preterición de herederos forzosos. La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una Ley cuyo cometido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta Ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad: y que, respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso se ha hecho necesario sustituir las escuetas reglas del Código Civil por otras que, al distinguir entre las diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas». Cita tomada de *Código civil (Reformas 1978-1983)*. Trabajos parlamentarios, tomo I, Madrid, 1985, pp. 174-175. Por esto parece evidente que la *ratio* del nuevo artículo 814 es evitar la multiplicación de las pretericiones y modalizar sus efectos, lo cual no se aviene bien con una aplicación de la institución como la que hace la Sentencia que comentamos, lo cual apoyaría en cierta medida conceder a la nueva Ley un cierto alcance retroactivo.

⁷³ Sobre esta última cuestión hay que indicar que el antiguo artículo 814 no tomaba expresamente en cuenta el dato de que la preterición fuera errónea o intencional para darle distintos efectos; aunque dicha postura legal mereció las críticas de la mejor doctrina. Estimaba la doctrina científica que cuando un testador conscientemente omite al legitimario es

más razonable que los casos de omisión en testamento preconstitucional de un legitimario que llegue a serlo por la modificación legal, se resuelvan por el criterio del segundo inciso de la DT 12.^a del CC.

rechazable que dicho legitimario, por vía de la anulación de la institución de heredero, perciba más que lo que le podía corresponder por legítima. Para la doctrina estos casos de preterición intencional estaban más cerca de la desheredación injusta y sus efectos debían asimilarse de alguna manera a los previstos para aquella situación (cfr. art. 851 CC), por tanto, era necesario en este punto suavizar los efectos establecidos por el artículo 814 en su redacción anterior. Al respecto ver, por ejemplo, DE LA CÁMARA, «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos», *RDN*, 1955, p. 65: «La preterición intencional y la desheredación deben, por lo tanto, surtir los mismos efectos»; VALLET, *Las legítimas*, II, cit., p. 932. Por tanto la doctrina miraba con cierta reserva la anulación de la institución de heredero, que no tuviera por base la defensa de la legítima material. Es decir, se criticaba una legislación que no se limitaba a proteger los derechos legítimos, sino que iba más allá. El único motivo, en opinión de aquella doctrina, que podía autorizar la producción de efectos contra el testamento con un alcance mayor que el necesario para proteger la legítima material, sería el de que la preterición se produjera por error o desconocimiento del testador. En contra arguyó LACRUZ *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1973, p. 177, que esta opinión aunque sea más conforme probablemente con la voluntad del testador no es la que cabe descubrir en el Código «pues el deber formal de mencionar al legitimario todavía viene configurado por el CC como algo distinto de la legítima material (aunque en mi opinión y la de otros, alternativo con ella): si tal deber resulta incumplido la falta tiene su sanción propia, y se aplica por igual siendo la preterición intencional o involuntaria; pero obsérvese que la falta es más grave, y tanto más merecedora de sanción, precisamente cuando la preterición se cometió adrede». Precisamente, habría que añadir, en la hipótesis que nos estamos planteando la intencionalidad de la omisión no resulta más reprochable por el hecho de haberse cometido ignorando la condición de legitimario del descendiente. En cualquier caso las conclusiones de la doctrina no fueron aceptadas por la Jurisprudencia. El Tribunal Supremo consideró la interpretación de VALLET y DE LA CÁMARA inadmisibles de *lege lata*. Y eso a pesar de que no faltaron supuestos en los que claramente se apreciaba la intencionalidad de la preterición, y debían haber tenido una solución más justa y conforme con la voluntad del testador considerándolos como casos de desheredación injusta tácita. Así, por ejemplo, el supuesto contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908. Se reconocía la legítima a una hija natural puesto que se le hizo una donación con el expreso carácter de anticipo de legítima. Posteriormente, en el testamento no se la menciona, y expresamente se señala que el testador carece de herederos forzosos. El Tribunal Supremo aplica el texto del 814 de forma rigurosa.

También la Sentencia de 27 de febrero de 1909 contempla un claro caso de preterición intencional. En el testamento se instituyen herederos a los sobrinos del testador, imponiéndoles expresamente la condición de continuar el pleito que sostenía con dos presuntas hijas naturales. Igualmente les imponía no realizar «componenda ni transacción alguna», pues en caso contrario quedarían desheredados. Posteriormente se determina judicialmente la filiación de las referidas hijas naturales. Se trataba, parece claro, de un caso de preterición intencional. A pesar de ello el Tribunal Supremo revoca la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia que entendía que era nula la institución de herederos «tan sólo en cuanto por ella se priva a la demandante de la legítima». El Tribunal declara la nulidad total de la institución de herederos. En el mismo sentido se podría citar la de 9 de diciembre de 1955 que contempla un caso de posible preterición intencional. Una probable excepción a esta postura jurisprudencial es la representada por la Sentencia de 13 de julio de 1985, dictada para un caso anterior a la reforma de 1981, en la que el Tribunal Supremo se inclina por la posibilidad de tener en cuenta la voluntad del causante para modificar los efectos de la preterición, en función de la voluntariedad de la omisión. El Tribunal Supremo no decide sobre la cuestión de cuáles eran los efectos de la preterición intencional por no haberse discutido en su momento procesal, pero parece admitir la posibilidad, bajo el régimen derogado, de que la preterición intencional tuviera efectos más mitigados que la errónea. No es, en cambio, una excepción la Sentencia de 10 de febrero de 1986, referida al antiguo artículo 814. Desde luego aplica efectos más mitigados a una preterición presumiblemente intencional, y en ello se ha visto por alguno la admisión de la propuesta doctrinal: cfr. DE PABLO, *op. cit.*, pp. 710 ss.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; M.ª Do-
lores CANO HURTADO; Ignacio DÍAZ DE LEZCANO;
M.ª del Rosario DÍAZ ROMERO; Luis FAJARDO
LÓPEZ; Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ; Julián LÓPEZ
RICHART; Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ; Alma M.ª
RODRÍGUEZ GUITIÁN, y 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.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Ejercicio de un derecho contrariando la buena fe: el principio que veda ir contra los propios actos.—El vendedor que formula su tesis de nulidad del contrato suscrito por él, sin detenerse ante la elemental consideración de que, la oposición a la pretensión del comprador demandante, de eficacia del contrato de venta suscrito, pretensión acogida por la sentencia, no puede hacerse, precisamente por el vendedor, acusando, esencialmente, la falta de representación con que él mismo actuó, si no es con ofensa de un principio, el de buena fe en el ejercicio de los derechos, cuya observancia sobrepasa y se antepone al examen de la concreta normativa que es propuesta en el recurso, eludiendo aquel principio que, sobre ser exigencia precisa el artículo 7.º CC, su olvido, por el recurrente, al tiempo que suscita un invencible rechazo moral, tal y como el Tribunal de apelación pone de manifiesto en el fundamento de Derecho primero, obliga a recordar que no solamente es inadmisibile, como se ha dicho, el ejercicio de un derecho contrariando la buena fe, sino que, como doctrinalmente se reconoce, la ausencia de ésta, afecta al contenido del derecho mismo, cuya extinción ha de declararse si es que su ejercicio no puede serlo de otra manera. Y así patente en el presente caso, tanto porque el ejercicio del derecho por el vendedor incide negativamente en la confianza del comprador, como porque en el proceder de aquél, excepcionando y postulando en contradicción con la más elemental regla de coherencia en su conducta, el vendedor recurrente está, sin asomo de duda, faltando al principio que veda ir contra los propios actos, y en todo caso conculcando la buena fe que, además de exigencia del artículo 7.º CC, concurre en la regla *tu quoque* —*nemo auditur sua turpitudinem allegans*— que rechaza la invocación de una normativa que fue voluntariamente contrariada por quien ahora pretende ampararse en ella.

Venta de bienes de menores.—Los hijos articulan un recurso, cuya procedencia es insoslayable a tenor del artículo 144 CC, vigente en su momento, que denuncia el motivo del recurso presente y doctrina legal interpretadora (SS de 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 28 de mayo de 1963 y 30 de marzo de 1987 y singularmente la de 27 de marzo de 1989, con cita de las de 4 de febrero y 8 de marzo de 1965) que viene uniformemente declarando que: son nulos los actos, a tenor de lo dispuesto en aquel artículo citado y concordantes, los actos de disposición o gravamen de inmuebles de menores, por el padre o la madre que ostenten la administración de los mismos, salvo por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio.

Bienes gananciales: falta de capacidad del cónyuge sobreviviente para enajenarlos en tanto no se liquide la sociedad.—Tratándose de un patrimonio en principio ganancial, al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza. De modo que, hasta entonces, los bienes concretos de aquel patrimonio en situación de comunidad entre el supérstite y los restantes herederos, no puede ser objeto de disposición si no es concurriendo todos los interesados. (SS de 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 28 de mayo de 1963 y 30 de marzo de 1989). (STS de 17 de febrero de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don Mario F. A., comprador, ejerció una acción para la declaración de validez y eficacia de un contrato de compraventa de vivienda y otorgamiento de escritura. Por su parte los vendedores, don Mariano Ambrosio H. C. y sus hijos don Mariano y doña Concepción H. S. H., interpusieron una demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato por falta de consentimiento, ya que al tratarse de un bien ganancial, y habiendo fallecido la mujer de don Mariano Ambrosio H. C., éste enajenó la vivienda antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, disponiendo de la parte que correspondía a sus hijos menores, sin obtener la previa autorización judicial para la venta. El Juzgado de Primera Instancia, estimó la demanda. La Audiencia, en grado de apelación, revocó la sentencia del Juzgado y admitió la demanda interpuesta por don Mario F. A. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por don Mariano Ambrosio H. C. y estima el interpuesto por la representación de sus hijos. (M. D. C. H.)

2. Abuso de derecho. Requisitos para su apreciación.—A partir de la señera sentencia de 14 de febrero de 1944, la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva (intención de perjudicar o sin la existencia de un fin legítimo), como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho). En la evolución posterior de esta doctrina se concreta más el concepto, exigiéndose que el ejercicio del derecho se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo antisocial, y sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita; como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que sólo se puede acudir a esta doctrina en casos patentes y manifiestos. (STS de 11 de abril de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se concreta en el ejercicio de una acción de retracto arrendaticio relativa a una nave comercial transmitida mediante subasta en procedimiento judicial hipotecario. Durante el transcurso de la *litis* se produjo la resolución del arrendamiento como consecuencia de un procedimiento de desahucio por falta de pago de las rentas. El Juzgado estimó la demanda de retracto. La Audiencia, tras reconocer la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la LAU de 1964 para el ejercicio del derecho de retracto, revocó la sentencia del Juzgado aplicando la doctrina del abuso del derecho en base a la resolución por falta de pago de las rentas posterior al ejercicio de la acción. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. L. R.*)

3. Defectuosa ligadura de trompas; prescripción de la acción ejercitada con este motivo.—Para determinar el comienzo del plazo prescriptivo de la acción ejercitada solicitando la indemnización de los daños ocasionados por esta defectuosa intervención, se ha de estar a la fecha del nacimiento no deseado, que es el efecto directo e inmediato de la inadecuada intervención quirúrgica.

Interrupción de la prescripción.—El plazo de prescripción establecido por el artículo 1968.2.º no se interrumpe por el hecho de que la demandante interpusiera denuncia penal basada en la responsabilidad del demandado por el erróneo diagnóstico del embarazo, no por la defectuosa ligadura de trompas. (**STS de 10 de octubre de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante se sometió a una ligadura de trompas con fines anticonceptivos que fue practicada por el médico demandado. A pesar de ello, quedó embarazada, embarazo que no fue detectado por el demandado hasta el séptimo mes de gestación, habiendo prescrito entre tanto un tratamiento a la paciente contraindicado para la gestación del feto. Finalmente dio a luz una niña que nació con malformaciones y posteriormente murió. La demandante presenta demanda de indemnización por los daños y perjuicios causados, basándose en los hechos anteriores. La demanda es estimada y se condena al facultativo al abono de 15.000.000 de pesetas en concepto de indemnización de los daños y perjuicios por la defectuosa ligadura de trompas. El TS estima el recurso presentado por el demandado y admite la prescripción de la acción ejercitada por la actora puesto que había transcurrido el plazo de ejercicio de la misma.

NOTA.—Por lo que respecta al comienzo del cómputo del plazo respecto a la acción por la defectuosa ligadura de trompas, estima el TS que es el momento del nacimiento, nos planteamos si el daño causado por la defectuosa ligadura de trompas es el embarazo no deseado (más que el parto posterior) y conforme al tenor del artículo 1968.2.º el plazo de prescripción comenzaría a contar desde el momento en que tuvo conocimiento del mismo, es decir, en el séptimo mes de gestación aunque, en contra, se puede decir que el parto especialmente molesto y realizado a través de cesárea es también un daño derivado de la incorrecta intervención.

Existían dos causas susceptibles de causar daños, la sentencia de apelación sólo se pronunció con motivo de la defectuosa ligadura de trompas cuyo daño directo es el embarazo no deseado, pero no sobre el erróneo diagnóstico y los daños causados por el mismo, que fue el nacimiento de la niña con malformaciones. El TS sólo se pronuncia acerca de la prescripción de la acción por la defectuosa intervención de ligadura, sin que pueda apreciar si la acción por el erróneo diagnóstico estaba dentro de plazo puesto que no se solicita su pronunciamiento al respecto. Sin admitir la existencia de un daño continuado desde la defectuosa ligadura de trompas hasta el nacimiento de la niña con malformaciones. (L. S. M. P.)

4. Leasing o arrendamiento financiero. Existencia de la denominada causa fiduciae.—La existencia de la denominada *causa fiduciae*, que según la sentencia de 6 de julio de 1922 no consiste en la enajenación propiamente sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, no ofrece duda en este caso e incluso se halla implícitamente reconocida por la demandada.

Negocio fiduciario cum creditore. Nulidad del pacto comisorio.— La validez del negocio fiduciario *cum creditore* (negocio de garantía) ha sido reiteradamente afirmada por la jurisprudencia —así SS de 6 de abril de 1987 y 7 de marzo de 1990— que no ha precisado sus caracteres, por lo que, a lo más que pudiera llegarse, en casos como el presente, si se entiende que lo dispuesto en los artículos 1859 —para la prenda e hipoteca— y 1884 —para la anticresis— es extensible a la fiducia *cum creditore*, sería a la anulación del pacto comisorio, que, en estos términos, no se ha solicitado, por lo que razones de congruencia imposibilitan declararla, no obstante las razones de economía procesal invocadas por la recurrente. (STS de 2 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia una sociedad de *leasing* formuló demanda solicitando que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento financiero celebrado con los demandados que tuvo por objeto determinados inmuebles, declarándose la pérdida por éstos, en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, de las 725.813 pesetas satisfechas, que hará suyas la actora, quedando además a su libre disposición los inmuebles. Los demandados se opusieron a la demanda y en reconvencción solicitaron que se declarase la plena nulidad del contrato de arrendamiento financiero, por consignarse en él cláusula comisorias y prácticas usurarias.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente tanto la demanda como la reconvencción sobre nulidad de negocio fiduciario. La Audiencia Provincial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados reconvientes.

NOTA.—Como he señalado en el estudio «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional», publicado en este *Anuario* (1991, III, pp. 961-1018), tras la promulga-

ción de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (disposición adicional séptima), es indudable que la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero es una entidad de crédito, que actúa como intermediaria financiera entre el usuario y el suministrador de los bienes. Desde una perspectiva, eminentemente crediticia, existirá una auténtica fiducia *cum creditore*, cuya causa y consecuencias jurídicas han sido destacadas por De Castro.

De Castro pone de relieve cómo la fiducia *cum creditore* comporta en la relación entre las partes la posible ocultación de cláusula comisorio o prácticas usurarias.

A través de la fiducia *cum creditore* no cabe infringir normas imperativas sobre las garantías reales, y, en concreto, la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858, 1872 y 1884 CC). La fiducia *cum creditore* da lugar a una forma atípica de garantía, por lo que la falta de pago del precio obliga al acreedor (la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero) a perseguir la garantía, a realizarla legalmente, no a quedarse con la propiedad definitiva o irrevocable del bien. En otro caso, habría una violación fraudulenta del pacto comisorio (art. 6.4 CC).

No parece, por tanto, que pueda eludirse la prohibición del pacto comisorio, quedándose la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero con el bien y el importe de lo abonado por el usuario. Si bien es cierto que el *leasing* o arrendamiento financiero es un instrumento de notable utilidad para la economía, la nulidad de esta cláusula parece evidente, sin que implique la de todo este negocio, como pretende la recurrente, con escaso éxito, en el caso de la sentencia que anoto. La nulidad ha de ser parcial. Lo más razonable sería que las sociedades de *leasing* o arrendamiento financiero modificasen esta cláusula, respetando plenamente la prohibición legal del pacto comisorio.

Debo subrayar, además, que, en el *leasing* o arrendamiento financiero de inmuebles, que es el negocio contemplado en la sentencia que anoto, existe seguramente una auténtica venta a plazos con pacto de reserva de dominio, como ha demostrado con numerosos argumentos Amorós, dado que, desde un punto de vista objetivo, el usuario del inmueble siempre tendrá interés en comprarlo al final del contrato, debido a la plusvalía constante de los inmuebles. (A. C. S.)

5. Simulación absoluta por falta de causa.—Es doctrina jurisprudencial (entre otras la STS de 21 de noviembre de 1989) que la figura de la simulación absoluta se ubica a través del artículo 1274 CC en un supuesto de inexistencia contractual —por falta de causa—. Tal inexistencia tiene su origen en el sentido de causa que se desprende del artículo 1275—. Para una perfecta comprensión del verdadero alcance de la causa como razón de ser del contrato una premisa ineludible es la real intención que cada parte contratante proyecta cuando consiente el negocio. Si esta intención se explicita en el conjunto de circunstancias que derivan de la situación subyacente que origina el negocio, ha de valorarse sin duda para que sea parte integrante de la causa, aunque ello suponga una quiebra

de la distinción entre la causa como elemento objetivo trascendente y los móviles internos de cada interesado. (STS de 25 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El codemandado, don J. B. R. suscribió con la entidad actora (Banco Exterior de España) una póliza de afianzamiento a favor de la entidad «F, S. A.» hasta el límite de seis millones, que luego se amplió hasta 12 millones. Justo unos meses antes de la reclamación judicial formulada por la entidad actora contra el codemandado para el pago de los límites garantizados en la cuenta bancaria frente a «F, S. A.», se procede por parte de don J. B. R. a la aportación de gran parte de su patrimonio a «Puig de C., S. A.», sociedad también hoy codemandada. El Banco Exterior de España demanda a don J. B. R. y a «Puig de C., S. A.» solicitando el pago del límite máximo de afianzamiento de 12.000.000 de pesetas, previa declaración de la nulidad por simulación absoluta de la escritura de aportación del patrimonio del codemandado fiador a la sociedad referida. Los dos hechos que condujeron a la demanda fueron los siguientes: el valor del patrimonio aportado a la sociedad era muy superior al de las acciones que recibió don J. B. R. en contraprestación, y precisamente los socios fundadores de «Puig de C., S. A.» era el propio codemandado don J. B. R, su esposa y su hija. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Tribunal de apelación estiman la pretensión del Banco Exterior de España y los codemandados interponen recurso de casación. (A. R. G.)

6. Donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa otorgada en escritura pública: supuestos de validez.—La jurisprudencia exige tener en cuenta las circunstancias de cada caso y dar validez a la donación de inmuebles encubierta bajo compraventa otorgada en escritura pública, siempre que aparezca probado el ánimo de liberalidad del donante en las gratuitas, o la causa retributiva en las onerosas (SSTS de 31 mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre y 29 de noviembre de 1989).

La donación que sobrepase el límite marcado por el artículo 636 CC es anulable en cuanto al exceso.—En estos casos se excluye la nulidad radical de la donación, ya que ésta es únicamente anulable en cuanto traspase el límite legal. (STS de 14 marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco vendió a su esposa doña María una finca rústica el 8 de enero de 1970. Poco después, los esposos se separaron y la esposa pasó a vivir con su sobrino y ahijado don Vicente quien la cuidó durante la enfermedad incurable que padecía. Doña María murió sin descendencia en septiembre de 1982, después de haber permanecido en casa de su sobrino durante doce años, y sin haber revocado un testamento otorgado el 28 de junio de 1960, en el que nombraba heredero universal a su marido. La mencionada finca fue vendida por doña María a su sobrino, mediante escritura pública, el 15 de octubre de 1980. En la escritura figuraba como precio de la venta el de 150.000 pesetas, habiendo sido tasada en autos en un valor aproximado de 7.000.000 de pesetas. Así las cosas, don Vicente plantea una acción reivindicatoria a don Francisco para que le devuelva la

finca rústica mencionada con sus mejoras. Por su parte, don Francisco formula reconvencción en la que solicita la nulidad de las escrituras públicas de 8 de enero de 1970 y de 15 de octubre de 1980 y, subsidiariamente, que se declare su adquisición por usucapión de la finca objeto de las ventas. En primera y segunda instancia prosperó la pretensión del actor. El TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

7. Herederos. Legitimación para impugnar actos del causante.—Para dictaminar sobre la legitimación de los herederos para impugnar por ser simulados contratos celebrados por su causante, es necesario discriminar si se trata de una simulación absoluta o relativa. En los casos de simulación absoluta (art. 1261 CC) «no es necesario ser heredero legítimo del causante [...], con tal de que el accionante se apoye en un interés legítimo y tenga expectativas de obtener alguna ventaja lícita del resultado favorable de su ejercicio del derecho a la jurisdicción». Sin embargo, la posición del heredero forzoso «no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, [...] con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión». Los herederos voluntarios (como recoge la STS de 23 de mayo de 1956), por el contrario «no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1302 CC». (**STS de 24 de octubre de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. P. fallece intestado y sin descendencia ni parientes en la línea recta descendente ni ascendente, por lo que se abre la colateral. Con anterioridad había realizado una compraventa a su parienta A. G. T., que los actores C. E. S. G., F. S. G., y E. S. G. (parientes con derecho a la sucesión) consideran que encubre una donación, y que ésta carece de las formalidades imprescindibles para dicho contrato. (*L. F. L.*)

8. Derecho de asociación. Acuerdos de expulsión de socios. Acción de nulidad. Plazo para su ejercicio.—Tanto «utilizando la vía del Decreto de 1965», como la «de la Ley» 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales «es el de cuarenta días [...], ya que el plazo para ejercitar acciones basada en una Ley que establece un procedimiento sumario y urgente no puede ser nunca superior al plazo que corresponde al procedimiento ordinario», fijado por el artículo 12 del reglamento de 20 de mayo de 1965, en desarrollo de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964», tesis que contiene la sentencia de 16 de diciembre de 1991». Pero el citado precepto reglamentario excluye de su aplicación los acuerdos contrarios a la Ley, «lo que significa que cualquier actuación o acuerdo que pudiera afectar a [derechos fundamentales], cabría entenderlo como contrario a la Ley» y por ello no sometido a dicho término.

Derecho de asociación. Acuerdos de expulsión de socios. Lesión del derecho.—El derecho de asociación «comprende, entre sus diversos matices, la facultad de permanecer en una asociación de no mediar causa justificada en contrario».

Derechos fundamentales. Vulneración por particulares. Posibilidad. Competencia de la Sección Tercera para su conocimiento.—Reiterando «la

sentencia de esta Sala de fecha 24 de marzo de 1992: “los derechos fundamentales pueden ser conculcados o violados no sólo por los poderes públicos [...], sino también por particulares o personas privadas, sean físicas o jurídicas [... Por ello es competente esta jurisdicción] al formularse una reclamación civil que tiene su origen en la falta de respeto a derechos de aquella naturaleza”», como ya diera la STC 177/1988 de 10 de octubre. (STS de 26 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. J. H. I. miembro de una asociación de carácter recreativo, vierte determinadas críticas sobre la forma de adjudicación por su junta directiva de determinados servicios que tenía que contratar la entidad. Por este motivo la junta acuerda su expulsión, notificándosele el 1 de abril de 1987. El expulsado interpone demanda contra el mismo el 10 de julio del mismo año, por la vía de la LPDF de 26 de diciembre de 1978. Contra la anulación de dicho acuerdo se propone la casación, con base, entre otros argumentos, en la extemporaneidad de la demanda. (L. F. L.)

DERECHO DE LA PERSONA

9. Doctrina jurisprudencial sobre el error en la apreciación de la prueba documental.—Entendido el error con el alcance y la significación indicados, el tema así planteado habrá de resolverse de acuerdo con la consolidada doctrina de la Sala, cuyo general conocimiento excusa de citar las múltiples que la recogen «en los supuestos de error que ampara el ordinal 4.º del riuario artículo 1692, el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a interpretaciones, deducciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida».

Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad personal y la libertad de información y expresión.—En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia de Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: —que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos—, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea verdad y esté referida a asuntos de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen—, —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es pre-

ciso para que su protección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad—, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información de la otra—, —que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueron los usos sociales del momento— y —que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SS de fechas, entre otras, de 23 de marzo y de 26 de junio de 1987, de 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992 y 28 de abril y 4 de octubre de 1993). La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudiera merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia. (STS de 6 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS confirmó los pronunciamientos de los órganos judiciales de instancia, que desestimaron la demanda interpuesta por el Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, en su propio nombre y en el del Colegio que presidía, contra cinco personas que fueron autores de una editorial publicada en el «Boletín del Grupo Farmacia 2000», una viñeta inserta en dicho «Boletín» y unas notas enviadas a «Europa Press», declarando que tales publicaciones no constituían intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen del actor, por tratarse de informaciones veraces respecto a la esencia y sustancialidad de las notas publicadas y sin que las frases que se contenían tuvieran una significación distinta a la de representar una crítica dura y áspera a la conducta y gestión del actor. (L. F. R. S.)

10. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad personal y la libertad de información y expresión.—En relación con la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y de expresión del otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; que la tarea de ponderación ha de lle-

varse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea verdad y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen; que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su protección sea legítima, que lo informado sea de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede fomentar la exigencia de que asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de otra, y que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma que no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto y reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento (SS entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, y 14 de febrero y 30 de marzo de 1992).

De otra parte, dice la sentencia del Tribunal Constitucional 178/1993, de 31 de mayo, que el requisito de la veracidad de la información publicada no va tanto dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con desprecio o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable por transmitir como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones; la información rectamente obtenida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; lo que se ratifica en la sentencia de 41/1994, de 15 de febrero, el mismo Tribunal al decir que «la veracidad en la información viene, así entendida como exigencia del deber de buscar la verdad. Una especial diligencia que asegura la seriedad del esfuerzo informativo, que no está constitucionalmente protegida para servir de vehículo a simples rumores, invenciones o insinuaciones (STC 219/1992, FD 5.º, entre otros)».

Atribución de prácticas prohibidas que hacen desmerecer en la opinión pública.—No se trata de una crítica más o menos dura y acerca de las tesis de los demandantes sobre la necesidad de ayudas farmacológicas a ese sector de deportistas, sino de la atribución a los mismos de prácticas prohibidas que hacen desmerecer a quienes la sufren en la opinión pública y los recurridos no están en la

obligación de soportar no obstante el carácter público de sus actuaciones en el ámbito deportivo.

Incumplimiento del requisito de la veracidad por no haber aportado pruebas para sostener las acusaciones.—Los autores de la noticia difundida no han acreditado haber cumplido con el deber de diligencia que el requisito de veracidad en la información les impone ya que no han aportado a los autos prueba alguna que acredite que aquellas informaciones que se dicen obtenidas de terceras personas y de las que pudieran obtenerse los hechos que se imputan a los demandantes, han sido debidamente contrastadas a lo que venían obligados por el propio contenido de la noticia que suponía un descrédito para las personas a que se refiere, no constando que las fuentes de esas noticias reunieran características objetivas que las hagan fidedignas, serias o fiables (véase STC 178/1993, de 31 de mayo).

Crítica a personas con relevancia pública y a particulares.—Tal derecho ha sido delimitado por el Tribunal constitucional que en su sentencia 336/1993, de 15 de noviembre, dice que cuando se ejercita la libertad de expresión —artículo 20.1 CE— los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están siempre expuestas a un riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública, si bien no puede olvidarse que dicha libertad no es absoluta, siendo así que la crítica de una persona con relevancia pública es separable del empleo de expresiones injuriosas. (STS de 25 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS rechazó el recurso de casación interpuesto por un grupo editorial y cinco personas más, que fueron condenados por los órganos de instancia a indemnizar solidariamente a los demandantes, al declararse que varios reportajes publicados por los demandados en la revista «Interviú», referentes al dopaje en el deporte de alta competición, habían producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los actores, pues se les habían atribuido prácticas ilícitas consistentes en el suministro de sustancias prohibidas para conseguir de los atletas un mayor rendimiento, y en otro artículo se les había injuriado gratuitamente, pues las expresiones utilizadas eran innecesarias para el fin crítico de la actuación de los entrenadores. (L. F. R. S.)

11. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor, intimidación familiar e imagen y la libertad de información.— Tanto por esta Sala, como por el Tribunal Constitucional, se viene señalando que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidación familiar e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, según las circunstancias concurrentes en el mismo. Asimismo, es doctrina jurisprudencial la de que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representati-

vas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2 de la Constitución y que es base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (STC recogida en las de esta Sala de 17 de mayo de 1991 y 28 de marzo de 1994) y la de que «si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y el honor, con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (S 171/1990, de 12 de noviembre, del TC, recogida en las de esta Sala de 11 de abril de 1992 y 30 de octubre de 1993), así como, finalmente, la de que cuando un medio de comunicación se limita a informar o divulgar declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el artículo 18.1 de la Constitución, tal divulgación disfruta de la cobertura dispensada por el artículo 20.1 de la misma Constitución si, por un lado, se acredita la veracidad del hecho de la declaración o información del tercero y, por otro, si la misma se refiere a hechos o circunstancias de relevancia pública (S 232/1993, de 12 de julio, del TC, recogida por la de esta Sala de 28 de marzo de 1994).

Cauce procesal específico del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.—Lo hasta aquí expuesto nos obliga a hacer ya las imprescriptibles puntualizaciones previas siguientes: 1.^a «El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que se haya producido indefensión a la parte tiene cauce procesal propio y específico de denuncia», que es el del inciso segundo del ordinal tercero del artículo 1692 LEC (que acabamos de transcribir), no del ordinal cuarto de dicho precepto (en su redacción hoy vigente), que es el aquí utilizado, y para la formalización del mismo basta con dar a conocer las infracciones procesales que se estimen cometidas y acreditar el cumplimiento del requisito que se establece en el artículo 1693 de la citada Ley ritual civil, sin que sea necesaria la invocación, de la que tan frecuentemente se abusa, del artículo 24 de la Constitución, pues el referido motivo casacional ya contempla y sanciona la producción de toda situación de indefensión por tal causa. 2.^a El referido motivo, correctamente utilizado, que aquí no lo ha sido, tiene por finalidad institucional única y exclusiva la de que, caso de ser, estimado, se mande «reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta» (número 2.^o del art. 1715 LEC), pero la hipotética estimación del mismo en ningún caso puede producir, como resultado casacional, la revocación del pronunciamiento que la sentencia recurrida haya hecho en cuanto a las costas de primera y segunda instancia.

Posibilidad de que un apoderado absuelva las posiciones en la confesión de una persona jurídica.—Así como en la prueba de confesión judicial de las personas físicas, cuando las posiciones no se refieran a hechos personales del confesante, se admite la absolución de tales posiciones por medio de un tercero que esté enterado personalmente de los hechos (art. 588 LEC), cuando de la

confesión judicial de una persona jurídica se trate, la misma *ratio legis* existe para que cuando el representante legal de la misma no conozca las posiciones que se formulen, pueda otorgar poder especial y suficiente para que la absolución la lleve a efecto otra persona (el apoderado) que conozca los hechos, como ocurrió en el presente caso, aparte de que, aún cuando no concurriera la razón anteriormente dicha, para que pudiera ser estimado ese supuesto quebrantamiento de forma, como cualquier otro, es requisito ineludible que se pida la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiese cometido y que, de haberlo sido en la primera, se reproduzca en la segunda (art. 1693 LEC), lo que pudo hacerse en instancia.

El Juez es quien debe determinar si los confesantes han de mantener apartados o no.—El referido precepto que invoca el recurrente se refiere expresamente al caso de que dos o más litigantes hayan de declarar sobre unas mismas posiciones, para que no puedan enterarse previamente del contenido de las mismas, pero carece de aplicación cuando los confesantes han de declarar sobre posiciones distintas y específicamente formuladas para cada uno de ellos, como ocurrió en el presente caso (folios 135 a 141 de los autos), siendo la prudencia y el buen sentido jurídico del Juez, que forzosamente ha de presidir el acto de confesión judicial y que previamente ha de conocer el contenido de las respectivas, los que han de determinarle a decidir si los confesantes han de mantenerse apartados o no.

Valoración de las manifestaciones del Ministerio Fiscal en el informe oral de la vista pública del recurso de apelación.—El mismo tratamiento desestimatorio ha de corresponder al motivo, en lo que atañe a este último quebrantamiento de forma que se dice denunciar, no sólo porque, cuando se celebra vista pública en un proceso, el informe debe ser únicamente oral, con exclusión de cualquier nota escrita, sino porque el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, así como los Letrados, en defensa de los respectivos derechos de sus patrocinados, pueden hacer, a través de su informe oral en el acto de la vista pública, las manifestaciones que tengan por conveniente y que el Juez que presida el acto les permita, siendo luego dicho órgano judicial el que, al dictar sentencia, habrá de prescindir en absoluto de aquellas manifestaciones del informe oral que extravasen los hechos objeto del proceso, por así exigírsele el principio imperativo de la congruencia (art. 359 LEC). (STS de 27 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS confirmó los pronunciamientos de los órganos judiciales de instancia, que desestimaron la demanda interpuesta por una persona de relevancia pública, contra un periodista, el director y la entidad propietaria de la revista «Época», declarando que el artículo publicado en dicha revista por el primero de los demandados no constituía intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor, por tratarse de informaciones veraces sobre ámbitos de interés general. (L. F. R. S.)

12. Medidas de protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, que ponen fin a la intromisión ilegítima.—La sentencia de apelación no puede tacharse de incongruente porque ordene la publicación de la sentencia en el periódico en similares caracteres tipográficos a los que tenía la noticia difamatoria publicada en el mismo, a pesar de que la súplica de

la demanda únicamente solicitaba la inserción de la resolución, sin el añadido de que fuese en idénticos caracteres tipográficos. Según el Supremo el carácter imperativo del artículo 9.2 de la LO 1/1982 y la falta de exhaustividad del precepto en la enumeración, contenido y desarrollo de las medidas protectoras de los derechos arriba mencionados permite al Juez el establecimiento de las que considere más convenientes y adecuadas al caso. (STS de 14 de junio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Las dos primeras instancias condenan al director de un diario de Santander y a la editorial «C., S. A.» a satisfacer a la actora por lesión en su derecho al honor y a la propia imagen una indemnización en concepto de perjuicios de medio millón de pesetas y a la publicación de la sentencia en el periódico en similares caracteres tipográficos a los de la información difundida.

NOTA.—Si bien estoy de acuerdo en el fallo concreto del TS, sin embargo disiento de su afirmación de que el Juez es libre a la hora de decidir sobre las medidas de protección más convenientes y adecuadas al caso si se entiende tal expresión en el sentido de que el Juez puede de oficio dictaminar medidas de tutela que las partes no han solicitado de forma expresa. Idéntica opinión mantiene Martín Casals M. respecto a que las medidas previstas en el artículo 9.2 LO 1/1982 sólo se adoptan a instancia de parte en *El Mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 395 ss. (A. R. G.)

13. Adquisición de vecindad civil por residencia decenal. Cómputo del plazo.—Las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada de la sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la de aquél en que el mero transcurso de los diez años opera *ipso iure* en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal *a quo*, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia parece apoyarse en la dicción del párrafo 2.º del artículo 225 RRC: «En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona»; pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el artículo 15.3.II CC, en su redacción de 1889, y artículos 14.3.1.º y 2.º del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor, el transcurso de los diez años confiere *ope legis* la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal *a quo*.

Prueba de la vecindad civil.—Ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia que la prueba de la vecindad civil es de las más arduas, dado que puede operar al margen de toda constancia documental e, incluso, sin la actividad voluntaria del adquirente. En el caso de la vecindad civil es prácticamente unánime que el criterio jurisprudencial acerca de la carga de la prueba no corresponde a quien invoca la aplicación de la legislación del territorio en que reside, sino a quien alega una legislación distinta al derecho territorial que el Juez aplica, excluyéndose toda presunción favorable a la preferencia imperativa del Derecho común. (STS de 20 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Al no haber establecido los cónyuges el régimen económico matrimonial, la demandante pretendía que se reconociera la existencia de una sociedad de gananciales y que se procediera a la disolución y liquidación de la misma. Por otro lado, el cónyuge de la demandante al creerse poseedor de la vecindad civil catalana, alegó la existencia de un régimen de separación de bienes. El Juzgado de Primera Instancia, tras considerar que el demandado no tenía la vecindad catalana por no haber transcurrido los diez años de residencia requeridos legalmente, declaró que el régimen económico matrimonial aplicable era el de sociedad de gananciales. El demandado entabló recurso de apelación y la Audiencia Provincial dictaminó de la misma forma que el Juzgado de Instancia. Insistiendo en su vecindad civil especial, el demandado interpone recurso de casación y éste es desestimado.

NOTA.—La sentencia anotada pone de manifiesto la importancia que puede tener el establecer en capitulaciones matrimoniales un determinado régimen económico, para así obviar cualquier problema que pudiera surgir en el momento de su liquidación. El que un determinado matrimonio esté sujeto a uno u otro régimen resulta relevante en aras a que los cónyuges, o mejor dicho el cónyuge que presuntamente devenga en una peor situación económica tras la liquidación, procurará por todos los medios salvaguardar su *status* patrimonial. Es por ello por lo que, atendiendo a las circunstancias particulares de cada pareja —y sobre todo en los casos donde pudiera plantearse un conflicto de vecindades civiles— sería aconsejable que éstas fijaran de antemano el régimen económico a seguir, o incluso si posteriormente se produce un cambio de las circunstancias que motivaron el establecimiento del mismo, acuerden los cónyuges instituir un régimen diferente. La posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial por voluntad de ambos cónyuges se introdujo, como sabemos, por la Ley 14/1975 de 2 de mayo. Gracias a esa Ley cae en el olvido la idea de inmutabilidad o inmodificabilidad del régimen económico, y se destierra la creencia de que un cónyuge pudiera verse influenciado psicológicamente por el otro y consintiera una modificación del régimen establecido inicialmente que no le fuera en absoluto favorable.

La posibilidad de que los cónyuges puedan pactar el régimen que tengan por conveniente, así como la posibilidad de su posterior modificación, no hace más que desdeñar falsas ideas preconcebidas en la mente de un legislador decimonónico y, además, viene a coordinar el Derecho Civil común con ciertos Derechos civiles especiales pertenecientes a algunos territorios forales.

Y aunque el TS no se pronuncie, porque no llega a plantearse en realidad ese conflicto de vecindades, acerca del régimen económico que se aplicaría en el caso concreto, sería de sumo interés apuntar algunas posibles soluciones. Un conflicto de estas características supone tener en cuenta algunos aspectos; el Derecho interregional aparece regulado en algunas de sus disposiciones por remisión a las normas que el CC contiene sobre Derecho internacional privado. En este sentido, hay que recordar que para determinar la nacionalidad (y

por analogía, la vecindad civil) de un sujeto determinado se aplican las normas existentes en el momento en que se produzca el hecho relevante.

No hay que olvidar que con la Ley 14/1975 antes citada y con la CE de 1978 la caracterización patriarcal de nuestra sociedad dio paso a una sociedad más igualitaria: antes la mujer casada adquiría la nacionalidad y vecindad del marido pero ahora el matrimonio no altera, en principio, ese estado civil.

Para resolver el problema que se plantea tendríamos que remitirnos a los artículos que se recogen en el CC sobre la vecindad civil. Pero como acabamos de decir, debemos acudir al texto normativo que estaba en vigor en el momento de producirse el matrimonio entre las partes. Por ello habría que remontarse al momento de la celebración del matrimonio y, a partir de ahí, extraer la normativa a seguir. Como el matrimonio se celebró en 1962, los efectos de ese matrimonio se regularían por la Ley de reforma en materia de nacionalidad de 1954. En este texto se recoge que la mujer seguirá la vecindad de su marido; en ese caso habría que entender que la mujer habría adquirido la vecindad catalana. Pero hay que ir más allá y señalar la posibilidad de que, a pesar del texto de 1954, la disposición transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, permitía a la mujer casada que hubiera perdido su vecindad por seguir la de su marido, recuperarla si lo hubiera manifestado en el Registro Civil en el plazo de un año desde que se publicó dicha Ley.

El acudir al articulado de la Ley civil que estaba vigente en el momento de referencia se debe a la existencia de principios tan relevantes como la irretroactividad de la ley y la seguridad jurídica. La solución sería mucho más sencilla si la pareja hubiera contraído matrimonio después de la reforma de 1990, –ya que se le aplicarían las normas recogidas en el texto actual del CC. Y en el texto legislativo actual el artículo 16.3 CC, referente a los efectos del matrimonio cuando haya un conflicto de leyes, nos remite al artículo 9.2 CC que dice que los efectos del matrimonio entre cónyuges que no tuvieran una misma vecindad y no hubieran pactado nada en documento público (capitulaciones matrimoniales) se regirán, en primer lugar, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración; y a falta de esa residencia, habrá que acudir a la ley que rija en el lugar donde el matrimonio fue celebrado.

La cuestión de la vecindad habría quedado resuelta de ese modo. Sin embargo el TS al computar la estancia del recurrente en Cataluña no estima que hayan transcurrido el plazo legal de diez años y por tanto sigue teniendo, o mejor dicho, nunca dejó de tener la vecindad civil común. A este respecto no se plantean más dudas porque en la legislación civil común, a falta de pacto en capitulaciones matrimoniales sobre el régimen económico matrimonial, resulta aplicable el de la sociedad de gananciales, y no el de la separación de bienes como se recogen en algunas Compilaciones Forales como la catalana. (C. L. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Existencia de vicio del consentimiento.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 4 de diciembre de 1990 y 13 de diciembre de 1992) que la prueba de la existencia y realidad de los vicios del consentimiento incumbe a la parte que los alega. Además la apreciación de la existencia de los hechos determinantes de tales vicios, dado su carácter fáctico, es competencia exclusiva de los tribunales de instancia y no puede conocer de ella el recurso de casación salvo que la conclusión probatoria de los vicios quede desvirtuada por medio impugnatorio adecuado (SSTS de 17 de mayo de 1988, 3 de julio de 1990 y 3 de mayo de 1991).

Doctrina de los actos propios y renuncia de derechos.—Según doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio de 1992 y 12 abril de 1993) los actos propios se caracterizan por una manifestación de la voluntad expresa y concluyente dirigida a la creación, modificación o extinción de algún derecho. Por su parte la renuncia de derechos es tipificada por la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 16 de octubre de 1987, 31 de octubre de 1991, 14 de febrero de 1992, 3 de abril de 1992 y 1 de abril de 1993) como una manifestación de voluntad personal, clara, terminante, inequívoca y sin condicionamiento alguno, por virtud de la cual el titular de un derecho abandona el mismo. Todos estos requisitos concurren en la renuncia personal, expresa, libre, voluntaria e incondicionada a sus acciones civiles hecha por la actora en una declaración ante el Juez conecedor de la causa penal, después de haber sido informada suficientemente de sus derechos.

Responsabilidad civil derivada de delito.—El único caso en que la jurisdicción civil puede conocer de la acción civil derivada de un hecho punible es la reserva expresa por parte del perjudicado de la referida acción civil para ejercerla después de que finalice el juicio penal (art. 112.1 LECr).

Derecho a la tutela judicial efectiva.—Este principio garantiza que nunca se produzca la denegación de justicia, de manera que no se vulnera tal principio en los casos en que se desestime las peticiones de las partes en el proceso, siempre y cuando concorra y se exprese la causa legal correspondiente. (STS de 30 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Se discute la eficacia jurídica que corresponde a la expresa e incondicionada renuncia de acciones civiles que realizó la actora víctima de un accidente de automóvil en el juicio de faltas en que recayó una sentencia condenatoria. La actora exige en la vía civil, con posterioridad al juicio penal, la indemnización de daños y perjuicios por agravación de sus lesiones. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la actora y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. (A. R. G.)

15. Elevación de documento privado a escritura pública. Contenido real.—Presupuesta la validez de los pactos documentados, ha de admitirse su contenido real si se reconoce y declara un derecho de propiedad en proindiviso,

y la necesidad para su plena efectividad, incluso *erga omnes*, del otorgamiento de la escritura pública, pues se trata de un acto confirmatorio o reconocitivo con finalidad de obtener la fijación jurídica de una situación anterior, dando así constancia de negocios previos a los que confiere certeza y claridad (SS de 19 de noviembre de 1974, 5 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983), por lo que ha de considerarse comprendido en el número 1.º del artículo 1280 CC.

Disposición de bienes gananciales. Consentimiento de los cónyuges.—Si bien se precisa el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales (art. 1377 CC), es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo, incluso, su pasividad o la no oposición de la mujer a la enajenación conociendo la misma, e incluso el silencio puede ser revelador de consentimiento (SS de 5 de diciembre de 1983, 6 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1988, entre otras). (STS de 24 de mayo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Suscrito un documento privado por el que se reconocían pactos anteriores y se declaraba la exclusiva propiedad y explotación en comunidad, especificando las respectivas participaciones en proindiviso de cada comunero, de un negocio complejo integrado por hotel, gasolinera contigua, concesiones en vigor, edificaciones e instalaciones existentes y un derecho de tanteo a favor de los comuneros para el caso de que alguno de ellos decida enajenar su parte, se interpone demanda por uno de los comuneros e hijos solicitando la elevación del documento privado a escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, y la Audiencia Provincial el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS decide casar y anular la sentencia recurrida, confirmando la de Primera Instancia. (R. D. R.)

16. Cláusula penal. El deber del Juez de modificar equitativamente la pena.—El precepto contenido en el artículo 1154 CC constituye un mandato para el Juez en el sentido de moderar equitativamente la pena voluntariamente pactada por los contratantes cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida. Ello lleva a la modificación de la pena según criterios de equidad y apreciando discrecionalmente las circunstancias concurrentes (SSTS de 14 de abril y 8 de febrero de 1993).

El juicio de equidad del Juez no es revisable en casación.—No es revisable en casación el ejercicio de la facultad moderadora del Juez o la apreciación de la cuantía en que debe moderarse la pena (SSTS de 12 de abril y 8 de febrero de 1993). (STS de 10 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de permuta, en documento privado, por el que una de ellas —demandada— cedía a la otra —actora— diversas fincas de su propiedad a cambio de la realización por la actora de determinadas construcciones, con suministro de material, en los términos específicamente pactados. Por acuerdo posterior, los contratantes pactaron una ampliación de las obras a realizar

estableciendo para las mismas unas cláusulas penales por demora en la entrega. La actora reclamó una cantidad determinada por el aumento de las obras realizadas. La demandada se opuso y reconvinó reclamando, también, una cantidad algo inferior a la solicitada por la demandante. En primera instancia se estimó en parte la demanda y la reconvención al condenar a la demandada a abonar a la actora una cantidad sensiblemente inferior a la solicitada en concepto de precio por el aumento de obras realizadas, este criterio se mantuvo en la apelación y el TS no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

17. Abono de intereses desde la fecha de la interposición de la demanda en caso de incumplimiento de contrato de obra.—Es doctrina jurisprudencial reciente (SSTS de 5 de abril de 1992, 18 de febrero de 1994 y 26 de marzo de 1994) que en los supuestos de clara existencia de una deuda debe entenderse que una completa satisfacción del derecho del acreedor exige el abono de los intereses de la suma reclamada desde el momento mismo en que se procede a su exigencia judicial. La resolución judicial se limita a declarar un derecho, bien real o de crédito, a la obtención de una cosa o cantidad que con anterioridad a la resolución judicial ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al actor. (**STS de 19 de junio de 1995**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el cese en la actividad de la construcción de un edificio proyectado objeto de un contrato de obra el comitente pide ante el Juzgado de Primera Instancia la resolución del contrato, además de la indemnización de daños y perjuicios y el abono de intereses correspondientes a esa cantidad desde la fecha de interposición de la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo, que confirma la dictada por el el Tribunal de Primera Instancia, estima la demanda del actor así como parcialmente la reconvención de los contratistas. Estos últimos interponen recurso de casación ante el TS. (*A. R. G.*)

18. Asunción de deuda.—La referida asunción de deuda se produjo eficaz y válida, toda vez que se configura como negocio jurídico atípico, que no representa la extinción de lo debido, sino un cambio subjetivo en la persona de quien debe pagar, pasando a ser deudor el tercero que admite y asume la obligación que pesaba sobre el deudor originario, el que se libera de la carga, siempre que conste el consentimiento del acreedor como requisito esencial e ineludible, conforme al artículo 1205 CC (SS de 14 de enero de 1990 y 6 y 27 de junio de 1991, entre otras).

Cesión de crédito.—La cesión de crédito, en la trayectoria expuesta, legitima al recurrido para reclamar a los demandados el pago de lo debido, máxime cuando consta que tal operación se le notificó notarialmente a los referidos, que tuvieron por tanto debido conocimiento de la misma y la precisa identificación de quien resultaba ser su acreedor y, por ello, receptor de los pagos que habían asumido, quedando así obligados con el nuevo acreedor, al no reputarse pagos legítimos desde entonces los que se hubieran podido efectuar al acreedor originario y cedente del primero (art. 1527 CC), conforme a la doctrina de la Sala que contienen las SS de 27 de septiembre de 1991 y 12 de noviembre de 1992.

La interpretación judicial del negocio jurídico.—La función interpretativa de los negocios jurídicos a cargo de los juzgadores debe proyectarse sobre la totalidad de lo convenido por las partes y no en forma fragmentada, la que siempre acredita defectuosa técnica, que puede alcanzar soluciones distintas a las expresadas en los documentos a las deducibles de lo verdaderamente querido por los interesados. La Sala sentenciadora realizó interpretación lógico-jurídica correcta, la que integra su propia función enjuiciadora y decisora de los debates procesales y sólo podía ser atacada casacionalmente cuando la misma se presente contraria a la Ley, se aparta totalmente del contrato, por lo que resulta absurda, anómala o disparatada, se hace en forma de inventiva o de arbitrariedad, marginando completamente lo pactado, así como cuando se acusa notorio error, y en general cuando se contradice tanto la realidad contractual como la material sobre la que aquélla se proyecta, según reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala, que por constante y mantenida no es preciso citar. Asimismo, las normas o reglas que contiene el párrafo primero del precepto civil 1281, como pautas interpretativas, son de carácter prioritario, de tal manera, como ocurre, que si tal claridad de los términos del documento correspondiente no dejan duda sobre lo que expresan y la verdadera intención de los otorgantes, se atenderá a la misma, sin necesidad de acudir a las restantes reglas interpretadoras que se contienen en los siguientes artículos, que vienen a operar hermenéuticamente con carácter secundario y subordinado (SS de 10 de mayo de 1991 y 1 de marzo de 1993).

La indeterminación del precio.—La indeterminación del precio no destruye la eficacia obligatoria del documento de referencia, toda vez que aquél únicamente se supeditó a la corresponsabilidad necesaria a la materialización de la obra y sus costes correspondientes, mediante acuerdo de las partes, que no se produjo, pues venció la fecha, que al efecto se estableció, sin haberse adoptado convenio alguno y menos abonada la deuda por los obligados receptores y con facultades de disposición de las construcciones levantadas en la finca, las que les habían sido devueltas, con el solar, por la cooperativa «Anque». En otro caso sería consagrar la libre disponibilidad del convenio por éstos y dejar a su exclusivo arbitrio su validez y cumplimiento, lo que prohíbe el artículo 1256 CC, máxime cuando no probaron que las obras no se hubieran levantado, sin que tampoco hubieran atendido los requerimientos de pago que les efectuó el demandante. (STS de 20 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La cooperativa «Anque-Madrid», que había adquirido un terreno en la finca Lance de las Cañas, copropiedad de don Luis Alfonso P. L. de M. y de don Andrés V. M., contrató la realización de una obra con la «Constructura Vázquez Solero, S. A.», que las llevó a cabo. A los cuatro años, la referida Cooperativa devolvió tanto el solar, como la obra realizada a los antiguos propietarios, pasando éstos a ser los efectivos dueños de la obra y asumiendo en un documento el pago de la misma por su importe real a la constructora ejecutante, pero acordándose que el precio se convendría con ella, una vez determinado lo que proceda en orden a la prosecución de las obras, lo que tendría lugar, lo más tardar, dentro del primer trimestre del año 1980; pero vencida la fecha, el convenio no se adoptó. Posteriormente la cons-

estructura cedió su crédito a don Manuel I. R. y éste a su vez a don Gustavo S. F., el cual presentó demanda reclamando el pago de lo debitado, contra don Luis Alfonso P. L. de M. y don Andrés V. M., este último en rebeldía procesal. En instancia se estimó la demanda. Don Luis Alfonso P. L. de M. formalizó recurso de casación, para denunciar infracción del artículo 1281 CC, pero el TS declaró no haber lugar al recurso. (M. D. C. H.)

19. El carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores contra fiador solidario.—El carácter subsidiario de la acción rescisoria establecido en el artículo 1294 y la regla de que sólo es posible su ejercicio cuando el acreedor carezca de otro modo de cobrar la deuda, no es absoluto con relación a los deudores y fiadores solidarios. En supuestos de solidaridad pasiva, el acreedor se puede dirigir contra el deudor (o fiador solidario) que estime más oportuno conforme a los artículos 1111, 1137 y 1144, lo relevante es la solvencia o insolvencia del fiador solidario contra el que se dirige, con independencia de la del resto de los codeudores.

Requisito de la prueba del *consilium fraudis*.—Tratándose de la celebración de un contrato oneroso como la compraventa, es necesaria la prueba de la complicidad en el fraude por parte de la persona que adquiere los bienes (art. 1291.3.º CC). No es suficiente con que se pruebe el hecho de que exista una relación de parentesco entre ambas partes y que el precio que consta de la venta sea inferior en más de una tercera parte al precio de mercado del bien. (STS de 3 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Pastor celebró un contrato de crédito con la sociedad «Citola, S. L.», la póliza fue firmada por los representantes de la sociedad y una serie de fiadores solidarios. Transcurrido el tiempo pactado, el Banco Pastor presentó demanda contra la sociedad y los fiadores solicitando el abono del mismo. Requerida de pago una de las fiadoras solidaria se procedió al embargo de la vivienda de su propiedad, cuando se fue a practicar la anotación preventiva de embargo, el bien aparecía inscrito a nombre de un nuevo adquirente, con una fecha muy próxima en el tiempo. El Banco Pastor presenta demanda solicitando la rescisión de la compraventa celebrada por la fiadora por considerarla hecha en fraude de acreedores. Entre los hechos probados consta que la compradora tenía una relación de parentesco con la vendedora y que el precio que constaba en la escritura de venta era muy inferior al de su precio de mercado. Primera instancia y apelación desestimaron la demanda. El TS estimó el recurso en el sentido de que el acreedor puede dirigirse a través de una acción rescisoria contra uno de los deudores solidarios sin que sea necesario probar que no se pudo cobrar de los otros deudores, sin embargo no admite la rescisión del contrato por considerar que falta el requisito del *consilium fraudis*.

NOTA.—El TS se ha referido a la presunción *iuris tantum* establecida artículo 1297.II únicamente en lo concerniente a la parte vendedora, cuando la opinión mayoritaria estima que también resulta aplicable

al adquirente con relación a las enajenaciones a título oneroso realizadas después de expedido mandamiento de embargo.

Es más que discutible la argumentación dada por el TS para negar la presunción de fraude al hecho de que se confesara haber recibido un precio sensiblemente inferior al de mercado, apreciando el tribunal que la disconformidad entre el precio escriturado y el real no es un dato decisivo a tener en cuenta puesto que existe una práctica habitual en tal sentido. (*L. S. M. P.*)

20. Responsabilidad contractual con resultado de muerte: asistencia médica prestada por hospital dependiente de Diputación Provincial.—Reiterada doctrina de esta Sala (cuyos criterios se concentran en la S de 9 de julio de 1983) establece que la «distinción entre culpa extracontractual y contractual parte de que la primera representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, mientras que la segunda presupone una relación jurídica preexistente» y «cuando los contendientes están ligados por un vínculo contractual expreso, tácito o, incluso, presunto, entran en juego los artículos 1101 y 1106 CC y demás concordantes, no aplicándose, por tanto, los preceptos de la responsabilidad extracontractual, pues ambas responsabilidades tienen sustanciales diferencias, sobre todo en materia de prescripción».

Jurisdicción competente: órdenes civil y contencioso-administrativo.—Resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recorrida, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación. Por ello procede conceder preferencia a la jurisdicción civil, atendiendo, especialmente a la *vis atractiva* que se le reconoce en el artículo 9.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y a un elemental principio de economía procesal, para evitar el «peregrinaje jurídico-judicial» que de otra forma se produciría, en expresión de la sentencia de esta Sala, de fecha de 25 de octubre de 1989. (**STS de 27 de febrero de 1995**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, doña Adolfinia S. T. interpuso demanda contra la excelentísima Diputación Provincial de Lérida, reclamando la cantidad de seis millones de ptas. por la muerte de su marido, el cual, tras ocho días de asistencia médica, falleció sin que tal suceso ni ninguna información sobre el desarrollo de la enfermedad le fuera comunicado a su familia. La demanda fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia que condenó a la Diputación a satisfacer la cantidad de 3.000.000 de pesetas. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la sentencia de primera instancia fue revocada íntegramente absolviendo a la Diputación y declarando incompetente para el caso concreto a la jurisdicción civil, ya que las partes tendrían que haber acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa. El TS declara procedente el recurso. (*C. L. S.*)

21. Tercería de mejor derecho. Preferencia para el cobro entre una póliza de préstamo y otra de crédito.—En la póliza de préstamo nace «desde la

perfección del contrato de préstamo su obligación de restituir, [...] por lo que no puede afirmarse, y sí en la póliza de crédito, que la cuantía está indeterminada». En efecto, en esta última para que surja la obligación de restitución es «necesaria [su] liquidación y concreción con fecha posterior a la póliza», lo que recoge la S de 27 de octubre de 1941 al afirmar que «lo que constituye en deudor al cuentacorrentista no es la apertura de la cuenta corriente, sino el saldo de ella». Puede extraerse que, en ausencia de otros criterios, debe estarse a la fecha de constitución del préstamo y a la liquidación del crédito para determinar la preferencia de uno u otro. (STS de 17 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—A doña M. P. R. M. y don P. M., cónyuges, les es concedido un crédito por el Banco Español de Crédito y con posterioridad un préstamo por la Caja de Ahorros Provincial de Orense. Se trata en ambos casos de un deudor común (el matrimonio), siendo ambas pólizas intervenidas por corredor de comercio. En estas circunstancias el banco embarga y ejecuta determinados bienes del deudor, y una vez subastados la caja de ahorros interpone tercería de mejor derecho sobre el producto de los bienes ejecutados por considerar que lo tiene al amparo de los artículos 1214, 1923.3.º y 1740, todos ellos del CC. (L. F. L.)

22. Error en la apreciación de la prueba.—Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad nos exime de una cita pormenorizada de la misma, la de que carecen de idoneidad para servir de soporte documental al motivo (hoy ya suprimido) por error de hecho probatorio, tanto los documentos básicos del pleito, como los escritos de alegaciones de las partes en el proceso.

Calificación de contratos. Fe pública. Principio de congruencia procesal.—La Fe pública (notarial o mercantil), bajo cuya cobertura nacen a la vida jurídica dichos documentos públicos, no puede amparar en modo alguno la verdadera calificación que haya de corresponder al contrato celebrado entre las partes en el respectivo documento público, pues la correcta calificación es función propia del órgano jurisdiccional, ya que la adecuada y exacta naturaleza jurídica de un contrato viene determinada por su verdadero contenido obligacional y no por el *nomen iuris* que hayan utilizado los contratantes, aunque lo haya sido ante fedatario público (notarial o mercantil).

Si bien es cierto, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala (SS de 20 de julio de 1990, 3 de marzo de 1992, 24 de febrero de 1993, 11 de mayo de 1993, 25 de octubre de 1993 y 20 de julio de 1994, entre otras muchas), que la doctrina jurisprudencial acerca de que las sentencias absolutorias o totalmente desestimatorias de la demanda no pueden, en general, ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todos los puntos objeto de la controversia tiene (la referida doctrina) como una de sus quebras o inaplicaciones la de que, para dictar el fallo absolutorio, el órgano jurisdiccional haya realizado una alteración o cambio del soporte fáctico (*causa petendi*) de la acción ejercitada; este supuesto no incluye la calificación de contratos, pues «en cuanto integrante de una cuestión jurídica (*iura novit curia*) y no fáctica, no entraña en modo alguno alteración de la *causa petendi*, ni, por tanto, es determinante de incongruencia según también tiene declarado esta Sala (SS de 4 de julio de 1989, 30 de sep-

tiembre de 1991, 9 de marzo de 1992, 23 de marzo de 1992, 8 de julio de 1993, entre otras)».

Pólizas de crédito. Calificación y esencia. Preferencia crediticia.—Toda póliza de crédito también entraña un préstamo, aunque no de una cantidad fija y determinada *ab initio*, sino de aquella de que, efectivamente, se haya dispuesto, según el saldo que arroje la cuenta de crédito abierta al efecto, al practicarse la liquidación definitiva de la misma.

Cuando los créditos constan en escritura pública (a la que, a estos efectos, se equipara la póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado) la preferencia entre dichos créditos viene determinada por el orden de antigüedad de las fechas de los respectivos títulos públicos en que consten, conforme al apartado A) y párrafo último del número 3.º del artículo 1924 CC, y no por las fechas de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, a los que haya habido necesidad de acudir para la efectividad de los mencionados créditos (SS de esta Sala de 1 de marzo de 1978, 21 de septiembre de 1984, 14 de junio de 1988, 28 de mayo de 1991, entre otras muchas).

Pero ha de tenerse en cuenta, también, que es reiterada y ya pacífica doctrina de esta Sala, la de que en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria, que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, la preferencia crediticia (en dicho caso) viene referida a la fecha de esa operación de determinación o liquidación definitiva del saldo deudor (SS de 3 de noviembre de 1971, 21 de septiembre de 1984, 4 de julio de 1989, 9 de julio de 1990, 20 de septiembre de 1991, 29 de octubre de 1991, 30 de diciembre de 1993, entre otras). (STS de 10 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Solicitado un crédito diferente a dos entidades bancarias por don S. G. S., ambas sociedades lo conceden mediante sendas pólizas mercantiles de diferente fecha, intervenidas por Corredor de Comercio, siendo más antigua la emitida por el «Banco P., S. A.», titulada «Póliza de préstamo y de crédito», pero de anterior vencimiento y práctica de liquidación definitiva la correspondiente al «Banco B., S. A.».

Con base en dichos antecedentes, el «Banco P., S. A.», formuló demanda de juicio de tercería de mejor derecho contra el «Banco B., S. A.», e interesados, suplicando se dicte sentencia por la que se declare el mejor derecho a hacer efectivo su crédito y el pago de las cantidades reclamadas, con el producto de la venta de los bienes embargados.

Resuelto el proceso de tercería de mejor derecho, en grado de apelación recayó sentencia de la Audiencia Provincial confirmando la de Primera Instancia y desestimando la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. D. R.)

23. Contrato con estipulación a favor tercero y su resolución por el tercero.—Es «aquél que se celebra entre dos personas que actúan en nombre pro-

pío y que otorgan un derecho a un extraño, que no ha tomado parte en su conclusión» (SSTS de 10 de diciembre de 1956, 7 de junio de 1976, 17 de febrero de 1977). Conforme al artículo 1257.2 CC el tercero beneficiado, una vez que ha comunicado su aceptación, tiene acción para exigir el cumplimiento, «ya que es titular del derecho hacia él derivado, y no simplemente el destinatario de la prestación». Condición prioritaria que se acentúa cuando estos terceros otorgan unas contraprestaciones subordinadas pero correlativas, a los derechos que recibían del contrato. Así las cosas, la postura de los contratantes que frustra las legítimas expectativas que estas terceras personas tenían en el contrato, teniendo en cuenta la voluntad rebelde al cumplimiento, permite la resolución del contrato instada por los terceros.

Efectos de la acción resolutoria.—El primordial es extinguir las obligaciones recíprocas de forma que éstas desaparecen y dejan de producir los efectos que le son propios, teniendo además la eficacia retroactiva de colocar a las partes en la situación en la que se encontrarían si el contrato no se hubiera celebrado. (STS de 23 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de cesión y entrega de un solar propiedad de la sociedad «Igorregui, S. A.» a la sociedad «Desjipto, S. A.», se pacta que la sociedad cesionaria procederá a la edificación en el solar. Se establece una serie de estipulaciones a favor de terceros, consistente en la liberación de los mismos con relación a un aval bancario firmado a favor de la sociedad «Igorregui» y el abono del 15 por 100 de los beneficios que se obtengan de la construcción a realizar en la finca. Los beneficiarios presentan demanda contra ambas sociedades solicitando la nulidad del contrato de aportación de solar por falta de consentimiento y, subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento de lo estipulado a su favor. Declarada en ambas instancias la resolución del contrato, las sociedades demandadas interponen recurso de casación alegando aplicación indebida del artículo 1124 CC.

NOTA.—Afirmada la existencia de un contrato entre dos sociedades en el que se establece una serie de estipulaciones a favor de terceros, declarada la posibilidad que tienen los mismos de solicitar el cumplimiento del contrato en virtud del artículo 1257.2.º CC, el TS les reconoce, frente a la opinión doctrinal mayoritaria, legitimación para solicitar la resolución del contrato. El TS admite la resolución instada por ellos afirmando que no sólo eran beneficiarios, sino que además existían unas contraprestaciones por su parte, con relación a la prestación que iban a recibir y por tanto tenían un interés legítimo en la resolución del contrato. (L. S. M. P.)

24. Mejoras efectuadas en la cosa por el comprador antes del incumplimiento que motiva la resolución.—No resultan aplicables las normas que regulan la liquidación del estado posesorio, cuando existen unas normas específicas que regulan los efectos de la resolución del contrato. Así lo avala la jurisprudencia, establecida entre otras sentencias en la de 24 de febrero de 1988, que señala que las normas que regulan «los efectos de la resolución de un contrato

traslativo por incumplimiento de lo pactado son las contenidas en los artículos 1123.2.º y 1122.6.ª, y los preceptos a los que se remiten, artículos 487 y 488, de tal forma que al deudor incumplidor no le corresponde sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que le atañen al usufructuario, que no son otros que los de retirarlas si fuera posible hacerlo sin detrimento de los bienes, pero no el de ser indemnizado con su importe».

Enriquecimiento sin causa.—Los requisitos que la jurisprudencia exige para que exista enriquecimiento sin causa son los siguientes: *a)* un aumento del patrimonio del demandado; *b)* una disminución del patrimonio del demandante; y *c)* una falta de causa que lo justifique. Si resulta aplicable el artículo 487, también lo será el artículo 488 que permite al usufructuario la compensación de las mejoras con los desperfectos o perjuicios en sentido amplio. (STS de 13 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de una casa, el vendedor declaró resuelta la compraventa por falta de pago del precio aplazado, en virtud de los artículos 1124 y 1504. En este litigio, los compradores presentan demanda solicitando el abono de las obras y edificaciones realizadas de buena fe, en el momento en que entraron en posesión de la casa, que fue a la firma del contrato, y el vendedor demandado solicita que se compense con el importe de los daños y perjuicios causados. Primera y segunda instancia aplican las normas generales de liquidación del estado posesorio, que reconocen al poseedor de buena fe el abono de las mejoras realizadas sobre el bien, aunque el propietario puede optar entre pagar el importe de los gastos o el incremento del valor del bien. El TS casa la sentencia y estima que en caso de resolución por incumplimiento se aplican las normas contenidas en los artículos 1123.2.º y 1122.6.ª CC y con ello la remisión que los mismos hacen a los artículos 487 y 488 del mismo texto legal. (L. S. M. P.)

25. El cumplimiento defectuoso o tardío de un contrato no equivale a incumplimiento si no se frustra el fin perseguido por el mismo.—La jurisprudencia ha evolucionado y abandonado el criterio de la necesidad de una voluntad deliberadamente rebelde para aplicar el artículo 1124 CC. Pero, también, es cierto que si el retraso no produce la frustración del fin perseguido por el contrato no puede dar lugar a la resolución del mismo, sino a una indemnización por cumplimiento defectuoso o tardío. (STS de 7 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora —una entidad hotelera— había celebrado con la sociedad demandada un contrato de obra para la instalación, en cincuenta y tres días, de radio y televisión vía satélite en un hotel, también se acordó una penalización por cada día de retraso en la entrega de la obra. La terminación de la misma tuvo lugar cinco meses más tarde de lo pactado y, además, la instalación necesitó de reparaciones durante catorce meses después de haber transcurrido el plazo estipulado para su ejecución. Todo ello dio lugar a que la entidad demandante solicitase la resolución del contrato, una indemnización por los daños

y perjuicios sufridos y una suma en concepto de pena convencional por mora en las obligaciones contraídas. La demandada formuló reconvenión en la que solicitaba de la actora el pago de una cantidad determinada. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda y la reconvenión. La actora recurrió y el Tribunal de apelación la revocó parcialmente al condenar a la demandada a pagar a la actora una determinada suma de dinero. El TS declaró no haber lugar a la casación. (I. D.-L.)

26. Opción de compra. Caducidad. No puede operar en beneficio de quien la alega con mala fe.—Cuando el vendedor-promitente grava la finca sobre la que firmó contrato de opción de compra, y lo hace poco «antes del breve plazo para el ejercicio de la opción [...] frustra su buen fin [...] y tal actuar, como incumplimiento previo (art. 1124 CC), justifica la no entrega del dinero al ejercitar la opción, como cautela del optante, aunque con ello no se haya ejercitado la misma en la forma pactada, pues el primer incumplidor es el promitente, concedente u optatario». Ello porque «quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales» (art. 1258 CC). (STS de 26 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El 31 de octubre de 1984 se firma un contrato de arrendamiento con opción de compra entre la arrendadora don T. L. A. y doña T. H. U., cónyuges, y la arrendataria la mercantil «TT, S. L.». La opción debe ejercitarse a los cinco años entre el 1 y el 5 de noviembre de 1989. El 7 de junio de 1989, poco después de la declaración de obra nueva, los propietarios constituyen una hipoteca de 300 millones de pesetas sobre la finca (tres naves industriales). El 2 de noviembre de 1989 la arrendataria requiere notarialmente a los propietarios a otorgar escritura pública, haciendo constar que pagarán al contado, debiendo serle entregada la finca «libre de toda carga, gravamen, impuestos y arbitrios». La propietaria demanda a la arrendadora el 18 de noviembre de 1989, solicitando la caducidad de la opción de compra por no haberse producido su ejercicio en forma, al no haberse depositado el precio de la compra en el plazo convenido. (L. F. L.)

27. Compraventa de inmuebles. Distinción entre el contrato de compraventa y el precontrato o promesa de contrato del artículo 1451 CC.—El discutido artículo 1451 CC, en el que se contempla la figura del precontrato o de la promesa de venta, requiere para su aplicación una interpretación restringida a la par que cautelosa, dado su carácter excepcional (SS de 2 de diciembre de 1989; 6 de marzo, 31 de julio, 28 de septiembre y 3 de octubre de 1992). Es igualmente doctrina jurisprudencial la de que para determinar si en estos casos nos hallamos en presencia de una compraventa, de un precontrato o de una promesa de venta, se hace preciso atender a la voluntad de las partes, la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible.

La calificación jurídica de la voluntad contractual corresponde a los tribunales de instancia, salvo que sea contraria a las reglas de la hermenéutica contractual.—Aun cuando constituya una declaración jurisprudencial evidente que la calificación jurídica de la voluntad contractual de las partes es fun-

ción privativa de los tribunales de instancia, no lo es menos, que ello tiene como excepción que la misma sea contraria a las normas de la hermenéutica contractual, que es lo que en el presente caso acontece, al haber prescindido el tribunal *a quo* de un elemento esencial a tales efectos, como es el de las arras.

Arras confirmatorias.—Nos hallamos aquí en presencia de las denominadas «arras confirmatorias», esto es, de las que constituyen expresión de un contrato con fuerza vinculante; no se trata por tanto de las «arras penitenciales» del artículo 1454 CC, dado su carácter excepcional y la expresa voluntad de las partes reflejada en la frase «La señal se considerará siempre como parte del pago», lo que se traduce en que dicha señal haya de ser estimada como anticipo del precio convenido.

Resolución por incumplimiento. Requisitos.—El plazo de un mes del que habla la sentencia recurrida no puede tenerse en cuenta a los efectos de declarar la resolución del discutido contrato, habida cuenta: que el retraso no se operó por la voluntad del comprador; que tratándose de la compraventa de bienes inmuebles, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 1504 CC, a tenor del cual se requiere para la resolución del contrato que haya habido requerimiento judicial o notarial; pero es que incluso con el artículo 1124 del Cuerpo legal a la vista, es evidente que al requerimiento ha de acompañar, según una muy constante doctrina de esta Sala, un insistente y claro retraso en el cumplimiento, lo que en el presente supuesto no ha tenido lugar. (STS de 22 de abril de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La incorrección gramatical y de redacción de un contrato, motivan un litigio sobre cuál deba ser su naturaleza jurídica. El actor, ahora recurrente, sostiene que se trata de un contrato de compraventa, frente a la calificación de precontrato o promesa de contrato mantenida por el demandado. El Juzgado estimó la demanda, siguiendo la primera tesis. La Audiencia, en grado de apelación, revocó la Sentencia del Juzgado. El TS estima el recurso de casación. (J. L. R.)

28. Legitimitio ad causam de una de las dos compradoras pro indiviso para solicitar el cumplimiento del contrato si la otra se ha apartado del mismo.—Celebrado un contrato de compraventa de diez plazas de garaje, en común y pro indiviso, por dos personas distintas, si una de ellas se aparta del mismo en la mitad que le corresponde, la otra compradora sólo tiene acción (*legitimitio ad causam*) para pedir el cumplimiento del contrato en cuanto a lo que ella compró, es decir, «la mitad indivisa de cada una de las diez plazas de garaje», toda vez que el hecho de que una de las compradoras se apartara del contrato se entiende en beneficio del vendedor y no de la otra compradora.

La resolución por incumplimiento, artículos 1124 y 1504 CC.—La facultad de resolver las obligaciones sinalagmáticas por incumplimiento, establecida de forma general en el artículo 1124, tiene como requisito necesario que el que pretenda la resolución haya cumplido con lo que le incumbe. Además, el artículo 1504, establecido expresamente para la compraventa de inmuebles, en relación con la regla general del artículo 1124, requiere que el comprador haya incidido en un «incumplimiento deliberado, pertinaz, injustificado y definitivo de su obligación de pago del precio, que frustre el fin del contrato».

Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria.—La facultad resolutoria de un contrato puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también a través de declaración extrajudicial, pero a reserva de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, declarando si la misma ha sido bien hecha.

Para la aplicación del artículo 1502 es requisito indispensable que el comprador se halle en la posesión de la cosa vendida.—El artículo 1502 ha de ser interpretado de forma restrictiva. Para que pueda considerarse que el comprador ha sido perturbado en la posesión de la cosa vendida o en el dominio, es necesario que haya mediado entrega de la misma.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Tiene su razón de ser teleológica e institucional en la imperiosa necesidad de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias y sin posible ejecución. (STS de 24 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa pro indiviso de diez plazas de garaje por dos personas distintas. Se pacta la entrega de una señal al celebrar el contrato privado y el aplazamiento del pago del resto del precio al momento de otorgarse escritura pública de venta. Llegado el día del otorgamiento de la escritura pública, una de las compradoras se atiene a la resolución del contrato declarada por el vendedor ante la falta de pago del precio. La otra compradora se opone a la resolución y solicita el cumplimiento íntegro del contrato a su favor. Primera instancia y apelación estiman la demanda. Presentado recurso de casación por el vendedor, es estimado en parte y se le condena al cumplimiento del contrato y a la entrega de la parte pro indivisa de las diez plazas que corresponde, a la compradora demandante.

NOTA.—A pesar de que recoge la doctrina jurisprudencial que exige para que proceda la resolución del contrato por incumplimiento la existencia de un «incumplimiento deliberado, pertinaz...», realmente desestima la resolución del contrato, porque el incumplimiento de la compradora estaba justificado en el hecho de que el vendedor había revendido a terceras personas dos de las plazas de garaje objeto de la compraventa y no constaba que se hubieran obtenido las licencias exigidas en el contrato. (L. S. M. P.)

29. Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio.—Existe incumplimiento resolutorio por parte del comprador por el hecho de no cumplir la obligación asumida de hacer frente a las obligaciones derivadas de la subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor, cuando, además, las mismas constituyan la mayor parte del precio. El incumplimiento de estas obligaciones frustra el objetivo económico del vendedor, de la restitución dineraria. No es oponible el hecho de que no se haya llevado a cabo la subrogación en escritura pública, puesto que lo relevante es la relación interna y las obligaciones establecidas entre vendedora y compradora dentro de las cuales se encuentra la de abonar el precio en la forma prevista (asunción de las obligaciones deriva-

das del contrato de préstamo), a pesar de que no se haya producido la subrogación formal.

Relación entre los artículos 1124 y 1504 CC.—La relación entre ambos preceptos es la existente entre la regla general, establecida para la resolución en el primero, y las especialidades correspondientes a la resolución de la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, establecidas en el segundo. La regla establecida en el artículo 1504 es en principio más benévola que el artículo 1124, porque permite al comprador pagar a pesar de que se cumpla la condición resolutoria pactada, en tanto en cuanto no exista requerimiento, pero, producido éste, la norma se vuelve más rígida, porque a diferencia del artículo 1124, no permite el otorgamiento de un nuevo plazo al comprador.

No es necesaria la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para que proceda la resolución.—No es necesario que exista una voluntad deliberadamente rebelde, en el sentido de actitud dolosa o maliciosa al cumplimiento para que proceda la resolución, es suficiente con que se constate la existencia de incumplimiento y que el mismo frustre el fin específico perseguido por las partes al contratar.

Cláusula penal y su moderación por el tribunal.—El tribunal puede proceder, en virtud del artículo 1154, al reajuste de la cláusula penal pactada, a razón de una cantidad de dinero por día de disfrute de la vivienda. La reducción de la misma puede proceder teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por los compradores durante el tiempo de disfrute de la vivienda como consecuencia de la existencia de vicios de construcción en la misma. (STS de 5 de octubre 1995; ha lugar.)

HECHOS.—En el contrato privado de compraventa de una vivienda, se pacta que una parte del precio se abonará mediante unas letras aceptadas por la compradora, y el resto, que constituye la mayor parte del precio, a través de la subrogación en el préstamo hipotecario celebrado entre la vendedora y una entidad de crédito. Se pacta expresamente la resolución por incumplimiento del pago del precio. Los compradores hacen frente a la mayoría de las letras y, sin que se proceda a la realización formal de la subrogación, cumplen dos de los plazos del préstamo hipotecario; el resto de los plazos del crédito son satisfechos por la vendedora ante la inactividad de la compradora. Presentada demanda de resolución del contrato por incumplimiento del comprador de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario, en reconvencción, solicita el comprador la condena al vendedor a la reparación de los vicios de la vivienda. Primera instancia y apelación desestiman la demanda y estiman la reconvencción teniendo en cuenta el hecho de que el vendedor no ha otorgado escritura pública de venta, no se ha llevado a cabo la subrogación formal y además la vivienda adolecía de vicios de construcción. El TS estima parcialmente el recurso y declara la resolución del contrato y la reducción de la pena convencional pactada. (L. S. M. P.)

30. Compraventa de inmuebles. Condición resolutoria expresa (art. 1504 CC): superación de la necesidad de una voluntad deliberadamen-

te rebelde.—La moderna orientación jurisprudencial establece que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado y voluntad decidida de ocasionar la situación de incumplimiento; basta que se le pueda atribuir una actitud obstativa que frustre el fin específico del negocio para la contraparte (SSTS de 12 de mayo de 1988, 20 de diciembre de 1989, 21 de julio de 1990, 11 de febrero de 1991, 1 y 2 de junio de 1992, entre otras muchas).

Hecho el requerimiento del artículo 1504 CC, el pago del comprador es extemporáneo y no evita la resolución.—Este requerimiento es de resolución de contrato y obsta el pago posterior, ya que su exclusiva finalidad es la resolución de lo convenido y solamente resulta abierta la posibilidad de pagar en tanto no haya requerimiento propiamente resolutorio (SSTS de 10 de octubre de 1987, 5 de septiembre de 1990, 7 de octubre de 1991, entre otras).

Pago aplazado de una deuda de dinero mediante la entrega de letras de cambio.—La simple entrega del efecto carece de valor y sirve sólo para integrar el pago aplazado y vale de constancia escrita e instrumento para que el mismo se cumpla en conformidad. Si el pago no tiene lugar, la deuda subsiste. (STS de 16 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora vendió, mediante precio aplazado y en escritura pública, unas fincas a la demandada como libres de cargas y gravámenes. En la cláusula tercera del contrato se estableció un pacto de *Lex comisoría* del que el actor hizo uso, mediante requerimiento notarial, ante el impago de la letra de cambio correspondiente al abono de la entrega inicial. El actor solicitó, a grandes rasgos: a) la resolución de la venta, y b) una indemnización de daños y perjuicios por cada uno de los meses transcurridos desde la toma de posesión de los inmuebles por parte de la compradora hasta el momento de su total desalojo. La demandada se opuso alegando la existencia de una relación arrendaticia en las fincas por ella adquiridas, circunstancia ésta que no quedó acreditada. En primera instancia, se desestimó la demanda. La Audiencia revocó este fallo. No prosperó el recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (I. D.-L.)

31. Compraventa de plaza de garaje. Incumplimiento: no adecuación al fin que le es propio.—En materia de compraventa de plazas de garaje, es esencial la adecuación que las plazas han de reunir respecto al fin que les es propio y para el que se adquirieron, lo que comprende tanto las dimensiones necesarias para hacerlas aptas de albergue de automóviles de uso ordinario, como los elementos superficiales accesorios que permitan las maniobras adecuadas y suficientes de los mismos dentro de los locales. Por ello, se estima situación de incumplimiento contractual cuando el espacio no se ajusta, en dimensiones, accesos y conveniente uso, a lo previsto negocialmente.

Incumplimiento por equivalente en ejecución de sentencia con mayor razón, cuando se comprende en el suplico de la demanda la petición genérica de daños y perjuicios.—Según el TC es tan constitucional una ejecución de sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo, como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena

sea sustituida por su equivalente pecuniario (STC de 17 de octubre de 1991). También, el TS declara que si la obligación de transmitir la cosa en forma específica no es posible, se transforma en cumplimiento por equivalente, solución que no significa incurrir en incongruencia por tratarse de una decisión que posibilita la ejecución del fallo, lo integra y se acomoda sustancialmente a lo pedido, de acuerdo con las normas legales, al acogerse estados que son complementarios y se presentan necesarios para satisfacer las pretensiones justas (SSTS de 26 de febrero de 1991 y 27 de mayo de 1994) y, con mayor razón, cuando se comprende en el suplico de la demanda la petición genérica de daños y perjuicios (STS de 21 de junio de 1991).

Daños indemnizables en la compraventa.—Cuando concurre pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, o cuando éste no aporta la utilidad, servicios o prestaciones con que se adquirió, causando efectiva insatisfacción al comprador, procede la indemnización de daños y perjuicios consecuentes (SSTS de 7 de enero de 1988, 1 de marzo de 1991, 7 de abril de 1993, entre otras). (STS de 16 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio en construcción (demandada) vendió unas plazas de garaje del mismo a los actores. Con posterioridad a esta venta, dicha comunidad realizó una modificación en una de las plantas del garaje para anexionar parte de su superficie a un local del mismo edificio que había sido adquirido por el señor M. D. que también fue demandado. Esta modificación superficial no se hizo constar en documento alguno y dio lugar: 1.º a una disminución de la superficie útil del garaje, y 2.º a que la autoridad municipal lo clausurase por falta de licencias necesarias y por no tener las condiciones mínimas para la maniobrabilidad de los vehículos dentro del mismo. Los actores solicitaron el efectivo cumplimiento del contrato por los vendedores y, en consecuencia, que se deshiciese la modificación superficial llevada a cabo por los demandados, con indemnización de los daños y perjuicios. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrieron ambas partes, y la Audiencia, tras declarar la validez de las compras y absolver al señor M. D., no da una declaración precisa sobre el cumplimiento adecuado y útil de las ventas, por lo que los actores recurren en casación. El TS estima en parte el recurso al establecer una serie de medidas para que los obligados, constituidos en Comunidad de propietarios, cumplan de forma efectiva y final los contratos de compraventa de plazas de garaje, con indemnización a los actores de los daños y perjuicios causados. (I. D.-L.).

32. Donación de inmueble: forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam*.—Para que sea válida la donación de inmuebles, ha de instrumentarse en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación (pura y simple, onerosa, remuneratoria), expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (STS de 1 de diciembre de 1964).

La posesión de los bienes donados incumpliendo las formalidades legales no es en concepto de dueño.—El incumplimiento de los requisitos de forma

implica que el donatario no posea la cosa donada a título de dueño, lo que le impide adquirir el dominio de la misma por usucapión (SSTS de 13 de marzo de 1952 y 25 de junio de 1966).

La donación con defecto de forma es nula de pleno derecho.—El tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de nulidad absoluta, con las consecuencias de ser insubsanable e imprescriptible la acción para pedirla. Por tanto, no es válida la teoría de que otorgada la donación de inmueble en documento privado es exigible su elevación a escritura pública. Tampoco puede mantenerse que la doctrina de los actos propios permita amparar al donatario de donación nula frente al donante que la ratifica o cumple de modo voluntario y después acciona pidiendo su nulidad. (STS de 3 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando convivía en unión de hecho con doña Úrsula, fruto de tal unión nació un hijo en 1963, de nombre Fernando Andrés. Don Fernando tenía otro hijo, Roberto, que fue adoptado en 1967 por doña Úrsula. Rota definitivamente la unión de facto, los convivientes firmaron un documento privado el 1 de noviembre de 1974, en el que, entre otras cosas, se estableció que don Fernando donaba un chalé que poseía en favor de su hijo Fernando Andrés, con cesión del usufructo del mismo a su ex conviviente mientras ésta viviese. También se estipuló en el documento que el donante otorgaría escritura pública en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que se firmó el documento. En 1989, don Fernando acciona judicialmente contra doña Úrsula y contra su hijo Fernando Andrés, solicitando, a los efectos que aquí nos ocupa, la nulidad radical del documento privado de 1 de noviembre de 1974 y la restitución del chalé y sus rentas o frutos relativos al mismo desde la firma del citado documento. Su hijo se allanó a la demanda y su ex conviviente se opuso y presentó reconvencción, en la que pedía que se declarase la validez del documento privado y la elevación de la donación a documento público.

En primera y segunda instancia se declaró la nulidad de la donación, la validez del documento de 1 de noviembre de 1974 y su elevación a público respecto al derecho de usufructo constituido en favor de la demandada. El actor recurrió en casación y el TS lo estima al declarar la nulidad del derecho real de usufructo y, en consecuencia, la devolución del chalé a don Fernando con sus frutos y rentas desde el emplazamiento para contestar a la demanda al considerar a doña Úrsula po-seedora de buena fe. (I. D.-L)

33. Finalidad del recurso de casación respecto a la prueba.—El recurso de casación no es una tercera instancia ni posibilita una nueva valoración de las pruebas practicadas por el órgano jurisdiccional de instancia, salvo que existan apreciaciones fácticas efectuadas con error (SSTS de 5 de febrero de 1992 y 24 de febrero de 1992).

Donación mortis causa del artículo 620 CC.—Características de este tipo de donaciones son tanto la permanencia en el donante del dominio y libre dispo-

sición de la cosa donada como su falta de intención de perderla mientras viva. El donante no transfiere en el momento actual la propiedad del bien donado, sino que la donación sólo produce efectos con su fallecimiento (STS de 24 de febrero de 1986 y resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991).

La «definición» en las donaciones según el Derecho mallorquín.—De acuerdo con la doctrina mayoritaria, tal institución es un negocio jurídico complejo que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos. Este acto requiere la intervención de ambas partes y está enmarcado en el ámbito propio de los pactos sucesorios en cuanto negocio jurídico bilateral, contrato sobre la herencia futura que se produce en vida de los padres cuando el patrimonio de estos últimos no constituye todavía herencia. Esta institución posee unas características propias que la diferencian de la donación mortis causa. (STS de 9 de junio de 1995; ha lugar en parte al recurso del demandado y no ha lugar al recurso de los demandantes.)

HECHOS.—Doña Isabel V. A. y cuatro de sus cinco hijos demandan al quinto hijo y hermano, respectivamente, suplicando se declare nula la escritura de aceptación de herencia que otorgó el demandado el 9 de febrero de 1988, en relación a dos fincas («Mas Nou» y «Son Gabriel Martí»), además del abono de daños y perjuicios. El demandado formuló reconvencción solicitando la declaración de la nulidad de las donaciones efectuadas por el fallecido padre el 9 de marzo de 1984 (la primera, en favor de sus cinco hijos, cuyo objeto era la finca «Son Gabriel Martí» y el terreno segregado del predio «Mas Nou» parte baja; la segunda, a favor de su hijo Felipe, consistente en el resto de la finca «Mas Nou» parte alta) y la nulidad de la escritura de reserva del derecho de usufructo de todos los bienes a favor de su esposa. La sentencia recaída en primera instancia estimó en parte la demanda (declaró nula la escritura de aceptación de herencia otorgada por el demandado) pero estimó parcialmente la reconvencción del demandado (declaró la nulidad parcial de la escritura de constitución del usufructo vitalicio en la parte de donación mutua de tal derecho entre los esposos). Apeló la sentencia el demandado y el recurso de éste fue estimado parcialmente por la Audiencia. Se interpone recurso de casación por ambos litigantes. (A. R. G.)

34. Donación. Determinación de Ley aplicable de Derecho internacional privado.—En virtud de lo establecido en el artículo 12 CC, la norma aplicable en caso de conflicto que debe resolverse por los tribunales españoles recae sobre la clasificación del negocio —donación—, y su subsunción se determinará por la legislación española, y ésta, es claro, en su artículo 10, apartado 7, CC, remite a la Ley nacional del donante —la alemana—, y en su artículo 12, apartado 2.º, CC, concreta la sanción a su Ley material o sustantiva, esto es, el BGB.

Revocación de donación. Subrogación real.—Por el elemental juego de la subrogación real, el numerario remitido a título gratuito que sirve de precio para adquirir una finca debe sustituir perfectamente al objeto de tal compraventa.

Sustituyendo la cosa al dinero, la legítima pertenencia de la remesa dineraria al actor, justifica que éste estuviese legitimado para instar el efecto restitutorio tras la revocación de la controvertida donación, cuando acontecen las justas causas a ello determinantes.

Revocación de donación por causa de ingratitud. Determinación en los Derechos español y alemán.—El artículo 648.1 CC considera como una de las causas de ingratitud el haber incurrido en una conducta delictiva contra el donante, causa matizada en la sentencia de 27 de febrero de 1995, al declarar que «no debe olvidarse que la doctrina de la Sala, al considerar la infracción del artículo 648.1 CC, aunque entiende suficiente para la revocación una conducta socialmente reprochable y no se limita a los casos de clara imputación de un delito al donante, que haya de ser previamente condenada en vía penal (STS de 23 de octubre de 1983), matiza en esa sentencia lo mismo que en la posterior de 19 de noviembre de 1987, que —si bien abogan por una interpretación amplia de dicho precepto legal, se refieren a conductas socialmente reprochables pero con base en acciones que pueden ser declaradas delictivas aun no formalmente declaradas tales—».

La causa de ingratitud a que se refiere el artículo 530 BGB, como constitutivo de una falta grave contra el donante, es indiscutible y así debe entenderse, habida cuenta que como tal ha de juzgarse la conducta de la donataria, en su matización contenida en el propio artículo 1299 CC alemán, esto es, al sancionarse que «si un prometido da lugar a la resolución del otro, por una culpa que constituya un motivo importante para la resolución, estará obligado a la indemnización de daños, de conformidad con el precepto 1298, que a su vez dispone esos efectos económicos. (STS de 10 de junio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—En atención a un compromiso formal de matrimonio, el demandante, ciudadano alemán, regaló a su prometida una casa, ubicada en España, entregando un cheque al vendedor e inscribiendo el inmueble en el Registro de la Propiedad a nombre de aquélla.

No habiéndose llegado a celebrar el matrimonio por descubrirse que la demandada había concebido un hijo de otro hombre, el demandante formuló en España demanda sobre revocación de donación, suplicando se dicte sentencia por la que se acuerde admitir la revocación de la donación y decretar la cancelación en el Registro de la Propiedad de la inscripción de compraventa, inscribiéndose la propiedad a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial la confirmó, desestimando el recurso de apelación. No prosperó el recurso de casación. (R. D. R.)

35. Prórroga forzosa en relación a los contratos de arrendamientos urbanos posteriores al Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.—La entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley trae consigo la existencia de dos clases diversas de arrendamientos urbanos: los anteriores a esta norma legal, sujetos a la prórroga forzosa, y los posteriores, a los que por el contrario se les aplica la tácita reconducción del artículo 1566 CC.

No obstante, es reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 12 de mayo de 1989, 4 de febrero de 1992, 18 de marzo de 1992, 10 de junio de 1993 y 14 de junio de 1994) que en este último tipo de contratos, los contratantes, haciendo uso de la libertad de pacto del artículo 1255 CC, pueden convenir, explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, posibilidad ésta no prohibida por el artículo 9 del referido Real Decreto-ley.

La resolución de un contrato de arrendamiento urbano, sin proceder por el arrendador a su prórroga, no constituye abuso de derecho.—El Tribunal Supremo no aprecia ejercicio abusivo del derecho, ya que el arrendador se limitó a ejercitar un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, recogido a su vez en el contrato suscrito entre las partes, derecho que consiste en la resolución del contrato y denegación de su prórroga, al no aceptar los arrendatarios sus pretensiones económicas. Estas últimas no pueden estimarse abusivas en una situación de mercado libre, como es el de alquiler de locales de negocio, en que cada parte procura la obtención de las condiciones económicas más ventajosas para sus intereses. (STS de 23 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda formulada por una sociedad anónima contra otra sociedad mercantil sobre resolución de contrato de arrendamiento por terminación del plazo de vigencia estipulado. La demandante vuelve a interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que estima de modo parcial el recurso, condenando además a la arrendataria a una indemnización de daños y perjuicios. La sociedad arrendataria interpone recurso de casación por infracción del artículo 9 del Real Decreto-ley 2/1985 y por infracción del artículo 9 LAU en relación con el artículo 7 CC. (A. R. G.)

36. El abandono del derecho a elevar la renta durante un período determinado no afecta al coeficiente de elevación correspondiente.—Independientemente de que exista por parte del arrendador una voluntaria dejación de su facultad de elevación de la renta en un período determinado, la situación de abandono del derecho así producido sólo es predicable respecto de la renta de ese concreto período, mas no en lo que atañe al coeficiente de elevación correspondiente, que permanece vivo y ha de contar en el momento en que el arrendador decida ejercitar el derecho a la actualización de la renta convenida, ya que de otro modo se vería burlada la finalidad de mantener el equilibrio de prestaciones que, a través de la cláusula de estabilización, las partes persiguieron. (STS de 21 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por un arrendatario, manteniendo la decisión de la Audiencia Provincial, en el sentido de declarar el derecho del arrendador a percibir una determinada renta a partir del 1 de enero de 1989, pero sin derecho a percibir los atrasos correspondientes a los años anteriores a dicha fecha, en los que no se ejercitó por el propietario la facultad de aplicar la cláusula de estabilización recogida en el contrato de arrendamiento. (L. F. R. S.)

37. Arrendamiento de local de negocio. Resolución por cese efectivo de la actividad.—La recurrente justifica el cese de la actividad de fabricación en

motivaciones puramente subjetivas, intrascendentes para enervar los efectos legales del incumplimiento previstos en el artículo 114.6.^a LAU de 1964. Al no existir ninguna causa de cese de la actividad que no le fuese imputable, producida fuera del círculo de la actividad empresarial, y que, en una adecuada relación de causalidad, la impidiese, la oposición de la recurrente a la resolución del contrato no encuentra ningún apoyo legal, pues nada obstaculizaba el que siguiese desarrollando la fabricación como antes del traspaso, aplazando sus deseos de mejora del negocio para mejor ocasión, en lugar de suspenderla. (STS de 22 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Adquirió la arrendataria por traspaso un local de negocio dedicado a la fabricación de galletas y repostería y a la venta de dulces. Cesando en las actividades de fabricación; demanda el arrendador la resolución del contrato en base a un cese efectivo de actividad que había venido realizándose. La demandada alega que se trata de un cese temporal debido a la imposibilidad de renovar la maquinaria y acondicionar el local. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y declaró resuelto el contrato. El TS desestima el recurso de casación. (J. L. R.)

38. Aplicación del artículo 108 LAU de 1964 a los contratos de arrendamiento de local de negocio posteriores a la entrada en vigor del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.—El artículo 108 LAU no debe aplicarse más que a las viviendas y locales de negocio cuyo arrendamiento subsista el día en que comience a regir la Ley de 1964. Por consiguiente, los arrendadores de un contrato suscrito con posterioridad a 1964 no tienen el derecho a una compensación por parte de sus arrendatarios por las reparaciones efectuadas en su local de negocio exigidas por la autoridad municipal competente por razones de sanidad. (STS de 16 de mayo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendador de un local de negocio interpone demanda de juicio de arrendamientos urbanos por procedimiento incidental ante el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria contra sus arrendatarios, para que éstos sean condenados a abonarle las obras realizadas por él exigidas por la autoridad municipal competente por razones de sanidad. Los arrendatarios formulan reconvencción y el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda reconvenccional. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Vitoria estima parcialmente el recurso y condena al arrendador a que facilite a los demandados el acceso libre al local de negocio a cualquier hora, confirmando la sentencia de instancia en lo demás. Los arrendatarios interponen recurso de casación contra la sentencia anterior por aplicación indebida de los artículos 107 y 108 LAU de 1964. (A. R. G.)

39. Incumplimiento del contrato de obra. Resolución. Inaplicación del artículo 1591 CC.—No nos encontramos aquí ante un supuesto de «ruina» como parece pretender la motivación, sino de «incumplimiento» de un contrato de obra, como declara el apartado 1.º del fallo de la sentencia de instancia, confirmada por la aquí recurrida. (STS de 7 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre el actor y el demandado se concertó un contrato, por virtud del cual éste encargaba a aquél la realización de una determinada edificación. Antes de concluirse la obra y a instancia del propietario se realizaron ensayos sobre los pilares de la planta baja, que dieron como resultado un hormigón con una resistencia característica muy inferior a la especificada en el proyecto técnico. El suplico de la demanda interesa como petición primaria que la obra parcialmente ejecutada por el demandado no se acomoda a las condiciones estipuladas y que el mismo viene obligado a realizar las obras necesarias para poner lo realizado en las debidas condiciones, y como petición subsidiaria se solicitó que se declarase la resolución del contrato, que fue precisamente lo declarado en el fallo de la sentencia del Juez de Primera Instancia, confirmada por la de la Audiencia Provincial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es lógico que en el caso de la sentencia no se considerase pertinente la aplicación del artículo 1591 CC, ya que los graves defectos de construcción se patentizaron antes de que se produjera la conclusión de la edificación, por lo que era imposible jurídicamente acudir al citado precepto, que exige como presupuesto ineludible de aplicación que los vicios del suelo, de la dirección o de la construcción surjan durante el denominado plazo de garantía decenal, que se computa desde la conclusión de la construcción, es decir, desde su recepción definitiva por el comitente. Lo procedente es la aplicación del artículo 1124, como hizo la STS de 9 de octubre de 1981, en un caso de graves defectos de construcción no estando terminada la obra. En realidad, el problema se plantearía si los vicios se hubiesen manifestado durante ese plazo, y en lugar de invocarse el artículo 1591, se hubiera alegado el 1124. Nuestra jurisprudencia, en algunas sentencias, ha afirmado la compatibilidad de ambas acciones (la de responsabilidad decenal y la resolutoria por incumplimiento) en caso de vicios que determinan la ruina durante el plazo de garantía decenal (SSTS de 19 de febrero de 1970, 15 de marzo y 3 de octubre de 1979, 14 de junio de 1980 y 24 de septiembre de 1987). No obstante, es discutible el argumento esgrimido por el TS en la sentencia que se anota de que no existió ruina, a fin de rechazar la aplicación del artículo 1591, por el alcance extraordinariamente amplio que nuestra jurisprudencia da a la ruina (Cabanillas, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 353 y 358). (A. C. S.)

40. Contrato de obra: carácter solidario de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC.—Cuando en la producción de vicios ruínógenos de un edificio intervienen, tanto causas imputables a la dirección técnica, como a la defectuosa construcción, sin que sea posible concretar la proporción en que cada una de ellas lo ha sido, la responsabilidad ha de exigirse con carácter solidario a todos los intervinientes en el proceso constructivo (técnicos y constructores) (SSTS de 6 de junio y 22 de septiembre de 1986, 27 de octubre de 1987, 17 de mayo de 1988, 4 de diciembre de 1989, 3 de febrero de 1990, entre otras muchas).

La obligación solidaria que impone el artículo 1591 CC consiste en un hacer: reparación *in natura*.—La obligación solidaria que impone el artículo 1591 CC, primordialmente al contratista y a los técnicos (cuando todos ellos sean los responsables de los vicios ruinógenos), es una obligación de hacer consistente en reparar los daños derivados de la ruina, y sólo en el caso de que no lo hagan en el plazo que se les señale o lo realicen defectuosamente es cuando se mandará ejecutar a su costa. Por tanto, los responsables han de ser condenados *prima facie* a que realicen la reparación *in natura*. (STS de 17 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Debido a la aparición de vicios ruinógenos en un edificio, la comunidad de propietarios del mismo, representada por su presidente, ejerció la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC contra la promotora, la constructora, el arquitecto y los aparejadores intervinientes en el proceso de construcción del edificio, reclamándoles solidariamente: *a)* el pago de las reparaciones ya realizadas por la actora en la cubierta del edificio, y *b)* el abono de las reparaciones que deben realizarse en el resto del edificio o, subsidiariamente, que los demandados las efectúen a su cargo.

Quedó acreditado que los defectos ruinógenos fueron debidos a una mala dirección técnica y a vicios de la construcción, sin que haya sido posible determinar la proporción en que cada uno de los demandados ha contribuido a la producción de la ruina. En primera y segunda instancias prosperó la postura del actor. El TS estimó el recurso de casación en el sentido siguiente: las reparaciones que deben realizarse se ejecutarán por los demandados y si no las hiciesen o las efectuasen de forma defectuosa, se mandarán ejecutar a su costa, ya que no procede condenar a los demandados, como hace la sentencia recurrida, al pago de la cantidad en que fue tasado el importe de la reparación, todavía no realizada, de los daños del edificio. (*I. D.-L.*)

41. Contrato de obra. Responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: legitimación activa de los compradores de viviendas y locales.—En relación con la venta de pisos y los defectos en la construcción, la regla de la eficacia relativa de los contratos no impide que los compradores tengan acción frente a los directos responsables del daño como consecuencia de la transmisión con la cosa vendida de los derechos que por razón de dicha cosa tuviera el vendedor contra otros (SSTS de 2 de noviembre de 1981, 20 de junio de 1985 y 8 de junio de 1992). En el mismo sentido, están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos, quienes adquieren, también, la cobertura que el artículo 1591 CC proporciona al originario dueño de la obra. Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte.

Concepto jurisprudencial de ruina como presupuesto de la responsabilidad decenal.—En materia de deficiencias que pueda presentar la obra conforme al artículo 1591 CC, la jurisprudencia distingue los graves defectos que llevan a la ruina y, además, otros defectos que no conducen a la ruina del edificio de una manera inmediata, sino pasado el tiempo (STS de 10 de noviembre de 1994).

Plazo de garantía del artículo 1591 CC: ámbito.—Si los primeros defectos comprobados surgen en tiempo de garantía, los posteriores que son consecuencia lógica de aquéllos no quedan excluidos de la obligación de reparar o indemnizar. (STS de 27 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos empresas realizaron las obras de impermeabilización de una nave industrial perteneciente a una inmobiliaria. Posteriormente, la nave fue vendida a una entidad mercantil que sufrió graves daños en la misma derivados de filtraciones de agua de lluvia.

La inmobiliaria y la entidad mercantil demandaron a las dos empresas citadas reclamándoles: 1.º el abono, con carácter solidario, de la cantidad necesaria para costear la correcta impermeabilización de la nave, y 2.º la indemnización de los perjuicios derivados de las filtraciones, dado que tuvo que paralizarse la actividad industrial en la misma. En primera instancia sólo se accedió al primer pedimento. Esta sentencia fue confirmada en la segunda instancia. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

42. Propiedad horizontal. Idoneidad del presidente de la comunidad para representar en juicio y fuera de él algunos intereses particulares de los copropietarios.—Reproduciendo la STS de 3 de marzo de 1995, afirma que «es evidente que en la representación orgánica que le corresponde al presidente al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 LPH, está investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la comunidad, no sólo en [...] lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular, (ya que) está reportando unos indiscutibles beneficios a dichos comuneros, lo cual debe mantenerse, salvo que, en su caso, pudiera existir una oposición expresa o formal [...] conforme a una reiterada línea jurisprudencial, entre ellas, las SSTS de 3 de febrero de 1983, 23 de noviembre de 1984, 12 de febrero de 1986, 7 de diciembre de 1987 y 9 de febrero de 1987.

Compraventa. Responsabilidad por ruina de la edificación. Si no se delimita la de arquitecto y contratista, será solidaria.—La realidad de los daños se convierte en una auténtica «*quaestio facti*», que no habiendo sido revisada en debida forma debe prevalecer», y si en estas circunstancias no es posible determinar (o no se hizo en tiempo y forma) las conductas causantes de los mismos, habrá que imputar la responsabilidad exigible por el 1591 CC con carácter solidario, como ya dijera la STS de 3 de marzo de 1995. (STS de 16 de octubre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—En un edificio se producen graves problemas de humedad con abundantes goteras, debido a vicios de la construcción, que se concretan en no haber dejado las debidas juntas de dilatación y no haber respetado el orden lógico de capas de aislamiento, por un lado, y por no haberse utilizado los materiales descritos en el proyecto de ejecución, por otro. En representación de los copropietarios afectados, el presidente de la comunidad demanda al constructor y a su esposa, al arquitecto y al aparejador. (L. F. L.)

43. Contrato de hostelería: caracteres y naturaleza.—Se caracteriza por el suministro de mercaderías alimenticias para su consumo inmediato por los usuarios a cambio de compensación monetaria, comprendiéndose a su vez la prestación y ocupación del establecimiento y servicios auxiliares, como iluminación, calefacción, higiénicos o similares. Por lo tanto, en este contrato predomina la venta de los alimentos que se sirven y el arrendamiento de los servicios aportados para la más adecuada ejecución del convenio.

Se trata de un contrato dotado de atipicidad y de naturaleza civil, al haber mantenido la jurisprudencia el carácter civil de las ventas para uso y consumo que las agotan.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 no es exclusiva en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores.—Al contrario, su normativa (art. 7) expresamente se remite a la aplicabilidad «además» de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas (SSTS de 17 de junio y 22 de julio de 1994).

El efecto directo de las directivas comunitarias: efecto vertical. Efecto horizontal (nueva doctrina).—El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene a admitir que las Directivas producen ciertos efectos especiales (a pesar de que no son de aplicación directa—art. 189 del Tratado de la Comunidad Europea—), cuando no han sido desarrolladas y carecen de reflejo en las normativas nacionales dentro del plazo fijado, y siempre que se trate de disposiciones dotadas de precisión, claridad y sean incondicionales. A esto se denomina efecto directo de las Directivas. Tal efecto directo únicamente opera cuando los particulares actúan frente al Estado desobediente (efecto vertical) y no cuando el conflicto es sólo entre particulares (efecto horizontal), por no estar vinculados éstos directamente al Tratado de Roma y sí los Estados que lo firmaron.

Por otro lado, ha declarado también reiteradamente el TJCE que cuando la norma nacional no es conforme a la Directiva no desarrollada, esta última es susceptible de ser invocada por los interesados en procesos seguidos entre particulares, para que los Tribunales ordinarios, si bien aplicando el propio Derecho interno, den a éste una interpretación lo más conforme al texto de la Directiva no traspuesta.

Principio *iura novit curia*.—Resulta válido que los tribunales aporten propios razonamientos jurídicos que no precisan de un ajuste exacto a los alegados por las partes, a los que no están vinculados en forma alguna (SSTS de 21 de febrero de 1989 y 20 de julio de 1993). También, se autoriza a los juzgadores a la aplicación de las normas que estimen y resulten procedentes, siempre que se respete la causa de pedir y no se sustituyan las cuestiones debatidas por otras totalmente distintas (SSTS de 9 de febrero de 1988, 17 de mayo de 1992 y 27 de mayo y 30 de diciembre de 1993. **(STS de 18 de marzo de 1995; no ha lugar.)**

HECHOS.—Un grupo numeroso de personas sufrieron salmonelosis al ingerir alimentos en malas condiciones en un restaurante con ocasión de una comida colectiva celebrada el 12 de mayo de 1986, por lo que demandaron a los copropietarios del mismo y a la entidad mer-

cantil que explotaba el negocio, para obtener el resarcimiento indemnizatorio de los daños y perjuicios sufridos.

En primera instancia se dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó, al establecer una indemnización en favor de dos demandantes que habían sido excluidos del resarcimiento. No prosperó el recurso de casación. (I. D.-L.)

44. Régimen jurídico aplicable a la sociedad civil irregular. División de la cosa común.—Son válidas las cláusulas contractuales que, en supuestos de sociedad civil irregular, establecen la preferente aplicación entre las partes de los pactos convenidos libremente, y subsidiarias, sucesivamente, en relación con lo que no hubiera sido expresamente convenido, las normas de la comunidad de bienes primero y de la sociedad civil después.

No sólo son válidas dichas cláusulas, sino de observación preferente, y su contenido no permite conceptualizarlas de contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público, en relación a la normativa de división de la cosa común, si no se desprende impedimento alguno acerca de poner término a la situación de comunidad, por contemplar supuestos de retirada del negocio y de rescisión.

Principio constitucional de igualdad.—Queda descartada la vulneración del artículo 14 de la Constitución cuando las circunstancias fácticas concurrentes, en uno y otro supuesto, no son coincidentes y no permiten, tampoco, una absoluta equiparación, máxime cuando el casuismo de las cláusulas del contrato ofrecen diferentes soluciones para las distintas situaciones presentadas.

Compensación mediante actualización dineraria. Equidad. Cláusula *rebus sic stantibus*.—La actualización otorgada respecto al reintegro de las cantidades aportadas vino a representar una consecuencia derivada del tenor de una cláusula contractual, cuya concesión fue en función de un criterio de estricta justicia conmutativa, por lo que no puede entenderse como un caso de simple equidad.

Asimismo, la compensación implícita en cualquier género de actualización dineraria, en el caso de que tratamos, no puede estimarse cual desconocimiento de los artículos 1101 y 1108 CC, al tener finalidad distinta a la del abono de intereses.

Resulta difícil negar una notoria alteración entre las circunstancias determinantes de la suscripción del contrato y las fácticas devenidas con posterioridad, e igualmente resulta evidente la enorme desproporción existente entre las aportaciones realizadas y la devolución años después de las mismas cantidades, pero es que es de hacer notar que lo convenido contractualmente fue conceder una participación, equivalente a un determinado tanto por ciento, del total de la operación, de lo que se desprende que en el caso de no efectuarse la devolución de lo entregado en su valor actualizado, ello supondría que no se recibiría la equivalencia hecha en su día, dándose lugar a un quebrantamiento del principio *tantumdem jus et genere* recepción de igual cantidad o exactamente otro tanto, así como a una ruptura del equilibrio que ha de presidir las recíprocas prestaciones de todo contrato, especialmente, ante la ausencia de cualquier otro medio para paliar el per-

juicio que representaría una devolución absolutamente paritaria y sin mecanismos correctores.

Principio procesal de congruencia.—Proyectando la doctrina jurisprudencial, el juzgador ha de guardar en su fallo el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, sin acomodarse rígidamente a la literalidad de lo suplicado, y haciendo extensivo aquél a los extremos que le complementen y contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias. Por tanto, el Tribunal no incurrió en vicio de incongruencia en cuanto que en su sentencia se atuvo de manera sustancial a los alegatos de las partes, en especial, a los formulados en la reconvencción y al resultado fáctico probatorio, así como al contenido de las cláusulas del contrato convenido entre las partes.

Imposición de costas.—El criterio objetivo o vencimiento para las costas de la primera instancia, establece que su imposición recaerá sobre la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas; sin embargo, tal pronunciamiento que no ofrece ninguna duda para los supuestos de inexistencia de reconvencción, no lo es tanto para aquellos otros en que concurre una demanda reconvenccional, y, más aún, cuando ésta no se estima en su totalidad, y cuando, incluso, la sentencia recurrida está estimando, de alguna manera, la demanda.

Error de derecho en la apreciación de la prueba. Eficacia probatoria de los documentos públicos.—Centrado el contenido del artículo 1218 CC en la eficiencia probatoria de los documentos públicos, su perspectiva casacional requiere obligadamente la cita específica de los documentos que pudieran permitir apreciar el error de derecho alegado. (STS de 15 de junio de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Suscrito en documento privado un contrato por el que el propietario de varias fincas, que quería comercializar, vende a la parte actora una participación del 10 por 100 del total de la operación, se establecen, entre otros pactos, la obligación para las partes de aportar al negocio las cantidades en metálico proporcionales a sus cuotas, para cubrir los gastos y presupuestos necesarios para la inmediata realización de las obras procedentes al fin indicado, cuyo incumplimiento por parte de la nueva aportante produciría su retirada del negocio, sin más derecho que el de recibir el total del precio que hasta el momento indicado hubiere aportado a la explotación.

Si antes de comenzar las operaciones precisas para la promoción de las fincas la aportante quisiera retirarse de esta relación, podrá solicitar la rescisión obteniendo el reintegro de la primera aportación, más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de la celebración del contrato y el que entonces medie.

Si fuera el propietario original quien decidiera enajenar total o parcialmente las fincas en cualquier momento, cada parte recibirá el porcentaje que le corresponde del precio de enajenación conforme a su cuota, con derecho de adquisición preferente a favor de la aportante si lo considerara oportuno.

Por el contrario, si la nueva aportante deseara enajenar su cuota a terceros, surgiría este derecho de adquisición preferente a favor de los demás partícipes en la explotación y en proporción a sus cuotas.

Habiendo sido libremente convenidos por las partes dichos pactos, regirán con carácter preferente entre las partes, sometiéndose de forma subsidiaria y sucesiva a las normas que en relación con la comunidad de bienes primero, y sociedad civil después, tuviere establecida la legislación vigente.

Teniendo como base dicho contrato, la actora, propietaria de la cuota del 10 por 100 del negocio, formula demanda contra la otra parte contratante, suplicando al Juzgado dicte sentencia, por la que se declare: 1.º que la demandante es propietaria del 10 por 100 pro indiviso con los demandados de las fincas y arbolado existente en las mismas, se proceda a la división de la cosa común adjudicando a la parte demandante el 10 por 100 de la misma, que se determinará en la prueba o en ejecución de sentencia, quedando la misma libre y a disposición de la demandante; 2.º que los demandados deberán abonar el valor del arbolado que fue cortado y que existía en dichas fincas, cuyo valor equivalente al 10 por 100 del mismo se determinará en la prueba o en ejecución de sentencia; 3.º que es nulo cualquier título que contradiga dicha propiedad en la forma expuesta y se cancele cualquier inscripción contradictoria de este condominio que exista en el Registro de la Propiedad.

Admitida a trámite la demanda, la parte demandada formuló reconvencción, alegando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y suplicando al Juzgado dicte sentencia desestimando la demanda, y, estimando la reconvencción, declare rescindidas o resueltas las relaciones jurídicas entre las partes litigantes, sean de sociedad irregular o de cualquier otra naturaleza jurídica, acorde con el contenido de sus cláusulas, declarando el derecho de la otra a percibir las cantidades que tiene entregadas en virtud de aquéllas, con los intereses legales desde la fecha en que fueron aportadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, desestimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y la demanda reconvenccional. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó en parte y declaró resuelto el contrato de sociedad irregular, condenando a los demandados a entregar a la actora el valor actualizado de las cantidades que hubiese aportado a la explotación, hasta la fecha de la interposición de la demanda. Recurrida dicha sentencia en casación por ambas partes, el TS declara no haber lugar a los recursos. (*R. D. R.*)

45. Responsabilidad extracontractual. Teoría de la creación del riesgo.—La creación del riesgo existió sin duda alguna, habiéndose dado el interés crematístico y la falta de previsión en función de lo previsible.

Compensación de culpas.—La práctica del juego en sí es correcta, pero debe ir acompañada de aquella diligencia necesaria para prevenir cualquier evento dañoso para los participantes; resultando evidente que los encargados del negocio no se ocuparon, ni adoptaron cuidado alguno, para advertir, e incluso impedir, la posible conducta irreflexiva de unos jóvenes, lo que no impide tener en cuenta y valorar conjuntamente la conducta del perjudicado, absolutamente irreflexiva y culposa, que influyó directamente en la causación del accidente. (STS de 23 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Santiago E. I. formuló demanda de reclamación de cantidad, contra don Ángel C. G., doña María del Pilar M. C. y «Aegón, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros», como indemnización de los daños y secuelas materiales y morales sufridas como consecuencia de haberse arrojado a una piscina portátil, colocada en el jardín, por los hijos de los demandados, encargados de la explotación personal del negocio, los cuales organizaron un concurso con premio para el primer cliente que se arrojara al recipiente. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Apelada la anterior, la Audiencia Provincial confirmó este fallo. El TS desestima los recursos de casación de los demandados. (M. D. C. H.)

46. Responsabilidad extracontractual y vehículos de motor.—A pesar de que la doctrina del TS ha ido evolucionando hacia un sistema que en materia de responsabilidad extracontractual admite soluciones cuasiobjetivas, demandas por el incremento de las actividades peligrosas, no existe responsabilidad extracontractual, cuando existe una ausencia de culpa en el conductor del automóvil que realiza correctamente la maniobra de adelantamiento y es la acción de la víctima la que motiva el accidente al girar repentinamente a la izquierda.

El error en la apreciación de la prueba ha de estar basado en documentos.—Y no tiene carácter de documentos a efectos casacionales «las sentencias, resoluciones, diligencias y testimonio procedentes de la jurisdicción penal, que no pueden enervar o invalidar, prejuzgando, la estimación probatoria que en lo civil compete al Juez», «la confesión judicial» y «las manifestaciones testificales, pues al ser un medio de prueba atribuido en su apreciación a las reglas de la sana crítica, que no tienen una definición legal, carecen de la consideración de evidencia clara e inequívoca sin necesidad de tener que acudir a razonamientos o deducciones, que se exige para apreciar error de hecho atribuible al Juzgador». (STS de 27 de septiembre de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—En el curso de una maniobra de adelantamiento doble, de un turismo y de un ciclomotor, practicada por el conductor de un turismo, resulta arrollado el conductor del ciclomotor, que fallece, debido a que en el momento de ser adelantado realizó una maniobra de giro a la izquierda y se interpuso en la trayectoria del turismo. Su viuda presenta demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el conductor del turismo y la compañía de seguros solidariamente. En primera instancia y apelación se desestima la demanda. La demandante presenta recurso de casación por infracción del artículo 1902 CC. (L. S. M. P.)

47. Responsabilidad del INSALUD. Indemnización por suicidio de una enferma psíquica. Negligencia del personal facultativo.—Siendo la obligación del personal sanitario una obligación de medios y no de resultado, en la aplicación de los medios procedentes al caso concreto aquí enjuiciado es donde radica la negligencia del personal sanitario que prestó asistencia a la joven Alma María G. G. el día de autos y, por ende, la responsabilidad directa del Instituto Nacional de la Salud, a cuyas órdenes trabaja dicho personal sanitario (párrafo 4.º del art. 1903 CC), pues si la referida joven fue ingresada en la clínica como consecuencia de un intento de suicidio (lo que ya había pretendido en dos ocasiones anteriores y muy próximas en el tiempo a la aquí enjuiciada), la más elemental prudencia, no ya sólo sanitaria, sino incluso estrictamente humana, aconsejaba ingresar a dicha enferma en una habitación o departamento específico en que no existieran medios que le facilitaran la repetición, fácilmente previsible, de sus propósitos suicidas, lo que, en el caso que nos ocupa, no se verificó por el personal sanitario correspondiente, pues fue ingresada en una habitación no idónea para enfermos psíquicos, ya que el cuarto de baño de la referida habitación disponía de una ventana abierta (o fácilmente abrible) y sin reja de hierro, por donde se arrojó la infortunada joven, como era fácilmente previsible, dada la pertinencia de la misma en sus propósitos suicidas, que constaban en el historial clínico que de ella se tenía en dicho centro sanitario, lo que evidencia la negligencia con que actuó el personal facultativo que la asistió y la responsabilidad, por tanto, del Instituto Nacional de la Salud, a cuyas órdenes trabajaba dicho personal sanitario.

Caso fortuito.—Siendo totalmente previsible la producción del suceso aquí enjuiciado, queda excluida la posibilidad del surgimiento de un caso fortuito (art. 1105 CC). (STS de 11 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La joven Alma María G. G., que venía siendo sometida al oportuno tratamiento por depresión nerviosa y para deshabitación etílica, y que en dos ocasiones anteriores ya había sido ingresada en un centro hospitalario, como consecuencia de masiva ingestión voluntaria de medicamentos, con intención de suicidio, fue ingresada nuevamente en el servicio de urgencias de un hospital dependiente del INSALUD, en estado comatoso, como consecuencia de ingestión voluntaria y con intento de suicidio de unas veinticinco cápsulas de Distraneurine. Habiéndosele practicado un lavado gástrico y sometida después a tratamiento con fluidoterapia, mejoró en su estado y recuperó la consciencia, siendo ingresada en una habitación de la Unidad de Corta Estancia. Sobre las quince horas del día 9 de octubre de 1988, Alma María G. G., que se encontraba acompañada por su madre, entró en el cuarto de baño de dicha habitación, por cuya ventana, que estaba abierta y sin enrejado, se arrojó, sufriendo lesiones muy graves, que determinaron su fallecimiento.

En la demanda se solicitó que el INSALUD fuese condenado a pagar 15.000.000 de pesetas como indemnización por los daños sufridos a consecuencia del fallecimiento de su hija Alma María G. G., debido al deficiente funcionamiento de los servicios prestados por el hospital dependiente del INSALUD. El Juez de Primera Instancia

condenó al INSALUD a pagar a los actores la cantidad de 10.000.000 de pesetas, lo cual fue confirmado por la Audiencia. No prospera el recurso de casación interpuesto por el INSALUD.

NOTA.—A mi juicio, en el caso de esta sentencia, aunque no lo diga el Tribunal Supremo, que sitúa el problema en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se ha producido el incumplimiento de la obligación contractual de seguridad, de resultado, que pesa sobre el centro hospitalario. Esta obligación, con fundamento en el artículo 1258 CC, imponía al personal sanitario el deber de ingresar a la joven Alma María G. G. en una habitación idónea para enfermos psíquicos, evitando todo riesgo de que repitiera sus propósitos suicidas.

Como señala la doctrina francesa (*Mazeaud y Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, París, 1965, núm. 159-2), cuando se hospitaliza a un enfermo, éste entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad; se confía a ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan sólo, en caso de accidente, la prueba de caso fortuito o fuerza mayor liberaría al centro hospitalario (obligación de resultado). La solución es indiscutible cuando se trata de un enajenado o de un nervioso agudo, por existir la obligación de garantizar, contra el propio enfermo, su seguridad (Cabanillas, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, p. 74).

Un excelente comentario de esta sentencia, con exhaustivo análisis de las sentencias que contemplan la responsabilidad civil por daños derivados del suicidio, por Díez-Picazo Giménez, en *Anuario de Derecho Civil*, 1996, pp. 101-186. (A. C. S.)

48. Responsabilidad extracontractual del médico. La obligación de medios.—La doctrina constante de esta Sala proclama que en el enjuiciamiento civil de las conductas de los profesionales médicos se descarta toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, pues la responsabilidad se establece en base a la concurrencia de necesaria relación de causalidad culposa (SS de 6 de noviembre de 1990, 8 de octubre de 1992, 2 de febrero y 23 de marzo de 1993 y 29 de marzo de 1994, entre otras). Los facultativos —lo que también es doctrina jurisprudencial— no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de lo que se pueda disponer y otorgar. No se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible. Lo que se presenta claro es que si bien no caben exigencias de que se dé rigurosa exactitud, sí en cambio, y no resulta en forma alguna disculpable, es que tanto la actividad de diagnosticar como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto, son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina, que causen resultados nocivos.

Responsabilidad solidaria.—La responsabilidad de los doctores resulta más bien de la concatenación, concurrencia y sucesión negativa de los mismos (se refiere a los concretos actos médicos individualizados), en acreditada relación de conexión causal. Al no precisarse que los actos probados revistan condiciones de aislados, la responsabilidad solidaria es la procedente, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, que viene a establecer la solidaridad de los obligados por culpa extracontractual. El vínculo de solidaridad se presenta como el más adecuado y apto para que el derecho a ser indemnizado, que corresponde a quien resulta perjudicado, en una situación que ni provocó ni tuvo parte alguna, sea efectivo y no resulte vaciado de su contenido económico compensador (SS de 1 de diciembre de 1987, 21 de abril de 1993, 26 de noviembre de 1993, entre otras). (STS de 16 febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicitó una indemnización por las lesiones sufridas a consecuencia de una transfusión, en la cual la doctora no se cercioró previamente del grupo sanguíneo de la paciente. La demanda se dirige contra el Ayuntamiento de Reus y contra la compañía de seguros. El Juzgado de Primera Instancia la estimó parcialmente. La Audiencia Provincial desestimó los recursos interpuestos por el Ayuntamiento y la compañía de seguros demandados. El TS dicta sentencia desestimando ambos recursos. (C. L. S.)

49. Responsabilidad médica extracontractual. *Lex artis ad hoc.*—La denominada *lex artis ad hoc*, se basa en el lugar común de que la obligación exigible, en cuanto al celo profesional del médico, es una obligación en general de medios y no de resultado; entre otras, en la sentencia de 25 abril de 1994, se decía «... que, no obstante, parece ya llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: a) utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo hacerse patente que dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigible, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo».

La prueba pericial y la interpretación del informe médico por el juez.—Es inconcuso que al atenerse a las normas de la «sana crítica» en caso

alguno puede determinar que, salvo la probanza de que la valoración de esa prueba produzca unos resultados absurdos o conduzca a un despropósito dentro de la lógica razonable, pueda entenderse que se ha producido la infracción de tales preceptos, ya que el repetido artículo 63 LEC reporta al juzgador una amplitud enjuiciadora.

Referencia a la carga de la prueba.—En esta materia de imputación de responsabilidad a los profesionales médicos, no rige la inversión de la carga de la prueba, esto es, no es suficiente con la producción del daño o lesión, para imputar al actor la conducta determinante de dicho daño o lesión, la negligencia o culpabilidad correspondiente, determinante de esa responsabilidad, sino que es preciso que el damnificado sea el que acredite la falta de diligencia o la negligencia derivada por la infracción —entre otros— de los elementos que conforman la citada *lex artis ad hoc*. (STS de 20 de febrero de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes (en beneficio de su hijo tutelado y actor) interpusieron una demanda contra el cirujano médico y el anestesista, así como contra las esposas de éstos, solicitando la cantidad de 50.000.000 de pesetas en concepto de daños. El actor iba a ser intervenido quirúrgicamente como consecuencia de una sinusitis, pero tras ser anestesiado sufrió una parada cardíaca, con el resultado de secuelas irreversibles, que dieron lugar a su incapacitación legal. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente esa demanda, de forma que condenó sólo al anestesista y a su esposa. El anestesista interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. El TS desestima el recurso interpuesto por los padres. (C. L. S.)

50. Responsabilidad extracontractual. Accidente laboral con resultado de lesiones graves. Ausencia de reproche culpabilístico.—Señala, en efecto, la jurisprudencia de esta Sala que para imputar la culpabilidad como consecuencia de determinada conducta o actividad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: *a*) un elemento subjetivo representado por un hacer u omitir algo que se encuentra fuera de las normas de cautela y previsión establecidas por el ordenamiento y socialmente aceptados, siendo de señalar a estos efectos que en la interpretación que actualmente prima para la aplicación de estas normas se tienen en cuenta los principios de la previsión del riesgo que puede derivar del empleo del medio productor del evento; *b*) la producción de un resultado dañoso, habiéndose atenuado el inicial criterio subjetivista del precepto a través de una cierta objetivación, y *c*) un adecuado nexo causal. Falta, por tanto, el presupuesto que permitiría la prueba del reproche culpabilístico, y, con ello, la aplicación de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, puesto que el riesgo no puede erigirse en el campo civil en fundamento único de la obligación de resarcir. (STS de 7 de abril de 1995; no ha lugar.)

NOTA.—El planteamiento del caso, según los hechos que resultan probados, obliga a reconocer que a salvo el hecho de haberse producido el accidente dentro de la empresa, no hay objetivamente una relación causal entre la conducta activa u omisiva de la empresa y el daño producido, al menos en el sentido de causación suficiente o adecuada

de carácter antijurídico o ilícito que permita atribuir la culpabilidad, afirma el TS. (A. C. S.)

51. Responsabilidad solidaria de comitente y contratista por lesiones de un trabajador de este último. Principio general de seguridad en el trabajo.—La invocación de la normativa laboral ciertamente que es genérica, pero sólo se hace para recordar un principio archiconocido: el de que el empresario está obligado a procurar a sus trabajadores la debida seguridad en el trabajo, que es hoy afortunadamente parte del acervo cultural de nuestra civilización occidental, hasta el punto de que es realmente un principio general del Derecho y una concreción acusadísima del *neminem laedere*, base del artículo 1902 CC. Que la sentencia no haya citado el precepto del Estatuto de los Trabajadores que lo recoge (art. 19.1) no origina indefensión; es conocido por todos, y, desde luego, el que no puede alegar desconocimiento, es un empresario, cualidad que tiene el recurrente. Por otra parte, los preceptos que se conceptúan como infringidos (art. 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y art. 43 del Estatuto de los Trabajadores) nada tienen que ver con la estimación o no de culpa aquiliana en el orden civil. Se refieren a sanciones por infracciones a la seguridad e higiene en el trabajo, y en esta jurisdicción nada de ello se juzga, ni se puede juzgar, ni se dan las circunstancias que prevé el tan repetido artículo 40, pues es esencial que la contrata recaiga sobre obra o servicio que constituye la principal actividad del comitente (S de 18 de abril de 1992 de la Sala 4.^a). Por último, es completamente irrelevante la llamada al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, apartados 1 y 2, porque la sentencia recurrida no niega que el trabajador lesionado formaba parte de la empresa recurrente.

Aplicación del artículo 1902 CC.—Se considera por el recurrente que no está fundamentada la aplicación del artículo 1902 CC, pues es la normativa laboral citada en el motivo anterior la que debe resolver la cuestión de la responsabilidad en el supuesto de trabajadores de una empresa que desempeña su trabajo en otra. El motivo se desestima porque en casación es susceptible de revisarse, de los requisitos exigidos por el artículo 1902 CC, la calificación de la conducta del agente como culposa o negligente, y la relación de causalidad entre su acción u omisión y el daño producido, y ninguno de tales requisitos han sido sometidos a la consideración de esta Sala, sólo la improcedencia de aplicar el artículo 1902 CC para responsabilizar al recurrente.

Doctrina jurisprudencial.—Casacionalmente, sólo puede ser objeto de infracción una doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida por lo menos en dos sentencias sobre interpretación y aplicación de la ley u otras fuentes del Derecho.

Cuantificación del daño.—En virtud de la apelación de la sentencia de primera instancia por el demandante y los recurridos, la Audiencia puede resolver de modo distinto al de la sentencia que es objeto de apelación, pues en ese recurso las facultades revisoras del órgano judicial son totales, excepto en los puntos consentidos por el apelante. (STS de 24 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Tomás G. H. demandó a don J. M. V. y a «Olpe-sa, S. A.», alegando que el primero, a cuyas órdenes trabajaba, había

contratado con la entidad codemandada la realización de unos servicios y obras en las instalaciones de esta última, desplazándose allí para efectuarlos el actor y otros trabajadores de don J. M. V. Al poner en marcha una radial en el recinto de «Olpesa, S. A.», empresa que almacenaba productos químicos, se produjo una deflagración como consecuencia de la cual el actor sufrió lesiones graves. Solicitaba por ello la condena solidaria de los demandados al pago de una indemnización de 19.000.000 de pesetas.

El Juez de Primera Instancia absolvió de la demanda a don J. M. V y condenó a «Olpesa, S. A.» al pago de la indemnización de 14.000.000 de pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia condenó a los demandados solidariamente al pago de una indemnización de 19.000.000 de pesetas. No prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

52. Límites definidores de la congruencia en las sentencias.—El principio de congruencia según reiterada doctrina jurisprudencial no implica una concordancia literal entre el fallo y las pretensiones de las partes, sino una racional adecuación. No se produce la incongruencia de las sentencias porque el Tribunal cambie su punto de vista respecto al que mantienen los interesados, siempre y cuando el juzgador observe un absoluto respeto a los hechos (SSTS de 10 de junio de 1988, 3 de marzo de 1992, 10 de junio de 1992, 24 de junio de 1993, 19 de octubre de 1993 y 16 de junio de 1994).

Distinción entre «obra» y «producto» de la industria.—Las leyes de Propiedad Intelectual (tanto la de 10 de enero de 1879 como la de 11 de noviembre de 1987) tienen por objeto sólo obras que son resultado de una creación individualizada y personalizada. Esto no significa desde luego que todos los productos de la industria de artes gráficas se conviertan de modo automático en obras de literatura, arte o ciencia. Esta diferenciación entre productos y obras rige exactamente igual para la pintura, labrado de piedra y otros materiales y no de manera exclusiva para el ámbito literario, artístico o científico.

Condiciones para la existencia de plagio de obra ajena.—Para que surja responsabilidad por plagio de una obra ajena es preciso que éste recaiga sobre realidades formales, concretas y visibles, que resulten significativas de un modo objetivo para la producción de una lesión real del producto análogo preexistente. La jurisprudencia sobre este tema exige para la constitución de plagio que la copia servil induzca a errores sobre su autenticidad. (STS de 7 de junio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. R. S. interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el matrimonio N. C. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente su demanda declarando al actor titular de los derechos de propiedad intelectual de los cuadernos escolares titulados «Problemas Rubio», absolviendo a los demandados del resto de las peticiones. Don R. R. S. recurre la sentencia de Primera Instan-

cia ante la Audiencia, que estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia anterior en el sentido de añadir otras peticiones como la retirada del comercio de las obras por los demandados y la indemnización al actor de daños y perjuicios. El matrimonio demandado interpone recurso de casación. El Supremo casa la sentencia de apelación. (A. R. G.)

53. Hipoteca en garantía de deudas ajenas. Analogía con la fianza. El propietario no es fiador. Acción de relevación de responsabilidad. No procede.—«Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca», y no siendo deudor, «no puede ser considerado garante análogo al fiador». No procede por tanto la aplicación, siquiera analógica, de la acción de relevación de fianza del 1843, por cuanto se trata de una acción cautelar «de utilidad difícil de imaginar [en la hipoteca], porque [...] requiere consentimiento del acreedor afianzado». Además «la *ratio legis* de la norma, contenida en el artículo 1843.1.º, no se da en la ejecución hipotecaria, en que no se conoce la cantidad que podrá reclamarse hasta la celebración de la subasta; es posible hasta discutir si el propietario es demandado en el sentido de dicho precepto, y no parece que deba tenerse en cuenta el *periculum in mora*, propio de las medidas cautelares, cuando el propietario conscientemente constituyó el gravamen». (STS de 6 de octubre de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. G. R. y don S. P. M. hipotecaron sendas fincas de su propiedad, en garantía de parte de la deuda que la mercantil, de la que eran accionistas, «AA, S. A.», había contraído con el Banco Español de Crédito. Vencido el préstamo el banco ejercitó la acción ejecutiva del 131 LH por el principal y las costas que cubrían las hipotecas. Antes de la subasta, los propietarios de los inmuebles hipotecados solicitan el embargo de bienes de la sociedad para el resarcimiento de los daños que la ejecución les pueda deparar. (L. F. L.)

54. Tanteo y retracto de origen convencional: su constitución en forma abstracta, sin pactar plazo de duración, determina su operatividad sólo en el ámbito obligacional.—La forma abstracta de establecer un tanteo y un retracto sin concreción de tiempo de caducidad para uno y otro, devalúa el carácter real, quedando reducido a un ámbito obligacional impermeable en su afectación a terceros. (STS de 3 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública se donaron varias fincas, sitas en Cataluña, en favor de tres hermanos. En la misma escritura se estipuló también unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios para el caso de enajenación de las fincas que se les donaban. Posteriormente, se enajenaron las correspondientes a uno de los donatarios, mediante subasta judicial, en favor de la demandada quien, a su vez, las vendió a una tercera persona. Pues bien, uno de los donatarios reclamó judicialmente el derecho a retraer su participación dominical en las fincas objeto de subasta. En primera instancia se desestimó la demanda al apreciar el Juez un defecto de litisconsorcio

pasivo necesario. En la Audiencia se entró a conocer el fondo del asunto rechazándose íntegramente la demanda. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

DERECHO DE FAMILIA

55. El convenio regulador de los efectos de la separación matrimonial no es una transacción.—En la partición, los copartícipes que llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que les corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pero una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una unidad aunque integrado por un conjunto heterogéneo de bienes, derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición. Este negocio jurídico no es una transacción, las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad, y aceptan transformar sus cuotas en ella en titularidad sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato, la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría donominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso.

Es rescindible por lesión la partición de la sociedad de gananciales.—Si la partición no es por sí misma una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el artículo 1704 CC, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial, como esta Sala dijo para caso igual en la sentencia de 26 de enero de 1993, cuya doctrina se da por reproducida para evitar inútiles duplicaciones.

No cabe acción de complemento de la partición.—En el fallo del presente litigio no se ha de tener en cuenta las alegaciones de la actora respecto de la omisión de bienes en la partición, en su caso (art. 1079 CC), y en la súplica de su demanda sólo solicita la rescisión de la misma por lesión, y para apreciar ésta no se pueden considerar otras cosas que las adjudicadas, no las omitidas (art. 1074).

Lesión en más de la cuarta parte.—La esposa percibió 15.800.000 pesetas, con una merma de lo que debía percibir de 9.996.687 pesetas, lo que constituye lesión en más de una cuarta parte, que origina la rescisión de la partición, salvo que el demandado opte en ejecución de sentencia por hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 1079 CC, y lleva a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a la revocación de la de Primera Instancia. (STS de 8 de marzo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante formuló demanda de menor cuantía pidiendo que se declarase rescindida por lesión la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instan-

cia desestimó la demanda admitiendo la excepción de defecto legal en la naturaleza y modo de haberse propuesto la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (L. F. R. S.)

56. Anterioridad de la deuda respecto de la modificación del régimen económico del matrimonio.—El motivo no puede prosperar; aparte de que el documento obrante al folio 44 es un documento de carácter administrativo, inhábil por ello para servir de apoyo a un motivo casacional de esta naturaleza, del propio expediente administrativo resulta que la deuda tributaria origen del expediente de apremio deriva de impuestos devengados durante los ejercicios tributarios de los años 1979 a 1980 por Licencia Fiscal del Impuesto Industrial y 1979 a 1983 por el Impuesto del Tráfico de Empresas, anteriores, por tanto, al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por la recurrente y su esposo en que se sometieron al régimen de separación de bienes.

La responsabilidad con los bienes gananciales no desaparece con la modificación del régimen económico.—A tenor de reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, manifestada, entre otras, en sentencia de 2 de febrero de 1985, «según el artículo 1532 LEC», la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor que ha de corresponder al «tercero» que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente «tercero»; es decir, no es el «deudor»; como dice la Sentencia de 21 de julio de 1987, no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ellos, los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, modificación que, a tenor del entonces vigente artículo 1322, hoy artículo 1317 CC, no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, añadiendo la Sentencia de 19 de febrero de 1992 que «existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución, puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados a uno de los cónyuges no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del artículo 1401 CC».

Carácter consorcial de las deudas tributarias contraídas por un cónyuge en la explotación de un negocio.—Acreditado en autos que las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio al que se refiere la tercería de dominio ejercitada, fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y que tales deudas son anteriores a la disolución del régimen económico matrimonial que regía entre la recurrente y su esposo, es decir, el de sociedad de gananciales, y su sustitución por el de separación de bienes, es claro que de tales deudas responden los bienes que integraban aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1362.4 CC, y 6 y 7 CCO. Dice la sentencia de 26 de enero de 1985 que «si bien es cierto que antes de la celebración del matrimonio, como con posterioridad al mismo, los cónyuges pueden acogerse al régimen económico matrimonial que estimen con-

veniente, cuando aquél se hubiera contraído bajo el de la sociedad de gananciales, la sustitución de tal régimen, constante matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme al artículo 1396 CC establece, previa formalización del activo y del pasivo de la sociedad, en cuyo pasivo habrá de integrarse, a la luz del número 1 del artículo 1398, el importe de “las deudas pendientes a cargo de la sociedad”, cuyo prioritario pago impone el artículo 1399 del propio Cuerpo legal, y una vez abonadas las deudas de la sociedad conyugal, se dividirá el remanente entre los cónyuges, adjudicándose por mitad, tal como establece el artículo 1404». (STS de 18 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la esposa del deudor, que había contraído en los años 1979 y 1980 deudas con la Hacienda Pública, derivadas de su actividad industrial. Los cónyuges habían otorgado capitulaciones matrimoniales a finales de 1985, habiéndose adjudicado la esposa la vivienda posteriormente embargada. Ejercitada tercería de dominio por la esposa, su pretensión fue rechazada por los órganos judiciales.

NOTA.—Sin discutir el fondo del asunto, que nos parece correcto queremos manifestar nuestra discordancia con el criterio sostenido por el TS a la hora de calificar como ganancial la deuda contraída por el marido comerciante, pues el Alto Tribunal cita en apoyo de su tesis el artículo 1362.4 CC, que es un precepto aplicable únicamente en la relaciones económicas internas de los cónyuges. La deuda del cónyuge comerciante se regula en el párrafo final del artículo 1365 CC, que se remite a lo dispuesto en el Código de Comercio, que establece una responsabilidad superior a la del precepto últimamente citado. (L. F. R. S.)

57. La modificación del régimen económico matrimonial sólo puede perjudicar a terceros desde la fecha de la inscripción correspondiente en los registros.—Goza de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala sentada, entre otras muchas, en sentencias de 5 de junio y 6 de diciembre de 1989, 16 febrero, 6 de marzo y 2 de abril de 1990, y 26 de junio de 1992, de acuerdo con las cuales en estos supuestos son de aplicación los artículos 1317 y 1333, habida cuenta de la doctrina que en los mismos se establece, tendente a proteger los derechos de terceros de buena fe, por lo que la modificación pactada sólo puede perjudicar desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros toda vez que cualquier otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento más beneficioso para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de los terceros que con ellos contratasen. (STS de 9 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La Hacienda Pública reclamó a un comerciante las cantidades que éste adeudaba por impuestos correspondientes a su actividad industrial en los años 1983, 1984 y 1985, embargando una vivienda que había sido ganancial hasta el día 21 de noviembre de 1985, fecha en la que el deudor y su esposa otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, adjudicándose la esposa la finca

mencionada. Interpuesta la tercería de dominio por el cónyuge del deudor, para levantar el embargo sobre el inmueble citado, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

58. Impugnación de paternidad. Desistimiento y caducidad de la acción.—La acción impugnatoria de la paternidad, que concede al marido el artículo 136 CC, ha quedado trunca y definitivamente caducada por el desistimiento de la parte demandante, al no haber sido mantenido su ejercicio, pues el actor abandonó el proceso y, prácticamente, por el peso de la caducidad ha renunciado a la misma.

Transcurrido el año a partir de la inscripción, no puede el padre volver a ejercitar tal acción, por aplicación del plazo de caducidad, luego se puede afirmar que el acontecer procesal ha producido el resultado efectivo de que se mantenga la filiación; y por lo que respecta a la ratificación de la misma, también pedida, carece de interés jurídico un pronunciamiento en tal sentido, cuando ya nadie pone en duda, ni combate en ninguna esfera, la declaración legal actualmente vigente.

Inexistencia de analogía. Desistimiento en el ejercicio de la acción impugnatoria de la paternidad. Filiación judicialmente determinada contra la oposición del progenitor.—No existe semejanza identificadora, a la que se refiere el artículo 4 CC, entre la regla 2.^a del artículo 111 CC y el artículo 136 del mismo texto legal, cuando la parte demandante que impugna la paternidad desiste en el ejercicio de la acción.

Este supuesto no se corresponde, ni existe la identidad de razón que se plasma en el precepto cuya analogía se pretende, ya que en éste el legislador refirió los casos de aplicación a la sentencia penal, y a una filiación impuesta contra la voluntad del progenitor; siendo doctrina pacífica de esta Sala la exigencia de ciertos requisitos para que pueda darse la analogía: *a)* que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante; *b)* que entre ambos se aprecie identidad de razón, y *c)* que no se trate de leyes penales ni sancionadoras con pérdida de derechos (SS de 7 de febrero de 1984; 13 de noviembre de 1985; 20 de enero de 1987, etc). La *ratio legis* de la norma, o elemento de identidad, debe ser el que el legislador tomó en consideración para establecer la relación prevista, que es precisamente lo que se quiere parangonar con la situación no considerada, y por otra parte, las conductas tipificadas en el artículo 111 CC están consideradas por la jurisprudencia y por la doctrina científica mayoritaria, como leyes civiles sancionadoras con pérdida de derechos, y por tanto incluidas en el ámbito restrictivo señalado en el número 2 del citado artículo 4; ya que el calificativo de «penal» que allí aparece, debe interpretarse extensivamente, comprendiendo en el mismo la «penalidad civil», de que se habla en la disposición transitoria tercera del Código, junto a la privación de derechos (sentencia de 23 de julio de 1987).

Recurso de casación. No admisión de alegación de aforismos latinos.—Cualquier aforismo latino, intentando justificar el cauce procesal del número 4 del artículo 1692 LEC, resulta notoriamente inaplicable en el estricto

ámbito de un recurso de casación, pues la Ley procesal se refiere a las infracciones de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuesen aplicables. (STS de 11 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras formular demanda de impugnación de paternidad del hijo matrimonial, habido con su esposa en fecha en la que estaba vigente el matrimonio, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el actor no es el padre del menor demandado y se libre exhorto al Juez encargado del Registro Civil para que modifique la filiación del menor, la parte demandada formula reconvencción suplicando se tenga por contestada la demanda y se dicte sentencia desestimatoria, por la que se mantenga y ratifique la filiación matrimonial, legalmente determinada, del menor respecto del demandante; y se excluya a éste de la patria potestad y demás funciones tuitivas, y de todo derecho por ministerio de la Ley respecto de su hijo, descendientes o herencias, determinándose, además, que el hijo no ostente en lo sucesivo el apellido de su progenitor.

Posteriormente, pero antes de que se dicte sentencia, el demandado desiste de la acción entablada y se aparta del procedimiento, continuando el mismo sólo en función de la reconvencción, que es resuelta desestimatoriamente tanto en la primera instancia como en la apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar. (R. D. R.)

59. Derecho de alimentos derivado de la patria potestad. Ejercicio de la acción de reclamación cuando el alimentista ha cumplido la mayoría de edad.—Una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que éstos se soliciten en tiempo y forma. Por tanto, no debe confundirse el tiempo del nacimiento y el tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos por carecer aquéllos de efecto retroactivo no pueden condenar a pagarlos sino desde la fecha en que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla clásica *in praeteritum non vivitur* y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista, y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide; prescindiendo de las circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido, e incluso de que pueda tener o considere tener contra el mismo acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los artículos 142 y siguientes CC, una vez concluida la patria potestad. (STS de 8 de abril de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo alcanzado la mayoría de edad, don Manuel B. V. ve reconocida su filiación extramatrimonial respecto de don Manuel B. P. (STS de 21 de mayo de 1988). Con base a este nuevo estatus, el demandante reclama de su padre una suma determinada en concepto de alimentos derivados de la patria potestad por el tiempo comprendido entre su nacimiento y la mayor edad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. No prospera el recurso de casación. (J. L. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Régimen sucesorio de los títulos nobiliarios. Discriminación por razón de sexo.—El orden sucesorio en los títulos nobiliarios, caracterizado por la indivisibilidad de lo que se hereda, obliga a respetar determinados criterios objetivos necesarios que permitan decidir, en cada caso concreto, la persona que ostenta el preferente derecho. Pero tales criterios selectivos serán admisibles sólo en la medida que no se identifiquen con la específica aceptación del término «discriminación», sinónimo, en esta materia, de postergar o dar un trato de inferioridad a la mujer por el mero e inevitable hecho de serlo, anteponiéndole siempre y sistemáticamente la condición de varón, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional, «la discriminación sobreviene cuando hay una distinción de trato carente de justificación objetiva y razonable: lo que conculca el principio constitucional consagrado en el artículo 14 es precisamente la desigualdad irrazonable»; «ante situaciones no disímiles, la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos» (SSTC de 10 de noviembre de 1981, de 10 de marzo de 1983 y de 10 de julio de 1985). De los tres factores que tradicionalmente han condicionado el mejor derecho a una dignidad nobiliaria: primogenitura, masculinidad y representación, sólo el segundo carece de esos requisitos indispensables que señala el Tribunal Constitucional: objetividad (sinónimo de imparcial o justo) y necesidad. Su fundamento no es otro que la desigualdad jurídica de sexos.

Inconstitucionalidad sobrevenida. Irretroactividad.—La antigua preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión nobiliaria ha de entenderse actualmente discriminatoria en razón al derecho fundamental de «igualdad» proclamado en el artículo 14 de la Constitución, y en consecuencia, abrogada por inconstitucionalidad sobrevenida con referencia a las sucesiones producidas a partir de la promulgación y vigencia de aquélla, pero sin que a tal abrogación puedan atribuírsele efectos retroactivos acerca de transmisiones y sucesiones operadas con anterioridad. La desigualdad que implica el principio de masculinidad no deriva de una relación jurídico-privada, sino directamente de la Ley, por lo que no se trata de una simple desigualdad de hecho, sino de derecho ante la Ley.

Mutabilidad de la jurisprudencia.—Según la sentencia de esta Sala de 3 de enero de 1990, el artículo 1.6 CC atribuye al TS la función de interpretar y aplicar las leyes, y dentro de esta función, e implícitamente contenida en ella, está la de evolucionar los criterios hermenéuticos, pudiendo cambiar de orientación, siempre que este cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria. Como declaró el TC en Auto de 23 de mayo de 1988, «no toda desigualdad es discriminatoria y, en concreto, no lo es la que deriva de un cambio de orientación jurisprudencial en la aplicación de las normas jurídicas por los órganos judiciales competentes, siempre que dicho cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria de las mismas, ya que el derecho a la igualdad debe cohonestarse con la exigencia de respeto a la independencia de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones propias y exclusivas, y no puede tener como efecto impedir cualquier evolución jurisprudencial». (STS de 18 de abril de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Tras el fallecimiento de don Carlos P.-S. y C., Duque de Pinohermoso con Grandeza de España y Conde de Villaleal, se mandó expedir, por Órdenes ministeriales de 6 de noviembre de 1987, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en los citados títulos nobiliarios a favor de don Carlos P.-S. y A. de T., nieto de aquél. Ante esta situación, doña Margarita P.-S. y F.-V., hija del fallecido, promovió juicio declarativo de mayor cuantía contra don Carlos P.-S. y A. de T., a fin de que fuese declarado ser mejor y preferente su derecho genealógico frente al demandado. El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda y declaró la preferencia de la actora a usar y poseer el título de Grandeza. La Audiencia revocó la sentencia y aplicó el régimen sucesorio tradicional sin entenderlo derogado por la Constitución. El TS casó la sentencia y estimó la demanda ante la oposición del Ministerio Fiscal. Se formuló un voto particular discrepante. (*J. L. R.*)

61. Desheredación. Impugnación. Litisconsorcio pasivo.—En el ejercicio de la acción que tiene el desheredado «para probar que no es cierta la causa de desheredación», los herederos forzosos de éste «ostentan indiscutiblemente la posición de parte demandada», por cuanto la desheredación «no significa que [...] se produzca una vacante en la titularidad de la cuota de legítima estricta de la que ha sido privado por el testador.[...] Por el contrario, son los hijos del desheredado los que tienen la cualidad de legitimarios (que correspondía al padre y que perdió por la desheredación)» (art. 857 CC). No puede ser «argumento contrario para mantener la innecesariedad [de demandar a los hijos] la extensión de los efectos de cosa juzgada a los sucesores (art. 1252, párrafo 3.º), porque en este proceso el derecho del actor es distinto y contrapuesto por esencia al de sus hijos». (**STS de 31 de octubre de 1995**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña E. G. A. fue condenada a indemnizar a don S. M. R. la cantidad de 5.725.353 pesetas en concepto de responsabilidad civil derivada de delito, que son satisfechas por su suegro don S. M. A. A la muerte de éste su hijo don S. M. R., que había sido desheredado por el causante impugna dicha desheredación y solicita la colación del capital con que su padre cubrió la obligación de su nuera, pero lo hace sin demandar a sus propios hijos (nietos de don S. M. A., que sustituyen al desheredado, su padre —don S. M. R.—, en la herencia del padre de éste). (*L. F. L.*)

62. La sentencia absolutoria supone acatamiento de lo dispuesto en el artículo 359 LEC.—Adelantando, que tanto la sentencia de primera instancia como la aquí impugnada son desestimatorias de la demanda y por tanto absolutorias, es ello de completar poniendo de relieve la constante doctrina de esta Sala a cuyo tenor, las sentencias absolutorias, por regla general y a salvo excepciones aquí no concurrentes, al resolver todas las cuestiones discutidas suponen acatamiento de lo dispuesto en el artículo 359 LEC (SS de 15 de febrero y 14 de diciembre de 1992, 24 de marzo de 1993 y 8 de junio de 1994).

Aportación extemporánea de documento de renuncia de albaceas y comisarios partidores.—En relación con lo indicado es de agregar: *a)* que

encontrándose en poder de la actora-recurrente referida renuncia desde el 19 de abril de 1991, el hecho de no haber sido presentada hasta el momento que se deja indicado es algo de lo que ella es única responsable, razón por la cual no puede invocar indefensión según una muy constante doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, que por su generalidad no es preciso indicar; *b*) que como se indica en el fundamento séptimo de la resolución recurrida, en todo caso se trata de un hecho nuevo en cuanto propuesto por vez primera en la apelación, por lo que no puede ser tenido en cuenta ya que de serlo la indefensión se produciría en la parte apelada, y *c*) que son de tener en cuenta los acertados razonamientos contenidos en la sentencia recurrida en orden a la distinción entre «excusa» y «renuncia» al cargo de albaceas.

Entre las facultades de los albaceas contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad de gananciales del causante y el cónyuge viudo.—Es preciso a tales efectos dejar sentado, que tanto doctrinal como jurisprudencialmente prima la tesis de considerar al contador-partidor como un albacea, y consiguientemente a éste con facultades de contador-partidor (SS, entre otras, desde la de 4 de febrero de 1902 y 24 de febrero de 1905, hasta la de 5 de julio de 1947); igualmente es de señalar, que cual ha quedado expuesto en el fundamento segundo de esta sentencia, los designados por el testador como albaceas, contadores-partidores, lo fueron a título universal, ya que a ellos se otorgaba la ejecución de la totalidad del testamento; por último, es también de tener en cuenta a estos efectos, que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad de ganancial del causante y el cónyuge viudo (SS de 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1947, además de Resoluciones de la DGRN de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes —herederos— de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado. (STS de 8 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—La viuda del causante, actuando en su nombre y en el de sus hijos, interpuso juicio declarativo de menor cuantía contra los descendientes del primer matrimonio del fallecido, solicitando, entre otros pedimentos, que se liquidara la sociedad de gananciales del primer matrimonio, vendiéndose en pública subasta una finca ganancial correspondiente a dicha comunidad, y que el 50 por 100 del producto obtenido en la subasta se integrara en la herencia del causante, con derecho de los demandantes a partir la mencionada herencia.

El 5 de marzo de 1991, el Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, señalando en su sentencia que, al no constar la renuncia o no aceptación del cargo por los albaceas, éstos se encontraban dentro del plazo para realizar la partición. Formulado recurso de apelación, los apelantes no pidieron el recibimiento a prueba, y sólo en el trámite procesal siguiente, al darse traslado a la parte actora-

apelante, para instrucción por plazo de cuatro días, se aportó escritura pública de renuncia de los albaceas, documento que la actora tenía en su poder desde el 19 de abril de 1991. La Audiencia Provincial y el TS confirmaron el fallo del Juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

63. Partición de bienes derivada de separación conyugal contenciosa: carácter facultativo del artículo 1061 CC.—La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la «posible igualdad» y las excepciones que contempla el artículo siguiente, que el artículo 1061 CC tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, cual se contempla en las SS de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero de 1974, 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 13 de junio de 1980, 17 de junio de 1981 y 21 de junio de 1986, citando esta última alguna de las anteriores, y el tenor literal del precepto al hablar de la «posible igualdad», antes aludida, y la más reciente de 7 de enero de 1991, que claramente establece que el artículo 1061 tiene más bien carácter facultativo y orientativo que imperativa observancia.

La de 14 de junio de 1993 tomó en consideración, al tratarse, no de impugnar unas capitulaciones matrimoniales, sino de una sociedad de gananciales extinguida, que no era aconsejable la venta en pública subasta del piso que constituía vivienda de los hijos y la esposa, al poder compensarse con dinero u otros bienes como se había hecho en la partición.

En definitiva, aún sin desconocer la fuerte corriente doctrinal que propugna la imperactividad relativa, no absoluta, del precepto, tomando en cuenta esa «posible igualdad»; que nos encontramos en una partición derivada de separación conyugal contenciosa; y «siguiendo tensas relaciones entre los litigantes», el motivo que ha de ser desestimado, máxime cuando los contadores partidores de las partes habían seguido el criterio lógico, según manifiesta el dirimente y no se ha contradicho, de «adjudicar al esposo don Emilio Illarregui Pascua las acciones de los negocios “Tapicerías Emilio, S. A.”, y “Emilio Illarregui, S. A.”, al tratarse de negocios de carácter familiar que han sido formados y vienen siendo desempeñados por el Sr. Illarregui y su familia». Y respecto a la mitad del prado de Arnuevo inventariadas al núm. 14, y la mitad de la finca y casas de Setién inventariadas al núm. 15, afirma dicho dirimente que «la adjudicación de estas mitades indivisas de inmuebles al esposo, parece la única solución razonable y lógica, dado que compromete la propiedad de los mismos con su padre y hermana, respectivamente, por lo que adjudicar cualquiera de estas mitades indivisas de inmuebles a la esposa, sería muy probablemente abocar a futuros litigios, lo que compagina con el 1078 LEC, en cuanto dispone que «el contador dirimente, resumiendo los puntos en que las partes estuvieron conformes, se limitará a formular, con arreglo a derecho, aquella o aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión lo mismo que la excesiva división de las fincas», y si, como dijo la sentencia de 15 de julio de 1985, el párrafo 2.º del artículo 3 CC veda el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, no veda en modo alguno la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las

normas, que es lo ocurrido en el caso concreto que nos ocupa. (STS de 15 de marzo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante formuló demanda por la que solicitaba que el contador-partidor dirimente procediera a rectificar el cuaderno particional redactado por él mismo en el sentido de formar lotes con bienes de la misma naturaleza, especie o calidad y suprimiendo en lo posible las compensaciones en metálico. La demanda fue desestimada íntegramente por el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

64. Incongruencia de la sentencia que declara la rescisión de la partición, habiéndose solicitado la nulidad en la demanda.—Para resolver el motivo hay que partir de que en la demanda se instó la nulidad de la partición, que es cuestión distinta de la rescisión, ya que ésta es de carácter subsidiario, sólo utilizable cuando se carece de todo otro recurso legal (art. 1294) y no comporta siempre que se efectúe una nueva partición (art. 1070), por lo que al acordar el Juzgado la rescisión, ha concedido cosa distinta de la nulidad solicitada, cuando ésta se da sólo por las mismas causas que la nulidad de las obligaciones (salvo el supuesto previsto por el art. 1081), y en autos, ni en la sentencia se ha hecho alegación y prueba de vicio alguno de la partición, tendente a demostrar que carece de los requisitos esenciales para la existencia y validez de las obligaciones y contratos. La sentencia, pues, es incongruente y produce indefensión.

Sólo se da entrada en el juicio de testamentaria al contador dirimente cuando existe divergencia entre dos o más proyectos de partición.—Que hubo quebrantamiento es evidente, porque el procedimiento de juicio de testamentaría sólo da entrada a la actuación del dirimente cuando existe divergencia entre dos o más proyectos de partición, pero en ningún caso cuando una de las partes renuncia a designar contador-partidor, renuncia a designar peritos, y se aparta, de hecho, de intervenir en las actuaciones procesales, porque en tal caso, sólo le quedará impugnar la partición para anularla o rescindirla, pero el juez no puede ordenar que la efectúe el contador dirimente designado en su día para otros menesteres. (STS de 27 de febrero de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—En un juicio de testamentaría, los herederos nombraron dos contadores-partidores y un contador-partidor dirimente. El contador nombrado por parte de don Pedro devolvió los autos manifestando que se le tuviera por suficientemente instruido para en su día poder contribuir a la formalización del correspondiente cuaderno particional, pero sin presentar operaciones divisorias. El contador-partidor por parte de don Diego formuló escrito de operaciones particionales. Al no existir desacuerdo en las operaciones divisorias por haberse presentado solamente un cuaderno, se pusieron de manifiesto a las partes la operaciones divisorias. Don Pedro se opuso al proyecto particional realizado por el contador de don Diego y pidió su nulidad. El juez acordó tramitar la oposición por el cauce del juicio declarativo de menor cuantía. Don Pedro y sus hermanos presentaron demanda contra don Diego, en la que solicitaban, entre otros pedimentos, la nulidad del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor que actua-

ba por parte de don Diego. El juez de Primera Instancia desestimó la demanda, aprobando la partición practicada. La Audiencia Provincial admitió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes declarando que se procediera por el contador-partidor dirimente a rectificar el único cuaderno particional practicado y haciendo otros pronunciamientos complementarios. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Diego, manteniendo la validez de la partición realizada, en los mismos términos declarados por el juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

DERECHO MERCANTIL

65. Marcas. Denominaciones genéricas.—Deben considerarse vocablos genéricos, subsumibles en el núm. 5 del artículo 124 del Estatuto sobre Propiedad Industrial, a aquellos términos de marcado carácter genérico que han llegado a adquirir propio sentido idiomático, por su constante uso en múltiples aspectos y actividades intelectuales, comerciales e industriales, y, por tanto, no son susceptibles de apropiación para su utilización en exclusiva.

Signos comerciales. Determinación del riesgo de confusión. Identidad o semejanza.—Atendiendo al criterio jurisprudencial adoptado en reiteradas sentencias, la confrontación de las denominaciones en conflicto ha de ser realizada en una visión de conjunto sintética, operando con la totalidad de los elementos integrantes, sin descomponer su unidad genérica y gráfica en fonemas o voces parciales, teniendo en cuenta en el juicio valorativo la totalidad de las sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia caracterizante, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan atenuada función diferenciadora, a fin de decidir si la marca es susceptible de originar confusión en el tráfico (SS de 28 de marzo de 1980 y 28 de noviembre de 1986).

Cuando la simple comparación gramatical o literal de las respectivas composiciones de una y otra marca, es reveladora de una clara diferenciación, e igual acontece con su comparación fonética, no es posible defender el criterio de la semejanza entre las marcas en cuestión, aunque se refiriesen a productos idénticos, pues no inducen a error o confusión entre el público consumidor respecto a la adquisición de los productos que, de modo respectivo distinguen. (STS de 10 de mayo de 1995; no ha lugar.)

HECHOS.—Entendiendo vulnerado el derecho al uso exclusivo de la expresión «Master» como marca comercial específica, su titular registral formula demanda contra la entidad extranjera M. I, suplicando al Juzgado dictase sentencia declarando el cese inmediato de la utilización, por parte de la sociedad demandada, de la marca con la que comercializaba artículos de juguetería importados a España, la abstención de otorgar licencia sobre el uso de las expresiones en cuestión como marca, mientras no sea titular registral de las mismas por resolu-

ción judicial firme, y la retención de la mercancía que con esa marca y el símbolo R de registrado se encuentra en el mercado, y se condene a la compañía demandada al pago de los daños y perjuicios causados al actor.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial el recurso de apelación. Resoluciones que confirman el TS declarando no haber lugar al recurso de casación. (R. D. R.)

66. Contrato de seguro. Procedimiento de tasación de daños.—Como ya estableció la sentencia de 17 de julio de 1992, el procedimiento de tasación y la actuación de los peritos debe cumplir los requisitos mínimos establecidos en el apartado 5.º del artículo 38 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, en relación con el contenido del acto, en la que deberán hacerse constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización, requisitos que habrá de reunir el dictamen emitido, por unanimidad o por mayoría, con intervención del perito tercero.

Requisitos que no se cumplen cuando no existe un elemento de juicio que permita apreciar la objetividad del dictamen pericial, en caso de impugnación por alguna de las partes, y falta la necesaria discusión entre los diferentes peritos en que, previa deliberación de las cuestiones sometidas a pericia, se hubiera podido llegar a un dictamen adoptado bien por mayoría, bien por unanimidad. (STS de 19 de junio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Sustraídos determinados bienes objeto de una póliza de seguro contra el robo, y habiéndose designado judicialmente un tercer perito tasador para emitir el correspondiente informe pericial, ante la disconformidad de los peritos nombrados por las partes para la tasación, la entidad aseguradora, formula demanda alegando la incorrección del procedimiento seguido por el tercer perito para la emisión del dictamen, al no haberse respetado las oportunas formalidades para obtener la unanimidad o la mayoría necesarias, y suplicando al Juzgado declare la nulidad del acta pericial extendida, por emisión fuera de plazo y falta de citación y ocultación de documentos al perito de la compañía aseguradora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial resuelve la apelación confirmando la sentencia recurrida. Interpuesto recurso de casación, el TS casa y anula los anteriores fallos. (R. D.R.)

67. Función del capital social y responsabilidad de los administradores.—El capital social constituye una suma de aportación pero no implica una limitación de la actividad mercantil en el sentido de que impida a la sociedad la realización de operaciones que excedan en su importe de aquella suma de aportación. La sociedad puede nutrirse de otras fuentes de financiación que le permitan desarrollar un tráfico mercantil que exceda en su cuantía del capital social, sin que ello suponga en ningún caso abuso por parte de los administradores ni

una actuación maliciosa o gravemente negligente de éstos que determine su responsabilidad frente a socios y terceros acreedores.

Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 24 de septiembre de 1987, 4 de marzo de 1988 y 12 de noviembre de 1991) que en el conflicto entre los valores constitucionales de seguridad jurídica y justicia puede llevarse a cabo de forma prudencial la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades a las que la Ley otorga personalidad jurídica propia, con la finalidad de evitar que bajo el amparo de esa ficción puedan perjudicarse de forma legal intereses privados o públicos. Sin embargo el carácter cuasifamiliar de una sociedad (el hecho, en concreto, de que sus socios sean cuñados) no es causa suficiente para que quede acreditado el ánimo defraudatorio que exige la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. (STS de 12 de junio de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—Curtidos «C., S. A.» formulada demanda de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra «T. y N., S. A.» y contra los administradores de dicha sociedad (cuñados entre sí) por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La sentencia de primera instancia declara que los demandados adeudan solidariamente a la sociedad actora la cantidad de 12.428.546 pesetas más los intereses legales. Los demandados interponen recurso de apelación y posteriormente recurso de casación ante el Supremo, que absuelve a los demandados del pago de su deuda. (A. R. G)

